

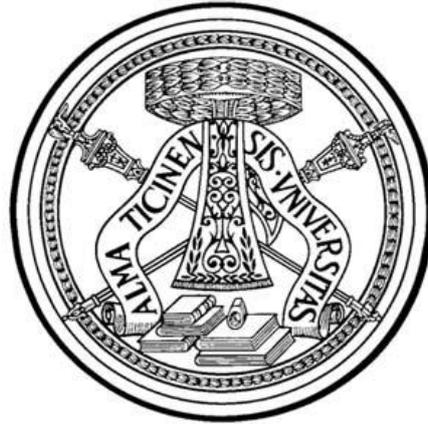
Università degli Studi di Pavia

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Diritto Privato, Diritto Romano e Cultura

Giuridica Europea

XXIX Ciclo



**Oneri reali, obbligazioni *propter rem* e vincoli reali
atipici.**

Tesi di dottorato di:
Cesare Alberto Mussi

Tutor: Chiar.mo Prof. Giovanni Stella

Anno Accademico 2016-2017

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

I caratteri del diritto reale. Oneri reali e obbligazioni *propter rem*

1.	Il diritto reale tra assolutezza e immediatezza.....	Pag. 1
	1.1. Segue: l'inerenza.....	Pag. 6
2.	Gli oneri e le obbligazioni reali.....	Pag. 18
	2.1. L'onere reale.....	Pag. 19
	2.2. L'obbligazione <i>propter rem</i>	Pag. 30
3.	Fattispecie tra oneri reali e obbligazioni <i>propter rem</i>	Pag. 39

Capitolo II

I casi tipici di oneri reali e di obbligazioni *propter rem*

	Premessa.....	Pag. 49
1.	I casi tipici di oneri reali.....	Pag. 49
2.	I casi tipici di obbligazioni <i>propter rem</i> previsti dalla legge.....	Pag. 58
	2.1. I limiti legali della proprietà e degli altri diritti reali minori.....	Pag. 59
	2.2. L'obbligazione reale nei diritti reali.....	Pag. 68
	2.3. L'obbligazione reale nella comunione: l'art. 1104 c.c.....	Pag. 72
	2.3.1. Segue: l'art. 882 c.c.....	Pag. 79
	2.3.2. Segue: il condominio negli edifici. Il regolamento di condominio e il problema dell'atipicità: inquadramento del problema e rinvio.....	Pag. 80
3.	Le servitù, le obbligazioni <i>propter rem</i> e gli oneri reali. Inquadramento del problema.....	Pag. 89
	3.1. Il primo termine di confronto: gli <i>adminicula servitutis</i>	Pag. 92
	3.2. Il secondo termine di confronto: le servitù c.d. «irregolari».....	Pag. 96
	3.3. Le obbligazioni reali nel diritto di servitù: l'art. 1030 c.c.....	Pag. 100
	3.3.1. Segue: l'art. 1069 c.c.....	Pag. 102
	3.3.2. Segue: l'art. 1090 c.c.....	Pag. 106
	3.3.3. Segue: l'art. 1091 c.c.....	Pag. 107
	3.3.4. Segue: l'art. 1045 c.c.....	Pag. 108
	3.4. Oneri reali e servitù: istituti a confronto.....	Pag. 109
	3.5. Gli oneri reali negli altri diritti reali.....	Pag. 111
	3.6. Le servitù reciproche.....	Pag. 113

4.	Ulteriori ipotesi di obbligazioni reali.....	Pag. 121
----	--	----------

Capitolo III

La struttura degli oneri e delle obbligazioni reali

	Premessa.....	Pag. 126
1.	I caratteri generali e i soggetti del rapporto obbligatorio reale.....	Pag. 126
2.	Nascita dell' <i>obligatio</i> e dell'onere. Il contenuto della prestazione e la sua attuazione.....	Pag. 133
3.	L'ambulatorietà e la responsabilità dell'obbligato e dell'onerato per inadempimento.....	Pag. 138
4.	Adempimento ed estinzione del rapporto.....	Pag. 147
	4.1. La rinuncia e l'abbandono liberatorio.....	Pag. 153

Capitolo IV

Il problema dell'ammissibilità di vincoli reali atipici

	Premessa.....	Pag. 161
1.	<i>Numerus clausus</i> e tipicità dei diritti reali.....	Pag. 162
	1.1. Il fondamento normativo del <i>numerus clausus</i>	Pag. 167
	1.2. La tipicità e l'atipicità degli oneri e delle obbligazioni reali.....	Pag. 176
2.	L'atipicità delle obbligazioni <i>propter rem</i>	Pag. 180
	2.1. L'autoregolamentazione della struttura dei diritti reali. Inquadramento del problema: il "tipo" del diritto reale.....	Pag. 187
	2.2. L'incidenza dell'autodeterminazione privata.....	Pag. 192
3.	L'atipicità degli oneri reali.....	Pag. 201
	3.1. Ulteriori ipotesi di autoregolamentazione con efficacia reale: il <i>trust</i>	Pag. 205
	3.2. Segue: il <i>trust</i> di diritto interno o c.d. "domestico".....	Pag. 214
	3.3. Segue: dal <i>trust</i> all'atto di destinazione <i>ex art. 2645-ter</i>	Pag. 218
	3.4. L' <i>art. 2645-ter</i> come possibile positivizzazione dell'onere reale.....	Pag. 228
4.	L'opponibilità delle obbligazioni <i>propter rem</i> e degli oneri reali atipici.....	Pag. 233

BIBLIOGRAFIA	Pag. 246
--------------------	----------

INTRODUZIONE

La ricerca ha ad oggetto gli oneri reali e le obbligazioni *propter rem*. In particolare, si prefigge l'obiettivo di comprendere se ai privati sia consentito costituire vincoli reali atipici, ossia vincoli che – per quanto esclusi dal novero del numero chiuso dei diritti reali tipici – risultino connaturati da un elemento di realtà: il diritto di seguito, corollario dell'assolutezza.

Con l'espressione oneri reali generalmente si allude al vincolo oggettivamente gravante su un immobile (*rectius* inerente), il cui proprietario, o titolare di diritto reale di godimento, risulta obbligato ad effettuare prestazioni positive di *dare* o di *facere* in favore del proprietario di un altro fondo o, comunque, di un altro soggetto. L'o.r. viene così generalmente ricostruito come un "peso" del fondo, diverso dalla servitù perché – citando solo alcune differenze – al lato attivo corrisponde un credito e non un diritto reale, ed inoltre perché il soggetto attivo dell'onere reale potrebbe anche non vantare alcun diritto sul fondo. Sono le ipotesi dell'antica decima dominicale, in cui l'onere era tenuto a consegnare una percentuale di frutti prodotti dal fondo gravato, oppure – con riferimento ad ipotesi più attuali e senz'altro ancora esistenti – ai contributi consortili previsti dall'art. 860 c.c. Peraltro, il titolare del diritto reale risponderà dell'inadempimento all'obbligo prima di tutto con il fondo, e solo eventualmente con il proprio patrimonio personale.

Viceversa, tradizionalmente, l'espressione obbligazione reale si riferisce ad obbligazioni che gravano sul titolare di un diritto reale sul bene: il titolare è tenuto all'adempimento non in dipendenza di un particolare rapporto instauratosi con il creditore ai sensi dell'art. 1173 c.c., bensì in virtù di una particolare relazione con il bene su cui esercita il diritto reale. In altri termini, l'obbligazione sorge "a causa" (da qui il termine *propter rem* od *ob rem*) della titolarità di un diritto reale. È il caso delle prestazioni accessorie di carattere positivo a cui è tenuto *ex art.* 1030 c.c. il titolare del fondo servente, oppure di quelle, gravanti su ciascun comproprietario, di sostenere le spese necessarie per la conservazione e il godimento della cosa comune, ai sensi degli artt. 1104, comma 1, e 1123 c.c.

Poc'anzi si accennava come – in linea di prima approssimazione – il dato saliente della ricerca sia quello di capire se i privati possano incidere su una situazione giuridica complessa come il diritto reale creando liberamente o.r. e o. *p. r.* che, per contro, la tassonomia tradizionale rinchioda in casi tipici. Ammettere che l'autonomia privata possa costituire vincoli reali atipici significherebbe scontrarsi con i profili della tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali, ritenuti nel nostro ordinamento principi di ordine pubblico. La tradizione insegna che i diritti reali sono previsti dal nostro ordinamento in numero chiuso, e cioè che non si possono costituire diritti reali diversi

da quelli dettati dal nostro legislatore. Peraltro, si dice che questi diritti sono tipici, e che, pertanto, i privati potrebbero disciplinarne il contenuto solo nei limiti previsti dal legislatore. La *ratio* di questi limiti (numero chiuso e contenuto tipico) si spiega soprattutto con l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi, siano essi creditori o aventi causa. Infatti, il limite principale alla possibilità dei privati di creare diritti o vincoli reali atipici è proprio rappresentato dalla loro limitata opponibilità, ossia dal fatto che ad essi non potrebbe darsi un'adeguata pubblicità verso i terzi. In tal senso, si pensi al terzo che, acquistando un bene, non potrebbe conoscere a priori non solo da quanti e quali vincoli sia gravato il bene, ma nemmeno quanto intensi detti vincoli siano.

Va da sé che, per appurare il peso specifico dell'autonomia privata su oneri ed obbligazioni reali, si renda necessario comprendere se tali figure rientrino nel novero: a) dei diritti reali, b) dei diritti di credito, come tali assoggettabili ad un atto di autonomia, c) dei diritti, che pur essendo di credito, si troverebbero così a stretto contatto con il diritto reale esercitato sulla *res* da poter essere comunque in grado di ledere i principi di *numerus clausus* e tipicità. In primo luogo, è necessario concentrare l'indagine sull'effettivo significato da attribuire alla nozione di "diritto reale".

Oggetto (benché parziale) del primo capitolo è l'individuazione dei caratteri fondanti del diritto reale, mettendo a confronto le diverse posizioni assunte in dottrina. Un'analisi utile a comprendere che la definizione del diritto reale debba sganciarsi dalla tradizionale visione di *ius* inteso come completamente distinto dai diritti di credito in virtù dei caratteri di assolutezza ed immediatezza.

Tradizionalmente si affermava che un diritto reale, per essere tale, avrebbe dovuto essere sia immediato (e cioè consentire al suo titolare di esercitare il diritto senza la cooperazione di soggetti terzi), sia assoluto (perché tutti i consociati avrebbero dovuto astenersi dall'interferire nell'esercizio del diritto). Secondo alcuni Autori – si pensi alle tesi di Giorgianni e Comperti –, al contrario, tale distinzione dovrebbe essere abbandonata, e così pure la tradizionale bipartizione vigente nei rapporti patrimoniali tra diritti reali e di credito. Esistono diritti reali privi di immediatezza: si pensi all'ipoteca che, priva di alcuna consegna dell'immobile, non consentirebbe di esercitare su quest'ultimo il diritto "immediatamente" (nel caso di specie, quello di essere preferiti a terzi in caso di espropriazione), senza la cooperazione dell'autorità giudiziaria; si pensi, ancora, alle servitù negative (ad esempio le *servitus altius non tollendi*), dove non vi sarebbe altro potere da esercitare se non quello di esigere tutela in caso di inadempimento. Viceversa, esistono diritti di credito in cui il carattere dell'immediatezza esiste: nella locazione, ad esempio, il locatario ha diritto di esercitare sulla *res* un diritto continuato di godimento senza interferenze da parte del proprietario.

Per quanto concerne il requisito dell'assolutezza, invece, non vi sarebbe molta differenza tra il dovere di terzi di astenersi dal ledere il diritto di proprietà altrui ed il dovere di *neminem laedere* che – secondo l'orientamento ormai pacifico della giurisprudenza e della dottrina – può e deve essere esteso pure ai diritti relativi.

In tal senso, diverso dovrebbe essere il tentativo di discriminazione all'interno dei diritti patrimoniali: occorrerebbe riflettere sul fatto che a rilevare nel diritto di credito è l'interesse all'adempimento, mentre nel diritto di proprietà – e più in generale negli *iura in re aliena* – è il nesso che lega il titolare alla *res* (il diritto di goderne) e non tanto il dovere del terzo di astenersi dall'ostacolarne l'esercizio. Proprio in virtù di questa particolare relazione con la cosa, è possibile affermare che ciò che differenzia il diritto reale dal diritto di credito è l'inerenza: è proprio quest'ultimo carattere, a cui è riconducibile al c.d. diritto di sequela, che permette al titolare di soddisfare la propria pretesa sul bene, anche laddove questo fosse alienato ai terzi. Ciò, ovviamente, a condizione che il terzo possa conoscere a priori che un diritto sia inerente alla *res*, ossia a condizione che sia evidente *erga omnes* il collegamento con il bene. Pertanto, si rende necessario dare un'adeguata forma di pubblicità al rapporto, o attraverso il possesso (come accade per la maggior parte dei diritti reali), oppure grazie alla trascrizione nei registri immobiliari.

All'esito di questo dibattito, è necessario verificare la riconducibilità dell'onere reale e dell'o. *p. r.* ai diritti reali, alle obbligazioni oppure a figure di natura mista. Per risolvere tale quesito – seguendo l'impostazione sopra evidenziata – è necessario verificare se anche tali figure siano caratterizzate dall'inerenza, cioè da quel rapporto "simbiotico" in grado di legare il diritto alla *res*, e capace di munire il diritto di opponibilità e di *ius sequelae*. Il tutto, però, senza trascurare due ulteriori problematiche: l'una relativa alle differenze esistenti tra le due figure in esame; l'altra relativa al fatto che qualificare gli oneri e le obbligazioni reali come diritti reali porta con sé il problema dell'applicabilità agli stessi dei principi di tipicità e del numero chiuso. Un'indagine che in definitiva porta a concludere per la natura obbligatoria di entrambi gli istituti in esame, sebbene ognuno risulti caratterizzato da proprie caratteristiche, soprattutto con riguardo al carattere dell'inerenza, capaci di differenziarli dalle ordinarie obbligazioni personali.

In particolare, entrambe le figure appaiono come rapporti obbligatori, ma non dovrebbe sfuggire che l'onere reale sembra possedere un carattere di inerenza (passiva), che vincola la *res* circolando con essa, ben più forte di quello dell'obbligazione reale; e ciò sebbene entrambi gli istituti rappresentino un obbligo ancorato alla titolarità del diritto reale. Un vincolo reale non riscontrabile nell'obbligazione *propter rem*, e rafforzato da un privilegio sul bene, generalmente al fine di perseguire un interesse pubblico.

Alla luce di questa premessa, è indispensabile individuare i casi ritenuti tipici (o presunti tali) di oneri reali ed obbligazioni *propter rem* nel nostro ordinamento, per molti gli unici ammissibili. La ricognizione, che verrà svolta nel secondo capitolo, trae spunto dalla morfologia tradizionalmente riconosciuta a queste figure. Se è vero che l'onere reale – al netto delle affinità – tende a distinguersi dall'*obligatio p. r.* perché munito di caratteri differenti, è evidente che, ove si abbracciassero diversi criteri interpretativi per gli o.r. e le o. p. r., che sono figure di natura essenzialmente dottrinale, si potrebbe giungere a conclusioni del tutto diverse rispetto a quelle raggiunte in questo lavoro. Così come, ove si ritenesse che qualsiasi obbligo o dovere contenuto nella struttura del diritto reale sia obbligazione *propter rem* o onere reale, si giungerebbe ad escludere di fatto l'esistenza dei limiti legali della proprietà e degli altri diritti reali minori.

Se per quanto riguarda gli o.r., al netto dell'evoluzione storica e della vicinanza con il *Reallast* di matrice tedesca, i casi tipici senz'altro esistenti sono davvero pochi dopo l'entrata in vigore del Codice civile del '65, essendo oggi riconoscibili nei contributi consorziali di bonifica e di miglioria, nonché in un'ipotesi prevista dal Codice dell'ambiente, altrettanto non potrebbe dirsi con riguardo alle obbligazioni *propter rem*. Data la particolare struttura di queste ultime, l'attività interpretativa che le riguarda deve discernere ciò che è limite (interno od esterno) del diritto da ciò che invece è obbligazione accessoria, capace di estenderne il contenuto al di là della normale fisionomia riconosciutagli dal legislatore: è proprio in questa direzione che si muove il secondo capitolo, soprattutto con riguardo all'istituto della comunione e della servitù. In particolare, attenta analisi è stata dedicata ai due termini di confronto che consentono di distinguere le obbligazioni *ob rem* tipiche in materia di servitù (artt. 1030, 1069, comma 2, c.c., e via dicendo) dal contenuto minimo del diritto reale e dalle servitù irregolari.

Il confronto con le servitù, tuttavia, non potrebbe limitarsi al solo istituto delle o. p.r., dovendo per converso estendersi anche all'onere reale, che, nonostante il contenuto positivo, manifesta – per come ricostruito in dottrina – diverse affinità con la prima.

Particolare rilevanza assumono altresì le argomentazioni svolte con riguardo alle servitù reciproche, che, pur distinguendosi dagli o.r. e dalle o. p. r., hanno sostituito questi ultimi a partire dagli anni '50, dal momento che fino a quel periodo la giurisprudenza consentiva ai privati di disciplinare i loro rapporti in ambito condominiale ed urbanistico con oneri ed obbligazioni reali c.d. atipiche. Con il superamento delle obiezioni volte a negare l'esistenza delle servitù reciproche, invece, la Cassazione inizia a negare la possibilità di costituire vincoli reali atipici, adombrando i succitati problemi di opponibilità e, per contro, preferendo interpretare

le pattuizioni come costitutive di servitù reciproche: di qui la necessità di distinguerle dalle due figure oggetto della ricerca.

A conclusione della ricognizione casistica svolta nel capitolo secondo, si cercherà, nel terzo, di determinare le caratteristiche essenziali delle due fattispecie, approfondendo quanto esposto in precedenza. L'analisi verrà svolta in via per gran parte unitaria, assumendo che oneri e obbligazioni reali, malgrado le discrasie evidenziate nel primo capitolo, manifestino una certa similitudine nel costituire rapporti obbligatori reali: si pensi all'accessorietà, tendenzialmente riconosciuta nelle sole obbligazioni *propter rem*, sul presupposto che solo in queste ultime, a differenza dell'onere reale, l'obbligo accede al diritto reale limitandone il contenuto. Più specificamente, si procederà ad individuare i soggetti passivi, a chiarire il significato di ambulatorietà, a determinare il contenuto della prestazione e le conseguenze in caso di inadempimento, nonché ad analizzare le vicende modificative ed estintive del rapporto obbligatorio reale, con un cenno particolare alle ipotesi di abbandono e rinuncia al diritto da cui oneri ed obbligazioni reali dipendono.

È evidente che quanto detto nei primi tre capitoli lascia irrisolto il quesito di fondo di questa ricerca: se e come i privati possano costituire liberamente oneri e obbligazioni reali. Ecco perché il quarto capitolo risulta necessario a comprendere se il potere concesso dall'ordinamento all'autonomia privata consenta la libera costituzione di vincoli reali atipici, ossia di rapporti connaturati dalla realtà (e quindi dall'opponibilità e dal diritto di seguito). Un dato non deve sfuggire: gli oneri reali e le obbligazioni *propter rem* non sembrano riconducibili al *numerus clausus* dei diritti reali e pertanto a prima vista dovrebbero sfuggire al carattere di tipicità. D'altra parte, non potrebbe farsi a meno di notare che tali figure sono strettamente ancorate alla titolarità di un diritto reale. Pertanto, affermare che questi possano essere liberamente costituiti al di fuori dei casi previsti dalla legge, pur non incidendo sui principi di tipicità e numero chiuso direttamente, lo farebbe indirettamente, imponendo obblighi dipendenti dalla titolarità del diritto, che altererebbero le figure reali codificate dal legislatore.

Dopo aver chiarito che oneri ed obbligazioni reali non rappresentano diritti reali atipici, occorre accertare se a) il numero chiuso e la tipicità dei diritti reali costituiscano un così insormontabile ostacolo perché considerati principi di ordine pubblico, e quindi tali da non consentire alcun margine di manovra ai soggetti privati; b) oppure, se a questi ultimi sia consentita assoluta libertà di costituzione di vincoli inerenti alla *res* e opponibili *de futuro* ai terzi; c) oppure, ancora, se ci sia sì libertà di manovra ma ristretta e contingentata dalla legge, in modo tale che i privati possano costituire o.r. e o. p. r. non solo nei casi tipici previsti dall'ordinamento bensì ogniqualvolta il legislatore lasci spazi di autonomia all'interno del singolo diritto reale o con la previsione di istituti *ad hoc*, quale potrebbe essere l'art. 2645-ter. In altri

termini, occorre appurare se sia consentito parlare di “atipicità tipica”, ossia di un’atipicità “guidata” – in un certo senso – dall’ordinamento, in quanto autorizzata in alcuni casi.

L’ultimo capitolo, di natura conclusiva, si pone l’obiettivo di esplicitare il significato del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali nonché di individuarne un fondamento normativo, prendendo atto di come questi principi siano progressivamente sviluppati nei paesi di *civil law* poco dopo la Rivoluzione francese. Al contempo, però, si evidenzia la necessità di prendere coscienza delle progressive istanze – sviluppatesi soprattutto nell’ultimo secolo – volte ad una migliore utilizzazione economica dei beni, che hanno portato a moltiplicare i modelli di proprietà, sino al punto di sgretolarne il concetto unitario fondato sullo schema intangibile della proprietà fondiaria. Gli interessi sociali hanno progressivamente limitato e diminuito i poteri spettanti al proprietario ed ai titolari dei diritti reali, al punto che si è iniziato a riconoscere all’obbligato un diritto di proprietà limitato dalla stessa obbligazione (ad esempio, la proprietà fiduciaria, interinale o risolvibile), caratterizzato non più solo dall’obbligo di non alterare lo stato giuridico e materiale della *res*, ma anche da quello di custodia nell’interesse di un altro soggetto. Si è ammesso sempre più che la titolarità di un bene possa assumere diverse forme a seconda della funzione impressa dal contratto, a condizione, però, che si tratti di una funzione rilevante e meritevole ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 1322 c.c.

In questa tendenza si è inserito l’atteggiamento della giurisprudenza, che fino agli anni ’50 riconosceva ai privati il potere di utilizzare oneri reali od obbligazioni *propter rem* atipici, ai quali veniva riconosciuta l’opponibilità a soggetti terzi (aventi causa o creditori) attraverso la trascrizione. Come detto, però, ciò è accaduto solo fino al riconoscimento dogmatico delle servitù reciproche che, almeno per le prestazioni di carattere negativo, hanno nel tempo via via soppiantato l’utilizzo di oneri ed obbligazioni reali. Certo rimane aperto il problema della possibilità per l’autonomia privata di prevedere prestazioni di carattere positivo dipendenti dalla titolarità del diritto reale che siano al contempo opponibili ai terzi.

Qui si inserisce la possibile ed ipotetica soluzione offerta da questa ricerca: la presa di coscienza che il progressivo moltiplicarsi delle forme di proprietà e dei diritti reali non debba necessariamente implicare la scomparsa del numero chiuso e della tipicità delle situazioni reali. Infatti, la mancanza di segnali espliciti di una riserva di legge in materia di diritti reali e l’analisi delle norme che disciplinano i diritti reali, potrebbero lasciare intendere che gli schemi legislativi dei rapporti reali non siano chiusi, bensì estesi fino al punto di ammettere l’esistenza di una tipicità più o meno ristretta: una sorta di atipicità relativa che consentirebbe alle obbligazioni *ob rem* di trovare la propria fonte in un contratto, purché tale possibilità sia prevista dalla legge.

Seguendo l'impostazione offerta da Comporti, si dovrebbe iniziare a ritenere che l'obbligazione *propter rem* (rapporto obbligatorio di fonte contrattuale) possa entrare a far parte della struttura complessa del diritto reale, inteso come sintesi di potere e dovere. Il profilo del dovere, se analizzato, metterebbe in risalto la presenza di due diversi aspetti: da un lato i doveri assoluti, intesi come profili essenziali per la conformazione della situazione reale e considerati immodificabili dall'autonomia privata; dall'altro gli obblighi o le obbligazioni, ossia le regole per l'esercizio del diritto che, pur trovando causa nella legge, nei limiti di questa possono essere liberamente regolati dalle convenzioni delle parti, seguendo la disciplina propria dei rapporti obbligatori. Al contempo, ammettendo che l'obbligazione reale entri a far parte del contenuto complesso della situazione reale, non si potrà fare a meno di notare che la questione della loro tipicità o atipicità assuma un contorno sfumato, divenendo questione principe quella di valutare l'ammissibilità della regolamentazione secondo autonomia della singole situazioni reali.

In questa direzione, non sembrerebbe poi così remota la possibilità di ammettere che margini di autonomia per le obbligazioni *p. r.* esistono, proprio perché è il legislatore ad averli previsti, lasciando ai privati, subordinatamente alla titolarità di un diritto reale, qualche spazio utile a regolamentare i propri interessi. In questi spazi di autonomia sembra possibile intravedere l'attribuzione di un potere ai privati – potremmo dire – di “integrazione inversa”: in una materia rigidamente disciplinata come i diritti reali, che si ammettono solo in numero chiuso e tipizzati, non saranno gli obblighi e le pattuizioni contrattuali ad essere integrati dalla legge, ma sarà quest'ultima ad essere integrata, colorata, da obbligazioni positive o negative previste autonomamente dalle parti, ove la legge lo consenta; e ciò a condizione che le pattuizioni non si sovrappongano ai limiti del diritto reale già previsti *ex lege* e, soprattutto, non prevarichino il contenuto essenziale del diritto.

Ciò forse consentirebbe anche di superare il problema dell'efficacia *inter partes* delle previsioni contrattuali. Ora, è vero che l'obbligo, dipendente dalla titolarità di un diritto reale, di eseguire una prestazione (ma anche di non eseguirla) potrebbe incidere sui terzi successivi acquirenti del bene, che ignoravano l'esistenza del vincolo al momento dell'acquisto: ma sembra altrettanto vero che la possibilità di costituire tali obblighi – che resterebbero comunque accessori ad un diritto a cui si concede di veder ampliato il suo contenuto – sarebbe ammessa nei casi previsti dalla legge. E se la struttura della *species* proprietà e del *genus* diritto reale non fosse più letta in senso statico, ma dinamico, ossia come complesso di facoltà negative e positive, non sembrerebbe peregrino affermare che l'obbligazione reale (volontaria) circoli col diritto di cui è accessorio; e ciò anche grazie a quell'impostazione tradizionale che vede l'inerenza di delle obbligazioni *propter rem* come limitata e dipendente da quella del diritto reale a cui accedono.

Viceversa, ove così non fosse, si appaleserebbe il rischio di un'incisione ingiustificata della sfera giuridica soggettiva del terzo: la previsione pattizia delle parti, per quanto valida fra loro, sarebbe inefficace verso i terzi che non abbiano esplicitamente acconsentito di sottoporsi a quell'obbligo *ob rem*. Sembrerebbe, quindi, difficilmente ipotizzabile una costituzione assolutamente libera delle obbligazioni *propter rem*, cioè una facoltà per le parti di costituire obblighi accessori alla titolarità di un diritto reale svincolata da qualsiasi margine di previsione – diretta (e quindi legale *strictu sensu*) o indiretta (se intesa nel senso di “volontaria”) – proprio perché non autorizzata *ex lege*. In caso contrario, vi sarebbe una previsione contraria al disposto dell'art. 1372, comma 2, c.c.

Un'apertura verso l'autonomia delle obbligazioni *propter rem*, nei limiti consentiti dal legislatore, permette di chiedersi se analoghi spazi siano ravvisabili per l'onere reale. Non sembra possibile giustificare la facoltà di costituire oneri reali atipici attraverso le stesse ragioni addotte per le *o. p. r.*, e ciò sebbene i primi condividano con le seconde la natura obbligatoria e non reale. L'onere gode di una maggiore indipendenza dalla situazione reale sottostante rispetto all'obbligazione *propter rem* non limitandosi ad essere accessorio al contenuto di un diritto reale e godendo di un'inerenza propria, non dipendente da quella derivante dalla titolarità dello *ius in re*. Tuttavia, servendosi dello stesso criterio sopra evidenziato, si potrebbe verificare se il legislatore non metta a disposizione del privato uno schema normativo che gli consenta di obbligarsi per il solo fatto di essere titolare di un diritto, vincolando parte del proprio patrimonio al soddisfacimento degli interessi di un creditore; e lasciando, però, al contempo, i privati liberi di autodeterminarsi in ordine al contenuto del vincolo. In tal senso, sembra operare l'istituto dell'art. 2645-ter c.c.

Tale norma – frutto di una apertura del nostro ordinamento, profondamente influenzato dai progressivi condizionamenti causati dal *trust* – non sembra divergere particolarmente dall'o.r., là dove si accogliesse la tesi volta a considerare questi ultimi come obbligazioni connesse alla titolarità del diritto sulla *res*, protette da una particolare situazione di privilegio. Infatti, l'art. 2645-ter – attraverso il vincolo – sembra proprio consentire la costituzione di un rapporto obbligatorio tra titolare e beneficiario della destinazione, lasciando poi all'autonomia privata il compito di colmare il contenuto della destinazione stessa. In particolare, il titolare del bene gravato dal vincolo di destinazione, oltre a veder articolata la propria responsabilità in un patrimonio separato, è obbligato ad impiegare i beni conferiti solo per la realizzazione del fine di destinazione. Il vincolo destinatorio sembrerebbe così comparabile ad un'obbligazione imposta al titolare del diritto reale, avente ad oggetto il perseguimento di un determinato interesse meritevole.

Ma vi è di più. La norma non si limita a disciplinare una “semplice” destinazione obbligatoria, per la quale nel nostro ordinamento operava, già prima della sua

introduzione, l'art. 1322. La norma è foriera di almeno due elementi di novità: il primo, consistente nella possibilità di rendere tale vincolo opponibile ai terzi attraverso la trascrizione; il secondo, nel fatto che i beni (ed i frutti) destinati possano essere oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti per realizzare lo scopo convenuto della destinazione. A ben vedere, questi due elementi sembrano evocare le caratteristiche precipue dell'onere reale per come (almeno) è stato ricostruito in questa ricerca. In particolare, l'atto di destinazione sembra attribuire al beneficiario non un diritto di credito alla destinazione nei confronti del titolare del bene, bensì un diritto dotato di realtà perché inerente alla *res* ed opponibile ai terzi. Infatti, dalla norma si evince che, in caso di inadempimento, il beneficiario potrà agire esecutivamente – con l'esclusione degli altri creditori estranei alla destinazione – sui beni destinati, anche se nel frattempo questi sono stati alienati. Peraltro, il fatto che l'art. 2645-*ter* alluda ad un obbligo di impiegare i beni «solo per la realizzazione del fine di destinazione», nonché ad un vincolo trascrivibile «al fine di render[lo] opponibile ai terzi» (creditori estranei all'atto o terzi aventi causa), sembra offrire ai privati la possibilità di creare vincoli obbligatori c.d. ambulatori: se infatti la causa della destinazione lo consente, i privati potrebbero anche trasmettere il vincolo sulla *res*, strutturalmente obbligatorio, agli aventi causa.

In conclusione, se l'apertura verso un'autonomia privata capace di incidere sui vincoli reali, dotati di un'inerenza più o meno forte, sembra giustificata solo ove sia il legislatore a consentirne la costituzione direttamente attraverso specifiche norme – come nel caso dell'art. 2645-*ter* ed eventualmente in quelli ritenuti tipici di *o. p. r.* – o indirettamente, negli spazi lasciati nella disciplina tipica del diritto reale, resta da rilevare il problema dell'opponibilità e della trascrivibilità dei vincoli atipici. Tale questione, in realtà, non riguarderebbe tanto gli oneri rientranti nell'art. 2645-*ter*, dato che è la norma a prevedere la trascrizione, ma soprattutto le *o. p. r.*

Non può trascurarsi che l'obbligazione *ob rem* – per come ricostruita nella ricerca – è obbligo accessorio ad un diritto reale, capace di limitarne il contenuto, pur essendo sempre e solo di fonte legale, la quale può già tipizzarne la struttura o lasciare ai privati il compito di farlo. In tal senso, l'*o. p. r.* sembra poter circolare solo ed esclusivamente nei limiti in cui ciò sia concesso al diritto reale, per il quale non sorgono dubbi circa l'opponibilità e la trascrivibilità.

In definitiva, con riguardo alle obbligazioni *propter rem*, più che di ipotesi atipiche, pare più plausibile parlare di due tipologie: da un lato, quelle c.d. tipiche; dall'altro quelle obbligazioni accessorie e connesse alla titolarità del diritto reale che, inserendosi negli spazi lasciati dal legislatore, si pongono al fianco delle prime. In sostanza, occorre escludere la possibilità per i privati di costituire liberamente qualsivoglia obbligazione *propter rem*, in considerazione dei problemi di opponibilità che potrebbero generarsi: in assenza di una norma che introduca uno strumento idoneo

a rendere opponibili situazioni atipiche «il terzo si vedrebbe privato, al di fuori della sua volontà, di parte dei poteri in astratto previsti dal legislatore». È più opportuno parlare delle obbligazioni *propter rem* come disciplinate dal legislatore in via più o meno espressa, e quindi sempre e comunque di fonte legale. In sostanza, il privato è libero di costituire un'obbligazione accessoria al diritto reale, con un atto di autonomia che non leda il contenuto minimo ed essenziale dello *ius in re*, ma a condizione di servirsi dello spazio di manovra lasciato dal legislatore.

Tale interpretazione delle o. p. r. sembra legittimare la possibilità di considerarle opponibili ai terzi, in virtù di quel carattere di inerenza debole, e cioè dipendente da quella del diritto reale a cui accedono, che consentirebbe all'obbligo di circolare insieme al diritto. Del resto, non si vede perché, se la dottrina e la giurisprudenza hanno tradizionalmente riconosciuto che le obbligazioni reali c.d. tipiche siano dotate di una limitata inerenza e quindi opponibilità, lo stesso non possa dirsi con riferimento alle o. ob rem ammesse (*rectius* la cui possibilità di costituzione è ammessa) implicitamente dalla legge a determinate condizioni. In altri termini, delle due l'una: o si ammette che siano opponibili sia quelle considerate tipiche sia quelle che pur senza essere previste espressamente *ex lege* possono comunque essere costituite, oppure non si dovrebbe nemmeno ammettere l'opponibilità delle o. p. r. classiche, giungendo così di fatto a negarne l'esistenza. Del resto, le obbligazioni reali sono una figura frutto dell'attività interpretativa.

Ma se si è sostenuto che le obbligazioni *propter rem* discendenti direttamente da una previsione normativa possono prescindere dalla trascrizione, visto che in quel caso l'obbligo si imporrebbe *ex lege* sull'acquirente, non altrettanto sembra potersi sostenere per le ipotesi in cui una norma abbia concesso alle parti la facoltà di assumere accordi integrativi o modificativi della disciplina legale: per tali ipotesi la dottrina maggioritaria, oltre alla forma scritta, richiede anche la trascrizione. Tuttavia, se alcuni ritengono che sia sufficiente la semplice menzione del vincolo nella nota di trascrizione, altri lo negano. D'altra parte, sempre la dottrina ha notato che l'esigenza di porre l'acquirente nelle condizioni di conoscere l'esistenza di un obbligo accessorio al diritto reale sia salvaguardata non dalla sola trascrizione, bensì dal fatto che l'acquirente di un fondo dovrebbe pur sempre consultare l'atto di provenienza, oltre alla mera nota di trascrizione: il terzo potrebbe venire a conoscenza dell'o. p. r. analizzando accuratamente l'atto costitutivo al momento dell'acquisto. E ciò, ovviamente, a condizione che tale atto sia stato regolarmente trascritto dalla parte interessata a far valere nei confronti dei terzi possibili aventi causa l'esistenza delle *obligationes* di origine pattizia, per la quale la trascrizione dovrebbe essere uno specifico onere. Ritenerne, infatti, che l'*obligatio* sia opponibile di per sé sarebbe erroneo, perché significherebbe confonderla con il contenuto del diritto reale, dal quale invece è un'entità distinta, connettendosi a questo solo in via accessoria: la pubblicità

dell'atto contenente un'*obligatio* non servirebbe a rafforzare la “naturale” opponibilità che è propria della sola situazione reale (l'o. p. r. invero non è uno *ius in re*), ma solo a fondarne la «presunzione di conoscenza».

CAPITOLO I

I caratteri del diritto reale. Oneri reali e obbligazioni *propter rem*

1. Il diritto reale tra immediatezza e assolutezza.

La sistemazione dogmatica degli oneri reali e delle obbligazioni *propter rem* è da sempre stata oggetto di numerose dispute, causate dall'inadeguatezza del tradizionale criterio di distinzione tra diritti reali e diritti di credito. La giurisprudenza ed in particolar modo la dottrina hanno ravvisato un certo imbarazzo nel classificare tali figure, proprio perché in entrambe sono presenti «taluni caratteri propri del diritto reale accanto a caratteri propri del diritto di credito»¹.

Al fine di comprendere se gli istituti dell'onere reale e dell'obbligazione reale siano connotati da realtà occorre, però, fare un passo indietro, necessario a comprendere che cosa si intenda per diritto reale e, soprattutto, a verificare perché la tassonomia tradizionale sia giunta ad affermare che il diritto reale sia connotato da assolutezza, immediatezza e inerenza.

La dottrina dominante individua nel diritto reale il carattere dell'immediatezza sulla cosa oggetto del diritto, e dell'assolutezza in quanto il diritto si esercita nei confronti di tutti i consociati; il potere del creditore è invece mediato perché il raggiungimento del bene non è garantito da una potestà sullo stesso, ma dall'attività del debitore, e il potere è peraltro relativo, visto che si riflette solo nei confronti di una persona determinata, cioè del debitore².

Ad ogni buon conto, la discussione sulla problematica dei diritti reali si sviluppa attorno alla dicotomia tra la concezione classica e quella personalistica³. La prima configura il diritto reale concentrandosi sulla relazione immediata e diretta tra il potere della persona (titolare del diritto) e la cosa. La seconda configura il diritto reale (e più in generale il diritto soggettivo) come potere o pretesa di un soggetto nei confronti di tutti i consociati⁴. In sostanza, la prima si concentra sull'immediatezza, la seconda sull'assolutezza.

Pertanto, l'analisi che segue non potrà che essere condotta in termini di struttura del rapporto giuridico, dal momento che alla base di entrambe le concezioni si colloca «il rapporto tra il titolare del diritto reale e i terzi e la relazione tra quel titolare e il bene

¹ M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali (Diritto Civile)*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1960, 748.

² ID., *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968, 82; e ID., voce *cit.*, 748.

³ M. COMPORI, voce *Diritti reali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 1.

⁴ Quanto alla concezione personalistica si può osservare come il potere che sta alla base del diritto sia connotato in senso negativo, poiché il dovere di tutti i consociati di non impedire l'esercizio del diritto al suo titolare è appunto di natura negativa (v. *infra* nel testo).

oggetto della sua signoria»⁵. Come anticipato, le due teorie cercano di esaltare l'una l'elemento dell'immediatezza e l'altra dell'assolutezza. Si vedrà, però, che per quanto importanti questi elementi siano nella classificazione del diritto reale, il dato saliente e qualificante deve essere ravvisto esclusivamente nell'inerenza.

Comunemente si afferma che la concezione per cui il diritto reale (e la proprietà) rappresenta una particolare «*relazione tra proprietario e cosa* [...] che garantisce al titolare un potere immediato e diretto su di essa»⁶, abbia posto le prime radici in epoca Romana, e sia stata poi sviluppata tra il Seicento e il Settecento dal giusnaturalismo. In realtà, i giuristi romani non ebbero piena consapevolezza della categoria del diritto soggettivo e, più specificamente, della categoria dei diritti sulle cose⁷. Secondo gli storici del diritto, sembra che i romani non utilizzassero il termine *ius in re* o *ius reale*, preferendo tutelare le situazioni giuridiche soggettive ricorrendo alle figure dell'*actio in rem* e dell'*actio in personam*⁸.

Viceversa, i primi a parlare di *ius in re* con un significato simile a quello moderno, cioè come designazione unitaria di una categoria di diritti, furono i Glossatori e successivamente i Commentatori, che individuarono il *ius in re* in tutti i casi in cui poteva esperirsi l'*actio in rem*⁹. Una categoria unitaria, peraltro ampiamente utilizzata

⁵ Così L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, 14.

⁶ A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, 2^a, Padova, 1988, 6.

⁷ Ovviamente con ciò non si vuole dire che in epoca romana fossero sconosciute la proprietà e quelle figure che noi oggi comunemente classifichiamo come diritti reali su cosa altrui, ma si vuole solo specificare che non è romana la rappresentazione unitaria del fenomeno "diritto reale". I Romani, infatti, non si limitarono a contrapporre l'*actio in personam* alle azioni reali, ma concepirono anche unitariamente ogni rapporto sottostante alle azioni *in personam* definendolo *obligatio*, e individuarono concettualmente le posizioni giuridiche sottostanti alle azioni reali, qualificandole come *dominium*, *usus fructus*, *usus*, *servitus*. Soprattutto, come ricorda V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1952, 173, occorre ricordare che anche il diritto romano poneva come cardine del sistema giuridico la distinzione tra *ius in re* e obbligazione; tuttavia, tale distinzione non era posta nel campo dei diritti soggettivi, ma in quello delle azioni: «in tema di difesa dei diritti patrimoniali l'*actio in rem* si contrappone all'*actio in personam*, e, mentre la prima rappresenta la posizione avanzata della proprietà e degli altri diritti sulle cose, la seconda è la difesa normale dei diritti di credito».

⁸ Cfr. M. COMPORI, *I diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), P. SCHLESINGER (diretto da), 2^a, Milano, 2011, 1 s. In particolare, come osserva G. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 756-757, è insostenibile l'idea per cui l'antitesi tra *actiones in rem* e *actiones in personam* corrisponda ad una «proiezione processuale dell'antitesi sostanziale fra diritti reali e diritti di credito», poiché la contrapposizione tra le due *actiones* non era *strictu sensu* processuale, bensì era «attinente al fondamento, all'oggetto e allo scopo dell'*actio* e che la differenza del rapporto sottostante trovava la sua espressione nelle dichiarazioni delle parti nelle *legis actiones* e nel tenore delle *formulae* nel processo formulare». *Contra* B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (diretto da), Milano, 1967, 35, che opta per una corrispondenza tra diritti reali e *actio in rem*, poiché – ad avviso dell'A. – l'ordinamento giuridico romano non era impostato sulla contrapposizione di diritti ma di *actiones*, perciò i Romani affermavano che non vi fosse un diritto ad ottenere un risultato giuridico ma solo un'azione; e ciò pur avendo presente la nozione di diritto soggettivo e di obbligo giuridico.

⁹ G. PUGLIESE, *op. cit.*, 760, ricorda che con i Glossatori, accanto all'usufrutto, alle servitù prediali, all'enfiteusi e all'ipoteca, iniziarono a trovare spazio pure i diritti «del feudatario, del vassallo e del titolare di una prebenda o di un beneficio» ed anche alcuni vincoli propri del sistema germanico, tra cui l'onere reale. Contemporaneamente il *dominium*, conformemente alla tradizione romanistica, pur rimanendo distinto dagli altri diritti, iniziò ad essere ritenuto omogeneo ad essi, e venne fatto confluire

in epoca medioevale, «a causa della grande influenza che la *res* [...] aveva nella concezione statica dei diritti patrimoniali del tempo», e dove i numerosi istituti creati dal sistema feudale, da quello canonico e da quello germanico, vennero progressivamente recepiti dal diritto comune ed etichettati come *iura in re*¹⁰.

Solo con l'avvento del giusnaturalismo si intravedono però i primi segnali di configurazione degli *iura in re* come categoria unitaria. Sono proprio i pensatori di questo periodo a qualificare “classica” – perché ricollegabile all'impostazione dei giuristi romani – quella concezione di diritto reale inteso come relazione tra persona e cosa. In particolare, il *ius in re* inizia ad essere visto come una realtà in sé e non più come causa dell'*actio in rem*¹¹. Ciò perché, per la prima volta, si scorge il volto di un diritto reale esistente in sé e per sé (al punto che la proprietà viene quasi considerata come proiezione dell'individuo¹²), e non più soltanto in relazione ad un'*actio* che possa tutelarla. Invero, attraverso l'esaltazione del diritto soggettivo e del diritto reale come realtà naturale, quest'ultimo viene considerato «come signoria immediata dell'uomo sulla cosa, potere o facoltà di volere su essa»¹³.

D'altra parte, occorre considerare che la categoria dei diritti reali non appena raggiunge quei confini nitidi di rapporto immediato tra soggetto e *res*, inizia ad essere letta in un'ottica individualistica e assolutistica. Questa tendenza è causata da due fattori. Il primo è che, se fino al XVIII sec. la *res* era al centro del contesto economico, con l'avvento della Rivoluzione industriale, le fonti di ricchezza si spostano dal godimento della *res* alle attività produttive, e pertanto la categoria dei diritti reali inizia a perdere di importanza a discapito dell'obbligazione e del contratto. Il secondo fattore è che, con l'abolizione dello stato assoluto (portato dalla Rivoluzione francese e dell'avvento dell'economia liberale), l'accesso alla proprietà immobiliare viene liberalizzato grazie all'abrogazione dei numerosi statuti, reali e personali.

Proprio in questo contesto, dove la visuale inizia a spostarsi verso l'esterno, cioè verso la relazione del titolare di un diritto con gli altri consociati, inizia a svilupparsi l'approccio personalistico. Se fino all'Ottocento, in un contesto di economia statica, la

al di sotto della nozione di *ius*. Allo stesso tempo, però, il *dominium* assunse un significato più ampio, al punto che anche i diritti su cosa altrui vennero denominati *domini* (*dominium usufructus, dominium servitutis* etc.).

I Commentatori, invece, furono portati a far coincidere perfettamente l'*actio in rem* con il *ius reale* e l'*actio in personam* con il *ius personale*, mentre il *dominium* era ricompreso negli *iura realia*.

¹⁰ Secondo M. COMPORTI, *I diritti reali in generale*, cit., 3 ss., la fortuna della categoria del diritto reale in epoca medioevale, si spiega con la grande influenza che la *res* ebbe nella «nella concezione statica dei diritti patrimoniali di allora». In particolare, sarebbero i Canonisti e i Feudisti del XIII secolo ad aver costruito la categoria dello *ius ad rem* ponendola accanto a quella dello *ius in re*.

¹¹ V. M. COMPORTI, *op. cit.*, 6. Il giusnaturalismo ha esaltato la categoria del diritto soggettivo nel tentativo di tutelare le prerogative fondamentali della persona dal potere del Sovrano assoluto. Specificamente, sul presupposto che il diritto esisterebbe in funzione dell'individuo, si iniziò ad affermare che l'uomo sarebbe un composto di attributi, potestà, e qualità morali che il diritto oggettivo ha solo il dovere di riconoscere. In altri termini, l'uomo non sarebbe più stato solo l'oggetto delle norme, ma ne sarebbe divenuto il soggetto protagonista.

¹² U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, 2^a, Milano, 1976, 4.

¹³ V. M. COMPORTI, *op. cit.*, 8.

proprietà è il modello di tutte le situazioni giuridiche (e quindi pure dell'obbligazione), grazie all'avvento della Pandettistica è l'obbligazione a fornire «il paradigma a tutti i diritti soggettivi, e perciò anche alla proprietà, considerata ora sotto l'aspetto del rapporto giuridico»¹⁴. Specificamente, si inizia a criticare il principio portato dalla concezione classica, ossia quello per cui il potere del titolare del diritto verrebbe esercitato nei riguardi di cose, poiché ritenute insuscettibili di costituire uno dei termini del rapporto giuridico¹⁵.

D'altra parte, anche se la relazione giuridica tra uomo e cosa appare primitiva e impossibile, ha comunque il pregio di chiarire con un'immagine che la distinzione tra diritti reali e diritti di obbligazione sta nel fatto che «nei primi esiste un rapporto con persone determinate [...]. Nei secondi, al contrario, il titolare del diritto [...], soddisfa il proprio interesse [...] al di fuori di un tale rapporto»¹⁶.

Alla base della concezione personalistica si pone, quindi, un principio completamente diverso che vede solo le persone come ulteriore fattore del rapporto giuridico, poiché solo nei confronti di queste è ipotizzabile un rapporto giuridico. Secondo questa teorizzazione, il diritto sarebbe un composto formato da numerose relazioni intersoggettive e il rapporto giuridico potrebbe sussistere solo facendo riferimento al rapporto tra persone, non a quello fra individuo e cosa. Il diritto è concepito come potere nei confronti di uno o più soggetti, ed in tal senso il diritto reale non è più potere immediato sulla *res*, bensì potere assoluto da opporre agli altri consociati, che dovranno così astenersi da qualsiasi ingerenza sulla cosa¹⁷. In altri termini, il diritto reale è letto in senso negativo: tutti i soggetti dell'ordinamento hanno il dovere di non interferire con il titolare nell'esercizio del suo diritto¹⁸.

¹⁴ A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 7.

¹⁵ V. L. BARASSI, *Diritti reali*, cit., 16 ss.: il diritto è una «*proportio hominis ad nomine* [...], e non fra un uomo ed una cosa». L'A. ricorda come avverso la concezione classica sono state sollevate altre due obiezioni: con la prima sosteneva che, se fosse esaltato unicamente il dato del rapporto immediato con la *res*, anche il possesso avrebbe dovuto essere riconosciuto come diritto reale, poiché capace di offrire un esempio eccellente di signoria immediata con la cosa; con la seconda obiezione si faceva riferimento al fatto che, se il diritto reale fosse solo signoria immediata sulla *res*, non si sarebbe potuto spiegare il diritto reale di garanzia.

Contra C. M. BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto Civile*, VI, Milano, 1999, 127, ritiene che non sia condivisibile reputare inammissibile un rapporto giuridico tra persone e cose, poiché l'immediatezza del diritto reale non andrebbe intesa «nel senso che il bene sia termine di un rapporto giuridico col soggetto, ma semplicemente nel senso che esso costituisce l'oggetto su cui cade il potere del titolare».

¹⁶ A. NATUCCI, *op. cit.*, 9.

¹⁷ Cfr. M. COMPORI, *I diritti reali*, cit., 10; ID., voce *Diritti reali*, cit., 2.

¹⁸ Tra i sostenitori della concezione personalistica v. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 173 ss., che considera l'immediata «relazione fra uomo e cosa [...] come un'immagine». L'A. ricorda che l'ordinamento giuridico è un sistema di norme, dove il diritto soggettivo è uno speciale atteggiamento della norma che attribuisce all'individuo la facoltà di pretendere dagli altri una certa condotta. Secondo questa impostazione, allora, se viene creato un diritto soggettivo come la proprietà, significa che a tutti i consociati deve essere vietato di ingerirsi «in quella cosa che si vuole riservata alla libertà d'azione di uno». In altri termini, occorrerebbe invertire il rapporto causa-effetti: la relazione uomo-cosa non va rispettata *ex se*, ma solo in quanto ratificata da un diritto soggettivo.

V. pure E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 12 ss., per il quale non può esistere un rapporto giuridico che trovi il proprio fine in sé stesso e che non abbia carattere strumentale,

Seguendo l'impostazione personalistica, i diritti vengono distinti in assoluti, ossia vevoli *erga omnes*, se il rapporto viene ad instaurarsi con la generalità dei consociati¹⁹; ed in relativi se vevoli nei confronti di persone determinate, vale a dire se esperibili nei confronti del singolo soggetto obbligato all'adempimento della prestazione.

In questo contesto si collocano pure le teorie c.d. eclettiche²⁰, che, ispirate alla concezione personalistica, a volte qualificano l'immediatezza come conseguenza dell'assolutezza²¹, mentre in altri casi pongono in risalto l'elemento contenutistico su quello intersoggettivo²².

Lo spostamento della costruzione del diritto soggettivo dal lato interno a quello esterno – effettuato dalla concezione personalistica – non è stato esente da critiche. In particolare, sono due le considerazioni più ricorrenti. La principale consiste nel fatto che se il diritto reale avesse una connotazione meramente negativa (*rectius* di dovere negativo di astensione) difficilmente si differenzerebbe dal dovere di non ledere la sfera giuridica soggettiva altrui. Detto altrimenti, l'assolutezza non potrebbe essere considerata come elemento genetico del solo diritto reale, poiché appartenente anche alla sfera di altri diritti, quali quelli relativi, allo *status* delle persona e ai diritti della personalità²³. In questo senso è dunque facile comprendere che la differenza tra diritti

«in quanto è strumento di difesa di interessi nella vita sociale, quindi strumento ad un fine di convivenza».

Anche A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it, Padova, 1951, 289 ss., considera che l'immediatezza non è dirimente per qualificare il diritto reale. Se così fosse non vi sarebbe differenza tra «l'abitare una casa» da parte del proprietario, di un locatore o di un usufruttuario: «tutt'e tre usano i locali, in tutt'e tre è altresì la volontà direttamente indirizzata ad usare la cosa». In tal senso, il proprietario non abiterebbe la propria casa in maniera «più immediata che il locatario in quella che ha in affitto».

Tra i detrattori della teoria classica si veda altresì B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it., con note di C. FADDA - P. E. BENZA, Vol. I, Pt. I, Torino, 1902, 173 s., per il quale i diritti reali sono quei diritti in cui la volontà del titolare è decisiva per una cosa. Con ciò l'A. non intende affermare che quando l'ordinamento giuridico concede un diritto reale sia la cosa a trovarsi in uno stato di soggezione, poiché ciò non avrebbe senso. Invero, «tutti i diritti sussistono fra persona e persona, non fra persona e cosa». In sostanza, «la volontà del titolare di un diritto reale è norma di comportamento rispetto alla cosa, cioè al comportamento di ognuno e non di questo o di quello».

¹⁹ M. GIORGIANNI, voce *cit.*, 748, precisa che l'assolutezza deve essere intesa in due significati diversi: con il primo si intenderebbe fare riferimento al rapporto tra il titolare e tutti i consociati, sui quali incomberebbe il dovere negativo di non impedire l'esercizio del diritto stesso; con il secondo significato si intenderebbe far riferimento ad un diritto vevole *erga omnes*.

²⁰ La dicitura è di M. COMPORI, *I diritti reali*, cit., 14.

²¹ Cfr. L. BARASSI, *op. cit.*, 20, ritiene che tutti e due gli elementi, «l'interno e l'esterno, hanno una propria importanza: vale a dire la signoria sulla cosa contenuta nel diritto reale non è che la risultante dei doveri negativi di astensione da ogni inframmettenza tra il titolare di quella signoria e la cosa spettanti a tutti i terzi che si trovino nella situazione di poter attuare a quella turbativa».

²² Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2012, 80: «Nei rapporti reali il potere del titolare investe [...] immediatamente la cosa, poiché il titolare è posto in condizione di farla da sé servire al suo interesse: agli altri, fuori dalla soggezione, incombe soltanto l'obbligo di astenersi da atti che ostacolano l'attuazione del titolare del potere sulla cosa».

²³ V. L. BARASSI, *op. cit.*, 18. L'A. rammenta altresì che un dovere negativo di astensione di una moltitudine di terzi indeterminata è inconcepibile. Un rapporto, infatti, è concepibile solo tra persone determinate. Similmente anche E. BETTI, *op. cit.*, 12, che afferma come i soggetti passivi non possono

reali e diritti di credito diverrebbe quasi inesistente: tutti i diritti soggettivi dovrebbero essere qualificati come assoluti perché esistenti e tutelabili dinanzi ai terzi (oggi è principio comunemente riconosciuto che pure il diritto di credito sia tutelato dall'interferenza dei terzi con una tutela aquiliana²⁴).

La seconda considerazione, che ha impedito alla teoria personalistica di trovare risalto dottrinale, è dipesa dal tentativo di qualificare la relazione tra persona e cosa come rapporto giuridico. L'idea del diritto reale come diritto soggettivo assoluto, cioè «diritto *erga omnes* cui doveva ritenersi correlato il c.d. dovere di astensione di tutti i consociati»²⁵, è frutto della concezione pandettistica e di quella imperativistica del diritto. Secondo queste concezioni, il rapporto giuridico – inteso come relazione fra persona e persona e, soprattutto, fra diritto e dovere – è considerato l'unico criterio di qualificazione giuridica. Successivamente, questa impostazione inizia a mostrare le prime crepe. La norma, infatti, non viene più considerata come fonte di comandi e di divieti, ma come strumento che l'ordinamento usa per valutare le attività umane (del resto era ormai mutato il contesto storico). In altri termini, sarebbe direttamente la norma a dare rilevanza giuridica ad un fatto (la relazione soggetto-cosa) come diritto reale, prescindendo dal possibile rapporto giuridico fra soggetto e cosa o fra soggetto e gli altri consociati. Infatti, se è senz'altro vero che nel rapporto giuridico v'è una correlazione tra situazione attiva e situazione passiva, questa manca nel diritto reale, il cui contenuto non è rappresentato dall'adempimento da parte dei consociati di un dovere di astensione, bensì dalla relazione di utilità con la cosa. L'interesse fondamentale protetto dal diritto reale, quindi, è quello di utilizzazione del bene e non di tutela dell'integrità patrimoniale²⁶.

Da quanto detto poc'anzi, sembra chiaro allora che né il profilo dell'assolutezza né quello dell'immediatezza offrono un criterio adeguato per chiarire cosa si intenda per “realità”, e quindi in cosa si differenzi il diritto reale dal diritto di credito. Sembra opportuno cercare l'elemento discretivo altrove, ed in particolare nell'inerenza, anche detta opponibilità.

1.1. Segue: l'inerenza.

Ben presto gli interpreti, rendendosi conto dell'insufficienza dei criteri offerti dalla tesi personalistica²⁷, rilanciano nuovamente la concezione classica per spiegare la

essere i tutti, ma solo «quelli che di fatto possono venire a contatto con la cosa, che abbiano, cioè, di fatto la possibilità di ingerirsi delle cosa».

²⁴ M. COMPORI, *op. ult. cit.*, 24 in nota (50), ricorda che, nella giurisprudenza italiana, la tutela aquiliana del credito è stata ammessa per la prima volta da Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174 in *Foro it.*, 1971, I, c. 342, e poi riconosciuta dalle pronunce successive, mentre in passato l'orientamento giurisprudenziale negava l'ammissibilità della tutela aquiliana dei diritti relativi.

²⁵ *Id.*, *op. ult. cit.*, 17 ss.

²⁶ M. COMPORI, *I diritti reali in generale*, cit., 21 s.

²⁷ V. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 80, secondo il quale dal punto di vista dell'interesse del titolare del diritto reale ciò che rileva è la particolare relazione che si instaura con la

natura del diritto reale. D'altra parte, con l'affermarsi della società industriale e il conseguente declino di un sistema economico c.d. statico, l'idea di un diritto reale inteso come potere immediato e diretto sulla *res* non può più essere accettata *tout court*. Se prima a rilevare era il dominio sulla *res* e la superiorità del sistema chiuso della proprietà e degli altri diritti reali sulle obbligazioni (considerate solo uno strumento utile per costituire i diritti reali²⁸), non può più dirsi lo stesso con l'affermazione di una società inquieta e in rapida trasformazione, dove ciò che rileva è l'utilizzo di un bene per l'esercizio di una certa attività, indipendentemente da chi sia l'effettivo titolare del diritto.

In particolare, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, la dottrina italiana si rende conto che il tentativo di categorizzazione dei diritti patrimoniali, in reali e di credito, è diventato ormai desueto e non potrebbe più essere approcciato dal punto di vista "classico". Nello specifico, la teoria classica mostra tutta la propria inefficienza con riguardo alla nuova formulazione dei diritti personali di godimento su cosa altrui e all'istituto della locazione in particolare²⁹. Infatti, se – secondo l'impostazione classica – il diritto reale è rappresentato da un potere immediato e diretto sulla cosa, che dire della situazione del locatario che si trova in una situazione di relazione immediata di disponibilità e godimento della cosa³⁰? La locazione è allora un diritto reale?

Sul punto è stato significativo lo studio di Giorgianni³¹, che ritiene come la diversità tra diritti reali e di credito non possa essere individuata secondo la struttura del potere messo a disposizione del titolare: assoluto e immediato per i primi, mediato e relativo per i secondi. All'Autore, specialmente, non sembra corretto il tentativo di ridurre «a due soli paradigmi (diritto reale e diritto di credito) la diversità della struttura dei vari poteri, che la legge pone a disposizione del soggetto per il soddisfacimento del suo interesse»³². Per individuare allora la categoria del diritto reale servirebbe un criterio diverso. In particolare, in ordine alla classificazione dei diritti patrimoniali – ritiene l'Autore – occorrerebbe adottare una decisione preliminare: o individuare il diritto reale attraverso l'ormai noto criterio della struttura

cosa, e non tanto il particolare rapporto giuridico che si viene ad instaurare con gli *omnes*. Ciò perché un rapporto giuridico tra titolare del diritto e un terzo, potrebbe nascere solo quando il diritto reale è violato da quest'ultimo, a carico del quale potrebbe allora sorgere un'obbligazione positiva.

²⁸ M. COMPORI, voce *cit.*, 2 s.

²⁹ A dire il vero, come ricorda A. NATUCCI, *op. cit.*, 13, si era assistito ad una disputa circa la natura del rapporto di locazione – riguardante la sua riconducibilità ai diritti reali o di credito – già all'indomani della codificazione napoleonica. Il contesto era quello di una nuova ideologia liberale, tendente a ridurre il numero dei diritti reali che avrebbero potuto impedire il libero sfruttamento dei beni. Inoltre, non si deve trascurare il fatto che, mentre la concezione classica metteva in mostra le prime crepe con riguardo ai diritti personali di godimento, contestualmente alcuni interpreti ravvisavano che alcuni diritti fino ad allora classificati come reali, come le servitù negative e le ipoteche, non realizzavano un potere immediato e diretto sulla cosa (v. *infra* nel testo con riguardo alla teoria di Giorgianni).

³⁰ M. COMPORI, voce *cit.*, 3; ID., *I diritti reali in generale*, cit., 52 ss.

³¹ Si vedano M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940; ID., *L'obbligazione*, cit., 81 ss.; ID., voce *Diritti reali*, cit., 749 ss.

³² ID., voce *Diritti reali*, cit., 750.

del potere, ma in questo caso sarà necessario rendersi conto che la semplice bipartizione in diritti reali e in diritti di credito non è più attuale; oppure dovrà adottarsi un diverso criterio – preferibile secondo l’Autore –, che «riguarda il collegamento e la inerenza del potere del titolare rispetto ad una cosa»³³.

Per giungere a queste conclusioni, Giorgianni compie alcune considerazioni. In particolare ritiene che i diritti patrimoniali non possano essere classificati solo in base al profilo dell’immediatezza del potere sulla *res*. Ciò perché vi sono alcune situazioni giuridiche – fatte rientrare tra i diritti reali dalla dottrina tradizionale – in cui il soggetto realizza il proprio interesse senza esercitare un potere immediato sulla cosa. In altri casi, invece, vi sono situazioni giuridiche, «tradizionalmente comprese nella categoria dei diritti di credito, in cui lo strumento, posto dall’ordinamento giuridico a disposizione del soggetto per il raggiungimento dell’interesse, è costituito [...] da un potere immediato sulla cosa»³⁴.

Sotto il primo profilo si pensi al pegno e all’ipoteca ed alle servitù negative. Per quanto riguarda il pegno e l’ipoteca, il potere del titolare del diritto reale di garanzia è immediato solo in apparenza, perché, se è vero che può esercitarsi il potere sulla cosa senza che occorra la cooperazione del debitore, non è altrettanto vero che questo potere possa essere esercitato liberamente dal creditore. Questi, infatti, può esercitare un potere solo grazie alla cooperazione dell’organo giudiziario: pertanto il creditore dovrà rivolgersi all’autorità giudiziaria per instaurare un giudizio di espropriazione³⁵.

Relativamente alle servitù negative, invece, occorre considerare che il titolare del fondo dominante non ha alcun potere immediato sulla cosa. L’interesse del titolare non si realizza infatti mediante l’esercizio di un potere immediato sul fondo altrui, bensì attraverso il rispetto di un obbligo da parte del titolare del fondo servente. Si pensi alla *servitus altius non tollendi*, dove l’interesse del titolare è soddisfatto esclusivamente da una limitazione della libertà del titolare del fondo servente, il quale

³³ ID., voce *cit.*, 751. Particolarmente critico, nei confronti di coloro che sostengono che l’elemento discrezionale del diritto reale sia l’inerenza, è A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972, 220 ss., il quale ritiene questo elemento come evanescente, incapace di assurgere a dignità di concetto tecnico giuridico, che si risolve esclusivamente in un’immagine.

³⁴ M. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, cit., 84 ss.; ID., voce *Diritti reali*, cit., 749 e, soprattutto, 750: «il potere immediato sulla cosa (propria o altrui) come strumento di soddisfacimento dell’interesse del soggetto, non si può dire sempre presente in tutte le situazioni giuridiche di solito fatte rientrare tra i diritti reali; mentre d’altro canto esso si trova presente in ipotesi tradizionalmente escluse dal territorio dei diritti reali, e fatte invece rientrare tra i diritti di credito».

Contra sembra A. NATUCCI, *op. cit.*, 130, per il quale l’inerenza richiama «un’altra espressione figurata [...] l’immediatezza del potere sulla cosa; e, al pari di questa, più che un carattere del diritto è semplicemente un modo di rappresentare una certa disciplina».

³⁵ Del resto, se il creditore potesse esercitare direttamente un potere immediato sulla cosa si rischierebbe di violare l’art. 2744 c.c. Non sarebbe d’accordo F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, II, pt. 2^a, 8^a, Milano, 1951, 4 s., per il quale il diritto reale si eserciterebbe *recta via*, quindi senza la cooperazione di terzi: le uniche ipotesi in cui occorrerebbe l’intervento giudiziario non sarebbero quelle relative all’esercizio del diritto reale, bensì relative alla sua tutela.

deve adempiere ad una vera e propria obbligazione per garantire il rispetto del diritto³⁶.

D'altro canto, secondo l'Autore, vi sono alcune situazioni giuridiche che tradizionalmente sono poste al di fuori dei diritti reali, nelle quali però il titolare esercita un potere immediato e diretto sulla cosa. Sono il caso del comodato, dell'anticresi e della locazione. La dottrina tradizionale ritiene che il locatore sia gravato da un'obbligazione, ossia quella di far godere al conduttore *quotidie et singulis momentis* il bene. Ad ogni modo, l'obbligo di lasciar godere al conduttore momento per momento non sarebbe un vero e proprio obbligo, bensì un generico dovere di astensione – il lasciar godere il bene al locatario – che viene posto a carico di tutti i consociati. Ciò perché il conduttore necessita dell'ausilio del locatore solo nella fase iniziale quando il bene gli viene consegnato, mentre nel corso del rapporto non vi è bisogno di alcuna cooperazione visto che è già l'ordinamento a riconoscergli un potere³⁷.

Detto altrimenti, il diritto del conduttore non dipende dal comportamento di un certo soggetto ma dall'ordinamento, che gli riconosce un potere autonomo di godimento del bene. Questo tipo di potere rappresenterebbe la categoria dei diritti personali di godimento su cosa propria o altrui. Di tale categoria farebbero parte la locazione, il comodato, l'anticresi e la maggior parte dei diritti reali (enfiteusi, uso, usufrutto, abitazione e servitù positive)³⁸. Del resto, confrontando la posizione di un locatario con quella di un usufruttuario, ci si renderebbe conto che in entrambi i casi l'interesse del titolare è dato dal godimento della cosa altrui.

Anche il profilo dell'assolutezza, tuttavia, non è qualificante secondo Giorgianni. Occorre ricordare che l'assolutezza va intesa in una duplice accezione: da un lato,

³⁶ Per M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., 87 s., non potrebbe ritenersi che nelle servitù positive l'obbligo di non impedire il passaggio al titolare della servitù, gravante sul titolare del fondo servente, sia analogo all'obbligo ravvisabile nelle servitù negative: «[...] mentre nella servitù negativa l'obbligo del proprietario del fondo servente basta a realizzare perfettamente l'interesse del titolare della servitù, non lo stesso si può dire per la servitù positiva: [...] nella servitù di passaggio l'interesse del titolare viene realizzato proprio mediante il suo potere immediato sulla cosa (altrui) che gli consente di attraversare il fondo, mentre l'obbligo gravante sul proprietario del fondo servente, ammesso che esista e che sia diverso dall'obbligo generico di non impedire ai consociati l'esercizio dei loro diritti, non può essere sufficiente a realizzare quell'interesse, e può avere al massimo la funzione di proteggere il raggiungimento di esso».

³⁷ M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., 88 s. *Contra* C. M. BIANCA, *op. cit.*, 128, ritiene che l'immediatezza non possa essere esclusa dalla nozione di diritto reale, e ciò perché non andrebbe vista «nella materiale detenzione della cosa ma nelle esercitabilità del diritto su di essa senza il tramite della prestazione altrui. [...] L'immediatezza ha puntuale riscontro anche nell'ipoteca, la cui attuazione non richiede la cooperazione del datore della garanzia, e nelle servitù negative. Per converso, l'immediatezza è assente nella locazione, dove il godimento della cosa costituisce attuazione del diritto di credito del locatario nei confronti del locatore. [...] il venir meno del godimento integra inadempimento del locatore e comporta l'applicazione dei relativi rimedi contrattuali».

³⁸ Anche A. NATUCCI, *op. cit.*, 17, ricorda che le eccezioni circa i diritti reali sono espresse dall'ipoteca e dal pegno, «in cui il titolare del diritto non può soddisfare direttamente sul bene il proprio interesse, e le servitù negative, in cui l'inalterabilità delle cose è raggiunto tramite il comportamento di un soggetto obbligato».

come rapporto intercorrente tra il titolare del diritto e i consociati, costretti da un dovere negativo di astensione; dall'altro, assolutezza nel senso di esperibilità *erga omnes* del diritto, contrapposta alla relatività del diritto di credito.

Ebbene, sia in un senso che nell'altro, l'assolutezza non può ritenersi in grado di qualificare il diritto reale. Nel primo caso, invero, non si vede sia come i terzi possano violare i diritti reali di garanzia e le servitù negative, a differenza dei diritti di credito che da questi possono essere violati (v. *supra* par. 1)³⁹.

Per la seconda accezione di assolutezza – consistente nell'esperibilità *erga omnes* del diritto contrapposta alla relatività del diritto di credito – occorre considerare che vi sono alcuni diritti reali che, talvolta, non sono esperibili *erga omnes*, quali la proprietà immobiliare non trascritta che non può opporsi al successivo acquirente trascrivente, ai sensi dell'art. 2644 c.c. (oppure la proprietà mobiliare che non può farsi valere nei confronti del possessore in buona fede *ex art.* 1153 c.c.); mentre vi sono diritti obbligatori esperibili *erga omnes*, come la locazione ultranovennale che può opporsi a qualsiasi terzo⁴⁰.

Allora, alla luce di queste considerazioni, Giorgianni giunge ad affermare che, se si decidesse di adottare come criterio discrezionale dei diritti patrimoniali quello della struttura del potere messo a disposizione dall'ordinamento per il soddisfacimento del proprio interesse, non potrebbe più giungersi alla conclusione che esistono solo i diritti reali e di credito. Si dovrebbe invece concludere che i diritti patrimoniali si dividano in obbligazioni, in diritti di godimento (della cosa propria o altrui) e in diritti di garanzia (su cosa altrui)⁴¹. Nel primo caso, l'obbligo del debitore soddisfa perfettamente l'interesse del creditore, il potere di quest'ultimo ha quindi per oggetto l'obbligo del debitore. Nel secondo caso, l'interesse del proprietario e dei titolari dei diritti personali di godimento si realizza tramite l'esercizio di un potere immediato sulla cosa. Nel terzo caso, i creditori pignorati e ipotecari hanno un duplice interesse: la pretesa di soddisfacimento sul bene e preferenza rispetto ai creditori chirografari.

³⁹ Cfr. M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., 750; ID., *L'obbligazione*, cit., 92. *Contra* C. M. BIANCA, *op. cit.*, 129, secondo il quale si potrebbe affermare che l'assolutezza non è esclusiva dei soli diritti reali, visto che anche i diritti di credito sono tutelati nei confronti dei terzi; occorre però tenere presente che «nei diritti reali l'assolutezza è un carattere necessario, in quanto essenzialmente connesso al potere del titolare. [...] La tutela giuridica dei diritti di credito si realizza invece attraverso l'obbligo che grava sul debitore e che rappresenta l'elemento costitutivo di tali diritti. Rispetto ad esso la tutela extracontrattuale svolge un ruolo secondario e limitato».

⁴⁰ *Contra* C. M. BIANCA, *op. cit.*, 128, per il quale l'assolutezza è presente anche nei diritti reali e non va confusa con la trascrizione del titolo. Infatti, il titolare del diritto reale di godimento è tutelato nella vita di relazione perché esiste un dovere di non ingerenza da parte dei consociati. Tale carattere è presente pure per i diritti reali non trascritti, visto che la mancata trascrizione non può incidere sul dovere di non ingerenza dei terzi: se il terzo danneggia la *res* del proprietario sarà comunque tenuto a risarcire il danno; allo stesso tempo, se il terzo possiede abusivamente la cosa del proprietario non può paralizzarne l'azione di rivendica eccependo la mancata trascrizione del titolo. Secondo l'A.: «La trascrizione è un onere formale che risolve il conflitto tra titoli assoggettabili al medesimo onere pubblicitario. La mancata trascrizione dell'atto [...] comporta una *inopponibilità relativa* dell'atto, nel senso che non può essere opposto a chi abbia trascritto [...] il proprio titolo».

⁴¹ M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., 751; ID., *L'obbligazione*, cit., 95 s.

Da questa tripartizione si evince che non esisterebbe più la categoria del diritto reale autonomamente considerata, divenendo una nozione trasversale riscontrabile in ciascuna categoria sopra elencata⁴². Infatti, ove si volesse individuare un unico criterio discretivo, tale da permettere di individuare il diritto reale come categoria unitaria, sarebbe d'uopo avere come punto di riferimento un altro elemento, vale a dire quei diritti patrimoniali in cui il potere è collegato ad una cosa determinata, ossia i casi in cui il potere è inerente alla cosa⁴³.

Alcuni diritti patrimoniali manifestano questo intimo collegamento tra potere e *res*, o perché si esercita direttamente su di essa, come nel caso della proprietà e degli altri diritti reali minori; oppure perché l'interesse del titolare è soddisfatto da una particolare destinazione della cosa, come nei diritti reali di garanzia.

Sicuramente non è di per sé sufficiente il collegamento con la *res* affinché il potere sia considerato reale, ma serve che il potere sia inerente alla cosa, nel senso di «rendere possibile al titolare il soddisfacimento del suo interesse, qualunque sia l'essenza dei rapporti di fatto o giuridici che involgeranno la cosa»⁴⁴. In altri termini, utilizzando una figura processuale, si parlerebbe di diritto di seguito *adversus omnes*, cioè della «possibilità che il titolare del diritto reale persegua la realizzazione del suo interesse, cioè consegua l'oggetto della tutela, nei riguardi di chiunque, in un dato momento, venga a trovarsi in una determinata situazione di rispetto alla cosa»⁴⁵.

⁴² Con ciò, ovviamente, non si vuole affermare che la categoria dei diritti personali di godimento potrebbe soppiantare quella dei diritti reali. Anzi, il diritto reale si caratterizzerebbe in base ai riflessi del rapporto nei confronti dei terzi, e non in base al contenuto del diritto o in base alla struttura del potere: il godimento di un comodatario è lo stesso di un usufruttuario solo sotto il profilo del contenuto e della struttura, ma non anche per quanto riguarda l'efficacia riflessa verso i terzi, rappresentata dall'inerenza del diritto reale alla cosa.

⁴³ M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, op. cit., 99. Sul punto è critico A. NATUCCI, op. cit., 17 s. in nota 38, che ritiene come la categoria di diritti efficaci *erga omnes*, individuata da Giorgianni, sia indeterminata. Secondo l'A., il fatto di porre una situazione giuridica nell'ambito dei diritti di godimento, dopo aver individuato l'esistenza di un potere immediato e diretto sulla cosa, non permetterebbe di verificare quale sia la sua efficacia. Un diritto di godimento è reale se efficace *erga omnes* e inerente alla cosa. Il problema nascerebbe laddove non fosse possibile qualificarlo come tale, poiché si potrebbe pensare che questo diritto sia efficace solo nei confronti di persone determinate. In quel caso, allora, il potere dovrebbe essere fatto confluire nei diritti di credito, che per Giorgianni tuttavia vengono individuati in base alla struttura del potere e non in base all'efficacia verso i terzi.

⁴⁴ Occorre segnalare che, se nel 1940 Giorgianni, in *Contributo alla teoria*, cit., 164 ss., sembra ricondurre il carattere dell'inerenza a quello dell'assolutezza, intesa come opponibilità *erga omnes*, il medesimo nel 1960 nella voce *Diritti reali*, cit., 752, sembra dar vita ad una lieve diversificazione quando afferma che «solo da un punto meramente descrittivo, la *inerenza* si rivela come *assolutezza*, ovverosia come possibilità che il potere venga fatto valere *adversus omnes*. [...] il carattere dell'assolutezza è comune – oltre che ad una serie di diritti personali – anche ad altri diritti patrimoniali, i quali mancano della inerenza rispetto ad una cosa, quali ad es. i diritti sui beni immateriali, e non possono perciò qualificarsi come reali». In definitiva, potrebbe allora dirsi che solo apparentemente l'A. sembra individuare il diritto reale con riferimento a quella situazione del titolare del diritto – proprio della teoria personalista – inserito in un rapporto con gli *omnes*. In verità, l'A. se ne distacca, poiché non concepisce il diritto reale come semplice dovere di astensione da parte dei terzi, che avrebbero il dovere di non turbare la sfera giuridica soggettiva altrui.

⁴⁵ M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria*, cit., 164. Secondo A. NATUCCI, op. cit., 130, però, al diritto di seguito non bisognerebbe dare un significato processuale perché l'aspettativa processuale riguarda la

Adottando questo criterio, allora, la confusione ravvisabile fino a quando era l'immediatezza ad essere considerata l'elemento discretivo dei diritti reali non ha più ragione di esistere: a mero titolo di esempio, nell'ipoteca il potere del titolare del diritto di garanzia non è immediato ma è sicuramente inerente, dal momento che segue la cosa presso chiunque ne divenga proprietario (art. 2808 c.c.); nella locazione, ancorché il titolare del diritto eserciti un potere immediato sul bene, non può certo dirsi che tale potere sia inerente, essendo il diritto di locazione opponibile al terzo acquirente solo a determinate condizioni (art. 1599 c.c.).

Occorre peraltro segnalare il pensiero di Ginossar⁴⁶. L'Autore, poggiandosi sulle nozioni di proprietà e di credito, ha offerto una diversa rielaborazione del sistema dei diritti patrimoniali al pari di Giorgianni, ancorché avallando la teoria personalistica – tipica della dottrina francese – per cui i diritti reali non conferirebbero poteri sulle cose ma solo pretese verso i terzi, espresse attraverso la c.d. dall'*obligation passive universelle*.

L'Autore francese, declassando la proprietà a mera relazione di appartenenza della cosa ad un soggetto, ha compreso i diritti patrimoniali nell'oggetto della proprietà. In particolare, la proprietà avrebbe ad oggetto sia i beni corporali, mobili e immobili, sia i beni incorporali, che si distinguerebbero in diritti intellettuali (cioè diritti assoluti) ed in obbligazioni (cioè diritti relativi). A loro volta i diritti relativi andrebbero scissi in due categorie. La prima è quella dei diritti relativi personali, in cui il soggetto passivo è il debitore che ha assunto l'obbligazione, visto che anche il credito dovrebbe essere considerato come bene appartenente al creditore e collegato al patrimonio attraverso il diritto di proprietà: c.d. *propriété des créances*⁴⁷. La seconda è quella dei diritti relativi reali, in cui il soggetto passivo sarebbe il soggetto a cui appartiene la cosa⁴⁸ e titolare dell'*«obligation réelle»*. Anche i diritti reali su cosa altrui rientrerebbero dunque nei diritti relativi, intesi come crediti reali aventi ad oggetto una prestazione (negativa o

fase della tutela: se è vero che non c'è scissione tra l'esercizio di un diritto e la fase della sua tutela, d'altra parte è anche vero che per esercitare un diritto non occorre violarlo.

Peraltro, il profilo dell'inerenza ha riflessi diretti sulla pubblicizzazione del diritto reale, ma di questo ci si occuperà più avanti: Cap. IV.

⁴⁶ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance (élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux)*, Parigi, 1960.

⁴⁷ Il pensiero di Ginossar, in realtà, era già stato anticipato in Italia da G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, I, Napoli-Torino, 2^a, 1931, 17, secondo cui il diritto di proprietà «è un concetto amplissimo [...] che abbraccia come suo oggetto tanto i beni corporali quanto ogni maniera di diritti aventi una utilità economica permutabile per risultato. Attribuendosi al creditore la qualifica di proprietario del credito non si vuol certamente affermare che il potere assicurato al creditore sia identico a quello che ha il proprietario di una cosa corporale [...] Quando si dice che il creditore è proprietario del credito [...] si afferma della persona del creditore una qualità [...] che uno sia creditore significa che possa pretendere da una data persona una prestazione; che abbia la proprietà del credito significa che di questo potere egli possa disporre e che gliene sia assicurata la pertinenza al di là dei limiti della sua vita [...]».

⁴⁸ Cfr. S. GINOSSAR, *op. cit.*, 122, secondo il quale «[...] en outre, les droits réels, comme les droits personnels, sont inconcevables sans l'existence d'un sujet passif individuel: ce sera, dans le droit personnel, le débiteur; dans le droit réel, la personne à qui appartient la chose grevée».

positiva) correlata ad una obbligazione reale, e ricadente sul soggetto passivo individuato tramite la sua particolare relazione con la cosa (proprietà). In altri termini, il diritto reale (cui corrisponde l'*obligation réelle*) seguirebbe la proprietà del bene e sarebbe capace di condizionare la proprietà, indipendentemente dal mutamento della titolarità del diritto⁴⁹.

D'altra parte, il diritto reale su cosa altrui dovrebbe classificarsi come diritto relativo a cui corrisponde l'obbligo di persone determinate, quindi si distinguerebbe nettamente dalla proprietà che è un diritto assoluto⁵⁰. Specialmente il singolo non verrebbe determinato da un titolo costitutivo come nei diritti di credito, bensì dalla relazione di appartenenza con la *res*.

In definitiva, secondo Ginossar le obbligazioni potrebbero essere reali, personali, o miste, e quindi (nelle ultime due ipotesi) essere ricollegate al soggetto per la *propriété des créances*. La proprietà sarebbe un diritto assoluto protetto dall'*obligation passive universelle*, istituto – quest'ultimo – capace di garantire il rispetto anche dei diritti relativi, personali e reali, protetti appunto perché diritti formanti l'oggetto della proprietà⁵¹.

Anche Comporti giunge a ritenere che sia l'inerenza del diritto alla *res* a qualificare il diritto reale. L'Autore, interrogandosi su cosa si intenda per realtà⁵², giunge ad affermare che per definire il problema sarebbe necessario abbandonare il profilo soggettivo del rapporto con gli *omnes* al fine di approfondire quello oggettivo: vale a dire la relazione fra diritto e cosa.

⁴⁹ Secondo l'ottica di ID., *op. cit.*, 112 e 125, i diritti reali verrebbero allora esercitati nei confronti di un soggetto variabile: «L'*obligation réelle*, qui correspond au droit réel, s'attache, il est vrai, au bien lui-même ou, plus exactement, à la propriété du bien: ainsi elle conditionne le droit de propriété, qu'elle suit dans ses mutations successives, etiamsi per mille manus ambulaverit». Il diritto reale, in particolare, verrebbe esercitato indipendentemente dal consenso del soggetto variabile e da quello del titolare del diritto reale, semplicemente come effetto dell'alienazione del bene: «En alienant le bien, le débiteur de l'*obligation* s'en libère et c'est son ayant cause à titre particulier qui le supportera désormais».

⁵⁰ Cfr. ID., *op. cit.*, 112, per il quale la proprietà è «un rapport juridique dont le sujet passif est, à tout moment, le monde entier».

⁵¹ La teoria di Ginossar non è stata esente da critiche. Ad esempio, v. A. NATUCCI, *op. cit.*, 21 s., secondo il quale, per quanto la teoria sia assolutamente innovativa sotto il profilo classificatorio, il tentativo di supervalutare la proprietà raggiungerebbe un risultato esattamente contrario, cioè quello di svuotarla di contenuto facendole perdere ogni carattere di specificità. Secondo M. COMPORTI, *I diritti reali*, cit., 60 s., rileva che la teoria di Ginossar andrebbe inquadrata nel tentativo di svalutazione della distinzione tra diritti reali e diritti di credito, e che il rapporto tra credito e proprietà dovrebbe essere quello di genere e specie. Tuttavia, questa impostazione, dove tutto è proprietà e nient'altro che proprietà, rischierebbe di far coincidere il significato di proprietà con quello di appartenenza di un qualsiasi diritto ad un soggetto, così da pervenire alla nozione di titolarità «che è una nozione astratta, sempre uguale a se stessa qualunque sia il diritto soggettivo cui si riferisce [...]». Infine, G. PUGLIESE, voce *cit.*, 770, considera come la concezione in esame non tenga conto delle effettive esigenze che stanno alla base della diversa disciplina prevista dall'ordinamento per la proprietà e i diritti reali da un lato, e per le obbligazioni dall'altro.

⁵² Affermare che una determinata situazione giuridica possa essere ricondotta al diritto reale, permetterebbe di risolvere problemi di carattere anche pratico: sia di carattere sostanziale (ammissibilità della tutela possessoria, ammissibilità di acquisto a titolo originario a *non domino* o su *res nullius*, possibilità di conseguire l'indennizzo per occupazione senza titolo); sia di carattere processuale (competenza per territorio, per valore relativamente alle cause aventi ad oggetto un diritto reale immobiliare, legittimazione attiva o passiva per l'esperimento di azioni reali).

Soprattutto, l'Autore, che abbraccia il pensiero di Giorgianni quando ritiene l'inerenza come elemento qualificante il diritto reale, se ne distacca quando esclude che la classificazione del diritto reale possa avvenire attraverso un'analisi della struttura del potere, per la quale il diritto reale sarebbe una nozione trasversale all'interno dei diversi diritti patrimoniali, divisi tra diritti di credito, diritti di godimento⁵³ e diritti di garanzia⁵⁴.

Invero l'inerenza permette di abbandonare la concezione del diritto reale come situazione di supremazia e di potere su cose e soggetti, per approdare invece a quella relativa alla stabilità della posizione sulla *res*. Ciò perché il diritto reale, «pur costituendo una situazione giuridica con caratteristiche sue proprie per quanto concerne il fenomeno del c.d. diritto di seguito, non sembra più qualificabile come categoria assoluta, ma come categoria strumentale che serve [...] ad individuare un particolare tipo di regolamentazione di diritti patrimoniali su cose, dotati dell'inerenza e del seguito»⁵⁵.

D'altra parte Comporti, pur ritenendo utili le riflessioni di Giorgianni, ritiene che l'inerenza offra semplicemente un'immagine, utile solo a rappresentare la situazione reale. In altre parole, descrive il diritto reale cambiando prospettiva, o meglio, ritiene che il diritto reale possa essere guardato attraverso due lenti diverse: una più icastica, cioè quella dell'inerenza⁵⁶, l'altra più realistica, cioè quella del tipo di tutela che

⁵³ Ciò perché con la “nuova” categoria dei diritti di godimento «non si è mai inteso sostituire la categoria dei diritti reali». Con ciò, però, non si ritenga che Comporti critichi il Giorgianni. Anzi, l'A., *op. ult. cit.*, 54 in nota 8, ravvisa l'utilità degli studi di Giorgianni che, ponendo in rilievo l'immediatezza e l'autonomia della situazione del conduttore, ha largamente influenzato la letteratura successiva.

⁵⁴ Si veda M. COMPORTI, *I diritti reali*, cit., 53. Peraltro, occorre segnalare che questo A., pur giungendo anch'esso ad affermare che l'inerenza è l'elemento determinante nell'individuazione del diritto reale, affronta la propria analisi sotto un duplice profilo: da un lato, il profilo soggettivo in cui viene analizzato il diritto reale dal punto di vista del diritto soggettivo; dall'altro, quello oggettivo che si occupa di analizzare il diritto reale sotto il profilo della relazione tra diritto e bene (e che sarà quello qui analizzato).

Sul punto occorre ricordare l'aspra critica mossa da A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana*, cit., 220 ss., alla qualificazione del diritto reale attraverso l'elemento dell'inerenza. L'A. ritiene che, sotto un profilo materiale, l'inerenza non sia un elemento «chiaramente individuabile», una «formula empirica attraverso la quale si è tentato di tradurre compendiosamente [...] una realtà giuridica positiva assai più ricca che investe esclusivamente il contenuto della disciplina dettata per la vicenda estintiva dei (soli) diritti reali limitati (di godimento), i quali, una volta costituiti [...] sopravvivono *tendenzialmente* alla vicenda traslative o estintive nelle quali rimanga coinvolto il diritto [...] del costituente».

⁵⁵ Così M. COMPORTI, *I diritti reali*, cit., 54 e, soprattutto, 115, laddove definisce il diritto reale come «mera categoria strumentale per l'individuazione di un particolare tipo di tutela giuridica accordato dall'ordinamento in vista della tutela di una stabile inerenza del diritto sulla cosa».

Contra M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, 5^a, Torino, 1958, 398, il quale afferma che ritenere il diritto di seguito come caratterizzante dei diritti reali sarebbe equivoco, perché consistente in «un elemento estrinseco al contenuto del rapporto giuridico». Peraltro l'A., subordinando la realtà del rapporto a questo elemento estrinseco, afferma che si rischierebbe di pervenire a «conseguenze ben strane, come quella di limitare la figura del rapporto reale al rapporto relativo a bene immobile, universalità di beni mobili e mobili iscritti in pubblici registri, poiché trattandosi di bene mobile vige il principio dell'art. 1153 c.c. [...]».

⁵⁶ L. BARASSI, *I diritti reali limitati (in particolare l'usufrutto e le servitù)*, Milano, 1947, 48 ss., distingue tra inerenza passiva ed inerenza attiva. La prima sarebbe quella a cui solitamente facciamo

l'ordinamento assegna a quelle situazioni in cui il diritto può dirsi strettamente incorporato alla cosa.

Effettivamente nel diritto reale si può ravvisare un intimo collegamento fra le vicende del diritto e quelle della cosa. Un collegamento che non potrebbe essere spiegato se non tramite l'inerenza far diritto e cosa⁵⁷. In particolare, il diritto reale può rappresentarsi come un diritto soggettivo strettamente incorporato alla cosa, dove la cosa è oggetto immediato del diritto stesso: il diritto, pur senza confondersi con la cosa, si unisce intimamente ad essa, essendo capace di seguirla in tutte le sue vicende giuridiche e fisiche⁵⁸.

Tuttavia, il diritto reale non dovrebbe più essere descritto ontologicamente, bensì attraverso il tipo di tutela che l'ordinamento pone per tutelare la stabilità della posizione sulla *res*. Detto altrimenti, per garantire al titolare del diritto reale l'inerenza tra diritto e cosa, occorre permettergli di esercitare il diritto stesso nei confronti di chiunque si trovi in rapporto con la cosa, offrigli la tutela necessaria per affermare il contenuto del diritto, determinare esattamente quale speciale correlazione sussiste con la cosa. Per realizzare questi obiettivi, l'ordinamento deve allora assicurare un'adeguata tutela normativa a tutte le «situazioni giuridiche stabilmente ancorate alla cosa»⁵⁹. In tal senso – secondo l'Autore che concorda con la dottrina dominante – la caratteristica fondamentale del diritto reale deve individuarsi nell'opponibilità⁶⁰, vale a dire nel potere di rendere efficace e di esercitare il diritto sulla cosa a prescindere da chi sia colui che si trova in rapporto con la cosa. La dottrina non deve però commettere due errori: il primo, far coincidere la nozione di opponibilità con quella dell'assolutezza, correndo così il rischio di fare ritorno alla teoria personalistica; il secondo, far coincidere l'opponibilità con il c.d. diritto di seguito.

Sembra invece opportuno analizzare il profilo normativo perché capace di enucleare le differenze tra i diritti reali e i diritti assoluti, i diritti personali di godimento, i diritti personali di garanzia. Muovendosi in questa direzione, Comporti

riferimento, ossia l'opponibilità ai terzi; la seconda, invece, sarebbe ravvisabile con riguardo al lato attivo delle servitù: mentre la servitù, sotto il profilo passivo, si comporta come qualunque altro diritto reale essendo inerente al bene, seguendolo presso qualunque titolare, sotto il profilo attivo è soprattutto inerente alla proprietà del fondo dominante.

⁵⁷ M. COMPORI, *Contributo allo studio*, cit., 174.

⁵⁸ V. ID., voce *cit.*, 3. Analogamente v. A. NATUCCI, *op. cit.*, 132, il quale afferma che un diritto reale limitato può esercitarsi sia nei confronti di chi ha costituito tale diritto, sia nei confronti di tutti coloro che diverranno titolari del bene gravato dal diritto. Non altrettanto accade nei diritti obbligatori, dove l'unica eccezione potrebbe ravvisarsi nella successione *mortis causa* a titolo universale. A ben vedere, però, in questa ipotesi opera una finzione, cioè quella della continuazione dell'erede nella personalità del defunto; peraltro non manca la necessità di una manifestazione di volontà dell'erede di subentrarle nel patrimonio del defunto attraverso l'accettazione dell'eredità.

⁵⁹ Così M. COMPORI, voce *cit.*, 3.

⁶⁰ Si veda C. M. BIANCA, *op. cit.*, 122: «L'inerenza designa l'*opponibilità* del vincolo a chiunque possieda la cosa o vanti un diritto su di essa». Secondo M. COMPORI, voce *cit.*, 3, la disciplina positiva permette di individuare le caratteristiche del diritto reale, ossia l'opponibilità espressa dal tipo di tutela e dalla stretta correlazione tra vicende della cosa e vicende del diritto. Così anche A. NATUCCI, *op. cit.*, 133.

individua due problemi: la distinzione tra rilevanza (anche definita inviolabilità) e opponibilità; la valutazione dell'opponibilità sia come forma di tutela del diritto, sia come diritto di sequela⁶¹.

Circa il primo problema, si è già anticipato che i diritti reali non possono essere ritenuti valevoli *erga omnes* solo perché vengono collocati nella schiera dei diritti assoluti. Infatti, questa considerazione sarebbe proprio il frutto di quella confusione tra rilevanza ed opponibilità a cui si è già fatto cenno. In realtà, tutti i diritti soggettivi sono rilevanti nei confronti dei terzi e sono per ciò inviolabili da tutti i consociati: là dove una determinata situazione è tutelata dall'ordinamento, questa ha una rilevanza giuridica che va garantita nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento. Il fatto che un diritto sia opponibile, invece, significa che i poteri e le facoltà sottese al diritto sono efficaci nei confronti di tutti i soggetti interessati⁶². In altri termini, la rilevanza allude alla difesa e alla protezione di una situazione giuridica, mentre l'opponibilità allude alla realizzabilità e all'esercizio di un diritto. In tal senso, guardando alle tutele offerte dall'ordinamento, si osserva che l'inviolabilità della situazione giuridica soggettiva è tutelata attraverso un'azione di risarcimento danni per la responsabilità aquiliana, mentre sono più specifici i mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento per garantire l'esercizio del diritto reale e tutelare «l'interesse alla inviolabilità della situazione, [...] l'interesse alla titolarità ed all'esercizio del diritto, e [...] quello alla utilizzazione del bene nelle sue multiformi modalità»⁶³. Ovviamente il riferimento corre alle azioni petitorie, alle azioni inibitorie ed alle azioni di riduzione in pristino⁶⁴.

⁶¹ Cfr. M. COMPORI, *I diritti reali*, cit., 70. Sul punto non sarebbe d'accordo L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, cit., 38, per il quale non può escludersi che manchi l'opponibilità ai terzi anche nella responsabilità patrimoniale del debitore. Si pensi all'azione revocatoria, che permette al creditore di richiamare (*rectius* rendere inefficaci gli atti di trasferimento) dalle mani dei terzi i beni fuoriusciti a suo danno dal patrimonio del debitore. L'A. ritiene che questa opponibilità è comunque limitata ai soli casi di dolo, e ciò per due ragioni: una formale, e cioè che l'opponibilità di un'obbligazione resta qualcosa di eccezionale e, pertanto, occorre porre dei confini ben precisi; l'altra sostanziale, vale a dire la necessità di tutelare la buona fede dei terzi e di non ostacolare la libera circolazione dei beni.

Sembra tuttavia difficile porre un parallelismo tra l'opponibilità di un diritto reale e quella – eventuale – di un diritto di credito da far valere attraverso l'azione revocatoria. Al di là del fatto che questa opponibilità sarebbe limitata ai soli casi di dolo, sembra “complicato” porre sullo stesso piano l'azione di rivendicazione promossa dal proprietario che, oltre all'accertamento del diritto di proprietà, comporta l'effetto restitutorio della *res* (e degli eventuali frutti), e l'azione revocatoria, che si risolve solo sul piano dell'efficacia, rendendo appunto inefficace l'atto di disposizione tramite cui il debitore ha modificato la propria situazione patrimoniale: l'atto di disposizione rimane dunque efficace *erga omnes* con l'unica eccezione del creditore che ha agito in giudizio, che potrà esclusivamente porre in essere nei confronti dei terzi acquirenti le stesse azioni conservative o esecutive.

⁶² Cfr. M. COMPORI, *I diritti reali in generale*, cit., 71; ID., voce *cit.*, 3.

⁶³ Così ID., *I diritti reali*, cit., 73.

⁶⁴ Si veda ID., *op. ult. cit.*, 73 ss., per il quale un diritto reale, inteso come situazione giuridica soggettiva, in caso di lesione, darebbe vita ad un danno ingiusto, e pertanto sarebbe risarcibile attraverso un'azione personale espressa o nelle forme di cui all'art. 2043 c.c. oppure ai sensi dell'art. 2058 c.c. Diversa dall'ipotesi di danno ingiusto è quella in cui si realizza una contestazione relativa alla titolarità del diritto reale o sulla legittimità del suo esercizio che si realizza tramite un'azione di mero accertamento. Il diritto reale è tutelato anche dall'azione di rivendicazione, che ormai, attraverso l'opera di interpretazione di dottrina e giurisprudenza, si è trasformata in azione volta alla restituzione del bene con un accertamento incidentale (cioè senza forza di giudicato) della titolarità del diritto; e dall'azione

Il secondo problema, che se indagato permette di considerare l'opponibilità dei diritti reali, concerne il diritto di sequela, che «si manifesta allorché la situazione, unendosi strettamente alla cosa, segue la cosa stessa fino alla sua estinzione, o, con riferimento all'appartenenza del diritto ad un determinato soggetto, fino alla sua perdita»⁶⁵. Il diritto di seguito è una diretta conseguenza dell'inerenza del diritto sulla cosa, dal momento che significa che il diritto segue la cosa perché è ad essa giuridicamente unito (e quindi si ha modo di apprezzarla soprattutto nella vicenda di trasferimento del diritto: nessun atto giuridico del terzo può rendere inefficace il diritto reale⁶⁶). Tuttavia, ciò non significa che il diritto di seguito sia sinonimo di opponibilità *erga omnes* perché l'efficacia della situazione reale opera solo nei confronti del soggetto che acquista diritti sulla cosa in un momento successivo alla costituzione del diritto reale⁶⁷.

In conclusione, il diritto reale non configurerebbe più un potere sulla cosa, bensì una «categoria strumentale che serve [...] ad individuare un particolare tipo di regolamentazione dei diritti patrimoniali su cose, dotati dell'inerenza e del diritto di seguito»⁶⁸.

negatoria, che ha lo scopo di tutelare la pienezza del diritto contro le pretese altrui. Infine, per quanto riguarda la servitù, si pensi alla *confessoria servitutis*.

Come è noto, anche per queste ultime tre ipotesi è ammessa un'azione di risarcimento del danno, che tuttavia non potrebbe – almeno secondo Comporti – essere ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c., poiché il risarcimento presupporrebbe comunque un accertamento del diritto.

Non possono ignorarsi nemmeno i casi in cui il diritto reale è tutelato attraverso una *restitutio in integrum* per quelle ipotesi in cui uno stato di fatto abbia leso quello di diritto, nonché ove sia necessario tutelare le prerogative tutelate nel contenuto del diritto reale.

⁶⁵ Così M. COMPORTI, *I diritti reali in generale*, 89.

⁶⁶ Per ID., *op. ult. cit.*, 90, il diritto di seguito si manifesta in modo particolarmente evidente nell'ambito dei diritti reali limitati, visto che quando viene trasferito il diritto maggiore (*rectius* più ampio), da un titolare ad un altro, i diritti minori non perdono efficacia verso il nuovo titolare, ma entrano a far parte del patrimonio di questi. Leggermente diverso è il discorso relativo alla proprietà, dove il diritto di seguito indica che il proprietario ha diritto di esercitare il suo diritto nei confronti di chiunque detenga o possieda la cosa (anche se, almeno nel caso della detenzione qualificata, non si può ignorare che l'esercizio del diritto di proprietà sia limitato) e che quindi il diritto è sempre opponibile, ma non si potrebbe parlare di diritto di seguito, dato che a cosa non può trasferirsi sino a quando non sia venuto meno il diritto di proprietà del titolare precedente.

⁶⁷ E. BETTI, *op. cit.*, 14 nota 4-a, parla persino di «fanfaronata» in relazione allo *ius erga omnes*. Anche A. BURDESE, *Considerazioni in tema di diritti reali. (A proposito di una recente monografia)*, in *Riv. dir. civile*, XXIII, 1977, pt. II, 321, ritiene che il diritto di sequela non possa essere considerato caratterizzante il diritto reale perché farebbe difetto nella proprietà. Sul punto – per una replica – conviene affidarsi alle parole di A. NATUCCI, *op. cit.*, 133, per il quale nel diritto di proprietà non appare il diritto di seguito perché mancherebbe la distinzione tra soggetti titolari di diritti potenzialmente in contrasto tra loro, come accade per i *gli iura in re aliena*. Nei diritti reali limitati «non ha ragion d'essere il diritto di seguito, perché quel medesimo scopo (di efficacia verso i terzi), che nei diritti reali limitati viene assicurato dall'esistenza del diritto di seguito, nella proprietà è assicurato dalla sua stessa esistenza come diritto di proprietà».

⁶⁸ Così M. COMPORTI, voce *cit.*, 3.

2. Gli oneri e le obbligazioni reali.

Dopo aver affrontato la questione relativa a quali siano i caratteri del diritto reale, possiamo finalmente addentrarci nell'analisi delle figure che ci occupano in questa sede: gli oneri reali e le obbligazioni *propter rem*.

Come già anticipato, le valutazioni relative a quali siano i caratteri fondanti un diritto reale sono utili a comprendere se pure gli oneri reali e le obbligazioni reali possano essere annoverate tra i diritti reali. Quindi per risolvere tale quesito – seguendo l'impostazione sopra evidenziata – sarebbe necessario verificare se anche tali figure siano caratterizzate dall'inerenza, cioè da quel rapporto “simbiotico” capace di legare il diritto alla *res*, e capace, soprattutto, di munire il diritto di opponibilità e di *ius sequelae*.

Tale problema, in realtà, diviene termine medio all'interno di due ulteriori problematiche: l'una prodromica, ossia relativa alle differenze esistenti tra oneri reali e obbligazioni reali; l'altra conseguente, ossia relativa al fatto che qualificare gli oneri e le obbligazioni reali come diritti reali rischierebbe di ledere i principi di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali.

A livello – per così dire – istituzionale, l'onere reale è considerato come figura in forza della quale il creditore, obbligato a pagare periodicamente somme di denaro (o di altre cose generiche) in relazione ad un bene immobile, può soddisfarsi sul bene medesimo a prescindere da chi ne divenga proprietario (o acquisiti un diritto reale di godimento)⁶⁹. Ad oggi, si ritiene che siano esigue le ipotesi di onere reale previste nel nostro ordinamento: si pensi ai contributi consorziali *ex art. 864 c.c.* oppure all'*art. 253 del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente)*.

Le obbligazioni *propter rem* sono collegate alla titolarità del diritto reale poiché la persona obbligata viene individuata in base alla titolarità di un diritto reale su un determinato bene: a mero titolo esemplificativo, tale si considera l'obbligo che grava su ciascun comproprietario di sostenere le spese necessarie per la conservazione e il godimento della cosa comune, ai sensi degli *artt. 1104, comma 1, e 1123 c.c.*; l'obbligo che grava sul proprietario del fondo confinante di permettere al vicino il passaggio sul proprio fondo per riparare il muro di sua proprietà, ai sensi dell'*art. 843 c.c.*⁷⁰.

Iniziamo quindi la nostra analisi descrivendo prima il contenuto specifico dei due istituti.

⁶⁹ V. A. TORRENTE - P. SCHELSINGER, *Manuale di diritto privato*, F. ANELLI - C. GRANELLI (a cura di), 21^a, 2017, Milano, 259.

⁷⁰ V. ID., *loc. ult. cit.*

2.1. L'onere reale.

Al fine di meglio comprendere la natura dell'istituto è d'uopo analizzarne l'evoluzione storica. La maggior parte degli storici del diritto ritiene che l'onere reale non sia inquadrabile all'interno degli schemi concettuali della tradizione romana. Viceversa, non è mancato chi ha tentato di ricondurlo ad alcuni fenomeni del diritto romano pubblico (*munera patrimoniorum, obligationes alimentariae praediorum, tributa e stipendia*) poi privatizzati. Una tesi che sembrerebbe giustificata dal fatto che i primi oneri reali (censi, livelli e decime⁷¹) sarebbero apparsi in Italia ben prima che prendessero piede l'influenza del diritto longobardico e di quello franco.

Premettendo che non è intenzione di questa ricerca affrontare un dibattito di carattere esclusivamente storico, sembra lecito affermare che, anche ove l'istituto in esame avesse tratto le proprie origini dal diritto romano, è senz'altro in un'altra epoca che ebbe ampia diffusione. Sembra opportuno ricordare i due aspetti ricordati in precedenza (v. *supra* par. 1): il primo è che i giuristi romani non ebbero piena consapevolezza né della categoria del diritto soggettivo né della categoria dei diritti sulle cose. Il secondo è che in epoca feudale tutta la ricchezza era formata dalla terra e proprio in questo periodo si iniziò a ritenere che da essa potessero scaturire diritti e obblighi: dalla "terra" sarebbero sorti così alcuni diritti, non rappresentati dall'utilità che il fondo poteva dare ad un altro fondo (come nei diritti reali su cosa altrui), bensì dal diritto del proprietario del fondo di ricevere una prestazione garantita dalle rendite del medesimo⁷². In tal senso può parlarsi di personificazione del fondo, poiché da questo nascevano l'obbligo alla prestazione e la garanzia dell'osservanza dell'obbligo assunto. Invero, il fondo rispondeva delle obbligazioni su di esso gravanti in qualsiasi tempo, attraverso i proprietari o i possessori che si fossero succeduti, e solo l'estinzione o l'abbandono dello stesso avrebbe determinato la cessazione dell'obbligo.

Parrebbe, quindi, che l'onere reale fondi le proprie radici nelle antiche consuetudini dei popoli germanici⁷³ e si sviluppi – grazie alle particolari condizioni economiche-politiche della società del tempo – durante la tarda epoca medioevale quando viene

⁷¹ Sul punto v. *infra* Cap. II, par. 1.

⁷² R. TRIFONE, voce *Oneri reali (storia del diritto)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 927.

⁷³ Al punto che, come ricorda G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, in *ED*, XXX, Milano, 129, non è infrequente designare l'onere reale come *servitus iuris germanici*.

Non sarebbe d'accordo A. DE LUCA, *Gli oneri reali (e le obbligazioni ob rem)*, Roma, 1915, 9, per il quale sarebbe solo un'opinione diffusa il fatto che gli oneri reali siano ricondotti esclusivamente al diritto germanico e prevalgano nel medioevo. L'A., invece, crede che gli o.r. derivino dal diritto romano dove era ravvisabile un duplice ordine di obbligazioni ("in relazione" alla *res*): «quelle di risarcimento del danno causato o minacciato alla cosa propria, e le obbligazioni imposte alla cosa e per essa al possessore». In particolare, gli oneri reali trovarono terreno fertile per il loro sviluppo nel diritto romano sia in ambito di diritto pubblico (imposta sui fondi provinciali, fondazioni alimentari, e contributi per strade, acquedotti e cloache) sia in ambito di diritto privato.

coniato il termine *onera realia*⁷⁴. Proprio in questo periodo la nozione di proprietà si sgretola, perdendo quei contorni nitidi assunti con il diritto romano classico: la ricchezza, soprattutto quella fondiaria, inizia a concentrarsi nelle mani di pochi e si moltiplicano i limiti e i vincoli figli della concezione “collettivistica” della proprietà propria degli antichi popoli germanici⁷⁵. Del resto, con le invasioni barbariche e la conseguente caduta dell’impero romano, le concezioni germaniche incominciano a far sentire il proprio peso.

In particolare, è il *Gewere* a giocare un ruolo di primo piano⁷⁶. Con questo termine, che alluderebbe all’immissione nel possesso, non si intende fare riferimento alla sola situazione di fatto, bensì all’esercizio del potere sulla cosa affiancato ad una presunzione di legittimità⁷⁷. Semplificando, la situazione di fatto veniva considerata come un diritto: se veniva esercitato un particolare potere sulla cosa si presumeva che chi esercitava il potere avesse anche un diritto sulla cosa di egual entità. Questo concetto – come si accennava – ha quindi giocato un ruolo fondamentale in epoca medioevale, dove si assiste allo sviluppo del feudalesimo e alla conseguente concorrenza di diversi *gewere* a favore di diverse persone sulla stessa cosa.

Antico retaggio del passato dunque, figli di un periodo in cui la ricchezza era basata solo sulla proprietà terriera e il credito era vincolato al fondo, gli oneri reali si svilupparono in gran parte dell’Europa (e quindi anche in Italia) nelle forme di decime dominicali e sacramentali, di canoni, di livelli e di censi⁷⁸. In particolare, il censo ebbe ampia diffusione in Francia almeno fino all’inizio del periodo rivoluzionario. Si

⁷⁴ R. TRIFONE, voce *cit.*, 927. Secondo l’A., però, una precisazione è d’obbligo, perché se è pur vero che gli oneri reali hanno avuto ampia diffusione a partire dal tardo medioevo, non può comunque negarsi che l’istituto ha visto l’affermarsi della propria consistenza già a partire dall’ultima età romana. In quest’ultimo periodo, infatti, nelle alienazione tra privati veniva adottato un sistema tale per cui «il fondo venduto veniva liberato da ogni peso, perché il venditore s’impegnava ad assumere sui beni rimastigli, i pesi che gravavano su quelli alienati». Tale sistema – avversato dagli imperatori Costantino e Giustiniano poiché incideva gravemente sulle imposte – ebbe poi ampio sviluppo nel Medioevo proprio per merito dello “Stato” prima, che iniziò a fare concessioni di terre ai privati, e dopo grazie alle chiese, ai monasteri e ai privati, che concedevano le terre per garantirsi un reddito stabile. La costituzione degli oneri reali, invece, perse importanza solo quando si sviluppò – soprattutto nelle città marittime – il credito personale.

⁷⁵ G. GANDOLFI, *Proprietà immobiliare e obblighi di contenuto positivo nell’area germanica e franco-italiana*, Pavia-Milano, 1979, 40 ss.; ID., voce *Onere reale*, in *Enc. del dir.*, XXX, Milano, 1980, 127 s.

⁷⁶ Cfr. G. GANDOLFI, *op. cit.*, 42 s., che ricorda come il termine *gewere* alluda all’atto di vestire la mano col quanto (traendo origine dal termine *wern*, o dal francese *saisine*, significa letteralmente “vestitura”). In termini meno enfatici, rappresenterebbe l’immissione nel possesso e quindi, per gli antichi popoli germanici, il potere sulla cosa.

⁷⁷ Cfr. G. GANDOLFI, *op. cit.*, 43.

⁷⁸ Per un approfondimento su queste figure, tra loro molto simili, si rinvia a L. BOVE, voce *Canone (diritto romano)*, in *Noviss. Dig.*, II, Torino, 1969, 845 ss.; M. A. BENEDETTO, voce *Livello*, in *Noviss. Dig.*, IX, Torino, 1965, 987 ss.; R. TRIFONE, voce *Censi*, in *Noviss. Dig.*, III, Torino, 1959, 91 ss. In sintesi, basti ricordare che il canone era conosciuto in due forme: in senso privatistico, come sorta di corrispettivo annuale per l’affitto di un terreno; in senso pubblicistico, come tassa terriera pagata allo Stato. Il livello era un vero e proprio contratto agrario, che consisteva nella concessione di una terra dietro il pagamento di un fitto; in particolare, il diritto al fitto (c.d. dominio utile), col tempo divenne alienabile. La decima rappresentava un vero e proprio tributo: era la decima parte del reddito che l’agricoltore doveva all’erario come imposta.

sviluppo nelle forme del censo riservativo (*rente foncière*) e del censo costitutivo (*rente constituée*). Il primo consisteva in «una rendita annua e perpetua in denaro o in derrate, che il proprietario di un fondo si riservava, concedendo questo fondo in piena proprietà senza facoltà di redimerlo»⁷⁹. Il secondo consisteva in una vendita con patto di riscatto della rendita dal soggetto passivo a quello attivo, cioè in una sorta di prestito ad interesse⁸⁰.

Tuttavia, è stato giocoforza che con la Rivoluzione francese si iniziasse ad assistere al declino dell'onere reale, determinato da un sentimento di avversione (proprio di quel periodo) nei confronti del regime feudale. In questo senso, l'orientamento antivinculistico della proprietà venne poi recepito dal *Code Napoléon*, la cui redazione era ispirata ad una concezione liberistica della proprietà fondiaria⁸¹.

Accadde diversamente nei paesi dell'area germanica, ed in particolare nell'ordinamento tedesco dove, invece, dalla fine dell'Ottocento è stata esplicitamente disciplinata la figura del *Reallast*; considerato come fattispecie tipica nell'ambito dei diritti reali, e inteso come vincolo gravante su un fondo, tale da obbligare il proprietario a svolgere prestazioni periodiche in favore del soggetto nei cui confronti l'onere è stato costituito⁸².

Conformemente alla scelta antivinculistica della proprietà affermata dal codice civile francese⁸³, l'ordinamento giuridico post-unitario italiano contemplava l'istituto esclusivamente all'art. 29, comma 1, disp. att., c.c.⁸⁴ ed in qualche altra legge speciale⁸⁵, più o meno, coeva al codice civile del 1865.

⁷⁹ V. R. TRIFONE, voce *cit.*, 92.

⁸⁰ G. GANDOLFI, *Proprietà immobiliare*, cit., 58; ID., voce *cit.*, 134 s. È opportuno ricordare come, almeno sino all'avvento della Rivoluzione francese, il prestito ad interesse fosse vietato, pertanto – in un periodo in cui gli oneri sulla terra non erano visti con sfavore – si ricorreva a qualche espediente per impiegare il denaro.

⁸¹ ID., *Proprietà immobiliare*, cit., 61 ss.; ID., voce *cit.*, 135, ricorda, infatti, come il Consiglio di Stato francese durante la redazione del *Code civil* si rifiutò di reintrodurre la *rente foncière* più per ragioni emotive che non sulla base di ricognizioni giuridiche.

⁸² Il codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch* e meglio noto come *BGB*) nel terzo libro, intitolato *Sachenrecht* (Diritto delle cose), dedica la sesta sezione agli oneri reali (*Reallasten*), al §1105 stabilisce che «*ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (Reallast)*». Letteralmente, secondo la traduzione contenuta in S. PATTI, *Codice civile tedesco*. *Bürgerliches Gesetzbuch*, Milano, 2005, 734 s.: «un fondo può essere gravato in maniera che a colui, in favore del quale viene costituito l'onere, debbano essere effettuate prestazioni periodiche dal fondo (oneri reali)». Peraltro, ricorda B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 698, come il §1111 ammette che l'onere reale possa essere costituito in favore di una persona determinata, quand'anche costui non sia proprietario del fondo. L'A. ravvisa in questo la differenza con la servitù.

Per approfondire l'evoluzione del *Reallast* nei paesi dell'area germanica si rinvia a G. GANDOLFI, *Proprietà immobiliare*, cit., 71 ss.; ID., voce *cit.*, 135 ss.

⁸³ Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, 143.

⁸⁴ Articolo che così recita: «Le rendite, le prestazioni e tutti gli oneri gravanti beni immobili a titolo di enfiteusi, sub-enfiteusi, censo, albergo o altro simile, costituite sotto le leggi anteriori, sono regolate dalle leggi medesime». Si evince, quindi, che l'istituto non era disciplinato nel libro secondo del primo codice civile del Regno d'Italia dedicato alla proprietà.

⁸⁵ V. G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 139, che svolge un'esaustiva opera di ricognizione normativa. Si pensi all'art. 234, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F (legge sui lavori pubblici), con

Anche il codice civile attuale ignora, quasi totalmente, la categoria dell'onere reale, riducendolo – secondo un'impostazione ormai unanime – alla sola ipotesi dei contributi consortili.

Proprio la situazione di pressoché vuoto legislativo⁸⁶ ha fatto sorgere il dubbio che nel nostro ordinamento possano ancora essere costituiti oneri reali. Per chiarire tale *busillis* la dottrina ha avvertito la necessità di specificare i caratteri dell'onere reale. Le maggiori difficoltà emergono dal tentativo di collocare l'onere reale tra i diritti reali o tra i diritti d'obbligazione. Questa figura, infatti, sembra possedere contestualmente sia una dimensione dinamica, laddove obbliga il titolare del diritto all'esecuzione di una prestazione di fare o di dare, tipico delle obbligazioni, sia una dimensione statica, se consideriamo che questo obbligo è strettamente ancorato e inerente al bene ed è quindi (o quantomeno dovrebbe essere) opponibile ai terzi successivi acquirenti.

Malgrado i conflitti sorti nel tentativo di ricondurre l'onere reale al diritto reale o all'obbligazione, la dottrina si è mostrata unanime nel delinearne la fisionomia⁸⁷. Questa figura⁸⁸ è considerata inerente ad un immobile (*rectius* ad un diritto reale immobiliare), capace di vincolare il proprietario e tutti i successivi titolari ad effettuare prestazioni periodiche di *dare* o di *facere* in favore di un altro soggetto⁸⁹. Quest'ultimo, a sua volta, è titolare del diritto a ricevere queste prestazioni o della facoltà di espropriare il fondo gravato dall'onere in caso di inadempimento, soddisfacendosi così in via esecutiva.

riferimento alle proprietà laterali alle strade ferrate pubbliche; all'art. 43, L. 2 aprile 1882, n. 1684, sulla riscossione delle imposte dirette a proposito del tributo fondiario; alla L. 14 luglio 1887, n. 1427, che ha disposto l'abolizione delle decime corrisposte per l'amministrazione dei sacramenti ai vescovi, alle Chiese e agli altri ministri di culto; all'art. 62 n. 4, R. d. 19 settembre 1899, n. 394 (regolamento comunale e provinciale), che disponeva come i regolamenti di polizia urbana prevedessero norme per lo sgombero delle immondezze dalle vie pubbliche; alla L. 11 giugno 1925, n. 998, che prevedeva l'affrancabilità da parte del soggetto passivo dei canoni enfiteutici, dei censi e di tutte le altre prestazioni perpetue; alla L. 6 aprile 1933, n. 477, al r.d.l. 3 dicembre 1934, n. 2049 e al d.l. 28 novembre 1938, n. 2000, che disponevano l'obbligo di versare all'Amministrazione dello Stato un contributo di miglioria ove quest'ultimo avesse eseguito un'opera pubblica tale da arrecare vantaggi ai privati; all'art. 21, R. d. 13 febbraio 1933, n. 215, che qualifica come oneri reali i contributi dovuti dai proprietari dei fondi per l'esecuzione e la manutenzione delle opere di bonifica.

⁸⁶ Di questa opinione è F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 15^a, Napoli, 2011, 272 s., il quale ritiene gli oneri reali scomparsi nell'attuale legislazione, che vede con assoluto disfavore qualsiasi peso imposto al diritto reale, anzi ne favorisce il riscatto; della medesima opinione è V. MARICONDA, *Vincoli alla proprietà e termini di durata*, in *Corr. giur.*, 1987, 964, secondo il quale l'onere reale non troverebbe riscontro in nessuna figura legale: «non nella rendita fondiaria la quale è un puro diritto di credito garantito da ipoteca [...], né nel canone enfiteutico che non è assistito da garanzia reale». Altresì G. BALBI, voce *Obbligazione reale*, in *Noviss. Dig.*, XI, Torino, 1965, 668, tracciando un parallelismo con il codice civile tedesco, considera l'onere reale come credito a prestazione periodica garantita ipotecariamente; se così fosse, allora, nel nostro ordinamento non sarebbero ravvisabili oneri reali perché la rendita fondiaria non sarebbe garantita da ipoteca; altrettanto accadrebbe per l'obbligo di pagare il canone enfiteutico dove non vi sono la garanzia reale, la solidarietà tra il vecchio e il nuovo enfiteuta e tantomeno la facoltà di abbandonare il fondo.

⁸⁷ V. A. FUSARO, voce *Obbligazione «propter rem» ed oneri reali*, in *Digesto sez. civ.*, XII, 1995, Torino, 390.

⁸⁸ Cfr. *ex multis* G. BALBI, voce *cit.*, 668; B. BIONDI, *op. cit.*, 698; A. NATUCCI, *La tipicità*, *cit.*, 300 ss.

⁸⁹ C. M. BIANCA, *op. cit.*, 142.

L'inerenza al fondo, dunque, sembra caratterizzare questa figura⁹⁰. Le conseguenze sono notevoli: quando una persona (fisica o giuridica) acquista il diritto reale o il possesso del bene onerato, vi è un'automatica successione nel lato passivo del rapporto obbligatorio; l'onerato resta altresì responsabile per inadempimento, ai sensi dell'art. 1218 c.c. per tutte le prestazioni maturate prima del suo acquisto (ancorché mantenute nei limiti del valore del bene gravato); l'onere si estingue in caso di perimento del fondo e di c.d. abbandono liberatorio, e l'estinzione può dirsi parziale o totale a seconda che il perimento o l'abbandono siano appunto totali o parziali.

Si ritiene che il "creditore" sia pure legittimato ad esercitare un'azione reale sul fondo in caso di inadempimento, a prescindere da chi sia (in quell'istante) il titolare o il possessore; inoltre il creditore, come conseguenza del c.d. diritto di sequela, ha il diritto di soddisfarsi sul ricavato della vendita agli incanti con prelazione rispetto agli altri creditori⁹¹.

Se l'onerato lascia scadere le prestazioni mentre è titolare del diritto reale (o possessore), risponderebbe con il fondo in quanto inadempiente dell'onere⁹²; viceversa, risponderebbe solo con il fondo per le prestazioni maturate e inadempite prima del suo acquisto; infine, sarebbe responsabile *ex* 2740 c.c., cioè personalmente, per le prestazioni maturate e inadempite successivamente al trasferimento del diritto reale ad altri⁹³.

In sintesi, sono tre gli elementi capaci di qualificare l'onere reale: la prestazione (di denaro o di altre cose generiche) va' eseguita periodicamente⁹⁴; è possibile soddisfarsi sul bene in caso di inadempimento del debitore originario; esiste un vincolo sull'immobile che si conserva anche in caso di trasferimento del bene⁹⁵.

Poc'anzi si accennava al tentativo di revocare il dubbio tra natura reale od obbligatoria dell'onere reale. La dottrina ha seguito tre strade diverse: la prima ha considerato l'onere reale come diritto reale; la seconda lo ha ricondotto ai diritti di

⁹⁰ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1984, 3. Si veda anche N. DISTASO, *Diritto reale, servitù e obbligazione propter rem*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 465.

⁹¹ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 23 s., afferma che oltre ad un'azione reale il creditore possa esperire una personale contro l'onerato, il quale, ai sensi dell'art. 2740 c.c., dovrebbe rispondere con tutti i propri beni presenti e futuri. Tale concezione sembra in linea con il pensiero dell'A., che ritiene presenti nell'onere reale due elementi: uno obbligatorio, che ne determinerebbe natura e contenuto; uno reale, cioè quello di garanzia, che lo contraddistinguerebbe dall'obbligazione *ob rem* (v. *infra*). D'altra parte, l'elemento di realtà non prevale su quello obbligatorio che definisce il contenuto formale dell'istituto. L'o.r resterebbe comunque un'obbligazione.

⁹² Nel Cap. III si avrà modo di vedere come qualcuno ritenga l'onerato costretto a rispondere anche per il supero, ossia la differenza tra il valore del fondo e il debito.

⁹³ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 3 s., la quale, nell'ultima ipotesi, fa salvo l'abbandono liberatorio del bene: l'onerato si libera per le prestazioni esigibili prima dell'acquisto del fondo e per quelle maturate dopo l'abbandono, ma non per quelle scadute mentre era proprietario o possessore, per le quali continua a rispondere *ex* 2740 c.c.

⁹⁴ Anche se sul punto v. Cap. III.

⁹⁵ Cfr. T. CAMPANILE - F. CRIVELLARI - L. GENGHINI, *Diritti reali*, in *Manuali notarili*, L. GENGHINI (a cura di), V, Padova, 2011.

credito; la terza ha colto in esso una natura/struttura mista. Ovviamente, se l'onere fosse qualificato come diritto reale, si avrebbero dirette conseguenze sul lato della disciplina giuridica, dal momento che l'obbligo alla prestazione verrebbe trasferito (*rectius* andrebbe a gravare) anche sui terzi ogni qual volta vi sia un trasferimento del diritto⁹⁶. Sempre che gli o.r. vengano considerati trascrivibili: l'art. 2643 c.c., invero, non menziona tali figure, resterebbe quindi da capire se siano anche esse soggette alla pubblicità dichiarativa per analogia.

Secondo la prima linea interpretativa l'onere reale sarebbe un diritto reale⁹⁷. Questa linea di pensiero è strettamente influenzata dall'indirizzo tedesco che, oltre a non tracciare una netta linea di demarcazione tra diritti reali e diritti di credito, considera il *reallast* un vero e proprio diritto reale. In particolare, i sostenitori di questa tesi affermano che la collocazione dell'onere reale tra i diritti reali verrebbe giustificata dal potere immediato e assoluto che il creditore può esercitare sul fondo. Assoluto perché il creditore potrebbe soddisfarsi sulla cosa, a prescindere da chi ne diventi proprietario o acquisti sul bene un diritto reale di godimento o di garanzia. Immediato perché non sarebbe necessaria la collaborazione di terzi per esercitarlo: non dovrebbe, quindi, esser dato peso al fatto che l'espropriazione abbia luogo nel processo, «in quanto si tratta di un potere ad esercizio giudiziario che non si realizza tramite la prestazione altrui»⁹⁸.

Ancora, è da segnalare l'opinione di chi – nel tentativo di negare come una situazione giuridica debba essere considerata obbligazione solo perché connotata da una prestazione di *facere* o *dare*⁹⁹ – ha affermato che l'onere reale è un vincolo inerente alla cosa e perciò opponibile ai terzi¹⁰⁰. Il fatto che un'obbligazione sia

⁹⁶ Proprio questo problema occupa il tema della presente ricerca. Rappresentare l'onere reale o l'obbligazione *propter rem* come diritti reali farebbe sì che queste figure debbano essere considerate imbrigliate nei principi di tipicità e del *numerus clausus*. Pertanto, non solo queste figure sarebbero ammissibili nei soli casi previsti dalla legge, con la preclusione quindi per i privati di costituire vincoli atipici, ma verrebbero anche trasferite ai soggetti terzi ogniqualvolta il diritto reale da cui dipendono fosse alienato.

⁹⁷ Così A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 300, il quale afferma che gli oneri reali «possono definirsi come diritti reali aventi ad oggetto prestazioni periodiche, e di carattere positivo, relative ad un bene immobile». Ancora C. M. BIANCA, *op. cit.*, 143: «L'inclusione degli oneri reali nell'ambito dei diritti reali è generalmente riconosciuta [...]».

⁹⁸ Così ID., *op. cit.*, 143 s., il quale è convinto che gli oneri riscontrabili nel nostro ordinamento si avvicinino all'ipoteca perché conferiscono ad un immobile un potere espropriativo opponibile ai terzi, peraltro distinto rispetto alla pretesa creditoria. Ma si veda *contra* O. CONTI, voce *Oneri reali*, in *Enc. forense*, V, Milano, 1958, 324, che nega come il titolare di un onere reale goda di un potere immediato sulla *res*, posto che la realizzazione del suo interesse «è necessariamente mediata dall'attività del soggetto passivo, attività che costituisce lo esclusivo oggetto dell'onere reale».

⁹⁹ È il pensiero, tra gli altri, di F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 81, per il quale nel rapporto reale il soggetto passivo (il quale sarebbe senza «nome proprio», cioè indifferenziato) avrebbe solo l'obbligo di astenersi; mentre, invece, nei rapporti obbligatori «l'oggetto immediato è dato [...] dal comportamento[...]» che «[...] assume il nome di tecnico di prestazione, [e] deve avere carattere patrimoniale [...], e il suo contenuto può consistere in un dare, in un fare o in un non fare».

¹⁰⁰ Cfr. C. A. FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem: a proposito della distinzione fra diritti di credito e diritti reali*, in *Giust. civ.*, 1953, 167, che richiama il pensiero di A. CICU, *L'ipoteca*,

collegata ad un rapporto reale (*rectius* se dalla titolarità di un diritto reale deriva un obbligo), in quei casi particolari previsti dalla legge (cioè gli oneri costituiti sotto la legislazione anteriore al '42 ritenuti affrancabili, ovvero quelli che rappresentano ipotesi eccezionali, come il canone enfiteutico, oppure quelli rispondenti ad un interesse pubblico, come i contributi consortili¹⁰¹), non significa che si avrebbe un'autonoma obbligazione. L'obbligo, nel caso specifico, sarebbe pur sempre parte dello stesso diritto reale (ed in questo senso sarebbe inerente), quindi avrebbe «importanza secondaria il fatto che vi sia una persona obbligata alla prestazione»¹⁰², poiché l'onere – se rispondente all'utilità del fondo e non della persona – rimarrebbe un tutt'uno: alla situazione reale si collega un obbligo; del resto, anche nella servitù accade lo stesso, senza che per ciò si dubiti della sua natura reale¹⁰³.

Una seconda linea interpretativa ha ritenuto che l'onere reale sia un'obbligazione. In particolare sarebbero due le ragioni capaci di spingere l'interprete verso questa conclusione. L'onere reale non sarebbe un diritto reale di godimento perché il «soggetto passivo del rapporto» sarebbe «soltanto la persona che deve le prestazioni (sia pure individuata con riferimento alla sua qualità di proprietaria di un fondo) e soltanto nei confronti di questa persona determinata» potrebbe «essere fatta valere la pretesa»¹⁰⁴.

La seconda ragione che dovrebbe far concludere per la natura obbligatoria dell'onere è che il titolare del diritto alla prestazione mancherebbe di un potere immediato sulla cosa¹⁰⁵. Non basterebbe quindi affermare che l'onere inerisce al fondo per considerarlo reale, perché rimarrebbe comunque privo di immediatezza. L'avente diritto potrebbe essere soddisfatto solo tramite la cooperazione dell'onerato, costretto

Bologna, 1928, 23, per il quale le poche figure di oneri reali ancora presenti nel nostro sarebbero diritti reali e quindi opponibili ai soggetti terzi.

¹⁰¹ V. *infra* Cap. II, par. 1.

¹⁰² Così A. CICU, *op. cit.*, 23.

¹⁰³ C. A. FUNAIOLI, *op. cit.*, 168, traccia un parallelismo tra obbligo di fare contenuto nell'onere reale e quello, eventuale, contenuto in una servitù: così come una servitù non cambia la propria natura ove contenga un obbligo di fare, così pure l'onere reale non può considerarsi obbligazione per il solo fatto che l'obbligo della prestazione si collega ad una situazione reale. Infatti, non sarebbe determinante il *facere* in sé ma la funzione che esso assolve, e cioè se dall'adempimento di quest'obbligo tragga vantaggio il fondo e non la persona. Essendo quindi un diritto reale, costituendo cioè un vincolo afferente ad una cosa, l'onere reale segue la cosa anche in caso di trasferimento a terzi.

¹⁰⁴ V. G. BALBI, voce *cit.*, 667. Analogamente F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 81 s., ascrive gli oneri reali alle obbligazioni per due ragioni: la prima è che la prestazione consiste in un dare o in un fare; la seconda perché il carattere precipuo «dell'onere reale è che la posizione passiva del rapporto dipende dalla posizione attiva del soggetto in un rapporto reale, avente per oggetto la cosa gravata dall'onere, donde la nota di realtà che ne viene alla posizione dell'onerato, la quale non ne resta però determinata nel suo contenuto». Infine, si pensi anche a G. PUGLIESE, voce *cit.*, 772, che rileva la mancanza di omogeneità tra diritti reali e oneri reali assumendo che il soggetto passivo ha un obbligo positivo, e che il soggetto passivo sarebbe unico ed identificabile con l'attuale proprietario dell'immobile.

¹⁰⁵ Così G. BALBI, voce *cit.*, 667. Ovviamente per dare risalto al dato dell'immediatezza occorre svalutare quanto affermato in precedenza (v. *supra* par. 1.1.), là dove si è sostenuto che l'elemento qualificante del diritto reale è l'inerenza.

ad eseguire una prestazione positiva¹⁰⁶. Anche se dal lato passivo la situazione fa capo a chi è titolare di un diritto reale (cioè grava sul fondo come se fosse un peso dello stesso), dal lato attivo si avrebbe soltanto un credito a certe prestazioni e non un diritto reale sul fondo¹⁰⁷. In altri termini, la realtà dell'onere si esaurirebbe in due soli punti: nel fatto che l'onerato è titolare di un diritto reale; nel fatto che, in caso di inadempimento, il creditore insoddisfatto avrebbe la facoltà di sottoporre il bene gravato dall'onere ad esecuzione forzata, così da soddisfarsi con prelazione rispetto agli altri creditori (ovviamente con riferimento alle stesse prestazioni scadute e non adempite dal precedente titolare del diritto)¹⁰⁸.

Infine, la terza linea interpretativa ha ritenuto che l'onere reale sia una figura intermedia tra diritto reale ed obbligazione. Una dottrina risalente affermava come l'onere reale fosse «un diritto reale con contenuto personale»¹⁰⁹. Punto di partenza della teorizzazione è che l'onere reale nasce al fine di soddisfare l'interesse del creditore di assicurarsi un sicuro mezzo di rendita: il fondo veniva alienato e il nuovo proprietario veniva contestualmente obbligato a pagare periodicamente una somma di denaro o a consegnare derrate. L'elemento reale dipenderebbe allora dal fatto che il creditore avrebbe il diritto (reale) di godimento sulle annualità; mentre al debitore, titolare del diritto reale sulla cosa e nuovo proprietario, verrebbe impedito di esercitare il proprio diritto di disporre di una parte del valore del bene: il peso, inerendo al fondo, limiterebbe il diritto di proprietà dell'onerato, diminuendone così il valore¹¹⁰. Invece, l'elemento personale sarebbe riscontrabile attraverso una “personificazione” del fondo: elevando la prestazione a diritto reale, e potendo un diritto reale esercitarsi esclusivamente sulla cosa, non potrebbe che concludersi che l'immobile sia per forza

¹⁰⁶ L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni*, cit., 8.

¹⁰⁷ Così ID., *op. ult. cit.*, 9, che pone l'esempio di un onere avente ad oggetto la *datio* di una percentuale di frutti del fondo medesimo (al pari di una decima domenicale): «il soggetto attivo non vanta un diritto sul fondo, tale che [...] gli consenta di percepirla in virtù del diritto vantato (immediatezza)»; il titolare della pretesa, quindi, non avrebbe diritto ad acquistare la proprietà dei frutti dopo la separazione, bensì solo il diritto a pretendere che l'onerato corrisponda quanto previsto.

¹⁰⁸ ID., *op. ult. cit.*, 10, ritiene – per quanto riguarda il secondo punto – come in questo modo l'onere possa accostarsi all'ipoteca, senza coincidere con la stessa, in quanto il contenuto dell'onere non potrebbe mai costituire un autonomo diritto reale (di garanzia) come nell'ipoteca, che invece trova la propria fonte in un titolo distinto rispetto a quello da cui si origina il rapporto di credito. In ordine al parallelismo tra ipoteca e diritto di prelazione scaturente dall'onere reale si veda E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 23.

¹⁰⁹ A. DE LUCA, *Gli oneri reali*, cit., 34 ss. e in particolare 50. Secondo l'A., infatti, da uno stesso negozio possono derivare alla stessa persona diritti reali e personali: si pensi, ad esempio, alla domanda di rilascio che ha natura reale se rivolta verso il terzo possessore, mentre ha natura personale se rivolta contro la persona obbligata per contratto al rilascio.

¹¹⁰ V. ID., *op. ult. cit.*, 43 s., per il quale l'elemento reale comporterebbe che il debitore della prestazione potrebbe liberarsi abbandonando il fondo, facendo così rientrare quest'ultimo nel patrimonio del concedente e causando l'estinzione della prestazione per confusione.

Contra l'idea della realtà desunta attraverso la limitazione del valore della *res* v. G. BALBI, voce *cit.*, 667, per il quale la diminuzione del valore causata dall'alienazione dell'utilità parziale è una valutazione che attiene meramente all'incidenza economica e, quindi, non utile alla qualificazione giuridica del rapporto.

di cose il nuovo debitore¹¹¹. Tuttavia, «se da un canto la prestazione è un onere del fondo, d'altro canto i prodotti appartengono al possessore [che] si obbliga a una determinata prestazione in un dato termine periodico»¹¹². In questo senso sarebbe dunque ravvisabile un'obbligazione personale al pagamento della prestazione. Soprattutto, ciò determinerebbe due conseguenze: per il pagamento delle prestazioni il creditore avrebbe un'azione personale nei confronti del debitore e dei suoi aventi causa; per il caso in cui il fondo sia stato alienato dal debitore libero dall'onere, il creditore avrebbe l'*actio confessoria*.

Qualcun altro, invece, tracciando un forte parallelismo con il codice tedesco, sull'assunto che l'onere reale trarrebbe le proprie origini dall'antica tradizione germanica¹¹³, afferma che l'istituto in questione sarebbe «una figura ibrida, che partecipa dei diritti tanto personali che reali, e precisamente delle servitù». In particolare, sarebbe connotato da realtà perché il diritto potrebbe esser fatto valere *erga omnes* e non solo verso una persona determinata; altresì, sarebbe caratterizzato dall'inerenza reale al fondo dal lato passivo; graverebbe solo su un fondo; potrebbe essere costituito a favore di una persona, senza che vi sia la necessità di identificarlo con i diritti di godimento, visto che l'onere non comporta il godimento del fondo; infine, avrebbe contenuto *in faciendo*. Visti i caratteri di realtà, di inerenza passiva e il carattere permanente, l'onere reale sembrerebbe quasi coincidere con la servitù prediale. In realtà se ne differenzerebbe per tre ragioni: la prima è che l'onere può costituirsi anche a favore di una persona singola, anche se questi non è proprietario e senza che si identifichi con i diritti reali di godimento¹¹⁴; la seconda ragione è che l'oggetto dell'onere reale è una prestazione positiva, mentre è noto che le servitù hanno ad oggetto prestazioni di *pati o non facere*; la terza ragione (strettamente connessa alla seconda) è che la servitù è un vero e proprio peso del fondo che limita i poteri del proprietario costretto a tollerare o a non fare, mentre l'onere limita la libertà personale del titolare del fondo costretto ad eseguire una prestazione positiva: detto altrimenti, nelle servitù la pretesa si realizza indipendentemente dall'attività del

¹¹¹ Il pensiero sembra fortemente influenzato dalla concezione classica, che vede appunto il punto focale del diritto reale nel rapporto uomo-cosa e non persona-persona. Contro l'idea di personificazione del fondo, «considerato quale soggetto debitore», si è posto G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950, 35. Analogamente B. BIONDI, *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, nota a Trib. Firenze, 29 dicembre 1951, in *Foro Padano*, II, 1953, 342 s., per il quale sarebbe assurdo pensare che qualcuno possa ritenere il fondo un soggetto passivo: si parla «di fondo oggettivamente gravato e di peso gravante sul fondo nello stesso senso in cui si dice che la servitù prediale grava sul fondo, senza con ciò lontanamente personificarlo».

¹¹² Così A. DE LUCA, *Gli oneri reali* cit., 48 s.

¹¹³ Così B. BIONDI, *Servitù reciproche, servitù "in faciendo", oneri reali e obbligazioni "propter rem"*, in *Giur. It.*, pt. I, sez. I, 1952, 32; ma si vedano anche ID., *Le servitù*, cit., 698 ss., in particolare 701, nonché ID., *Oneri reali* cit., 343, laddove l'A. afferma che «il modo più idoneo per vedere se un antico istituto non contemplato tipicamente dalla nostra legge sia ammissibile nel nostro diritto» è quello di ricostruire l'istituto così come è stato inteso dalla tradizione ed è disciplinato dal c.c. tedesco.

¹¹⁴ Per B. BIONDI, *op. cit.*, 700, l'onere reale deve essere considerato come *tertium genus* rispetto alle servitù, che sono sempre costituite a favore di un fondo, e le servitù personali che, pur costituite a favore di una persona determinata, comportano il godimento immediato e diretto della cosa.

titolare del fondo servente, nell'onere la pretesa si realizza solo tramite il soggetto passivo che eseguirà la prestazione. In particolare, sarebbe quest'ultimo l'elemento che dovrebbe condurre l'interprete a parlare di situazione "ibrida": l'onere, infatti, non inciderebbe sulla proprietà, bensì direttamente (*rectius* soltanto) sulla libertà personale dell'obbligato, tenuto ad eseguire una prestazione positiva a favore dell'avente diritto, proprio come nelle obbligazioni, in cui la pretesa può essere realizzata solo tramite il soggetto passivo, costretto ad eseguire positivamente la prestazioni. In altri termini, l'onere reale sarebbe un'obbligazione capace di innestarsi sul diritto di proprietà (che serve ad individuare chi sia il soggetto passivo). Aspetto che non si verifica nelle servitù dove la pretesa di *pati o non facere* può realizzarsi indipendentemente dall'attività del soggetto passivo. Un'obbligazione, peraltro, regolata dai principi generali in merito all'adempimento, per cui, in caso di abbandono o alienazione, il proprietario cessa di essere gravato perché non ha più la proprietà del fondo; allo stesso tempo, l'alienazione e l'abbandono sarebbero ininfluenti in caso di inadempimento delle singole prestazioni, essendo queste periodiche. Il gravato pertanto rimarrebbe obbligato¹¹⁵.

Anche Giorgianni pare classificare l'onere reale come *tertium genus*¹¹⁶. Come già in parte anticipato, l'Autore non risponde all'ansia di tracciare una netta linea di demarcazione tra diritti di credito e diritti reali. Accogliendo la tesi per cui a rilevare, ai fini dell'analisi di una situazione giuridica soggettiva, sono la struttura del potere e l'inerenza del potere alla cosa, ci si renderebbe conto che «i concetti di diritto reale e di obbligazione sono il risultato di due diverse valutazioni dei diritti patrimoniali»¹¹⁷. In tal senso, l'onere reale sarebbe obbligazione se fosse classificato tramite la struttura del potere per cui il titolare perviene al soddisfacimento del proprio interesse: «lo strumento posto a disposizione del titolare è costituito da una pretesa verso un altro soggetto tenuto ad un dato comportamento»; là dove, invece, si guardasse all'inerenza del potere alla cosa, si potrebbe dire che l'onere appartiene alla categoria dei diritti reali¹¹⁸.

All'esito dell'analisi dell'istituto, sembra preferibile inquadrare l'onere reale non tra i diritti reali bensì tra i rapporti obbligatori, seppure con caratteristiche proprie. La presenza contemporanea di un elemento reale e di un elemento personale sembra infatti inconfutabile. D'altra parte, non appare possibile classificare l'onere reale come diritto reale a causa del suo contenuto *in faciendo*. Il fatto che l'onere abbia ad oggetto una prestazione di fare sembrerebbe quantomeno complementare al diritto di servitù

¹¹⁵ B. BIONDI, *Oneri reali*, cit., 344, che rintraccia quest'ultima soluzione proprio all'interno del *BGB* al §1108: «il proprietario risponde personalmente delle prestazioni scadute durante il tempo in cui era proprietario, se non è altrimenti disposto».

¹¹⁶ M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., 752 s.; ID., *L'obbligazione*, cit., 101 s.

¹¹⁷ Così ID., voce *Diritti reali*, cit., 753; ID., *L'obbligazione*, cit., 102.

¹¹⁸ V. ID., voce *cit.*, 753; ID., *L'obbligazione*, cit., 101 s., per il quale un discorso identico potrebbe farsi per le obbligazioni *propter rem* (v. *infra*).

che ammette solo un contenuto negativo di *non facere* o *pati*. Ma se davvero si avallasse questa complementarità (nel senso di ammettere l'esistenza di un ulteriore diritto reale) si rischierebbe di aggirare quanto previsto dal nostro sistema legislativo che – come sappiamo – ha previsto solamente un numero chiuso di diritti reali con contenuto tipico (indagine che avrà modo di occuparci in seguito: v. *infra* Cap. II). Il rischio di un discorso esclusivamente sistematico è ovviamente quello di sminuire l'indagine ma, d'altra parte, sembra innegabile che, se il legislatore avesse voluto disciplinare uno specifico diritto reale con un contenuto simile alla servitù, perché costituente un peso su un fondo, il cui oggetto è una prestazione di fare (o di dare), avrebbe certamente optato per una di due vie: o disciplinare direttamente l'istituto all'interno del libro terzo del nostro codice civile, con un titolo autonomo, o ammettere la possibilità di costituire servitù di contenuto positivo. Ma così non è stato¹¹⁹.

Allo stesso tempo – come accennato – non può ignorarsi la natura obbligatoria dell'onere. Un rapporto obbligatorio in cui la prestazione di *facere* o di *dare* che lo contraddistingue¹²⁰ è assistito da una garanzia reale, che sicuramente non può essere ricondotta all'ipoteca¹²¹, per la cui costituzione è necessario un titolo diverso e autonomo rispetto a quello per cui sorge l'onere (tantomeno potrebbe ricollegarsi al pegno, riguardando l'onere reale solo i beni immobili).

Preferibile, invece, sarebbe – o quantomeno sembrerebbe – ricondurre la garanzia reale in esame alla schiera dei privilegi speciali sui beni immobili. Del resto, si è già accennato al fatto che la maggior parte degli interpreti ritiene l'onere reale una figura residuale che trova le proprie origini nella tradizione storica del vincolo feudale, e che oggi, al di là delle ipotesi di vincoli esistenti prima della redazione del codice del 1865 che ancora vengono conservati, solo il legislatore potrebbe ancora costituire¹²². Ma se così fosse, cioè se solo il legislatore potesse costituire oneri reali, potrebbe risolversi agevolmente il problema della costituzione del privilegio, riservato appunto alla legge in «considerazione della causa del credito» *ex art. 2745 c.c.* Causa del credito che potrebbe ravvisarsi per gli oneri più risalenti nel tempo nel fatto che un soggetto ha alienato un fondo al solo fine di garantirsi una rendita rappresentata dalla prestazione di dare o di fare (ovviamente ove si ammettesse che l'art. 29, comma 1, c.c. del 1865 non sia stato abrogato: v. *infra* Cap. II), e per gli oneri più recenti, disciplinati dal

¹¹⁹ E ciò a meno che non si ritenga che la figura dell'onere reale sia stata positivizzata dal legislatore del 2006 con l'introduzione del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter: v. infra* Cap. IV, par. 3.

¹²⁰ Almeno secondo la prevalente interpretazione.

¹²¹ Salvo non si voglia ricondurre tale garanzia alle ipotesi di ipoteca legale.

¹²² Il problema relativo alla libera costituzione dei privati degli oneri reali sarà oggetto di approfondimento nel cap. IV.

nostro codice civile o dalle leggi speciali, in un particolare interesse pubblico meritevole di tutela individuato espressamente dalla legge¹²³.

Tale ultima impostazione avrebbe dirette ricadute sull'oggetto di questo studio: la possibilità di costituire liberamente vincoli reali atipici. L'autonomia privata, invero, parrebbe escludersi, perché, ove si ammettesse che l'o.r. è sempre garantito da privilegio speciale sull'immobile, e potendo solo il legislatore costituire questi ultimi, sarebbe di fatto precluso al privato costituire oneri reali al di fuori dei casi ammessi dalla legge. E ciò a meno che non si ravvisi nel nostro ordinamento una fattispecie generale capace di obbligare il titolare di un diritto reale ad eseguire una prestazione assistita da un privilegio, che potrebbe essere rappresentata dalla possibilità per i creditori della prestazione reale di soddisfarsi con prelazione sul bene dalla cui titolarità dipende l'onere. Fattispecie che, oggi, potrebbe forse ricercarsi nell'art. 2645-ter, ma sul punto si avrà modo di tornare con maggiore consapevolezza nel capitolo IV.

2.2. L'obbligazione *propter rem*.

Definire le obbligazioni *propter rem* non è affatto semplice. Detta anche obbligazione *ob rem* o *rei cohaerens*, nata dalla pratica e dall'attività interpretativa, questa figura potrebbe quasi definirsi "apolide", dal momento che il codice civile non la disciplina esplicitamente.

Già conosciute nel diritto giustiniano, le obbligazioni reali si sono diffuse in epoca medioevale. Specificamente, come ricorda un'importante dottrina¹²⁴, nel diritto

¹²³ Anche L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni*, cit., 20 ss., si chiede se la nozione di credito privilegiato possa davvero dirsi incompatibile con la figura dell'onere reale. In particolare, si interroga se non si possa ritenere che certi «crediti assistiti da privilegio speciale nient'altro rappresentino se non situazioni [...] inserite in un rapporto obbligatorio «reale» (onere) caratterizzate, in considerazione della causa del credito, da una peculiare forma di garanzia reale (il privilegio speciale)». La soluzione affermativa sembrerebbe confermare che l'onere mantiene una struttura obbligatoria in cui sarebbe però insito un elemento di "garanzia". In conclusione, sebbene non si possa parlare di oneri reali in presenza di privilegi speciali previsti dalla legge, l'A. ritiene possibile parlare di o.r. solo nei casi in cui oltre alla garanzia reale (appunto finalizzata a garantire l'adempimento della prestazione di natura positiva) siano presenti i caratteri tipici poc'anzi enucleati, comunque stretti nella morsa della tipicità prevista dalla legge (artt. 2741, comma 2, e 2745 c.c.). Così anche F. ROLFI, *Sulla tipicità delle obbligazioni propter rem*, in *Corr. giur.*, 1997, 5, 562, nota a Cass., 2 gennaio 1997, n. 8, che considera convincente la tesi di assimilare l'o.r. ai privilegi, con l'accortezza però di considerarlo come obbligazione assistita da privilegio.

¹²⁴ Si veda A. DE LUCA, *Gli oneri reali*, cit., 62 s., il quale – oltre agli esempi citati nel testo – fa riferimento, tra le altre, all'*actio quod metus causa* volta alla restituzione di quanto trasmesso con un contratto estorto con violenza; l'*actio ad exhibendum* esercitabile contro chiunque si fosse trovato in grado di esibire la cosa riguardo alla quale il richiedente avesse voluto proporre un'azione.

Sul punto anche v. anche B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 710, che ricorda come in epoca romana, al di fuori delle ipotesi riconosciute dal diritto pubblico, si potevano rintracciare casi di responsabilità negativa radicata o nella proprietà o nel possesso di una cosa, per questo gravanti su qualsiasi proprietario o possessore della cosa: *actio noxalis*, *actio aquae pluviae arcendae*, *actio quod metus causa*, e così via. In tutti questi casi a rispondere non sarebbe la persona (o il suo patrimonio) ma la cosa: la responsabilità negativa esauriva la pretesa dell'attore perché volta a recuperare la cosa che gli era stata estorta (*actio quod metus*), a vendicare la distruzione della cosa (*actio noxalis*) o per riparare l'argine che reca danno

romano un notevole esempio era offerto dalle obbligazioni corrispondenti alle azioni *noxalis* e *de paupèrie*. La prima azione – durante l’epoca giustiniana – era finalizzata ad ottenere il risarcimento dal possessore di quello schiavo che avesse arrecato danno; mentre, questa facoltà veniva meno una volta che lo schiavo fosse stato liberato con l’emancipazione o la manomissione, potendosi dirigere l’azione direttamente contro quest’ultimo. La seconda azione, invece, si rivolgeva contro il padrone dell’animale che avesse arrecato danno in modo contrario rispetto alle “abitudini della sua razza”. Entrambe le azioni erano certamente personali, tuttavia si differenziavano dalle altre poiché potevano dirigersi contro una persona indeterminata, ossia verso colui che si fosse trovato in possesso di una cosa. È evidente che oggi non sia più così, visto che, ad esempio, i fatti illeciti commessi dall’incapace o i danni arrecati da animali fanno sorgere normali obbligazioni (in quanto fatti illeciti, richiamati dall’art. 1173 c.c.), non ambulatorie e tali da non ammettere alcun abbandono liberatorio. Ovviamente senza trascurare il fatto che dipendono dalla colpa (o dalla responsabilità oggettiva) e importano una piena responsabilità per il danno.

Le obbligazioni reali – ancora oggi – sono caratterizzate dal fatto che il debitore e il creditore vengono individuati *per relationem*. Secondo la definizione più ricorrente esse sono «obbligazioni collegate alla proprietà o altro diritto reale su un immobile»¹²⁵. In particolare in esse appaiono salienti due dati: l’accessorietà rispetto ad un rapporto reale e l’ambulatorietà¹²⁶.

al fondo (*actio aquae pluviae arcendae*). In altri termini, nel diritto romano il terzo, anche se non autore del fatto dannoso, rispondeva a titolo di responsabilità negativa, ovviamente non fondata sulla sua colpa ma sul possesso attuale della cosa.

¹²⁵ Così C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 136. In realtà, particolarmente significativa è la definizione data da G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, cit., 117, che ritiene di poter parlare di obbligazione *p. r.* ogni qualvolta «è soggetto debitore qualunque persona sia titolare di un dato diritto reale di godimento, così che, estinto o trasmesso tale diritto reale, si estingue o si trasmette contemporaneamente la qualità di debitore».

Peraltro, secondo L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 5 nota 10, un’obbligazione *propter rem* può costituirsi anche su beni mobili e universalità di beni mobili, anche se l’A. ritiene che questa ipotesi sia giustificata solo dal collegamento esistente tra l’art. 1104 c.c. (ossia l’obbligo dei partecipanti alla comunione di contribuire alle spese di conservazione e godimento della cosa comune) e il fatto che la comunione può costituirsi pure su beni mobili e universalità di beni mobili.

¹²⁶ Quanto all’accessorietà G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 120, afferma che la qualifica di accessoria è esatta ove si voglia indicare che «l’esistenza e le vicende di essa dipendono dall’esistenza e dalle vicende di un diritto reale di godimento»; ma è impropria perché un dovere non potrebbe essere accessorio ad un diritto, infatti solo un diritto potrebbe essere accessorio ad un altro diritto.

F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 83, ricorda come il nesso tra rapporti giuridici dove uno è principale e l’altro accessorio non riguarda solo le obbligazioni *propter rem*, ma anche altre ipotesi: i rapporti di garanzia, la fideiussione, servitù prediale rispetto al rapporto di proprietà sul fondo dominante o servente. In tutti questi casi si ravvisa una subordinazione di un rapporto rispetto ad un altro di cui segue le sorti; mentre le sorti del rapporto principale sono indipendenti da quelle del rapporto accessorio.

Quanto all’ambulatorietà, L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 5 s., ricorda come alcuni autori ritengono improprio parlare di obbligazione ambulatoria. Ad esempio, per B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 717, non sarebbe tanto ambulatoria l’obbligazione quanto la possibilità del suo sorgere. Questa terminologia, infatti, solitamente viene utilizzata per indicare obbligazioni con soggetto passivo “instabile”, nelle quali vi è la possibilità che quest’ultimo muti insieme al titolo o al possesso della cosa.

Gli interpreti si riferiscono all'obbligazione *propter rem* definendole situazioni accessorie perché la prestazione oggetto dell'obbligazione (reale) potrebbe "eventualmente" accompagnare la titolarità di un diritto reale¹²⁷. Le *o. p. r.*, pur senza costituire diritti reali a sé stanti o *sui generis*, presupporrebbero l'esistenza di un diritto reale in capo al debitore o al creditore ed avrebbero la funzione di «regolarne l'esercizio, componendone i possibili conflitti»¹²⁸.

Talvolta l'accessorietà è stata interpretata con il significato di estraneità al diritto reale, ossia come carattere capace di distinguere la struttura dell'obbligazione *ob rem* (vera e propria obbligazione) dal diritto reale¹²⁹. In altri termini, in presenza di un'obbligazione reale il rapporto giuridico sarebbe connaturato da due elementi: uno reale, l'altro personale. Tali elementi arriverebbero persino a creare un rapporto giuridico ulteriore rispetto a quello costituito dal mero diritto reale. Ad esempio, ove nella servitù sia presente una prestazione accessoria di *facere* (art. 1030 c.c.) si avrebbe un rapporto reale rappresentato dalla servitù ed un rapporto obbligatorio (*propter rem*), estraneo al primo, ma «ad esso giustapposto e congiunto per legge, di carattere accessorio e consequenziale»¹³⁰.

In altri casi l'accessorietà è stata spiegata come la conseguenza della complessità della situazione reale, composta da elementi eterogenei tra loro: poteri, facoltà, doveri e obblighi¹³¹. Secondo questa impostazione il diritto reale consiste principalmente in un potere, ma non si esaurisce in quello. Esattamente come il diritto di credito non si esaurisce con la pretesa all'adempimento, comportando anche oneri (ad esempio quello di costituire in mora un debitore) od obblighi, anche il debitore, sebbene obbligato, ha dei diritti: innanzitutto quello di adempiere¹³². In sostanza, tutte le situazioni giuridiche soggettive manifesterebbero una certa complessità unendo situazioni sia attive sia passive. Così come il diritto di credito non è caratterizzato solo dal dovere di ricevere la prestazione da parte del creditore, ma anche dal potere di esigerla, parimenti il diritto reale – cui accede un'obbligazione *propter rem* – non è caratterizzato dalla sola obbligazione reale, ma anche dal potere proprio dello *ius in re*. In tal senso, la proprietà non può diventare un obbligo, la servitù non può essere

Per M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali*, cit., 473, la realtà dell'obbligazione permetterebbe di identificare la figura passiva del rapporto obbligatorio, tuttavia con il trasferimento del diritto o del possesso non si attuerebbe una successione nel debito (a differenza dell'onere reale), ma l'obbligazione si estinguerebbe per poi risorgere in capo al nuovo titolare.

Circa i caratteri dell'obbligazione reale v. anche B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 714.

¹²⁷ Cfr. H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français. Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits reels*, Parigi, 1957, 25, 124 ss., 176 s. e 264: «L'obligation réelle suppose des pouvoirs de jouissance effectifs sur une chose, pouvoirs dont elle ne fait qu'assurer l'exercice».

¹²⁸ A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 309 ss.

¹²⁹ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 22 s.; ma v. anche B. BIONDI, *Servitù*, cit., 713.

¹³⁰ Così ID., *op. ult. cit.*, 21.

¹³¹ V. M. COMPORTE, *I diritti reali*, cit., 62 ss., 241 ss., 257; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, 189 ss.; G. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, cit., 771.

¹³² Cfr. A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 310 ss.

costituita da obblighi di fare, seppure possa comportare prestazioni accessorie di quel verso¹³³.

Detto altrimenti, le o. p. r. sono solo eventuali e non necessarie, anche se possono divenire indispensabili in virtù della loro importanza pratica: si pensi agli obblighi di riparazione e manutenzione (art. 1069 c.c.); alle prestazioni accessorie per la servitù, e via dicendo¹³⁴.

Le o. p. r. sono peraltro ambulatorie, essendo collegate alla titolarità di un diritto reale sulla *res*. Il proprietario o il titolare di un diritto reale di godimento sul bene sono obbligati ad eseguire occasionalmente una prestazione (quindi non periodicamente, come dovrebbe accadere invece per gli oneri reali¹³⁵), proprio in ragione della titolarità del loro diritto.

Il debitore potrebbe liberarsi (dall'obbligazione)¹³⁶ attraverso l'abbandono del fondo e, quindi, attraverso la rinuncia al diritto, di cui l'abbandono è particolare manifestazione, oppure attraverso il trasferimento del bene a terzi, sui quali inizierà a gravare successivamente l'obbligo¹³⁷.

Peraltro, il regime di responsabilità, in caso di inadempimento di un'obbligazione *propter rem*, si estende, ai sensi art. 2740 c.c., a tutti i beni presenti e futuri del debitore, senza che sia prevista la facoltà per il creditore di esercitare un'azione reale, che non vanterebbe alcuna causa di legittima prelazione sul bene (diversamente dall'onere reale). Tuttavia il debitore potrebbe liberarsi dall'obbligo abbandonando il fondo e limitando così la sua responsabilità nei limiti del valore del bene abbandonato (argomento desumibile *ex art.* 1070 c.c.)¹³⁸.

La prestazione oggetto dell'obbligazione può consistere in un "fare" o in un "dare", a seconda che sia relativa al modo di godere del bene ovvero sia afferente all'esecuzione di opere che riguardano il bene stesso; può consistere anche in un "non fare", se relativa ad una limitazione del modo di utilizzare il fondo¹³⁹. In altri termini, il comportamento può essere sia positivo sia negativo, a condizione che sia svolto in

¹³³ V. H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale*, cit., 121 e 184 ss.: «[...] on ne voit pas pourquoi, si la servitude interdit au principal une prestation positive, elle pourrait l'autoriser à titre accessoire».

¹³⁴ Si pensi, ad esempio, agli obblighi convenzionalmente previsti in caso di costituzione dell'usufrutto, oppure a tutti gli obblighi costituiti in deroga alla disciplina legale ove questa lo consenta. Ad ogni modo, per un'analisi dei casi considerati tipici v. *infra* Cap. II, par. 2 ss.

¹³⁵ Sempre che si ritenga che gli o.r. siano contraddistinti dalla periodicità, ma sul punto v. *infra* Cap. III, par. 2.

¹³⁶ In verità, secondo A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 296, le modalità di estinzione delle obbligazione p. r. sono uno dei punti più discussi dell'istituto.

¹³⁷ Quanto alle precisazioni che occorre svolgere con riguardo al trasferimento del diritto reale a cui accede l'o. p. r. v. *infra* Cap. III, par. 3.

¹³⁸ Sulla differenza tra rinuncia ed abbandono liberatorio si avrà modo di tornare al Cap. III, par. 4.1.

¹³⁹ V. G. BALBI, voce cit., 667: «in funzione dell'ordinato esercizio del diritto di proprietà, cui l'obligatio ob rem accede». L'A. tende a sovrapporre le o. p. r. ai limiti interni ed esterni della proprietà e degli altri diritti reali. Circa la distinzione tra tali limiti e le obbligazioni reali v. *infra* Cap. II, par. 2.1.

funzione dell'esercizio del diritto reale, vale a dire posto in connessione con l'utilità che il diritto reale può offrire tramite il godimento della cosa¹⁴⁰.

In via immediata, ci sentiamo di anticipare (il tema invece ci occuperà nel paragrafo seguente) che, secondo alcuni interpreti, a differenza dell'onere reale, la prestazione è occasionale e non periodica e, soprattutto, che la prestazione è posta in funzione di una migliore utilizzazione del fondo e non connessa alla proprietà o al possesso solo per offrire al creditore un più sicuro mezzo di garanzia¹⁴¹.

Quanto alla natura dell'obbligazione *propter rem*, anche in questo caso, come per gli oneri reali, si fronteggiano tre diversi orientamenti volti a sostenere rispettivamente la natura reale, obbligatoria oppure mista.

In ordine alla natura reale, un'autorevole dottrina ha rilevato come nel nostro ordinamento esistano diritti che possono essere connotati da realtà pur senza essere qualificati come diritti dominicali su cose. Ciò accadrebbe proprio per le obbligazioni reali, la cui opponibilità *erga omnes* li avvicinerrebbe allo schema dei diritti reali su cose¹⁴². In particolare la realtà, da cui deriva l'opponibilità verso i terzi, dipenderebbe dall'inerenza del potere (e/o del divieto) "alla" cosa. Alla base di questo inquadramento si pone una considerazione c.d. «funzionale». I diritti reali infatti esercitano la funzione di «assicurare *forme di appartenenza di beni*, in misura più o meno diversa od intensa (dalla proprietà ai diritti di servitù)»¹⁴³. Più specificamente, il sistema "diritti reali" si farebbe carico di alcune «competenze» collegate alla titolarità della situazione reale (collegate cioè a "come" quella *res* apparterrebbe al titolare del diritto reale) che spetterebbero ai singoli in ordine ai beni. Detto altrimenti, vi sarebbero poteri e facoltà di diversa entità a seconda del diverso diritto reale a cui sono collegate, che sono strettamente connessi alla cosa¹⁴⁴. Diversamente, nelle obbligazioni a rilevare sono «le forme giuridiche attraverso le quali ha luogo lo scambio o [...] il movimento dei beni o servizi»; qui la competenza potrebbe al più riguardare il «ruolo che ciascuno dei soggetti assume nel processo di circolazione dei beni (venditore - compratore, locatore - locatario, committente - appaltatore, ecc.)»¹⁴⁵. Posta questa distinzione, non può negarsi come esistano delle zone di confine dove il godimento di un bene può essere assicurato o mediante la costituzione (contratto ad effetti reali) di un diritto reale, oppure dove il godimento del bene può essere garantito nelle forme dello scambio (ad esempio con i contratti obbligatori di locazione e affitto). Sono queste ultime le ipotesi in cui l'obbligazione assume quelle "funzioni"

¹⁴⁰ G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 119, 135 s.

¹⁴¹ ID., voce *cit.*, 667.

¹⁴² In tal senso A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Artt. 1173-1176, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1988, 132, 136 s.; ID., voce *Obbligazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 11.

¹⁴³ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni*, cit., 131.

¹⁴⁴ V. *supra* par. 1.1.

¹⁴⁵ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*

proprie del sistema dei diritti reali, attribuendo al titolare del diritto «competenze in ordine al (godimento del) bene (anche verso i terzi)»¹⁴⁶. In tal senso la c.d. realtà non avrebbe dunque riguardo dei soli diritti dominicali su cose, poiché vi sarebbero delle ipotesi basate su una relazione di «competenza diretta» tra soggetto titolare e *res* dove il rapporto sarebbe immediato, e che sarebbero contemporaneamente dotate di una forma di tutela contro chiunque possa ledere o porre in pericolo la relazione con la *res*. Ovviamente non si può trascurare il fatto che affermare la presunta realtà di alcune obbligazioni può porre a repentaglio il principio del *numerus clausus*¹⁴⁷. Tuttavia, chi ha sostenuto la realtà dell'obbligazione reale ha scongiurato tale eventualità, assumendo che per tali situazioni, quando si impongono obblighi o si attribuiscono facoltà riguardo all'assetto dei beni tramite accordi o convenzioni, «si può sempre dire che [...] trascendono gli interessi (soggettivi) di circolazione e di scambio per riguardare la *condizione* dei beni. Per tali ragioni sono opponibili *erga omnes*. Esse, in sostanza, [...] sono più vicine allo schema dei diritti *su cose* che non a quello delle obbligazioni»¹⁴⁸.

In altri termini, per i fautori della realtà delle obbligazione *propter rem*, sembra che un diritto reale sia qualificato non solo dall'inerenza ma anche dall'assolutezza e dall'immediatezza. Sembra, cioè, che l'inerenza serva come strumento di prima scrematura, che permette poi di individuare quali situazioni soggettive siano caratterizzate da un potere immanente ad una cosa, le quali – ad una più attenta osservazione – sono pure dotate di assolutezza e immediatezza. Ciò è quanto accadrebbe per le obbligazioni reali.

Secondo la concezione mista, invece, le obbligazioni reali andrebbero concepite come obbligazioni che partecipano di qualche elemento di realtà. Secondo i fautori di questa concezione, la connessione tra la titolarità di un diritto reale e quella dell'obbligazione sarebbe talmente forte da non poter scindere i due aspetti. In buona sostanza, non si potrebbe giungere ad affermare che l'obbligazione *p.r.* è un diritto reale vero e proprio oppure che si tratterebbe di un diritto personale in senso stretto, ma dovrebbe parlarsi di un'obbligazione personale capace di presentare alcuni aspetti di realtà. Tra i principali sostenitori di questa teoria possiamo ricordare Giorgianni, il quale, per giungere a questa conclusione – come avevamo del resto già evidenziato per gli oneri reali –, inizia a considerare che il diritto reale e l'obbligazione sono il risultato di due diverse valutazioni dei diritti patrimoniali¹⁴⁹. Per analizzare una

¹⁴⁶ ID., *op. ult. cit.*, 132.

¹⁴⁷ Il tema riguardante i principi del numero chiuso e della tipicità verrà più compiutamente affrontato nel capitolo IV, par. 1, cui si rinvia.

¹⁴⁸ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 137.

¹⁴⁹ V. M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., 752 s.; ID., *L'obbligazione*, cit., 101 ss. L'A., del resto, si è dimostrato molto attento all'analisi dell'istituto in questione (e, al tempo stesso, di quello dell'onere reale), soprattutto in relazione alla possibilità di costituire obbligazioni reali atipiche. Se l'eccezione che normalmente si muove alle obbligazioni in esame è quella di non poter essere costituite per

situazione giuridica soggettiva occorrerebbe por mente alla struttura del potere e all'inerenza del potere alla cosa. Assumendo infatti che il diritto reale e l'obbligazione «sono il risultato di due diverse valutazioni dei diritti patrimoniali»¹⁵⁰, ci si renderebbe conto che l'obbligazione *ob rem* sarebbe un diritto di credito se fosse classificata attraverso la struttura del potere, poiché il creditore perverrebbe al soddisfacimento del proprio interesse esercitando una pretesa verso il soggetto tenuto ad un certo comportamento perché titolare di un diritto reale; mentre, invece, ove si guardasse all'inerenza del potere alla cosa, si potrebbe senz'altro dire che l'obbligazione in questione appartiene alla categoria dei diritti reali.

Questa tesi si è prestata ad alcune critiche¹⁵¹. Un Autore, in particolare, ha sostenuto l'incompatibilità tra il nostro diritto positivo e la tesi secondo cui i diritti reali e i diritti di credito rileverebbero in base a criteri diversi, al punto che uno atterrebbe alla struttura del potere e l'altro all'inerenza, così da determinare una collocazione dell'obbligazione *p.r.* tra le obbligazioni seguendo il primo criterio, e tra i diritti reali seguendo il secondo, in quanto verrebbero ritenute «opponibili ai successivi proprietari del fondo»¹⁵². Ciò perché la nozione di diritto reale non dovrebbe essere fatta coincidere con quella di diritto opponibile ai terzi. Un contratto capace di produrre solo effetti obbligatori non muta i propri effetti, non cessa cioè di creare rapporti personali, solo perché viene reso opponibile ai terzi attraverso la pubblicità immobiliare: ad esempio, si rifletta sulla locazione ultra novennale o sul contratto preliminare che restano ad effetti obbligatori ancorché trascritti¹⁵³.

convenzione, al di fuori dei casi previsti dalla legge, Giorgianni individua il vero problema nell'efficacia verso i terzi. In particolare, si pensi ai casi che si verificano nel diritto edilizio: talvolta, per fronteggiare le esigenze relative agli agglomerati urbani, vengono stipulate delle convenzioni edilizie stipulate coi comuni che, in aggiunta ai provvedimenti emessi dall'autorità amministrativa (quali piani regolatori e regolamenti edilizi), fanno sorgere alcuni obblighi contrattuali come – ad esempio – quello di non costruire se non ad una certa distanza dal confine, di destinare parte dell'area ad area c.d. verde, di costruire strade e marciapiedi privati oppure di destinare l'edificio ad uso esclusivo di abitazione. In questi casi ovviamente non si pone il problema di far rispettare la convenzione alle parti della stessa, bensì quello di far sì che anche i successivi subacquirenti rispettino quei vincoli, al fine di garantire il soddisfacimento dell'interesse causa della convenzione. L'A. riconosce come la dottrina in origine avesse cercato di ricondurre questi rapporti nell'ambito della servitù, non senza difficoltà, posto che il processo sarebbe agevole solo per le servitù negative e non per quelle di fare (*servitus in faciendum consistere nequit*) e perché vi sarebbero situazioni in cui mancherebbe il presupposto fondamentale della servitù: il fondo dominante. Più di recente, invece, la dottrina e la giurisprudenza avrebbero riconosciuto l'opponibilità delle citate convenzioni ai successivi acquirenti del fondo attraverso la trascrizione, perché strumento utile a garantire «la *inerenza* di un *obbligo*». Infatti, quel particolare tipo di convenzione, che si realizza come «un vero e proprio rapporto obbligatorio», mira in realtà a garantire il soddisfacimento dell'interesse delle parti «attraverso la *inerenza* dell'obbligo ossia attraverso il suo automatico trapasso in capo ai successivi acquirenti della *res*. In altri termini, è dal punto di vista formale un rapporto obbligatorio e dal punto di vista della *ratio* un rapporto reale.

¹⁵⁰ Così M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., 753; ID., *L'obbligazione*, cit., 102.

¹⁵¹ V. C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 139 ss.

¹⁵² Così C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 140.

¹⁵³ Del resto, secondo ID., *loc. ult. cit.*, le obbligazioni reali determinate dalla legge non sono opponibili ai terzi in senso stretto.

La dottrina prevalente, invece, tende ad individuare nell'obbligazione *propter rem* la struttura tipica del rapporto personale¹⁵⁴. Generalmente sono due le argomentazioni che vengono spese per giustificare la natura personale delle obbligazioni *p.r.*, a seconda che si considerino l'inerenza ovvero l'immediatezza come dato qualificante il diritto reale¹⁵⁵.

In tal senso, la prima argomentazione è che l'inerenza sarebbe sì presente nelle obbligazioni *propter rem*, ma avrebbe delle peculiarità tutte sue, diverse da quelle proprie dei diritti reali. In particolare, taluno non ha mancato di rilevare come l'obbligazione in esame sia un «caratteristico rapporto obbligatorio privo di ogni sfumatura di realtà [...], nella quale scompare del tutto quel colorito di (vera o presunta) realtà che dovrebbe riscontrarsi nell'onere (reale *n.d.r.*)»¹⁵⁶. Specificamente la realtà dell'obbligazione reale consisterebbe nel fatto che il soggetto passivo del rapporto obbligatorio può essere individuato attraverso la titolarità del diritto reale. Così non è, invece, negli *iura in re* dove l'inerenza (tipica), potendo essere qualificata come qualità dello stesso bene, è capace di mettere il titolare in condizione di soddisfarsi del suo interesse indipendentemente dai rapporti di fatto o di diritto gravanti sulla cosa¹⁵⁷. In altri termini, l'inerenza per il diritto reale è una situazione di vantaggio in ordine alla cosa di cui è titolare il soggetto attivo del rapporto, mentre nell'obbligazione *propter rem* l'inerenza significa solo che esiste una particolare connessione (non con il bene, ma) tra l'obbligo e il diritto di cui il debitore è

Quanto al preliminare, in realtà, occorrerebbe dar spazio alle diverse teorie che ne hanno inquadrato la natura. Tuttavia, questa non è la sede adeguata per dar spazio alle diverse posizioni dottrinali.

¹⁵⁴ Sul punto v. L. MANNA, *Le obbligazioni propter rem*, in *Il Giurista Europeo*, L. GAROFALO - M. TALAMANCA (collana diretta da), Padova, 2007, 15.

¹⁵⁵ L'assolutezza non viene dunque presa in considerazione, ma lo si era già evidenziato nei paragrafi precedenti. L'assolutezza è (forse) un criterio poco adeguato per determinare se una situazione giuridica soggettiva sia riconducibile ad un diritto reale, dato che il principio del *neminem laedere*. Con ciò – si badi – non si vuole dire che la dottrina non prenda mai in considerazione il dato dell'assolutezza, anzi. Talvolta, però, non vengono spiegate le ragioni del perché questo carattere debba essere presente in un'obbligazione *propter rem*: v. ad es. C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 140.

¹⁵⁶ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni*, cit., 22.

Anche A. CHIANALE, voce *Obbligazione*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XII, Torino, 1995, 339, nonché P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. del diritto*, XXIX, Milano, 1979, 153 s., ritengono che, «quanto alle obbligazioni cosiddette *propter rem*, la nota di realtà attiene soltanto al modo di determinare il debitore, che muta con l'avvicendamento dei titolari della proprietà o del diritto». Del resto, non dovrebbe sorgere il dubbio che l'obbligazione reale sia un'obbligazione *strictu sensu*, dato che, come ha rilevato U. BRECCIA, *Le Obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), Milano, 1991, 125 s., «l'individuazione del debitore è possibile anche nei casi in cui la persona sia di volta in volta identificata con riguardo alla titolarità di certi diritti reali e sia soggetta a cambiare con il mutamento della titolarità di tali diritti». In effetti, anche se il rapporto di obbligazione *p.r.* ha come contenuto una prestazione di *facere* o di *non facere*, collegata ad una posizione alla titolarità di un diritto reale, non significa «che il rapporto abbia in sé stesso un elemento di realtà» (cfr. E. BETTI, *op. cit.*, 22).

¹⁵⁷ U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 14 ss. Affine a questa interpretazione è stato pure il pensiero della giurisprudenza di legittimità: v. Cass., 21 marzo 1964, n. 646, in *Foro it.*, 1964, I, 721, in cui si è rilevato che l'obbligazione reale, senza dar luogo, «come invece il diritto reale, a un rapporto immediato e diretto con la cosa», avrebbe «per contenuto sempre un rapporto personale del soggetto passivo benché quell'obbligo derivi dal fatto che egli è titolare di un diritto reale».

titolare¹⁵⁸. L'obbligazione reale, quindi, sarebbe un diritto di credito e non un diritto reale, poiché in essa mancherebbe un vero e proprio potere sulla cosa. La particolarità ovviamente è che, a differenza di un "normale" diritto di credito, l'obbligazione reale nascerebbe a carico di una persona che, indeterminata inizialmente, si determinerà in un secondo momento grazie alla titolarità della proprietà o del diritto reale, cioè qualora si verificassero quei fatti da cui scaturisce l'obbligo¹⁵⁹: ad esempio, la rovina del muro in comproprietà che deve essere riparato; la caduta di foglie e rami sul sedime gravato da servitù di passaggio con obbligo accessorio di *facere* (e quindi la previsione della loro raccolta).

Allora, il fatto che dalla titolarità del diritto reale dipenda il sorgere "effettivo" dell'obbligo reale – almeno nei casi in cui l'o. *p. r.* è tipica perché disciplinata dal legislatore nel Libro III c.c. (sui casi tipici si v. *infra* Cap. II) – potrebbe forse lasciar presumere che l'obbligazione reale, per quanto di natura obbligatoria, diverga dal normale obbligo di natura personale. Quest'ultimo, infatti, mancherebbe di quel carattere di inerenza "proprio" delle obbligazioni *propter rem*, sebbene inteso latamente perché affievolito rispetto a quello tipico dei diritti reali a cui l'o. *p. r.* accede (lo si accennava poc'anzi). Per contro, l'obbligo personale non potrebbe mai dirsi ancorato ad un diritto reale, non potrebbe essere trascritto (salvo che non sia la legge a prevederlo) e non potrebbe essere nemmeno reso opponibile ai successivi titolari ed ai terzi (sul punto v. *infra* Cap. II, par. 3 in relazione alle servitù c.d. irregolari).

Tale interpretazione potrebbe portare alla conclusione che l'obbligazione *propter rem* sia un misto di realtà e di personalità. Tesi in realtà osteggiata da tutti coloro che hanno ritenuto come la realtà e la personalità non potrebbero essere mai poste sullo stesso piano, posto che un diritto reale per potersi realizzare (*rectius* per realizzare l'interesse ad esso sotteso) non richiede la presenza di un intermediario, essendovi già il titolare del diritto che esercita direttamente un potere sulla *res*; nelle obbligazioni, invece, la presenza dell'intermediario è necessaria per poter realizzare quell'interesse che è proprio scopo dell'obbligazione. Quest'ultimo aspetto si verificherebbe anche per le obbligazioni reali, dove l'interesse non potrebbe dirsi soddisfatto a prescindere dalla condotta dell'obbligato¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni*, cit., 22 s., per la quale il diritto – stante la sua funzione causale – segue le sorti dell'obbligazione.

¹⁵⁹ Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 713, il quale ricorda che anche l'ambulatorietà dell'obbligazione *p.r.* dipende dal fatto che l'obbligo si trasferisce ad un altro soggetto in dipendenza del trasferimento della proprietà o del diritto reale.

¹⁶⁰ G. GROSSO - G. DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, AA. VV., F. VASSALLI (diretto da), V, 1, 3^a, Torino, 1963, 55 s. In particolare, secondo gli A., non si potrebbe obiettare che un'*obligatio propter rem* di contenuto negativo costituisca il ponte di passaggio tra questa e il diritto reale. Quest'ultimo attribuisce sempre una sfera di dominazione sulla cosa *adversus omnes*. La robustezza del diritto reale non verrebbe meno neanche nell'ipotesi in cui solo alcuni terzi fossero in grado di turbare la *res*. Diverso sarebbe però il caso in cui il dovere di astenersi gravi su

In definitiva, l'obbligazione *ob rem* resterebbe un rapporto obbligatorio con un carattere di personalità tutto suo (una sorta di diritto di credito dipendente dalla realtà) e con la possibilità di farlo valere coattivamente: la proprietà e il diritto reale sarebbero solo la base dell'obbligazione, perché consentirebbero di individuare il soggetto passivo tenuto ad un'obbligazione positiva (o negativa) ogniqualvolta si verificano le circostanze previste dalla legge¹⁶¹. Tuttavia, non appena individuato il soggetto passivo cesserebbe ogni connessione tra obbligazione e diritto reale¹⁶².

La seconda argomentazione che invece porta a considerare l'obbligazione *propter rem* come diritto di credito è che non sarebbe ravvisabile il requisito dell'immediatezza, poiché l'avente diritto alla prestazione positiva non avrebbe alcun potere di godimento e di disposizione immediata della cosa¹⁶³. In particolare, non sarebbe ravvisabile l'immediatezza nemmeno ove si facesse riferimento al suo contenuto minimo, ossia il potere di acquisizione della cosa o del suo valore per via giudiziaria, come accade per l'ipoteca¹⁶⁴. In quest'ultimo caso, invero, il titolare del diritto potrebbe vantare una garanzia che si innesta direttamente sul bene interessato, ma questo non accade nelle obbligazioni reali, dove l'obbligato risponderebbe per l'inadempimento con tutti i suoi beni *ex* 2740 c.c., come in qualsiasi altro rapporto obbligatorio.

3. Fattispecie tra oneri reali ed obbligazioni *propter rem*.

La struttura degli oneri reali e delle obbligazioni reali mostra alcune affinità. Prima di procedere ad evidenziare i tratti discretivi tra le due figure sembra dunque opportuno esplicitarne i tratti comuni. Essenzialmente gli interpreti ritengono che ne esistano tre: il contenuto *in faciendo* (a differenza delle servitù: v. *infra* Cap. II); il profilo della tipicità legale, poiché sarebbero limitate ai soli casi previsti dalla legge (anche se ciò è oggetto di discussione di questo studio); entrambe avrebbero carattere

alcuni soggetti, già determinati per il solo fatto di essere titolari di un diritto sulla cosa, ovvero che si trovino in una determinata posizione di fatto.

¹⁶¹ A ben vedere questa impostazione non sembra molto distante dal pensiero di M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., 753. L'A. non considerava la figura in esame né tra diritti di credito né tra i diritti reali, e invitava ad analizzare la fattispecie guardando alla struttura del potere sulla ressi tratterebbe di obbligazione personale se si valutasse la pretesa che il creditore vanta nei confronti del debitore; si tratterebbe di diritto reale ove si guardasse all'inerenza del potere sulla cosa perché dalla titolarità del diritto dipende il venire ad esistenza dell'obbligo (reale appunto). Il rapporto sarebbe dunque obbligatorio dal primo punto di vista e reale dal secondo.

¹⁶² B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 713 s., per il quale sarebbe da evitare la frase ibrida e contraddittoria di obbligazione reale. Esiste solo connessione tra obbligazione e diritto reale e non rapporto di generazione, dal momento che da un diritto reale non sorge alcuna obbligazione che trova le sue uniche fonti in quelle indicate dall'art. 1173 c.c.

¹⁶³ Cfr. C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 140.

¹⁶⁴ Avevamo già rilevato come si dubitasse dell'esistenza del requisito dell'immediatezza dell'ipoteca. Accogliendo la tesi sopra esposta di Giorgianni comunque il problema della sussistenza dell'immediatezza nell'ipoteca non rilevarebbe poiché a interessare sarebbe solo il carattere dell'inerenza.

di realtà, ancorché in misura e funzione diversa¹⁶⁵. In ordine a tale ultimo aspetto occorre precisare che gli oneri e le obbligazioni reali presentano contemporaneamente elementi di natura reale e personale. In particolare, la comunanza tra i due istituti è riconducibile alla connessione esistente tra soggetto obbligato e bene su cui si esercita il diritto reale¹⁶⁶: il soggetto è considerato passivo perché titolare di una situazione giuridica soggettiva sul bene. In altri termini, obbligato *propter rem* nonché onerato, possono essere non solo il proprietario del fondo, ma pure il titolare di un diritto reale di godimento (superficie, enfiteusi ed usufrutto, ovviamente non la servitù poiché in essa – se si esclude il caso disciplinato dagli artt. 1069, comma 2, o 1030 c.c. che ammette la costituzione di prestazioni accessorie agli obblighi di *pati o non facere* – il titolare del fondo servente non può essere obbligato positivamente¹⁶⁷, e persino il possessore quand’anche privo del titolo, con l’esclusione dunque del detentore.

Ben più complesso appare invece il tentativo di discriminare i due istituti, e ciò soprattutto per ragioni imputabili alla giurisprudenza¹⁶⁸. Invero, se in dottrina sono state individuate differenze dal punto di vista genetico e funzionale, altrettanto non è stato fatto dalla giurisprudenza, all’interno della quale la distinzione tra oneri reali e obbligazioni *propter rem* viene resa ardua e fragile da tutte quelle sentenze che tendono ad accomunare le due figure¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 726, il quale, in ordine alla tipicità legale dei due istituti, nega recisamente l’autonomia privata: «Resta esclusa l’autonomia privata, la quale non può costituire alcun rapporto con effetti reali che abbia come contenuto un *facere* a carico del proprietario della cosa, giacché la esclusione di un *facere* vale non solo per le servitù ma per qualunque diritto reale». In particolare – in ossequio al principio di tipicità legale degli oneri e delle obbligazioni reali – soltanto la legge può obbligare in alcuni casi il proprietario ad eseguire a favore di altri una prestazione positiva.

¹⁶⁶ Si veda A. GUERINI, *Le obbligazioni propter rem*, in *Le obbligazioni*, I, 2, *Le obbligazioni in generale (1173-1320 c.c.)*, M. FRANZONI (a cura di), Torino, 2004, 1629 ss., per la quale le obbligazioni *propter rem* e gli oneri reali sono accomunati dal fatto di poter essere individuati tramite una stretta connessione con un bene determinato. Inoltre, secondo V. MARICONDA, *op. cit.*, 964, anche gli oneri reali sono stati individuati «storicamente con la struttura tipica dei rapporti obbligatori».

¹⁶⁷ Per gli altri casi riguardanti la servitù vedi di seguito Cap. II, parr. 3 ss.

¹⁶⁸ Spesso la giurisprudenza di legittimità e di merito sembra confondere gli oneri reali con le obbligazioni *propter rem* in relazione all’art. 1090 c.c., che in molti casi è qualificato come onere reale.

¹⁶⁹ Uno degli ambiti in cui la giurisprudenza ha mostrato le maggiori difficoltà è quello della qualificazione delle clausole dei regolamenti c.d. contrattuali in materia condominiale. Alcune sentenze, infatti, tendono a qualificarle come ipotesi di servitù reciproche (Cass., 15 aprile 1999, n. 3749, in *Vita not.*, 1999, 778; Cass., 13 luglio 1983, n. 5781, in *Leggi prof.*); altre parlano di oneri reali (Cass., 30 luglio 1990, n. 7654, in *Arch. Loc.*, 1990, 703; Cass., 7 marzo 1983, n. 1681, in *Foro it. Mass.*, 1983, 351; Cass., 11 febbraio 1997, n. 621, in *Mass. Giur. It.*, 1997); altre ancora di oneri aventi natura sostanziale di servitù (Cass., 17 novembre 1979, n. 5985, in *Arch. Loc.*, 2004, 506); non mancano nemmeno i richiami ai vincoli, oneri reali e servitù (Cass., Sez. Un., 30 dicembre 1999, n. 843, in *Giust. civ.*, 2000, I, 320; Cass., 6 febbraio 1987, n. 1195, in *Arch. Loc.*, 2004, 225; Cass., 14 aprile 1983, n. 2610, in *Riv. giur. ed.*, 1983, I, 917 s.). In altri casi la giurisprudenza invece ha dimostrato di avere ben chiara la distinzione: si veda ad esempio Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Giust. civ.*, 2000, II, I, 1314: «Con il regolamento condominiale possono essere costituiti pesi a carico di unità immobiliari di proprietà esclusiva e a vantaggio di altre unità abitative, cui corrisponde il restringimento e l’ampliamento dei poteri dei rispettivi proprietari, o possono imporsi prestazioni positive a carico dei medesimi e a favore di altri condomini o di soggetti diversi, ovvero possono limitarsi il godimento o l’esercizio dei diritti del proprietario dell’unità immobiliare. Nel primo caso è configurabile un diritto di servitù, trascrivibile nei registri immobiliari; nel secondo un onere reale e nel terzo un’obbligazione

Per quanto riguarda le differenze, in primo luogo occorre evidenziare che – secondo la lettura ormai unanime – obbligato *propter rem* può essere il proprietario, il titolare di un diritto reale minore o il possessore di un bene mobile, immobile o di una universalità di mobili¹⁷⁰. Così non è per l'onere reale dove l'onere è solamente il proprietario o il titolare di diritti reali di godimenti di/su un fondo, o comunque di/su beni immobiliari¹⁷¹.

In secondo luogo, le prestazioni hanno un diverso oggetto¹⁷². L'onere reale è costituito esclusivamente da prestazioni positive di *dare* (tradizionalmente “in denaro”

propter rem, non trascrivibili». Addirittura è emblematico il Trib. Roma, 15 ottobre 2002, in *Juris data online*, che considera l'onere reale come fonte di un'obbligazione *propter rem*.

Anche B. BIONDI, *Oneri reali ed obbligazioni*, cit., 352, sembra non distinguere perfettamente le due figure, poiché ammette che l'onere reale, nei casi in cui è consentito dalla legge, possa scindersi in tante obbligazioni reali quante sono le singole prestazioni periodiche. Anche se lo stesso A. ritiene che da tale affermazione non debba ricavarsi l'identificazione tra i due istituti, poiché «[...] il dovere di tollerare l'esercizio dei singoli atti di esercizio della servitù non si identifica con la servitù, tanto che è il singolo proprietario tenuto a tollerare i singoli atti di esercizio della servitù, la quale come peso grava obiettivamente sul fondo», ed allora l'onere grava sulla cosa e l'accompagna presso ogni possessore che potrà liberarsi alienando la cosa come nelle servitù. Ad ogni modo, però, la singola prestazione a cui il possessore della *res* onerata è tenuto «si concreta in un'obbligazione personale [...]». In altri termini, Biondi sembra voler fotografare l'onere come un insieme di cui le obbligazioni reali costituiscono una particella che grava sempre e comunque sul fondo.

Anche in altri casi in dottrina si sono ravvisati tentativi (isolati) volti a riunificare due istituti: si veda F. GALGANO, *Diritto Privato*, Padova, 2008, 161 s.; ID., *Trattato di diritto privato*, I, Padova, 2010, 493. Tale orientamento però è stato oggetto di critiche: L. MANNA, *Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, in *Trattato delle obbligazioni*, L. GAROFALO (diretto da), *La struttura e l'adempimento*, II, L. GAROFALO (a cura di), Padova, 2014, 86 s., la quale in caso di unificazione delle due figure vede il rischio di un annullamento dell'onere reale, che verrebbe assorbito dall'obbligazione *propter rem*, o di una sua scomparsa dall'ordinamento positivo.

¹⁷⁰ Cfr. G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 134.

¹⁷¹ Così B. BIONDI, *Oneri reali ed obbligazioni*, cit., 351, che ritiene come l'onere reale, al pari della servitù, possa «gravare solo su di un fondo, mentre l'obbligazione reale può riconnettersi anche a cose mobili, ed anche al possesso». Lo stesso A. non esclude però che l'o.r. possa innestarsi su un diritto personale: si pensi al caso del titolo al portatore in cui l'emittente apponesse l'onere di eseguire una prestazione in suo favore o di un terzo. Su questo ultimo punto pare sorgere però una perplessità: se normalmente con l'onere reale l'obbligato, in caso di inadempimento, risponde con il bene su cui grava un'effettiva garanzia reale, con l'apposizione un onere reale ad un diritto personale si rischierebbe di assimilare eccessivamente il primo all'obbligazione *p. r.*, dal momento che in caso di inadempimento l'onere risponderebbe *ex* 2740 c.c. con tutto il proprio patrimonio.

Più di recente anche C. ROMEO, *Obbligazioni 'propter rem'*, in *Trattato dei diritti reali*, A. GAMBARO - U. MORELLO (diretto da), II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011, 389, esclude che le obbligazioni reali siano inerenti ad un fondo.

Per A. GUERINI, *cit.*, 1630, se l'o.r. può essere validamente costituito in favore di un soggetto non proprietario, le *o. p. r.* presuppongono rapporti di comproprietà o di vicinato.

Contra L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 5 nota 10, che ritiene solo teorica la possibilità di identificare obbligazioni *propter rem* (tipiche) connesse ad un diritto reale mobiliare, visto che tale soluzione troverebbe la sua unica giustificazione nell'art. 1104 cod. civ. e nel fatto che una situazione di comunione potrebbe interessare anche beni mobili od universalità di mobili.

¹⁷² Così B. BIONDI, *op. ult. cit.*, 352. In particolare, G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 137 s., classifica le obbligazioni *propter rem* in quattro macro categorie, distinguendole tra loro (v. *supra*): la prima riguarda quelle che hanno lo scopo di provvedere alla conservazione della cosa e la possibilità di sfruttarla come quella dell'usufruttuario, dell'enfiteuta e del superficiario, che vengono messi in condizione di tutelare il proprio diritto sulla *res*; la seconda inerisce le obbligazioni reali che fissano un limite o una modalità di sfruttamento della cosa, come quella dell'usufruttuario nell'esercizio di cave o torbiere o quelle che regolano le modalità di sfruttamento dei partecipanti alla comunione; la terza categoria è quella che impone un mutamento del diritto reale di cui è titolare il debitore, come quelle

o “in cose generiche”) e dalla periodicità di tali prestazioni¹⁷³; le *o. p. r.*, invece, oltre ad essere occasionali ed istantanee¹⁷⁴, possono esplicitarsi non solo in un *dare* ma anche in un *facere* (si pensi alla realizzazione di opere “inerenti” alla cosa) o in un *non facere* (ad esempio relative alla modalità di godimento e/o utilizzazione di un bene o all’effettuazione di spese “inerenti” la *res*)¹⁷⁵.

In terzo luogo, è diversa la funzione della *res* a seconda che sia incisa dall’onere reale o dall’obbligazione *propter rem*. In sintesi, la connessione con il bene per l’onere reale raffigura un «[...] preciso carattere di “inerenza”, intesa come una sorta di *qualitas* del bene [...]»¹⁷⁶. Nell’o.r. l’inerenza al bene è talmente estrema da far supporre che l’onere gravi sul bene piuttosto che sul soggetto, al punto che il vero

che prevedono il trasferimento di parti di un fondo per riordinare la proprietà (artt. 846 ss., c.c.) oppure quelle che prevedono la comunione forzosa del muro; l’ultima categoria di *o. p. r.* riguarda quelle che hanno ad oggetto un indennizzo per l’incremento del diritto reale di godimento (artt. 935 ss., c.c.) oppure quelle che obbligano a rimborsare le spese ed a pagare il premio per la cosa ritrovata (artt. 929 e 930 c.c.).

¹⁷³ Per O. CONTI, voce *Oneri reali*, cit., 325, questa rappresenta l’unica differenza con le obbligazioni *propter rem*.

¹⁷⁴ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 6 ed in particolare 56 s., dove l’A. – essendo convinta che l’elemento discriminante tra i due istituti sia costituito dal profilo della “garanzia reale” che contraddistinguerrebbe l’onere (v. *infra* nel testo) – afferma che «se quello della periodicità è un connotato ineliminabile della prestazione che forma il contenuto dell’onere reale, non ne è certo un carattere esclusivo e per ciò tale da condizionarne la possibilità di distinguerlo dall’obbligazione *ob rem*». Invero, non sempre gli o.r. sono connotati da prestazioni periodiche e le *o. p. r.* da prestazioni ad esecuzione istantanea, poiché possono esservi casi (specialmente nelle ipotesi rimesse «all’autonomia delle parti, ed in sede di previsione pattizia di *obligationes* atipiche o di determinazione convenzionale del contenuto di *obligationes* tipiche») come quello del titolare del fondo servente che, in una servitù di derivazione d’acqua, si sia obbligato *ob rem* a somministrare la quantità di energia sufficiente ad azionare una pompa d’acqua installata sul fondo dominante: in questo caso l’obbligazione, avente contenuto di *dare*, è senz’altro di durata e per di più potrà scindersi in esecuzione continuata o periodica.

Secondo A. GUERINI, *Le obbligazioni propter rem*, cit., 1630 nota 50, anche la giurisprudenza sarebbe critica: Cass., 7 settembre 1978, n. 4045, *Giur. It.*, 1979, I, 1, 796 ss.

¹⁷⁵ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 6, secondo cui l’*obligatio* può ben esplicitarsi in comportamenti sia positivi sia negativi purché siano correlati alla funzione del diritto reale a cui l’*o. p. r.* accede. Le condotte negative o positive dovrebbero porsi in connessione con l’utilità del diritto e quindi determinare il modo in cui il diritto reale può essere goduto o limitato.

Anche G. BALBI, *op. ult. cit.*, 119 e 135 ss., per cui «[...] il comportamento dovuto dall’obbligato *ob rem* non è un comportamento qualsiasi, ma si giustifica in funzione dell’esercizio del diritto reale, di cui è titolare esso debitore, ossia in connessione con l’utilità che il diritto reale offre o può offrire attraverso il godimento della cosa». Da ciò l’A. ricava due conseguenze: la prima, il soggetto passivo del *o. p. r.* potrebbe determinarsi indipendentemente dalla titolarità di esso anche solo attraverso l’esercizio di fatto del diritto reale di godimento, cioè il possesso; la seconda, l’obbligazione può qualificarsi accessoria posto che l’esistenza e le vicende dell’*obligatio ob rem* dipenderebbero da quelle relative al diritto reale di godimento, anche se con accessorio deve intendersi non tanto che il dovere portato dall’obbligazione reale sia accessorio ad un dovere, bensì che al diritto reale accede un altro diritto accessorio al primo (così F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, 417 s.).

Una distinzione analoga viene svolta anche da B. BIONDI, *Oneri reali*, cit., 351, il quale afferma che l’onere reale ha «carattere permanente», mentre l’obbligazione *propter rem* «[...] come ogni obbligazione, non è permanente, [e] può consistere anche in una pluralità indefinita di prestazioni [...]».

¹⁷⁶ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 5. Analogamente A. FUSARO, voce *Obbligazione «propter rem» ed oneri reali*, cit., 390: «le peculiarità dell’onere reale troverebbero compendio nel carattere dell’inerenza ad un fondo ossia nell’idoneità ad imporre l’obbligo di effettuare prestazioni periodiche e positive a carico di chiunque vanti la titolarità di diritti reali di godimento su di esso».

obbligato potrebbe apparire l'immobile¹⁷⁷; sarebbe quest'ultimo ad essere obbligato nei confronti dell'avente diritto alla prestazione, similamente a quanto accade per le servitù, con la differenza però che nei primi non vi è predialità, ossia il perseguimento dell'*utilitas*; inoltre nella servitù il vantaggio è tratto dal fondo dominante e non dal titolare del fondo dominante, e ciò a differenza di quanto accade negli o.r. dove la prestazione (proprio perché latita la predialità) va a vantaggio di quel soggetto che è considerato titolare del diritto di credito corrispondente. Per contro, nelle obbligazioni *propter rem* – secondo la tesi prevalente – vi sarebbe un'obbligazione tradizionale che grava sul soggetto (di volta in volta) identificato attraverso la titolarità del diritto reale: la connessione con il bene è lo strumento che permette di individuare il soggetto obbligato.

In quarto luogo, è differente la fase – per così dire – patologica. Il riferimento corre all'ipotesi di inadempimento dell'obbligato¹⁷⁸. Nell'onere reale l'obbligato risponde nei limiti del valore della cosa. Nelle obbligazioni *propter rem* il debitore risponde con tutto il suo patrimonio ai sensi dell'art. 2740 c.c.¹⁷⁹. Si badi infatti che – come detto poc'anzi – la connessione con il bene assume un ruolo essenziale nel primo istituto, dove il peso grava sul bene e non sul titolare del diritto reale, mentre acquista un ruolo complementare nel secondo poiché il rapporto con la *res* permette solo di individuare chi sia tenuto ad eseguire la prestazione senza gravare sul diritto reale. Nell'*obligatio ob rem* il creditore è chirografario e quindi il bene (oggetto di o. p. r.) potrebbe essere aggredito al pari di qualsiasi altro bene del patrimonio del debitore; negli oneri reali il creditore è privilegiato¹⁸⁰, essendo titolare di una garanzia reale sulla *res* (immobile) e restando per ciò ferma la possibilità di esercitare un'azione personale nei confronti dell'onerato, il creditore può soddisfarsi sul bene gravato da o.r. con prelazione a prescindere da chi lo possieda o sia titolare del relativo diritto. In altri termini, l'onere reale comporta «la costituzione *ex lege* di una garanzia reale inerente al rapporto

¹⁷⁷ V. *retro* relativamente al raffronto tra la concezione classica e personalistica. Così anche B. BIONDI, *op. ult. cit.*, 351: «[...] la prestazione nell'onere reale si ricava dallo stesso fondo, e quindi il peso grava sulla cosa, nelle obbligazioni reali, come in ogni obbligazione l'obbligo grava sulla persona». L'obbligazione reale, invero, essendo una comune obbligazione dal soggetto passivo indeterminato, permette di individuare il proprio soggetto passivo nel soggetto che si troverà in quella determinata situazione rispetto alla cosa.

¹⁷⁸ Cfr. A. GUERINI, *Le obbligazioni propter rem*, cit., 1631.

¹⁷⁹ Di tale distinzione non è convinto O. CONTI, voce *Oneri reali*, cit., 325, per il quale è incompatibile con il nostro sistema legale l'affermazione per cui l'obbligato risponda in caso di inadempimento di un onere reale non oltre il limite del valore del bene gravato, mentre nel caso dell'o. p. r. con tutti i propri beni. Ciò perché i due istituti non apparirebbero a due categorie autonome: entrambe sono comuni obbligazioni collegate con la titolarità di un diritto reale. La divergenza starebbe allora nella diversa fisionomia economica, poiché negli oneri reali l'obbligo è connesso alla titolarità solo in modo occasionale, mentre nelle o. p. r. la prestazione è legata da uno stretto nesso funzionale con l'esercizio del diritto posto che impone un determinato comportamento in ordine al godimento della cosa oppure è intesa a risolvere conflitti di interesse fra titolare del diritto e i terzi.

¹⁸⁰ G. BALBI, voce *cit.*, 668, ritiene che nell'obbligazione reale il credito non è accompagnato da alcuna prelazione o garanzia reale, e che, inoltre, l'eventuale abbandono del fondo estingue l'obbligazione a prescindere dal fatto che il diritto a percepirla sia già maturato.

obbligatorio»¹⁸¹. E ciò perché il creditore della prestazione oggetto dell'onere può veder tutelati i propri interessi sia per mezzo di un'azione personale sull'onerato sia per mezzo di un'azione reale diretta sul bene immobiliare, che acquisterebbe dunque «[...] una funzione di garanzia del tutto analoga a quella ipotecaria»¹⁸².

In quinto luogo, è diversa la causa delle obbligazioni *propter rem* rispetto agli oneri reali: dinamica nel primo caso, statica nel secondo. La *ratio* delle o. p. r. è quella di migliorare il bene su cui gravano o, comunque, di favorire lo sfruttamento del bene; detto diversamente, l'obbligazione reale «è volta ad accrescere un godimento più razionale del bene al quale è strutturalmente connessa»¹⁸³. Così si pensi, per esempio, che l'obbligazione *ob rem*, pur trovando la propria ragion d'essere nell'esistenza e nella titolarità del diritto reale, si specifica solo «in funzione dell'esercizio o della conservazione di un diritto altrui ([...] artt. 1030, 1069, comma 2, cod. civ.)¹⁸⁴, della realizzazione (mediata o immediata) di esigenza di carattere generale e quindi degli interessi ad esse riferibili o, invece, del principio secondo il quale chi gode di

¹⁸¹ Così V. MARICONDA, *Vincoli alla proprietà*, cit., 964.

¹⁸² Così G. GANDOLFI, *Onere reale*, cit., 127. Similmente L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 3, considera che il creditore in caso di inadempimento possa soddisfarsi con prelazione rispetto agli altri creditori sul ricavato della vendita forzata secondo il meccanismo della garanzia ipotecaria; anche G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 39, afferma che «l'onere reale è costituito da un diritto di credito avente per oggetto prestazioni periodiche collegate ad un fondo e rafforzato da una garanzia del fondo del tutto simile, nella sostanza, alla garanzia ipotecaria, sebbene manchi la forma di quest'ultima». Al contempo A. FUSARO, *Obbligazione «propter rem»*, cit., 391, ritiene l'onere reale un insieme di prestazioni positive dovute periodicamente dall'obbligato, non al fine di migliorare il fondo, bensì per rafforzare la garanzia del creditore in ordine all'adempimento.

Contra O. CONTI, in voce *ult. cit.*, 325, per il quale il collegamento tra oneri reali ed ipoteca non può avere un valore assoluto, dal momento che la garanzia non sarebbe una conseguenza necessaria della particolare struttura dell'onere, bensì frutto delle norme poste a tutela del creditore, al punto che – sotto un profilo storico-comparatistico – tale forma di garanzia non esisteva nelle legislazioni degli stati tedeschi anteriori all'unificazione.

Nonostante taluno abbia tentato di ricondurre la fattispecie dell'onere reale all'ipoteca, in virtù del diritto di prelazione riconosciuto all'obbligato e il conseguente diritto di quest'ultimo di soddisfarsi nei limiti di valore della *res*, parrebbe preferibile ricondurre la fattispecie ad un'ipotesi di privilegio speciale su bene immobile sia perché – come anticipato – l'onere reale può essere costituito nei soli casi previsti dalla legge, mentre l'ipoteca oltre che legale potrebbe essere volontaria e giudiziale; sia perché l'inquadramento come privilegio speciale meglio si attaglia e meglio tutela il particolare rapporto che lega l'onere al bene, dal momento che il privilegio speciale su bene immobile è sempre preferito all'ipoteca. Inoltre, dal punto di vista degli effetti, in caso di atto di alienazione del bene gravato da onere reale, l'ipoteca richiederebbe un'ulteriore atto costitutivo rispetto a quello di trasferimento, dal momento che dopo aver trasferito il bene sarebbe necessario costituire la garanzia reale, e ciò non accadrebbe per l'o.r. dove opererebbe automaticamente. Tale ultimo aspetto è stato individuato anche da V. MARICONDA, *op. cit.*, 964, per il quale si era soliti ritenere «l'onere reale [...] assimilabile ad un credito ipotecario con la differenza [però] che mentre nel credito garantito da ipoteca vi sono atti costitutivi distinti per il rapporto obbligatorio e la garanzia reale, invece i crediti cui corrispondeva dal alto passivo un onere reale sorgevano già muniti di garanzia in virtù dell'unico atto costitutivo».

¹⁸³ A. GUERINI, *Le obbligazioni propter rem*, cit., 1630 s., ricorda che è lo stesso legislatore ad autorizzare tale funzione incrementativa, cioè volta ad implementare lo sfruttamento della *res* su cui poggia il diritto, a condizione, però, che ciò avvenga nel rispetto del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 42 Cost.

¹⁸⁴ Il disposto dell'art. 1030 c.c. permette di costituire un'obbligazione *ob rem* che agevoli l'esercizio della servitù, mentre l'art. 1069, comma 2, c.c., prevede che la legge o le parti possono prevedere che le opere di conservazione della servitù siano sostenute dal titolare del fondo servente anziché dal proprietario del fondo dominante.

determinati vantaggi non può non subire gli eventuali riflessi negativi di tale godimento([...] art. 882, 1104¹⁸⁵)¹⁸⁶: *cuius commoda, eius et incommoda*.

In ordine alla considerazione per cui le obbligazioni *propter rem* avrebbero “causa dinamica” autorevole dottrina¹⁸⁷ ha ritenuto come non sia possibile affermare che l’obbligo reale abbia una «funzione strumentale rispetto a due *iura in re* concorrenti sul medesimo bene»¹⁸⁸; tantomeno potrebbe ritenersi che tale obbligo sia un modo di limitazione del diritto reale del debitore, cioè una diminuzione del suo contenuto¹⁸⁹.

Diversamente, la causa degli oneri reali non è accrescitiva, bensì economica se si pensa che esse non si concretizzano «tanto in una prestazione di fare, quanto in una

¹⁸⁵ Sia l’art. 882 che l’art. 1104 c.c. prevedono che i comproprietari o i contitolari di un diritto reale per il solo fatto di essere tali siano gravati dall’obbligo di contribuire alle spese di riparazione e conservazione del bene.

¹⁸⁶ Testualmente L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 23.

¹⁸⁷ Cfr. ID., *op. ult. cit.*, 49 s.

¹⁸⁸ Concorde G. BALBI, *op. ult. cit.*, 136 s., che non approva tale modo di pensare: la tesi sarebbe smentita dal fatto che esistono «obbligazioni reali nelle quali il soggetto debitore non è titolare di un diritto reale di godimento», come le obbligazioni derivanti dalla vicinanza di fondi che non presuppongono che il vicino abbia uno *ius in re* sul fondo del debitore finitimo; oppure come le obbligazioni reali del condominio: sull’immobile di proprietà comune esiste un solo diritto di proprietà e non tanti diritti reali quanti sono i condomini (in caso di divisione, invece, esisteranno numerosi diritti di proprietà ma non vi saranno più le obbligazioni *propter rem* condominiali).

Contra G. BRANCA, *Servitù prediali*, in *Comm. cod. civ., Scialoja-Branca* (a cura di), Bologna-Roma, 1987, 57 s., nonché G. GROSSO - G. DEIANA, *Le servitù*, cit., 59, per i quali l’obbligazione reale nella servitù presupporrebbe «la concorrenza e la coesistenza di due diritti sulla medesima cosa».

¹⁸⁹ Così, invece, G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 135: «La obbligazione reale può anche venire considerata come un modo di limitazione del diritto individuante il debitore, più esattamente una diminuzione del suo contenuto». Per contro L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 50, è convinta che «una simile conclusione è [...] frutto della più volte ricordata confusione tra ciò che è obbligo e ciò che è limite (del diritto)». L’A., invero, sostiene (cfr. ID., *op. ult. cit.*, 26 s.) che i limiti della proprietà (e comunque quelli dei diritti reali minori) non assumano mai la veste di obbligo, trattandosi viceversa di un «non potere puro e semplice» oppure di «un non potere se non a certe condizioni od in un certo modo ovvero in un non poter impedire», da cui discenderebbe una minor estensione o un minor esercizio del diritto. Quanto alla minor estensione, si pensi ai limiti interni della proprietà cristallizzati dall’art. 42 Cost. o dal divieto di atti emulativi *ex* art. 833 c.c.: il proprietario non può comportarsi in modo antisociale o ledere consapevolmente il diritto altrui esercitando il proprio. Quanto al minor esercizio del diritto reale, si pensi ai limiti esterni che possono essere legali o volontari: quanto ai primi, a mente dell’art. 873 c.c., il proprietario nel costruire deve rispettare le distanze previste, cioè è libero a determinate condizioni; quanto ai secondi, il proprietario è libero di costituire diritti reali minori, ma così facendo non potrebbe godere del bene per gli aspetti coperti dal godimento altrui. In conclusione, il limite inciderebbe sulla possibilità, mentre l’obbligo sulla necessità. Proprio «l’agere necesse» caratterizza quest’ultimo, evidenziando che il c.d. dovere di prestazione, non reagisce sul contenuto o sull’esercizio del diritto, cui l’obbligo è connesso, nel senso della «possibilità» [...] ma fa sì che il non esercizio del diritto (*obligationes* aventi a contenuto un *non facere*) o l’assunzione di un comportamento dovuto in considerazione della sua esistenza (*obligationes* aventi a contenuto un *dare* od un *facere*) fungano da strumento di attuazione dell’obbligo, finalizzati, con il carattere della necessità, a soddisfacimento del credito corrispondente».

Similmente anche F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 167 ss., pur difendendone il carattere tipico, pare convinto che l’obbligazione reale sia una complessa sintesi tra potere e dovere, «[...] in particolare, nell’aspetto del dovere vengono distinti dei profili essenziali per la conformazione della situazione – denominati doveri o doveri assoluti – considerati fondamentali e immodificabili dall’autonomia privata, dagli altri costituenti [...] regole di esercizio del diritto – denominati obblighi od obbligazioni – che trovano la loro causa nella legge e che, nei limiti da quella stabiliti, possono essere liberamente regolati dalle convenzioni delle parti [...]. In tal modo le obbligazioni *propter rem* riconfluiscono nella struttura complessa della situazione reale».

prestazione periodica di dare, quindi nell'elargizione continuativa di una somma di denaro come contributo per il godimento di certi beni immobiliari»¹⁹⁰.

Infine, diverse sono le modalità attraverso cui è possibile liberarsi della titolarità del diritto reale a cui accedono gli oneri reali e le obbligazioni *propter rem*. Ciò, invero, può avvenire tramite il trasferimento del bene (*rectius* della titolarità del diritto) a terzi oppure attraverso la dimissione (c.d. abbandono liberatorio) della titolarità del diritto.

In merito al trasferimento del bene occorre distinguere tra le prestazioni divenute esigibili prima o dopo la cessione del diritto. Per le prestazioni maturate dopo il trasferimento è evidente che i nuovi obbligati da o.r. e da o. p. r. risponderanno.

Viceversa il problema si pone per quelle prestazioni il cui obbligo di eseguirle nasca prima del trasferimento. In particolare, se pare pacifico che per l'onere reale il nuovo titolare del posizione giuridica soggettiva sia responsabile anche per prestazioni maturate anteriormente al trasferimento (ma pur sempre nei limiti del valore del bene), non altrettanto può dirsi per le obbligazioni reali per cui si discute. Una prima interpretazione sostiene che l'unico responsabile possa essere il predecessore poiché era titolare del diritto quando la prestazione è divenuta esigibile¹⁹¹. Una seconda interpretazione, argomentando *ex art. 1104 c.c.*, è convinta di come vi sia una responsabilità concorrente (*rectius* solidale) tra dante ed avente causa. Una terza interpretazione – più che altro residuale – afferma che, se l'obbligato esegue la prestazione dovuta e permane l'obbligo di corrispondere un rimborso od un risarcimento, questo non può trasmettersi in capo all'acquirente poiché si tratta di un mero rapporto obbligatorio: si pensi all'ipotesi di apposizione di termini tra più fondi confinanti, per cui l'obbligo di rimborsare agli altri una parte della spesa sostenuta non può considerarsi *ob rem*, con la conseguente esclusione di responsabilità del nuovo titolare.

In merito alla dimissione del diritto gravato da onere reale, mentre non sembrano esservi dubbi circa la possibilità di acconsentire ad una liberazione in caso di perimento del bene, maggiori perplessità ha destato il c.d. abbandono liberatorio in mancanza di una previsione legislativa. L'orientamento più recente tende ad escluderlo sul presupposto che trattandosi di un modo di estinzione di carattere eccezionale sia necessario un espresso riconoscimento legislativo; viceversa l'orientamento più risalente lo ammette, con un limite: il titolare del diritto reale o il possessore resta comunque obbligato per quelle prestazioni scadute durante il periodo di titolarità del diritto.

¹⁹⁰ A. GUERINI, *op. ult. cit.*, 1631.

¹⁹¹ Tale posizione poggia il proprio fondamento sull'opinione che l'ambulatorietà non riguarda l'obbligazione in sé, bensì la possibilità del suo sorgere: l'obbligazione, insomma, si costituisce in capo al titolare del diritto reale e rimane a suo carico anche se vi fosse stato un trasferimento.

Invece, per quanto concerne le obbligazioni reali esistono alcune previsioni normative: articoli 888, 1070 e 1104¹⁹² c.c. La prima norma consente al vicino di non pagare le spese di costruzione del muro di cinta o divisorio cedendo gratuitamente la metà del terreno su cui deve essere costruito il muro di separazione. La seconda disposizione concede al titolare del fondo servente di evitare le spese necessarie all'uso e alla conservazione della servitù rinunciando alla proprietà in favore del proprietario del fondo dominante. Analogamente, pure secondo l'ultima disposizione, ciascun partecipante alla comunione, rinunciando al proprio diritto sul bene comune, può liberarsi dall'obbligo di contribuire alle spese deliberate dalla maggioranza dei comunisti e da quelle utili alla conservazione e al godimento della *res*. Tali disposizioni, per quanto specifiche, sono considerate di portata generale e non tassative. Ovviamente gli effetti liberatori operano solo per il futuro e non anche per i debiti già scaduti, con l'eccezione di quelle ipotesi fotografate dalle clausole di salvezza degli artt. 882 e 1070 c.c.¹⁹³ In tal senso però è bene precisare che il legislatore, nelle norme da ultimo citate, parla di rinuncia in senso a-tecnico: la rinuncia, quale negozio giuridico unilaterale, permette al debitore di dismettere la titolarità del diritto reale, con la conseguenza che non potrebbe avere effetto liberatorio rispetto alle obbligazioni divenute esigibili in precedenza; diversamente accade nell'abbandono, che consiste in una vera e propria perdita del diritto reale ed è quindi seguita dall'acquisto dello stesso in capo al creditore, con conseguente estinzione (per confusione) delle obbligazioni già presenti o future¹⁹⁴. Al contempo, non potrebbe parlarsi di abbandono liberatorio per il titolare di diritto reale quando ha contribuito

¹⁹² In ordine alla possibilità dell'obligato di sottrarsi alle spese a cui è tenuto, la giurisprudenza ha rilevato una differenza tra l'art. 1104 e 1118, comma 2, c.c.: cfr. Cass., 2 luglio 2001, n. 8924, in *Mass. Giur. It.*, 2001, che ha distinto tra spese di conservazione e quelle di godimento. La Suprema Corte, in particolare, in una pronuncia ha stabilito che «poiché tra le spese indicate dall'art. 1104 c.c., soltanto quelle per la conservazione della cosa comune costituiscono *obligationes propter rem* – e per questo il condomino non può sottrarsi all'obbligo del loro pagamento ai sensi dell'art. 1118, comma 2, c.c., che invece nulla dispone per le spese relative al godimento delle cose comuni – è legittima la rinuncia di un condomino all'uso dell'impianto centralizzato di riscaldamento (purché questo non ne sia pregiudicato), con il conseguente esonero, in applicazione del principio contenuto nell'art. 1123, comma 2, c.c., dall'obbligo di sostenere le spese per l'uso del servizio centralizzato; è invece obbligato a sostenere le spese dell'eventuale aggravio derivato dalle spese di gestione di tale servizio, compensato dal maggior calore di cui beneficia anche il suo appartamento».

¹⁹³ A mente dell'articolo 882, comma 2, c.c., il comproprietario del muro comune, rinunciando al diritto di comunione, può esimersi dal concorrere alle spese di riparazione o di ricostruzione, mentre in virtù dell'art. 1070 c.c. il proprietario del fondo servente può evitare le spese necessarie all'uso e alla conservazione della servitù a cui è tenuto, in forza del titolo o della legge, rinunciando alla proprietà in favore del titolare del fondo servente. In entrambi i casi, allora, l'esigenza di riparare o ricostruire e il contributo per l'uso e la conservazione lasciano intendere che il debito sia già esistente, quindi che la prestazione sia già dovuta.

¹⁹⁴ A ciò sembra riferirsi B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 727, quando ritiene non ammissibile l'abbandono liberatorio dell'obbligazione *propter rem* a differenza dell'onere reale: siccome quest'ultimo è un vero e proprio peso inerente ad un fondo, la prestazione non può che soddisfarsi sul fondo stesso ed è ciò che avviene in caso di abbandono, poiché la pretesa dell'avente diritto è soddisfatta; diversamente accade con le *o. p. r.*, che non può essere abbandonata *strictu sensu*, dal momento che ciò di cui il titolare può liberarsi è solo il diritto a cui accede l'obbligo di eseguire determinate prestazioni.

colposamente al proprio inadempimento, oppure quando ha rinunciato alla facoltà di avvalersi dello stesso: il comproprietario del muro comune non può rinunciare alla quota di comunione se ha danneggiato il muro che deve essere riparato; il partecipante alla comunione, che ha approvato (anche tacitamente) le spese d'uso o conservazione della *res* comune, non può sottrarsi al pagamento di queste rinunciando al proprio diritto.

CAPITOLO II

I casi tipici di oneri reali e di obbligazioni *propter rem*

Premessa.

Le considerazioni fin qui svolte, nonché quelle che verranno a breve sostenute, sono frutto dell'analisi delle caratteristiche che tradizionalmente vengono attribuite alle obbligazioni ed agli oneri reali. Del resto, se si è affermato (v. *supra* Cap. I) che l'onere reale si distingue dall'*obligatio p. r.* in virtù di caratteristiche differenti¹⁹⁵, lo si è fatto perché la prevalente impostazione tradizionale ha attribuito all'onere reale quelle caratteristiche. Pare evidente allora che si potrebbe giungere a conclusioni del tutto diverse da quelle riportate in questo studio che ove si abbracciassero diversi criteri interpretativi per gli o.r. e le o. *p. r.*, che sono ambito di natura essenzialmente – se non esclusivamente – dottrinale (ad esempio se non si ritenesse che l'onere reale sia una prestazione di dare garantita dal privilegio sul bene).

Analogamente, si giungerebbe ad escludere di fatto l'esistenza dei limiti legali della proprietà e degli altri diritti reali minori ove si ritenesse che qualsiasi obbligo o dovere contenuto nella struttura del diritto reale sia obbligazione *propter rem* o onere reale. Anche quest'ambito è dunque profondamente influenzato dalle diverse scelte interpretative.

1. I casi tipici di oneri reali.

Dopo aver indicato nel capitolo precedente – ancorché per sommi capi – i punti essenziali dell'onere reale, pare ora possibile lumeggiare i casi normativamente previsti. L'immagine che viene offerta dal nostro ordinamento è tutt'altro che nitida. Del resto manca nel codice civile vigente un dato testuale sicuro¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Nel Cap. I, par. 3, avevamo descritto ciò che tradizionalmente si intende per o.r., distinguendolo poi dalle o. *p. r.* Si diceva che l'onere reale riguarderebbe solo i beni immobili, avrebbe esclusivamente un contenuto *in dandi* (talvolta *in faciendo*) periodico, avrebbe una causa meramente economica, costituirebbe un vero e proprio vincolo sul bene opponibile a terzi, diversamente dall'o. *p. r.* che è vera e propria obbligazione il cui soggetto passivo è individuato attraverso la titolarità del diritto reale, permetterebbe al creditore dell'onerato – in caso di inadempimento – di soddisfarsi solo sul bene gravato attribuendogli un privilegio.

¹⁹⁶ Negli altri ordinamenti non sembra esservi una situazione differente. Spiccano figure più o meno risalenti (alcune addirittura all'età intermedia), altre sviluppatesi durante la codificazione in area germanica, dove a seconda dei casi si è enfatizzata la natura reale (è il caso della *Reallasten* del *B.G.B.* al § 1105) oppure la natura mista (sono i casi delle *charges foncières* del codice civile svizzero e delle *Reallasten* del codice civile austriaco). Sul punto sono significative le analisi compiute da L. BIGLIAZZI-GERI, in *Oneri*, cit., 10 ss. e, soprattutto, da G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 135 ss.

La *Reallast* tedesca, collocata nella sezione settima, del libro terzo del *B.G.B.*, ed in particolare (per quel che qui ci riguarda) nei §§ 1105 (che ha portata definitoria), 1107 e 1108, non è stata introdotta dal codice che – come confermato dalla legge 7 agosto 1896 introduttiva – si è limitato a confermare le disposizioni delle leggi locali vigenti all'interno dell'Impero a fine Ottocento. Si considera che la *Reallasten* abbia natura reale, perché costituente sia un diritto avente per oggetto un peso che

Tradizionalmente si afferma che sia sorta nel tardo Medioevo l'idea di costituire sul fondo pesi capaci di vincolare il proprietario ad eseguire una prestazione positiva¹⁹⁷.

stabilmente inerisce il fondo, sia un diritto alle singole prestazioni periodiche, che maturano di volta in volta e che si trovano in un rapporto stabile col fondo perché prodotte da questo quali risorse economiche. Infatti, a mente del § 1105 un fondo può essere onerato nel senso che al soggetto a favore del quale venga imposto debbano corrispondersi delle prestazioni periodiche ricorrenti, che sono carico del fondo medesimo. Un diritto reale nascente, nei casi previsti dalla legge, per convenzione pattizia e capace di scindersi in tante obbligazioni personali quante sono le singole prestazioni periodiche. In ordine al fatto che il soggetto passivo, per le prestazioni che scadono mentre è proprietario, risponda anche sul piano obbligatorio ex § 1108, comma 1, la dottrina ha comunque ribadito la natura reale, poiché la stessa norma utilizza il termine “anche” («*auch persönlich*») e pone una clausola di salvezza: le parti possono escludere la responsabilità personale. Posta la natura reale, si è discusso se l'istituto avesse natura di diritto reale di garanzia, di godimento o mista. Parrebbe preferibile – almeno secondo l'indirizzo prevalente – optare per la prima tesi, che riflette sulla mancanza di un potere immediato sulla cosa, piuttosto che sulla seconda, che considera le singole prestazioni come frutti del fondo. Per individuarne le caratteristiche gli interpreti hanno associato la *Reallast* alla servitù. Tuttavia, è forte la differenza, perché nella servitù l'obbligo di contenuto positivo è solo accessorio mentre è essenziale per l'istituto in esame, quindi il *Reallast* può essere di qualunque contenuto a prescindere dalle possibilità produttive del fondo gravato: potrebbe paradossalmente esistere un onere inerente un prato verde che ha per oggetto la consegna periodica di carbone. Certo non mancano le analogie, come quella relativa al risultato economico: si pensi al diritto di percezione di creta o di torba da un fondo, l'unica differenza sarebbe rappresentata dal fatto che nella servitù i costi di estrazione sono posti a carico del titolare del fondo dominante e nella *Reallast* dell'onerato, cioè in entrambi i casi le prestazioni si trovano in rapporto con il fondo.

Sulla scia tedesca si colloca la normativa del Codice Svizzero relativa ai *charges* o *Grundlasten* anche se con alcune differenze visti gli atteggiamenti riottosi nei confronti dell'istituto emersi durante l'elaborazione del testo legislativo. Prevalse poi l'orientamento volto a contemperare l'onere reale nel codice, in quanto corrispondente ad alcune esigenze della vita moderna anche se con alcune correzioni rispetto al “parente” tedesco. In sintesi, nei cantoni svizzeri l'o.r. può avere esclusivamente ad oggetto prestazioni dipendenti dalla natura economica del bene gravato o, comunque, destinate a soddisfare i bisogni economici del fondo a favore del quale viene costituito. La prestazione, tuttavia, decorsi tre anni da quando è divenuta esigibile, si trasforma in debito personale del proprietario del fondo, sicché sull'immobile il titolare del soggetto attivo non può più soddisfarsi (art. 787). L'istituto viene allora considerato di natura mista, poiché duplice è la struttura: il diritto alle prestazioni è considerato credito poiché il soggetto attivo non ha una signoria immediata sulla cosa, anche se tale credito è assistito da una garanzia reale per tre anni. Oggi il Codice Svizzero disciplina il c.d. onere fondiario dedicandogli il capo III del Libro IV, artt. 782 ss. In particolare, l'art. 782 disciplina l'oggetto dell'istituto: «L'onere fondiario assoggetta il proprietario attuale di un fondo ad una prestazione a favore di un avente diritto, per la quale risponde col solo fondo. Quale avente diritto può essere designato il proprietario di un altro fondo. Fatti salvi gli oneri di diritto pubblico, l'onere fondiario può consistere solo in una prestazione dipendente dalla natura economica del fondo gravato o destinata ai bisogni economici del fondo a favore del quale è costituito».

In Austria, l'A.B.G. del 1811 non contempla l'istituto direttamente, ma la dottrina e la giurisprudenza tendono a ricavarlo dal § 443: «acquistando la proprietà di cose immobili si assumono anche i pesi che ad esse ineriscono e che sono iscritti nei pubblici registri». Pertanto, si è ritenuto che l'onere può trasmettersi con un acquisto a titolo particolare, dal momento che viene fatto rientrare nell'ambito dei pesi reali (in senso lato) del fondo. La natura del *Reallast* è però mista, perché vengono individuati sia il profilo reale che quello obbligatorio: quanto al primo, si è soliti considerare fittiziamente il fondo come soggetto passivo del rapporto, viene richiesta l'iscrizione nei registri fondiari ed è ammessa l'esperibilità di un'azione petitoria o negatoria; quanto al secondo, sorge un'obbligazione avente ad oggetto le singole prestazioni, capace di legare il soggetto attivo al titolare del fondo al momento delle scadenze delle stesse prestazioni, per le quali si ritiene che se già scadute non vengono trasmesse al successivo possessore del fondo.

¹⁹⁷ Cfr. C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 144, per il quale l'idea di vincoli obbligatori gravanti sui successivi proprietari sarebbe stata contraria alla concezione dei giuristi romani, in virtù della regola che «escludeva le prestazioni positive dal contenuto della servitù». Anche G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 23, colloca nell'epoca feudale la nascita degli o.r.

Contra R. TRIFONE, voce *Oneri reali*, cit., 927, e A. FUSARO, *Obbligazione «propter rem»*, cit., 391, per i quali l'espressione onere reale trova la sua prima collocazione nell'ultima età romana a seguito di una

Sorge in quest'epoca l'esigenza di creare complessi vincoli economici in grado di legare la piccola proprietà terriera al grande latifondo; vincoli peraltro duraturi, perché in grado di "obbligare" non solo il titolare del fondo al momento della nascita del vincolo, ma pure tutti i suoi futuri possessori.

Il riferimento corre alle decime, ai censi e ai livelli¹⁹⁸. Quanto alle decime occorre distinguere tra quelle dominicali e sacramentali¹⁹⁹. Le prime consistevano in una parte di prodotti del fondo che il concessionario si impegnava a corrispondere al proprietario a titolo di spettanza per il godimento. Le seconde venivano tradizionalmente versate alla Chiesa a fronte della somministrazione dei sacramenti o di altri servizi spirituali.

I censi, riservativi o consegnativi, e i livelli rappresentavano invece una delle prime forme di prestito a consumo con interesse muniti di garanzia reale. In ordine ai censi, sebbene i primi (c.d. riservativi) permettessero al venditore di un fondo di riservarsi il diritto di percepire una rendita annua e perpetua all'atto di vendita della piena proprietà, ben più diffusi erano i secondi (c.d. consegnativi), che insieme al livello celavano veri e propri prestiti ad interesse²⁰⁰. Con essi il venditore di un immobile – tramite l'alienazione garantita da un patto di riscatto in suo favore – acquistava il diritto di esigere prestazioni periodiche in natura o in denaro. In sostanza, il "livellario" e il "censuario" alienavano fittiziamente il dominio diretto di un fondo al livellante o censuante, ottenendo in cambio una somma in denaro; per contro, i primi si impegnavano a corrispondere un canone annuo (normalmente il 5% del prezzo di vendita). L'estinzione del censo e del livello poteva avvenire per effetto della "retrovendita", cioè attraverso il riscatto del bene da parte del venditore previa restituzione al creditore del capitale erogato²⁰¹.

trasformazione del sistema delle imposte che tendeva a "personificare" il fondo, e prima ancora nella consuetudini dei popoli germanici. Analogamente di recente L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 90, colloca la nascita degli oneri reali in tarda età romana, quando, attraverso la trasformazione del sistema delle imposte, il fondo iniziava a tendere verso una personificazione: attraverso il nuovo sistema di alienazione dei beni, il fondo venduto veniva liberato di ogni peso, a condizione che quelli di cui in precedenza era gravato fossero trasferiti sui beni rimasti nel suo patrimonio.

¹⁹⁸ V. O. CONTI, *Oneri reali*, cit., 323, nonché *supra* Cap I, par. 2.1.

¹⁹⁹ La decima trovava terreno fertile in una economia non molto progredita e consisteva in un metodo di ripartizione dell'imposta fondiaria basato sull'obbligo di pagare in natura o in denaro una decima parte del prodotto lordo dei terreni. In Italia rappresentava una sorta di imposta erariale sui fabbricati precedente l'entrata in vigore del catasto edilizio e colpiva in misura del 10% (poi 5%) il reddito. Tale tributo, inizialmente introdotto per sostituire quello che commisurava l'imposta all'estensione del terreno, venne a sua volta abbandonato – onde evitare sperequazioni dovute alla produttività dei terreni – a favore di un'imposta proporzionale sul reddito netto. Non sono mancate applicazioni dell'istituto nel campo delle imposte su altri redditi, corrisposte in origine nella misura del 10%: si pensi, ad esempio, al decimino della Firenze del 15° secolo oppure alla c.d. decima salvatica a Padova.

²⁰⁰ Questi canoni venivano definiti "censo" quando il contratto seguiva i dettami della Bolla di Papa Pio V (19 gennaio 1568), mentre "livello" quando ottemperavano alle leggi venete ("livello more veneto"). Normalmente, all'atto costitutivo di queste figure interveniva un terzo fideiussore (c.d. pieggio), che "prestava idonea sigurtà", cioè si faceva garante per il livellario o censuario.

²⁰¹ Al debitore veniva normalmente concesso il diritto di alienare liberamente i beni sottoposti a censo, salvo far conoscere al creditore le condizioni di vendita grazie ad una sorta di diritto di prelazione.

Alcuni interpreti affermano²⁰² che parte di tali prestazioni di origine feudale siano sopravvissute nel nostro ordinamento, ancorché in modo limitato, grazie ad una norma di carattere transitorio del Codice civile del 1865. Sebbene il codice abrogato non contemplava l'istituto nel Libro II, l'art. 29, comma 1, disp. att. c.c. 1865, disponeva: «Le rendite, le prestazioni e tutti gli oneri gravanti beni immobili a titolo di enfiteusi, sub-enfiteusi, censo, albergo od altro simile, costituite sotto le leggi anteriori, sono regolate dalle leggi medesime».

Anche se tali fattispecie costituiscono ipotesi ormai residuali, preme sottolineare come non vi sia stata unanimità di vedute circa il protrarsi dell'efficacia della norma. Alcuni hanno ritenuto che la norma sia sopravvissuta anche dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 in mancanza di specifica abrogazione, altri hanno dubitato dell'attuale vigenza di tale disposizione nel nostro ordinamento²⁰³. La prima interpretazione ha preso spunto da un corollario del c.d. principio di "continuità storica del diritto": se l'efficacia di una disposizione, ancorché temporanea – quindi di natura transitoria –, non viene circoscritta entro un termine, questa continuerà a restare in vigore fintantoché verranno ad esaurirsi tutte le fattispecie contemplate dalla norma stessa, salva l'ipotesi di una sua espressa abrogazione (o, come nel caso in esame, di affrancazione dell'onere). Siccome al momento dell'entrata in vigore del codice del 1865 erano vigenti oneri reali gravanti su beni immobili di costituzione pregressa, che non sono stati né aboliti né affrancati dal legislatore albertino, e siccome in seguito non è stato espressamente abrogato l'art. 29, comma 1 (per cui i vincoli costituiti sotto le leggi anteriori avrebbero continuato ad essere disciplinati dalle stesse), allora dovrebbe concludersi che tutti gli oneri siano ancora esistenti²⁰⁴.

La seconda interpretazione, contraria e avversativa, ha posto in risalto il rischio di una reviviscenza della norma, ossia quello di rendere attuali le prestazioni feudali di antica costituzione coagulatesi nel loro ambiente normativo originario. Lo scetticismo sarebbe riconducibile al fatto che l'art. 29, comma 1, disp. att., senza dare una

²⁰² Cfr. G. GANDOLFI, *op. cit.*, 129; A. FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., 163 ss.; L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 11 ss. e 80 ss.

²⁰³ Ammettere che la disposizione attuativa del codice del '65 sia ancora in vigore nel nostro ordinamento ha ovviamente delle ricadute pratiche, perché potrebbe far dubitare che gli oneri reali di antica origine – non affrancati e non espressamente aboliti – abbiano "seguito" il fondo da essi gravato nei casi di alienazione.

Delle sorti dei vincoli nati in precedenza e della possibilità opporre ai terzi i vincoli reali atipici costituiti a carico del precedente titolare (e quindi del rapporto di essi con il principio del *numerus clausus*) si discuterà in modo più approfondito nel cap. IV.

²⁰⁴ Cfr. in particolare G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 145. Tale orientamento ha avuto pure il conforto delle giurisprudenze: Cass., sez. II, 2 aprile 1960, n. 751, in *Giust. Civ.*, 1960, I, 1392: «Non contenendo il vigente codice civile disposizioni transitorie in ordine al regolamento dei censi costituiti secondo le leggi anteriori, occorre, in proposito, fare ricorso alle disposizioni transitorie che furono emanate in occasione dell'entrata in vigore del codice civile del 1865 (r.d. 30 novembre 1865, n. 2606) e che [...] conservano tuttora efficacia nei casi in cui la loro ragione d'essere permanga, perché permangono ancora in vita gli antichi rapporti da regolare».

definizione di onere reale, contiene un elenco di casi tramandati dalla tradizione, ricostruibili solo storicamente, oggi privi di riscontro nel nostro ordinamento²⁰⁵.

Al di fuori del c.c. del 1865, esiste però un'ampia schiera di leggi speciali contemporanee e in larga parte successive a questo, che, seppur nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico, richiamano l'onere reale per disciplinarlo dal punto di vista normativo, per sopprimerlo oppure per disporre l'affrancabilità²⁰⁶. È il caso dell'art. 234, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F²⁰⁷, che sembra riferirsi agli o.r. distinguendo le servitù poste a carico dei proprietari (privati) dei fondi laterali alle strade ferrate pubbliche da altri non meglio specificati «pesi».

L'art. 43, comma 3, L. 2 aprile 1882, n. 1684, in ordine alla riscossione delle imposte dirette, sembra attribuire al tributo fondiario la natura di o.r. concedendo all'esattore (dell'imposta) il diritto di «procedere sull'immobile pel quale l'imposta è dovuta», e permettendo che ciò avvenga anche quando la proprietà o il possesso siano stati alienati ad un soggetto diverso da quello iscritto a ruolo per il recupero forzoso della somma²⁰⁸. I caratteri dell'onere reale sarebbero così ravvisabili nella connessione tra «l'obbligo e il diritto sull'immobile per cui il debito nasce, nonché in quel particolare elemento che costituisce il *proprium* della situazione: [...] il [...] diritto, spettante al creditore, di procedere esecutivamente sul bene e di soddisfarsi con prelazione sul ricavato della vendita forzata [...]»²⁰⁹.

²⁰⁵ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 16 e nota 51. Anche A. FUSARO, *Obbligazione «propter rem»*, cit., 391, sembra dubitare della circostanza. Più netto pare G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 24, il quale, nel ricordare che gli oneri reali vennero progressivamente ridotti ed in seguito aboliti in tutta Europa, ritiene che, sebbene il «codice del 1865 non ripeté la formulazione del divieto adottata nel codice Napoleone», espresse tale divieto in via indiretta «delimitando la nozione di servitù (art. 531)».

Sul punto v. anche Cass., 11 novembre 1986, n. 6584, in *Foro It.*, 1987, II, 1, 2177, che ha negato la vigenza di un onere reale (vincolo sui vani adibiti ad abitazione del portiere) costituito *illo tempore*, sull'assunto che non può essere mantenuto in vita un rapporto giuridico patrimoniale non diversamente disciplinato quando sono venute meno le condizioni di equilibrio su cui è sorto (principio *rebus sic stantibus*).

²⁰⁶ Si veda G. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, 139.

²⁰⁷ Stabilisce la norma: «Le proprietà laterali alle strade ferrate pubbliche sono soggette a tutte le servitù e pesi imposti dalla presente legge alle proprietà coerenti alle strade ordinarie nazionali, provinciali e comunali».

²⁰⁸ Ricorda peraltro G. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, 139, come tale norma sia stata poi mutuata prima nell'art. 43, comma 3, t.u. 17 ottobre 1922, n. 1401, sempre in relazione alla riscossione delle imposte dirette, e successivamente nell'art. 232, comma 3, t.u. 29 gennaio 1958 (anche se con differente enunciato). Nonostante l'abrogazione del tributo fondiario (art. 82, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597), il principio è stato poi ritrovato nella disciplina dell'imposta locale sui redditi relativi ai redditi fondiari, il c.d. I.L.O.R. (art. 79 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602), abrogato il 1 gennaio 1998 con l'introduzione dell'I.R.A.P., che consentiva all'esattore «procedere sull'immobile per il quale [il tributo] è dovuto anche quando la proprietà dello stesso è passata a persona diversa da quella iscritta a ruolo».

²⁰⁹ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 17, la quale, in realtà, ritiene che la fattispecie in esame sia da ricondurre nell'alveo dei privilegi speciali. Si parlerebbe di una fattispecie simile a quella contenuta nell'art. 2771 c.c. (prima novellato dall'art. 7, L. 29 luglio 1975, n. 426, e successivamente abrogato dall'art. 23, comma 38, D.L. 6 luglio 2011, 98, convertito, con modificazioni, nella L. 15 luglio 2011, n. 111), che prevedeva come anche i crediti dello Stato, dovuti a titolo di imposta locale sui redditi fondiari, fossero assistiti da privilegio su tutti gli immobili di proprietà del contribuente situati nel territorio del comune in cui il tributo avrebbe dovuto essere riscosso.

La L. 14 luglio 1887, n. 1427, oltre a disporre l'abolizione delle decime corrisposte per l'amministrazione dei sacramenti ai vescovi, alle Chiese e agli altri ministri di culto (art. 1), sancisce la conversione in un canone annuo fisso di tutte le prestazioni fondiari perpetue dovute a corpi morali o privati (e prestazioni diverse da quelle poc'anzi indicate) che siano relative ai frutti del fondo (art. 3)²¹⁰.

Sembra potersi individuare un'ipotesi di onere reale anche nell'art. 62 n. 4, r. d. 19 settembre 1899, n. 394, là dove si dispone che i regolamenti di polizia urbana debbano predisporre apposite norme per la pulizia delle vie pubbliche e che, in mancanza di uno specifico servizio comunale, l'obbligo di sgomberare la strada da immondizia e neve ricada sui frontisti delle strade stesse²¹¹.

Un espresso riferimento all'onere si coglie nell'art. 1, L. 11 giugno 1925, n. 998, che riconosce il diritto (potestativo) all'affrancazione per il soggetto passivo (debitore) di canoni enfiteutici, censi e altre prestazioni perpetue, a fronte del versamento di una somma di denaro, calcolata attraverso una capitalizzazione degli interessi legali dovuti per la prestazione in denaro, oppure per quella corrispondente al valore delle derrate.

Anche il testo unico per la finanza locale (r.d. 14 settembre 1931, n. 1175) sembra individuare obblighi a carico dei privati affini a quelli oggetto della presente trattazione. In particolare, l'art. 236²¹² dispone che il proprietario di un'area rustica o urbana che abbia tratto vantaggio da un'opera pubblica realizzata dal comune, debba corrispondere a quest'ultimo un contributo di miglioria. Viceversa, l'art. 247²¹³

Analogamente per M. COMPORI, *I diritti reali*, cit., 228, nel caso di specie non dovrebbe parlarsi di oneri reali, bensì di crediti privilegiati, intesi come situazioni «già conosciute e regolate dalla legge».

²¹⁰ In merito G. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, 139 s., ricorda che tale legge prescriveva *testualiter* all'art. 1 l'abolizione delle «decime ed altre prestazioni stabilite sotto qualsiasi denominazione ed in qualunque modo corrisposte per l'amministrazione dei sacramenti o per altri servizi spirituali ai Vescovi, ai ministri di culto, alle Chiese, alle fabbricerie o ad altri corpi morali che hanno per scopo un servizio religioso [...] ancorché [...] convenzionalmente o giuridicamente riconosciute e convertite in azioni pecuniarie»; mentre all'art. 3 che «tutte le altre prestazioni fondiari perpetue consistenti in quote di frutti, che si pagano in natura a corpi morali od a privati sotto qualsiasi denominazione, dovranno mutarsi in annuo canone fisso in denaro».

In giurisprudenza, circa l'affrancazione delle decime domenicali, v. Cass., 23 aprile 1953, n. 1100, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1953, 325; Cass., 12 gennaio 1954, n. 32, in *Giust. Civ.* 1954, 25.

²¹¹ Tale regolamento, che si rivolgeva allo «sgombero delle immondezze e della neve dalle vie e da altri luoghi pubblici e per l'innaffiamento di tali luoghi e vie», è stato sostanzialmente riproposto nell'art. 109, n. 4 del r.d. 12 febbraio 1911, n. 297. Tuttavia, circa la possibilità di annettere gli obblighi previsti da questo regolamento (per la legge comunale e provinciale) agli o.r. un qualche scetticismo potrebbe derivare dal fatto che manca un'esplicita previsione di una garanzia reale sul o sui fondi.

²¹² Il contributo di miglioria, poi abrogato dal D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, che ha istituito con decorrenza dal 1° gennaio 1973 l'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili, era contemplato dal t.u. fin. loc. ogni qualvolta: «l'incremento di valore dei beni rustici ed urbani, escluse le aree fabbricabili, per la parte di maggior valore che sia conseguenza dell'opera pubblica eseguita e l'incremento di valore delle aree fabbricabili, che sia da attribuirsi alla espansione dell'abitato ed al complesso delle opere pubbliche eseguite dal comune».

²¹³ Ricorda G. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, 140, come tale norma – poi soppressa dall'art. 82, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597 – disponesse che «con decreto reale [...] comuni [...] possono essere autorizzati, in caso di riconosciuta necessità, ad imporre contributi per la manutenzione delle opere di fognatura di nuova o di vecchia costruzione, a carico dei proprietari degli stabili che, direttamente o indirettamente, vi scarichino materie di rifiuto».

autorizza i comuni, nei casi di necessità, ad imporre contributi per la manutenzione delle opere di fognatura a tutti i proprietari di stabili in grado di *ivi* scaricarvi materie di rifiuto.

Un obbligo per il proprietario di versare contributi di miglioria in favore dello Stato – del tutto analogo, quindi, a quello visto poc’anzi per i comuni – è previsto anche dall’art 1, d.l. 28 novembre 1938, n. 2000: se attraverso un’opera pubblica (diretta o indiretta) dello Stato un bene immobile veda incrementare il proprio valore, il proprietario dovrebbe versare in favore dell’amministrazione statale un contributo proporzionato all’incremento di valore subito dal bene²¹⁴.

Infine, l’art. 21, r. d. 13 febbraio 1933, n. 215, qualifica espressamente come oneri reali tutti i contributi alla spesa pubblica dovuti dai proprietari dei fondi per l’esecuzione, la manutenzione e l’esercizio delle opere di bonifica, permettendo che siano esigibili con le medesime garanzie e forme dell’imposta fondiaria²¹⁵.

Venendo al codice attualmente in vigore, sembra potersi affermare che l’o.r. non trovi particolare spazio nel Libro III e più in generale nel codice vigente. Infatti, almeno secondo l’interpretazione di parte della dottrina e della giurisprudenza, le uniche ipotesi inquadrabili nella nozione di o.r. si ridurrebbero ai contributi consortili di bonifica e di miglioramento fondiario²¹⁶, in considerazione del fatto che il soggetto

²¹⁴ Più precisamente l’art. 1 prevedeva: «quando in dipendenza di un’opera pubblica eseguita dallo Stato con il suo concorso, direttamente o per concessione, derivino vantaggi economicamente valutabili a beni immobili, l’Amministrazione dello Stato impone a carico dei rispettivi proprietari un contributo di miglioria, da determinare in rapporto all’incremento di valore derivato agli immobili per effetto dell’esecuzione dell’opera pubblica». Anche la L. 6 aprile 1933, n. 477, e il r.d.l. 3 dicembre 1934, n. 2049, prevedevano obblighi di tal fatta. Queste previsioni, prima modificate dalla L. 5 marzo 1963, n. 246, che istituiva l’imposta comunale sull’incremento delle aree fabbricabili, sono state definitivamente sostituite con l’art. 32, d.P.R. 26 ottobre 1972, costitutivo dell’I.N.V.I.M. (imposta comunale sull’incremento di valore degli immobili), a sua volta soppressa con l’entrata in vigore dell’I.C.I. grazie al decreto legislativo 11 luglio 1992, n. 333, che stabiliva l’obbligo del pagamento dell’incremento di valore comunque maturato dal 31 dicembre 1992 fino al dicembre 2003.

²¹⁵ Il testo della norma prevedeva: «i contributi dei proprietari nella spesa di esecuzione, manutenzione ed esercizio delle opere pubbliche di bonifica costituiscono oneri reali sui fondi dei contribuenti e sono esigibili con le norme ed i privilegi stabiliti per l’imposta fondiaria, prendendo grado immediatamente dopo tale imposta e le relative sovrimposte provinciali e comunali».

²¹⁶ Infatti, se qualche A., come di recente T. CAMPANILE - F. CRIVELLARI - L. GENGHINI, in *Diritti reali*, cit., 301, oppure A. FUSARO, voce *Obbligazione «propter rem»*, cit., 392, o A. QUARANTA, *Beni e proprietà in generale, Commentario teorico-pratico al cod. civ.*, V. DE MARTINO (diretto da), Roma, 1970, 548 ss., riconduce i contributi consortili all’onere reale, altri preferiscono considerare i contributi consortili quali obbligazioni *ob rem*: cfr. G. BALBI, voce *Obbligazione*, cit., 668. Altri ancora quali semplici crediti privilegiati stante la natura di privilegio fiscale di riscossione come F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981, 275. Meno netta è invece la classificazione di L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 83, là dove ritiene che sarebbero obbligazioni *p.r.* gli obblighi di contribuzione di cui all’art. 861 c.c., perché volti a soddisfare l’interesse del singolo o di più fondi; mentre avrebbero natura di o.r., in virtù del disposto di cui all’art. 864 c.c., «i contributi dovuti dai privati per le spese di bonifica di competenza dello Stato (art. 860 in rel. art. 859), nonché quelli da loro dovuti al consorzio per l’esecuzione di opere di competenza privata che fosse stata affidata al consorzio stesso (art. 861 in rel. art. 862)».

Ancora la giurisprudenza ha precisato che l’obbligazione consortile costituirebbe un esempio di onere reale, con natura di vero e proprio tributo: si pensi a Corte Cost., 24 luglio 1998, n. 326, in *Regioni*, 1999, 101, che relativamente alla L. Marche 9 maggio 1997, n. 30, relativa ai contributi di bonifica, ha configurato i contributi consortili come o. r. imposti dalla legge come prestazioni patrimoniali; oppure

onerato è tenuto ad una prestazione di *facere* o di *dare* e il creditore della prestazione vanta privilegio speciale sul fondo in caso di inadempimento. Quanto ai primi, la legge prevede che i terreni situati in un comprensorio (dove si trovano laghi, stagni o paludi, e così via) possono essere dichiarati soggetti a bonifica – da una legge speciale, che determina pure un piano generale in cui sono indicati quali opere siano di competenze dello Stato (artt. 858 e 859 c.c.) – per il conseguimento di fini igienici, demografici o economici (art. 857 c.c.), e che i proprietari dei beni situati entro il perimetro del comprensorio, ai sensi dell'art. 860 c.c., «sono obbligati a contribuire nella spesa necessaria per la esecuzione, la manutenzione e l'esercizio delle opere in ragione del beneficio che traggono dalla bonifica». Tale obbligo, peraltro, potrebbe estendersi all'esecuzione di opere da cui traggano beneficio comune più fondi (od anche uno solo di essi *ex art.* 861 c.c.) appartenenti al comprensorio. Inoltre, l'art. 862, comma 1, c.c. prevede che all'adempimento di questi obblighi può provvedersi attraverso la costituzione di consorzi ad opera degli interessati.

Circa i contributi di miglioria, l'art. 863 c.c. estende la disciplina vista poc'anzi per i consorzi di bonifica diversificando: se questi ultimi sono persone giuridiche pubbliche (art. 862, comma 3, c.c.), i consorzi di miglioramento sono sempre persone giuridiche private, salvo casi particolari (art. 863, comma 2, c.c.). Ad ogni buon conto, per entrambi l'art. 864 c.c. stabilisce che tali contributi siano «esigibili con le norme e i privilegi stabiliti per l'imposta fondiaria»²¹⁷, prevedendo altresì, *ex art.* 865 c.c., che, in caso di inosservanza degli obblighi di contribuzione, possa farsi luogo all'espropriazione totale o parziale del fondo appartenente al proprietario del fondo inadempiente in favore del consorzio che ne faccia richiesta²¹⁸.

alle pronunce di legittimità Cass., 4 aprile 2008, n. 8750, in *Mass. Giur. It.*, 2008; Cass., S.U., 28 giugno 2006, n. 14863, in *Dir. e prat. trib.* 2006, 1454; Cass., S.U., 18 giugno 1986, n. 4081; a quelle di merito: Trib. Reggio C., 10 gennaio 1964, in *Giur. It.*, 1965, I, 2, 450, con nota di G. GRECO, *Considerazioni sulla natura giuridica dei contributi dovuti ai consorzi di bonifica*.

²¹⁷ Per L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 84, tale norma potrebbe sì far propendere per la natura di o.r. dei consorzi di bonifica solo ove si considerasse che «il profilarsi [...] di crediti privilegiati (privilegio speciale sugli immobili, *ex artt.* 2775 e 2780 n. 2) non contraddica con la “realità” di una figura tradizionalmente plasmata su quella ipotecaria».

²¹⁸ Sul punto anche la giurisprudenza: Trib. Roma, 28 febbraio 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 2061; Trib. Roma, 17 settembre 1980, in *Giur. Merito*, 1981, 1255, che, in particolare, ha ritenuto che il legislatore ha volutamente inserito la disciplina dei consorzi (di bonifica, di miglioramento e per l'uso comune delle acque) nel libro III al fine di sottolinearne lo stretto collegamento con il diritto reale. Si veda anche Corte Cost., 26 febbraio 1998, n. 26, in *Giur. Cost.*, 1998, 133, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 21, comma 2, r.d. 13 febbraio 1933, n. 215 (*supra* nel testo), nella parte in cui estende alla riscossione dei contributi di miglioria le procedure in essere per le imposte dirette, assumendo che i contributi, ben lontani da raffigurare entrate di natura tributaria, si delineano invece come «prestazioni patrimoniali di natura pubblicistica che gravano sui fondi dei contribuenti come oneri reali».

Contra non è mancata l'opinione di chi (F. GALGANO, *Diritto Privato*, 2^a, Padova, 1983, 162) ha considerato o.r. non tanto l'obbligo di pagare il contributo consorziale, quanto la stessa partecipazione al concorso di cui il contributo sarebbe solo una conseguenza. Valutazione aspramente contrastata da L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 84, per la quale è evidente come alla base del consorzio vi sia la *condicio sine qua non* della proprietà, per cui sempre da questa deriverebbe l'obbligo di contribuzione.

Mette conto anche di rilevare che non sono mancati orientamenti volti a qualificare i contributi di bonifica e miglioramento fondiario talvolta come obbligazioni reali (cfr. G. BALBI, voce *Obbligazione*,

Una menzione merita anche l'art. 1489 c.c. La norma disciplina i casi di vendita di una cosa che vede diminuito il proprio valore perché gravata da diritti reali, personali di godimento, oneri, prevedendo che il compratore possa chiedere la risoluzione del contratto o la *reductio ad aequitatem*. Per taluni²¹⁹ questi oneri, generalmente ricondotti ai vincoli urbanistici e a quelli ambientali, dovrebbero essere ricondotti a quelli di natura reale qui in argomento.

Al di fuori di questa presunta ipotesi prevista dal codice civile, merita senz'altro di essere menzionato l'art. 253 del Codice dell'ambiente, disciplinato dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. La disposizione, in relazione alle ipotesi di inquinamento ambientale, prevede che, ove il proprietario di un fondo – ancorché non responsabile della contaminazione – non abbia provveduto spontaneamente alla bonifica del sito inquinato di sua proprietà, gli interventi sul territorio che verranno eseguiti dall'autorità competente d'ufficio faranno sorgere un onere reale sul medesimo fondo a garanzia della restituzione delle spese sostenute dalla P.A. Ma vi è di più, poiché la norma, oltre a prevedere l'iscrizione (nei pubblici registri) di tale onere, prevede pure che tutte le spese sostenute per la bonifica siano assistite da privilegio speciale immobiliare sull'area inquinata di cui all'art. 2748, comma 2, c.c. Il fatto di imporre il vincolo sul fondo, a garanzia della restituzione delle somme erogate per gli interventi di risanamento e bonifica, ha permesso agli interpreti di considerare la fattispecie come o.r. e non come obbligazione *propter rem*²²⁰.

Degna di richiamo è anche l'ormai abolita imposta locale sui redditi (I.L.O.R.), assimilata all'o.r. in ragione del privilegio speciale che assisteva le obbligazioni

cit., 665 s.) ed in altri casi come meri privilegi fiscali (v. F. PARENTE, *Nuovo ordine*, cit., 275 s.). In quest'ultimo senso, cioè nell'allontanamento dagli schemi privatistici in favore di quelli fiscali, ha optato talvolta la giurisprudenza, anche se non senza contrasti: la Corte Cost., 26 febbraio 1998, n. 26, in *Boll. Trib. Inf.*, negava la completa ammissibilità dei contributi consortili alle entrate tributarie, discostandosi così da Cass., 30 gennaio 1979, n. 662, *ivi*, 1980, 479 (poi ripresa dalle pronunce successive: Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 496, in *Mass. giust. civ.*, 1999, 1963; Cass., 22 febbraio 2000, n. 1985, in *Boll. Trib. Inf.*, 2000, 778). In sostanza, ci si chiedeva se fosse possibile assimilare i contributi consortili ai tributi erariali: risposta negativa è stata data da chi ha osservato come i contributi consortili rientrino nelle prestazioni patrimoniali, imposte dall'art. 23 Cost., quale condizione necessaria ma non sufficiente per qualificarli come tributi (v. F. MONTANARI, *Ancora sulla 'natura tributaria' dei contributi consortili*, in *Riv. Dir. trib.*, 2002, 7-8, 496, nota a Cass., 26 marzo 2002, n. 4337).

²¹⁹ V. A. FUSARO, voce *Obbligazione «propter rem»*, cit., 391; A. QUARANTA, *Beni e proprietà*, 548 ss., Anche se risulta difficile derivare dalla norma un'allusione agli oneri reali, stante il riferimento generico a non meglio precisati oneri.

²²⁰ Cfr. T. CAMPANILE - F. CRIVELLARI - L. GENGHINI, in *Diritti reali*, cit., 304; A. MASI, *Riflessioni sull'onere reale nel Codice dell'ambiente*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 342-2009/C, in *Studi e materiali*, 2/2010, Milano, 2010, 333 ss.; G. TRAPANI, *Onere reale e certificato di destinazione urbanistica nel Codice dell'ambiente*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 108-2010/C, in *Studi e materiali*, Milano, 2010, 395 ss. Per un'analisi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale degli obblighi di smaltimento dei rifiuti tossici e di bonifica v. L. MANNA, *op. cit.*, 261 ss.

tributarie, il quale – in funzione di garanzia – individuava un rapporto diretto tra creditore ed immobile, assistito da uno *ius sequelae*²²¹.

Infine, si è discussa la possibilità di ricondurre allo schema dell'onere reale la prestazione contenuta nella figura della rendita fondiaria perpetua prevista dall'art. 1861 c.c. Tale fattispecie, almeno secondo la prevalente interpretazione, non alluderebbe all'o.r. – specie in seguito all'abolizione degli antichi censi –, ma configurerebbe un semplice credito redimibile (ex artt. 1861, 1863 e 1865 c.c.) garantito da ipoteca legale (art. 2817, n. 1, c.c.), avente ad oggetto prestazioni periodiche e continuative dovute quale corrispettivo per la cessione di un bene immobile. Si tratterebbe invero di un rapporto prevalentemente personale, non trasmissibile *ex se* all'acquirente a titolo particolare e munito di garanzia reale esterna²²².

2. I casi tipici di obbligazioni *propter rem* previsti dalla legge.

In merito ai casi tipici di obbligazioni reali esistenti nel nostro ordinamento, pare opportuno segnalare che il nostro codice non vi fa alcun riferimento esplicito; non a caso tale figura costituisce uno degli esempi tipici di elaborazione dottrinale. È la dottrina, invero, a riconoscere come obbligazioni reali alcune fattispecie dettate dal codice civile: talvolta in modo sostanzialmente unanime (artt. 882, 1008, 1009, 1030, 1091, 1104, 1118, comma 2, c.c.), talaltra con accese dispute (ad esempio, artt. 837, 846, 894, 896, 874, 875, 930, 935, 938, 913, 1000, 1004, c.c.), che hanno persino fatto dubitare che nel nostro ordinamento esista un numero chiuso di *obligatio ob rem*²²³.

Innanzitutto, premettendo che il confronto tra obbligazioni reali e servitù (e l'onere reale) verrà approfondito in seguito, occorre fare riferimento alla relazione tra o. p. r. e diritti reali, ad alcune pretese ipotesi “sparse” – secondo la dottrina e la giurisprudenza – nel nostro ordinamento, ed infine alla comunione e al condominio negli edifici.

Poc'anzi si accennava ai limiti del diritto reale. L'obbligazione *propter rem* non può e non deve confondersi con i limiti legali della proprietà o degli altri diritti reali. Si potrebbe obiettare che possa esistere un rischio analogo anche per gli oneri reali, ma così non sembra²²⁴. È vero che entrambi sono istituti dottrinali che non trovano

²²¹ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 82. Tuttavia, secondo L. MANNA, *op. cit.*, 91 ed in particolare nota 47, occorre ricordare come in giurisprudenza non sono mancate pronunce che in relazione all'I.C.I hanno preferito parlare di obbligazione *propter rem* di natura tributaria: v. ad es. T.A.R. Campania, 27 giugno 2005, n. 8707, in *Dir. e giustizia*, 2005, 30, 103.

²²² Cfr. G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 45 s. e ID., voce *Obbligazione*, cit., 668. Ma si veda anche L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 15 s., che riconduce la rendita fondiaria ad un diritto di credito garantito da ipoteca.

Contra invece G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 141, che riconduce la prestazione annua periodica della rendita nell'alveo degli oneri reali, in virtù dell'art. 1869 c.c., il quale, oltre ad estendere la disciplina ai casi di cui agli artt. 1864 – 1868 c.c., individua una garanzia sull'immobile, peraltro redimibile volontariamente, forzatamente o per insolvenza debitoria.

²²³ Cfr. F. ROLFI, *Sulla tipicità delle obbligazioni*, cit., 558.

²²⁴ Salvo quanto si dirà per il canone enfiteutico *infra* par. 3.4.

supporto normativo, e che il fatto di inquadrare una fattispecie come o.r. od o. *p. r.*, anziché come diritto reale tipico, possa apparire una scelta interpretativa. Tuttavia, proprio la dottrina, oltre a tratteggiare le caratteristiche principali delle due figure in esame, ne ha pure individuato le discrepanze²²⁵.

Secondo le principali ricostruzioni, allora, sebbene entrambe le figure possano apparire come rapporti obbligatori, non dovrebbe sfuggire che l'onere reale sembra permeato da un carattere di inerenza (passiva), che vincola la *res* circolando con essa, ben più forte di quello dell'obbligazione reale, e ciò sebbene entrambi gli istituti rappresentino un obbligo ancorato alla titolarità del diritto reale. Un vincolo reale, peraltro rafforzato da una situazione di privilegio²²⁶, che accompagna il bene, non riscontrabile nell'obbligazione reale. Inoltre, dall'analisi delle fattispecie, individuate come o.r. tipici, sembra possibile individuarne alla base un interesse pubblico che deve essere tutelato: si pensi all'onere alla bonifica che per esercitare il proprio diritto e continuare a godere del bene deve adempiere a pena di espropriazione. Detto altrimenti, sia nell'onere sia nell'obbligazione *p.r.* la titolarità del diritto reale è accompagnata da un contraltare passivo che obbliga il debitore ad eseguire una certa prestazione. Tuttavia, l'interesse soddisfatto con l'adempimento sarà in un caso personale/individuale e nell'altro pubblico/generalizzato. Proprio le ipotesi tipiche di o.r. sembrano, infatti, caratterizzate da un dovere di soddisfare esigenze pubbliche (di salubrità, di igiene, economiche, e così via), che divengono peraltro condizione per il godimento del bene, visto che verrebbe espropriato in caso di inadempimento.

Tale linea di demarcazione sembra agevolare chi intenda distinguere un o.r. dal limite o dal nucleo essenziale del diritto reale a cui accede. Ciò invece manca nelle o. *p. r.*, così è senz'altro più arduo distinguere tra obbligo accessorio ed obbligo connaturato al diritto.

2.1. I limiti legali della proprietà e degli altri diritti reali minori.

Occorre escludere che «tra le obbligazioni *propter rem* trovino collocazione alcune ipotesi nelle quali ciò che [...] viene in considerazione è non un obbligo, ma una caratteristica limitazione legale della proprietà»²²⁷. Stabilire se una fattispecie rientri tra i casi tipici di obbligazioni reali oppure nei limiti – interni o esterni, legali o volontari²²⁸ – di un diritto reale è tutt'altro che semplice.

²²⁵ V. *retro* Cap. I, par. 3.

²²⁶ V. *infra* Cap. IV, par. 1.2.

²²⁷ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 28.

²²⁸ V. U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 151 ss., per il quale – in sintesi – la funzione del limite esterno si presenterebbe in vesti del tutto analoghe a quelle del limite interno, con l'unica differenza per cui il primo ha carattere particolare mentre il secondo valore generale. Detto diversamente, il limite interno attiene al diritto in sé e per sé, il limite esterno consiste nell'inibire alcune facoltà che sarebbero proprie del diritto reale. In ordine ai limiti volontari della proprietà v. Trib. Milano, 25 luglio 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 662 s., con nota di F. BASILE, *In tema di vincoli di destinazione del diritto di proprietà*, ha chiarito l'esatta natura del vincolo imposto dal proprietario, che aveva inserito nel contratto di vendita

I limiti conformano il contenuto del diritto in quanto accompagnano la situazione giuridica per tutta a sua durata. In particolare, nella proprietà non assumono le vesti di un obbligo, traducendosi invece in un «non potere puro e semplice o in un non potere se non a certe condizioni od in un certo modo ovvero in un non poter impedire, quale conseguenza di un fatto incidente sull'estensione stessa e/o sull'esercizio del diritto»²²⁹. Detto diversamente, il limite determina costantemente il contenuto necessario e intimo del diritto reale, mentre l'obbligazione *propter rem*, al pari dell'onere reale, è solo eventuale, e ciò «anche in casi in cui sia la legge stessa ad imporla, senza mediazione della volontà delle parti, in presenza di determinati presupposti di legge»²³⁰. Anche se nell'obbligazione *p. r.* la realtà è più sfumata rispetto all'onere reale – nell'*obligatio* ravvisabile nei limiti in cui sia dipendente dalla titolarità del diritto – non può seriamente sostenersi che qualsiasi obbligo collegato al diritto reale sia obbligazione *p. r.*²³¹. Sarà tale soltanto l'obbligo che agevola: 1) l'esercizio o la conservazione del diritto altrui (es. artt. 1030 e 1069, comma 2, c.c.); 2) la realizzazione – in via mediata o immediata – di esigenze o di interessi riferibili alla titolarità del diritto (specie se si ammette la possibilità di costituire o *p.r.* atipiche); 3) che risponda al principio per cui chi gode di determinati vantaggi nell'esercizio del diritto non può non subirne gli effetti negativi (es., artt. 882 e 1104 c.c.)²³². L'ultimo criterio, che risponde all'adagio *cuius commoda eius et incommoda*, non sembra però

l'obbligo di adibire gli appartamenti sottostanti il sottotetto a ripostiglio e/o deposito. Tale obbligo non rappresenterebbe né onere né obbligazione reale, bensì un limite pattizio della proprietà, che, limitando esclusivamente le facoltà del nuovo proprietario di adibire il locale acquistato ad uso diverso da quello previsto nel contratto, sarebbe finalizzato ad elevare il valore dell'immobile ed a permettere ai futuri proprietari di godere del bene nel migliore dei modi.

²²⁹ L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 26; nonché ID., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1979, 26. V. anche *supra* Cap. I, par. 3 nota 170, nonché A. FUSARO, voce *Obbligazione «propter rem»*, cit., 391.

²³⁰ Cfr. A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., 307 s., per il quale ad es. l'obbligo del comunista alla conservazione è solo eventuale poiché per tutta la durata del rapporto potrebbe non sorgere alcuna esigenza di conservazione. Inoltre, paiono evidenti le conseguenze della distinzione, poiché in caso di violazione di un limite, l'azione del proprietario (o del titolare di altro diritto) si potrà rivolgere anche contro il successivo acquirente; avrà cioè a sua disposizione un'azione reale, salva la facoltà di agire *ex* 2043 c.c. nei confronti dell'effettivo responsabile. Nel caso di obbligazione reale si avrà invece un vero e proprio inadempimento.

²³¹ Cfr. M. COMPORI, voce *Diritti reali*, cit., 4, il quale considera il diritto reale come una situazione giuridica soggettiva complessa, costituita però da situazioni semplici dirette a soddisfare l'interesse del titolare del diritto che, a sua volta, deve essere letto in stretta connessione con il bene su cui si esercita (inerenza). Tali situazioni semplici si individuerebbero nelle facoltà, nei poteri, nei limiti e negli obblighi. Le facoltà costituirebbero la possibilità di godimento e di utilizzazione del bene, che riservati al titolare del diritto e variabili a seconda del tipo di diritto, potrebbero esercitarsi senza compiere atti giuridici. I poteri costituirebbero nella possibilità di modificare l'ordinamento attraverso atti giuridici di disposizione o di tutela (autonoma in autotutela o giudiziaria). I limiti e gli obblighi rappresenterebbero le situazioni di svantaggio insite nel diritto reale, che rappresentano le finalità sociali e il principio di solidarietà, e di conseguenza vietano l'abuso del diritto.

Con riguardo alla teoria di Comporti ed alle sue conseguenze con riguardo alla possibile atipicità delle o. *p. r. v. infra* Cap. IV, par. 2 ss.

²³² Così L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 23, ma v. *infra* par. 2.3. Cfr. F. ROLFI, *Sulla tipicità delle obbligazioni*, cit., 558, che afferma come spesso si tenda a confondere i limiti inscindibili del diritto reale con obbligazioni *propter rem*.

cogliere appieno nel segno, perché – a differenza dei primi due criteri che alludono ad un allargamento delle maglie del diritto – non consente di discernere in concreto ciò che è contenuto intimo del diritto e ciò che non lo è.

La nozione di “limite” non deve essere accolta in modo neutro, bensì dovrà distinguersi tra esterno ed interno²³³. Definiremo “interno” quel limite che incide sull’estensione del diritto: si pensi al divieto di atti emulativi *ex art. 833 c.c.*, che non rappresenta un’o. *p. r.* per il proprietario dato che questi non è obbligato ad alcunché, ma è solo limitato nel suo *agere*, non potendo compiere atti da cui non trae alcuna utilità al solo fine di nuocere o di recare molestia ad altri. Viceversa, definiremo “esterni” quei limiti che incidono sulle modalità di esercizio del diritto dominicale: ad esempio, l’art. 873 c.c., che disciplina la distanza tra costruzioni sui fondi confinanti (non minore di tre metri se non sono aderenti), non statuisce alcun obbligo (reale), bensì regola la facoltà di godimento imponendo al proprietario di non costruire se non a certe condizioni²³⁴.

Rimanendo in tema di diritto di proprietà, nemmeno sono obbligazioni *propter rem* il dovere del proprietario di permettere l’accesso o il passaggio sul suo fondo al vicino per costruire e riparare un muro di proprietà quest’ultimo, oppure il dovere di permettere l’accesso a chi intenda riprendere cose che si trovino accidentalmente sul suo fondo (art. 843 c.c.). In questi casi il proprietario non è obbligato, ma semplicemente non può opporvisi²³⁵.

²³³ Il riferimento al limite si ravvisa all’interno dell’art. 832 c.c., per il quale il diritto di proprietà si esercita entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento. Per M. COMPORI, *I diritti reali*, 192 ss., alcuni limiti, quali il divieto di atti emulativi *ex art. 833 c.c.*, nonché il divieto di immissioni *ex art. 844 c.c.*, andrebbero messi in relazione con il principio generale dell’abuso del diritto e ciò a discapito delle letture restrittive di dottrina e giurisprudenza, dovrebbe estendere la propria latitudine anche alle norme relative ai diritti reali minori ed ai diritti personali di godimento.

²³⁴ *Contra v. Cass.*, 16 giugno 1990, n. 6078, in *Giust. civ. mass.*, 1990, 6, che ha stabilito come l’azione risarcitoria – similmente alla riduzione in pristino prevista dall’art. 872 comma 2, c.c. che disciplina la violazione delle norme circa la distanza tra le costruzioni – si ricolleggi «ad un’obbligazione *propter rem* e va, di conseguenza, proposta nei confronti dell’attuale proprietario dell’edificio, che si trova in obiettiva situazione di lesione del diritto del vicino, indipendentemente dal fatto che l’edificio stesso sia stato in precedenza realizzato da altri». Analogamente per i precedenti *v. Cass.*, 10 luglio 1991, n. 7680, in *Mass. Giust. Civ.*, 1991, VII; *Cass.*, 22 febbraio 1986, n. 1082, in *Mass. giur. it.*, 1986; *Cass.*, 17 marzo 1981, n. 1543, in *mass. giur. it.*, 1981. Pare di capire, però, che si cerchi di ricondurre forzatamente la fattispecie all’o. *p. r.*, senza considerare che un obbligo potrebbe ricollegarsi alla titolarità di un diritto e rientrare nei limiti legali del diritto perché parte del suo contenuto o perché riferibile ad altro istituto giuridico. In questa fattispecie il danneggiato agisce nei confronti di chi è titolare del diritto al momento in cui il danneggiato decide di agire, ma, a parer di chi scrive, non tanto perché l’obbligazione è ambulatoria, bensì perché è quel soggetto che in quel momento sta violando le distanze. Non sembrano esistere ostacoli, invece, all’eventuale diritto di rivalsa che colui che ha risarcito potrà esercitare nei confronti di chi per primo avesse costruito ledendo le norme sulle distanze.

²³⁵ Cfr. C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 137 nota 37: «si tratta [...] di obblighi generici sanciti nei confronti di tutti i vicini, la cui violazione dà luogo a responsabilità extracontrattuale», mentre le o. *p. r.* «richiedono [...] un fatto costitutivo e sono a carico e nei confronti di soggetti determinati». Si veda anche F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 199. In giurisprudenza si riferisce espressamente al limite della proprietà *Cass.*, 22 ottobre 1975, n. 3494, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 710.

Contra in dottrina G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 67. In giurisprudenza *v. Cass.*, 27 maggio 1995, n. 2274, in *Dir. e giur. agraria*, 1995, II, 148; *Cass.* 7 novembre 1970, n. 2282, in *Mass. giust. civ.*

Al contempo è limite (interno) il disposto di cui all'art. 840, comma 2, c.c. che sembra riferirsi ad un interesse costituente diretta espressione della latitudine del dominio, quando impone al proprietario del suolo di non «opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità [...] od a tale altezza [...] che egli non abbia interesse ad escluderle».

Pare costituire limite interno al diritto di proprietà la disciplina degli ammassi obbligatori di cui all'art. 837 c.c. Imponendo al proprietario del fondo di alienare liberamente i prodotti e sottoponendo questi ad una sorta di espropriazione da parte dello Stato, che li acquista tramite l'ente ammassatore per ragioni inerenti all'interesse della produzione generale, la norma sembra introdurre un limite legale al diritto di proprietà e più specificamente alla libera contrattazione²³⁶.

Costituiscono per contro limiti esterni della proprietà gli artt. 846 ss. e 866 c.c. Le prime norme – anche se abrogate (art. 7, comma 10, D.lgs. 29 marzo 2004, n. 99) – nel vietare ai proprietari di dar vita a frazionamenti (tramite divisioni o assegnazioni), tali da ledere l'unità colturale minima, non introducevano un obbligo, bensì un limite perché al titolare era imposto di non disporre del proprio diritto se non a determinate condizioni. Al contempo, pure i vincoli per scopi idrogeologici ed altri scopi, previsti dall'art. 866 c.c., non sembrano individuare obbligazioni reali, bensì dei meri limiti che incidono sulle modalità di esercizio del diritto²³⁷.

Tantomeno sembra costituire *obligatio* la soggezione del fondo inferiore a ricevere lo scolo naturale delle acque da quello superiore (art. 913, commi 1 e 2, c.c.); così pure il disposto di cui all'art. 915 c.c. (e anche all'art. 916, c.c., visto l'espreso richiamo *ivi* svolto), in virtù del quale il proprietario del fondo, su cui erano presenti sponde o argini utili al ritegno delle acque oramai andati distrutti o arretrati, è obbligato a ripararli od a costruire nuovi argini se l'acqua ha variato naturalmente il proprio corso.

²³⁶ In giurisprudenza non sono mancati casi in cui tale vincolo è stato considerato come onere reale, sull'assunto che i prodotti sarebbero oggetto di una sorta di immobilizzazione economica rimanendo di proprietà del produttore privato fino al momento in cui non vengono conferiti: v. ad es. Cass., 21 dicembre 1960, n. 3200, in *Rep. Giust. civ.*, 1960, voce *Approvvigionamenti*, 2. Ma per L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 30, il riferimento all'o. r. sarebbe insensato perché non sarebbe dato capire se il vincolo inerisca al fondo o ai prodotti e, soprattutto, dove si collochi il privilegio speciale, dato che la forma di reazione alle ipotesi di inadempimento è lasciata a sanzioni amministrative e penali.

²³⁷ G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 137 s., invece, considera il caso di specie come o. p. r. Sul punto, è doveroso sottolineare come l'A. distingua le obbligazioni reali in quattro categorie in base alla prestazione. In primo luogo, vi sarebbero quelle volte alla conservazione della cosa: quali, ad esempio, quella dell'usufruttuario o dell'enfiteuta che permettono al nudo proprietario o al concedente di tutelare il proprio diritto sulla *res*. La seconda categoria riguarda le obbligazioni che fissano limiti o modalità di utilizzo della cosa, tra cui rientrerebbe quella vista *supra* nel testo. La terza categoria riguarda le obbligazioni che imporrebbero un mutamento del diritto reale di cui è titolare il debitore perché tali da circoscriverlo: sono, per esempio, le norme sul frazionamento della proprietà oppure quelle sulla comunione forzosa del muro. L'ultima categoria, invece, è quella avente ad oggetto un indennizzo per incremento del diritto reale di godimento come quella dell'art. 935 c.c.

In entrambi i casi – almeno secondo l’interpretazione più accreditata – si farebbe sempre riferimento a limitazioni del diritto di proprietà²³⁸.

Tralasciando il diritto di proprietà, alcuni esempi di limiti e non coincidenti con le obbligazioni reali sono ravvisabili in relazione ai diritti reali minori²³⁹. Si pensi, ad

²³⁸ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 31 ss., per la quale il limite al dominio espresso nell’art. 915 c.c. parrebbe trovare la propria *ratio* nella funzione sociale della proprietà ex art. 42, comma 2, Cost., perché imporrebbe al proprietario di non comportarsi in modo antisociale: se rimanesse inerte senza costruire argini nuovi o riparare quelli esistenti, lederebbe interessi riferibili ad una pluralità di soggetti. Di diversa natura sembra all’A. l’art. 917 c.c. che dispone un obbligo per il proprietario di contribuire alle spese di rimozione degli ingombri e riparazione degli argini nella misura in cui ne trarrebbe vantaggio. La disposizione sembrerebbe, invero, riconducibile al principio *cuis commoda eius et incommoda*. Analogamente, in relazione all’art. 917 c.c. v. Cass., 24 ottobre 1969, n. 3493, in *Giur. agr. it.*, 1971, II, 337, con nota di G. PALERMO, *Distruzione di argini per eventi naturali e ripartizione di spese*.

Di contro G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 13, non esclude che tali obblighi possano rientrare nelle obbligazioni reali. V. anche Trib. Melfi, 6 febbraio 1950, in *Foro it.*, 1950, I, 616, con nota di B. BIONDI, *Limiti legali della proprietà, servitù, oneri reali, obbligazioni «propter rem», in rapporto all’art. 913 cod. civile*, che qualificava la *subiectio* in esame come onere reale: «questi obblighi che incombono su coloro i quali sono proprietari di fondi gravati da una limitazione legale, non sono altro che un aspetto complementare dell’onere reale: cioè gli obbligati sono tenuti personalmente [...] ma in diretta ed esclusiva dipendenza della loro figura di proprietari degli immobili, sui quali la limitazione legale insiste». Tale sentenza veniva fortemente criticata da Biondi, che riconduceva la figura ai limiti del dominio sull’assunto per cui l’onere reale può avere contenuto di *facere* ed essere costituito in favore di una persona, e così l’o. *propter rem*, tuttavia nelle ipotesi di cui all’art. 913 c.c. si tratterebbe solo di un *patis* per il fondo inferiore e di un *non facere* per quello superiore; di servitù avrebbe dovuto parlarsi, invece, ove tale vincolo fosse stato costituito per volontà dell’uomo.

²³⁹ Per M. COMPORTI, *I diritti reali*, cit., 139 s., 147 s. e 173 ss., nonché ID., voce *Diritti reali*, cit., 4, tutti gli *iura in re aliena* si configurano attraverso l’idea di limite al contenuto del diritto di proprietà, essendo diminuite le possibilità di godimento e di utilizzazione in favore della “situazione” minore. Il conflitto che sorge in astratto (perché sono costituiti due diritti coesistenti sulla stessa *res*) viene risolto dalla legge attribuendo al diritto minore un rango tale da consentire il godimento contestuale fra titolari di diritti reali differenti, e tale da impedire che i due diritti (es. proprietà e usufrutto) abbiano la stessa estensione. Così, il titolare della proprietà sarà gravato da obbligazioni specifiche nei confronti del titolare del diritto derivato, ma tali obblighi non dovrebbero far sorgere il dubbio che, per garantire l’attuazione di un diritto reale, sia necessario un intermediario al pari dei diritti di credito. L’utilizzazione del bene oggetto del diritto nei limiti previsti dal legislatore non richiede l’intermediazione del titolare del diritto reale maggiore, perché – a differenza di quanto accade per i diritti relativi – il rapporto tra diritto c.d. madre e quello c.d. figlio non è necessario per soddisfare l’interesse del titolare del diritto reale minore dato che quest’ultimo è in grado di soddisfarsi autonomamente. In conclusione, il dubbio sulla sovrapposizione degli obblighi nascenti dal diritto reale ed un normale diritto di credito – che Comporti pare risolvere incentrando il criterio discrezionale sull’immediatezza – dovrebbe essere superato attraverso la considerazione che il diritto reale ha un duplice contenuto: da un lato, la posizione soggettiva del titolare del diritto su cosa altrui, che è diretta espressione della realtà della situazione giuridica soggettiva (diritto di enfiteusi, usufrutto, superficie, etc.); dall’altro, il momento di esercizio del diritto, che è rappresentato proprio dal complesso rapporto che intercorre tra proprietario e titolare dello *ius* su cosa altrui (i diritti dell’enfiteuta, dell’usufruttuario, del superficiario, etc.), e rapporto che sarebbe senz’altro composto da una serie di obblighi. Un rapporto nascente da una situazione (per così dire) reale quindi, caratterizzato da una serie di obblighi – quali quello di addizione per l’enfiteuta o di inventario per l’usufruttuario –, che già abbiamo qualificato come limiti del diritto reale (v. *supra* nel testo), ma per i quali – si interroga Comporti – ci si chiede se possano essere soggetti ai principi generali delle obbligazioni. Se sul punto la dottrina tedesca ha dato risposta affermativa, almeno per quanto riguarda la disciplina del luogo e del tempo dell’adempimento, per il diritto di surroga del creditore nell’indennizzo ottenuto dal debitore per perimento dell’oggetto della prestazione, la dottrina italiana ha mostrato una sorta di spaccatura tra quanto ritenuto in passato e quanto ritenuto più di recente. Sebbene entrambi i filoni giungano a considerare annettibile la disciplina delle obbligazioni al diritto reale, diverse sono le motivazioni che giustificano tale annessione. La dottrina tradizionale (G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., *passim*, ad esempio) risolveva il problema considerando gli obblighi facenti capo al titolare del diritto reale come obbligazioni *propter rem*.

esempio, alle norme che disciplinano l'usufrutto con riguardo alla posizione sia dell'usufruttuario sia del proprietario (inoltre v. *infra* par. 2.). Quanto all'usufruttuario non è o. p. r. l'obbligo di custodire e amministrare con diligenza il bene concesso in godimento *ex art.* 1004 c.c., perché – a discapito della collocazione della norma nella Sez. II del Libro III: «gli obblighi dell'usufruttuario» – il titolare del diritto reale minore non è tenuto a conservare il bene o ad usare l'ordinaria diligenza in virtù di un'obbligazione accessoria, ma semplicemente non può che conservare diligentemente la cosa in vista della restituzione (quest'ultima obbligazione personale) a cui andrà incontro con l'estinzione del diritto stesso. Di limite interno dovrebbe parlarsi anche in relazione all'obbligo di non mutare la destinazione economica del bene e di

Invece, la dottrina più recente (ad esempio L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., *passim*; F. ROMANO, *op. cit.*, 115, 204; P. RESCIGNO, *Proprietà, diritto reale e credito*, in *Jus*, 1965, 480), allontanandosi dalla figura di o. p. r. ha cercato di far rientrare tali obblighi nella struttura complessa del diritto reale, evitando peraltro di confondere il piano del diritto reale con quello dell'obbligazione. Le norme sui diritti reali regolano la struttura del diritto, mentre quelle dell'obbligazione il momento dell'esercizio del diritto. In tal senso, se i doveri di migliorare il fondo per l'enfiteuta e di non alterare la destinazione economica del bene per l'usufruttuario attengono alla struttura essenziale delle situazioni reali, il profilo dell'adempimento e dell'inadempimento a tali doveri dovrebbe essere regolato dalla disciplina generale delle obbligazioni. Al momento dell'esercizio del diritto reale saranno dunque applicabili le norme sul luogo e il tempo dell'adempimento, quella sulla responsabilità degli ausiliari, il principio di correttezza e di buona fede *ex artt.* 1175, 1337 e 1375 c.c. Così, per valutare l'esattezza dell'adempimento al dovere di miglioramento, si è ritenuto applicabile il criterio della diligenza del buon padre di famiglia *ex art.* 1176 c.c., che peraltro viene espressamente richiamato dall'art. 1001 c.c. in tema di godimento dell'usufrutto (v. anche Cass., 25 febbraio 1954, n. 553, in *Foro it., Mass.*, 1954, 114); per disciplinare la responsabilità dell'enfiteuta si fa generalmente ricorso all'art. 1218 c.c. (v. Cass., 26 gennaio 1960, n. 88, in *Giust. civ. Mass.*, 1960, 37; Cass. 4 febbraio 1952, n. 389, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 70). Peraltro, secondo Comporti, il superamento della netta distinzione tra diritti reali e diritti di credito dovrebbe peraltro consentire di far venir meno la timidezza di alcuni (B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 412) nell'ammettere l'applicabilità della disciplina delle norme sulla risoluzione del contratto per inadempimento ed eccessiva onerosità sopravvenuta ai contratti con effetto traslativo. In passato si era portati a distinguere tra effetti reali ed effetti obbligatori, così escludendo che tra i due effetti potesse sussistere l'interdipendenza propria dei contratti a prestazioni corrispettive, si riteneva che il diritto reale, costituito immediatamente *ex art.* 1376 c.c. con la conclusione del contratto, sussistesse indipendentemente dall'adempimento della controprestazione, e che quindi non sarebbe stato soggetto a risoluzione. Invece, essendo ora più sfumata la distinzione tra diritti reali ed obbligatori, non sembrerebbe più ammissibile escludere la risoluzione del contratto ad efficacia reale: le prestazioni contrattuali non si riferirebbero al solo adempimento delle obbligazioni, ma anche all'attribuzione patrimoniale connessa all'acquisto del diritto reale: così l'inadempimento seguito dalla risoluzione determinerebbe il venir meno dell'acquisto della situazione reale (con riguardo alla risoluzione per inadempimento v. *infra* Cap, III, par. 3).

In conclusione, non si può fare a meno di notare come il tema della struttura del diritto reale e del suo esercizio abbia dirette ripercussioni in ordine ai limiti del regolamento dei diritti reali ad opera del legislatore o del privato. Infatti, da quanto detto sopra emerge che il diritto reale sarebbe costituito: da un lato da un nucleo forte «composto di situazioni semplici di vantaggio e di svantaggio accordate al titolare dall'ordinamento per la tutela dei principali interessi di volta in volta in evidenza» che, essendo attinente alla configurazione strutturale tipica del diritto, non può essere eliminato e/o modificato dall'autonomia privata; dall'altro lato, invece, il diritto sarebbe costituito da situazioni di semplice vantaggio e svantaggio che non caratterizzano l'essenza del diritto e che, costituendo regole di esercizio dello stesso (specie con riguardo agli *iura in re aliena*), potrebbero subire interferenze da parte dei privati. Tali situazioni semplici atterrebbero al rapporto tra proprietario della *res* e titolare del diritto reale limitato, meglio espresso dalla relazione tra potere/facoltà da un alto ed obbligo dall'altro: propri su questi obblighi l'autonomia privata potrà intervenire. Ad ogni modo, il tema attinente alla possibilità per l'autonomia dei privati di interferire su situazioni reali, o presunte tali (obbligazioni *propter rem* ed oneri reali), sarà oggetto di analisi più approfondita nel Cap. IV.

provvedere alle spese di ordinaria amministrazione e manutenzione²⁴⁰. E così pure dovrebbe parlarsi di oneri puri e semplici con riguardo all'obbligo di fare l'inventario e di prestare garanzia, che rappresentano modalità di esercizio del diritto (limite esterno): l'adempimento in questo caso costituirebbe *condicio sine qua non* per il possesso del bene concesso in godimento ai sensi dell'art. 1002, comma 4, c.c.

Quanto al proprietario concedente usufrutto, non sono obblighi reali quelli di provvedere alle spese di straordinaria amministrazione e di riparazione dell'edificio rovinatosi solo in parte per vetustà o caso fortuito. In questi casi il proprietario, che prima di attribuire ad altri il godimento del bene era libero di effettuare o meno le riparazioni, vede ora (cioè dopo la costituzione del diritto) limitata la propria libertà di godimento del dominio: l'usufruttuario ha diritto di ricevere un bene integro, tant'è che questi potrà esercitare il proprio diritto potestativo provvedendo direttamente (salvo il diritto al rimborso delle spese sostenute) ove non provveda il proprietario.

Un contegno analogo a quello delle norme sopra citate è ravvisabile nell'art. 1102 c.c., per cui i comproprietari non devono alterare la destinazione del bene di cui ciascun partecipante può servirsi o impedirne l'utilizzo agli altri partecipanti alla comunione. Tali "obblighi" sembrano più che altro un effetto naturale della contitolarità sul diritto²⁴¹.

Discorso a sé stante meritano le servitù²⁴² che si accostano all'istituto in esame (v. *infra* par. 3)²⁴³. Per ora basti considerare che le due figure non possono sovrapporsi in

²⁴⁰ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 34 ss.; ID., *Usufrutto*, cit., 102 ss., 273 nota 38. Parzialmente diverso sarebbe, invece, il discorso relativo alle spese di straordinaria amministrazione e alle spese dovute dal contitolare del diritto. In ordine al primo, l'art. 1004, comma 2, c.c. prevede che le spese ricadano sull'usufruttuario, in via eccezionale (generalmente spetterebbero al proprietario ex art. 1005 c.c.), non tanto per inadempimento, bensì per abuso del diritto ai sensi dell'art. 1015 c.c., quindi come una sorta di risarcimento per fatto illecito di cui l'usufruttuario risponde personalmente. In ordine ai secondi, l'obbligo per i coudusufruttuari di contribuire alle spese comuni risulterebbe da un'obbligazione contrattuale: il singolo è tenuto nell'interesse del gruppo e pertanto ciascuno di essi è tenuto nei confronti degli altri. Un richiamo all'abuso del diritto – con particolare riguardo all'estensione della disciplina prevista dagli artt. 833 e 844, c.c. per la proprietà ai diritti reali minori – è svolto pure M. COMPORI, *I diritti reali*, cit., 189 ss., che ritiene come la teoria dell'abuso del diritto guidi le forme di controllo del nostro ordinamento in ordine al modo di attuazione del diritto e quindi anche del diritto reale. Il nostro ordinamento così limita la libertà individuale, al fine di meglio perseguire interessi collettivi: l'esercizio del diritto soggettivo è condizionato al rispetto di «finalità di carattere superindividuale previste anche da norme costituzionali (ad esempio, artt. 2, 3, 41, 42, 44, 45 Cost.)».

²⁴¹ V. ID., *op. ult. cit.*, 38, che, ritenendo tali obblighi un effetto naturale della comunione, arriva persino ad affermare che nemmeno di limiti si parlerebbe in questo caso. Similmente non si parlerebbe né di o. p. r. né di limiti in relazione alla possibilità di apportare modifiche necessarie per migliorare il godimento della cosa comune (art. 1104, comma 1, pt. 2, c.c.), perché si tratterebbe di una mera facoltà. *Contra* G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 16.

²⁴² P. VITUCCI, voce *Servitù prediali*, in *Digesto sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 497, distingue tra limiti della proprietà e servitù, queste ultime infatti comportano una modificazione dei rapporti di vicinato, perché il limite posto alla prima si atteggia come obbligo di sopportare le attività che il *dominus* ha diritto di svolgere. Le servitù darebbero vita ad una diversa conformazione del rapporto di vicinato, dal momento che il regime legale potrebbe al più vietare lo svolgimento di attività sul fondo, mentre nelle servitù l'attività è persino preclusa. Sia nelle servitù affermative sia in quelle negative il proprietario servente è limitato nel godimento del proprio fondo perché costretto a tollerare o a *non facere*, tuttavia nelle negative è più vistosa la limitazione in quanto, al fine di soddisfare l'interesse del titolare del

tutti quei casi in cui la prestazione consiste in un *dare* o in un *facere*: non potrebbero esistere servitù di contenuto positivo, al più potrebbero esistere prestazioni positive accessorie al diritto reale, a condizione che ne non integrino la struttura (c.d. *adminicula servitutis*)²⁴⁴. Il rischio di confondere il rapporto obbligatorio con quello reale di servitù dovrebbe essere fugato pure nei casi in cui il contenuto dell'obbligazione sia di *non facere* (sul punto si veda quanto ampiamente evidenziato nel Cap. I). Ciò, sebbene il rischio di confondere le obbligazioni reali con i limiti del diritto si ponga non tanto per gli obblighi di natura positiva (dare o fare) quanto per quelli negativi, poiché solo in questi ultimi il contenuto del diritto sembra sovrapponibile con il limite, che circoscrive i poteri del titolare del diritto determinandone il contenuto necessario.

In realtà, taluno aveva sottolineato l'affanno della dottrina tradizionale quando affermava di non poter distinguere una servitù negativa (ad es. *altius non tollendi*) da un'obbligazione personale assumendo che l'interesse sotteso alla servitù si sarebbe realizzato attraverso un rapporto obbligatorio. In entrambi i casi sembrava mancare un potere sulla cosa. Si affermava che l'interesse del titolare di una servitù (negativa) all'inalterabilità dello stato in cui si trovasse il fondo servente non avrebbe necessitato dell'esercizio del potere su cosa altrui o di un'attività del proprietario di quest'ultima per essere soddisfatto. L'interesse del titolare della servitù negativa, al pari di quello del creditore di un'obbligazione personale di *non facere*, si sarebbe realizzato attraverso un comportamento negativo del soggetto passivo del rapporto; e ciò anche nella servitù, per il tramite di una limitazione della sfera personale del proprietario, al quale sarebbe stato imposto di non attuare alcuna attività avversa all'interesse del titolare del fondo dominante²⁴⁵. A ben vedere, però, è netta la differenza tra i pesi sul fondo che costituiscono una servitù vera e propria e quelli che sono posti a vantaggio di una persona (e non di un fondo), che si traducono in mere obbligazioni (c.d. servitù irregolari)²⁴⁶. È senz'altro vero che le servitù "regolari" di *non facere* sono accomunabili a quelle c.d. irregolari perché entrambe prive del requisito di immediatezza, posto che il titolare del diritto non ha la facoltà di godimento diretto sulla *res* necessitando di una mediazione del comportamento di "non fare" del titolare

fondo dominante, si realizzerebbe una vera e propria privazione delle facoltà, che altrimenti il titolare potrebbe esercitare in un normale rapporto di vicinato.

²⁴³ Anche le servitù costituiscono un limite del dominio perché ad ogni vantaggio riconosciuto al titolare della servitù corrisponderebbe un limite per il proprietario del fondo servente.

²⁴⁴ Cfr. Cass., 24 febbraio 1981, n. 1131, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1586: «quando viene costituita una servitù in relazione alla quale il titolare del fondo servente sia tenuto non solo al *patis* tipico della situazione passiva di tale rapporto, ma altresì a specifiche prestazioni positive necessarie per consentire l'esercizio della servitù al titolare del fondo dominante, ricorre l'ipotesi dell'*obligatio propter rem*, della quale debitore è colui che si trovi attualmente ad essere titolare del diritto di proprietà del fondo servente, mentre creditore ne è il proprietario del fondo dominante».

²⁴⁵ È quanto evidenziato da M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., 749.

²⁴⁶ V. U. STEFINI, *Contratti costitutivi di servitù*, in V. ROPPO (diretto da), *Cessione e uso di beni*, in *Trattato dei contratti*, Milano, 2014, 1440.

del fondo servente o dell'obbligato. Tuttavia, non può affatto trascurarsi che una servitù regolare, ancorché di natura negativa, non perderebbe mai il requisito dell'inerenza, ossia il diritto all'opponibilità ai terzi (successivi acquirenti dei fondi serventi e dominanti) della situazione reale. Le servitù irregolari, invece, ne sono prive e mancando del carattere fondamentale della realtà (*ius sequelae*, diretta espressione dell'assolutezza dei diritti reali), restano quindi rapporti obbligatori²⁴⁷.

Ma vi è di più. La servitù negativa non può nemmeno essere confusa con un'obbligazione reale. Per sgombrare il campo da questo equivoco basterebbe evidenziare tre dati. Il primo di carattere sistematico: il legislatore ha scelto di disciplinare espressamente le servitù, ancorché negative, attribuendo ad esse una struttura (per quanto atipica nel contenuto) e una disciplina proprie, ma non ha fatto lo stesso per le obbligazioni *propter rem*. Il secondo dato riguarda la struttura intima della servitù, che rifugge l'obbligo che si presenta solo nella «manifestazione meramente marginale della prestazione negativa»²⁴⁸. In tal senso, nella servitù negativa l'obbligo sarebbe conseguenza dell'insistenza del diritto minore sul bene: il proprietario vede limitati i propri poteri (non potrà fare) solo nel momento in cui sorge la servitù. Viceversa, nelle obbligazioni reali il «*non facere* costituisce [...] il contenuto stesso della pretesa del creditore, cui corrisponde nell'altra parte del rapporto non un non potere, ma un *agere necesse*, un vero e proprio obbligo, benché negativo»²⁴⁹. Un *agere* necessitato che, tuttavia, non deve lasciar intendere che obbligazioni reali e diritti di credito coincidano, mancando in quest'ultimi il carattere di inerenza – sebbene inteso in senso lato (v. *supra* Cap. I, par. 2.2. e *infra* par. 3) – proprio delle *obligationes ob rem*²⁵⁰. Il terzo riguarda l'opponibilità ai terzi della

²⁴⁷ Sul punto v. anche G. BRANCA, *Delle servitù prediali*, cit., 8 ss., per cui se il legislatore si riferisce alle servitù prediali è solo a causa di una terminologia tratatizia («comoda») e non certo per alludere all'esistenza di servitù personali; M. COMPORTI, *Le servitù prediali*, in *Tratt. Rescigno*, VIII, 2, Torino, 1982, 191 ss., il quale ritiene precipuo per la distinzione individuare nelle servitù una duplice inerenza. Una dal lato passivo: il peso incorporato sul fondo lo seguirebbe in tutti i successivi passaggi a differenza dell'obbligazione, che potrebbe essere fatta valere solo nei confronti degli stipulanti e dei loro eredi; una dal lato attivo: il diritto non compete a qualsiasi soggetto, ma solo al proprietario del fondo dominante in ragione dell'utilità del fondo.

²⁴⁸ M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., 753, evidenziava il rischio di configurare come servitù alcune ipotesi di obbligazioni del diritto edilizio o alcune limitazioni del diritto di proprietà delle aree urbane. Tale sovrapposizione dovrebbe negarsi in forza di quanto evidenziato nel testo: esistono ipotesi in cui i privati possono costituire situazioni giuridiche soggettive complesse che non devono qualificarsi come servitù, ma come situazioni dotate di una complessa struttura del potere concesso al titolare del diritto, caratterizzate da un profilo obbligatorio, in forza del quale può pretendersi una prestazione nei confronti del singolo, e da un profilo reale, in cui l'inerenza del potere alla cosa permette la trascrizione e l'opponibilità *erga omnes*.

²⁴⁹ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 25.

²⁵⁰ L'aver utilizzato – nel testo – le conclusioni assunte circa la relazione tra servitù negative e obbligazione personale per escludere la somiglianza tra servitù e obbligazioni reali, non significa voler accumulare le sorti del diritto di credito a quelle dell'obbligazione *ob rem*. Le due figure, pur costituendo entrambe rapporti obbligatori, sono e rimangono ben distinte in virtù del carattere di inerenza (limitata) delle o. p. r.: l'inerenza alla *res* si unirebbe all'obbligo personale (v. *supra* Cap. I). Tuttavia, non si può fare a meno di notare quantomeno la somiglianza dal punto di vista passivo tra obbligazione reale e personale: se è vero che la prestazione di non fare contenuta in queste obbligazioni

servitù, diversa da quella delle obbligazioni reali, che di per sé non potrebbero essere trascritte, potendo trascriversi solo le obbligazioni *ob rem* accessorie al diritto reale su bene immobile²⁵¹. In conclusione, si potrà riconoscere una servitù ove vi siano assolutezza e predialità, perché il peso è costituito solo per l'utilità fondiaria di un altro fondo e sarà di conseguenza opponibile ai terzi²⁵².

2.2. L'obbligazione reale nei diritti reali.

Esisterebbero casi tipici di obbligazione reale nelle norme relative alla proprietà e agli *iura in re aliena*. Occorre premettere che sul punto non v'è unanimità di vedute, poiché alcune obbligazioni individuate da alcuni come reali e tipiche sono state da altri ricondotte al contenuto "intimo" del diritto reale, se non alle fattispecie contemplate negli artt. 2043 e 2041 c.c.

In ordine al diritto di proprietà, ipotesi tipiche di obbligazione reale sono state individuate nella disciplina delle distanze (artt. 894, 896, 874 e 875 c.c.) e delle acque (art. 912 c.c.). Si è osservato²⁵³ che la vicinanza dei fondi potrebbe creare una situazione di relatività (obbligazione) nell'esercizio del diritto: il proprietario (o il titolare di un diritto di godimento) vedrebbe limitato l'esercizio del proprio diritto da alcuni obblighi utili a consentire al proprietario del fondo finitimo di esercitare un diritto uguale o analogo. In tali fattispecie il rapporto reale e assoluto subirebbe dal lato attivo l'inserzione di un elemento obbligatorio e relativo, utile all'esercizio del diritto del vicino.

Tale tesi suscita non poche perplessità, in quanto l'obbligo del proprietario dovrebbe essere ricondotto più che altro al carattere di assolutezza del diritto di proprietà del vicino, nonché al divieto di abusare del proprio diritto.

Quanto alle distanze, l'obbligo del proprietario di estirpare alberi e siepi, piantate o cresciute ad una distanza inferiore di quella prevista *ex lege* (art. 894 c.c.), non dovrebbe considerarsi *ob rem*, bensì come limite di vicinato. L'obbligazione di *facere*

non si identifica con quello proprio della servitù, resta il fatto che per entrambe il debitore dovrà rimanere inerte. La differenza tra le due figure però esiste ed è rappresentata dal rapporto di occasionalità che lega la prestazione alla titolarità della situazione reale per le obbligazioni *ob rem*.

²⁵¹ Tale considerazione ovviamente può aver senso là dove si ritenga inammissibile costituire obbligazioni *propter rem* atipiche (v. *infra* Cap. IV).

Talvolta la giurisprudenza ha individuato nell'utilità che il vincolo imponga al fondo servente e nell'opponibilità ai terzi i criteri per distinguere tra servitù negative e *obligatio propter rem* di non fare. V. ad es. Cass., 14 agosto 1997, n. 7514, in *Giur. it.*, 1998, 2289 ss.: la Corte ha valutato come servitù la clausola contenuta in un atto di vendita immobiliare contenente il divieto per l'acquirente, a vantaggio del venditore che aveva alienato solo parte del proprio fondo, di elevare capannoni industriali o commerciali sul terreno acquistato. Secondo la Cassazione in questo caso la limitazione di edificabilità, oltre che essere vincolante per i successivi aventi causa, tendeva ad assicurare una migliore qualità abitativa. Il fatto che non potessero svolgersi attività industriali o commerciali rappresentava solo un'*utilitas* per il fondo dominante attraverso un vincolo per il fondo servente; viceversa un'obbligazione sarebbe stata caratterizzata da un'astensione rivolta al titolare del fondo inteso come persona.

²⁵² G. CASELLI, *Note sul servitù e tipicità delle obbligazioni reali*, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1989, II, 175.

²⁵³ V. G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 12 ss. e ID., voce *Obbligazione*, cit., 666.

nasce alla luce dell'illecito contrattuale commesso dal *dominus*, che non ha rispettato le distanze legali e perciò è tenuto a risarcire in forma specifica estirpando²⁵⁴.

Analogamente, non è *propter rem* l'obbligo per il proprietario di tagliare rami e radici che hanno invaso il fondo vicino (art. 896 c.c.). Il proprietario non può ledere il diritto altrui, pertanto il relativo obbligo "di taglio" rientra nel limite del diritto di proprietà, che può esercitarsi solo a certe condizioni: mantenere rami e radici in un certo modo. Così l'obbligazione a carico del proprietario assumerebbe i contorni di una reintegrazione in forma specifica, mentre il diritto del vicino di tagliare in prima persona i rami costituirebbe il diritto (potestativo) di reagire all'esercizio abusivo del diritto²⁵⁵.

Sempre in ordine ai rapporti tra fondi contigui, non dovrebbe parlarsi di obbligazione reale per la facoltà del proprietario del fondo di chiedere la comunione forzosa del muro costruito a confine o a distanza non regolamentare da questo (artt. 874 e 875 c.c.). Tale pretesa si caratterizzerebbe più come diritto potestativo, a cui corrisponde una situazione di soggezione del vicino che ha costruito troppo vicino al fondo del proprietario: quest'ultimo potrebbe modificare autonomamente la posizione giuridica del vicino pretendendo la contitolarità del muro; il vicino non potrebbe sottrarsi alla comunione forzosa, salvo che non lo demolisca; al proprietario, per ottenere la contitolarità, basterebbe manifestare unilateralmente una volontà in tal senso, senza che sia necessario il consenso del vicino, visto che è «la stessa legge a parlare di comunione forzosa»²⁵⁶.

Tantomeno dovrebbe parlarsi di indennità in senso stretto in merito al *quantum* di medianza dovuta dal proprietario che pretende la comunione, posto che tale onere appare più di natura personale che non reale: sebbene si ricollegli alla titolarità sulla

²⁵⁴ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 88. La tesi sembra essere stata accolta da Corte Cost., 13 febbraio 1994, n. 54, in *Giur. cost.*, 1994, 326, che interpellata circa la legittimità costituzionale degli artt. 892 e 894, sull'assunto che tali norme non consentirebbero al giudice di valutare se gli alberi e le siepi debbano essere estirpati solo là dove la violazione delle distanze rechi pregiudizio al vicino, ha stabilito che «la disciplina sulle distanze [...] attiene alla definizione del contenuto del diritto di proprietà».

²⁵⁵ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 89. Di contro A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1645, ha ritenuto la natura reale dell'obbligo del proprietario di consentire l'accesso al vicino sul proprio fondo per recuperare i frutti caduti dai rami protesi *ex art. 896*, comma 3, c.c. La soluzione ha avuto pure l'avallo della giurisprudenza: cfr. Cass., 22 novembre 2002, n. 16482, in *Arch. Civ.*, 2003, 982; Cass., 13 febbraio 1987, n. 1987, n. 1578, in *Mass. giur. it.*, 1987; Cass., 9 aprile 1975, n. 1305, in *Foro it.*, 1975, I, 1970 ss.

²⁵⁶ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 89 s. La natura dell'istituto è stata a lungo discussa, poiché a volte è stata ricondotta ad una comunione forzosa, altre all'espropriazione, in altre ancora alla vendita e da ultimo ad un negozio misto comprendente caratteri della vendita e dell'espropriazione; tesi, quest'ultima, che è oggi prevalente. Per un'ampia analisi v. G. TERZAGO - P. TERZAGO, *I rapporti di buon vicinato*², Milano, 2000.

Chi ha negato la natura reale della comunione forzosa del muro posto sul confine (es. Cass., 8 settembre 1986, n. 5467, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1986, I, 900) ha distinto tale fattispecie dal muro costruito a "cavallo" del confine: per tale ipotesi, disciplinata dall'art. 886 c.c., prevedendo l'obbligo di contribuire a metà delle spese di costruzione, si è parlato espressamente di obbligazione *ob rem*.

res (muro), sembra trovare la propria *ratio* divieto di arricchirsi ingiustificatamente ai danni dell'espropriato²⁵⁷.

Restando in tema di indennità, dovrebbe attribuirsi natura personale e non reale anche all'obbligo del costruttore di versare un'indennità (pari al doppio del valore della superficie occupata) al proprietario del suolo, quale corrispettivo per ottenere giudizialmente il trasferimento coattivo del bene: è la c.d. accessione invertita disciplinata dall'art. 938 c.c., che deroga al principio *superficies solo cedit*. In tale ipotesi, il corrispettivo dovuto attuerebbe un'opera di bilanciamento tra il vantaggio del costruttore, che diventerebbe proprietario (anche se *ope iudicis*), e la perdita del proprietario di una parte del proprio fondo²⁵⁸.

In tema di accessione, dovrebbe parlarsi di corrispettivo dovuto al fine di evitare un ingiustificato arricchimento per l'obbligo del proprietario di pagare: al terzo il valore dei materiali altrui con cui ha fatto «costruzioni, piantagioni od opere» (art. 935, comma 1); al terzo l'aumento di valore del fondo che ha eseguito opere con i suoi materiali (art. 936, comma 2); in solido con il terzo, che ha costruito con materiali altrui, al proprietario di questi ultimi un'indennità pari al valore dei materiali in caso di mala fede (art. 937, comma 3)²⁵⁹. Pertanto, l'obbligazione – che sfugge all'ambulatorietà dell'obbligazione *propter rem* – dovrà essere corrisposta da chi è proprietario del fondo quando si realizza l'incremento di valore, visto che il debito dovrebbe porsi in capo a chi ha beneficiato dell'acquisto della proprietà a titolo originario²⁶⁰.

Autorevole dottrina, in base alle stesse considerazioni svolte circa gli artt. 936 e 937 c.c., ha escluso la natura reale dell'obbligo per il proprietario di corrispondere all'enfiteuta (art. 975 c.c.), all'usufruttuario (artt. 985, 986 c.c.), al possessore senza titolo (art. 1150 c.c.), un'indennità per miglioramenti e addizioni nella misura in cui è

²⁵⁷ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 90 s., traccia un parallelismo tra questa indennità di medianza e quella dovuta *ex art.* 42, comma 3, Cost., in caso di espropriazione forzata. Di onere personale parla anche Cass., 2 agosto 1950, n. 2316, in *Foro it. Rep.*, 1950, voce *Distanze*, 12-13, discostandosi dai precedenti che qualificavano tale indennità come obbligazione reale: Cass., 6 ottobre 1948, n. 1696, *ivi*, voce *ID.*, 9; App. Firenze, 30 maggio 1950, *ivi*, 1950, voce *Comunione*, 3. Inoltre, sempre di ingiustificato arricchimento dovrebbe parlarsi in ordine all'indennità dovuta *ex art.* 912 c.c. in favore dei proprietari del fondo che vedano diminuita la facoltà di utilizzare l'acqua non pubblica per ragioni inerenti l'agricoltura o l'industria: v. Cass., 3 dicembre 1994, n. 10401, in *Dir. e giur. agr.*, 1995, 285.

²⁵⁸ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 92; L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 171; M. PARADISO, *L'accessione al suolo. Artt. 934-938*, in *Il codice civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1994, 288.

In giurisprudenza v. Cass., 26 luglio 1968, n. 2700, in *Foro it.*, 1969, I, 95. Le medesime conclusioni potrebbero trarsi per l'art. 1127 c.c.: v. *infra*.

²⁵⁹ V. P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in *Trattato di diritto civile*, R. SACCO (diretto da), Torino, 2008, 93 ss.

²⁶⁰ V. Cass., 23 maggio 2012, n. 8163, in *Immobili e propr.* 2012, 8-9, 530 ss.

aumentato il valore del fondo²⁶¹. Anche in questi casi i miglioramenti e le addizioni verrebbero acquistate dal proprietario a titolo originario per accessione.

Tornando alla proprietà, deve escludersi la natura reale dell'obbligo per il proprietario di pagare il premio al ritrovatore della cosa smarrita *ex art. 930 c.c.*, per il quale sembra più plausibile parlare o di «compromesso tra la tutela del proprietario e il diritto risultante dall'invenzione»²⁶², visto che il ritrovatore è costretto a rinunciare ad acquistare la proprietà per invenzione, oppure di compenso dovuto al ritrovatore per l'onestà e il servizio reso²⁶³. Ancora di compenso dovrebbe parlarsi in relazione all'art. 929, comma 2, relativamente all'obbligo per il ritrovatore di corrispondere al Comune le spese necessarie alla conservazione quando abbia acquistato la proprietà per invenzione: il pagamento rappresenterebbe il corrispettivo dovuto all'Ente pubblico per la conservazione e/o la custodia, essendo depositario *ex lege*²⁶⁴.

Quanto all'enfiteusi, al netto delle considerazioni che verranno svolte in tema di oneri reali (v. *infra* par. 3.4.), e sebbene qualcuno inquadri l'obbligo di migliorare il fondo, ai sensi dell'art. 960 c.c., tra le obbligazioni reali, la prevalenza degli interpreti ha preferito fare riferimento al contenuto dell'istituto finalizzato a soddisfare interessi pubblici connessi alla maggiore produttività dei fondi agricoli²⁶⁵.

Secondo la migliore interpretazione²⁶⁶, invece, in ordine all'usufrutto occorre distinguere. L'obbligo del proprietario di riconoscere all'usufruttuario un'indennità per i miglioramenti e le addizioni (come per l'enfiteuta o il mero possessore) non sarebbero obbligazioni reali, in quanto la *ratio* andrebbe ricercata nell'art. 2041 c.c., ossia nell'interesse dell'ordinamento di evitare situazioni di ingiustificato arricchimento²⁶⁷. In tali casi non sarebbe ravvisabile un'alterazione del contenuto del diritto, che non viene né compresso né ampliato. Contestualmente non sembra dubbia la natura personale degli obblighi gravanti sul proprietario di rimborsare le spese che l'usufruttuario ha sostenuto – anticipandole – in suo luogo: riparazioni (art. 1006 c.c.); carichi annuali posti sulla proprietà (art. 1009, comma 2, c.c.); il capitale dei debiti o dei legati in caso di eredità in usufrutto (art. 1010, comma 2, c.c.)²⁶⁸.

²⁶¹ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 93 e nota 44, che, sebbene si dimostri dubbiosa circa l'esclusione di tali obblighi dalle obbligazioni reali, annovera tra gli obblighi personali i rimborsi spese per somme anticipate e spese sostenute dall'usufruttuario (artt. 1006, 1009, comma 2, 1010, comma 2, c.c.).

²⁶² Così O. BUCCISANO, voce *Invenzione (dir. privato)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 646

²⁶³ V. L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 246.

²⁶⁴ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 95.

²⁶⁵ ID., *op. ult. cit.*, 57; G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 45; ID., voce *Obbligazione*, cit., 668. Di diverso orientamento è E. FAVARA, voce *Enfiteusi*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1964, 548 ss., che tuttavia non distingue la categoria di obbligazioni reali da quella degli oneri.

²⁶⁶ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 97.

²⁶⁷ V. L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 148.

²⁶⁸ Cfr. U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (diretto da), IX, Torino, 1984, 990 ss. Di contro v. G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 18 e 147, nonché ID., voce *Obbligazione*, cit., 671.

Tuttavia, diverso trattamento meritano gli obblighi di pagamento dei carichi annuali gravanti sul reddito e sulla proprietà, posti rispettivamente a carico dell'usufruttuario e del proprietario, che, insieme ad alcuni obblighi afferenti alla comunione (v. *infra*) ed alla servitù (v. *infra*), sono sempre stati considerati gli unici esempi di obbligazioni *propter rem* legali e tipiche. In questi casi, infatti, si assiste ad un'estensione o ad una compressione – a seconda del diverso punto di vista (debitore o creditore) – del contenuto “ordinario” del diritto, dal momento che in un caso l'art. 1008, comma 1, c.c. prevede per l'usufruttuario l'obbligo di corrispondere – per l'intera durata del suo diritto – i «carichi annuali» gravanti sul reddito: imposte, canoni, rendite fondiari, e così via; nell'altro l'art. 1009, comma 1, c.c., pone a carico del proprietario l'obbligo di pagare i «carichi imposti sulla proprietà», e contemporaneamente sull'usufruttuario il dovere di corrispondere al proprietario gli interessi sulle somme pagate (similmente v. art. 1005, comma 3, c.c. in ordine agli interessi per le spese straordinarie)²⁶⁹.

È sorta qualche perplessità circa l'obbligo nascente dall'art. 1010, comma 1, c.c. a carico dell'usufruttuario di eredità di pagare «per intero, o in proporzione della quota, le annualità e gli interessi dei debiti o dei legati da cui l'eredità sia gravata», in quanto si è dibattuto se il diritto vantato dell'usufruttuario fosse qualificabile come usufrutto in senso proprio: solo in quest'ultimo caso sarebbe possibile parlare di obbligazione dipendente dalla titolarità del diritto²⁷⁰.

2.3. L'obbligazione reale nella comunione: l'art. 1104 c.c.

L'art. 1104, comma 1, c.c., pone a carico di ciascun partecipante alla comunione l'obbligo di contribuire alle spese «necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune», nonché a quelle «deliberate dalla maggioranza». In dottrina e in giurisprudenza è consolidato l'orientamento per cui tali obblighi abbiano natura reale²⁷¹.

²⁶⁹ Con la debita precisazione che in entrambe le ipotesi di obbligazioni reali tipiche occorrerebbe ripartire i carichi proporzionalmente tra *dominus* e usufruttuario a seconda della durata dei rispettivi godimenti: v. artt. 1008, comma 2, e art. 984, comma 2, c.c.

Pur considerando tali obblighi come *propter rem*, non bisognerebbe giungere alle conclusioni di M. ALLARA, *Le nozioni*, cit., 687 e 695 ss., che ha considerato l'usufrutto come proprietà temporanea limitata da un fascio di obbligazioni *propter rem*. Contesta tale estremo G. PUGLIESE, voce *Usufrutto (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1975, 329 s. e 332.

Con riguardo all'obbligo dell'usufruttuario di un immobile condominiale di corrispondere le spese *ex artt.* 1004 e 1005 c.c. v. Cass., 27 ottobre 2006, n. 23291, in *I Contratti*, 2007, 420.

²⁷⁰ Nel vigore del codice abrogato R. NICOLÒ, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Commentario del cod. civ.*, M. D'AMELIO (diretto da), *Libro della Proprietà*, art. 168-215, Firenze, 1942, 148 ss., parlava di insieme di vari usufrutti costituiti sui beni facenti parte del compendio ereditario. Nega la natura di usufrutto O. BUCCISANO, *Profili dell'universitas*, in *Scritti in onore di Pugliatti*, I, Milano, 1978, 361 s., propendendo per una situazione giuridica complessa e unitaria che costituisce oggetto di un interesse nuovo ed autonomo.

²⁷¹ Fra i tanti v. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, in particolare 111 ss. e nota 95, che *mutatis mutandis* include tra le obbligazioni reali anche l'art. 1123 c.c. in ambito di condominio. V. anche G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 16, che, in materia di comunione, distingue tra le ipotesi di obbligazioni *ob rem* connesse all'esercizio di un diritto di comunione (art. 1102 c.c.) e quelle poste a carico di ciascun

Non ha mancato di criticare a questa concezione chi ha ritenuto discendere gli obblighi in commento dallo stesso contenuto della proprietà o di altro diritto reale caduto in comunione. Non si tratterebbe di obbligazioni *propter rem* perché il dovere di contribuire alle spese sarebbe «elemento di struttura di ogni situazione reale e della proprietà in particolare»²⁷². Tale considerazione fonda le proprie radici nell'assunto che il diritto reale e la proprietà, pur costituendo un'unica posizione giuridica soggettiva, si compongono di poteri e di doveri che contribuiscono a conformarla. Così i partecipanti alla comunione hanno dei doveri di azione che diventano «operanti in presenza di uno stato di necessità» (spese necessarie per la conservazione e il godimento)²⁷³. Discorso analogo potrebbe svolgersi in relazione alle spese necessarie alla riparazione e ricostruzione del muro comune *ex art. 882 c.c. (v. infra)*. Tutti i comunisti hanno un interesse legittimo ad agire in esecuzione di quel dovere per conservare la *res* sia nel proprio interesse sia in quello collettivo; in alternativa hanno la facoltà di rinunciare al diritto in comune (art. 1104, comma 1, ultimo periodo), a

partecipante come tale (art. 1104 c.c.). Cfr. G. BRANCA, *Comunione – Condominio negli edifici*, in *Comm. cod. civ., Scialoja-Branca*, 6^a, Bologna-Roma, 1982, 159 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., 305; A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1636 s. In giurisprudenza, v. Cass., 30 ottobre 2003, n. 16359, in *Guida al dir.*, 2003, 49, 49; Cass., 22 febbraio 1963, n. 424, in *Riv. Dir. Agr.*, 1963, II, 354, che distingue tra la rinuncia (c.d. abdicativa) al diritto sulla cosa comune che farebbe venir meno gli obblighi ad essa connessi dallo scioglimento della comunione; Trib. Milano, 25 marzo 1968, in *Riv. Giur. edil.*, 1968, I, 2033; di recente v. App. Roma, 15 febbraio 2016, n. 991 e Trib. Taranto, 9 ottobre 2015, n. 3065: «Le obbligazioni conseguenti alla partecipazione ad un condominio negli edifici sono riconducibili al novero delle c.d. *obligationes propter rem*. La peculiarità dei diritti nascenti da tali obbligazioni è riconosciuta nella causa dell'*an debeatur*, che sorge ogniqualevolta l'ordinamento giuridico preveda la necessità di compiere interventi sul bene che contrastino col *non facere* tradizionalmente ritenuto facoltà indefettibile del contenuto del diritto di proprietà».

²⁷² F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 213 ss.; L. BARASSI, *Proprietà*, cit., 752, che riteneva il disposto dell'art. 1104 fonte di un diritto del proprietario che ha interesse che la cosa non perisca, ed anche di un dovere, perché la legge tenda ad impedire che la cosa perisca, ove nasca un dissidio tra chi vuole conservare la *res* e chi non se ne preoccupa.

Insomma, il (con)titolare è tenuto alle spese per il solo fatto di essere titolare del diritto, così come è tenuto all'esercizio del diritto nei limiti interni ed esterni. In caso di inadempimento, invece, non sarebbe peregrino parlare di obbligo *ex art. 2041 c.c.* Se il contitolare non dovesse provvedere alla contribuzione delle spese si avrebbe l'indebita conseguenza per cui quest'ultimo si arricchirebbe a spese degli altri contitolari del diritto sulla *res*. Del resto, proprio la stessa dottrina (v. *infra* Bigliuzzi Geri) che qualifica gli obblighi *ex art. 1104* come *ob rem*, non manca di rilevare come nelle ipotesi di cui agli artt. 1069, comma 3, e 1045 c.c., si verta in tema di ingiustificato arricchimento e non di obbligo reale. Ora, al netto della considerazione per cui l'art. 1104 si rivolge alle spese compiute in relazione ad uno stesso diritto da più contitolari, mentre gli artt. 1069, comma 3, e 1045 si riferirebbero ad un vantaggio percepito dal titolare di un diritto reale diverso rispetto a quello di cui è titolare chi ha sopportato la spesa o eseguito l'opera (rapporto fondo servente/fondo dominante), dovrebbe rilevarsi che in entrambi i casi si avrebbe un ingiustificato arricchimento da parte o del titolare del fondo dominante o del contitolare del diritto che siano rimasti inerti.

²⁷³ Così F. ROMANO, *op. cit.*, 222 ss., che estende le stesse considerazioni svolte per l'art. 1104 c.c. agli artt. 865 e 838 c.c.: sono analoghi gli obblighi nascenti dal piano di bonifica (art. 865 c.c.), dove il proprietario ha un dovere assoluto verso lo Stato (attuare il piano di bonifica), che se non fosse rispettato, determinerebbe il venir meno della posizione giuridica qualificata (proprietà) attraverso l'espropriazione.

Pure G. BRANCA, *Comunione*, cit., 160, che, sebbene ritenga gli obblighi in questione come reali, afferma che «la cosa è comune» pertanto «occorre evitarne il deterioramento, questo è l'interesse della comunione e perciò un dovere di tutti coloro che [...] hanno un diritto sul bene».

condizione che, prima della rinuncia, non abbiano «anche tacitamente approvato la spesa» (art. 1104, comma 2)²⁷⁴.

Tale soluzione – similmente a quanto osservato (*supra* par. 2.1.) in ordine all’art. 1102 c.c. – parrebbe preferibile perché, nel caso di specie, essendo presente il carattere di eventualità dell’obbligazione (conservazione) che è tipico dell’o. *p.r.* (per come ricostruita), non sembra esserci alcuna estensione o compressione del contenuto ordinario del diritto o alcuno scopo di soddisfare interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli a cui normalmente l’esercizio del diritto tende. Anzi, sembra più verosimile individuare un limite esterno del diritto, perché afferente alle sue modalità di esercizio: l’adempimento di quell’obbligo, essendo tendente alla conservazione del bene su cui il diritto si esercita, pare rientrare nel contenuto tipico del diritto realizzandone l’interesse ordinario: se non fosse adempiuto, il bene verrebbe meno, e con esso il diritto. In sintesi, il contitolare, per il solo fatto di esercitare il diritto dovrà anche adempiere agli obblighi da esso nascenti poiché *tertium non datur*: il contitolare o adempie o rinuncia al diritto per volontà propria od *a fortiori* per scongiurare l’estinzione del bene, che si verificherebbe se nessuno dovesse sostenere le spese per sua la conservazione. L’obbligo peraltro sarebbe ambulatorio perché un’eventuale avente causa subentrerebbe in un diritto avente quel determinato contenuto (ed esigenze di conservazione).

Peraltro, la stessa previsione normativa non pare alludere ad obblighi ulteriori rispetto a quelli che dovrebbero costituire il contenuto del diritto. Detto altrimenti, l’art. 1104 c.c. non sembra estendere o comprimere la struttura intima del diritto, diversamente da quanto accade generalmente con le obbligazioni reali, quando è il legislatore a lasciare margini di autonomia ai privati: liberi di introdurre “nuovi” obblighi, tali da estendere il contenuto del diritto reale, purché non vengano violati i principi essenziali di questo come accade – ad esempio – nell’art. 1030 c.c.

Di contro, l’annessione dell’obbligo di contribuzione alla schiera delle obbligazioni *propter rem* troverebbe la sua giustificazione nel principio *cuius commoda eius et incommoda esse debent*: il comproprietario (o il contitolare di altro diritto reale), quale singolo comunista, è tenuto ad un *agere necesse*, perché godendo della titolarità del diritto a cui accede l’*obligatio*, sarà pure tenuto a subire i riflessi negativi di questo godimento²⁷⁵.

²⁷⁴ Per F. ROMANO, *op. ult. cit.*, 220 ss., nel caso di specie si potrebbe rinunciare al solo diritto reale e non anche all’obbligo di contribuzione; e ciò ad ulteriore riprova del fatto che, nel caso di specie, non potrebbe parlarsi di obbligazione reale perché mancherebbe l’ambulatorietà dell’obbligo: ai sensi dell’art. 1104, comma 3, il cedente del diritto resterebbe obbligato in solido con il cessionario per il pagamento dei contributi dovuti e non versati.

²⁷⁵ Cfr. M. DOSSETTO, voce *Comunione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 872; L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 23, 48 ss. e nota 155, nonché 112. Tale considerazione si inserisce nel pensiero dell’A., là dove ritiene che la realtà dell’obbligazione *p. r.* si esplicherebbe nel collegamento con il diritto di cui il debitore è titolare: non vi sarebbe così l’inerenza tipica degli *iura in re* per cui la situazione di vantaggio del titolare si esplicherebbe nel collegamento con il bene (inerenza). In

Un'altra tesi considerava *ob rem* tali obblighi sul presupposto che questi agevolerebbero «la coesistenza di più diritti reali sulla stessa cosa» al pari di qualsiasi altra obbligazione reale²⁷⁶. La *res* “comune” avrebbe al contempo una destinazione e un limite: il godimento del bene da parte di tutti e di ciascuno. Un godimento che per essere assicurato potrebbe dar luogo a spese che tutti i comunisti devono sopportare, non tanto perché ciascuno beneficia dei vantaggi della cosa (*cuis commoda eius et incommoda*), quanto perché la *res* è destinata ad essere utilizzata in funzione di un godimento comune. L'obbligo così permetterebbe e faciliterebbe la coesistenza di più diritti reali sulla stessa *res*: il comunista è tenuto «a contribuire alla spesa la cui necessità matura e risulti quando egli è comunista» perché ha un diritto sulla cosa, «che deve essere custodita e offre utilità»; l'obbligo sorge quando vi è «necessità di intervento nel nome di un'esigenza collettiva».

Questa ultima interpretazione è parsa valida nel limite in cui la comunione sia inquadrata non come contitolarità di più soggetti su uno stesso diritto, bensì come concorso di diritti di più soggetti su uno stesso bene, di cui gli obblighi in questione tendono a consentire la coesistenza²⁷⁷. Detto diversamente, se ne è affermata la validità a condizione che si optasse per la concezione germanistica di comunione, che allude ad una proprietà plurima collettiva a discapito di quella romanistica c.d. atomistica: il primo orientamento “soggettivizza” il gruppo dei comunisti creando un'entità collettiva distinta rispetto ai singoli soggetti che la compongono; il secondo orientamento, invece, ricostruisce la comunione all'ombra del *dominium* di stampo romanistico, per cui si tratterebbe di una compartecipazione di più soggetti all'unico diritto secondo quote ideali²⁷⁸.

Sebbene non sia questa la sede opportuna per ricordare i precedenti storici o analizzare i vari momenti della ricostruzione dell'istituto della comunione²⁷⁹, basti qui considerare che tra gli orientamenti poc'anzi illustrati quello più idoneo a spiegare le *o. p. r.* in relazione alla comunione – sempre che si accolga questa impostazione – è il secondo. Sarebbe limitata da sé stessa l'affermazione per cui gli obblighi, di cui all'art. 1104, sono “reali” se ed in quanto permettano la coesistenza di più diritti reali sulla

particolare, l'obbligazione reale troverebbe la propria ragione giustificativa nella titolarità del diritto reale, specificandosi nella funzione di esercizio o conservazione del diritto altrui (es. artt. 1030 e 1069, comma 2, c.c.), nella realizzazione di interessi di carattere generale (se si ammettesse la validità di *o. p. r.* atipiche), o – appunto come accade in materia di comunione – nel principio per cui chi gode dei vantaggi deve anche subire gli svantaggi della titolarità del diritto.

²⁷⁶ Così G. BRANCA, *Comunione*, cit., 155 s. e 159 s., che distingue tra spese necessarie per cui l'obbligazione reale nasce *ex lege*, e spese utili o voluttuarie, che vengono decise dalla maggioranza. Infatti, anche se una deliberazione assembleare serve per entrambe, non si può far a meno di rilevare che questa solo nel secondo caso diventerebbe fonte dell'obbligazione.

²⁷⁷ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 112 e nota 97, per la quale, se così fosse, non si tratterebbe tanto di coesistenza di diritti quanto di ripartizione dei carichi di godimento.

²⁷⁸ Cfr. L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 173 s.

²⁷⁹ Per una ricostruzione in materia di comunione si rinvia a U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 243 s. e 260 ss.

medesima *res*, perché si finirebbe per non riscontrarne gli estremi negli artt. 1100 ss. c.c. che, senza alludere al concorso di più diritti, disciplinano esclusivamente la contitolarità di più soggetti su uno stesso diritto. Viceversa, l'art. 1100, in combinato disposto con l'art. 1101, comma 1, sembra proprio alludere alla concezione atomistica, riferendosi alla «proprietà o [ad] altro diritto reale [che] spetta in comune a più persone», le cui «quote [di] partecipanti alla comunione si presumono uguali». In tal senso, ben si comprende come sembri maggiormente fondata la tesi per cui le obbligazioni *propter rem* rispondano al principio *cuius commoda eius et incommoda esse debent*²⁸⁰: la funzione della comunione è il godimento comune, ma il singolo è tenuto in quanto utilizza la *res*.

Chi annette gli obblighi dei comunisti alle o. p. r. ritiene che per confutare questo assunto non basti affermare che un'interpretazione dell'art. 1104 di questo tenore dia vita ad una duplicazione dell'art. 1101, comma 2, e che quindi sia preferibile porre l'obbligo di contribuire alle spese «a carico di tutti [i comunisti] non tanto perché ciascuno beneficia della cosa [...], quanto perché la destinazione di questa [*res*] è precisamente quella di essere utilizzata e la funzione dell'istituto sta nel godimento di essa»²⁸¹. Infatti, l'art. 1101, comma 2, si limita a fissare i criteri di attribuzione di vantaggi ed oneri tra i comunisti, mentre l'art. 1104 definisce espressamente gli obblighi posti a carico del singolo contitolare e il modo attraverso cui liberarsene (rinuncia)²⁸².

Chi ha assunto come preferibile la tesi che vuole il principio *cuius commoda eius et incommoda* quale criterio giustificativo della realtà delle obbligazioni, previste *ex art.* 1104 (sempre che non si preferisca – come invece parrebbe – ricondurle nell'alveo del contenuto intimo del diritto), ha precisato che tra questi obblighi non potrebbero rientrare quelli provocati dal fatto del singolo partecipante alla comunione, che ne risponderebbe esclusivamente e personalmente *ex art.* 2043 c.c.: nel caso di specie l'*obligatio* sarebbe personale e non reale.

L'art. 1104 distingue tra spese di conservazione e di godimento. La giurisprudenza più recente e maggioritaria accentua la distinzione tra le due voci di spese ritenendo che solo le spese di conservazione rientrano tra le obbligazioni *propter rem*²⁸³. Il fatto

²⁸⁰ Cfr. *ex plurimis* L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 135; M. COMPORI, *La comunione*, in *Istituzioni di diritto privato*, M. BESSONE (a cura di), Torino, 1998, 425; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 157 s.; A. PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. civ.*, III, Torino, 1998, 158.

²⁸¹ Così G. BRANCA, *op. ult. cit.*, 155 s. e 159, il quale riteneva come l'obbligo di contribuzione di cui all'art. 1104 non potesse annettersi alle obbligazioni reali in base al principio *cuius commoda eius et incommoda*.

²⁸² Per la giurisprudenza, però, il comunista non potrebbe mai esimersi dal pagamento delle spese necessarie ed indifferibili, ancorché abbia manifestato il proprio dissenso: cfr. Trib. Roma, 4 luglio 2000, in *Giur. romana*, 2000, 445.

²⁸³ V. Cass., 2 luglio 2001, n. 8924, in *Arch. Loc.*, 2001, 5, 711; Cass., 12 novembre 1997, n. 11152, in *Il Sole 24 Ore, Ventiquattrore Avvocato*, 2006, 11, 22; Cass., 17 maggio 2012, n. 7763, in *CED Cassazione*, 2012.

di escludere le spese inerenti al godimento della *res* dal novero delle obbligazioni reali implica che il comunista potrebbe sottrarsi al pagamento e conseguentemente al rimborso in favore di colui che abbia erogato in via anticipata le somme per il godimento della cosa comune, a differenza di quanto accadrebbe per quelle di conservazione²⁸⁴. Alla base di questa considerazione si pone l'art. 1110 c.c., che riserverebbe alle sole spese di conservazione il diritto al rimborso per il partecipante che le ha sostenute in autonomia.

In realtà, un'isolata giurisprudenza ha ritenuto di poter interpretare analogicamente l'art. 1110 e di estenderne la disciplina anche alle spese di godimento attraverso una lettura congiunta con l'art. 1104²⁸⁵. Tuttavia, si è espressa l'inammissibilità di un'interpretazione analogica della norma stante il suo carattere eccezionale: l'obbligo di contribuire alle spese di conservazione avrebbe una *ratio* di salvaguardare l'integrità della cosa comune non ravvisabile per le spese di miglior godimento²⁸⁶. Diverso è il significato: la «conservazione designa l'attività di custodire, mantenere una cosa in modo che duri a lungo»; di contro «il godimento attiene all'uso [...] significa ricavare dalla cosa le utilità [...] in conformità con i poteri e le facoltà compresi nel diritto esercitato»²⁸⁷. Diversa è inoltre la fonte dell'obbligo, che in un caso è originato dal diritto mentre nell'altro da un fatto: le spese di conservazione si ripartiscono in proporzione alle quote perché dovute in ragione della titolarità, mentre quelle di godimento si imputano e si suddividono in proporzione all'uso perché sono originate da un fatto soggettivo e personale, visto che il godimento di un partecipante può variare rispetto a quello di un altro. In tal senso, l'obbligazione *propter rem* ha senso

²⁸⁴ V. da ultimo Cass., 29 settembre 2011, n. 19893, in *Immobili e propr.*, 2011, 802, con nota di L. SALCIARINI, *Il distacco unilaterale dell'impianto di riscaldamento: tra clausola di divieto e risparmio energetico*; nonché Trib. Roma 15 novembre 2011, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*, circa la possibilità per il singolo condomino di distaccare il proprio impianto di riscaldamento da quello centralizzato (purché non aggravi l'utilizzo degli altri condomini), facendo così venir meno l'obbligo di contribuire alle spese di solo godimento, salvo che non benefici comunque del riscaldamento collettivo per cui dovrà pagare in proporzione; Cass., 1 agosto 2003, n. 11747, in *Foro It.*, 2003, 11, 2961, I, per cui sarebbero spese di conservazione quelle per l'irrigazione del giardino ma non quelle per l'approvvigionamento del combustibile.

Ma la posizione non è univoca: v. Cass., 27 agosto 2002, n. 12568, in *Giust. civ.*, 2003, 363, con nota di R. TRIOLA, *Osservazioni in tema di spese necessarie alla conservazione della cosa comune*, che in tema di condominio – non ritenendo più condivisibile l'interpretazione degli artt. 1104 e 1110 per cui le spese di conservazione divergerebbero da quelle di godimento – ha ritenuto che alcuni servizi essenziali, quali la fornitura di energia elettrica o il riscaldamento, siano indispensabili ai fini della fruibilità piena dell'unità immobiliare; pertanto, siccome tali servizi insieme alle componenti strutturali permetterebbero all'edificio di svolgere la sua funzione, allora le relative spese dovrebbero essere considerate alla stregua di quelle necessarie.

²⁸⁵ V. Cass., 27 agosto 2002, n. 12568, cit., che, in tema di condominio – non ritenendo più condivisibile l'interpretazione degli artt. 1104 e 1110 per cui le spese di conservazione divergerebbero da quelle di godimento –, ha ritenuto che alcuni servizi essenziali, quali la fornitura di energia elettrica o il riscaldamento, siano indispensabili ai fini della fruibilità piena dell'unità immobiliare; pertanto, siccome tali servizi, insieme alle componenti strutturali, permetterebbero all'edificio di svolgere la sua funzione, le relative spese dovrebbero essere considerate alla stregua di quelle necessarie.

²⁸⁶ V. R. TRIOLA, *op. cit.*, 364.

²⁸⁷ Così Cass., 1 agosto 2003, n. 11747, cit.

solo in relazione alle spese di conservazione, che manifestano un «nesso immediato tra obbligazione e la *res* non modificato dall'interferenza di nessun elemento soggettivo», e dove quindi «il *quantum* resta sempre commisurato alla proporzione espressa dalla quota che, per determinazione normativa, esprime la misura dell'appartenenza»²⁸⁸. Così, solo le spese di conservazione andrebbero rimborsate al comunista, che le ha anticipate perché ha impedito il deterioramento della *res* e, quindi, l'estinzione del diritto. Viceversa, non sarebbero rimborsabili le spese per incrementare il godimento perché il comunista le ha anticipate per un suo godimento soggettivo, a condizione però che di queste non si avvantaggi anche il comunista rimasto inerte. Soluzione, quest'ultima, che in definitiva appare sensata.

D'altra parte, al di là del prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale, non sembra potersi trascurare che solo le spese di godimento appaiono *prima facie* portate ad estendere il contenuto ordinario del diritto a differenza delle spese di conservazione (*v. supra*), potendosi pertanto qualificare come *propter rem*. Se la conservazione del bene è la *condicio sine qua non* per l'esercizio del diritto, non altrettanto potrebbe dirsi per il godimento, che è una facoltà lasciata al titolare del diritto reale, che potrebbe essere incrementata sostenendo determinate spese e che obbligherebbe il (con)titolare, che volesse avvantaggiarsi di quel godimento ulteriore rispetto a quello normale e ordinario del bene, a sopportare le relative spese.

Infine occorre segnalare che la giurisprudenza ha pure ritenuto che l'art. 1104 esprima un'obbligazione *propter rem* avente mero contenuto di *dare*. La Cassazione, infatti, ha affermato che le obbligazioni assunte non possono consistere in un *facere* perché queste sono «incompatibili con la disciplina giuridica della comunione, che mai prevede che alcun comunista possa pretendere da altri l'impegno personale a compiere attività necessarie o utili per il godimento del bene comune, ma solo obbligazioni di contribuzione in denaro»²⁸⁹. In tal senso, sembra esprimersi del resto lo stesso art.

²⁸⁸ V. Cass., 19 giugno 2000, n. 8292, in *Mass. giur. it.*, 2000, che ha ritenuto spese di mero godimento quelle per il combustibile e l'energia elettrica occorrenti per l'impianto di riscaldamento, quelle relative alla piccola manutenzione dell'impianto, che, se anticipate, non andrebbero rimborsate. Di contro, sono spese di conservazione le spese per l'acqua potabile e per l'irrigazione del giardino.

²⁸⁹ Cfr. Cass., 12 novembre 1997, n. 11152, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1997, 2, 311; Cass., 20 novembre 1996, n. 10214, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1997, 2, 265 ss., in ordine al diritto per il condomino di sottrarsi alle spese per il godimento dell'impianto di riscaldamento centralizzato, ma non a quelle per la sua conservazione: *v. Cass.*, 7 settembre 1978, n. 4045, in *Foro it.*, 1979, I, 724, con nota critica di M. LUPO COSTI, «Un caso di obbligazione "propter rem"?, in ordine all'opponibilità ai terzi dell'obbligo – assunto nell'atto di vendita dal primo acquirente – di creare una strada e ampliarne un'altra su un fondo comune, al fine di costituire una servitù di passaggio a favore di entrambi i proprietari e di sopportarne le relative spese di manutenzione.

Contra v. M. LUPO COSTI, loc. ult. cit., per la quale la soluzione del caso concreto avrebbe dovuto ricercarsi non nelle norme della comunione, bensì in quelle della servitù ed in particolare nell'art. 1030 c.c.: l'obbligazione *propter rem*, infatti, avrebbe consentito di rendere possibile l'utilità per cui il diritto era stato costituito. Ma *v. anche L. MANNA, op. cit.*, 179, che ha ritenuto quest'ultima soluzione difficilmente generalizzabile, come sembra confermare la giurisprudenza recente: *v. Cass.*, 11 maggio 1994, n. 4574, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 639, che, in un caso in cui il singolo acquirente di un'area lottizzata si era obbligato con l'atto di compravendita ad adibire una parte del proprio fondo a passaggio

1104, che si riferisce solo all'obbligo di contribuire alle «spese» senza alludere al compimento di opere o allo svolgimento di attività.

2.3.1. Segue: l'art. 882 c.c.

L'art. 882 c.c. – stante il parallelismo con l'art. 1104 c.c. – viene ricondotto alla schiera delle obbligazioni *propter rem*. Secondo i fautori di questa interpretazione l'obbligazione reale sarebbe ravvisabile nell'obbligo di contribuire alle spese di riparazione e di ricostruzione necessaria del muro comune²⁹⁰.

La norma al primo comma precisa che la causa di contribuzione necessaria alle spese non debba essere stata provocata da un fatto proprio di uno dei partecipanti alla comunione. In quest'ultimo caso non si dovrebbe più parlare di obbligazione reale ma personale *ex art. 2043 c.c.*, in quanto il singolo contitolare del diritto avrebbe dato causa all'obbligo di ricostruzione o di riparazione con una propria condotta dolosa o colposa²⁹¹. Va da sé che in quest'ultima ipotesi l'obbligo di contribuzione, essendo obbligazione meramente personale risarcitoria, non potrebbe trasferirsi sull'avente causa del danneggiatore, facendo così venire meno l'ambulatorietà.

Analogamente la giurisprudenza ha specificato che, siccome l'art. 882 sembra riferirsi alle spese necessarie “durante la comunione”, una volta cessata in caso di distruzione del muro, l'obbligo di erogare le spese di ricostruzione da parte del singolo comunista costituirebbe una prestazione personale e non reale, a cui pertanto sarebbe tenuto solo il comunista o il suo successore a titolo universale, ma non anche quello a titolo particolare²⁹².

in favore di altri lotti con contestuale obbligo di partecipare alle spese di manutenzione, ha affermato costituirsi una comunione avente ad oggetto la strada.

²⁹⁰ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 115 s. in giurisprudenza v. Cass., 4 aprile 1973, n. 940, in *Foro it.*, 1973, I, 3433, Cass., 20 agosto 1981, n. 4944, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, VIII. Di recente v. Cass., 5 maggio 2016, n. 9034, in *Leggi d'Italia*; Cass., 5 maggio 2008, n. 11020, *ivi*; nonché Cass., 25 novembre 2003, n. 17899, in *Arch. Civ.*, 2004, 9, 1075. *Contra* v. Cass., 9 luglio 1940, in *Giur. it.*, 1941, I, 1, 85. Alcune sentenze, peraltro, hanno precisato che deve trattarsi sempre di spese necessarie e non voluttuarie perché possa parlarsi di obbligazione reale: v. Cass., 20 agosto 1981, n. 4944, in *Rep. Giust. civ.*, 1981, voce *Distanze legali*, 53; Trib. Vicenza, 7 luglio 1971, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1971, I, 908; ma *contra* v. Cass., 27 agosto 2002, n. 12568, *cit.*

L. MANNA, n. *op. cit.*, 181, ricorda che qualche sentenza ha esteso l'applicazione di questa norma al condominio attraverso una lettura in combinato disposto con l'art. 1123 c.c. Così ad essere obbligato alle spese non sarebbe solo chi sia proprietario del muro quando le spese si rendono necessarie, ma anche tutti i condomini se questo muro è indispensabile per l'esistenza del condominio, insistendo su questo una comunione di godimento: v. Cass., 30 marzo 1994, n. 3089, in *Mass. giur. it.*, 1994; Cass., 15 febbraio 1996, n. 1154, in *Foro it.*, 1996, I, 2127.

²⁹¹ Sul punto, in realtà, F. DE MARTINO, *Beni in generale – Proprietà*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1976, 317, ha ritenuto che la responsabilità del contitolare del diritto, che abbia cagionato la causa di riparazione, debba valutarsi in senso oggettivo, a prescindere cioè da dolo e colpa. Di contro L. BIGLIAZZI-GERI, *loc. ult. cit.*, si è opposta affermando che se si desse vita ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva si rischierebbe di assimilare il danno cagionato dal comproprietario a quello determinato da un evento naturale, con l'indebita conseguenza per cui tutti i contitolari sarebbero obbligati quando anche un singolo con la sua condotta abbia determinato il danno.

²⁹² V. App. Cagliari, 27 gennaio 1969, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1969, 241.

Anche per l'art. 882²⁹³, tuttavia, non pare remota la possibilità di richiamare le considerazioni già svolte in ordine all'art. 1104 c.c. e considerare gli obblighi di cui all'art. 882 come rientranti nel contenuto del diritto piuttosto che come o. p. r. Anche qui la riparazione del muro o la sua ricostruzione tendono più alla conservazione del bene su cui il diritto viene esercitato che non all'estensione del contenuto tipico del diritto, o alla realizzazione di un interesse ulteriore rispetto a quello perseguito con l'esercizio del diritto. Anche qui la norma non lascia margini all'autonomia privata per estendere il contenuto del diritto. La ricostruzione o la riparazione del muro sono condizioni necessarie per l'esercizio del diritto, dato che se l'obbligo non fosse adempiuto il diritto in un caso il diritto cesserebbe di esistere e nell'altro risulterebbe menomato. Tutti i comunisti così, per solo fatto di essere titolari e per continuare ad esercitare appieno il diritto, dovranno contribuire alle relative spese.

2.3.2. Segue: il condominio di edifici. Il regolamento di condominio e il problema dell'atipicità: inquadramento del problema e rinvio.

Da sempre il condominio negli edifici è considerato un terreno fertile per la costituzione di obbligazioni reali. Per tale istituto – di cui si è discussa a lungo la natura²⁹⁴ – sono state svolte valutazioni analoghe a quelle viste in tema di comunione, di cui il condominio è considerato diretta espressione.

²⁹³ Sempre in tema di proprietà, qualcuno ha colto ipotesi di obbligazioni *propter rem* negli artt. 883 ed 886 c.c.: cfr. L. MANNA, *op. cit.*, 182 s.; nonché A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1644.

V. anche in giurisprudenza Cass., 19 ottobre 1998, n. 10325, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 2111, che, nell'ipotesi in cui il proprietario aveva iniziato un'opera di demolizione arrecando danni al vicino senza compiere opere di consolidamento, aveva ritenuto che l'obbligo del proprietario, «il quale costituisce oggetto di un'obbligazione *propter rem* [...] non si estende [...] ai danni ascrivibili causalmente alla condotta di altri soggetti». E ciò anche se in realtà l'obbligo sembra più che altro ricondursi al *neminem laedere* che verrebbe violato per colpa omissiva.

In relazione all'art. 886 v. Cass., 8 settembre 1986, n. 5467, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1986, I, 900: «l'obbligo del confinante in ordine alla costruzione del muro comune integra un'ipotesi di “*obligatio propter rem*”, la quale incombe sui soggetti che si trovano in rapporto diretto con l'immobile al tempo della domanda». Ma v. anche Cass., 12 luglio 2004, n. 12819, in *Gius.*, 2004, 4190 e Cass., 18 dicembre 1986, n. 7675, in *Mass. giust. civ.*, 1986, XII, che hanno stabilito come non vi sia l'obbligo di contribuzione se l'altezza sia inferiore ai tre metri e purché lo stesso sia in pura muratura; oppure Cass., 15 marzo 1982, n. 1687, in *Mass. giust. civ.*, 1982, III e App. Napoli, 2 marzo 1988, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1988, I, 549, che hanno stabilito come non vi sia obbligo di contribuzione per un'altezza superiore ai tre metri; infine v. Trib. Cagliari, 11 aprile 1996, in *Riv. Giur. sarda*, 1997, 681, per cui l'obbligo è solo di *dare* e non di *facere*.

²⁹⁴ La giurisprudenza recente qualifica il condominio come ente di gestione a partecipazione necessaria di tutti i proprietari (anche di sole porzioni di piano), «sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei singoli condomini»: v. Cass., 17 agosto 2011, n. 17331, in *Immobili e propr.*, 2011, 729; Cass., 16 maggio 2011, n. 10717, in *Corriere giur.*, 2011, 909, con nota di V. CARBONE, *Legittimazione ad impugnare dei condomini*. Di contro v. Cass., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148, in *Giur. it.*, 2009, 347, con nota di G. PELLEGRINO, *La soluzione sbagliata di un problema giusto: la sentenza Cassazione, sezioni unite, 8 aprile 2008, n. 9148*, che ha decretato la parziarietà delle obbligazioni condominiali: «Sono imputate ai singoli, in proporzione delle rispettive quote, le obbligazioni assunte nel cosiddetto “interesse del condominio”, in relazione alle spese per la conservazione e per il godimento delle cose comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza». Tale ultimo indirizzo è stato di recente confermato da Cass., 30 gennaio 2012, n. 1289, in *Guida al dir.*, 2012, 12, 68.

Il parallelismo con la comunione è parso soprattutto evidente negli artt. 1118 e 1123 c.c., che, in ordine al carico delle spese ed alla loro distribuzione tra i condomini, ripropongono la regola contenuta nell'art. 1104 c.c.²⁹⁵. L'art. 1118 afferma la proporzionalità tra il diritto del condomino e il valore dell'immobile, salva la diversa disposizione del titolo o la rinuncia al diritto sulle parti comuni; l'art. 1123, a meno di una differente disciplina, stabilisce che le spese necessarie alla conservazione ed al godimento delle parti comuni, nonché alla prestazione dei servizi nell'interesse comune ed alle innovazioni volute dalla maggioranza, sono proporzionali al valore della proprietà (comma 1), all'uso, se destinate a servire in misura diversa i condomini (comma 2), all'utilità che il singolo condomino può trarne (comma 3).

Per queste ipotesi gli interpreti ritengono plausibile parlare di obbligazione *propter rem*, poiché alla (con)titorialità del diritto reale si accompagnerebbe un obbligo di contribuire al pagamento delle spese²⁹⁶. Segnatamente, la giurisprudenza ha affermato che «le obbligazioni dei condòmini di concorrere nelle spese per la conservazione delle parti comuni si considerano [...] *propter rem*, perché nascono come conseguenza della contitorialità del diritto sulle cose, sugli impianti e sui servizi [...]»²⁹⁷. Si è inoltre precisato che la genesi di questa obbligazione – che segue il diritto e con questo si trasferisce – dovrebbe essere individuata solo nel momento in cui è necessario procedere alla conservazione della *res*²⁹⁸.

Parallelamente anche gli obblighi contenuti negli artt. 1124, 1125, 1126²⁹⁹ e 1128 c.c., che rappresentano specificazioni del disposto dell'art. 1123, sono stati considerati di natura reale, perché guidati dal principio *cuius commoda eius et incommoda*.

²⁹⁵ In dottrina *ex plurimis* v. G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 59 ss.; G. BALBI, voce *Obbligazione*, cit., 666; L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 184 s.

²⁹⁶ Un definizione forse eccessivamente semplice e generica, che non offre un criterio univocamente certo per distinguere la fattispecie in commento dal contenuto o dal limite del diritto.

²⁹⁷ Così Cass., 18 aprile 2003, n. 6323, in *Riv. Giur. edil.*, 2004, I, 102. Ma v. *ex plurimis* Cass., 27 dicembre 2004, n. 23994, in *Guida al dir.*, 2005, 5, 40; Cass., 2 luglio 2001, n. 8924, in *Mass. giust. civ.*, 2001, 1317; Cass., 12 novembre 1997, n. 11152, in *Foro it.*, 1998, I, 1105; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13160, in *Arch. Loc.*, 1992, 567.

²⁹⁸ La giurisprudenza prevalente nega così che l'obbligazione sorga per effetto dell'approvazione assembleare, che avrebbe invece mero carattere autorizzativo dell'opera, sicché ad essere obbligato alle relative spese non sarebbe il condomino proprietario al tempo della delibera dell'assemblea, ma chi è proprietario all'epoca dell'effettiva esecuzione: cfr. Cass., 12 luglio 2011, n. 15309, in *Arch. Loc.*, 2012, 3, 316; Cass., 3 dicembre 2010, n. 24654, in *Corr. giur.*, 2013, 1175, con nota di V. CARBONE, *Vendita di immobili e lavori di straordinaria amministrazione*; Cass., 14 marzo 1987, n. 2658, in *Arch. Loc.*, 1987, 270; Cass., 18 aprile 2003, n. 6323, cit.; Trib. Firenze, 15 ottobre 1999, in *Gius.*, 2000, 1714. *Contra* v. però Cass., 2 febbraio 1998, n. 981, in *Foro it.*, 1998, I, 2203; Cass., 26 ottobre 1996, n. 9366, in *Arch. Loc.*, 1997, n. 238, nonché in dottrina G. ROTA, *Cessione dell'immobile e ripartizione delle spese condominiali*, in *Immobili e propr.*, 2009, 80 ss., che ravvisa come questa interpretazione dia vita ad un difetto di coordinamento con il principio *cuius commoda eius et incommoda*.

²⁹⁹ La giurisprudenza estende la disciplina dell'art. 1126 c.c. prevista per il lastrico solare anche all'impianto di fognatura: Cass., 6 dicembre 1991, n. 13160, cit., ha stabilito che il condomino è comunque comproprietario dell'impianto di fognatura sebbene la sua unità abitativa sia collegata all'impianto di altro condominio e perciò dovrà contribuire alle spese, anche se queste ultime vengano suddivise secondo il diverso utilizzo e non in proporzione al valore della proprietà.

Come per la comunione (v. *supra* par. 2.3.), anche per il condominio ci si è chiesti se fosse opportuno distinguere le spese “di conservazione” da quelle “di godimento”, nonché se ricondurre queste ultime alla categoria delle obbligazioni reali. Prima della riforma che ha coinvolto il condominio nel 2012 si dibatteva circa la possibilità per il condomino di non partecipare alle spese di godimento di un bene di cui non facesse uso³⁰⁰. Si fronteggiavano due posizioni³⁰¹. Da un lato, *ex art.* 1104 c.c., si considerava legittima la rinuncia del singolo condomino all’utilizzo dell’impianto di riscaldamento o condizionamento centralizzato (purché non ne fosse alterato il funzionamento complessivo o fosse determinato un aggravio di spese per gli altri), visto che il distacco dall’impianto avrebbe consentito solo l’esonero dalle spese di godimento, e non anche da quelle di conservazione dell’impianto che sono *propter rem*: queste ultime, essendo poste a tutela dell’integrità materiale del bene comune di cui tutti i condomini, venivano considerate legate al diritto di ogni proprietario³⁰². Dall’altro lato, in epoca più risalente, si riteneva illegittima una rinuncia di questo tipo, al fine di evitare che il distacco unilaterale potesse alterare l’equilibrio termico complessivo³⁰³. L’argomentazione era svolta alla luce dell’art. 1102, che nega al singolo comunista di fare uso della cosa comune in modo da alterare la destinazione economica del bene o impedire agli altri contitolari l’utilizzo secondo il loro diritto. La riforma del 2012 ha trasposto in legge il primo orientamento giurisprudenziale.

Ad ogni buon conto, le spese di conservazione nel condominio – come nella comunione – sembrano appartenere più al contenuto del diritto di proprietà che non all’alveo dell’o. p. r.: costituiscono un momento necessario del diritto, perché solo ove fossero sostenute permetterebbero di continuare ad esercitare il diritto, che altrimenti

³⁰⁰ La L. 11 dicembre 2012, n. 220, art. 3, ha riformulato l’art. 1118 c.c., che oggi al quarto comma prevede che il condomino possa sì rinunciare all’utilizzo dell’impianto centralizzato di riscaldamento o condizionamento, purché il suo distacco non crei squilibri di funzionamento o aggravii di spese per gli altri condomini. In quest’ultimo caso il condomino dovrà comunque partecipare almeno alle spese di conservazione e manutenzione straordinaria.

Inoltre, riguardo alle spese di godimento per cui l’art. 1123, comma 2, che, derogando al comma 1, permette di ripartire in base all’uso di ciascun condomino le spese relative a «cose destinate a servire i condomini in misura diversa», si è ritenuto che l’obbligazione *propter rem* del condomino di contribuire alle spese in quanto contitolare del diritto, debba avere riguardo non «al godimento effettivo, bensì al godimento potenziale che il condomino può ricavare dalla cosa comune [...] sicché il fatto che egli, potendo godere della cosa comune, di fatto non la utilizzi, non lo esonera dall’obbligo di pagamento delle spese suddette». V. Cass., 6 dicembre 1991, n. 13160, in *Riv. Giur. Ediliz.*, 1992, I, 580, in ordine all’obbligo per i condomini, che usufruivano di una propria colonna fognaria, di contribuire alle spese di manutenzione per l’impianto di scarico condominiale.

³⁰¹ M. DE TILLA, *Sul distacco dell’impianto di riscaldamento, nota a Cass. 12 novembre 1997, n. 11152*, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1998, II, 314.

³⁰² Cass., 4 agosto 1954, n. 2865, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, IV, 703; Cass., 25 marzo 2004, n. 5974, in *Arch. Loc.*, 2004, 497 e 568; Cass., 24 luglio 2007, n. 16365, in *Immobili e propr.*, 2007, 729. Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Pavia, 8 gennaio 2009, in *Leggi d’Italia*; App. Roma, 18 aprile 2007, *ivi*; ID., 14 marzo 2007, *ivi*; ID., 28 febbraio 2007, *ivi*.

³⁰³ Cfr. Cass. 12 marzo 1977, n. 1001, in *Mass. giust. civ.*, 1977, III; Cass., 30 novembre 1984, n. 6269, in *Riv. Giur. edil.*, 1985, 192; Cass., 22 aprile 1982, n. 2489, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1982, I, 1071; App. Milano, 12 giugno 1981, in *Arch. Civ.*, 1982, 267; Trib. Torino, 7 settembre 1987, n. 6030, in *Arch. Loc.*, 1987, 716.

nel lungo periodo, si estinguerebbe per il progressivo deterioramento della cosa. Viceversa, non sembra possa dirsi altrettanto per le spese di godimento, che tendono ad estendere o ampliare il normale esercizio del diritto³⁰⁴.

Anche la diversa ambulatorietà passiva che contraddistingue l'obbligo di contribuzione delle spese (v. *supra* par. 2) sembra negare l'appartenenza dell'art. 1123 c.c. all'alveo delle obbligazioni *propter rem*. Infatti, l'art 63 disp. att., comma 4, c. c. afferma che «chi subentra nei diritti di un condomino è obbligato solidalmente con questo al pagamento dei contributi relativi all'anno in corso e a quello precedente»³⁰⁵. Si è così negato che l'obbligo di pagare i contributi sia accompagnato da quell'ambulatorietà passiva che, entro certi limiti e secondo l'insegnamento tradizionale della dottrina, dovrebbe caratterizzare le obbligazioni *propter rem*. In questo caso l'acquirente, che subentra nella posizione del cedente, non è liberato dalla sua obbligazione, anzi, «allo scopo di rafforzare la garanzia del credito nei confronti del condominio, l'obbligazione del cessionario, tenuto in solido con il primo [...] si aggiunge a quella del cedente»³⁰⁶. Il vincolo di solidarietà, imposto dal legislatore in capo all'alienante e all'acquirente di un immobile condominiale, non trova la sua *ratio* nella natura reale dell'obbligazione di provvedere alle spese (titolarità del diritto), ma nell'esigenza di rendere più agevole il recupero da parte del condominio: la *causa obligandi* andrebbe ricercata nella garanzia e non nella titolarità del diritto³⁰⁷.

Parimenti sembra opportuno escludere la natura *propter rem* dell'obbligo per il singolo condomino di non eseguire «opere che arrechino danno alle parti comuni dell'edificio ovvero determinino pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza o al decoro

³⁰⁴ Sono da biasimare gli eccessi a cui giunge talvolta la giurisprudenza nel tentativo di individuare obbligazioni *propter rem* in materia condominiale. Si pensi all'orientamento per cui al nuovo proprietario è stata impedita la ripetizione da quello precedente per la quota risarcitoria dovuta a terzi a causa dei danni cagionati dalle parti comuni, sull'assunto che l'obbligazione risarcitoria in questo caso avrebbe natura reale e pertanto si trasferirebbe in capo al nuovo proprietario (Trib. Milano, 11 febbraio 1999, in *Resp. Civ. e prev.*, 2000, 748, con nota di F. CAPOLUNGO, *Sulla presunta natura 'ob rem' dell'obbligazione risarcitoria posta a carico dei singoli condomini per danni cagionati dall'omessa manutenzione delle parti comuni dell'edificio*; Cass., 15 marzo 1992, n. 2454, in *Mass. giust. civ.*, 1994, 313). In questo caso, ove si volesse optare per la natura reale dell'obbligo del condomino e non per l'ordinario contenuto del diritto, sembrerebbe più opportuno parlare di obbligazione *propter rem*, nei limiti dell'obbligo di mantenere le parti comuni. L'obbligazione reale accede solo al diritto reale e non anche ad un'obbligazione personale come è quella risarcitoria *ex art.* 2015. L'obbligo di risarcire è pertanto personale ed autonomo.

³⁰⁵ L'attuale comma 4 è frutto della trasposizione del comma 2 operata dal legislatore del 2012 che ne ha sostanzialmente mantenuto invariato il contenuto. Oggi peraltro al comma 5 si precisa che «chi cede diritti su unità immobiliari resta obbligato solidalmente con l'avente causa per i contributi maturati fino al momento in cui è trasmessa all'amministratore copia autentica del titolo che determina il trasferimento del diritto».

³⁰⁶ Cfr. Cass., 9 settembre 2008, n. 23345, in *Immobili e propr.*, 2008, 793; Cass., 22 febbraio 2000, n. 1956, in *Arch. Loc.*, 2000, 412, in *Vita not.*, 2000, 851, che ha considerato l'obbligo di contribuzione delle spese ad un'obbligazione autonoma e personale. In dottrina M. MONEGAT, *Condominio: venditore e acquirente: chi è tenuto a pagare le spese condominiali? Nota a Cass. 11 novembre 2011, n. 23682, in Immobili e propr.*, 2012, 52 ss.

³⁰⁷ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 124 s.; L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 195. Di contro opta per la realtà del vincolo di solidarietà M. ZINNO, *Apparenza e obbligazioni 'propter rem'*, nota a Cass. 12 gennaio 2011, n. 574, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 627.

architettonico dell'edificio» previsto dall'art. 1122 c.c.³⁰⁸. Tale norma, che si riferisce sia alle opere compiute sui beni di proprietà del singolo condomino sia sui beni comuni attribuiti alla proprietà esclusiva od all'uso individuale, sembra più che altro riconducibile ai limiti legali della proprietà ed all'art. 2043 c.c. In particolare, l'art. 1122 – chiarendo fino a che punto possono estendersi i poteri del *dominus* – pare individuare un punto di equilibrio tra interessi del proprietario e quelli del condomino, al fine di assicurare una reciproca convivenza tra interessi potenzialmente contrastanti³⁰⁹.

Peraltro si è discussa la possibilità di considerare il disposto dell'art. 1132, comma 3, c.c. come tipica obbligazione *ob rem*. Ai sensi del primo comma qualunque condomino può decidere di dissentire se l'assemblea condominiale delibera di promuovere una lite (o di resistervi), separando così la propria responsabilità da quella del condominio in ipotesi di soccombenza; il terzo comma precisa tuttavia che il condomino dissenziente, quando ha tratto vantaggio dall'esito favorevole della controversia per il condominio, sia tenuto a contribuire alle spese di soccombenza che non sia stato possibile recuperare dalla parte soccombente. Quest'ultima disposizione, analogamente a quella dell'art. 1123 e 1104, è stata ricondotta al principio *cuius commoda eius et incommoda*, in quanto l'iniziativa processuale, attiva o passiva, svolgerebbe una funzione conservativa «avente ad oggetto la cosa comune, anche se [...] l'attività all'uopo esplicita risulta [...] destinata a rilevare non sul piano materiale, ma su quello giuridico»³¹⁰. Tuttavia, la natura reale di questa obbligazione è stata negata da chi ha ritenuto che la *causa obligandi* sia da ricercarsi non tanto nella contitolarità del diritto, bensì nell'art. 2041 c.c., dato che il condomino dissenziente finirebbe con l'arricchirsi rispetto agli altri condomini avvantaggiandosi dell'esito di un giudizio di cui non ha sopportato né rischi né spese³¹¹.

La giurisprudenza ha invece riscontrato natura reale nel limite che il titolo costituente il condominio potrebbe opporre al proprietario dell'ultimo piano

³⁰⁸ *Contra* v. Cass., 15 ottobre 1976, n. 3472, in *Giust. civ.*, 1977, I, 315; Cass., 16 ottobre 1999, n. 11692, in *Arch. Civile*, 2000, 7/8, 913; nonché Cass., 10 dicembre 1993, n. 12152, in *Danno e resp.*, 1998, 357, con nota di A. M. BENEDETTI, *Corresponsabilità del committente per danni causati dall'appaltatore? Una discutibile applicazione dell'art. 1122 c.c.*, che hanno stabilito come nel condominio degli edifici ciascun condomino sia obbligato *propter rem* a non eseguire opere che arrechino danno alle parti comuni o agli immobili di proprietà esclusiva, perché in caso contrario ne risponderebbe (*propter rem*) a prescindere che le opere siano state appaltate o eseguite dal condomino in autonomia.

³⁰⁹ In tal senso, v. A. M. BENEDETTI, *Corresponsabilità*, cit., 365 s.; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 1988, 321. Inoltre, in giurisprudenza appare meno netta rispetto ai precedenti la posizione di Cass., 13 giugno 2013, n. 14898, in *Arch. Loc.*, 2014, 1, 92, che considera le norme dell'art. 1122 come limiti legali della proprietà, benché assimilabili ad un'obbligazione *propter rem*.

³¹⁰ Tuttavia nega la natura reale di questa obbligazione A. FUSARO, *Obbligazione «propter rem»*, cit., 392.

³¹¹ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 114 nota 102; L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 199 s.

dell'edificio o del lastrico solare³¹². L'art. 1127 c.c. riconosce a quest'ultimo la facoltà di elevare nuovi piani o fabbriche con l'obbligo di corrispondere agli altri condomini un'indennità (o di ricostruire il lastrico solare che tutti i condomini avevano diritto di utilizzare)³¹³. In particolare, la fattispecie è apparsa analoga alle limitazioni convenzionali della proprietà (es. regolamenti di condominio), sicché la giurisprudenza, affermandone la natura reale, ha ammesso l'opponibilità del limite ai terzi acquirenti del bene in caso di trascrizione del titolo originario.

Rimanendo in tema di limitazioni convenzionali della proprietà, assumono senz'altro rilevanza i regolamenti condominiali c.d. contrattuali³¹⁴. A differenza dei regolamenti assembleari approvati dalla maggioranza (artt. 1138, comma 3, e 1136, comma 2, c.c.)³¹⁵, che attengono all'organizzazione del complesso condominiale ed al funzionamento della parti comuni, i regolamenti c.d. contrattuali sono capaci di incidere direttamente sui diritti soggettivi dei singoli condomini relativamente alle parti comuni o di proprietà esclusiva, ovvero di modificare il regime delle spese previsto *ex art.* 1123 c.c.³¹⁶. La diversità dei due tipi di regolamento incide sulla disciplina del contenuto, della modificabilità e della trascrizione³¹⁷.

³¹² Tuttavia v. Cass., 11 novembre 1982, n. 5958, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Comunione e condominio*, 86-87. Di contro D.R. PERETTI GRIVA, *Il condominio delle case divise in parti*, Torino, 1960, 266, ha ritenuto più plausibile parlare di onere reale, escludendo la possibilità di trascrizione del limite.

³¹³ Come già visto in tema di indennità per l'accessione invertita *ex art.* 938 c.c. si è affermata la natura personale dell'obbligo per il condomino di pagare l'indennità di sopraelevazione (v. ad es. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 92, *contra* Trib. Palermo 23 aprile 1960, in *Giur. it.*, 1961, I, 2, 91). La *ratio* della disposizione è stata ricondotta all'esigenza di compensare i condomini della privazione del diritto ad essi spettanti sullo spazio aereo dell'edificio (Cass., 16 giugno 2005, n. 12880, in *Immobili e propr.*, 2005, 460; Cass., sez. un., 2007, n. 16794, in *Vita not.*, 2007, 1173), o al risarcimento del danno derivante dal maggior uso delle parti comuni, o alla comproprietà dell'area (Trib. Catanzaro, 29 marzo 1958, in *Calabria giud.* 1958, 257. *Contra* Cass., 16 ottobre 1990, n. 10098, in *Arch. Loc.*, 1991, 301), oppure ad una responsabilità da atto lecito (App. Milano, 3 dicembre 2003, in *Giur. milanese*, 2004, 225; Cass., 22 maggio 200, n. 6643, in *Giur. it.*, 2001, 252).

³¹⁴ I regolamenti "contrattuali" andrebbero distinti da quelli "assembleari" in forza dell'art. 1138, ult. comma, in virtù del quale il regolamento, approvato dalla maggioranza dei condomini, non potrebbe «menomare i diritti derivanti ai condomini dagli atti d'acquisto o dalle convenzioni». Tale distinzione è stata tuttavia considerata inattuale alla luce della più recente giurisprudenza (v. *ex multis* Cass., 18 aprile 2002, n. 5626, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 671; Cass., 28 gennaio 1997, n. 854, in *Foro it.*, 1997, I, 1139), prediligendo la distinzione tra clausole "contrattuali" e "regolamentari", posto che un regolamento contrattuale potrebbe contenere clausole regolamentari e viceversa: cfr. G. DE PAOLA - F. DE PAOLA, voce *Il regolamento di condominio*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 2003, 4.

³¹⁵ Il regolamento contrattuale di natura extracontrattuale potrebbe apporre limiti alle proprietà esclusive dei singoli condomini solo se ciò fosse strumentale al miglior utilizzo o godimento delle parti comuni: v. sul punto R. CALVO, *I vincoli condominiali*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, R. CALVO - A. CIATTI (a cura di), sez. V., Torino, 2014, 97 ss., dove l'unanimità garantirebbe di perseguire interessi meritevoli di tutela e eviterebbe prevaricazioni della maggioranza sui condomini più deboli; M. ANDREOLI, *I regolamenti di condominio*, Torino, 1961, 122 ss., per il quale la limitazione deve essere necessaria oltre che utile.

³¹⁶ V. G. DE PAOLA - F. DE PAOLA, voce *ult. cit.*, 4 s., là dove emerge che, ad esempio, il regolamento contrattuale potrebbe limitare i diritti dei singoli condomini sulle parti comuni rendendo più severa la disciplina dell'art. 1102 c.c., come nel caso di apposizione di limiti di *non facere* relativi all'estetica dell'edificio (come modificare l'aspetto esteriore dell'edificio); oppure potrebbe derogare al regime di suddivisione delle spese previsto *ex lege* escludendo che alcuni condomini partecipino ad alcune spese (o ripartendole tra tutti i condomini a prescindere dall'utilizzo delle parti comuni (cfr. Cass., 16 dicembre 1988, n. 6844, in *Foro it. Mass.*, 1988); od ancora potrebbe limitare l'uso della proprietà esclusiva

Attraverso un regolamento contrattuale, redatto in forma scritta (*ad substantiam*), l'originario proprietario dello stabile, il costruttore, i condomini all'unanimità³¹⁸, possono incidere sulla destinazione economica delle parti comuni dell'edificio o di un singolo appartamento, oppure possono attribuire maggiori diritti ad alcuni condomini sulle parti comuni³¹⁹. Ad esempio, si pensi ai divieti di parcheggiare nelle aree comuni³²⁰, di destinare la singola unità immobiliare ad attività commerciale o a studio professionale, oppure si pensi all'inclusione tra i beni comuni di quelle *res* di cui sia incerta la collocazione.

Il vincolo alla proprietà esclusiva del condomino può divenire efficace *erga omnes*³²¹, se dall'atto di acquisto risulti espressamente il limite e il terzo acquirente abbia dichiarato di esserne a conoscenza³²², se il regolamento predisposto dall'originario proprietario o costruttore sia stato accettato singolarmente in ogni atto di acquisto delle singole porzioni dello stabile³²³, oppure se il regolamento approvato all'unanimità dei condomini sia stato trascritto in quanto costitutivo di servitù reciproche³²⁴.

Più specificamente, in quest'ultimo caso gli interpreti, al fine di superare i problemi legati all'atipicità, alla durata del vincolo ed all'opponibilità ai terzi, hanno preferito inquadrare i limiti di *non facere*, afferenti alle proprietà dei singoli (divieto di svolgere determinate professioni, di scuotere i panni, di stendere la biancheria, e così via), come servitù reciproche³²⁵. Vi sarebbe così una mutualità del vantaggio a discapito

elencando le attività vietate o indicando i pregiudizi che si intendono vietare (cfr. Cass., 15 luglio 1986, n. 4554, in *Foro it. Mass.*, 1986).

³¹⁷ Cfr. N. PROTO, *Regolamento di condominio e limitazione della proprietà: il punto su dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. Not.*, 1986, 662.

³¹⁸ V. Cass., 4 giugno 2010, n. 13632, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2135.

³¹⁹ Cfr. Cass., 12 maggio 1994, n. 4632, in *Foro it. Mass.*, 1994. Al contrario, un mero regolamento assembleare approvato a maggioranza non potrebbe limitare i diritti dei condomini sulle parti comuni o limitare il diritto di ciascun condomino imponendo una certa destinazione ad un appartamento. Tuttavia, per determinare la natura regolamentare o assembleare occorrerebbe avere riguardo del suo contenuto e non della nomenclatura o delle modalità di formazione: così il regolamento afferente al mero utilizzo delle parti comuni avrebbe natura assembleare, benché approvato all'unanimità (cfr. Cass., sez. un., 14 dicembre 1999, n. 943, in *Giust. civ.*, 2000, I, 320; Cass., 21 gennaio 1985, n. 208, in *Arch. loc.*, 1985, 490; Cass., 14 novembre 1991, n. 12173, in *Foro it. Mass.*, 1991; Cass., 18 aprile 2002, n. 5626, cit.)

³²⁰ V. Cass., 28 gennaio 1997, n. 854, in *Foro it.*, I, 1997, 1138.

³²¹ In merito v. R. CALVO, *op. ult. cit.*, 98 s.

³²² V. Cass., 3 luglio 2003, n. 10523, in *Contratti*, 2004, 31 ss., con nota di A. I. NATALI - L. C. NATALI, *Obbligatorietà del regolamento condominiale contrattuale*; Cass., 21 febbraio 1995, n. 1886, in *Mass. giust. civ.*, 1995; Cass., 1 giugno 1993, n. 6100, *ivi*, 1993.

³²³ Cass., 12 maggio 1994, n. 4632, in *Arch. Loc.*, 1995, 120; Cass., 4 febbraio 1992, n. 1195, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2407. In dottrina v. M. COMPORI, *Il regolamento di condominio c.d. contrattuale. Il mandato per la sua redazione*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II, *Aspetti civilistici*, Milano, 1986, 414.

³²⁴ Cfr. G. GABRIELLI, *Dottrina e problemi del notariato. Argomenti e attualità*, in *Riv. Notariato*, 2006, 6. In giurisprudenza *ex multis* Cass., 11 maggio 2012, n. 7396, in *Mass. giust. civ.*, 2012; Cass., 18 aprile 2002, n. 5626, in *Arch. Civ.*, 2003, 191; Cass., 26 gennaio 1998, n. 714, in *Foro it.*, 1999, I, 217 ss.; Cass., 17 marzo 1994, n. 2546, in *Vita notarile*, 1994, n. 1302.

³²⁵ In realtà, N. PROTO, *Regolamento*, cit., 665 ss., distingue le clausole regolamentari che incidono nei rapporti tra singole proprietà e tra proprietà esclusive e proprietà comuni. In particolare, nei rapporti tra proprietà esclusive vi potrebbero essere limitazioni a carico di un singolo appartamento a favore di un

dell'unilateralità: «il rispetto del vincolo va a vantaggio dello stesso onerato stante la doppia anima della situazione reale [...], ove il peso è bilanciato [...] dal diritto all'osservanza dell'identico vincolo verso gli altri comproprietari»³²⁶.

Viceversa, non sono mancate diverse interpretazioni in giurisprudenza³²⁷, volte a qualificare le clausole contrattuali limitative della proprietà comune od esclusiva del regolamento di condominio come oneri reali³²⁸, oppure come obbligazioni *propter rem*³²⁹. La diversa qualificazione ha riguardato prevalentemente i vincoli positivi, poiché quelli negativi potevano pur sempre essere ricondotti alle servitù, anche se – almeno inizialmente – per i vincoli reciproci ne veniva esclusa l'ammissibilità sulla scorta di quell'orientamento che negava l'esistenza delle servitù c.d. reciproche, oggi invece pacificamente ammesse (v. *infra* par. 3.5.).

Il tema della diversa qualificazione giuridica si intreccia con quelli della tipicità di o. r. ed o. p. r. e dell'opponibilità del vincolo condominiale *erga omnes*. La questione sembra porsi nei soli casi in cui il vincolo sia contenuto nel regolamento condominiale e/o non sia menzionato nell'atto di compravendita. In questi casi, il sistema chiuso della pubblicità immobiliare sembra escludere l'opponibilità ai terzi di un vincolo qualificato come o.r. od o. p. r., visto che la trascrizione è ammessa solo per i titoli riguardanti la circolazione dei diritti reali. Detto diversamente, un vincolo condominiale qualificato come o.r. od o. p. r. sarebbe opponibile solo ove questi siano considerati diritti reali o vincoli reali atipici ritenuti trascrivibili.

altro che costituiscono senz'altro servitù; mentre, le limitazioni che gravano su tutti i beni dei singoli reciprocamente, sono servitù reciproche. I rapporti tra proprietà esclusiva e condominio devono, invece, essere distinte tra pesi imposti sulle *res* esclusive a vantaggio di quelle comuni e pesi sui beni comuni a favore dei singoli proprietari: il primo caso costituisce servitù autonome (diritto di passaggio sul bene esclusivo per accedere al bene comune: es. cantine, locale impianto caldaia centralizzata); i secondi – almeno secondo l'A., che ripercorre l'intero dibattito dottrinale sul punto – dovrebbero pur sempre configurarsi come servitù nonostante si sia per contro osservato che tale diritto reale sarebbe escluso dal principio *nemini res sua servit*, visto che il titolare del fondo dominante sarebbe pur sempre comproprietario del fondo servente.

³²⁶ Così R. CALVO, *op. ult. cit.*, 101 ss., per il quale la servitù prediale garantirebbe ai vincoli di destinazione un carattere “reale” e, grazie al suo carattere c.d. elastico, permetterebbe ai condomini di poter soddisfare pienamente le diverse esigenze pratiche.

³²⁷ Con la conseguenza di impedire la prescrizione ventennale e l'acquisto del diritto per usucapione se il vincolo non viene considerato alla stregua di diritto reale: cfr. Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1314, con nota critica di R. TRIOLA, *Sulla natura giuridica della limitazione dei poteri dei condomini disposta dal regolamento contrattuale, osservazioni a Cass.*, 5 settembre 2000, n. 11684, relativa al vincolo di non adibire l'immobile ad attività scolastica; nonché Cass., 13 agosto 2004, n. 15763, in *Vita not.*, 2004, 1567.

³²⁸ Cfr. Cass., 7 marzo 1983, n. 1681, cit.; Cass., 11 febbraio 1977, n. 621, *ivi*, 1977, 128; Cass., 27 giugno 1973, n. 1856, in *Giust. civ.*, 1974, I, 663; Cass., 10 aprile 1968, n. 1091, in *Mass. giur. it.*, 1968, 380; Cass., 10 agosto 1964, n. 2302, in *Mass. Giur. It.*, 1964, 779.

³²⁹ V. Cass., 24 ottobre 1995, n. 11068, in *Foro it.*, 1996, I, 3456 ss., che in relazione all'art. 1117, n. 2, c.c., ha ritenuto opponibile ai terzi il vincolo di destinazione – definito come obbligazione *propter rem* – se contenuto nell'atto originario di costituzione del condominio con cui veniva sottratto il locale portineria all'uso comune per destinarlo all'utilizzo esclusivo, purché dall'atto originario emerga in modo inequivoco la volontà di mantenere tale vincolo; così anche Cass., 1 aprile 2003, n. 4905, in *Giur. it.*, 2004, 981, con nota critica di G. DI MARTINO, *Obbligazione propter rem e condominio*. Si vedano anche App. Milano, 5 luglio 1974, n. 1834, in *Monit. Trib.*, 1975, 24; Cass., 22 gennaio 1968, n. 154, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1063; Trib. Napoli, 30 marzo 1972, in *Dir. e giur.*, 1973, 428.

Per contro non sembra destare perplessità l'ipotesi in cui il vincolo, riportato nel contratto di compravendita, venga accettato dall'acquirente (sia il venditore costruttore o proprietario dell'immobile condominiale, ovvero proprietario del singolo appartamento) in quanto, stante la sua natura obbligatoria, sarebbe di volta in volta opponibile all'avente causa³³⁰.

Un problema, quello poc'anzi evidenziato, che oggi rimane aperto. La giurisprudenza fino agli anni cinquanta ammetteva la possibilità per i privati di costituire vincoli reali atipici, riconoscendo oltre all'efficacia obbligatoria persino quella reale: lo strumento della trascrizione consentiva di rendere opponibile *erga omnes* il vincolo³³¹. Dal 1951 in poi le corti – sospinte dall'atteggiamento riottoso della dottrina³³² – inaugurarono però un nuovo indirizzo per cui o.r. e o. p. r. potevano rappresentare soltanto figure tipiche ammissibili nei casi previsti dalla legge³³³: gli oneri e le obbligazioni reali costituirebbero un *numerus clausus* e non sarebbero una categoria innominata suscettibili di generica ampliamento per volontà dei privati, ma avrebbero titolo nella legge, al pari dei diritti reali di cui costituiscono un'estrinsecazione, pertanto i privati non potrebbero costituirne di nuovi³³⁴. Ad ogni modo, a discapito di questo atteggiamento di chiusura, deve evidenziarsi come il *dominio privatorum* abbia avuto la meglio, continuando a utilizzare vincoli reciproci di *facere* nei regolamenti condominiali (e nelle convenzioni urbanistiche: v. *infra par.* 3.5.), ponendo gli interpreti innanzi al bivio di escludere la validità di tali clausole o di ammetterne l'esistenza come oneri od obbligazioni reali e ritenendoli opponibili ai

³³⁰ V. G. DI MARTINO, *Obbligazione*, cit., 983, che non ritiene possibile opporre un'obbligazione p. r. ai terzi se questa non sia pattuita nell'atto di alienazione. L'A. in particolare ritiene che ove l'atto originario costitutivo del condominio imponga un vincolo di destinazione al locale portineria non si verta in tema di obbligazione reale che potrebbe solo giustapporsi al diritto, bensì in tema di vincolo di destinazione capace di incidere profondamente il diritto di proprietà.

³³¹ Cfr. Cass., 21 marzo 1927, in *Riv. Dir. comm.*, 1927, II, 621; Cass., 28 giugno 1930, in *Foro It.*, I, 693; Cass., 29 maggio 1939, in *Giur. it.*, 1939, I, 1, 934; Cass., 14 gennaio 1946, n. 37, in *Giust. civ.*, 1947, 390. L'unico limite veniva individuato nel divieto di svuotare il contenuto della proprietà del suo contenuto essenziale: cfr. App. Milano, 10 dicembre 1954, in *Monit. Trib.*, 1955, 414 e *Trib. Firenze*, 28 dicembre 1951, in *Foro pad.*, 1953, I, 341.

Sul punto v. *infra* Cap. IV.

³³² In particolare, v. G. GROSSO, *Servitù e obbligazione propter rem*, in *Riv. Dir. Comm.*, Vol. XXXVII, I, 1939, 220; G. BALBI, voce *Obbligazione*, cit., 672; B. BIONDI, *Servitù reciproche, servitù "in faciendo", oneri reali e obbligazioni "propter rem"*, in *Giur. it.*, I, 33, nota a Cass., 18 gennaio 1951, n. 141, riteneva che i privati potessero muoversi nei soli spazi fissati dal legislatore senza essere liberi di creare pesi e vincoli al di fuori di quelli normativamente previsti. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 140, considera invece come la creazione di vincoli reali atipici si scontri con il principio di relatività del contratto *ex art.* 1372 c.c.

³³³ Così M. RINALDO, voce *Obbligazione propter rem e onere reale*, in *Digesto sez. civ.*, Sez. Agg., Torino, 2013, 413, con riferimento al diverso orientamento inaugurato da Cass., 18 gennaio 1951, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 29; v. sul punto anche N. PROTO, *Regolamento*, cit., 680 ss.

³³⁴ In relazione a Cass., 18 gennaio 1951, cit., osserva però M. RINALDO, voce *ult. cit.*, 413, che la sentenza avrebbe assimilato le nozioni di "tipicità" e "numero chiuso": la prima si riferisce alla determinazione al tipo di situazione che il soggetto può utilizzare per regolare una fattispecie concreta; la seconda nozione attiene all'esclusività della fonte che regola l'istituto, al punto che questo potrebbe configurarsi nei soli casi previsti dalla legge. In altri termini «gli oneri reali e le obbligazioni *propter rem* potrebbero trovare la loro fonte anche in un contratto purché il tipo sia previsto dalla legge».

terzi a condizione di una specifica pattuizione nell'atto di alienazione o nel caso in cui sia trascrivibile l'atto in cui esse sono contenute: per la trattazione di questa problematica si rinvia al capitolo IV.

3. Le servitù, le obbligazioni *propter rem* e gli oneri reali. Inquadramento del problema.

Le fonti di diritto romano affermavano chiaramente che attraverso la servitù il proprietario del fondo servente dovesse semplicemente limitarsi a tollerare o a non fare, senza essere obbligato quindi a fare qualche cosa: *servitus in faciendo consistere nequit*³³⁵.

Tale principio – affermato anche negli ordinamenti francese³³⁶, tedesco e svizzero – è stato pure trasposto nell'ordinamento italiano³³⁷. Il riferimento corre agli artt. 1027 e, in particolare, 1030 c.c. Se la prima norma si limita a stabilire che «la servitù consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo [...]», la seconda non esita a stabilire che «il proprietario del fondo servente non è tenuto a compiere alcun atto per rendere possibile l'esercizio della servitù da parte del titolare, salvo che la legge o il titolo disponga altrimenti»³³⁸.

³³⁵ Cfr. Pomp., fr. 15, par. 1, D. 8, I: «*Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet aut in suo pingat, sed ut aliquid patiat aut non faciat*».

³³⁶ Ricorda A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1633 nota 65, che, dopo la Rivoluzione francese, sull'onda dell'abolizione delle prestazioni e delle servitù personali imposte ai proprietari dei fondi, il principio *servitus in faciendo consistere nequit* venne esteso dal *Code Napoléon* a tutti i diritti reali.

³³⁷ B. BIONDI, *op. ult. cit.*, 704, ricorda come tale principio venga riconosciuto anche nella relazione “Grandi” al libro III del Codice civile (n. 489): «non può costituirsi come servitù un diritto che abbia per suo contenuto principale il *facere*, può tuttavia l'obbligo di un *facere* a carico del proprietario del fondo servente derivare dalla legge o dal titolo costitutivo della servitù come oggetto accessorio della servitù medesima». Ciò perché se la servitù è un peso posto sopra un fondo, non si può ammettere che consista in una prestazione positiva. Solo il proprietario può costituire un peso capace di immedesimarsi con la *res*, ma se «il peso grava sul fondo come qualità immedesimata nel fondo, può avere come contenuto solo un *pati* od un *non facere*». Infatti, la servitù limita la proprietà, restringendo i poteri del proprietario. Pertanto, ove fosse costituito un obbligo (eventualmente anche permanente) di *facere*, capace di ricadere su qualunque proprietario del fondo – restringendo non solo la proprietà ma libertà personale –, costretto a compiere una qualche attività, si correrebbe il rischio di permettere all'autonomia privata di spodestare il ruolo della legge: unica fonte in grado di limitare la libertà di qualunque proprietario.

³³⁸ Il principio per cui la servitù non potrebbe avere contenuto di *facere*, è sostanzialmente unanime in dottrina (ma *contra* v. H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale*, cit., 124 ss., 264). E ciò perché – come ricorda B. BIONDI, *op. ult. cit.*, 705, che richiama il pensiero di A. CICU, *Servitù prediali*, Bologna, 1931, 86 ss. – non vi sarebbe particolare differenza tra il “*facere* accessorio” e il “*facere* contenuto della servitù”. Ad esempio, non c'è «differenza tra l'obbligo di consegnare un quantità di prodotti del fondo e tollerare che il proprietario del fondo dominante ricavi tali prodotti», perché in entrambi i casi il proprietario del fondo avrà quei prodotti. Tuttavia, è evidente il rischio che si correrebbe se fosse consentito costituire servitù positive: la sovrapposizione tra diritto reale e diritto personale. In realtà, del pari evidente è la differenza, poiché in un caso sarà il proprietario del fondo servente ad avere diritto di ricavare quei beni (inerenza passiva) e potrà far valere questo diritto verso tutti i successivi proprietari del fondo servente, mentre nel secondo caso potrebbe far valere quel diritto solo verso il soggetto obbligato.

Tuttavia, tale clausola di salvezza crea più di qualche perplessità in tutti quei casi in cui per avventura il proprietario di un fondo (che possa definirsi servente) si trovi obbligato ad una prestazione di *facere* in forza di legge³³⁹ o di contratto.

Il problema potrebbe riassumersi in questi termini: se la legge o il contratto obbligano il titolare di una servitù ad eseguire una prestazione positiva di fare, quale sarà la disciplina applicabile? Ebbene è evidente la criticità con le sue conseguenti ricadute pratiche³⁴⁰. Si impone la necessità di comprendere se la prestazione a cui il proprietario è obbligato rappresenti l'oggetto di un'obbligazione *propter rem*, di un onere reale, di un obbligo rientrante nel diritto di servitù³⁴¹ oppure di un'obbligazione pura e semplice (autonoma e non ambulatoria, cioè non *propter rem*).

La soluzione di tale problema impone una valutazione preliminare, poiché per poter escludere che la fattispecie sia una servitù, oppure un diritto di credito, intesi *sic et simpliciter*, si rende necessario prima comprendere se la prestazione a cui il titolare del diritto su cosa altrui risulti obbligato sia realmente di *facere* e non sia tale solo sotto mentite spoglie³⁴². Occorre capire se non esprima il solo contenuto "ordinario" di una servitù. E ciò perché, talvolta, la prestazione, che in apparenza sembra avere contenuto positivo di "fare", si risolve nei c.d. *adminicula servitutis*, in cui l'obbligo appartiene al contenuto della servitù perché rimane ad essa integrato nel dovere di *pati* o di *non facere*³⁴³. In tale ipotesi, l'unico regime applicabile sarà quello della servitù. A ben

³³⁹ Per utilizzare le parole di G. GROSSO, *Servitù e obbligazione*, cit., 220: «ove al proprietario o possessore incomba l'obbligo di una prestazione positiva, la figura diventa più complessa, attraverso l'inserzione necessaria di uno specifico intermediario [colui che esegue la prestazione n.d.r.]. È il caso, ad esempio, dell'art. 1091 c.c. che disciplina la servitù in tema di derivazione d'acqua: cfr. Cass., 27 giugno 1954, n. 2009, in *Giur. It.*, I, 1, 1036.

³⁴⁰ La servitù, in quanto diritto reale può acquistarsi sia a titolo derivativo sia originario, mentre l'obbligazione reale, in quanto obbligazione, solo a titolo derivativo. Si pensi al diverso regime di prescrizione oppure all'applicabilità della tutela possessoria riservata al titolare del diritto reale. Si badi ancora al diverso regime in caso di inadempimento che vedrà applicabile in un caso gli artt. 1218 e 1223 c.c. e nell'altro l'art. 2043 c.c.

³⁴¹ Non certo di servitù *tout court* stante l'impossibilità di costituire una servitù il cui contenuto sia di *facere*.

³⁴² Il punto merita una precisazione. Non si intende certo affermare che di obbligazione *propter rem* si possa parlare solo in caso di prestazione avente contenuto positivo, dal momento che potrebbe anche imporre un *non facere* (a differenza di quanto accade negli oneri reali dove la prestazione periodica è sempre positiva). Ciò che si intende dire è che – la giurisprudenza (v. *infra* nel testo) – spesso ha rilevato che non sempre un obbligo che può apparire di fare è tale, potendo esso confondersi con un mero *pati*. Si vuole invece affermare che, in tutti quei casi in cui la prestazione è di *facere*, occorre distinguere se la stessa si riferisca ad una servitù oppure se sia autonoma.

Analogamente B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 703, il quale distingue il contenuto essenziale della servitù da ciò che ad essa è solamente accessorio. Il contenuto della servitù consisterebbe sempre nella sopportazione di un peso, accanto al quale potrebbe erigersi un obbligo positivo accessorio, connesso alla servitù. Così accade nelle *servitus oneris ferendi* «in cui il proprietario del fondo servente ha il dovere di riparare la parete, in guisa che possa sopportare permanentemente il peso [...] il contenuto consiste sempre in un *pati*, cioè nella sopportazione del peso. Accanto ad esso esiste, come accessorio, l'obbligazione positiva di riparare la parete, in connessione col carattere permanente della servitù [...]».

³⁴³ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 99, che tenta di individuare un primo criterio discrezionale operando una distinzione tra *adminicula* e *obligatio*. Sul punto anche L. MANNA, *Le obbligazioni propter rem*, cit., 58, ricorda che in taluni casi l'obbligo di *facere* è una mera facoltà accessoria ricompresa nel diritto reale su cosa altrui ed indispensabile per il suo esercizio. Per l'A. i c.d.

vedere si pone anche in questo caso il medesimo problema già affrontato per la proprietà e gli altri diritti reali (*supra* par. 2.1.), ossia distinguere l'o.r. (v. *infra* par. 3.2.) e l'obbligazione *p. r.* dai limiti legali del diritto reale di servitù.

Tuttavia, pare evidente come la necessità di una distinzione si ponga con maggior vigore per le servitù rispetto agli altri diritti reali, e ciò proprio per il fatto di poter costituire, *ex art.* 1030 c.c., obblighi ulteriori rispetto al contenuto tipico del diritto³⁴⁴. Tale considerazione, però, non può tacere della c.d. tipicità del diritto reale, nel senso che la previsione di obblighi ulteriori, specie se di previsione pattizia, dovrebbero poter sorgere «soltanto nell'ipotesi delineata dalla norma ed in sintonia con la funzione che le è propria e [...] che [...] concerne l'esercizio della servitù»³⁴⁵. All'autonomia privata verrebbe così lasciata ampia possibilità di derogare alla norma dispositiva costituendo obblighi ulteriori; questi (al netto di quanto si dirà più avanti in relazione alle servitù c.d. irregolari: v. *infra* par. 3.2.) dovranno però pur sempre assumere una posizione ancillare rispetto alla prestazione posta a carico del *dominus* del fondo servente, senza che il contenuto personale dell'obbligo prevarichi quello reale del diritto.

Al contempo – perché di o. *p. r.* si possa parlare – dovrà trattarsi pur sempre di veri e propri obblighi, a cui dovrà corrispondere una pretesa da parte del titolare del fondo dominante, i quali allora non potranno dirsi solo strumentalmente collegati al godimento o all'utilità del titolare del diritto. Non dovrà trattarsi, ad esempio, di facoltà accessorie *ex art.* 1064, comma 1, c.c., in virtù del quale il titolare del fondo servente non sarà tenuto ad un *agere necesse*, ma – a seconda del contenuto della servitù – ad un'inerzia o tolleranza³⁴⁶. Infatti, se nel primo caso potrà parlarsi di obbligazioni *propter rem*, nel secondo si parlerà di mere facoltà, che si distinguono

adminicula servitutis non vanno confusi con le obbligazioni reali (v. *infra* nel testo). Infine, anche per A. GUERINI, *op. ult. cit.*, 1634 nota 68, gli *adminicula* sarebbero quelle facoltà accessorie – previste dall'art. 1064, comma 1 – assolutamente indispensabili per l'esercizio del diritto perché concorrono a formulare il contenuto delle servitù, dato che senza quelli il diritto reale nemmeno esisterebbe: «il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne». In giurisprudenza si veda Cass., 14 ottobre 1955, n. 3147, in *Giur. It.*, 1955, I, 1, 180.

³⁴⁴ Ben osserva P. VITUCCI, voce *cit.*, 495 ss., là dove afferma – tra le altre cose – che la servitù è il più «atipico» tra i diritti reali, stante la maggiore possibilità dei privati di alterarne la fisionomia. Da qui la difficoltà di distinguerla dalle convenzioni destinate ad operare sul piano della mera obbligazione tra le parti, o gli eredi di queste ultime, al fine di regolare i rapporti tra i proprietari dei fondi vicini.

³⁴⁵ B. BIONDI, *op. ult. cit.*, 706, distingue le prestazioni di *facere* che sono contenuto della servitù da quelle meramente strumentali, capaci cioè di «rendere possibile e permanente l'esercizio di essa». L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 98 ss. In giurisprudenza v. Cass., 17 novembre 1979, n. 5983, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, XI.

³⁴⁶ In giurisprudenza cfr. *ex plurimis* Cass., 24 giugno 1972, n. 2149, in *Mass. giust. civ.*, 1972, 1211, che ricomprende tra le facoltà accessorie della servitù di derivazione d'acqua mediante canale tutte quelle «strumentalmente collegate, in modo necessario, al godimento della specifica utilità, in cui si sostanzia la predetta servitù, fra cui quella di vigilare sulle condizioni del canale [...]».

perché necessarie all'esercizio del diritto o perché ne rendono l'esercizio più agevole o comodo nei limiti fissati dal titolo³⁴⁷.

3.1. Il primo termine di confronto: gli *adminicula servitutis*.

Più specificamente, nel rapporto tra obbligazioni *ob rem* e servitù, il problema potrebbe essere rappresentato dal confronto tra l'art. 1064, comma 1, c.c., per cui «il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne», e l'art. 1030 c.c., poiché l'obbligo di fare *ivi* contenuto potrebbe confondersi con le facoltà accessorie ricomprese nel diritto su cosa altrui³⁴⁸.

Secondo autorevole dottrina tale dubbio interpretativo nascerebbe solo ove sia intesa letteralmente la locuzione normativa, per cui potrebbero, *ex lege* o *ex contractu*, essere previsti a carico del titolare del fondo servente obblighi tali da «rendere possibile l'esercizio della servitù»³⁴⁹. Così però non dovrebbe essere, onde evitare di pervenire a conseguenze inaccettabili. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il titolare di una servitù di passaggio, ogni qualvolta voglia esercitare il proprio diritto, possa pretendere dal proprietario del fondo servente una cooperazione che si risolva nell'apertura di un cancello chiuso. Ora, se in questa o in ipotesi simili, seriamente si ritenesse che l'adempimento del *dominus* sia l'unico strumento indispensabile per consentire il transito, diverrebbe spontaneo interrogarsi circa l'effettiva volontà delle parti di costituire una servitù. Quest'ultima per sua natura – *ex art. 1027 c.c.* – costituisce un peso imposto sopra un fondo, il cui proprietario deve limitarsi (nel caso di specie) a subire il passaggio, mentre il titolare del fondo dominante trae immediatamente vantaggio esercitando il proprio diritto. Introdurre allora la necessaria intermediazione di un altro soggetto (costretto ad aprire il cancello chiuso a chiave) significherebbe contraddire la natura del diritto reale su cosa altrui³⁵⁰. Sarebbe

³⁴⁷ Per tale distinzione v. G. BRANCA, *Delle servitù*, cit., 335 s., per il quale, richiamando norme contenute nel codice abrogato ed eliminate perché ormai superflue, le facoltà accessorie vanno distinte tra quelle assolutamente indispensabili per la realizzazione della servitù, e quelle per cui la servitù potrebbe esercitarsi ma con minor estensione. Così, atterrebbe al primo caso il diritto di accedere al fondo su cui si trova la fonte da cui si ha diritto (servitù) di attingere acqua (art. 639, comma 2, c.c. 1865); atterrebbe, invece, al secondo caso di accedere alle sponde dei canali lungo cui scorre l'acqua per compiere le opere necessarie a garantirne il passaggio con lo stesso ritmo e volume.

³⁴⁸ Specialmente per la giurisprudenza (cfr. *ex multis* Cass., 10 maggio 2004, n. 8853, in *Gius.*, 2004, 3633; Cass., 6 febbraio 2009, n. 3030, in *Mass. giur. it.*, 2009; Cass., 23 febbraio 2007, n. 4222, in *Immobili e propr.*, 2007, 389), il problema si porrebbe con maggior forza in tutti i casi in cui il titolo, in relazione all'art. 1063 c.c., manifesti lacune o imprecisioni non superabili attraverso i normali criteri ermeneutici. Invero, quando sorgono dubbi circa l'estensione o le modalità di esercizio degli obblighi, questi dovranno considerarsi finalizzati soltanto a realizzare non ogni possibile vantaggio per il fondo dominante, ma solo quello più limitato e immanente al peso imposto sopra al fondo, così come previsto dal titolo.

³⁴⁹ V. B. BIONDI, *Servitù* cit., 703 e S. PALAZZOLO, voce *Servitù*, cit., 16.

³⁵⁰ Del resto, L. BIGLIAZZI-GERI, *loc. cit.*, 23 nota 72, chiarisce che la distinzione tra o. *p. r.* e servitù sia da rintracciare in quella tra obbligazione e diritto reale: l'una caratterizzata dall'intermediazione del debitore, l'altra dall'immediatezza per cui il titolare del diritto reale potrà soddisfare autonomamente il proprio interesse. Certo sarebbe lecito chiedersi se una categorizzazione così netta sia ancora attuale alla luce delle tesi di Comporti e, soprattutto, di Giorgianni, di cui si è già ampiamente parlato nel Cap. I.

giocoforza il rischio di stravolgere il connotato della realtà: l'immediatezza (e quindi l'inerenza attiva) verrebbe meno; l'inerenza passiva assumerebbe un ruolo secondario rispetto a quello recitato dall'obbligo di *facere*, dal momento in cui il passaggio sul fondo – ossia ciò che sarebbe il normale contenuto della servitù – diverrebbe solo il risultato dell'adempimento all'obbligazione primaria (apertura del cancello) costituente un diritto personale di godimento. La lettura – per restare all'esempio fatto – della servitù di passaggio su una strada chiusa da un cancello deve dirsi diversa, dunque: il proprietario del fondo servente non sarà obbligato, ma “semplicemente” non potrà impedire o non consentire l'accesso, pena l'azione di spoglio e di responsabilità aquiliana; così, nell'ipotesi avanti citata, dovrà consegnare la chiave al *dominus* che, immesso nel possesso, potrà esercitare liberamente il proprio diritto³⁵¹.

In conclusione, si parlerà di *adminicula servitutis*, a discapito delle obbligazioni *ob rem*, quando la prestazione è ridotta a facoltà meramente accessoria al contenuto della servitù (*pati o facere*). Tali facoltà, peraltro, sarebbero al contempo insuscettibili di esistenza autonoma ed «estraneie agli elementi strutturali della servitù e alla esplicazione del relativo vincolo, rispetto al quale hanno una funzione strumentale derivata»³⁵². Inoltre, gli *adminicula*, oltre a non poter vivere di vita propria perché non autonomi e sempre inerenti alla servitù, con cui periranno in caso di estinzione del diritto, potrebbero essere liberamente modificati senza alterare il vincolo o le sue modalità di attuazione: trattandosi di elementi estranei a quelli costitutivi della servitù una loro modificazione sarebbe infatti al di fuori dell'azione del limite *ex art. 1067 c.c.*³⁵³.

Di obbligazione *propter rem* – nel senso inteso dall'art. 1030 c.c. – dovrà, invece, parlarsi quando le *obligationes* siano costituite al fine di migliorare o ingrandire l'esercizio della servitù o a renderlo più agevole o comodo, limitando così il diritto del proprietario del fondo servente³⁵⁴.

Senza giungere all'estrema conseguenza di ritenere l'obbligazione reale di fare indispensabile per l'esercizio del diritto, costituita in via pattizia: ove così fosse

³⁵¹ In relazione all'esempio si veda Cass., 25 febbraio 1975, n. 759, in *Mass. Giust. Civ.*, 1975, 347; per un caso analogo, relativamente ad una servitù di presa e derivazione d'acqua in cui il titolare del fondo servente doveva azionare la pompa elettrica e procedere all'apertura della saracinesca, v. Cass., 18 giugno 1981, 4011.

Ma *contra* v. la recente Cass., 31 ottobre 2016, n. 22000, in *CED Cassazione*, 2016, che, in relazione alla prescrizione del diritto di passaggio dal fondo intercluso al fondo altrui, esercitato attraverso l'apertura di una porta, ha stabilito che tale apertura non possa ritenersi «obbligazione *propter rem* e quindi imprescrittibile. [...] l'apertura della porta non è un elemento accessorio ma è indispensabile per la stessa esistenza della servitù. [...] si trattava [...] di un elemento costitutivo della stessa servitù senza il quale la servitù non poteva essere esercitata. Di qui la corretta ritenuta estinzione del diritto per non uso».

³⁵² Così L. MANNA, *op. cit.*, 135.

³⁵³ Cfr. in giurisprudenza Cass., 28 maggio 1979, n. 3097, in *Mass. Giur. civ.*, 1979, XI; da ultimo Cass., 9 aprile 2014, n. 8338, in *Leggi professionali*.

³⁵⁴ *Contra* v., però, B. BIONDI, in *Le servitù*, cit., 702, che riconduce gli obblighi accessori dell'art. 1030 all'onere reale.

sarebbe d'uopo parlare di evento condizionante la servitù. In tal senso, non potrebbero essere considerate prestazioni nel senso indicato dall'art. 1030 c.c. gli obblighi di costruire un fosso per favorire lo scolo delle acque naturali oppure quello di costruire una strada per far sorgere una servitù di passaggio³⁵⁵. È evidente come in questi casi l'adempimento dell'obbligo non potrebbe essere messo in relazione con l'esercizio del diritto reale per il semplice fatto che il diritto reale non sorgerebbe senza l'adempimento. Detto altrimenti, l'attuazione del rapporto obbligatorio costituirebbe il presupposto per l'esistenza della servitù; si uscirebbe così dal carattere accessorio della prestazione, richiesto dall'art. 1030 c.c., e sarebbe forse più opportuno parlare di costituzione della servitù su bene futuro (*rectius* per utilità futura³⁵⁶).

Abbandonando le servitù di *pati*, un discorso analogo dovrebbe svolgersi per quelle di *non facere*. Che dire, infatti, dell'ipotesi in cui il titolare del fondo servente si obbligasse dapprima ad estirpare tutti gli alberi del proprio fondo al solo fine di obbligarsi successivamente, tramite la costituzione di una servitù, a non piantarne di nuovi³⁵⁷? Pure in questo caso pare non potersi parlare di obbligazioni *propter rem*. Al riguardo, anche a voler tacere la circostanza per cui si rischierebbe di smentire il contenuto stesso della servitù negativa, essendo in questo caso perseguita un'inerzia del titolare del fondo servente, tramite la realizzazione di un comportamento attivo³⁵⁸, non sembrerebbe peregrino affermare l'esistenza di un'obbligazione il cui adempimento condiziona la nascita della servitù e per tal ragione sarebbe inammissibile affermarne l'accessorietà.

Per intuitive ragioni la qualificazione giuridica degli obblighi anteriori al sorgere della servitù non è di poco momento da un punto di vista pratico, ove si consideri che se fossero considerate mere obbligazioni personali non sarebbero opponibili ai terzi acquirenti del bene o aventi causa dal soggetto obbligato; diversamente se potessero considerarsi come *o. p. r.* – al netto di considerazioni sull'atipicità delle obbligazioni

³⁵⁵ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 102, in ordine agli affanni della giurisprudenza in ordine alla qualificazione di tali fattispecie. L'A., ritenendo che l'obbligo condizionante il sorgere di una servitù sia da qualificare al più come obbligazione reale atipica, ha verificato come spesso la giurisprudenza di merito sia caduta in errore. Ad esempio, v. Trib. Torino, 17 dicembre 1979, in *Giur. It.*, 1980, I, 2, 552 che ha qualificato come *propter rem* l'obbligo di costruire un fosso lungo un fondo al fine di far *ivi* scorrere le acque provenienti dal fondo dominante. Oppure v. Cass., 7 settembre 1978, n. 4045, in *Foro it.*, 1979, I, 724 e in *Foro pad.*, 1978, I, 264, che aveva escluso la qualificazione come *ob rem* dell'obbligo di costruzione di una strada su cui avrebbe dovuto esercitarsi una servitù di passaggio.

³⁵⁶ L'utilità del fondo dominante è uno degli elementi – se non quello esclusivo – della servitù, e fintantoché la prestazione obbligatoria ulteriore (la costruzione di un canale o di una strada) non sia adempiuta la servitù non potrebbe sorgere, perché mancherebbe l'utilità (mancando la strada il passaggio non potrebbe esercitarsi: così, sembra possibile per le parti poter convenire nel medesimo atto costitutivo una prestazione, che non costituisce obbligazione reale, ma da cui dipenda la nascita della servitù).

³⁵⁷ V. Cass., 18 ottobre 1977, n. 4443, in *Foro it.*, 1978, I, 60.

³⁵⁸ Così G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 66: l'obbligo di costruire un canale di presa d'acqua è il presupposto della concessione di servitù di presa d'acqua. Diversa sarebbe, invece, l'ipotesi di una *servitus non plantandi* in cui il titolare del fondo servente si obbligasse ad estirpare gli alberi che dovessero sorgere spontaneamente dopo la costituzione del diritto reale. Sarebbe qui lecito affermare l'accessorietà della prestazione.

reali –, potrebbero ritenersi opponibili nei limiti in cui lo sia la servitù a cui accedono³⁵⁹.

Ad ogni modo, in punto ammenicoli, un'*actio finium regundorum* è stata svolta dalla giurisprudenza che ha incluso nelle facoltà in esame quella connessa alla servitù di acquedotto di accedere al fondo servente per controllare lo stato delle tubazioni; quella di accedere allo scarico fognario insistente sul fondo del vicino per effettuare le opere di manutenzione; quella di passaggio sul fondo del vicino per attingere acqua; la facoltà di compiere opere di coibentazione sulle tubature che transitano sul fondo altrui³⁶⁰.

Già si è accennato a quale sia il *punctum pruriens* della distinzione, ossia le conseguenti ricadute pratiche. Diverso è il contenuto: l'obbligazione *propter rem* si può risolvere in una prestazione di *facere*, mentre la servitù conserva il limite per cui *servitus in faciendo consistere nequit*, e l'obbligo al più potrebbe essere accessorio. Inoltre, per descrivere la servitù, è sufficiente l'indicazione dei titolari del fondo servente e dominante, essendo un rapporto tra fondi non occorre infatti riferirsi ai titolari³⁶¹; l'*obligatio*, invece, è un rapporto tra soggetti, pertanto la titolarità del diritto reale permette di individuare il soggetto passivo (non sempre di quello attivo, posto che – diversamente dalle servitù – il creditore non è necessariamente il titolare del fondo adiacente)³⁶².

Peraltro, corollario di quanto appena affermato è che l'obbligazione, *ex art.* 1174 c.c., corrisponde sempre ad un interesse del creditore, mentre la servitù giova all'utilità di un altro fondo³⁶³.

L'uno diritto reale che può essere acquistato a titolo sia derivativo sia originario, l'altro rapporto obbligatorio che può acquistarsi solo a titolo derivativo: se per la servitù (apparenti) è possibile l'acquisto per usucapione esercitato tramite il possesso o per destinazione del padre di famiglia, ciò non può dirsi per le *o. p.*³⁶⁴. Un ulteriore elemento di discrasia è costituito dalla perpetuità: se l'obbligazione (non essendo

³⁵⁹ ID., *op. ult. cit.*, 66 ss.

³⁶⁰ Tali esempi tratti dalla giurisprudenza sono riportati da L. MANNA, *op. cit.*, 136: v. Cass., 16 febbraio 1994, n. 1497, in *Mass. Giust. Civ.*, 1994, 162; Cass., 25 maggio 2007, n. 12199, in *Leggi professionali*; Cass., 20 gennaio 1982, n. 369, in *Mass. Giust. Civ.*, 1982, I; Cass., 12 novembre 1996, n. 9891, in *Mass. Giust. Civ.*, 1996, 1508.

³⁶¹ F. ROLFI, *Sulla tipicità delle obbligazioni*, cit., 561 s.

³⁶² Cfr. G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 66.

³⁶³ F. BIANCHI, *Trattato delle servitù legali nel diritto civile italiano*, Lanciano, 1888, considera "l'utile" come espressione da intendersi in senso figurato: il fondo dominante, infatti, non potrebbe avere il godimento di una servitù che spetta, al pari di qualsiasi diritto, alle persone. Tuttavia, il fondo dominante è strumento necessario per il godimento della servitù: perché quest'ultimo avviene inseparabilmente dal godimento del fondo dominante, e solo in funzione di questo. Peraltro, S. PALAZZOLO, voce *Servitù*, cit., 11, meglio specifica quest'ultima considerazione, affermando che l'utilità della servitù è da intendersi prediale (come il godimento), perché il beneficio tratto dal *dominus* deve essere «oggettivizzabile, essendo riconducibile al predio, per il tramite del quale il titolare può goderne, realizzando uno sfruttamento migliore di questo». Tuttavia, non sembra possibile fissare a priori criteri di oggettivizzazione.

³⁶⁴ Così A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1640.

seriamente sostenibile una sua annessione ai diritti reali), in quanto rapporto obbligatorio, è destinata ad avere limiti di durata, altrettanto non accade per la servitù generalmente costituita (nella prassi) senza limitazione temporali e, pertanto, opponibile a tutti i successivi possessori del fondo servente³⁶⁵.

Diversa è altresì la tutela esperibile: per la servitù tutti i rimedi riguardanti i diritti reali e la tutela possessoria³⁶⁶, per le *obligationes* solo i rimedi previsti per l'inadempimento delle obbligazioni; così, l'inadempimento del titolare del fondo servente sarà compensato *ex art.* 2043 c.c., viceversa quello del debitore della prestazione *ob rem*, ai sensi degli artt. 1218 e 1223 c.c.

3.2. Il secondo termine di confronto: le servitù c.d. «irregolari».

Se la linea di confine tra obbligazioni reali e servitù è tracciata dagli *adminicula servitutis*, quella tra *obligationes p. r.* e diritti di credito sembra rappresentata dalle servitù c.d. irregolari. Solo a prima vista le due obbligazioni sembrano somigliarsi, ma così non è. Le servitù c.d. irregolari vengono costituite a vantaggio di una persona e non di un fondo (*rectius* dell'utilità di un fondo), a differenza dei casi tipici di obbligazioni *propter rem* previste dal legislatore in materia di servitù. Detto altrimenti, nei casi tipici disciplinati *ex lege*, le *o. p. r.* costituiscono una sorta di “enclave”. Le servitù irregolari sono veri e propri obblighi personali, che mancherebbero di quel carattere di inerenza “proprio” delle obbligazioni *propter rem*, sebbene questo debba intendersi in senso lato essendo affievolito rispetto a quello tipico dei diritti reali, in considerazione del fatto che – almeno *prima facie* – non sembrano opponibili ai terzi se non ove collegati ad un'altra situazione reale (v. *supra* Cap. I, par. 2.2.). Insomma, l'obbligo personale contenuto nelle servitù irregolari non potrebbe mai dirsi ancorato ad un diritto reale e, dunque, non potrebbe essere trascritto e nemmeno reso opponibile ai terzi. Diversamente, ove le parti pattuissero nel contratto costitutivo di servitù pure un obbligo accessorio (tale, cioè, da non costituire ammennicolo perché altrimenti si esaurirebbe nel contenuto della servitù), questo potrebbe essere trascritto (ma solo) insieme al contratto, e pertanto reso opponibile ai successivi titolari del fondo servente.

Le servitù rappresentano senz'altro il lato atipico del diritto reale, dal momento che il legislatore si limita a definirle nella struttura essenziale senza disciplinarne il

³⁶⁵ V. P. VITUCCI, voce *cit.*, 496 e 509, là dove emerge che le servitù sono generalmente destinate a durare a tempo indeterminato essendo destinate a soddisfare esigenze (relative al fondo) di carattere non transitorio. Il tutto, con il rischio che tale diritto reale diventi «il parassita o il cancro della proprietà», potendo, l'utilità del fondo in favore del quale era stato costituito, venir meno. Infatti, a differenza di quanto accade per enfiteusi (art. 963 c.c.) e usufrutto (art. 1014 c.c.), la legge non disciplina l'ipotesi di perimento del fondo.

³⁶⁶ Circa l'esperibilità della tutela possessoria in caso di inadempimento alla obbligazione accessoria o ambulatoria alla servitù v. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 101. *Contra* G. BRANCA, *Servitù*, *cit.*, 62 nota 4: «il *facere* non è mai oggetto di possesso: il mancato adempimento non è turbativa possessoria».

contenuto concreto, che invece viene lasciato all'autonomia privata³⁶⁷. Nello specifico, la struttura della servitù sembra costretta – *ex lege* – tra il requisito dell'inerenza (attiva e passiva) e quello dell'utilità del fondo dominante a discapito del servente che, *ex art. 1028 c.c.*, può consistere (l'utilità) anche in una maggiore comodità o amenità. Così, ben possono due vicini stipulare un contratto in virtù del quale l'uno si obbliga a far passare l'altro sul proprio fondo; ciò, tuttavia, non costituisce vincolo reale opponibile ai successivi acquirenti del fondo gravato, poiché l'interesse al "passaggio" è solo personale: il peso imposto mancherebbe di utilità per un fondo dominante e di inerenza attiva e passiva³⁶⁸. Diversa sarebbe invece l'ipotesi in cui il titolare di un fondo dominante, su cui insiste un albergo, stipuli con il vicino un contratto costitutivo di servitù, opponibile ai successivi acquirenti, al fine di consentire ai propri clienti di recarsi sul giardino confinante³⁶⁹.

Il problema poc'anzi evidenziato sembra acuirsi nel rapporto tra servitù aziendali e servitù industriali³⁷⁰. Le prime sono servitù irregolari, le seconde no. Da un punto di

³⁶⁷ U. STEFINI, *Contratti costitutivi*, cit., 1439 s.; nonché S. PALAZZOLO, voce *Servitù*, cit., 14. Del resto, osserva P. VITUCCI, *Servitù prediali*, cit., 498 s., il fatto che esistano diversi modi per l'acquisto del diritto su cosa altrui non manleva i contraenti dal disciplinare il contenuto del diritto. Anzi, ove le parti poggiassero la disciplina esclusivamente sulla disciplina normativa, rischierebbero di incorrere nella stipulazione di un contratto nullo *ex art. 1346 c.c.* Analogo problema si porrebbe per la destinazione del buon padre di famiglia o l'usucapione, dove il protrarsi della situazione possessoria o lo stato in cui le cose sono state lasciate dal *pater* devono pur sempre far riferimento ad un titolo. Solo per le servitù coattive, forse, basterebbe la previsione del legislatore. In tal senso, allora potrebbe tracciarsi un parallelismo tra obbligazioni e servitù, poiché in entrambi i casi è necessario che i contraenti provvedano a regolamentare il contenuto del diritto previsto nel contratto; certo è che, una volta sorto il diritto reale – a differenza dell'obbligazione –, questo sarà opponibile al terzo. Ulteriore differenza è che la servitù è più limitata rispetto all'*obligatio*, essendovi quantomeno uno schema legale a cui fare riferimento, dovendo il diritto reale tendere, ad esempio, all'utilità del fondo dominante.

³⁶⁸ Cfr. *ex multis* V. P. VITUCCI, voce *ult. cit.*, 501, che considera l'inerenza passiva come il peso che «si incorpora nel fondo servente e non incombe sulla persona del proprietario», mentre l'inerenza attiva consiste nel diritto che «compete soltanto al proprietario del fondo dominante e in ragione dell'utilità del fondo».

³⁶⁹ L'esempio è tratto da U. STEFINI, *Contratti costitutivi*, cit., 1441 ss., il quale, oltre all'inerenza e all'utilità, rileva come dati qualificanti la servitù il carattere dell'inseparabilità tra fondo dominante e servente e l'unidirezionalità dell'utilità (senza con questo negare l'esistenza delle servitù c.d. reciproche). La giurisprudenza, che distingue le servitù prediali dai rapporti obbligatori, cerca in genere di indagare la reale volontà dei contraenti per verificare se gli stessi abbiano voluto imporre una prestazione o costituire un vincolo reale: ad esempio, valutando lo stato dei luoghi e la destinazione del fondo dominante (così in Cass., 22 settembre 2009, n. 20409, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, I, 279 ss. ed in Cass., 6 novembre 2014, n. 23708, in *Giur. it.*, 2015, 5, viene negata la possibilità di costituire servitù di parcheggio perché di utilità esclusivamente personale; inoltre v. Cass., 7 luglio 1981, n. 4456, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Servitù*, 12; Cass., 16 luglio 1981, n. 4643, *ivi*, 13; Cass., 30 gennaio 1985, n. 528, *ivi*, 1985, voce *Servitù*, 17). Un ulteriore criterio di distinzione è quello della permanenza del vincolo, dal momento che un asservimento solo transitorio dovrebbe far propendere per un rapporto personale, anche in considerazione della tendenziale perpetuità delle servitù (v. Cass., 23 aprile 1971, n. 1183, in *Foro it.*, 1971, I, 1501 ss.; Cass., 9 aprile 1975, n. 1305, in *ivi*, 1975, I, 1970 ss.). In conclusione, occorre rilevare come ciò che rilevi non è tanto la qualificazione giuridica data dalle parti che non possono trasformare un diritto di credito in servitù e viceversa (v. Cass., 28 aprile 2011, n. 9475, in *CED Cassazione*, 2011; Cass., 23 febbraio 2001, n. 2658, in *Foro it. Rep.*, 2001, voce *Servitù*, 14; Cass., 30 gennaio 1985, n. 528, cit.; Cass., 5 gennaio 1970, 18, in *Foro pad.*, 1970, I, 114 ss.).

³⁷⁰ Per P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, 500 s., l'utilità per il fondo dominante *ex art. 1027 c.c.* rappresenta la discriminante principe tra servitù e obbligazione. La prima è categoria limitata rispetto al diritto di credito perché dotata di schema generale e limiti intrinseci che invece mancano per il rapporto

vista contenutistico, la servitù non deve necessariamente essere rivolta al soddisfacimento di un bisogno, potendo tendere, in virtù dell'art. 1028 c.c., ad una maggiore comodità o amenità del fondo dominante (purché strumentale al godimento del fondo dominante), oppure alla destinazione industriale del fondo³⁷¹. Il limite imposto dalla norma è che l'utilità sia sempre rivolta al fondo e non alla persona dell'imprenditore³⁷², e che quindi vi sia legame tra industria e fondo. Detto

personale, ancorché quest'ultimo talvolta possa incontrare dei limiti cogenti fissati dal legislatore. Proprio l'utilità fissa una condizione specifica per l'autonomia privata: non può esistere servitù se l'obbligo non sia rivolto all'utilità maggiore del fondo dominante. Ed è proprio quest'ultima che permette di distinguere se l'interesse possa essere perseguito con servitù od obbligazione. Del resto, anche nell'obbligazione si ravvisa, *ex art. 1174 c.c.*, la necessità di perseguire l'interesse creditorio purché meritevole di apprezzamento. Tuttavia, le nozioni di utilità e di interesse divergono, benché entrambe riflettano l'esigenza per l'ordinamento di esercitare un controllo sugli obiettivi perseguiti dai privati. Infatti, al titolare del diritto reale è concessa una maggiore protezione rispetto al creditore essendo il *ius in re aliena* più severamente condizionato nei presupposti. In particolare, l'interesse protetto nelle servitù non attiene al solo creditore perché si estende al di fuori di quella persona (sarebbe senza rilievo l'alienazione del fondo dominante perché il titolare della servitù può comunque continuare a giovarsene). Così la servitù non potrebbe limitarsi a soddisfare l'interesse personale di passeggiare o cenare sul fondo vicino o di servirsene per lo svolgimento dell'attività professionale, che ben potrebbe essere previsto ove sul fondo dominante si eserciti attività alberghiera e si persegua l'utilità prediale. In quest'ultimo caso, sarebbe assumibile la destinazione industriale del fondo. Detto altrimenti, con un diritto reale l'interesse si misura in modo pieno dovendosi realizzare «sul fondo altrui e indipendentemente dalla persona di chi ne sia proprietario»; ciò che si richiede nella servitù industriale, ad esempio, è che vi sia inerenza strutturale all'industria presente sul fondo dominante.

Problema analogo è evidenziato da S. PALAZZOLO, voce *Servitù*, cit., 3, 7 e 11 s., per cui risulta difficile, al di fuori delle regole d'esperienza, fissare criteri di oggettivizzazione dell'utilità del fondo. Un criterio potrebbe senz'altro essere rappresentato dalla struttura economico sociale o dai bisogni del fondo, un altro ancora potrebbe essere la destinazione del fondo. Questo, in particolare, è spesso utilizzato dalla giurisprudenza specialmente in quelle situazioni come la servitù industriale dove il profilo di utilità per il fondo dominante risulta più sfumato: v. es. Cass., 9 giugno 1976, n. 2122, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1, 117, con nota di E. ALVINO, *Il concetto e le caratteristiche di utilitas nella servitù*; oppure v. Cass., 6 novembre 1968, n. 3664, in cui si è ricondotto il divieto di non concorrenza ad una servitù industriale). Il concetto di *utilitas* è molto ampio, anche in considerazione del rapporto tra contenuto della servitù e godimento: visto che questo è personale, come nelle obbligazioni, vi è il rischio di considerare situazione personali come reali. Ecco perché un criterio discretivo potrebbe essere rappresentato dalla considerazione per cui *utilitas* non è la somma delle utilità ricavabili da entrambi i fondi, ma solo la struttura funzionale ed oggettiva nello sfruttamento possibile ed attuale (anche per le servitù industriali) del fondo dominante. In sintesi, il diritto di godimento *in re aliena* nelle *servitus* non è concesso per l'utilità diretta della persona, bensì per una prediale che riguarda sempre una persona, nel senso che questi potrà trarre utilità attraverso lo sfruttamento del fondo (servente) godendo – di conseguenza – di quello dominante. In tal senso, il godimento, pur essendo personale come ogni godimento, dovrà sempre essere strumentale a quello del fondo dominante.

³⁷¹ Secondo P. VITUCCI, voce *ult. cit.*, 502 s., le servitù industriali si pongono come confine estremo del campo delle servitù e ben si prestano, quindi, a divenire ulteriore (rispetto agli ammenicoli che sono il punto più interno al diritto reale) termine di confronto con le obbligazioni personali. Certo è, però, che il termine industriale non deve intendersi in senso stretto, dovendo intendersi come “attività produttiva”: nelle servitù industriali c'è un collegamento tra attività produttiva e utilizzazione del fondo. L'utilità potrebbe consistere nella maggiore comodità e amenità del fondo, senza che sia volta ad estenderne l'attività produttiva, per quanto in questi casi, al pari di quanto accade per le servitù industriali, la destinazione del fondo dominante è lontana dal coincidere con il godimento del proprietario. Ad esempio, l'art. 1028 c.c. apre uno spiraglio verso la costituzione di servitù diverse da quelle inerenti le attività produttive. Si pensi alle ipotesi relative agli edifici da costruire (obbligo di erigere un certo tipo di edifici, di rispettare determinate distanze o alcune caratteristiche costruttive, e via dicendo), dove l'interesse del lottizzatore è meritevole di tutela, poiché la destinazione del fondo è destinata a soddisfare il bisogno generale di tutti coloro risiederanno in futuro in quella zona.

³⁷² Sono state, ad esempio, considerate servitù industriali quella di estrarre argilla dal fondo del vicino per costruire anfore per l'olio prodotto nel fondo dominante; oppure quella di scolo delle acque reflue

diversamente, non basterebbe a costituire una servitù industriale il fatto che sul fondo dominante insista un'industria e che il titolare del fondo (a questo punto) presunto servente risulti obbligato, perché sarebbe pure necessario che l'industria possa esercitarsi solo su quel fondo. Viceversa, le servitù aziendali venendo poste a vantaggio di un'azienda sarebbero inequivocabilmente rivolti alla soddisfazione dell'imprenditore, al pari di un normale rapporto obbligatorio³⁷³.

Proprio questa sottile distinzione permetterebbe una diversa valutazione di quelle convenzioni in cui il titolare di una *res* immobile risulti obbligato nei confronti del titolare di un fondo vicino. Una volta escluso che quest'obbligo costituisca il contenuto di una servitù (ammennicolo) o che ne condizioni la nascita (presupposto), occorre verificare se tale prestazione accessoria contribuisca, estendendola o migliorandola (e di conseguenza limitando il diritto del titolare del fondo servente), a perseguire l'utilità del fondo di proprietà del titolare della situazione giuridica attiva, e senza limitarsi quindi a soddisfare il suo interesse meramente personale. Solo così potrebbe parlarsi di obbligazione *propter rem* accessoria ad un diritto reale di servitù. Per restare alle fattispecie *retro* richiamate, rappresenterebbe obbligazione *p. r.* l'obbligo per il titolare del fondo servente di estrarre in prima persona dal proprio terreno l'argilla e che, oltre a sopportarne l'estrazione, dovrà consegnare al *dominus* per costruire anfore volte a contenere l'olio prodotto sul fondo di quest'ultimo; oppure l'obbligo del titolare del fondo servente di fornire direttamente il pescato al *dominus*, titolare di una servitù di scolo di acque, per una rivendita di pesce costruita con banchi di pietra ancorata al suo fondo su cui scorre l'acqua proveniente dal fondo servente, e così via. In questo caso le prestazioni – meramente accessorie – estenderebbero

provenienti dalla cava di marmo che si trova sul fondo dominante; o di scolo di acque per una rivendita di pesce costruita con banchi di pietra ancorati al fondo dominante. Cfr. *ex plurimis* Cass., 6 novembre 1968, n. 3664, in *Foro it.*, 1969, I, 637 e più di recente Cass., 27 settembre 2012, n. 16427, in *Foro it.*, *Rep.*, 2013, voce *Servitù*, 6.

³⁷³ Sarebbero, allora, servitù solo adombrate (così U. STEFINI, *Contratti costitutivi*, cit., 1447 s.) l'obbligo del proprietario del fondo di acconsentire al vicino di appoggiare sul di lui fondo l'insegna dell'azienda esercitata da quest'ultimo. Per alcuni sarebbe tale anche la servitù di non concorrenza (v. M. LOIACONO, *Servitù di non concorrenza*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1952, 232 ss.; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 160 ss.; M. COMPORI, *Le servitù*, cit., 197; Cass., 24 agosto 1977, n. 3852, in *Foro it.*, 1978, I, 86 ss.) posta a carico del fondo dove si svolge un'attività di impresa concorrente con quella esercitata dal titolare del fondo supposto dominante. In realtà, sembrerebbe potersi parlare di servitù se dal divieto di concorrenza traesse vantaggio non solo l'azienda, ma anche il fondo che contribuisce alla produttività della stessa; viceversa, si parlerebbe di rapporto obbligatorio se l'attività di impresa non fosse collegata al fondo, svolgendosi semplicemente sopra questo.

In punto servitù industriali e divieto di non concorrenza appare particolarmente icastico G. BALBI, voce *Obbligazione*, cit., 670, che ritiene come si fuoriesca dall'ambito delle servitù industriali se, la presenza di un obbligo di mantenere l'esercizio di un'industria, sia rivolta ad agevolare i proprietari di alcuni fondi (es. obbligo mantenere stazione di monta taurina, un mulino o un frantoio), oppure sia rivolta a fornire un dato quantitativo di prodotto al proprietario di un certo fondo (fornire carbone estratto). L'A., al pari, esclude che costituisca servitù od obbligazione reale il divieto di non concorrenza: se è servitù perché porta vantaggio a un altro fondo il divieto di aprire stabilimenti di certo tipo, di pescare in acque di proprietà privata, è da escludere l'annessione al diritto reale dell'obbligo di non vendere in una determinata zona, di aprire un negozio di stoffe, perché tali obblighi avvantaggerebbero solo la persona titolare del fondo presunto dominante.

l'utilità del fondo su cui si esercita attività d'impresa³⁷⁴. Viceversa costituirebbe mero obbligo quello del proprietario che, oltre a permettere l'affissione dell'insegna dell'azienda presente sul fondo vicino, si obbligasse ad affiggerla in prima persona. In questo caso si avrebbero due semplici obbligazioni contenute nel medesimo contratto³⁷⁵.

3.3. Le obbligazioni reali nel diritto di servitù: l'art. 1030 c.c.

In relazione alla servitù, secondo la prevalente interpretazione, costituiscono ipotesi tipiche di obbligazioni reali le prestazioni accessorie disciplinate dagli artt. 1030, 1045, 1069, comma 2, 1090 e 1091 c.c.³⁷⁶.

Quanto all'art. 1030 già si è detto ampiamente nei capitoli precedenti, quando si è sostenuto che un atto capace di «rendere possibile l'esercizio della servitù» è qualificabile come o. p. r. a condizione di non rappresentare un limite intrinseco del diritto reale, un ammenicolo, un comportamento volto a soddisfare l'interesse sotteso alla stessa servitù, o un'obbligazione personale autonoma e non ambulatoria³⁷⁷. In sintesi, si è visto come il titolare del fondo servente possa essere talvolta vincolato ad una prestazione *in faciendo*, ulteriore rispetto al *patis* o al *non facere*, capace di estendere il godimento del *dominus* e di comprimere ulteriormente il proprio, senza

³⁷⁴ In ordine alla possibilità di individuare obbligazioni reali accessorie ad una servitù industriale, pare scettico G. BALBI, voce *Obbligazione*, cit., 670, il quale sembra escludere che l'obbligo di fornire carbone o energia elettrica possa considerarsi servitù industriale.

³⁷⁵ Sul punto però pare significativa l'analisi svolta da L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 65 ss., che sembra addirittura far coincidere le servitù aziendali con le obbligazioni reali atipiche: «le servitù aziendali», la cui esclusione dall'ambito del diritto reale di servitù, motivata dal fatto che la prevista utilità inerebbe all'azienda e non al fondo, parrebbe non irragionevolmente consentire [...] la qualificazione di termini di *obligationes ob rem* atipiche». E ciò a condizione la possibilità di un utilizzo più vantaggioso del bene azienda venga visto non come strumento per consentire al creditore-imprenditore di ottenere un profitto, bensì come strumento per lo sviluppo più razionale del processo produttivo. Il pensiero dell'A. si inserisce all'interno di quell'orientamento che vede la possibilità di costituire obbligazioni reali atipiche non come un pericolo per il l'interesse collettivo, ma per converso come uno strumento utile a perseguire gli interessi costituzionalmente protetti dagli artt. 41 e 42 Cost., e quindi interessi pubblici come lo sviluppo delle imprese con conseguenti riflessi positivi sull'occupazione. Per contro l'A. conferma che una servitù industriale come vera e propria servitù, ravvisando in questo caso solo un interesse per l'industria sita sul fondo dominante.

Il tema verrà comunque ripreso e ampliato nel Cap. IV.

³⁷⁶ Cfr. A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 299; L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 98 ss.; G. GROSSO, *Le Servitù prediali*, cit., 281.

³⁷⁷ S. PALAZZOLO, voce *cit.*, 16, affermando che non esistono facoltà implicite nel diritto, considera *adminicula servitutis* solo le facoltà che, pur senza essere espressamente previste e senza essere essenziali per il tipo di servitù previste in astratto dalla legge, sono previste in modo concreto e specifico dall'atto costitutivo, fugando così il dubbio che la prestazione debba considerarsi strumentale all'esercizio del diritto reale, ovvero rientrando in una servitù a contenuto più ampio, oppure necessaria per consentire il godimento servile al *dominus*.

V. anche G. GROSSO, *op. ult. cit.*, 282, il quale traccia un parallelismo tra l'art. 1030 e 1069, comma 2, per due ragioni: 1) entrambi sono rivolti a rendere possibile l'esercizio della servitù; 2) entrambi hanno una clausola di salvezza che può avere «diverse realizzazioni», prevedendo che «l'iniziativa e il compimento delle opere [possa] restare al proprietario del fondo dominante con diritto a totale o parziale contribuzione o rifusione di spese», o che possa essere «addossato all'obbligato di provvedere al compimento delle opere».

che venga alterata la realtà del diritto o che si esaurisca nel contenuto della servitù stessa³⁷⁸.

Passando dall'astratto al concreto, non resta che appurare quando la giurisprudenza ha qualificato le prestazioni accessorie di *facere* previste dalla legge o dalla volontà dei privati come obbligazione *propter rem*. Per esempio, è stato considerato *ob rem* l'obbligo, posto a carico dell'alienante (titolare del fondo servente) e a vantaggio dell'acquirente, di mantenere di larghezza costante la strada su cui si esercita la servitù³⁷⁹.

Inoltre, si pensi all'ipotesi in cui l'atto di acquisto di un immobile preveda che il terreno compravenduto sia destinato esclusivamente a verde o ad impianto di attrezzature sportive, con l'ulteriore previsione di un obbligo di manutenzione a carico dell'acquirente³⁸⁰. Invero, non potrebbe affermarsi in astratto che il nuovo proprietario abbia l'obbligo di conservare il bene nel suo stato originario per effetto di un'obbligazione personale, perché se così fosse si rischierebbe di attentare alla pienezza del diritto di proprietà. Viceversa sarebbe ben contraibile il diritto – attraverso la previsione di conservazione dello *status quo* – ove si configurasse una servitù a carico del fondo di cui una parte deve essere adibita a verde; servitù che

³⁷⁸ In giurisprudenza v. Cass., 27 agosto 2012, n. 14657, cit.; nonché Cass., 18 dicembre 2013, n. 28348, in *Giur. it.*, 2013, 5: «Quando il proprietario del fondo servente è tenuto a compiere qualche atto per rendere possibile l'esercizio della servitù da parte del proprietario del fondo dominante, tali prestazioni accessorie non sono comprese nel contenuto della servitù, e cioè non fanno parte del comportamento dovuto quale oggetto del rapporto reale, ma sono oggetto di un rapporto obbligatorio "propter rem", distinto dal rapporto di servitù, sebbene al medesimo accessorio». In dottrina S. PALAZZOLO, voce *ult. cit.*, 16, considera estranei al contenuto (tipico) della servitù gli obblighi e gli oneri che esorbitano dall'esigenza del godimento come l'obbligo di sostenere le spese per il compimento delle opere necessarie all'uso o alla conservazione delle servitù *ex art. 1030 o 1070 c.c.* Non potrebbe, però, parlarsi di obbligazioni od oneri reali nei casi in cui questi rappresentino i c.d. *commoda servitutis*: vantaggi personali che derivano, *ex lege* o *ex contractu*, al titolare del fondo dominante per l'utilizzo della servitù e che rappresentano aspetti interni del godimento del diritto. V. anche A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1633.

³⁷⁹ Cfr. la recente Cass., 27 febbraio 2017, n. 4952, circa l'obbligo contenuto in un atto di compravendita costituente una servitù di passaggio (con mezzi meccanici) in *Leggi prof.*: «Correttamente [...] la Corte d'appello ha qualificato il detto obbligo di sistemazione della stradina oggetto della servitù di passo, non obbligazione autonoma, ma strumentale rispetto all'esercizio della servitù di passo anche carrabile, e quindi *propter rem*, o ambulatoria, e ha conseguentemente ritenuto che - poiché l'obbligo di fare non può non seguire (attivamente e) passivamente la servitù - i proprietari del fondo servente si sono liberati per il futuro dal vincolo obbligatorio dal momento in cui, alienato il fondo servente al proprietario del fondo dominante con atto pubblico [...], la servitù si è estinta per confusione».

³⁸⁰ V. Cass., 27 agosto 1998, n. 8511, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 1308, in merito all'opponibilità al terzo acquirente che – incurante del vincolo – aveva successivamente lastricato il terreno adibendolo ad autorimessa. Le corti di merito avevano optato per un obbligo di natura personale, tale da obbligare a continui interventi manutentivi atti a conservare la pattuita destinazione del terreno, quindi non opponibile. Diversamente la Corte ha considerato il diritto in questione come servitù negativa arricchita da un obbligo accessorio di fare, convenzionale e pertanto opponibile: «la destinazione a verde, mutuata dagli strumenti urbanistici in contrapposizione a quella edificatoria, in sé non obbliga a fare alcunché, ma limita negativamente il diritto di proprietà, non consentendo un'utilizzazione diversa, mentre la pattuizione dell'obbligo del proprietario di manutenzione del fondo è *propter rem* e compatibile con la servitù, ai sensi dell'ultima parte dell'art. 1030 cod. civ., per conservare lo stato di fatto».

sarebbe arricchita dall' *o. p. r.* di mantenere il fondo, attraverso l'estensione del diritto del *dominus* e la compressione del diritto del proprietario del fondo servente.

Oppure si rifletta sull'atto di compravendita che abbia riservato ai venditori l'accesso ai restanti terreni di loro proprietà da effettuarsi per mezzo di accessi a mare, che l'acquirente avrebbe dovuto creare sul terreno acquistato. L'obbligo di costruzione di tali accessi è stato interpretato dalla giurisprudenza come obbligo accessorio (*ex art. 1030*) alla servitù di passaggio³⁸¹. Anche se sul punto verrebbe spontaneo chiedersi se gli accessi a mare non siano condizionanti il sorgere della servitù, in considerazione del fatto che il fondo dominante non potrebbe trarre utilità senza quel passaggio.

Ed ancora si consideri l'obbligo, accessorio ad una *servitus altius non tollendi*, in forza del quale il titolare del fondo servente sia obbligato a procedere alla potatura e alla rimozione degli alberi le cui cime impediscano la veduta sulla città. In questo caso, il contenuto della servitù si esplicherebbe nel dovere di non piantare alberi nuovi (dopo la costituzione del diritto), mentre il diritto accessorio – capace di estendere e di favorire in concreto l'esercizio del diritto principale – si attuerebbe con l'adempimento della prestazione positiva di potare gli alberi già esistenti³⁸².

3.3.1. Segue: l'art. 1069 c.c.

Un'ulteriore ipotesi di obbligazione reale tipica è contenuta nell'art. 1069 c.c.³⁸³ Tale norma sembra attinente sia alla facoltà di eseguire le opere (o sostenere le spese *v. infra*) necessarie a conservare lo *status quo*, che consente l'esercizio della servitù, sia alla facoltà di compiere opere che, pur esorbitando dalle esigenze attuali del diritto, sono rivolte a garantire la conservazione della servitù nel tempo³⁸⁴.

Si badi, però, che se non si è dubitato del fatto che il secondo comma evochi un'obbligazione reale, qualche perplessità è sorta in merito al terzo comma; mentre si

³⁸¹ V. Cass., 29 agosto 1998, n. 8610, in *Corr. giur.*, 1998, 1132: «La servitù può comportare per il proprietario del fondo servente l'obbligo di un "*facere*", purché esso costituisca solo un'obbligazione accessoria che non esaurisce l'intero contenuto della servitù, in quanto volto solo a consentirne il completo esercizio». In via più risalente e senza che si esprima direttamente nel qualificare l'obbligo come *o. p. r.* v. Cass., 21 maggio 1951, n. 1268, in *Riv. Dir. comm.*, 1952, II, 91 ss., che ha qualificato come servitù – opponibile ai successivi acquirenti – il diritto attribuito dal padre alla figlia, tramite un atto di compravendita di un vigneto, di usufruire del confinante palmeto di proprietà del padre in tempo di vendemmia, con l'obbligo peraltro a carico della figlia di mantenere il palmeto in buono stato d'uso (con particolare riguardo del torchio).

³⁸² V. Cass., 13 giugno 1995, n. 6683 in *Mass. giur. it.*, 1995: «La servitù, ai sensi dell'art. 1030 cod. civ., può anche comportare, per il proprietario del fondo servente, l'obbligo di un "*facere*", se così sia stabilito dal titolo o dalla legge, purché esso costituisca solo una obbligazione accessoria che non esaurisce l'intero contenuto della servitù, essendo volto solo a consentirne il concreto esercizio. (Nella specie, la Corte ha ritenuto compatibile con il contenuto della servitù di non collocare e mantenere nel fondo alberi che impedissero la visuale del panorama dal fondo vicino quello di rimuovere o potare gli alberi già esistenti che ostacolassero l'esercizio della veduta».

³⁸³ V. di recente Cass., 27 agosto 2012, n. 14657 in *Leggi prof.* e Cass., 31 maggio 2012, n. 8751, *ivi*; Trib. Modena, 15 novembre 2010, *ivi*, che, in relazione all'art. 1069, comma 2, c.c., *expressis verbis*, afferma: «in detta materia si parla di obbligazioni *propter rem*, ovvero di obblighi inscindibili collegati alla cosa e dunque gravanti su chiunque sia di essi proprietario».

³⁸⁴ V. S. PALAZZOLO, *Servitù*, cit., 16.

è escluso – quasi unanimemente – che il primo comma disciplini un'ipotesi di obbligazione *propter rem*.

Il secondo comma è stato classificato come obbligazione reale tipica posta a carico del proprietario del fondo servente. Se il comma precedente stabilisce che normalmente spetti al *dominus* compiere sul fondo servente «le opere necessarie per conservare la servitù», il secondo afferma che la legge o il contratto possono invertire questo obbligo ponendolo a carico del titolare del fondo servente³⁸⁵. *Prima facie* l'obbligazione reale consisterebbe nell'obbligo per quest'ultimo di sopportare le spese necessarie a compiere le opere citate ovvero di rimborsarle quando altri (ad esempio il *dominus*) vi abbiano provveduto in sua vece³⁸⁶.

Tuttavia, secondo un'importante dottrina il contenuto della prestazione non dovrebbe esaurirsi nella sola sopportazione delle spese, potendosi estendere per converso – se previsto dal titolo o dalla legge – all'esecuzione diretta dell'opera utile alla conservazione della servitù³⁸⁷. Non varrebbe *a contrario* affermare, che ove il titolo ponga direttamente a carico del titolare del fondo servente l'obbligo di eseguire le opere (e quindi non solo di sopportarne le spese di esecuzione), si graviti nell'orbita dell'art. 1030 c.c., trattandosi di una servitù munita di un obbligo accessorio di manutenzione³⁸⁸. Se così fosse si rischierebbe di ignorare l'esistenza di una norma specifica (l'art. 1069, comma 2, appunto) che, nel riferirsi agli obblighi di

³⁸⁵ Cfr. *ex plurimis* G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 19 e 138; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 468, che precisa come le opere a cui la norma si riferisce siano solo quelle indispensabili per la conservazione del diritto; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 394 ss., sembra invece ammettere che queste opere possano anche essere necessarie per attuare la servitù. Inoltre, per S. PALAZZOLO, *op. ult. cit.*, 16, la previsione contrattuale che impone di eseguire opere di conservazione, avendo natura suppletiva rispetto al dettato legislativo, non potrebbe mai frustrare lo schema tipico di servitù previsto dal legislatore: ad esempio, non sarebbe ammissibile il divieto di manutenzione ordinaria.

Inoltre, pare opportuno sottolineare come di obbligazione accessoria alla servitù possa parlarsi solo in ipotesi di previsione pattizia diversa rispetto alla previsione legislativa, perché ove il titolare del fondo servente – in mancanza di esplicita previsione contrattuale – dovesse provvedere in prima persona al compimento delle spese per evitare il perimento della servitù, agirebbe sia nell'interesse del *dominus* (per cui potrebbe esserci una *negotiorum gestio*), ovvero nel proprio interesse per evitare le conseguenze di un'inerzia negligente (da cui un'ipotesi di ingiustificato arricchimento).

³⁸⁶ Così A. BURDESE, voce *Servitù prediali (diritto vigente)*, in *Noviss. Digesto*, XVII, Torino, 1970, 144. Ma anche G. GROSSO, *Le Servitù prediali*, cit., 282.

³⁸⁷ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 105, che argomenta *ex art.* 1091 c.c., là dove la norma si riferisce all'esecuzione delle opere ordinarie e straordinarie per la derivazione d'acqua. In tal senso, sembrerebbe che l'art. 1069, comma 2, c.c. abbia un significato bivalente prevedendo che l'obbligo posto a carico del titolare del fondo servente sia o di sopportare le spese o di eseguire l'opera in prima persona.

Contra A. BURDESE, voce *Servitù*, cit., 142, che, pur qualificando l'obbligo di sopportare le spese come *ob rem*, considera come mero onere di conservazione del diritto su cosa altrui quello di eseguire direttamente le opere. E analogamente S. PALAZZOLO, *Servitù*, cit., 16: «il compimento delle opere di cui all'art. 1069 c.c. è un onere, non un obbligo del titolare [...]; anche il compimento delle attività necessarie al rispetto del divieto di aggravamento dell'esercizio della servitù costituisce onere».

³⁸⁸ Così Cass., 16 maggio 1981, n. 3221, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, 1124: «Il regime delle prestazioni accessorie di una servitù (nella specie: opere di manutenzione) stabilito dal titolo riguarda un'obbligazione *propter rem* - ossia legata al rapporto con la cosa oggetto della servitù e, come tale, destinata a trasmettersi con il trasferimento di quella *res* - e, pertanto, non può essere modificato che da altro titolo scritto è trascritto, in mancanza del quale detta obbligazione segue, con lo stesso originario regolamento, il trasferimento del bene asservito».

conservazione, sembra implicitamente comprendere il compimento di ogni attività (tra cui l'esecuzione d'opera) utile all'esercizio del diritto³⁸⁹.

Tantomeno potrebbe ritenersi che le opere richiamate dall'art. 1069, comma 2, debbano concretizzarsi in qualcosa di stabile e permanente, cioè in costruzioni e demolizioni³⁹⁰. E ciò perché – operando un'analisi di sistema – si potrebbe agevolmente verificare che il legislatore spesso parla genericamente di “opere”, ma solo in alcuni casi specifica che queste devono tradursi in un'entità materiale: è quanto, ad esempio, accade nell'art. 1061, comma 2, c.c., dove in relazione alle servitù apparenti si fa esplicito riferimento ad «opere visibili e permanenti»³⁹¹.

Dal dettato del secondo comma, però, un dato sembra emergere chiaramente, ossia che sono da considerarsi obblighi *ob rem* solo quelli di eseguire le opere (o comunque di sopportare le spese) utili alla conservazione della servitù da cui viene fatta dipendere la sopravvivenza della servitù, ma non anche quegli obblighi volti ad estendere l'utilità del diritto garantendo una maggiore comodità d'esercizio³⁹².

Si è escluso, invece, che l'attività di conservazione prevista dall'art. 1069, comma 1, sia inquadrabile come obbligazione reale tipica³⁹³. Siccome è interesse del proprietario del fondo dominante conservare la servitù, ai più è parso che l'attività disciplinata dalla norma sia non tanto un obbligo quanto invece una facoltà rientrante nel contenuto del diritto reale di servitù³⁹⁴. Tale considerazione dovrebbe valere anche nel caso in cui al fondo servente possa derivare un danno dalla mancata esecuzione delle opere: il comportamento del *dominus* non potrebbe mai dirsi necessitato, visto che la norma non gli impone alcuna condotta. La norma impone solo di non creare un incomodo (*rectius* un maggior incomodo) per il titolare del fondo servente «nel fare le opere necessarie», il che sembra suggerire che il *dominus* non è obbligato, ma lo diventerà se vorrà realizzare le opere, visto che non potrà incomodare il proprietario del fondo servente³⁹⁵. Certo è che, ove il *dominus* non compiendo le opere necessarie

³⁸⁹ Preme sul punto ricordare che l'obbligo di conservazione non debba essere confuso con quello di compiere opere, la cui esistenza condizioni la nascita dello stesso *ius in re aliena*.

³⁹⁰ In tal senso B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 469.

³⁹¹ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 105, che per converso ritiene come altrettanto non faccia l'art. 1091 c.c., che, distinguendo tra opere di ordinaria e straordinaria manutenzione, sembra volgere la propria attenzione al tipo di attività svolta.

³⁹² Così L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 128, che richiama Cass., 17 gennaio 1995, n. 492, in *Mass. Giust. Civ.*, 1995, 84; Cass., 14 agosto 1986, n. 5048, in *Mass. Giust. Civ.*, 1986, VIII-IX.

³⁹³ V. però Cass., 4 febbraio 2014, n. 2442, in *Leggi prof.*, che in un *obiter dictum* sembra ritenere ammissibile la costituzione di un'obbligazione *propter rem* ai sensi del primo dell'art. 1069: «il giudice di appello ha omesso di considerare che, ai sensi dell'articolo 1069 c.c., comma 1, solo la spesa per il mantenimento della servitù, gravante, di regola, sul proprietario del fondo dominante, è configurabile come obbligazione *propter rem* perché in relazione strumentale inscindibile con la servitù».

³⁹⁴ Così A. BURDESE, voce *Servitù*, cit., 145. Di contro, però, L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, cit., 276, parlava di obbligo giustificandone l'esistenza sulla base di un principio generale dall'art. 1090 c.c., che impone un obbligo di sopportazione delle spese a carico del titolare del fondo dominante.

³⁹⁵ E. GUERINONI, *Servitù prediali*, in *Diritti reali parziari*, in *Trattato dei diritti reali*, A. GAMBARO - U. MORELLO (diretto da), II, Milano, 2011, 293 nota 332, precisa che, al fine di preservare il godimento dell'utilità del fondo dominante, sarebbe possibile derogare al divieto di incomodare il fondo servente

arrecasse un danno al fondo servente, non sarebbe peregrino parlare di abuso del diritto risarcibile *ex art. 2043 c.c.*³⁹⁶.

Peraltro, in ordine ai primi due commi dell'art. 1069 c.c., ci si potrebbe chiedere se il dovere del titolare del fondo servente (per il primo comma) o del titolare del fondo dominante (per il secondo comma), di sopportare l'attività di conservazione svolta rispettivamente dal *dominus* o dall'altro fondista (a seconda del comma considerato) non possa considerarsi come obbligazione *propter rem*. Per contro, occorre evidenziare che in entrambi i casi gli obblighi di sopportazione sembrano rientrare nel contenuto inscindibile della servitù, che, se non fossero adempiuti, determinerebbero il venir meno del diritto, e ciò perché il presupposto della conservazione della servitù è l'esecuzione delle opere che se non sono eseguite dal titolare del fondo servente dovranno essere compiute dal *dominus*.

Con riguardo al terzo comma, invece, occorre evidenziare una spaccatura interpretativa. La norma prevede che «le spese sono sostenute in proporzione dei rispettivi vantaggi» se le opere giovano anche al titolare del fondo servente. Così, da un lato si è ritenuto che nel caso di specie sorgerebbero obbligazioni *propter rem* reciproche, rispettivamente a favore e a carico del proprietario servente³⁹⁷. In particolare, per il titolare del fondo servente l'obbligazione sarebbe legata non solo alla proprietà del fondo servile, ma anche al vantaggio che lo stesso riesca a trarre dall'opera; sicché questi dovrà indennizzare il *dominus* ove si avvalga in un tempo successivo dell'opera inizialmente eseguita dal titolare del diritto per un suo vantaggio esclusivo³⁹⁸. Per contro, dall'altro lato si è affermato che tale obbligo sia da ricondursi all'esigenza di evitare che il titolare del fondo servente si arricchisca a spese del *dominus*³⁹⁹. In tal senso, l'obbligo di eseguire attività di manutenzione ovvero di

quando si renda necessario compiere opere tempestivamente; viceversa, cessate le ragioni di urgenza non sarà più possibile derogare al divieto di creare incomodo.

³⁹⁶ Cfr. G. BRANCA, *Delle servitù*, cit., 391 ss.; nonché L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 106 s., che argomenta tracciando un parallelismo tra l'art. 1069, comma 1, e il combinato disposto degli artt. 1064 e 1065 c.c. Il disposto dell'art. 1064, stabilendo che il proprietario del fondo dominante può fare tutto quanto sia necessario per esercitare la servitù, deve essere mitigato dall'art. 1065 – che disciplina il principio del minimo mezzo – per cui l'esercizio del diritto dovrà avvenire *civiliter*: senza aggravio per il fondo servente e senza danno. Così pure accade per l'art. 1069, comma 1: la disposizione per cui il proprietario può scegliere il tempo e il modo di eseguire le opere è mitigata da quella che impone di «creare minore incomodo», e ciò significa che il *dominus* dovrà esimersi se l'attività possa risultare dannosa.

³⁹⁷ V. A. BURDESE, voce *Servitù*, cit., 145; A. NATUCCI, in *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), VII, 2, Torino, 2001, 105 ss.; S. PALAZZOLO, voce *Servitù*, cit., 16, che parla di obbligazione *propter rem* prevista *ex lege*; G. GROSSO, *Le Servitù prediali*, cit., 69 s. e 281 ss. e 284, il quale qualifica l'onere a carico del titolare del fondo dominante come onere rientrante nel contenuto della servitù.

³⁹⁸ V. G. GROSSO, *op. ult. cit.*, 284.

³⁹⁹ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 106 s.

eseguire nuove opere che si rendono necessarie alla conservazione non dovrebbe gravare *ob rem* sull'proprietario del fondo servente bensì *ex art.* 2041 c.c.⁴⁰⁰.

3.3.2. Segue: l'art. 1090 c.c.

La norma prevede che nella «servitù di presa o di condotta d'acqua» il proprietario del fondo dominante, salvo che il titolo non dica diversamente, può essere tenuto a sue spese – a richiesta del proprietario del fondo servente – a mantenere il canale «convenientemente spurgato» ed a tenere «le sue sponde [...] in stato di buona manutenzione». Preliminarmente, pare significativo affermare come tale norma sembri riaffermare quel principio generale contenuto nell'art. 1069, per cui le spese di manutenzione spettino al *dominus*, salva una diversa previsione contrattuale.

Secondariamente, rileva che parte della dottrina ha ricondotto il dovere di spurgo e di manutenzione del canale ad un'obbligazione *propter rem* a carico del titolare del fondo dominante. Più specificamente, tale considerazione ha come presupposto la teoria della quadripartizione delle obbligazioni reali dal punto di vista della prestazione in esse contenute⁴⁰¹: 1) quelle che hanno lo scopo di conservare la *res* (artt. 882, 1104, 1041, 1045, e così via; 2) quelle che fissano limiti o modalità di utilizzazione della cosa (ad es. artt. 987, 989, 894, 1102); 3) quelle che impongono un mutamento del diritto (artt. 874, 875, 878, 912, 1111, e via dicendo); 4) quelle aventi ad oggetto un indennizzo per l'incremento di un diritto reale di godimento (artt. 935 ss., 929, 930). Secondo questa ripartizione, allora, gli obblighi contenuti nell'art. 1090 dovrebbero ricondursi alla prima categoria perché la manutenzione del canale posta a carico del titolare del fondo dominante avrebbe lo scopo di «provvedere alla conservazione della cosa, in genere alla tutela delle possibilità di sfruttamento, ad evitare i danni»⁴⁰².

Tuttavia, non è mancata l'opinione contraria di chi ha negato che l'obbligo di manutenzione in questione possa ricondursi all'alveo delle obbligazioni *ob rem* poste a carico del *dominus*. Anche se l'obbligo in questione è stato annesso alle obbligazioni reali, assumendo che favorirebbe la conservazione della *res* o il suo sfruttamento, non può negarsi come sembri più che altro ricondursi al limite del diritto del titolare del fondo servente, che non potrebbe mai godere della servitù arrecando pregiudizio al fondo servente; in altri termini sembrerebbe preferibile parlare di limite esterno del

⁴⁰⁰ Ipotesi simile potrebbe forse individuarsi quando non sia il titolo a prevedere che le spese di cui all'art. 1069, comma 1, c.c., siano sopportate dal titolare del fondo servente, ma questi vi provveda al posto del proprietario onde evitare il perimento del diritto.

⁴⁰¹ Sul punto v. G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 19 e 138, nonché ID., voce *Obbligazione*, cit., 671; G. BRANCA, *Delle servitù*, cit., 535; S. PALAZZOLO, *Servitù*, cit., 16, che pone il parallelismo tra l'obbligazione pattizia di spurgo del canale con quella prevista dall'art. 1092, comma 4, c.c., in ordine alle indennità di modifica dei turni.

⁴⁰² Per tale conclusione v. G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 137 s., il cui pensiero è ormai risalente e non più condivisibile, in virtù di quanto specificato *retro* nel testo: molti di questi obblighi sembrano più che altro connaturati al contenuto del diritto reale.

diritto. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il mancato spurgo del canale da parte del *dominus* provochi una frattura delle sponde del canale tale da danneggiare il fondo servente⁴⁰³.

Viceversa, non sembra peregrino parlare di obbligazione *propter rem* quando il titolo, disponendo diversamente dalla legge, ponga il relativo obbligo a carico del proprietario del fondo servente. In questo caso va da sé il parallelismo con l'art. 1069, comma 2, c.c., e, pertanto ci si richiama alle considerazioni svolte in quella sede.

3.3.3. Segue: l'art. 1091 c.c.

Tale norma pone a carico del concedente d'acqua di una fonte o di un canale – a condizione che il titolo non preveda diversamente – l'obbligo di eseguire in favore di chi ne fruisce «opere ordinarie e straordinarie per la derivazione e condotta dell'acqua fino al punto in cui ne fa la consegna⁴⁰⁴, a mantenere in buono stato gli edifici, a conservare l'alveo e le sponde della fonte o del canale, a praticare i consueti spurghi e a usare la dovuta diligenza, affinché la derivazione e la regolare condotta dell'acqua siano in tempi debiti effettuate».

Dalla lettura della norma si evincono due dati. Il primo è l'eccezionalità dell'art. 1091 rispetto alla regola espressa nell'art. 1030, essendo previsto *ex lege* un obbligo di *facere* per il titolare del fondo servente⁴⁰⁵. Il secondo è la simmetria tra il dettato di questa norma e quello dell'art. 1069, comma 2; anche se nel caso in esame l'obbligo nasce direttamente a carico del proprietario del fondo servente e solo il titolo potrebbe trasferirlo nella sfera giuridica del titolare del fondo dominante, diversamente dal primo comma dell'art. 1069.

Ad ogni buon conto, la norma va interpretata correttamente poiché di obbligazione *propter rem* si potrebbe parlare solo per le opere di manutenzione ordinaria e straordinaria che siano utili a migliorare la “normale” distribuzione delle acque⁴⁰⁶,

⁴⁰³ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 109 s. Della stessa opinione è parso anche G. BRANCA, *Delle servitù*, cit., 161 s., il quale, peraltro, rielaborando la sintassi della norma, si è altresì interrogato circa la possibilità di estenderne l'applicazione anche a soggetti terzi diversi dai proprietari dei fondi attraversati dai fossi. Così pure G. GROSSO, *loc. ult. cit.*, 291 s., che sembra ricondurre l'obbligo in questione ad un onere proprio del contenuto della servitù.

Ma v. altresì la recentissima App. Milano, 14 ottobre 2014, n. 3595, in *Leggi prof.*, che, con riferimento all'art. 1090 c.c., sembra individuare una prestazione accessoria dotata di realtà, anche se la stessa Corte – forse superficialmente – parla di oneri reali anziché di obbligazioni *propter rem*.

⁴⁰⁴ G. GROSSO, *Le Servitù prediali*, cit., 286, considera che «la determinazione di questo punto stabilisce [...] il termine di riferimento per addossare al proprietario del fondo servente le opere necessarie [...]».

⁴⁰⁵ In giurisprudenza v. Cass., 16 agosto 1990, n. 8313, in *Giur. agr. it.*, 1991, 29; di contro Corte d'App. Milano, Sez. I, 14 ottobre 2014, n. 3595, cit., in un *obiter dictum* qualifica quest'obbligo accessorio come onere reale.

⁴⁰⁶ V. S. PALAZZOLO, *Servitù*, cit., 16 e cfr. Cass., 16 ottobre 1979, n. 5402, in *Rep. Giust. civ.*, 1979, voce *Servitù*, 57. Tale pronuncia, peraltro, secondo L. MANNA, *op. ult. cit.*, 131 s., nonché R. TRIOLA, *Le servitù*, in *Il codice civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (fondato da), F. D. BUSNELLI (diretto da), Milano, 2008, 732 s., avrebbe un contenuto fuorviante (così come massimata), dal momento che parrebbe considerare l'art. 1091 come servitù dal carattere eccezionale avendo contenuto *in faciendo*. In realtà, così non dovrebbe essere guardando alle pronunce successive, che qualificano espressamente

poiché finalizzato ad estendere il contenuto del diritto. Per converso tale qualificazione andrà esclusa se il compimento dell'opera si renda necessaria per far sorgere la servitù oppure sia tale da condizionarne l'esistenza.

In tal senso, potrebbero dirsi tipiche obbligazioni reali tutte quelle attività di manutenzione del fondo e dell'argine del canale dispensatore; di spurgo del canale, del fiume e del serbatoio; di costruzione degli argini che impediscono la dispersione delle acque; la costruzione di chiuse, e così via⁴⁰⁷.

3.3.4. Segue: l'art. 1045 c.c.

Anche la servitù coattiva di «utilizzazione di fogne e fossi altrui» è stata tradizionalmente ricondotta alla categoria delle obbligazioni reali. L'art. 1045 c.c. attribuisce ai proprietari «dei fondi attraversati da fogne o da fosse altrui», o che approfittano dei lavori di bonifica svolti da proprietari finitimi sul proprio fondo (*ex art. 1044 c.c.*), la «facoltà di servirsene per risanare i loro fondi, a condizione che non ne venga danno ai fondi già risanati e che essi sopportino le nuove spese occorrenti per modificare le opere già eseguite, affinché queste siano in grado di servire anche ai fondi attraversati, e inoltre sopportino una parte proporzionale delle spese già fatte e di quelle richieste per il mantenimento delle opere, le quali divengono comuni».

Secondo la prevalente interpretazione, la disposizione, per quanto complessa, si dovrebbe risolvere nella «regolamentazione di differenti posizioni sostanziali facenti capo ad uno stesso soggetto»⁴⁰⁸. Sarebbero, infatti, ravvisabili quattro situazioni giuridiche soggettive: una facoltà, un dovere di sopportazione, un'obbligazione personale e solo infine un'*obligatio ob rem*. In particolare, il proprietario del fondo

questa ipotesi come o. p. r.: ad es. Cass., 16 agosto 1990, n. 8313, cit., considera «per la costituzione per usucapione della servitù di presa o di derivazione di acqua non è richiesto che il proprietario del fondo servente, a norma dell'art. 1091 cod. civ., abbia provveduto alla esecuzione delle opere necessarie all'esercizio della servitù durante il tempo necessario per l'usucapione, trattandosi di una obbligazione "propter rem" che sorge a carico del detto proprietario con la costituzione della servitù, di cui forma un accessorio, prescindendo dalla sua costituzione in mora».

⁴⁰⁷ Sono esempi tratti da L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, 109, che – richiamando Cass., 5 febbraio 1969, n. 369, in *Rep. Giust. civ.*, 1969, voce *Servitù*, n. 144 – ritiene tali obblighi opponibili a qualunque acquirente del bene (anche a titolo particolare), nonché suscettibili di esecuzione *ex art. 2931 c.c.* Relativamente a quest'ultima ipotesi di avviso contrario è G. BRANCA, *Delle servitù*, cit., 539, per il quale, in caso di inadempimento, le opere potrebbero essere eseguite direttamente dal proprietario del fondo dominante a spese del debitore. E in ordine a quest'ultima interpretazione v. anche G. GROSSO, *Le Servitù prediali*, cit., 282 s. e spec. 286, che, argomentando *ex art. 1064*, comma 1, e 1069, comma 1, ritiene possibile che il *dominus* compia in prima persona le opere. Invero, se le locuzioni «ciò che è necessario per usare della servitù» e «le opere necessarie per conservare la servitù» non fossero intese in senso troppo stretto si dovrebbe «riconoscere al titolare la facoltà di compiere le opere di cui all'art. 1091». Del resto, il titolo ben potrebbe prevedere che l'obbligo non sia addossato al titolare del fondo servente ponendolo a carico del *dominus*. Così, anche là dove tale previsione manchi, potrebbe provvedervi il titolare del fondo dominante con il diritto di veder rimborsate le spese sostenute, in analogia con quanto accade *ex art. 1006 c.c.* in materia di usufrutto in caso di rifiuto o ritardo da parte dell'usufruttuario nel compimento delle opere a lui richieste.

⁴⁰⁸ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri*, cit., 110, dove l'obbligo – ricondotto al 2041 c.c. – è individuato soltanto nell'ipotesi in cui sia stato il proprietario di fossi e canali a eseguire lavori di conservazione di cui poi si sia avvantaggiato il proprietario del fondo attraversato da questi ultimi.

attraversato da fossi e fogne appartenenti ad altri (o avvantaggiato dalle opere di bonifica *ex art. 1044 c.c.*) avrebbe la facoltà/diritto potestativo di servirsi delle opere altrui «per risanare i loro fondi», ed opere che di conseguenza diventerebbero comuni.

Il proprietario avrebbe altresì l'onere di sopportare le spese per modificare i canali esistenti o perché questi sono stati modificati dal proprietario degli stessi canali, quindi chi si avvantaggia avrebbe l'obbligo di contribuire *ex art. 2041 c.c.*, o perché ha deciso di eseguire i lavori in prima persona, quindi va da sé che dovrebbe sopportarne il costo pur senza esserne obbligato.

L'obbligazione personale – al pari di quanto accade per la comunione forzosa del muro – sarebbe rappresentata dal pagamento preventivo delle spese sopportate in precedenza dal proprietario dei canali (fossi e fogne) a titolo di corrispettivo per la quota di comproprietà delle stesse opere⁴⁰⁹.

Infine, l'obbligazione reale sarebbe rappresentata dal contributo proporzionalmente dovuto dai «proprietari dei fondi attraversati», per le opere e le spese di manutenzione di quei canali che sono stati resi comuni: analogamente a quanto accade in relazione all'art. 1104 c.c., e per il quale potrebbero porsi gli stessi dubbi sorti in precedenza (v. *supra* par. 2.3.).

3.4. Oneri reali e servitù: istituti a confronto.

Da quanto detto poc'anzi (v. *supra* par. 1) è possibile individuare i punti di contatto tra oneri reali tipici e servitù: la realtà⁴¹⁰, l'inerenza passiva al fondo e il carattere permanente (c.d. diritto di sequela). In particolare, vi sarebbe realtà perché l'o.r., al pari della servitù, sarebbe opponibile *erga omnes*; in particolare vi sarebbe permanenza ed inerenza al fondo dal punto di vista passivo senza alcun tipo di personificazione dell'obbligo: dal momento in cui l'onere o la servitù sono costituiti, è come se il fondo fosse “marchiato” e pertanto destinato a circolare con quel vincolo capace di obbligare chiunque diventi proprietario del fondo e non solo il singolo o i

⁴⁰⁹ G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 163, sul punto traccia una corrispondenza tra questa ipotesi e quella di cui all'art. 874 c.c. in relazione alla comunione forzosa del muro. Inoltre, L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri*, cit., 111, parla di trasferimento coattivo.

⁴¹⁰ *Contra* N. DISTASO, *Diritto reale*, cit., 464 s., per il quale l'o.r. non può che essere configurato come rapporto obbligatorio avente ad oggetto prestazioni positive. In tale figura l'unico elemento di realtà sarebbe espresso dalla garanzia «che sta accanto al rapporto obbligatorio, senza assorbirsi in un unico rapporto». In particolare, per l'A. occorrerebbe evitare l'equivoco di considerare l'o.r. alla stregua di un diritto reale. Un equivoco che potrebbe sorgere ove si considerasse l'onere capace di configurare una situazione giuridica comprendente sia il diritto alle prestazioni periodiche sia il credito alle singole prestazioni sorte ogni qualvolta scadano. In realtà esisterebbe solo il credito per le singole prestazioni che può farsi valere alla scadenza. Si avrebbe soltanto «una serie di crediti collegati sotto diversi aspetti (quanto alla determinazione del debitore, alla natura della prestazione, alla scadenza periodica)». Analogamente G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 38 ss., per il quale non esisterebbe un rapporto complesso ed unitario, ma solo «unicità di fattispecie causativa, ossia tutte le singole obbligazioni periodiche sono causate dalla medesima fattispecie, che di solito è negoziale».

suoi successori⁴¹¹. Si potrebbe ritenere, dunque, che gli oneri al pari delle servitù siano dotati di opponibilità nei casi legislativamente previsti: si pensi all'art. 2643, comma 1, n. 11, che consente a particolari condizioni la trascrizione degli atti costitutivi dei consorzi previsti dagli artt. 862 ss.; si pensi ancora alla possibilità di iscrivere l'onere (interventi dovuti dal proprietario in seguito all'approvazione del progetto di bonifica) previsto dall'art. 253 del Codice dell'ambiente.

Al contempo sembra soprattutto possibile tracciarne le differenze. In primo luogo, non entrerebbe in gioco il godimento come accade nelle servitù per il fondo servente. L'onere, senza identificarsi con alcuno dei diritti reali di godimento previsti dalla legge, potrebbe essere costituito a vantaggio di un singolo indipendentemente dalla proprietà di un bene⁴¹². In tal senso, si porrebbe a metà strada tra le *servitus praediorum* costituite sempre a favore di un fondo, e le servitù personali che permettono il godimento diretto e immediato della cosa in favore del singolo determinato⁴¹³.

L'oggetto dell'onere deve consistere in una prestazione positiva posta a carico del titolare del fondo (generalmente di *dare* e talvolta di *facere*), diversamente dalle servitù che non tollerano una prestazione di tal fatta.

L'onere limita la libertà personale del titolare del diritto reale imponendo a quest'ultimo di esplicitare a favore dell'avente diritto (anche non proprietario) una determinata attività. La servitù si limita invece a restringere i poteri che in astratto il titolare del diritto reale potrebbe esercitare *erga omnes* (ed è in tal senso si parla di "peso" sul fondo). L'o.r. insomma sarebbe inerente alla persona e non al diritto, poiché i poteri del proprietario (o del titolare di altro diritto reale) rispetto alla cosa non verrebbero toccati. La titolarità del diritto rilevarebbe solo perché permetterebbe di individuare il soggetto passivo dell'onere. Nelle o.r. la pretesa potrebbe essere realizzata solo per il tramite del soggetto passivo, cioè di quell'unico soggetto (come accade nelle obbligazioni) tenuto ad eseguire positivamente la prestazione, mentre nella servitù la pretesa potrebbe essere realizzata indipendentemente dalla cooperazione del soggetto passivo perché consisterebbe in una semplice inerzia o sopportazione⁴¹⁴. Ecco perché l'alienazione o l'abbandono del fondo gravato hanno

⁴¹¹ Così B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 699 e 703 e ID., *Oneri reali ed obbligazioni*, cit., 343. L'A. presenta gli oneri reali come semplici ipotesi di servitù, ad eccezione degli oneri di fare, che non potendo essere fatte rientrare nella servitù, costituirebbero semplici obbligazioni. Tale tesi, però, secondo Cfr. F. ROLFI, *Sulla tipicità delle obbligazioni*, cit., 562 s., presenterebbe il limite di non spiegare perché le servitù, rappresentate – a questo punto – da oneri, siano caratterizzate da una garanzia sul bene, che nella generalità dei casi mancherebbe.

⁴¹² Basti pensare che il creditore della prestazione periodica – almeno per le fattispecie sopra analizzate – è solitamente un ente pubblico.

⁴¹³ Ad essere obbligato sarebbe dunque sempre il titolare di un diritto reale però non necessariamente a vantaggio del titolare di un altro *ius in re*.

⁴¹⁴ Così B. BIONDI, *op. ult. cit.*, 700, e ID., *Oneri reali ed obbligazioni*, cit., 344, per il quale l'o. r. sarebbe pur sempre «un'obbligazione che si innesta sul diritto di proprietà, ma è sempre

diverse conseguenze nei due istituti. Negli oneri reali, il proprietario cesserà di essere gravato quando non sarà più proprietario ma, a differenza di quanto accade per le servitù, il titolare del diritto continuerà ad essere obbligato per le prestazioni (periodiche) dovute e già scadute⁴¹⁵.

Inoltre, nell'onere reale non sarà necessario ravvisare la c.d. *vicinitas* mancando il rapporto di strumentalità tra fondo servente e fondo dominante.

Peraltro, non varrebbe – al fine di porre sullo stesso piano servitù e o.r. – affermare che in entrambi i casi vi sia una sorta di *qualitas fundi* in virtù dell'inerenza prediale e dell'inseparabilità di entrambe le figure dal fondo⁴¹⁶. A tale contestazione si potrebbe eccepire la diversità del termine di relazione: la servitù è inseparabile dal fondo dominante, mentre l'onere reale dal fondo di cui la titolarità obbliga ad eseguire la prestazione.

Infine, non è ravvisabile nelle servitù una situazione di privilegio, o comunque alcuna garanzia reale, sul fondo di proprietà dell'obbligato inadempiente.

3.5. Gli oneri reali negli altri diritti reali.

Anche in questo caso, così come per l'*obligatio*, l'analisi non può che tenere conto dei limiti del diritto reale, sia esso proprietà o *ius in re aliena*.

Con riferimento agli oneri reali, tuttavia, il discorso è assai breve in quanto la discussione prevalente si è sviluppata attorno alla possibilità di configurare l'obbligo posto a carico dell'enfiteuta di migliorare il fondo e, soprattutto, quello di pagare il canone di cui all'art. 960, comma 1, c.c. come onere di natura reale.

In merito all'obbligo di pagare un canone periodico, che «può consistere in una somma di danaro ovvero in una quantità fissa di prodotti naturali», la soluzione affermativa è stata principalmente argomentata facendo riferimento all'art. 1, L. 11 giugno 1925, n. 998 (v. *supra* par. 1), che sancendo l'affrancabilità dei canoni enfiteutici li ha posti sullo stesso piano dei censi e di ogni altra prestazione perpetua di qualsiasi natura⁴¹⁷.

un'obbligazione, disciplinata dai principi generali circa l'adempimento della prestazione». Similmente v. anche S. PALAZZOLO, *Servitù*, cit., 9.

⁴¹⁵ Parallelamente si prevede nel Codice civile Tedesco al § 1108: «il proprietario risponde personalmente delle prestazioni scadute durante il tempo in cui era proprietario, se non è altrimenti disposto».

⁴¹⁶ Sul punto v. M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., 753, che individuava il criterio utile ad inquadrare l'o.r. e l'obbligazione *propter rem* nella struttura del potere attraverso cui il titolare della situazione giuridica attiva perviene a soddisfare i propri interessi.

⁴¹⁷ Cfr. *ex multis* di recente G. DI GIANDOMENICO, *Le rendite in generale*, in G. DI GIANDOMENICO - D. RICCIO, *I contratti speciali: I contratti aleatori*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), XIV, Torino, 2005, 288; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., 427 s.; A. TORRENTE, cit., 323 nota 1; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 702, che ritiene il canone enfiteutico come onere reale «qualora l'enfiteuta si configuri proprietario del fondo»; A. DE LUCA, *Gli oneri reali*, cit., 112 ss., e spec. 113. In particolare, quest'ultimo, ancorché nel vigore del codice abrogato, riteneva che l'obbligo dell'enfiteuta non potesse che essere reale, in virtù della stretta correlazione tra questo (l'obbligo) e il diritto, che ha natura reale perché si esercita sul fondo. Nel pensiero dell'A. però risulta sottesa la convinzione (già ricordata nel

In senso contrario, però, si è affermato che l'obbligo posto a carico dell'enfiteuta mancherebbe di quei tratti caratteristici propri dell'onere reale⁴¹⁸. Infatti, nella fattispecie mancherebbe una garanzia specifica del concedente sul fondo in quanto l'enfiteuta, ai sensi dell'art. 2740 c.c., risponderebbe con tutti i propri beni (presenti e futuri), non nei limiti del fondo goduto. Sul punto non dovrebbe trarre in inganno il disposto dell'art. 2763 c.c. che si limita ad attribuire un privilegio speciale sui frutti (presenti sul fondo o sulle sue dipendenze), individuando così un credito privilegiato e non un onere reale⁴¹⁹. Inoltre, all'enfiteuta non sarebbe consentito spogliarsi unilateralmente dal relativo diritto con l'abbandono del fondo – che come visto (*supra* par. 1) è ammesso solo nei casi in cui sia la legge a prevederlo –, bensì solo con la rinuncia al diritto (che è cosa diversa dall'abbandono⁴²⁰), che invece non avrebbe effetto liberatorio. Infine, non attribuirebbe natura di onere al canone nemmeno l'art. 967, comma 1, c.c., secondo cui il nuovo enfiteuta, acquirente del diritto *ex art.* 965 c.c., sarebbe solidalmente responsabile con il cedente per i canoni dovuti in precedenza e non soddisfatti, poiché tale previsione non sarebbe un *proprium* dell'onere reale, bensì una soluzione adottata in diverse ipotesi dalla legge, la quale, nel caso di specie, riterrebbe decisivo creare una comunione di interessi tra vecchio e nuovo proprietario attraverso il trasferimento del debito (responsabilità solidale) al fine di rafforzare la garanzia dei creditori⁴²¹.

cap. I, par. 2) per cui l'o.r. avrebbe natura mista essendo composto da un elemento di realtà affiancato ad un 'obbligazione personale. Ed infatti il diritto al canone, pur avendo natura reale, poiché si esercita sul fondo, non potrebbe essere soddisfatto senza la cooperazione del possessore su cui incombe l'onere di pagare le singole annualità. Tale obbligazione, che ha natura personale, non è però autonoma, essendo connaturata all'o.r., dato che costituisce un elemento necessario al godimento della prestazione dovuta.

⁴¹⁸Sul punto si veda L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 80 s., la quale, tuttavia, ha sostanzialmente ripreso le valutazioni già espresse da G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 45 s.

⁴¹⁹ Cfr. V. MARICONDA, *op. cit.*, 964, per il quale il canone enfiteutico, pur consistendo in una prestazione di *dare*, non è assistito da una garanzia reale. Inoltre v. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 80 s., per la quale, essendo l'obbligo dell'enfiteuta accompagnato da un privilegio speciale di natura mobiliare *ex art.* 2763 c.c., ove si ammettesse che la qualifica di credito privilegiato non sia incompatibile con quella di o.r. si potrebbe anche concludere per la natura di onere reale del canone enfiteutico. Tuttavia, è proprio «l'oggetto della garanzia a suscitare serie perplessità circa la bontà di tale conclusione», poiché, a differenza di quanto accade per l'o.r. non si riferisce al fondo ma solo ai frutti dello stesso. Invero, sebbene tale soluzione normativa può spiegarsi nel fatto che il canone costituisce un frutto civile per cui in caso di inadempimento – in ottica di esecuzione privilegiata – si può avere come punto di riferimento i frutti naturali del fondo, si scontra con l'elemento qualificante dell'onere reale che tradizionalmente è considerata l'azione reale sul fondo per cui la prestazione è dovuta, e che «vede in esso una *qualitas fundi* e dunque – valutando la situazione *a latere debitoris* – nell'obbligo un fattore capace di coinvolgere immediatamente, nel suo inadempimento, il fondo».

C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 143, propende invece per un'annessione del canone enfiteutico alle ipotesi di obbligazioni *propter rem*.

⁴²⁰ V. *infra* Cap. III, par. 4.1.

⁴²¹ V. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1993, 469, dove l'A. in realtà sembra propendere per attribuire la natura di onere reale al canone enfiteutico.

Contra, nel vigore del codice civile abrogato, A. DE LUCA, *op. cit.*, 114, per il quale non valeva ad escludere la realtà dell'onere il fatto che la legge ammettesse la retrocessione al concedente solo quando fosse perita una parte del fondo, ed il fatto che il privilegio fosse concesso al concedente esclusivamente sopra i frutti. Tali disposizioni, peraltro, oggi sostanzialmente riproposte nel codice del

Analogamente si è ritenuto che nemmeno l'obbligo dell'enfiteuta di migliorare il fondo *ex art. 960 c.c.* abbia natura di onere reale⁴²². E ciò perché il limite interno, che quest'obbligo crea per l'enfiteusi (l'enfiteuta può godere del bene a patto che migliori il fondo), permetterebbe solo di delineare la struttura – o meglio l'essenza – stessa del diritto. L'obbligo di miglioramento nell'enfiteusi non dovrebbe quindi considerarsi come elemento ulteriore e qualificante, essendo il suo «scopo essenziale [...] sempre stato identificato nel miglioramento»⁴²³. Esattamente al pari di quanto accade nell'usufrutto dove la modificazione unilaterale della destinazione economica rileverebbe come abuso del diritto e non come inadempimento ad un'obbligazione, anche nell'enfiteusi non si tratterebbe di obblighi (oneri), bensì di meri limiti strutturali del diritto, contro la violazione dei quali l'ordinamento appresta degli strumenti di reazione (l'estinzione per l'usufrutto e la devoluzione per l'enfiteusi) certamente lontani e diversi dalla risoluzione prevista per inadempimento⁴²⁴.

In considerazione del fatto che l'adempimento degli obblighi di miglioramento o di pagamento obbligo non tende al soddisfacimento di un interesse pubblico ulteriore rispetto a quello del titolare del diritto (v. *supra* Cap. I, par. 2.1.) e che non è assistito da privilegio sembra preferibile negare la configurabilità dell'art. 960 c.c. come o.r. Viceversa, tali obblighi sarebbero da ricondurre al contenuto ed alla struttura del diritto di enfiteusi.

3.6. Le servitù reciproche.

Obbligazioni *propter rem* e oneri reali vanno distinti dalle servitù reciproche⁴²⁵. Tantomeno potrebbe ritenersi che tale fattispecie costituisca un'ipotesi atipica di servitù. Anche se di norma, ai sensi dell'art. 1027 c.c., il peso grava sul fondo servente procurando utilità al fondo dominante in via unidirezionale, la dottrina e la giurisprudenza ammettono la possibilità di costituire una servitù reciproca sull'assunto che tale figura non costituisca «un'unica servitù con utilità reciproche, ma [...] più

⁴²² limitavano senza escludere gli effetti che derivavano dalla personificazione del fondo negli antichi oneri reali relativamente all'abbandono del fondo ed all'obbligo delle annualità arretrate. Invero, l'abbandono – come per gli oneri risalenti – valeva a liberare l'enfiteuta per il futuro e non per il tempo in cui egli avesse conservato il possesso; mentre il pagamento delle annualità arretrate permetteva al nuovo possessore di non perdere il possesso del fondo attraverso l'azione di devoluzione.

⁴²³ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 39 ss., per la quale nemmeno l'obbligo dell'usufruttuario di non modificare la destinazione economica del bene *ex art. 981*, comma 1, c.c., abbia natura di o.r., e ciò perché in questo caso (come nell'enfiteusi) gli obblighi posti a carico di chi gode del bene costituiscono la struttura stessa del diritto reale.

⁴²⁴ V. ID., *loc. ult. cit.*

⁴²⁴ In particolare per ID., *op. ult. cit.*, 40 s., non varrebbe *a contrario* affermare che il diritto alla devoluzione del *dominus*, nei confronti dell'enfiteuta che non migliori il fondo o lo deteriori, si avvicina alla risoluzione per inadempimento. La conseguenza, infatti, sarebbe quella di includere nel diritto reale l'onere come suo elemento necessario oppure quella di costituire una proprietà temporanea ed eccezionalmente prescrivibile qualificata dalla presenza concomitante di un'obbligazione *propter rem*. In giurisprudenza v. Cass., 16 novembre 1971, n. 3261, in *Mass. Giust. Civ.*, 1971, 1753.

⁴²⁵ V. A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1637, ancorché in riferimento alle sole obbligazioni reali.

servitù di segno opposto aventi ad oggetto i medesimi fondi (di modo che lo stesso fondo, servente in una servitù, è dominante nell'altra)»⁴²⁶.

Anche se in passato la giurisprudenza e parte della dottrina erano portate a negarne l'ammissibilità⁴²⁷, oggi le servitù reciproche sono molto utilizzate nella prassi al fine di limitare e/o regolamentare lo *ius aedificandi* dei privati, sopperendo alle carenze degli strumenti urbanistici. Si pensi alle convenzioni urbanistiche dove, introducendo vincoli reciproci, due o più fondi vengono asserviti gli uni nei confronti degli altri⁴²⁸: nella vendita a lotti di aree fabbricabili, accade che i proprietari assumano contrattualmente a carico e a favore di ciascun lotto limitazioni alla libertà di utilizzare i lotti stabilendo distanze, volumetrie e altezze, la destinazione degli edifici da costruire (c.d. convenzioni di lottizzazione), vincoli di edificabilità oppure imprimendo determinate caratteristiche alle zone in esecuzione di un piano di sviluppo⁴²⁹.

Lo strumento delle servitù reciproche viene utilizzato anche in ambito condominiale, dove, attraverso il regolamento (contrattuale⁴³⁰) di condominio, vengono imposti vincoli d'uso sui singoli appartamenti di proprietà esclusiva⁴³¹.

⁴²⁶ V. U. STEFINI, *Contratti costitutivi*, cit., 1441 s. e nota 11, per il quale, proprio l'unidirezionalità permetterebbe di distinguere le servitù dalle limitazioni legali del diritto di proprietà (ad es. nei rapporti di vicinato) che gravano sui fondi in via di reciprocità. Inoltre, i limiti legali – che non sono diritti reali autonomi, ma meri modi di essere del diritto, quindi imprescrittibili – oltre alla reciprocità non necessitano di un atto costitutivo nascendo *ex lege*.

⁴²⁷ In passato si riteneva che una servitù non potesse essere contemporaneamente dominante e servente in forza del principio *nemini res sua servit*, così come uno stesso soggetto nelle obbligazioni non potrebbe essere contemporaneamente creditore e debitore: v. sul punto Cass., 13 aprile 1938, in *Foro it. Rep.*, 1938, voce *Servitù*, 22; Cass., 6 febbraio 1946, in *Foro it. Rep.*, 1946, 7-8, voce *Servitù*; Cass., 6 febbraio 1950, *ivi*, 1950, 9-10. In dottrina A. TORRENTE, *Servitù ed oneri reali*, in *Giur. Cass. civ.*, 1946, II, 1, 471 ss.

Di contro G. GROSSO, *Servitù e obbligazione*, cit., 215, definiva «paradossale» la conseguenza di questo orientamento. Inoltre, v. B. BIONDI, *Servitù reciproche*, cit., 29 ss., ha negato il precedente orientamento, ritenendo come sia ben possibile che tra due fondi «intercedano reciprocamente due o più servitù *distinte*, per quanto di eguale contenuto, rispetto a ciascuna della quali il medesimo fondo è dominante e servente»; infatti, anche tra due soggetti potrebbero coesistere innumerevoli servitù, e che coesistono salva la compensazione.

⁴²⁸ Nel caso di specie, però, il rapporto che si costituisce non è di corrispettività tra i due fondi, ma attinente a due servitù distinte, pertanto restano due diritti reali distinti, che non costituiscono l'oggetto di due prestazioni corrispettive dedotte nel rapporto contrattuale. Così, in giurisprudenza si è affermato che il proprietario, in caso di inadempimento, non può esercitare il rimedio dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), potendo agire solo con un'azione reale per tutelare il proprio diritto: v. Cass., 24 maggio 1996, n. 4770, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1997, I, 33. Si veda inoltre Cass., 9 dicembre 1988, n. 6680, in *Foro it., Rep.*, 1988, voce *Servitù*, 18, che ha persino dichiarato inammissibile l'azione di risoluzione per inadempimento della convenzione costituente servitù reciproche, poiché con la conclusione del contratto vi sarebbe stata immediata costituzione dei diritti reali *ex art.* 1376 c.c. e quindi esecuzione del rapporto contrattuale.

⁴²⁹ Cfr. 24 maggio 1996, n. 4770, cit.; Cass., 10 febbraio 1993, n.6652, in *Foro it.*, 1993, I, 148, e in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1029: stabilendo che le limitazioni reciproche sono ammissibili per soddisfare l'interesse del venditore ad «imprimere determinate caratteristiche alle zone in esecuzione di un piano di sviluppo», ha precisato come per conferire efficacia alle limitazioni reciproche sarebbe sufficiente richiamare nei singoli atti il piano di lottizzazione con i diritti e gli obblighi *ivi* previsti.

⁴³⁰ Dovrebbe escludersi, invece, che vincoli possano costituirsi con un regolamento non contrattuale approvato dalla maggioranza (e non ad unanimità), salvo che il condomino non si sia singolarmente obbligato contrattualmente (Trib. Catania, 3 febbraio 2003, in *Giur. di merito*, 2003, 1722; Trib.

In entrambi i casi, si è posto principalmente il problema di rendere i vincoli reciproci opponibili ai terzi successivi acquirenti dei beni; opponibilità che – almeno secondo l’insegnamento tradizionale – sarebbe ammissibile solo ove vi sia un diritto reale, come la servitù. Detto altrimenti, solo se le obbligazioni *propter rem* e gli oneri reali fossero classificabili come diritti reali (ancorché atipici ed esclusi dal *numerus clausus*), sarebbe possibile interrogarsi sulla possibilità di opporli ai terzi ove siano previsti pattiziamente: evento tutto fuorché scontato se si considera che i casi di pubblicità dichiarativa sono tassativi nel nostro ordinamento (v. *infra* Cap. IV)⁴³². Diventa così evidente l’affanno interpretativo in cui si potrebbe cadere ove la distinzione tra servitù reciproca, o.r. e o. p. r. sia sfumata. Se, infatti, l’intento dei contraenti originari sia quello di rendere il vincolo opponibile ai futuri acquirenti del bene, sarebbe preferibile parlare di servitù reciproche⁴³³ (anche se a determinate condizioni: v. *infra*). Infatti, un’efficacia *erga omnes* delle obbligazioni, degli oneri reali e dei diritti reali su cosa altrui, presupporrebbe la trascrizione; e in merito non

Piacenza, 10 aprile 2001, in *Arch. Loc.*, 2001, 689), oppure si verta in tema di salvaguardia architettonica o strutturale dell’immobile condominiale (v. Cass., 3 settembre 1998, n. 8731, in *Foro it.*, 1999, 598: v. *supra* par. 2.3.2.).

⁴³¹ V., ad esempio, Cass., 13 giugno 2013, n. 14898, in *Foro it. Rep.*, 2013, voce *Comunione e condominio*, 97.

U. STEFINI, *Contratti costitutivi*, cit., 1457 s., osserva che la giurisprudenza, in ambito di comunione e condominio, mitigando il principio *nemini res sua servit*, ormai permette che: 1) un fondo comune possa essere asservito a favore del fondo di proprietà esclusiva di un comproprietario, a condizione che la facoltà di godimento della servitù a favore del singolo comproprietario ecceda la naturale facoltà di godimento del fondo comune che già spetterebbe al comproprietario *ex art. 1102 c.c.* (es. il condomino che per accedere al fondo di proprietà esclusiva apra un varco nel muro perimetrale del condominio); 2) un fondo di proprietà esclusiva possa essere asservito ad un fondo di proprietà comune (es. la servitù di passaggio degli impianti condominiali a favore del condominio ed a carico delle singole unità immobiliari previste nel regolamento c.d. contrattuale). In particolare, v. Cass., 4 dicembre 1982, n. 6603, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Servitù*, 7; Cass., 28 gennaio 1985, n. 434, *ivi*, 1985, voce *Servitù*, 5; Cass., 29 novembre 2004, n. 224098, *ivi*, 2004, voce *Comunione e condominio*, 124; Cass., 26 settembre 2008, n. 24243, *ivi*, 2008, voce *ult. cit.*, 158; Cass., 21 ottobre 2009, n. 22341, in *Giust. civ.*, 2010, I, 913 ss.

Contra v. però Cass., 26 febbraio 2007, n. 4386, in *Foro it. Rep.*, voce *Comunione*, cit., 150, che ha ritenuto prevalere il principio *nemini in res sua servit*, ancorché in un *obiter dictum*.

⁴³² Diverso sarebbe il caso in cui si facesse riferimento alle obbligazioni ed agli oneri reali tipici. Quanto alle prime, stante il rapporto di accessorietà al diritto reale, risulterebbero opponibili ai terzi nei limiti in cui risulti opponibile il diritto reale, perché lo seguono e sono ad essi ancorati, e pertanto si trascrivono con questo. Il discorso dovrebbe essere solo parzialmente diverso per gli oneri reali in quanto privo di accessorietà; tuttavia, non potrebbe farsi a meno di osservare come anche i casi tipici e recenti di o.r., quali consorzi e vincoli imposti dal codice dell’ambiente, siano opponibili ai terzi in quanto oggetto di pubblicità per espressa previsione normativa.

⁴³³ In giurisprudenza v. Cass., 18 febbraio 1970, in *Foro it.*, 1970, I, 2127; Cass., 7 aprile 1970, in *Foro it. Rep.*, 1970, voce *cit.*, 34; Cass., 25 ottobre 1973, *ivi*, 1974, I, 92; Cass., 10 dicembre 1976, *ivi*, voce *cit.*, 17, 41; Cass., 14 ottobre 1955, in *Foro it. Rep.*, 1955, voce *Servitù*, 20; 31 ottobre 1957, *ivi*, voce *cit.*, 35; Cass., 14 ottobre 1959, in *Foro pad.*, 1959, I, 1368; 27 gennaio 1962, in *Foro it.*, 1962, I, 453; App. Milano, 27 gennaio 1954, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1955, II, 381; App. Milano, 20 novembre 1956, in *Foro it.*, 1957, I, 866.

In dottrina v. G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 65; G. GROSSO, *Servitù e obbligazione*, cit., 217, che, nel vigore del codice abrogato (1939) riteneva già che solo la servitù avrebbe permesso di sopperire all’esigenza di opporre il vincolo ai successivi acquirenti. Di contro L. BARASSI, *La clausola che impone all’acquirente di erigere solo un determinato tipo di edifici*, in *Foro It.*, 1928, I, 43, risolveva il problema dell’opponibilità ai terzi del vincolo con la figura dell’«acquisto a favore di terzo».

basterebbe definire gli obblighi imposti con i regolamenti condominiali (o convenzioni di lottizzazione) come o.r. od o. p. r. perché la legge non prevede la loro trascrivibilità nei registri immobiliari⁴³⁴, ma che siano trascrivibili solo i regolamenti contrattuali che costituiscono servitù (art. 2643, n. 4, c.c.)⁴³⁵.

Il rischio di sovrapporre le servitù reciproche alle obbligazioni *propter rem* e agli oneri reali si è posto soprattutto a causa dell'atteggiamento della giurisprudenza che in alcuni casi non ha offerto una definizione netta dei vincoli reciproci, presenti nelle convenzioni urbanistiche e nei regolamenti di condominio, lasciando così dubitare che potessero o meno essere opponibili ai terzi⁴³⁶.

Il problema si è posto più in ambito condominiale che in quello delle convenzioni urbanistiche. In questi ultimi casi la giurisprudenza ha qualificato in modo abbastanza netto i vincoli di utilizzazione come servitù reciproche⁴³⁷. Le pattuizioni contrattuali

⁴³⁴ In merito alla trascrivibilità delle o. p. r. v. Cap. IV, par. 4.

⁴³⁵ In dottrina v. B. BIONDI, *Servitù reciproche, servitù*, cit., 34, per il quale la trascrizione non potrebbe imprimere realtà ad un rapporto che reale non è. La trascrizione è solo un mezzo di pubblicità legale che non può modificare la natura del rapporto. In giurisprudenza, cfr. Cass., 15 aprile 1999, n. 3749, in *Giust. civ.*, 2000, I, 163, con nota di M. DE TILLA, *Sulle limitazioni del regolamento contrattuale di condominio: servitù prediali ed oneri reali*, inerente il caso di un abuso edilizio per l'intervenuta apertura di un lucernario nel sottotetto da parte del dante causa dei proprietari convenuti. La quale, peraltro, ha stabilito che per rendere opponibile ai terzi il regolamento contrattuale deve avere la struttura di contratto aperto a cui i successivi acquirenti dichiarino di voler aderire.

⁴³⁶ In passato già G. GROSSO, *Servitù e obbligazione*, cit., 214 ss. Più di recente v. L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 136 ss. e 141, che individua casi in cui la distinzione tra servitù ed oneri e obbligazioni reali ha continuato a rimanere sfumata: Cass., 8 marzo 2006, n. 4920, in *Arch. Loc.*, 2006, 452, circa la detenzione di animali; Cass., 27 maggio 2011, n. 11859, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 25, con nota di M. D'AMICO, *Variante alla facciata dell'edificio: limiti ed inderogabilità del regolamento condominiale*, circa la possibilità di adibire un locale di proprietà privata, facente parte del complesso condominiale, a discoteca; App. Roma, 18 giugno 2009, n. 2570, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio, Lex 24*: «Il regolamento di condominio nella parte in cui contiene clausole limitatrici dei diritti dei condomini sulle proprietà esclusive o comuni, viene a modificare ed a conformare il contenuto dei diritti di proprietà e/o degli altri diritti parziari sulla cosa. Ciò perché le suddette limitazioni costituiscono oneri reali o servitù reciproche che afferiscono immediatamente al bene [...]».

⁴³⁷ Anche se non senza tentennamenti: v. Cass., 20 dicembre 1994, n. 10947, in *Foro it.*, 1995, 3534 s., che ha stabilito il carattere contrattuale delle convenzioni di lottizzazione e la natura *propter rem* delle obbligazioni in esse contenute. In dottrina v. S. ANTONIAZZI, *Concessione edilizia e vincolo propter rem previsto da atto unilaterale d'obbligo tra l'amministrazione comunale e privati*, in *Riv. Giur. urb.*, 1997, 223 ss., che nell'ambito di convenzioni o atti unilaterali d'obbligo tra privati e amministrazione comunale non è insolita la creazione di rapporti obbligatori. In particolare, appare di opinione contraria la giurisprudenza amministrativa, che ha riesumato «l'obbligazione *propter rem* per dare conto dell'efficacia reale degli impegni assunti dal lottizzatore nelle convenzioni urbanistiche» (così A. FUSARO, voce *Obbligazioni*, cit., 394, nota 47). Si pensi a Cons. Stato, 30 maggio 2002, n. 3016, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1217, che ha distinto l'ipotesi in cui l'assetto urbano sia determinato da un Ente, dove la configurazione urbanistica è già *erga omnes* essendo perseguito un interesse pubblico, dall'ipotesi in cui vi sia una convenzione tra privati dove il vincolo sarebbe *propter rem* e andrebbe trascritto per essere reso opponibile. Già qualche anno prima Cons. Stato, 17 agosto 1996, n. 898, in *Riv. Giur. urb.*, 1997, 23 aveva qualificato come *propter rem* l'obbligo, disposto con atto unilaterale, di asservire un capannone al servizio di tre appezzamenti di proprietari diversi, ma accorpatisi in un'unica azienda agricola.

La giurisprudenza ha, invece, ricondotto quasi univocamente nell'alveo delle obbligazioni reali gli oneri di urbanizzazione ai quali è subordinato il rilascio delle licenze edilizie o l'autorizzazione per il piano di lottizzazione: cfr. *ex multis* Cass., 26 novembre 1988, n. 6382, in *riv. Giur. edil.*, 1989, I, 50 e Cass., 29 novembre 2013, n. 26805, in *Urbanistica e app.*, 2014, 166; Cass., 17 giugno 1996, n. 5541, in *Riv. giur. ediliz.*, 1997, I, 15, ha definito *propter rem* e perciò ambulatori gli oneri di urbanizzazione primari

che impongono limitazioni alla libertà di utilizzazione dei vari lotti sono state considerate servitù di identico contenuto, in cui ciascun fondo riveste al contempo la qualità di “dominante” e “servente”. E ciò nonostante l’art. 2643, comma 1, n. 2-*bis*, c.c., introdotto con D.lgs. 70/2011, poi convertito in L. 106/2011, preveda

assunti con convenzione dal privato; Cass., 17 giugno 1996, n. 5541, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1997, I, 15 ss., ha chiarito come l’onere di urbanizzazione non inerisce solo il proprietario a cui la concessione edilizia è stata rilasciata, ma tutti i successivi aventi causa poiché l’attività edificatoria può essere compiuta anche da questi ultimi. Analogo atteggiamento è stato assunto dai giudici amministrativi che, al fine di determinare chi sia il soggetto obbligato, hanno definito come *ob rem* l’obbligazione di realizzare opere di urbanizzazione primaria o secondaria assunta per chi stipula una convenzione edilizia e i suoi aventi causa, stante il fatto che tali oneri non ineriscono alla persona a cui l’Ente ha rilasciato la concessione: v. *ex plurimis* T.A.R. Lombardia, Brescia, 13 agosto 2003, n. 1157 in *Comuni d’Italia*, 2003, 11, 97; T.A.R. Lombardia, Milano, 10 febbraio 2005, n. 1105, in *giustizia-amministrativa.it*; ma *contra* v. T.A.R. Campania, Napoli, 6 maggio 2005, n. 5559, in *giustizia-amministrativa.it* e Cons. Stato, 26 giugno 1996, n. 793, in *Cons. Stato*, 1996, I, 938, hanno ritenuto l’onere come obbligazione personale essendo subordinata al rilascio della concessione edilizia, e pertanto gravante sul solo concessionario e non anche sugli aventi causa di questo.

Si verterebbe in tema di obbligazioni reali anche per i consorzi di urbanizzazione utili a realizzare opere di urbanizzazione quali reti stradali, elettriche, telefoniche, e così via: cfr. Cass., 14 ottobre 1992, n. 11218, in *Riv. Giur. ediliz.*, 4-5, 1993, 783 ss., che ha classificato come atipica la natura di tali consorzi perché non previsti dal nostro legislatore, capace di presentare caratteri associativi uniti a quelli di realtà, dato che «i partecipanti sono proprietari di suoli gravati da servitù reciproche, da obbligazioni *propter rem* e attraversati da strade poste in comunione». Specificamente le obbligazioni reali «interessano terreni compresi nel consorzio [e] continuano a gravare sul proprietario del fondo o suo successore e che non seguirebbero l’alienante che esca dal consorzio se fosse ammissibile la dissociazione tra qualità di proprietario e qualità di consortista».

Si è invece discusso se nelle ipotesi di asservimento volumetrico e di cessione di cubatura a favore di un altro fondo si verta in tema di obbligazioni *propter rem*. La c.d. cessione di cubatura è un accordo tra proprietari di fondi finitimi, presenti nella stessa zona urbanistica, con medesimi standard volumetrici, con il quale un proprietario rinuncia ad una parte della volumetria edificabile sul suo fondo, in modo che il proprietario del fondo vicino possa o aggiungere la parte del primo fondo rimasta inedita alla propria (per raggiungere la superficie minima richiesta dagli strumenti urbanistici locali per l’edificazione); o costruire per una volumetria maggiore rispetto a quella a lui consentita. Venendo coinvolto l’interesse pubblico al razionale sfruttamento del territorio, spetterà sempre all’Ente locale decidere, mentre l’accordo tra privati è solo il presupposto perché il Comune rilasci all’acquirente della cubatura un permesso di costruire per una volumetria maggiorata. Se alcune pronunce hanno qualificato la fattispecie come o. p. r. (v. T.A.R. Sardegna, Cagliari, 15 novembre 2005, n. 2126, in *Foro amm. TAR*, 2005, 11, 3798; Cons. Stato, 17 agosto 1996, n. 898, in *Riv. Giur. urbanistica*, 1997, 233), altre hanno fatto riferimento ad un «diritto reale immobiliare», che costituirebbe un autonomo bene in senso economico giuridico da redigersi quindi per iscritto e da trascrivere (v. Cass., 6 luglio 1972, n. 2235, in *Riv. Leg. Fisc.*, 1973, 766; Cass., 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 368 ss., con nota di M. COSTANZA); in altri casi ancora si è parlato di accordo con effetti meramente obbligatori, preparatorio rispetto al provvedimento della P.A. con cui il cedente si obbliga a non chiedere il permesso di costruire per una parte della volumetria del proprio fondo, e ad aderire alla richiesta con la quale il cessionario chiederà al Comune di poter costruire per un volume maggiore. Per un’analisi accurata sulla qualificazione giuridica dottrinale dell’istituto. V. U. STEFINI, *Contratti costitutivi di servitù*, cit., 1461 ss., che evidenzia come nella prassi notarile, al fine di rendere opponibile la cessione ai terzi, l’istituto viene classificato come servitù (*altius non tollendi o non aedificandi*, a seconda che la cessione sia parziale o totale) sottoposta alla condizione sospensiva del rilascio del permesso di costruire per una maggiore volumetria; ciò accade ancora oggi nonostante sia stato introdotto l’art. 2643, n. 2-*bis* (D.lgs. 70/2011, convertito in L. 106/2011) in considerazione delle incertezze interpretative della norma, che comunque prevede la trascrizione dei «contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori [...]».

In qualche caso la giurisprudenza ha qualificato anche l’ordine di demolizione come *obligatio ob rem*, e ciò nonostante il carattere sanzionatorio e dunque strettamente personale e non certo ambulatorio dell’ordine: v. T.A.R. Sardegna, 10 febbraio 1982, n. 46, in *Trib. Amm. Reg.*, 1982, I, 1422; T.A.R. Lazio, Latina, 27 febbraio 1981, n. 61, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1982, 353; T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, 23 agosto 2002, n. 390, in *Comuni*, 2002, 1362).

espressamente la trascrivibilità dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori, rendendo così in astratto opponibili *pro futuro* i vincoli edificatori ai terzi. Ma, come anticipato, ancora si predilige la figura della servitù reciproca: così nelle vendite di lotti di aree fabbricabili, sarebbe possibile imprimere determinate caratteristiche alle zone acquistate, purché negli atti di acquisto del singolo lotto venga richiamato espressamente il piano di lottizzazione o di sviluppo, di cui si vuole l'esecuzione, insieme ai diritti e gli obblighi in esso previsti⁴³⁸.

Le clausole di immodificabilità dei piani di proprietà esclusiva poste a vantaggio delle altre unità immobiliari, contenute nei regolamenti dei condomini periferici appartenenti ad un supercondominio, sono state considerate valide servitù reciproche opponibili ai terzi; non clausole nulle per violazione del principio del numero chiuso delle obbligazioni reali di cui queste clausole non assumono le vesti⁴³⁹. La giurisprudenza di legittimità ha però chiarito che «la semplice indicazione nel regolamento di condominio di una determinata destinazione delle unità immobiliari non può precluderne altre diverse, essendo tale risultato conseguibile solo mediante costituzione di reciproche servitù volontarie fra i vari condomini, con conseguente restrizione della sfera di dominio di costoro sui beni di loro proprietà esclusiva ed essendo a tal fine necessarie specifiche manifestazioni di volontà, desumibili in modo non equivoco dall'atto costitutivo»⁴⁴⁰. L'inequivocità del regolamento di condominio potrebbe desumersi dal fatto che sia «predisposto dall'originario unico proprietario dell'intero edificio, [e] sia accettato dagli iniziali acquirenti dei singoli piani e regolarmente trascritto nei registri immobiliari»; solo così assumerebbe carattere convenzionale e sarebbe capace di vincolare «tutti i successivi acquirenti, non solo per le clausole che disciplinano l'uso o il godimento dei servizi o delle parti comuni, ma anche per quelle che restringono i poteri e le facoltà dei singoli condomini sulle loro proprietà esclusive, venendo a costituire su queste ultime una servitù reciproca»⁴⁴¹. In

⁴³⁸ V. Cass., 2 giugno 1992, n. 6652, in *Foro it.*, 1993, I, 148; Cass., 9 ottobre 1998, n. 9997, in *Mass. giust. civ.*, 1998, 2045. Osserva però L. MANNA, *op. ult. cit.*, 141 s., che si dovrebbe parlare piuttosto di comunione (e non di servitù) sulla strada vicinale, se l'acquirente di singole porzioni di un'area lottizzata si è obbligato con l'atto di compravendita ad adibire il proprio fondo a passaggio in favore degli altri lotti, o a partecipare alle spese di manutenzione della strada dedicata al passaggio. Sul punto v. Cass., 11 maggio 1994, n. 4574, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 639; Cass., 22 maggio 1987, n. 4646, *ivi*, 1987, V.

⁴³⁹ V. App. Milano, 9 giugno 2004, in *Giur. milanese*, 2004, 406, che ha deciso circa la configurabilità di un abuso edilizio realizzato da parte di alcuni condomini di un supercondominio che avevano chiuso con verande le zone adibite a terrazzo, nonché circa l'opponibilità dei vincoli contenuti nel regolamento condominiale agli aventi causa di chi aveva perpetrato l'abuso.

⁴⁴⁰ V. Cass., 4 giugno 1981, n. 3629, in *Arch. Loc.*, 2004, 4, 502, circa la distinzione tra clausole contrattuali capaci di incidere la sfera dei diritti soggettivi di ogni condomino, e quelle che sono solo regolamentari disciplinando le modalità d'uso e di funzionamento dei servizi condominiali, v. Trib. Milano, 2 aprile 2003, in *Giur. milanese*, 2003, 421; App. Milano, 19 dicembre 1997, in *Arch. Loc.*, 1998, 562; Trib. Genova, 23 febbraio 2004, in *Guida al dir.*, 2004, 16, 60; Cass., 26 gennaio 2004, n. 1314, in *Arch. loc.*, 2004, 219 e 318.

⁴⁴¹ V. Cass., 7 gennaio 1992, n. 49, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1465: relativamente al divieto di adibire i locali del fabbricato condominiale ad esercizio di ristorante, ha stabilito che al fine di accertare

tal senso, il divieto – contenuto negli atti di acquisto delle singole unità e nel regolamento condominiale relativamente agli immobili di proprietà esclusiva – di collocare opere stabili e visibili che contrastino con l'estetica del complesso darebbe vita a servitù reciproche opponibili sia al venditore sia ai suoi aventi causa; servitù consistenti nell'assoggettare «al peso della immodificabilità tutti i piani o le porzioni di piano in proprietà esclusiva, a vantaggio di tutte le altre unità immobiliari»⁴⁴².

Talvolta la giurisprudenza – dimostrando così un atteggiamento ondivago – ha preferito qualificare i vincoli condominiali come oneri reali⁴⁴³. La stessa, infatti, ha sì dichiarato ammissibili le particolari limitazioni alla proprietà esclusiva dei singoli condomini introdotte nel regolamento condominiale, oltre che nell'atto di acquisto, volte a vietare particolari destinazioni o ad imporre l'obbligo di preservare le originarie destinazioni, ma le ha considerate come «veri e propri oneri reali» che «richiedono [...] di essere stabilite in forma chiara ed univoca e di essere approvate ed accettate da tutti i condomini, ovvero, nell'ipotesi che incidano solo su alcune delle unità comprese nell'edificio, dai rispettivi titolari»⁴⁴⁴.

In altri casi ancora ha optato per la figura delle obbligazioni *propter rem*. In particolare, si è ritenuto che la limitazione al godimento degli immobili contenuta nel regolamento condominiale, «senza la determinazione di un peso o di prestazioni positive, non raffigura né una servitù, né un onere reale [...]», ma «un rapporto obbligatorio reale di *non facere* [...]». E ciò perché al fine di costituire una servitù il regolamento contrattuale di condominio, dovrebbe prefigurarsi un rapporto il cui lato passivo «crei sugli appartamenti gravati da soggezione un peso, e, per contro, il lato attivo attribuisca agli appartamenti dominanti un ampliamento dei poteri dei titolari»; viceversa «per porre in essere un onere reale il regolamento [...] deve stabilire, a carico del proprietario [...], l'impegno di effettuare prestazioni positive periodiche»⁴⁴⁵.

Infine, la giurisprudenza ha persino assunto una posizione ibrida affermando che le clausole contenute nei regolamenti condominiali, che importino restrizioni alle facoltà del proprietario a vantaggio delle aree comuni (a loro volta inserite nell'atto di

l'illegittimità dell'attività non si rende necessario appurare se l'immissione sia vietata *ex art. 844 c. c.*, perché le norme regolamentari di natura contrattuale possono legittimamente imporre limitazioni al godimento della proprietà esclusiva anche diverse o maggiori di quelle stabilite dalla norma citata.

⁴⁴² V. Cass., 13 giugno 2013, n. 14898, n. 3629, in *Arch. Loc.*, 2014, I, 92.

⁴⁴³ Specialmente in epoca risalente: v. Cass., 10 gennaio 1946, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, 470; Cass., 6 febbraio 1946, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, I, 125. Contro l'ammissibilità in quest'ambito, e nel nostro ordinamento più in generale, v. B. BIONDI, *Servitù reciproche, servitù*, cit., 35 ss.

⁴⁴⁴ Così Cass., 30 luglio 1990, n. 7654, cit.; ma v. conformi Cass., 28 luglio 1990, n. 7630, in *Arch. Loc.*, 1991, 75, e Cass., 7 marzo 1983, n. 1681, in *Mass. giust. Civ.*, 1983, III.

⁴⁴⁵ Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, cit. Ma v. anche Cass., 16 ottobre 1999, n. 11692, in *Riv. Giur. edil.*, 2000, I, 76, che ha considerato come obbligazione reale il divieto, contenuto nel regolamento condominiale, di sciorinare i panni alle finestre.

compravendita delle singole unità immobiliari), siano costitutive di “oneri” aventi natura sostanziale di servitù⁴⁴⁶.

In definitiva, in relazione alle ipotesi in cui due o più contraenti abbiano costituito un vincolo reciproco sui rispettivi fondi, occorre rilevare che il rischio di sovrapporre le servitù reciproche ad oneri reali e obbligazioni *propter rem* si porrebbe solo nei casi in cui le previsioni pattizie prevedano a carico di una delle parti obblighi di *non facere*. Visto che *servitus in faciendo consistere nequit*, non sembra ipotizzabile una servitù ogni qualvolta il vincolo costituito imponga l’obbligo di attivarsi, perché dal campo della realtà si sconfinerebbe a quello dei rapporti obbligatori.

Con riguardo agli accordi (convenzioni urbanistiche e regolamenti condominiali c.d. contrattuali) costituenti vincoli reciproci di contenuto (*rectius* prestazione) negativo, occorrerebbe avere riguardo della reale e concreta volontà delle parti. Dovrebbe concludersi per la servitù reciproca ove si ritenesse che l’intenzione dei contraenti sia quella di asservire uno o più fondi nei confronti dell’altro o degli altri rendendo opponibile questo fatto ai terzi, perché verrebbero costituiti due (o più) vincoli di natura reale dal contenuto autonomo raffigurabili come due servitù distinte benché tese a realizzare la medesima *utilitas*⁴⁴⁷: i proprietari accettano di non costruire in certe parti od oltre certe dimensioni; non usare la cosa per certi scopi (commerciali, clinici, e così via), di evitare certe costruzioni⁴⁴⁸.

Dovrebbe invece optarsi per l’obbligazione reale se i contraenti abbiano voluto costituire sulle *res* di loro proprietà vincoli reciproci, di cui uno si ponga in rapporto di accessorietà o strumentalità per il godimento di un altro bene: l’obbligo di contribuire alle spese per la costruzione di un argine che ripari i fondi durante le piene dei fiumi; l’obbligo assunto dai proprietari di costruire solo in un certo stile, e via dicendo⁴⁴⁹. In tali ipotesi il vincolo sarebbe di natura obbligatoria e non reale, con la conseguenza di non poterlo opporre ai terzi, salvo che si ritengano ammissibili le o. p. r. atipiche, o quantomeno si ritenga che i privati possano sfruttare i margini di autonomia lasciati dal legislatore nelle norme che disciplinano i diritti reali (v. *infra* Cap. IV, par. 2). Tale figura, però, non andrà confusa con quella di una servitù reciproca negativa, caratterizzata da un obbligo accessorio *propter rem* di *facere* tale da estendere o migliorare il godimento del diritto, purché la prestazione positiva non sia condizione costitutiva dello *ius in re aliena*, non sia ammennicolo e non sia autonomamente qualificabile come obbligazione personale *tout court*. In tale caso, infatti, il vincolo

⁴⁴⁶ Cfr. Cass., 17 novembre 1979, n. 5985, cit.; ancora di recente la posizione assunta non era netta: Cass., 27 maggio 2011, n. 11859, cit.

⁴⁴⁷ Cfr. A. GUERINI, *op. ult. cit.*, 1637 s.

⁴⁴⁸ G. BALBI, voce *Obbligazione*, cit., 670.

⁴⁴⁹ V. ID., voce *ult. cit.*, 669. Orientamento già riconosciuto dalla giurisprudenza risalente: v. Cass., 14 ottobre 1955, n. 3147, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 180; App. Torino, 10 marzo 1954, in *Foro Pad.*, 1954, 906; Trib. Milano, 26 marzo 1953, in *Foro it. Rep.*, 1954, 2423, 67-69, relativamente all’obbligo di fornire acqua irrigua.

reale ben si potrebbe rendere opponibile ai terzi attraverso la trascrizione, poiché la prestazione accessoria “di fare” sarebbe inglobata nel diritto reale.

Ove i vincoli reciproci costituiti abbiano invece il contenuto di una prestazione di *facere* si sconfinerebbe nella struttura del rapporto obbligatorio⁴⁵⁰. In questo caso si dovrebbe parlare di obbligazione *propter rem* reciproca, dove il soggetto passivo venga individuato attraverso la titolarità del diritto reale. Per tale ipotesi rimarrebbe però aperto il problema dell’opponibilità ai terzi, che verrebbe superato nei casi in cui l’obbligazione reale sia tipica ed assuma una posizione accessoria rispetto ad un diritto reale trascrivibile *ex lege*, ma non in quei casi in cui l’obbligazione collegata alla titolarità dello *ius in re* sia atipica. Problema – quest’ultimo – direttamente collegato a quello della tipicità e del *numerus clausus* delle obbligazioni reali, che a sua volta ha dirette ripercussioni sulla circolazione della ricchezza (v. *infra* Cap. IV).

D’altra parte, non sembra accettabile concludere che i vincoli reciproci contenuti nei regolamenti condominiali e nelle convenzioni urbanistiche siano oneri reali; e ciò anche se talvolta la giurisprudenza – forse equivocando – tende a ricondurli a questa figura⁴⁵¹. Infatti – almeno per come è stato ricostruito l’onere reale –, se la prestazione contenuta nel vincolo reciproco è negativa, va da sé che non potrebbe parlarsi di o.r. ché avrebbe ad oggetto solo prestazioni positive di *fare* o di *dare*. Tuttavia, anche là dove le prestazioni imposte dai vincoli reciproci siano positive dovrebbe venire meno il pericolo di sovrapporre servitù reciproche e oneri reali perché – anche senza indagare le differenze tra questi due istituti (v. *supra* par. 3.6.)⁴⁵² – basterebbe rilevare che l’inadempimento di uno dei contraenti non sarebbe garantito da quel privilegio speciale sul bene immobile che è (o almeno sembra) proprio ed esclusivo del solo onere reale.

4. Ulteriori ipotesi di obbligazioni reali.

Resta ora da verificare se il nostro ordinamento, al di fuori dei “casi” previsti nella norme che disciplinano i diritti reali, preveda ulteriori ed eventuali ipotesi tipiche di obbligazioni *ob rem*.

Il codice della navigazione all’art. 285 prevede: «Quando non sia diversamente stabilito nella scrittura di costituzione o nella deliberazione prevista nel secondo comma dell’articolo 278, gli utili e le perdite della società di armamento si ripartiscono fra tutti i comproprietari in proporzione delle rispettive quote sociali.

⁴⁵⁰ Cfr. B. BIONDI, *Servitù reciproche, servitù*, cit., 31, per il quale potrebbe solo dirsi che un fondo sia asservito quando deve sopportare passivamente, ma non quando il proprietario sia obbligato a comportarsi positivamente: in tal caso occorrerebbe parlare di obbligazione che ha per soggetto la persona e non il fondo.

⁴⁵¹ Di recente Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, cit.; Cass., 4 febbraio 2004, n. 2016, *ivi*, 2004, voce *ult. cit.*, 97.

⁴⁵² Per indagare se vi sia servitù occorrerebbe infatti verificare se il vincolo permetta il godimento del bene asservito, estendendo il diritto “ordinario” del *dominus*, se il vincolo sia inerente alla cosa e non alla persona, cioè se oltre all’inerenza passiva vi sia anche quella attiva, se vi sia *vicinitas* tra fondi.

Tuttavia i comproprietari che non hanno consentito alla costituzione della società possono liberarsi dalla partecipazione alle perdite, abbandonando la loro quota di proprietà della nave». Parte della dottrina ha ravvisato in questa norma gli estremi di un'obbligazione reale: in virtù dell'assonanza con l'art. 1104 c.c. e del richiamo alla possibilità del comproprietario di liberarsi dal proprio obbligo di partecipare alle perdite abbandonando la propria quota, alcuni autori hanno desunto che l'obbligo di contribuzione farebbe carico ai comunisti in quanto titolari del diritto⁴⁵³. Tuttavia, altri hanno negato tale qualificazione assumendo che l'obbligo verrebbe posto in capo al comunista non perché questi è titolare del diritto sulla *res*, bensì perché afferenti alla qualità di socio della società d'armamento⁴⁵⁴.

Qualche interprete ha individuato un espresso riferimento all'obbligazione *propter rem* in ordine al regime patrimoniale della famiglia. L'art. 186 c.c. disciplina gli «obblighi gravanti sulla comunione», ed alla lett. a) prevede che i beni della comunione tra coniugi (art. 177 c.c.) rispondono di «tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi al momento dell'acquisto». I termini “pesi” ed “oneri” solo in apparenza sembrano alludere a diritti reali di terzi quali servitù e ipoteche, in realtà – anche a voler tacere che la rubrica dell'articolo si rivolge ai soli obblighi e non anche ai diritti o alle garanzie reali⁴⁵⁵ – occorre rilevare che un diritto reale potrebbe inerire solo uno dei beni oggetto della comunione, non tutti quelli che ne sono inclusi⁴⁵⁶; mentre l'art. 186, senza riferirsi ai diritti reali, si rivolgerebbe esclusivamente ad obbligazioni che, connesse inizialmente alla proprietà di un bene, si trasferirebbero per effetto dell'ambulatorietà al nuovo proprietario (i coniugi in comunione) con l'alienazione.

Anche l'obbligo del locatore di mantenere in buono stato la cosa locata è stato considerato *ob rem*. A mente dell'art. 1575 c.c. il locatore deve mantenere la cosa locata in «istato da servire all'uso convenuto», al punto che, ai sensi art. 1576 c.c., nella vigenza del contratto, deve eseguire «tutte le riparazioni necessarie, eccettuate quelle di piccola manutenzione che sono a carico del conduttore», nonché rimborsare il conduttore delle spese sostenute per le riparazioni urgenti, purché ne sia stato notiziato da questi (art. 1577 c.c.). La giurisprudenza di merito ha ritenuto che ove si verifichi una successione nel contratto di locazione per alienazione da parte del

⁴⁵³ In particolare M. FRAGALI, *La comunione*, in *La comunione in generale, la comunione edilizia, le altre comunioni speciali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1983, 83.

⁴⁵⁴ Così L. BIGLIAZZI-GERI, in *Oneri*, cit., 95 s. *Contra* v. però L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 238 ss., che vede difettare nella fattispecie *de qua* i caratteri ordinari, anche se non essenziali, del rapporto societario: l'autonomia patrimoniale; il vincolo solidale; la costituzione per unanimità dei consensi.

⁴⁵⁵ V. T. MONTECCHIARI, *La responsabilità patrimoniale dei coniugi in comunione legale e i contratti bancari di impiego*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 1996, 756 ss., per il quale, una volta che il bene è stato acquisito alla comunione, continuerebbe a gravare su tutti i beni della comunione *ex art.* 189, comma 2, c.c.

⁴⁵⁶ Cfr. G. CATTANEO, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, Milano, 1988, 87.

locatore, occorrerebbe distinguere gli obblighi predetti tra reali e personali: «l'obbligo di eseguire gli interventi di straordinaria amministrazione [...] si trasferisce al nuovo locatore anche se la necessità dell'esecuzione sia sorta prima del suo subentro nel contratto, in quanto si tratta di obbligazione *propter rem*; l'obbligo di rimborsare il conduttore che abbia eseguito detti lavori, che sorge nel momento in cui questi abbia assunto [...] l'iniziativa dell'intervento [...] non si trasferisce invece al soggetto che successivamente subentra nel rapporto locativo, in quanto trattasi di obbligazione di carattere personale»⁴⁵⁷.

Sempre la giurisprudenza ha scorto un riferimento all'obbligazione *propter rem* in relazione ai vincoli di destinazione *ex lege* ad aree di parcheggio, previsti dall'art. 18, L. 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. legge-ponte) e dalla successiva L. 24 marzo 1989, n. 122 (c.d. legge Tognoli)⁴⁵⁸. La prima di queste leggi ha innovato la L. 17 agosto 1942, n. 1150 (c.d. legge urbanistica) *ivi* introducendo l'art. 41 *sexies*, a mente del quale, nelle nuove costruzioni (e nelle relative aree pertinenziali), devono riservarsi appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad un metro quadrato per ogni dieci metri cubi di costruzione. Tale fattispecie allude al vincolo posto sul proprietario del bene di conservare la destinazione tipica (parcheggio) impressa sulla *res*. Se in alcuni casi si è fatto ricorso alla figura della servitù di diritto pubblico⁴⁵⁹, in altri si è parlato di limitazione legale della proprietà di natura pubblicistica⁴⁶⁰. La giurisprudenza di merito talvolta ha preferito propendere per l'obbligazione reale: si tratterebbe di un'*obligatio propter rem* imposta sul proprietario dell'area di parcheggio che dal lato attivo presenterebbe «il diritto all'uso del parcheggio, tutelabile con azione personale *in rem scripta* e con eventuale e preliminare azione di accertamento della nullità di clausole contrattuali che escludono l'uso del parcheggio da parte degli acquirenti della proprietà o di altro diritto reale di godimento sulle [...] unità abitative»⁴⁶¹.

Di obbligazione reale si è parlato anche in relazione ai consorzi di urbanizzazione che, secondo la prevalente interpretazione⁴⁶², sono associazioni non riconosciute costituite dai proprietari di beni immobili, al fine di gestire aree destinate ad

⁴⁵⁷ Così Trib. Genova, 2 maggio 2007, in *Leggi d'Italia Professionale*, evidenziata da L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 238.

⁴⁵⁸ V. ID., *op. ult. cit.*, 224 ss., che diversifica i vincoli di destinazione legale dai vincoli c.d. regolamentari, ricondotti alle servitù reciproche (v. *supra* par. 3.5.) o ai vincoli di natura pattizia, e da quelli previsti nelle convenzioni urbanistiche.

⁴⁵⁹ Cfr. Cass., 26 ottobre 1992, n. 11629, in *Foro it. Mass.*, 1992, 998; Cass., 24 novembre 2003, n. 17882, in *Arch. Loc.*, 2004, 217; Cass., 14 novembre 2000, n. n. 14731, in *Riv. Giur. edil.*, 2000, I, 1073.

⁴⁶⁰ Cfr. S. ROSSI, *Ancora sulla natura del vincolo di destinazione posto dall'art. 18, L. 6 agosto 1967, n. 765*, in *Giur. di merito*, 1999, I, 146.

⁴⁶¹ Così Trib. Salerno, 16 giugno 1983, in *Giust. civ.*, 1984, I, 960. Una soluzione che sembra cogliere nel segno, ove si consideri che la limitazione prevista *ex lege* costringe la disponibilità del diritto ben al di là del suo intimo contenuto; perseguendo, forse, scopi diversi da quelli di tutela della proprietà del vicino, in favore di una maggiore utilità che la proprietà potrebbe trarne.

⁴⁶² Cfr. *ex plurimis* Cass., 6 marzo 2003, n. 3341, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2825; Cass., 22 dicembre 2005, n. 28492, in *Giur. bollettino legisl. tecnica*, 2006, 383.

insediamenti industriali, abitativi o turistici⁴⁶³. In particolare tali consorzi rappresenterebbero figure atipiche, in cui si uniscono elementi di realtà e di personalità dettati dagli aspetti associativi. La Corte di Cassazione – interrogata circa la possibilità per i consorzisti di recedere dal consorzio – ha ricostruito giuridicamente la figura, ritenendo che i partecipanti al consorzio, proprietari dei suoli, sono gravati da servitù reciproche e da obbligazioni reali utili a realizzare reti stradali, elettriche, telefoniche e via dicendo⁴⁶⁴. In tal senso, si è affermato come il consorzista non possa recedere liberamente, ma solo – in analogia con l’art. 1104 c.c. –, disporre del proprio diritto in favore di soggetti terzi, destinati in questo modo a subentrare *ob rem* nel rapporto associativo⁴⁶⁵. Tale qualificazione è stata particolarmente osteggiata in dottrina alla luce del principio di tipicità, che impedirebbe di assumere obbligazioni reali se non in relazione alla titolarità di un diritto reale, aspetto che mancherebbe nel caso di specie essendo l’obbligazione dipendente dal consorzio di natura personale e non reale⁴⁶⁶. In verità, per ammettere l’esistenza di obbligazioni *propter rem* in relazione ai consorzi di urbanizzazione si potrebbe percorrere un’altra via, ossia tracciare un parallelismo tra questa fattispecie e l’istituto della comunione. I consorziati sarebbero comproprietari della aree poste a servizio della proprietà esclusiva, l’atto costitutivo e lo statuto del consorzio rappresenterebbero il regolamento di comunione che, ai sensi dell’art. 1106 c.c., disciplinerebbe l’ordinaria amministrazione e il miglior godimento della cosa comune. Le obbligazioni reali, invece, dovranno essere espressamente pattuite tra i contitolari al fine di perseguire tutti gli interessi che eccedono l’ordinaria amministrazione e il normale godimento dei beni. Pertanto non nascerebbero come effetto automatico della partecipazione al consorzio, bensì come frutto di una pattuizione contrattuale ulteriore, capace di esorbitare dalla disciplina contenuta nel regolamento di comunione, cioè tale da estendere il contenuto ordinario del diritto e rientrare nello schema delle obbligazioni reali.

Tale soluzione consentirebbe di giungere ad una prima conclusione, ossia che di obbligazione reale potrebbe parlarsi in relazione all’autonomia contrattuale che la legge riconosce ai privati titolari di diritti reali. Un’autonomia contrattuale che permetterebbe ai titolari del diritto di allargare la previsione normativa comprimendo il contenuto del diritto reale, senza però alterarne il nucleo fondamentale. Sicché l’obbligazione reale, tipica o atipica, pur sempre dipendente dalla titolarità del diritto,

⁴⁶³ L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 228.

⁴⁶⁴ Cfr. Cass., 14 ottobre 1992, n. 11218, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1234; Cass., 22 dicembre 2005, n. 28492, cit.; Cass., 15 maggio 2007, n. 11196, in *Obbl. e contr.*, 2007, 582.

⁴⁶⁵ V. Cass., 14 ottobre 1992, n. 11218, cit.; Cass., 6 marzo 2003, n. 3341 e Cass., 21 marzo 2003, n. 4125, entrambe in *Giust. civ.*, 2004, I, 2825, con nota di R. TRIOLA, *In tema di consorzi di urbanizzazione*, dove l’ultima pronuncia in particolare ha escluso che il principio di tipicità fosse ascrivibile anche alle obbligazioni reali: «in termini generali [...] al principio di tipicità sono vincolati i diritti reali, e non anche le cosiddette obbligazioni *propter rem*».

⁴⁶⁶ V. R. TRIOLA, *In tema di consorzi*, cit., 2828.

non rischierebbe di confondersi con il contenuto tipico del diritto, ma permetterebbe di perseguire appieno gli interessi del titolare andando oltre lo stesso.

CAPITOLO III

La struttura degli oneri e delle obbligazioni reali

Premessa.

L'analisi dei casi tipici di oneri ed obbligazioni reali previsti dalla legge, consente ora di fare un passo indietro, utile a riepilogare i caratteri essenziali delle figure oggetto di questa ricerca finora solo intraviste⁴⁶⁷, così da poter «risalire al concetto, onde poi formare l'elenco, senza aprioristiche inclusioni od esclusioni»⁴⁶⁸. Occorre infatti determinare le caratteristiche essenziali di questi istituti individuandone i soggetti passivi, concertandone la struttura, chiarendo il significato di ambulatorietà e analizzando le vicende modificative ed estintive del rapporto obbligatorio reale.

Le due figure in esame sono di matrice dottrinale, di seguito si tenterà pertanto di individuare le affinità che consentano di inserire una determinata fattispecie al di sotto di uno dei due comuni denominatori: onere reale od obbligazione *propter rem*.

Pare opportuno premettere che l'analisi a seguire sarà in gran parte unitaria in quanto oneri e obbligazioni reali manifestano una certa similitudine nel costituire rapporti obbligatori reali, malgrado quelle discrasie evidenziate nel primo capitolo (che verranno a breve riepilogate), con particolare riguardo all'accessorietà, tendenzialmente ritenuta propria della sola obbligazione *ob rem*.

Pertanto, sembra qui utile servirsi delle definizioni comunemente condivise in dottrina e giurisprudenza. Il tutto senza dimenticare quanto già illustrato in precedenza, ossia che non sono mancate voci contrarie in quanto la giurisprudenza – non di rado – ha definito o.r. e o. *p. r.* in modo nettamente contrastante con la dottrina, arrivando talvolta a negarne persino l'esistenza mostrando qualche affanno nel distinguere l'obbligazione *propter rem* dall'onere reale⁴⁶⁹.

1. I caratteri generali e i soggetti del rapporto obbligatorio reale.

La difficoltà di definire gli o.r. e o. *p. r.* emerge dal fatto che tali figure sono nate dalla pratica e si sono sviluppate attraverso l'attività interpretativa, con la conseguenza che presentano tratti tutt'altro che nitidi.

Già si è fatto cenno a quali siano i caratteri generali di tali rapporti c.d. obbligatori reali, così definiti in virtù della stretta connessione esistente tra il diritto reale e l'obbligo che il titolare del diritto (e per il solo fatto di essere tale) è tenuto ad

⁴⁶⁷ V. *supra*, cap. I, par. 2.1.

⁴⁶⁸ V. B. BIONDI, *Servitù*, cit., 712.

⁴⁶⁹ Cfr. F. GALGANO, *Diritto Privato*, cit., 161 s.

adempiere⁴⁷⁰. Detto diversamente, è considerato soggetto passivo (debitore) colui che vanta nei confronti della *res* un diritto reale. Alla titolarità del diritto è subordinata l'esistenza delle obbligazioni e degli oneri reali, dalla stessa è fatta discendere la realtà del rapporto che tuttavia si atteggia in termini differenti nelle due figure.

L'onere reale è quel particolare vincolo «oggettivamente gravante su un immobile»⁴⁷¹ (*rectius* inerente), il cui proprietario, titolare di diritto reale di godimento, possessore (per alcuni), risulta obbligato ad effettuare prestazioni periodiche positive (*dare* o *facere*) in favore del proprietario di un altro fondo o di un diverso soggetto. L'o.r. viene così generalmente ricostruito come un “peso” del fondo, diverso dalla servitù⁴⁷² perché al lato attivo corrisponde necessariamente un credito e non un diritto reale e perché il soggetto attivo dell'onere reale potrebbe anche non vantare alcun diritto sul fondo. Così, nell'ipotesi dell'antica decima dominicale, in cui l'onere era tenuto a consegnare una percentuale di frutti prodotti dal fondo gravato, il beneficiario non aveva un diritto “sui frutti” (a differenza dell'enfiteuta, dell'usuario e dell'usufruttuario dove gli artt. 959, 981, comma 2, 984 e 1021 c.c. prevedono che il titolare possa acquisire la proprietà degli stessi mediante separazione), essendo titolare esclusivamente di un diritto “ai” frutti.

L'affermazione per cui la prestazione debba ritenersi “a carico” del fondo non significa che ad essere onerato sia effettivamente il fondo, ma «che l'onere è tenuto per i frutti di quel fondo, non per quelli di altro suo fondo non gravato [...] e che risponde dell'inadempimento innanzi tutto con il fondo»⁴⁷³.

L'obbligazione reale si presta a considerazioni diverse rispetto a quelle appena svolte. Come si è anticipato nel primo capitolo ed intravisto nel secondo, anche tale figura è caratterizzata da una connessione tra un'obbligazione e una cosa: immobile, mobile o universalità di beni mobili⁴⁷⁴. A differenza dell'onere reale, però, l'*obligatio ob rem* non sarebbe – almeno secondo alcuni – dotata di inerenza (piena) poiché la sua realtà residuerebbe nel fatto che il soggetto passivo si identifica con la titolarità del

⁴⁷⁰ Per quanto concerne la determinazione della effettiva “realtà” di tali figure si rinvia al Cap. I, par. 2.1. s. In questa sede si evidenziavano i diversi orientamenti volti ad inquadrare le obbligazioni e gli oneri reali in alcuni casi come rapporti obbligatori, in altri come diritti reali ed in altri ancora come figure ibride c.d. miste. Oggi sembra prevalere l'orientamento volto ad escludere la rilevanza degli oneri reali stante il fatto che tali figure sarebbero quasi del tutto scomparse dal nostro ordinamento, mentre in ordine alle obbligazioni *propter rem* è ormai prevalente l'orientamento volto a considerare tali fattispecie di natura personale.

⁴⁷¹ Cfr. Cass., 21 maggio 1951, n. 1268, in *Riv. Dir. Comm.*, 1952, II, 101.

⁴⁷² Per le differenze v. *supra* Cap. II, par. 3.4.

⁴⁷³ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 9 s., con riferimento alla decima dominicale.

⁴⁷⁴ La dottrina in realtà si è poco interessata a questo profilo. Il riferimento ai beni mobili si regge sull'art. 1104 c.c., perché solo ove si ritenesse che gli obblighi di contribuzione previsti a carico del comunista siano inquadrabili come o. p. r. sarebbe lecito estendere l'applicazione di tale istituto anche ai beni mobili. Viceversa, ove si ritenesse che gli obblighi in questione siano attinenti al contenuto del diritto, sembrerebbe possibile giungere a conclusioni del tutto differenti.

diritto reale, non vi sarebbe quindi alcuna *qualitas fundi*⁴⁷⁵. Più specificamente, con il trasferimento del diritto reale o – secondo taluni del possesso⁴⁷⁶ – «non si attuerebbe [...] una successione nel debito [...], ma, venendo meno [...] la *causa obligandi* (cioè la titolarità del diritto o del possesso), l'obbligazione si estinguerebbe, salvo a risorgere in capo al nuovo titolare». È per tale ragione che l'obbligazione reale dovrebbe essere ricondotta alla struttura tipica del rapporto personale⁴⁷⁷. Il vincolo non grava sul bene per una sua particolare qualità, dal momento che il soggetto attivo dell'obbligazione reale può soddisfarsi a prescindere dall'essenza o dal tipo del rapporto di fatto o di diritto che coinvolge la *res*, ma solo perché questa viene a trovarsi innanzi all'esigenza di essere meglio conservata, migliorata od esercitata (e comunque in tutti quei casi in cui vi siano esigenze di carattere personale ad essa riferibili).

In sintesi, si potrebbe dire che se l'onere reale dipende dal tipo di bene su cui poggia il diritto, l'obbligazione reale dipende sì dal bene su cui poggia, ma in funzione causale, trovando la sua ragion d'essere nelle particolari condizioni ed esigenze in cui viene a trovarsi la cosa. In questa fattispecie la realtà e la personalità non si troverebbero sullo stesso piano e non confluirebbero nel rapporto, perché l'obbligazione resta pur sempre un rapporto obbligatorio con il suo carattere personale e condividerebbe con il diritto reale soltanto «la base od il fondamento dell'obbligazione»: in tal senso, permette di individuare il soggetto tenuto ad una prestazione positiva (obbligato) per il solo fatto di essere titolare di un diritto reale o proprietario. Vi sarebbe rapporto «di connessione tra proprietà o diritto reale ed obbligazione, ma non rapporto di generazione», visto che l'obbligazione nasce *ex re* nei casi previsti dalla legge⁴⁷⁸.

Se si accetta che o. p. r. e diritto reale sono tra loro connessi, occorre anche accettare che la prima non ha esistenza autonoma perché senza diritto reale non esisterebbe. È in tal senso, quindi, che troverebbe spiegazione l'affermazione per cui

⁴⁷⁵ Esclude qualsiasi inerenza al fondo per le obbligazioni reali C. ROMEO, *Obbligazioni 'propter rem'*, cit., 389. Si riferisce invece ad un'inerenza diversa da quella propria dei diritti reali R. TRIOLA, *Le servitù*, cit., 14.

Contra L. BARASSI, *La teoria generale della obbligazione*, I, Milano, 1963, 126, che afferma come l'obbligazione reale sia contraddistinta più dall'inerenza che dalla tipica successione del rapporto obbligatorio.

⁴⁷⁶ Circa la possibilità di identificare il possessore quale obbligato *propter rem* v. *infra* nel testo.

⁴⁷⁷ Sul punto v. in giurisprudenza Cass., 21 maggio 1951, n. 1268, cit.; Cass., 21 marzo 1964, n. 646, cit.; Cass., 6 giugno 1968, n. 1689, cit. In dottrina alcuni ritengono prevalere l'elemento personale su quello reale: C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto Civile*, IV, Milano, 1993, 51 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri*, 23, cit.; A. CHIANALE, voce *Obbligazione*, cit., 339; C. A. FUNAIOLI, *Oneri reali*, cit., 163 ss.; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 153 s.

Di contro v. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni*, cit., 132 e ID., voce *Obbligazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 11 che propende per la realtà di tale figura.

In posizione intermedia v. M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali (diritto civile)*, cit., 753.

⁴⁷⁸ Ciò ovviamente non per tutti gli obblighi connessi al diritto reale, di cui invece potrebbero costituire i limiti, interni ed esterni: v. *supra* diffusamente nel Cap. II, par. 2.1.

«ambulatoria non è l'obbligazione ma la possibilità del suo sorgere»⁴⁷⁹: essa sorge soltanto in rapporto all'acquisto della proprietà o di altro diritto reale⁴⁸⁰.

Il che, a ben vedere, permetterebbe di tracciare il confine tra obbligazioni reali e personali. Da un punto di vista strutturale, l'obbligazione *ob rem* rappresenta un'obbligazione tipica; viceversa dal punto di vista dell'efficacia (*rectius* opponibilità), si comporta al pari di un diritto reale, condividendo con quest'ultimo le medesime conseguenze pratiche e la disciplina. Ciò perché l'obbligazione è accessoria al diritto reale e ne segue le sorti; da qui si desume l'inerenza tipica dell'obbligazione reale⁴⁸¹. Per esempio, l'alienazione di un fondo servente, gravato dall'obbligo di compiere attività accessorie *ex art.* 1030 c.c., determinerebbe una successione nell'obbligo per l'avente causa del bene. Analogamente nei diritti reali, il trasferimento del fondo servente determina sì il trasferimento della titolarità del fondo servente ma anche del peso che inerisce alla cosa.

Sebbene sia diverso il connotato di realtà, l'onere reale condivide con l'obbligazione *ob rem* l'ambulatorietà della prestazione e la succedibilità nel rapporto⁴⁸². Resta per contro aperta la questione relativa all'accessorietà (v. *retro* Cap. I, par. 2.2.), generalmente ricondotta dalla dottrina alla sola obbligazione reale e non anche all'onere. Di tale esclusione non dovrebbe dubitarsi in quanto, sebbene entrambe le fattispecie in esame siano considerate come rapporti obbligatori reali, solo le *o. p. r.* mostrano un carattere ancillare “accedendo” al diritto reale; e ciò a differenza dell'*o. r.*, nel quale, per contro – al di là di dipendere anche esso dalla titolarità del diritto –, sembra riscontrabile una maggiore autonomia, visto che non comprime – al pari dell'*o. p. r.* – il contenuto del diritto reale dell'onerato, “limitandosi” a far sorgere l'obbligo di eseguire una prestazione rivolta a perseguire un interesse pubblico e non privato (ad esempio, economico, salute pubblica, tutela dell'ambiente, e così via), la cui soddisfazione è garantita da una situazione di privilegio sulla *res*⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Così B. BIONDI, *Servitù*, cit., 716 ss.

⁴⁸⁰ È per tali considerazioni che G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 119 e 135 ss., ha affermato il carattere occasionale dell'*o. p. r.*: sorge solo in presenza di particolari condizioni, che può avere ad oggetto anche prestazioni di carattere negativo capaci di meglio soddisfare l'interesse del soggetto attivo. Occasionalità che comunque non dovrebbe essere posta in relazione con la periodicità dell'onere reale. Spesso, infatti, nel tentativo di distinguere le due figure in esame si tende a sottolineare la periodicità dell'onere a discapito dell'occasionalità dell'obbligazione reale. Ma – come detto – l'occasionalità dovrebbe essere intesa in un'altra accezione. Non mancano, invero, esempi di *o. p. r.* periodiche: si pensi alla servitù con cui il titolare del fondo dominante si sia obbligato a somministrare l'energia elettrica necessaria ad azionare una pompa d'acqua presente sul fondo dominante: in questo caso si avrebbe una prestazione di durata che potrà essere, quindi, periodica o continuata.

⁴⁸¹ A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 316 ss., per il quale tali conseguenze si avrebbero sia quando l'obbligazione reale è prevista dal legislatore, senza che ne vengano indicate le modalità, sia quando la prestazione è determinata nel contenuto e nell'ammontare: ad esempio nel regolamento di comunione.

⁴⁸² V. U. BRECCIA, *Le Obbligazioni*, cit., 125, il quale, però, individua un'eccezione alla sostanziale parificazione tra oneri ed obbligazioni reali relativa alla successione *mortis causa* nel rapporto.

⁴⁸³ Evidenzia però M. RINALDO, voce *Obbligazione propter rem*, cit., 410, che non sono mancati orientamenti capaci di avversare tale considerazione. Alcuni A., negavano che l'obbligazione reale potesse uniformarsi al diritto reale sotto il profilo degli effetti, in quanto la realtà dell'istituto in

Al tema della successione si collega il problema di determinare il soggetto passivo che – come poc’anzi anticipato – deve essere identificato in relazione alla titolarità del diritto reale sul bene: sia l’onere sia l’obbligazione reale manifestano un tratto peculiare⁴⁸⁴. La disciplina generale dell’obbligazione richiede che i soggetti attivi e passivi di un rapporto obbligatorio vengano determinati sin dal momento della sua costituzione. Esiste però una categoria di obbligazioni in cui i soggetti (attivo e passivo) non sono determinati *ab initio*, ma sono individuabili successivamente in ogni fase del rapporto: è questo il caso dell’onere reale e dell’obbligazione *propter rem*⁴⁸⁵. In esse il debitore non è identificato in modo certo, ma sarà di volta in volta identificabile attraverso l’individuazione della titolarità del diritto reale sul bene⁴⁸⁶. Con ciò ovviamente non si vuole affermare che il soggetto (attivo o passivo) sia indeterminato al momento della costituzione del rapporto, ma soltanto che questo è identificabile in modo variabile, e cioè nella misura in cui muta la titolarità del diritto⁴⁸⁷.

In virtù del collegamento strutturale, l’*obligatio* o l’onere seguono il diritto reale nei suoi trasferimenti, sicché il nuovo titolare oltre al diritto sul bene assumerà anche l’obbligo o l’onere di cui poteva non essere a conoscenza al momento dell’acquisto⁴⁸⁸.

commento residuerebbe nella sola possibilità di determinare chi sia titolare dell’obbligo in base alla titolarità del diritto. Non potrebbe cogliersi alcun carattere di realtà attraverso l’opponibilità, dal momento che questa dipende dalla trascrizione del diritto, non dalla realtà. Qui si coglie il *punctum pruriens*, ossia quello di determinare se l’obbligazione reale sia riconducibile ad un diritto reale, personale o misto.

⁴⁸⁴ Già abbiamo precisato che non dovrebbe trarre in inganno l’affermazione, solitamente utilizzata con riferimento agli oneri reali, per cui «ad essere obbligato sarebbe il fondo e non il soggetto». Infatti, tale affermazione allude al fatto che l’obbligo dell’onerato è limitato ai frutti del fondo su cui grava l’onere. In definitiva, non si dovrebbe concludere per una diversità del soggetto passivo tra oneri reali e obbligazioni *propter rem*.

⁴⁸⁵ C. M. BIANCA, *L’obbligazione*, cit., 51, ricorda come tale principio di determinatezza sia cruciale nella distinzione tra obbligazioni e doveri generici che sussistono nei confronti della generalità dei consociati. L’obbligazione pura e semplice impone un dovere specifico nei confronti di un determinato soggetto.

⁴⁸⁶ G. BALBI, voce *cit.*, 671, ritiene che anche il creditore possa essere determinato *per relationem*. Tale affermazione, però, non dovrebbe portare all’estremo di far coincidere le obbligazioni ambulatorie con quelle a soggetto determinabile, visto che ormai la dottrina tende a distinguere tali fattispecie. Sul punto v. P. RESCIGNO, voce *ult. cit.*, 163, che osserva come «non può aversi (attuale indeterminatezza e) mera determinabilità del soggetto attivo o passivo [...] Al tema della determinatezza e alla ricerca da intraprendere sono estranee [...] le ipotesi in cui il soggetto attivo o passivo può essere determinato, e in effetti viene ad essere individuato in ciascun momento del rapporto, sia pure attraverso criteri connessi con situazioni che riguardano cose e fatti». V. anche L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 99.

⁴⁸⁷ Cfr. *ex multis* C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 52 ss.; U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, 125; D. POLETTI, *Il rapporto obbligatorio*, AA. VV., in *Diritto privato*, I, Torino, 2003, 381.

⁴⁸⁸ V. G. GANDOLFI, voce *Obbligazione propter rem*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 2006, 6, anche se occorre chiarire. Tale affermazione è senz’altro valida per quanto riguarda i vincoli reali tipici, previsti dalla legge, ma pone maggiori perplessità in relazione a quelli atipici. Del resto se di o.r. e di o. p. r. si parla solo in relazione ad un diritto reale, il vincolo tipico ad esso connesso sarà trasferibile ed opponibile nella stessa misura del diritto perché a questo accessorio e collegato. Non altrettanto accade per i vincoli atipici che, non essendo disciplinati (*rectius* non essendo riconducibili a quegli obblighi che dagli interpreti vengono ricondotti al diritto reale senza essere fatti coincidere con il contenuto intimo o con i limiti dello stesso), potrebbero limitare in modo eccessivo la sfera giuridica del terzo acquirente ignaro dell’esistenza del vincolo. Viceversa, è chiaro – lo abbiamo sottolineato in relazione

Tale fenomeno di passaggio della titolarità del debito, congiuntamente alla titolarità del diritto reale, ha indotto la dottrina e la giurisprudenza a parlare di «ambulatorietà» e di obbligazioni ambulatorie (v. *infra* par. 3)⁴⁸⁹.

In sostanza, soggetto passivo del rapporto obbligatorio reale è il proprietario, il titolare della nuda proprietà o il titolare del diritto reale di godimento: per la servitù già si è detto ampiamente nel capitolo precedente; l'usufruttuario è obbligato per la durata del suo diritto ai carichi annuali e agli altri pesi che gravano sul reddito (art. 1008 c.c.); l'enfiteuta è obbligato per le imposte e i pesi che gravano sul fondo (combinato disposto art. 964 commi 1 e 2, c.c.); il proprietario superficario, infine, è obbligato per intuitive ragioni, essendo il *dominus* dei beni in superficie.

Detto diversamente, ciò che rileva nei diritti reali di godimento per individuare l'onere o l'obbligato è la determinazione del «godimento attuale»⁴⁹⁰. Criterio, questo, che potrebbe porre non pochi problemi in tutti i casi in cui sul bene esistano contemporaneamente due o più diritti reali di godimento, come nel caso in cui il bene immobile concesso in usufrutto dal proprietario superficario sia gravato da una servitù di passaggio. La dottrina risolve il nodo interpretativo avendo riguardo dell'ampiezza del contenuto del diritto reale di godimento: ad essere onerato od obbligato sarà il titolare del diritto più generale⁴⁹¹, cioè l'usufruttuario per restare al nostro esempio.

Resta da capire se onerato od obbligato possa essere anche il possessore del bene. Sul punto non vi è unanimità di vedute e si scontrano due distinti orientamenti. Secondo l'orientamento tradizionale – espressosi con specifico riferimento all'*obligatio* – il possessore non titolato, esercitando a norma dell'art. 1140 c.c. un potere sulla *res* conforme all'esercizio del diritto reale, non potrebbe sottrarsi dall'adempimento degli obblighi a questo connessi. Ove egli ritenesse di non dover adempiere «metterebbe in essere un comportamento contrastante con quello richiesto

ai regolamenti contrattuali condominiali – che, indipendentemente dalla tipicità o meno, ove il terzo acquirente fosse consapevole dell'esistenza del vincolo e lo accettasse, sarebbe obbligato ad adempiere: ovviamente non in quanto titolare del diritto ma personalmente.

Sul tema v. diffusamente Cap. IV, par. 2. ss.

⁴⁸⁹ Cfr. C. A. FUNAIOLI, *Oneri reali*, cit., 166: «si parla [...] con [...] riguardo agli effetti della circolazione, di obbligazioni c.d. ambulatorie, a soggetto indeterminato». Cfr. C. BONOMONTE, *Obbligazioni «propter rem» e obbligazioni personali*, in *Giur. it.*, 1987, I, 2; 369, con riferimento alle sole obbligazioni reali: «si discostano dalle altre *species* di obbligazioni per due caratteristiche peculiari: stretta connessione con un diritto reale e l'ambulatorietà». V. anche F. ROLFI, *Sulla tipicità*, cit., 558: «il carattere precipuo dell'*obligatio propter rem* è, dunque, la “ambulatorietà”, ovvero l'automatico trasferirsi dell'obbligo a seguito del trasferimento del diritto reale cui esso è collegato».

Di contro B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 716 ss., esclude l'ambulatorietà per le obbligazioni reali ammettendola solo per gli oneri, poiché il trasferimento del diritto determinerebbe l'estinzione dell'obbligo, destinato a risorgere in capo al nuovo titolare. Tale tesi, avallata anche da M. COMPORI, *Le servitù*, cit., 175, e da F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, 120 ss., è stata però criticata da L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri*, cit., 5 e 117 ss., che ha ritenuto esservi confusione del momento in cui il rapporto obbligatorio reale viene ad esistenza e quello in cui la prestazione diverrebbe esigibile.

⁴⁹⁰ Cfr. ID., *Oneri*, cit., 47.

⁴⁹¹ G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 125 s.

dalle norme affinché sia considerato possessore». In altri termini, il possessore sarebbe «soggetto solo in quanto pretenda di essere titolare di quei diritti»⁴⁹².

Viceversa, autorevole dottrina ha ritenuto che tale assunto sia valido nei limiti in cui si ritenga che «causa [...] dell'onere o dell'*obligatio* sia non tanto la titolarità di un diritto, quanto l'esercizio di esso e, dunque, anche il possesso *sine titulo* del bene, sul quale si esplica l'attività corrispondente»⁴⁹³. Tuttavia, essendo ormai unanimemente condivisa l'opinione per cui la titolarità dell'onere o dell'obbligo dipende dalla titolarità del diritto, occorrerebbe escludere che il possessore sia considerato come soggetto obbligato od onerato. Del resto il possesso si muove in un ambito fattuale, che, sebbene giuridicamente rilevante, non coincide con quello di diritto.

Ciò, come è ovvio, non esclude la possibilità che il possessore non titolato decida di adempiere pur senza esservi obbligato. La dottrina, pertanto, si è interrogata su come qualificare giuridicamente tale fattispecie. Alcuni interpreti hanno fatto riferimento all'adempimento del terzo *ex art. 1180 c.c.*, assumendo che l'intento del possessore, che esegue la prestazione, non sia quello di liberare il debitore (titolare del diritto), bensì quello di soddisfare l'interesse del creditore, ponendo cioè in essere una condotta che si limiterebbe alla sfera dei motivi, senza interessare il piano causale⁴⁹⁴. Tuttavia, si è osservato che il possessore acquisirebbe una posizione di terzo del tutto particolare, perché portato a soddisfare l'interesse creditorio non tanto per un "motivo" esterno al rapporto giuridico, bensì perché convinto di dover adempiere quale presunto legittimato passivo dal momento in cui ha iniziato ad esercitare sul bene un *animus possidendi* conforme a quello del titolare del diritto⁴⁹⁵.

Altri invece hanno giustificato l'adempimento del possessore alla luce dell'art. 2028 c.c., ravvisando nel suo intervento gli estremi dell'utile gestione. Si è obiettato, però, che tale soluzione, sebbene calzante per descrivere la condotta del possessore che «senza esservi obbligato», assumesse coscientemente su di sé l'obbligo, non avrebbe una portata omnicomprensiva, perché non adatta a descrivere l'atteggiamento del possessore in buona fede, il quale non avrebbe certo la coscienza di perseguire un interesse altrui con il proprio adempimento.

Altri ancora hanno preferito ricondurre la fattispecie al pagamento dell'indebito soggettivo (art. 2036 c.c.) ove sia stato effettuato dal possessore in buona fede (purché l'errore sia scusabile), ovvero all'ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.) dell'effettivo titolare del diritto se il pagamento sia stato eseguito dal possessore in mala fede⁴⁹⁶.

⁴⁹² Così ID., *op. ult. cit.*, 122 ed in particolare 123; nonché C. BONOMONTE, *Obbligazioni*, cit., 371.

⁴⁹³ V. L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 42 ss., a cui si rinvia per un'analisi del pensiero di G. BALBI, *op. ult. cit.*, 123, in ordine all'ammissibilità della rinuncia o dell'abbandono per il possessore.

⁴⁹⁴ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1962, 179.

⁴⁹⁵ V. L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 44.

⁴⁹⁶ ID., *op. ult. cit.*, 44 s.

Non può, invece, essere considerato obbligato od onerato il mero detentore che esercita un'attività in nome e per conto del possessore⁴⁹⁷. Nel caso di specie mancherebbe il collegamento tra il rapporto obbligatorio reale e il diritto reale, in quanto la posizione del detentore poggierebbe o su un diritto personale di godimento o su un obbligo⁴⁹⁸.

2. Nascita dell'*obligatio* e dell'onere. Il contenuto della prestazione e la sua attuazione.

Per le obbligazioni *propter rem* e gli oneri reali resta aperto il problema di determinare il momento in cui vengano ad esistenza.

Quanto alle obbligazioni *propter rem* la dottrina ha ritenuto di dover distinguere tra fonte legale e contrattuale. Ove l'obbligazione sia prevista *ex lege*, si afferma che il fatto descritto dalla norma rappresenterebbe l'elemento costitutivo del rapporto, poiché l'obbligo sorgerebbe solo al suo verificarsi. Viceversa, in ipotesi di previsione contrattuale, il fatto previsto dalla volontà dei contraenti assumerebbe la funzione di condizione sospensiva per il sorgere dell'obbligazione: il rapporto obbligatorio sarebbe già costituito, ma rimarrebbe «sospensivamente condizionato al verificarsi di questo evento» previsto dalle parti⁴⁹⁹. Secondo tale impostazione, ciò accadrebbe in virtù della portata generale e astratta della legge, che invece non sarebbe ravvisabile come effetto della volizione tra privati. Solo una norma potrebbe «contenere una fattispecie diretta alla futura costituzione di obblighi a carico di un soggetto che in un dato momento si troverà in una certa situazione»; di contro, se le parti hanno previsto un certo comportamento – ancorché tale possibilità sia stata prevista da una norma di cui l'accordo tra i contraenti è integrativo –, non potrà «riguardare né una generalità di soggetti né un soggetto indeterminato, nel senso che il soggetto debitore possa mancare attualmente»⁵⁰⁰. In sintesi, nel momento in cui l'opera diviene necessaria, sorge l'obbligo previsto *ex art. 882 c.c.* di contribuire alle riparazioni ed alle ricostruzioni del muro in comunione; invece, l'obbligo di eseguire le riparazioni necessarie all'esercizio della servitù assunto convenzionalmente *ex art. 1030 c.c.* dal proprietario del fondo servente nascerebbe immediatamente (cioè al momento dell'accordo), ma vedrebbe sottoposta la sua esigibilità alla condizione del verificarsi della relativa esigenza (riparazione).

Tuttavia, come sembra preferibile, non si è mancato di sottolineare che la soluzione debba essere unitaria sia per l'obbligazione assunta *ex contractu* sia per quella assunta *ex lege*. Se il proprietario del fondo servente, obbligato sin dalla nascita del rapporto, è

⁴⁹⁷ U. NATOLI, *Il possesso*, I, Milano, 1992, 42 e C. BONOMONTE, *op. ult. cit.*, 371.

⁴⁹⁸ L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 45, per la quale l'eventuale adempimento del detentore sarebbe riconducibile all'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) o alla gestione di affari altrui (art. 2028 c.c.).

⁴⁹⁹ Così G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 143 ss. e 147.

⁵⁰⁰ G. BALBI, *loc. ult. cit.*

tenuto ad eseguire la prestazione solo quando si concretizzerà la necessità della sua condotta, allo stesso modo può dirsi per le obbligazioni di origine legale. Il comproprietario, per il solo fatto di essere divenuto tale, dovrebbe già essere consapevole di dover sopportare le spese necessarie per la conservazione e il miglior godimento della *res* comune (art. 1104 c.c.), contribuire alla riparazione del muro (art. 882 c.c.)⁵⁰¹, dare esecuzione a tali obblighi, quando si renderà necessario. Detto diversamente, in entrambi i casi l'obbligo nasce immediatamente, ma la loro esigibilità è successiva al verificarsi dell'esigenza concreta⁵⁰².

Esistono, peraltro, alcune eccezioni al principio appena indicato, rappresentate – sempre che tali obblighi siano considerati come ipotesi di obbligazione reale – dagli artt. 886 e 1104, comma 1, c.c.⁵⁰³. In tali casi l'obbligo non sorgerebbe immediatamente, ossia non appena l'obbligato sia divenuto titolare del diritto in comproprietà, bensì soltanto ove il vicino decida di costruire il muro ovvero l'assemblea dei comunisti deliberi a maggioranza le spese.

Al contempo potrebbe accadere che i privati si accordino per sottoporre l'esigibilità della prestazione ad un termine (artt. 1184, 1183, comma 2, c.c.) diverso rispetto a quello che potrebbe definirsi naturale (momento dell'accordo), con la conseguenza di incidere sul regime di inadempimento e di responsabilità del debitore.

L'analisi dei casi tipici ricondotti alla figura dell'*obligatio* permette di affermare che questa figura, da un punto di vista contenutistico, si caratterizza per avere ad oggetto una prestazione di *dare* o *facere* ovvero di *non facere*⁵⁰⁴. In particolare, il contenuto della prestazione può essere determinato dalla legge (purché non si confonda l'obbligo con il contenuto del diritto e i suoi limiti), dalle parti attraverso una determinazione convenzionale del contenuto delle *obligationes* tipiche, attraverso la

⁵⁰¹ Resta però aperto il problema di determinare se tali obblighi rientrino nel contenuto del diritto o costituiscano un *quid pluris* dello stesso, con l'effetto di ampliarne la portata per il miglior esercizio del proprio diritto o di quello altrui. Effetto che sembrerebbe essere proprio delle obbligazioni reali. Sul punto v. *supra* cap. II.

⁵⁰² Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 51 ss. e nota 164, la quale precisa specificamente: «parrebbe [...] potersi ritenere che la regola sia unitaria: si tratti di *obligationes* di origine pattizia o legale, il fatto eventualmente previsto dalla norma non provoca al suo verificarsi, la nascita del rapporto, ma incide sull'esigibilità della prestazione». L'A., peraltro, rileva come forse l'unica differenza consista nel fatto che le obbligazioni pattizie dipenderebbero dal fatto obiettivo della necessità delle opere, mentre le obbligazioni legali dipenderebbero dal fatto che sia fatta valere da uno o da altri soggetti legittimati dalla legge.

Di contro G. BRANCA, *Comunione*, cit., 162, per il quale l'obbligazione reale nascerebbe sempre «nell'istante in cui il proprietario del fondo dominante [...] veda la necessità delle opere» e ne interessi il proprietario del fondo servente.

⁵⁰³ V. L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 272.

⁵⁰⁴ In particolare B. BIONDI, *Servitù*, cit., 714, ritenendo ammissibile l'o. p. r. solo nei casi previsti dalla legge, che ne stabilisce il contenuto, ha affermato che l'obbligazione reale può avere un contenuto positivo, purché non contraddica il principio per cui alcun diritto reale può avere contenuto positivo. Il che potrebbe significare che, l'obbligazione reale non solo non deve confondersi con il contenuto del diritto ma nemmeno deve contraddirlo: l'obbligo, dipendendo dall'esistenza del diritto reale, deve estenderne il contenuto senza fuoriuscire dai suoi schemi, onde evitare di assumere un ruolo autonomo e personale.

creazione di ipotesi atipiche⁵⁰⁵. Purché, in quest'ultimo caso, si ammetta la loro legittimità e non venga leso il contenuto essenziale del diritto reale fino al punto di snaturarlo.

L'esigenza di legare la titolarità del diritto reale ad un comportamento dovuto potrebbe spiegarsi in relazione all'esigenza di favorire l'esercizio o la conservazione di un diritto altrui, di soddisfare interessi generali, oppure, secondo alcuno, in relazione al principio – di cui sia concesso dubitare, vista la formulazione così ampia e generica – *cuius commoda, eius et incommoda*⁵⁰⁶.

Per gli oneri reali, diversamente dalle obbligazioni *ob rem*, sembra possibile tratteggiare una soluzione unitaria. Dall'analisi dei casi tipici⁵⁰⁷, tale figura – che pare avere uno sbocco ormai essenzialmente pubblico, essendo l'obbligo volto a soddisfare un interesse della collettività (sia esso economico, concernente la salute o la tutela dell'ambiente) –, non sembra mostrare particolari margini per l'autonomia privata; in particolare, sembra nascere esclusivamente *ex lege* «in ragione della cosa e della titolarità del diritto su essa». Il proprietario o il titolare del diritto reale di godimento risulta obbligato ad eseguire la prestazione alle scadenze previste (stante l'asserita periodicità) non appena sia entrato in relazione con la *res*, e ciò in virtù del carattere di inerenza capace di legare il diritto reale al bene⁵⁰⁸. Con riferimento alle ipotesi legislative più recenti, si pensi al caso previsto dal codice dell'ambiente (art. 253), dove il proprietario o colui che ha il godimento del sito inquinato è tenuto a rifondere alla P.A. le spese che questa ha sopportato in sua vece; oppure si pensi ai consorzi di bonifica, dove il titolare del terreno – presente in quel comprensorio dichiarato soggetto a bonifica con legge speciale – è tenuto a partecipare proporzionalmente alle spese di bonifica nella misura in cui se ne abbia tratto vantaggio⁵⁰⁹.

Per quanto riguarda il contenuto dell'onere, normalmente vi si riconducano prestazioni dovute periodicamente di *dare* o di *facere*. Oggi sembrerebbe preferibile

⁵⁰⁵ ID., *op. ult. cit.*, 49, in via alquanto riduttiva, ritiene che la determinazione convenzionale sia ammissibile solo per le prestazioni di *non facere*.

⁵⁰⁶ Alcuni A., in realtà, preferivano ritenere che di o. p. r. potesse parlarsi solo se l'obbligo fosse posto «in funzione strumentale rispetto a due *jura in re* concorrenti sul medesimo bene»: così G. BRANCA, *Delle servitù*, 57 s.; ma anche G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 147 ss., per il quale l'obbligazione p. r. si collegherebbe solo all'eventuale connessione tra l'utilità che il diritto offre attraverso il godimento della cosa.

In merito a tale considerazione preme però rilevare che non troverebbe giustificazione in quei casi previsti nella disciplina della servitù (artt. 1030 e 1069 c.c.), in cui l'obbligo del titolare del fondo servente non si spiega in ragione dell'utilità che lo stesso può trarre in relazione al proprio diritto di proprietà, ma solo in ragione del miglior godimento che può offrire al titolare del fondo dominante.

⁵⁰⁷ Si veda Cap. I, par. 1.

⁵⁰⁸ L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 50 s.

⁵⁰⁹ A ben vedere, il fatto che l'onere sorga in virtù del particolare rapporto con la *res* emerge anche in relazione alle altre ipotesi previste, in epoca più risalente, dalle leggi speciali. Così accade ad esempio: per il proprietario della strada ferrata pubblica (art. 234, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F); per il proprietario (o, a questo punto, per chi ha il godimento del bene) dell'immobile soggetto ad imposta per il fatto di essere titolare del bene (art. 43, comma 3, L. 2 aprile 1882, n., 1684); per il proprietario frontista della pubblica via tenuto allo sgombero (art. 62 n. 4, r. d. 19 settembre 1899, n. 394); e via dicendo.

ritenere che solo le prime possano costituire oggetto dell'onere. Sebbene le prestazioni di "fare" potevano trovare una propria *ratio* in epoca medioevale, là dove erano numerosi i modi di vincolare il piccolo proprietario terriero al latifondo ed agli interessi del latifondista, oggi affermarne l'ammissibilità sembra poco attuale⁵¹⁰. Almeno così pare dall'esame delle ipotesi di oneri reali svolta nel capitolo precedente, in cui si evincevano prestazioni sì positive ma solo di "dare" e, più nello specifico, di pagare una certa somma di denaro⁵¹¹.

Infine non resta che avere riguardo dell'adempimento, ossia dell'esatta esecuzione dell'obbligazione e dell'onere. Vertendosi in tema di rapporti obbligatori, per entrambe le figure trovano applicazione i principi generali in materia di obbligazione⁵¹². In tal senso, l'onerato o l'obbligato dovranno dar luogo all'esatto adempimento nel tempo e nel luogo determinato o determinabile *ex lege* (artt. 1182 e 1183 ss., c.c.) in favore del creditore (art. 1188 c.c.), che non potrà rifiutarlo senza giustificato motivo (art. 1206 c.c.); il debitore dovrà adempiere usando la diligenza richiesta dalla natura della prestazione o dalle circostanze del caso concreto (art. 1176 c.c.)⁵¹³. La condotta del debitore (onerato o obbligato) deve essere improntato ai principi di correttezza e di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.). Le conseguenze della mancata esecuzione sono unitarie per entrambe le figure, sia per quanto concerne la messa in mora sia in ordine alla responsabilità dell'onerato o dell'obbligato.

Si segnalano, tuttavia, due differenze cruciali già più volte rimarcate nel corso di questa trattazione: l'una relativa alla responsabilità patrimoniale del debitore, l'altra attinente alla diversa cadenza con cui la prestazione deve essere eseguita. In ordine alla prima differenza, nell'*obligatio* la responsabilità inerisce tutti i beni presenti e futuri nel patrimonio dell'obbligato, a mente dell'art. 2740 c.c., stante la natura "essenzialmente" obbligatoria di questo vincolo reale, dove la realtà residuerebbe solo nel fatto che il soggetto passivo viene identificato attraverso la titolarità del diritto reale. Viceversa, nell'onere reale la responsabilità emerge principalmente (se non esclusivamente) nei confronti del fondo, per cui – come detto – l'onere altera il cromosoma del diritto gravante sul medesimo imprimendogli un nuovo carattere: una *qualitas fundi*, ossia il dover adempiere assistito da privilegio speciale sulla *res*.

⁵¹⁰ L'unica ipotesi di onere reale avente contenuto di *facere* è – sempre che la norma si ritenga ancora in vigore (v. *supra* Cap. II, par. 1) – attinente l'obbligo di sgomberare la strada da immondizia e neve, inerente ai frontisti delle strade pubbliche (art. 62 n. 4, r. d. 19 settembre 1899, n. 394).

⁵¹¹ Secondo G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 143, anche la giurisprudenza in epoca risalente circoscriveva il contenuto dell'onere alle sole prestazioni di *dare*: cfr. App. Trento, 1 giugno 1956, in *Giust. civ. mass. app.*, 1956, 1615, relativamente ad una prestazione di alimenti; App. Trento, 8 maggio 1967, in *Mon. Trib.*, 1968, 639 s., relativamente ad un vitalizio a carico di un fondo in favore di un altro. Fattispecie molto vicine al censo riservativo e risalenti all'epoca in cui in Alto Adige vigeva il diritto austriaco.

⁵¹² Ciò anche per l'onere reale, ma a condizione che venga considerato da un punto di vista privatistico e non pubblicistico.

⁵¹³ V. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 2 ss.

Proprio tale elemento di garanzia reale che grava sul bene dell'onerato sembra costituire l'elemento discrezionale più significativo tra oneri reali ed obbligazioni *propter rem*; e ciò a discapito – giungendo così alla seconda differenza – della periodicità dell'onere. Tradizionalmente dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che l'obbligazione reale sia caratterizzata dal fatto di avere ad oggetto una prestazione ad esecuzione istantanea, mentre l'onere reale si caratterizzerebbe come rapporto di durata ad esecuzione periodica⁵¹⁴. Tale affermazione però non sembra calzante perché errata da un punto di vista ricostruttivo e perché tralattiva. Dal primo punto di vista, non si può fare a meno di constatare come anche l'obbligazione *ob rem* possa essere caratterizzata – almeno per come è stata ricostruita – dalla periodicità: grazie alla sua natura prevalente di obbligazione, meglio si presta a veder alterati i propri connotati dall'autonomia dei privati, onde potrebbe certo ipotizzarsi una determinazione convenzionale del contenuto delle *obligationes* tipiche (esecuzione continuata o periodica), là dove la legge lascia margini di manovra al privato⁵¹⁵.

Dal secondo punto di vista, si osserva che il requisito della periodicità era senz'altro rintracciabile in quelle figure sorte nel tardo medioevo, poi fortemente sviluppatesi sino all'epoca del codice del 1865, perché senz'altro utili a soddisfare le esigenze del “grande” proprietario terriero da parte del “piccolo”. Oggi però tale conclusione sembra perdere la propria efficacia se confrontata con le uniche figure che attualmente gli interpreti riconducono alla schiera degli oneri reali: i consorzi di miglioria e di bonifica, il caso previsto dal codice dell'ambiente. Verrebbe infatti spontaneo chiedersi quale periodicità vi sia nel contributo di bonifica o di miglioria, posto che una volta adempiuto l'onere, cioè bonificata o migliorata l'area, ogni prestazione ulteriore risulterebbe ultronea.

In conclusione, in ordine alla prestazione, la differenza principe tra onere reale e obbligazione *propter rem* dovrebbe essere considerata nella particolare garanzia reale (privilegio) che il legislatore ha individuato a garanzia dell'adempimento. Un tema, quest'ultimo, che potrebbe aprire nuovi spazi di indagine in ordine al problema del bilanciamento costituzionale dei diritti. Infatti, non sembra potersi escludere che ove il legislatore, al fine di perseguire un qualsiasi interesse pubblico, decidesse di imporre al proprietario un certo onere, assistito da una situazione di privilegio, possa minare o pregiudicare il diritto di proprietà di quest'ultimo.

⁵¹⁴ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 56 s.

⁵¹⁵ Sul punto v. L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 57 e nota 176, che pone l'esempio del proprietario del fondo servente obbligato *ob rem* a somministrare la quantità di energia sufficiente ad azionare una pompa installata sul fondo dominante, in presenza di una servitù di derivazione d'acqua.

3. L'ambulatorietà e la responsabilità dell'onerato e dell'obbligato per inadempimento.

I soggetti passivi dell'onere e dell'obbligazione reale sono identificati⁵¹⁶ in relazione alla titolarità di un diritto reale su un bene⁵¹⁷. Per tale ragione, la prevalente interpretazione ha fatto rientrare queste fattispecie nelle c.d. obbligazioni ambulatorie, vale a dire in quei rapporti in cui uno dei soggetti è mutevole o, quantomeno, modificabile (automaticamente) in conseguenza alla variazione della titolarità del diritto sul bene⁵¹⁸: l'obbligazione *ambulat cum re*.

Le obbligazioni ambulatorie sono cosa diversa da quelle a soggetto (attivo o passivo) è semplicemente determinabile⁵¹⁹. Appartengono a tale categoria le ipotesi in cui vi è semplice incertezza sulla persona del debitore o del creditore: il legato obbligatorio in favore di persona da scegliersi da parte dell'onerato, la promessa al pubblico, la donazione in favore della persona da scegliersi da parte di un terzo, e così via. In queste ipotesi, l'incertezza su una delle parti non incide sull'eseguibilità o sull'azionabilità della prestazione: la fattispecie infatti è già completa⁵²⁰.

Viceversa, nei rapporti ambulatori l'obbligo circola senza particolari formalità per la cessione e ciò comporta che il debitore potrebbe anche ignorare chi sia il creditore a cui effettuare la prestazione. Ad ogni modo, il titolare del credito sarà sempre identificabile in ogni momento. A tal proposito, le ipotesi tipiche esistenti nel nostro ordinamento sono, ad esempio: i titoli di credito (in cui il creditore è identificato in ragione del possesso del titolo), oppure l'assicurazione per conto di chi spetta (in cui i diritti nascenti dall'avveramento dell'evento spetteranno a chi sia assicurato al tempo del suo verificarsi)⁵²¹.

Sebbene o.r. ed o. *p. r.* non rappresentino un *unicum* di genere, perché non esauriscono le ipotesi di obbligazioni considerate ambulatorie, non potrebbe

⁵¹⁶ Cfr. C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 54 ss.

⁵¹⁷ V. C. BONOMONTE, *Obbligazioni*, cit., 371. Per G. GANDOLFI, voce *Obbligazione*, cit., 6, il soggetto resta indeterminato sino al verificarsi dell'evento specifico: così, ad esempio, per l'obbligo di tagliare le radici che si addentrino nel fondo del vicino, il soggetto sarà indeterminabile fino a che le radici non invaderanno il fondo.

⁵¹⁸ C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011, 268.

⁵¹⁹ In questi casi per C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 52 ss., ad essere determinabile è solo uno dei soggetti (creditore o debitore) del rapporto, ma non il rapporto stesso che sarebbe già completo nei suoi requisiti. Secondo l'A., peraltro, le obbligazioni a soggetto determinabile, oltre a distinguersi dalle ambulatorie, andrebbero separate da quelle a soggetto incerto (ad esempio, donazione a favore di nascituro non concepito).

⁵²⁰ V. ID., *La proprietà*, cit., 139, il quale, con riferimento alle obbligazioni ambulatorie (obbligazioni reali, cambiarie, e così via) ha sostenuto «l'ambulatorietà dell'obbligazione è un modo di determinazione della persona del debitore che non incide sulla struttura del rapporto e sulla sua natura».

⁵²¹ V. G. BONFIGLIO, *Le obbligazioni a soggetti indeterminati*, II, *I titoli di credito*, Catania, 1924, 117: «esistono [...] fin da principio entrambi i due soggetti ma essi possono indefinitamente variare [...] in sostanza il soggetto, pur non mancando mai, rimane non individualizzato nella sua qualità personale, sebbene [...] in qualunque momento è possibile rintracciare quale sia la persona che risponde alla qualità di soggetto dell'obbligazione, in base ad un elemento che serve appunto alla sua determinazione».

sottovalutarsi il fatto che le altre fattispecie sono regolate da una disciplina peculiare e propria⁵²². Non altrettanto accade per i due istituti in esame, al punto che è stata la dottrina ad offrirne una disciplina attraverso l'interpretazione dei diversi casi considerati come "tipici". Tale attività ermeneutica, tuttavia, non è stata scevra da contrasti: sia interni poiché sono state offerte soluzioni differenti⁵²³, sia esterni poiché non sempre la giurisprudenza ha accolto le ricostruzioni prospettate. In particolare si segnala la discrasia interpretativa tra chi riteneva di dover operare una distinzione tra il carattere ambulatorio dell'onere e quello dell'*obligatio*, e chi riteneva che il discorso avrebbe dovuto essere unitario in quanto si sarebbe trattato, «in un caso e nell'altro, [...] di rapporti obbligatori a soggetto passivo indeterminato ma determinabile; in entrambi i casi si [sarebbe realizzata] una successione nel lato passivo del rapporto»⁵²⁴.

Un primo approccio – più risalente – ammetteva l'automatica trasmissione dell'onere con il fondo qualificandolo come *qualitas fundi*, accostandolo alla servitù, e mettendone così in risalto la realtà. In tal senso, l'acquirente a titolo particolare del bene, per il solo fatto di succedere nella titolarità del diritto reale, sarebbe succeduto anche quale soggetto passivo dell'onere⁵²⁵. Viceversa, per l'*o. p. r.* veniva evidenziato il carattere personale della fattispecie: la titolarità del diritto avrebbe permesso solo di determinare il debitore. È in questo senso che autorevole dottrina affermava come ambulatoria non fosse l'obbligazione bensì la possibilità del suo sorgere, con ciò sottolineando che il trasferimento del diritto avrebbe determinato l'estinzione dell'obbligazione essendo venuta meno la *causa obligandi*⁵²⁶.

⁵²² P. FRANCESCHETTI - M. MARASCA, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, 86.

⁵²³ Cfr. M. RINALDO, voce *Obbligazione propter rem*, cit., 410 s.

⁵²⁴ V. G. BALBI, *op. cit.*, 153. Anche C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 142, ammette che l'ambulatorietà contraddistingua sia *o. p. r.* sia *o.r.* *Contra* B. BIONDI, *Servitù*, 716 ss., (v. *infra* nel testo).

⁵²⁵ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 81, per il quale la successione nel debito si verifica automaticamente con il passaggio del diritto reale.

⁵²⁶ È il pensiero di B. BIONDI, *Servitù*, 716 ss., il quale ritiene che solo nel caso dell'onere reale il vincolo obbligatorio grava su chiunque abbia la proprietà della cosa al momento in cui si concreta la prestazione. Secondo l'A. l'obbligazione *p. r.* manifesta una diversa ambulatorietà: «Ambulatoria non è l'obbligazione, come si suol dire, ma la possibilità del sorgere di essa in rapporto all'acquisto della proprietà o del diritto reale»; l'obbligazione sorge sì a carico di chi è titolare al momento in cui si verificano i presupposti indicati dalla legge, ma «una volta sorta l'obbligazione [...] cessa ogni ambulatorietà; radicata su un determinato soggetto, segue le sorti di qualunque obbligazione». A tali considerazioni *adde* oggi M. COMPORI, *I diritti reali*, cit., 230, nonché F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 120 s., che parla espressamente di estinzione dell'obbligazione, ritenendo che l'ambulatorietà contraddistingua solo il contenuto del diritto reale, non anche le prestazioni accessorie.

Critica però questo orientamento A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 314 ss., per il quale non avrebbe significato l'affermazione per cui «le obbligazioni *p.r.* non sono propriamente ambulatorie». Ciò perché nel nostro ordinamento non esiste una vera e propria categoria di obbligazioni ambulatorie: tale termine è utilizzato solo per le obbligazioni reali e, talvolta, per definire i titoli di credito. Il termine ambulatorio generalmente si riferisce ai diritti reali, in quanto la loro caratteristica fondamentale sarebbe quella di trasferirsi da un soggetto ad un altro per il solo consenso delle parti al momento dell'acquisto del bene. Escludere l'ambulatorietà delle *o. p. r.* avrebbe senso solo per specificare che le stesse non sono diritti reali ma semplici obbligazioni, che tuttavia, a differenza delle obbligazioni "semplici", fanno carico su una persona determinata solo in base alla relazione con la *res*.

Un secondo e contrario – benché preferibile – approccio negava però che l’obbligazione reale potesse estinguersi a causa del trasferimento del diritto reale, poiché il rischio di tale considerazione sarebbe stato quello di confondere il momento in cui la prestazione fosse venuta ad esistenza con quello in cui questa fosse divenuta esigibile. In proposito, l’obbligazione sarebbe sì nata – per via pattizia o legale – sempre in connessione con la titolarità di un diritto, tuttavia avrebbe seguito quest’ultimo nelle mani dell’acquirente obbligandolo all’adempimento solo una volta maturata la prestazione. Per contro, l’alienante sarebbe rimasto obbligato ad eseguire la prestazione rimasta inattuata per una causa a lui imputabile⁵²⁷.

In tale ottica l’obbligazione, se è collegata al diritto (ad es. le riparazioni necessarie per la conservazione della servitù *ex art. 1069 c.c.*), continuerà ad esistere indipendentemente dalla titolarità del diritto e del suo trasferimento, senza venir meno in assoluto⁵²⁸; al più potrebbe affermarsi che la *causa obligandi* verrà meno in capo all’alienante, il quale non sarà più tenuto all’esecuzione (opere necessarie alla conservazione della servitù) dopo il trasferimento. Infatti, nell’obbligazione *ob rem* solo i soggetti possono cambiare, poiché l’acquirente subentra nel lato passivo del rapporto; a rimanere immutati, invece, sono la “causa” per cui l’obbligazione è sorta e il diritto reale sul bene.

Il tema dell’ambulatorietà è strettamente collegato quello dell’inadempimento di un onere o di un’obbligazione reale, nonché a quello del relativo regime di responsabilità. Già si è detto che entrambe le figure costituiscono rapporti obbligatori reali, e che pertanto trovano applicazione i principi generali in tema di adempimento e di inadempimento, di correttezza e di buona fede⁵²⁹. Resta però aperto il problema di determinare cosa accada se il debitore originario, una volta divenuta esigibile la prestazione, decida di alienare ad un terzo il proprio diritto reale senza prima aver adempiuto⁵³⁰. In questa ipotesi il tema dell’inadempimento si lega a doppio filo a quello del mutamento soggettivo del rapporto obbligatorio, a cui poc’anzi si accennava. Invero, sarebbe lecito chiedersi cosa accada se il debitore (originario) abbia alienato il bene prima che la prestazione sia divenuta esigibile, ovvero se il trasferimento sia intervenuto quando la prestazione fosse già esigibile ma non è stata

⁵²⁷ È l’opinione contraria di L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 117 ss., ed in particolare nota 1. L’A. ritiene come non possa alludersi ad un diverso tipo di ambulatorietà argomentata sulla maggiore realtà dell’onere; e ciò perché dal fatto che l’onere segua il bene come una sorta di *qualitas fundi* deriva soltanto che il creditore avrà diritto di soddisfarsi con preferenza rispetto agli altri creditori sul quel bene onerato. Ciò che rileverebbe, dunque, è l’aspetto della garanzia reale, che contraddistingue l’onere rispetto all’*obligatio*.

⁵²⁸ *Contra* M. ALLARA, *Le nozioni*, cit., 471.

⁵²⁹ Con riguardo ai riverberi che l’inadempimento di un’obbligazione o di un onere reale potrebbe avere sull’intero contratto costitutivo del diritto reale a cui tali vincoli sono connessi v. *infra* nel testo.

⁵³⁰ E senza aver dato vita al c.d. abbandono liberatorio del bene: v. *infra* par. 4.1.

adempita, od ancora se il bene fosse stato alienato quando la prestazione era ormai inesigibile⁵³¹.

Occorre premettere che non sorgono particolari difficoltà in ordine alla prima ipotesi: siccome l'obbligo segue la titolarità del diritto, ad essere obbligato sarà l'avente causa ove la prestazione sia divenuta esigibile dopo il trasferimento del bene. Ciò sia per gli oneri sia per le obbligazioni *propter rem*, con la differenza che in quest'ultimo caso il creditore non vanterebbe alcuna causa legittima di prelazione avendo diritto ad esperire unicamente azioni di stampo personale.

Viceversa il discorso muta per le altre due ipotesi, in quanto sorgerebbe l'incertezza se ad essere obbligato sia il debitore originario oppure l'acquirente della *res*. Sul punto la dottrina ha distinto tra oneri e obbligazioni reali. Quanto all'o.r., in caso di inadempimento, il creditore sarebbe innanzitutto legittimato ad esperire un'azione reale sul fondo a prescindere da chi ne sia il titolare (nuovo o vecchio titolare), potendosi così soddisfare con prelazione sul ricavato della vendita forzata rispetto agli altri creditori dell'onerato⁵³². In tal senso, l'attuale onerato è responsabile *ex art. 1218 c.c.* (anche se per taluno solo nei limiti del valore del bene gravato), mentre il creditore è legittimato ad esperire o un'azione reale sul fondo a prescindere da chi sia in quel momento l'attuale titolare del diritto o possessore della *res* (c.d. *ius sequelae*)⁵³³.

Secondo alcuni, peraltro, la presenza di un'azione reale per il creditore non escluderebbe la possibilità per questi di esperire anche un'azione personale contro l'onerato, il quale risponderebbe con tutti i propri beni (art. 2740 c.c.) ove il valore del fondo fosse inferiore al *quantum* dovuto⁵³⁴. Inoltre, più specificamente l'onerato risponderebbe: 1) con il fondo e con il proprio patrimonio se le prestazioni scadono mentre è ancora titolare del diritto; 2) solo con il fondo per le prestazioni maturate e inadempite prima del suo acquisto, mentre risponderebbe il dante causa con il proprio patrimonio per il supero del valore del debito rispetto al fondo⁵³⁵; 3) solo

⁵³¹ V. G. BALBI, voce *Obbligazione*, cit., 671.

⁵³² Proprio questo aspetto ha fatto dubitare alcuni interpreti del fatto che l'o.r. possa essere considerato come un diritto reale: il meccanismo della preferenza, nell'ipotesi della vendita agli incanti, renderebbe tale vincolo reale del tutto simile all'ipoteca, e sembrerebbe caratterizzato dal c.d. *ius sequelae* (inerenza). In particolare nell'onere sembrerebbero coesistere due elementi: uno obbligatorio capace di identificarne la natura giuridica, l'altro di garanzia reale, che però non dovrebbe lasciar pensare che esista un autonomo diritto reale. Infatti, se è vera la somiglianza con l'ipoteca, poiché l'onere è inerente al bene ed immediato (quanto al soddisfacimento coattivo dell'interesse creditorio), non può trascurarsi che il titolo dell'ipoteca, che è appunto un vero e proprio diritto reale, trovi la propria fonte in un titolo diverso da quello del rapporto obbligatorio da cui si origina: legale, volontario o giudiziale.

⁵³³ È in questo senso che la realtà dell'onere andrebbe valutata, non tanto sotto il profilo dell'esercizio della pretesa da parte del creditore, bensì sotto quello dell'inadempimento da parte del debitore: il creditore insoddisfatto può soddisfarsi con prelazione rispetto agli altri creditori dell'onerato rispetto alle prestazioni già scadute e non adempite.

⁵³⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale*, 23; G. BALBI, *Obbligazione*, cit., 42 s.

⁵³⁵ Il confronto tra l'entità del debito e il contributo dovuto potrebbe far sorgere qualche perplessità ove si accogliesse l'opinione di chi (A. DI FILIPPO - M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale – Privilegi – Pegno*, Roma, 1966, 403 s.) ha ritenuto come il privilegio assista non solo le prestazioni relative all'anno in corso (al momento dell'acquisto), bensì anche quelle degli anni precedenti.

personalmente per le prestazioni già maturate ma non adempiute prima del suo acquisto, poiché in tale caso col fondo risponderebbe il nuovo titolare⁵³⁶.

Il fatto che il nuovo titolare del diritto (*rectius* l'acquirente del bene) possa vedersi sottrarre il bene, a causa di un inadempimento del precedente titolare, troverebbe la propria giustificazione nella particolare situazione di privilegio che segue il bene onerato e sarà a lui opponibile, e non tanto in virtù di un particolare regime di responsabilità – per così dire – impropria dell'o.r.⁵³⁷. Tale conclusione sembrerebbe giustificata dal punto di vista normativo: l'art. 864 c.c. disciplina i contributi consortili senza alludere ad un particolare regime di responsabilità, ma soltanto al fatto che in caso di inadempimento il bene sarebbe soggetto all'esecuzione privilegiata, con tutte le conseguenze del caso (*ius sequelae*).

Quanto alle conseguenze dell'inadempimento di un'obbligazione reale la dottrina (e talvolta della giurisprudenza) ha incontrato maggiori difficoltà nel tentativo di individuare una disciplina di carattere generale. Infatti, è parso insufficiente e eccessivamente semplicistico il criterio offerto da chi ha ritenuto che soltanto il titolare del diritto reale deve adempiere, poiché soltanto questi sarebbero in grado di attuarlo essendo l'adempimento posto in «funzione dell'esercizio del diritto reale»⁵³⁸. In ordine a tali premesse il dante causa non sarebbe mai tenuto ad adempiere.

Per converso, ad altri interpreti è parso preferibile ricercare un dato positivo che permettesse di disancorarsi dalle mere ricostruzioni teoriche, atto quindi a determinare se l'ambulatorietà si attui anche con riguardo alle prestazioni scadute⁵³⁹. In tal senso, occorrerebbe richiamare l'art. 1104 c.c., comma 3, c.c., in virtù del quale «il cessionario del partecipante è tenuto in solido con il cedente a pagare i contributi da questo dovuti e non versati»; nonché l'art. 63, comma 4, disp. att. c.c., a mente del quale l'acquirente del bene condominiale è solidalmente responsabile con l'alienante per i contributi (art. 1123 c.c.) dovuti e non versati relativamente all'anno in corso e al precedente.

Nonostante qualcuno abbia eccepito la specialità di tali disposizioni, negandone di conseguenza l'applicazione in via analogica⁵⁴⁰, altri hanno rilevato che tali norme, sebbene siano previste in materia di comunione, non sarebbero dirette a disciplinare «il vincolo comunitario o i rapporti tra i comunisti, ma la posizione dell'acquirente e [...] il problema dei rapporti tra dante ed avente causa in ordine ad un rapporto obbligatorio

⁵³⁶ In tutti i casi viene ovviamente fatto salvo il caso di abbandono liberatorio del bene. V. comunque E. BETTI, *loc. ult. cit.*; G. BALBI, voce *Obbligazione*, cit., 668; G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 127.

⁵³⁷ Lo afferma L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 121 ss., la quale nega che la contraria opinione, ossia quella volta ad individuare un particolare regime di responsabilità impropria per l'o.r., abbia un supporto normativo.

⁵³⁸ È di questa opinione G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 149; ID., voce *Obbligazione*, cit., 671.

⁵³⁹ Cfr. *ex plurimis* G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 128; B. BIONDI, *Oneri reali ed obbligazioni*, cit., 352; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 62; L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 123 s.

⁵⁴⁰ V. G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 153.

connesso ad una situazione *in re*»⁵⁴¹. Da tali disposizioni potrebbe dunque desumersi un principio di carattere generale: ove il debitore originario non avesse ancora versato i contributi per cui è obbligato, il terzo acquirente diverrebbe titolare di una posizione giuridica connessa a quella debitoria dell'alienante⁵⁴², inerente le prestazioni scadute e non ancora adempiute⁵⁴³.

Analogamente ai principi generali previsti in materia di inadempimento dell'obbligazione, dove l'interesse originario del creditore si sostituisce con quello al risarcimento del danno subito, anche per l'*obligatio propter rem* il debitore originario risponderà sempre *ex art. 1218 c.c.*, se la prestazione non è più eseguibile in caso di inadempimento e successivamente il diritto da cui dipende l'obbligazione reale viene trasferito⁵⁴⁴, mentre il nuovo debitore (acquirente), senza succedere nell'obbligo reale inadempito⁵⁴⁵, sarà solidalmente obbligato in virtù di un obbligo di garanzia previsto *ex lege*⁵⁴⁶.

Di garanzia personale offerta dall'acquirente del diritto nuovo obbligato, dovrebbe parlarsi anche nell'ipotesi in cui la prestazione non sia stata eseguita ma sia tuttora esigibile. In questo caso, ossia dopo l'inadempimento, il debitore originario non sarebbe più obbligato *ob rem*, bensì a titolo personale quale autore di un illecito contrattuale: l'obbligo «da reale [...] si fa personale»⁵⁴⁷. Così in caso di alienazione del bene il debitore non si libera⁵⁴⁸, ma sarà sempre ritenuto responsabile. Tuttavia a tale responsabilità andrà ad aggiungersi quella dell'acquirente (e a questo punto garante) del bene⁵⁴⁹.

Tale interpretazione dovrebbe valere sia per le prestazioni di *dare* sia per quelle di *facere*. Non, invece, per quelle di *non facere*, in quanto se il debitore *ob rem* abbia tenuto il comportamento vietato allora avrà già dato vita ad un inadempimento

⁵⁴¹ V. L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 126; A. FUSARO, *Obbligazione «propter rem»*, cit., 393 s.

⁵⁴² Parla di obbligazioni soltanto connesse ma non soggettivamente complesse: v. F. D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 46.

⁵⁴³ Per tali ragioni sembrerebbero notevoli le somiglianze con l'istituto della fideiussione.

⁵⁴⁴ In materia condominiale si segnala Cass., sez. un., 29 aprile 1997, n. 3672, cit., che ha individuato un concorso di responsabilità tra il singolo condomino e il condominio in caso di inadempimento dell'obbligo di riparazione e manutenzione del lastrico solare. Codesto obbligo graverebbe su tutti i condomini in virtù della particolare funzione svolta dal lastrico. Si tratterebbe invero di obblighi di conservazione *ex art. 1123, comma 1, e 1126 c.c.*, cioè di obbligazioni reali. Essendovi un concorso di responsabilità, l'imputazione, la suddivisione e la valutazione del danno, andranno però distinte secondo «le regole stabilite in tema di responsabilità extracontrattuale (artt. 2055, 2056, 1223, 1226 e 1227 c.c.)».

⁵⁴⁵ L'inadempimento, infatti, dovrebbe considerarsi come elemento interruttivo dell'ambulatorietà.

⁵⁴⁶ *Contra* G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 153.

⁵⁴⁷ V. L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 128.

⁵⁴⁸ Cfr. G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 150, che parla di liberazione dell'alienante in caso di inadempimento e successivo trasferimento

⁵⁴⁹ In giurisprudenza v. Cass., 22 febbraio 2000, n. 1956, in *Arch. Loc.*, 200, 412, ove – con riferimento all'art. 63, comma 4, disp. att. c.c. – si affermava che l'acquirente di un'unità immobiliare condominiale potrebbe essere chiamato a rispondere dei debiti del dante causa «solidalmente con lui, ma non al suo posto»; tale principio peraltro opererebbe solo nel rapporto «tra il condominio e i soggetti che si succedono nella proprietà di una singola unità immobiliare, non anche nel rapporto tra questi ultimi». V. anche Cass., 29 aprile 1997, n. 3672, in *Resp. Civ. e prev.*, 1997, 1095.

definitivo *ex art. 1222 c.c.*; pertanto sorgerà immediatamente in capo all'inadempiente, debitore originario, l'obbligo al risarcimento, senza che occorra verificare se la prestazione sia ancora esigibile dopo l'inadempimento⁵⁵⁰. In questo caso prevarrà sempre l'elemento obbligatorio (*rectius personale*) rispetto a quello reale⁵⁵¹.

In conclusione, non resta che verificare quali potrebbero essere i riverberi prodotti dall'inadempimento di un onere od una obbligazione *propter rem* sull'intero rapporto contrattuale costitutivo del diritto reale da cui tali figure dipendono. La questione si lega a doppio filo con quella dell'inadempimento dei contratti costitutivi di diritti reali, là dove si è posta la questione se l'inadempimento agli obblighi contrattuali dia semplicemente vita al diritto di esperire le azioni petitorie e di responsabilità extracontrattuale, o per contro possa anche legittimare la parte insoddisfatta a richiedere la risoluzione del contratto costitutivo per inadempimento e la domanda di risarcimento (responsabilità contrattuale). Nello specifico, ad esempio, ci si potrebbe interrogare se l'inadempimento di un elemento accessorio – qual è l'obbligazione reale – costituisca un «inadempimento di scarsa importanza» o meno.

Con riguardo ai diritti reali in generale, il tema è più complesso e concerne la possibilità di esperire i rimedi sinallagmatici sul contratto costitutivo del diritto per violazione delle «situazioni di doverosità a struttura obbligatoria»⁵⁵² che fanno parte del suo contenuto: si pensi agli obblighi gravanti sull'usufruttuario (pagare le imposte gravanti sul reddito) e sul nudo proprietario (pagare le riparazioni straordinarie), oppure alla servitù dove il problema è più sentito, visto che queste spesso si traducono in vincoli a struttura obbligatoria⁵⁵³. Secondo la dottrina più formalistica e tradizionale⁵⁵⁴, il diritto, dopo essere stato costituito, «vivrebbe di vita propria» staccandosi dal contratto fonte del suo acquisto: «l'attribuzione patrimoniale consistente nell'effetto reale del contratto sarebbe ormai esaurita, rientrando i diritti e

⁵⁵⁰ Sembra avversare tale orientamento L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 275, per la quale l'inadempimento non dovrebbe far sminuire la realtà dell'obbligo, in quanto rimarrebbe l'elemento più utile al creditore per individuare chi sia il debitore: in altri termini, non ci si dovrebbe interessare del trasferimento del bene, ma solo verificare chi sia titolare al momento in cui pretende l'adempimento o il risarcimento. Viceversa, dal punto di vista passivo, occorrerebbe fare riferimento ad un principio di solidarietà *ex lege* oppure ad un'azione di regresso

⁵⁵¹ Cfr. G. VISININI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Il codice civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 2006, 522 ss.

⁵⁵² Testualmente U. STEFINI, *Contratti costitutivi*, cit., 1427 s. e 1472 s., con riguardo rispettivamente all'usufrutto e alla servitù.

⁵⁵³ È l'esempio che fa M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, cit., 752, con riferimento alle servitù negative.

⁵⁵⁴ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto*, cit., 105 nota 18, che sottolinea l'operare del diverso rimedio di estinzione del diritto *ex art. 1015 c.c.* in caso di abusi dell'usufruttuario.

Anche la giurisprudenza tende a negare i rimedi sinallagmatici distinguendo tra obblighi nascenti dal contratto e quelli ricompresi nella struttura del diritto reale. Cfr. in materia di servitù Cass., 9 dicembre 1988, n. 6680, in *Foro it. Rep.*, 1988, voce *Servitù*, 18. Tuttavia, occorre segnalare un'impostazione particolare offerta in materia di obbligazioni reali: v. Cass., 10 febbraio 1962, n. 286, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 677 ss., che ipotizza l'applicabilità dei rimedi sinallagmatici solo per le obbligazioni *propter rem*, in quanto queste costituirebbero un sinallagma diverso e distinto rispetto a quello proprio del contratto costitutivo del diritto reale.

obblighi successivi nella struttura del diritto, non nel sinallagma»⁵⁵⁵. In tal senso, salvo il caso dell'inadempimento dell'obbligo di pagare il corrispettivo per la costituzione del diritto, l'unica tutela esperibile sarebbe quella delle azioni di esatto adempimento o responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, ma non quello della risoluzione del contratto e delle conseguenti pretese restitutorie.

Altra dottrina⁵⁵⁶, avvertendo la rigidità di questa impostazione, ha preferito ricorrere ad un criterio temporale, basato sull'esaurimento degli effetti del contratto costitutivo. In tal senso, ad esempio, si pensi alla costituzione di una servitù di non edificare: se la violazione (inizio dell'attività edificatoria) avviene poco tempo dopo la costituzione del diritto, il contratto potrà essere risolto; se invece la situazione creata dal contratto si è ormai consolidata e la violazione dell'obbligo di costruire avvenga a distanza di tempo, la parte interessata potrà esperire l'azione reale e quella di responsabilità extracontrattuale.

Un'altra dottrina ancora⁵⁵⁷, invece, distinguendo il momento della struttura del diritto reale da quella dell'esercizio, afferma che si possa ricorrere ai rimedi sinallagmatici, trattandosi pur sempre di rapporti obbligatori ricompresi nella struttura del diritto reale: le regole che consentono l'esercizio del diritto hanno struttura obbligatoria e dovrebbero essere assoggettate alla disciplina generale delle obbligazioni. Sarebbe così preferibile analizzare la questione della risolubilità del contratto costitutivo con riguardo alla causa concreta del contratto e all'assetto di interessi che le parti volevano realizzare, senza invece avere riguardo della meccanica distinzione tra effetti obbligatori e reali. La costituzione di un diritto reale porta con sé regole di esercizio del diritto prese in considerazione come elementi del sinallagma contrattuale, che non si esaurisce nella semplice costituzione del diritto, dando per contro vita ad un rapporto di durata⁵⁵⁸: si pensi al caso delle servitù, dove si creano rapporti di durata fondati sull'esatto adempimento degli obblighi imposti al titolare del fondo servente.

Mutuando quest'ultima interpretazione, e anticipando quanto verrà detto a breve con riguardo alla tipicità degli o.r e delle o. p. r.⁵⁵⁹, sembra possibile fornire una plausibile soluzione relativa alle ripercussioni che l'inadempimento di tali figure genera sull'intero rapporto contrattuale costitutivo del diritto reale da cui dipendono.

Vedremo infatti che l'obbligazione reale potrebbe ricostruirsi come un'obbligazione accessoria ad un diritto a struttura complessa ed articolata qual è il diritto reale. Una struttura che, oltre ad essere dotata di limiti, risulta pure contraddistinta da una serie di obblighi già disciplinati dal legislatore o per i quali

⁵⁵⁵ V. U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 1427.

⁵⁵⁶ V. R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3^a, Torino, 2004, 620 ss.

⁵⁵⁷ Cfr. M. COMPORI, *I diritti reali*, cit., 172 ss. e 179 ss.

⁵⁵⁸ In tal senso per U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 1427, non potrebbe escludersi la possibilità di ricorrere alla risoluzione per inadempimento o per eccessiva onerosità sopravvenuta.

⁵⁵⁹ V. *infra* Cap. IV, parr. 2.2. ss.

quest'ultimo lascia margini di previsione e disciplina direttamente ai privati. Proprio in questi spazi di autonomia i privati hanno facoltà di muoversi per estendere il contenuto del diritto del creditore e comprimere quello dell'obbligato *ob rem*, potendo giungere a costituire obbligazioni reali, che dovranno pur sempre essere tipiche o di fonte legale. Tali obbligazioni ovviamente rappresentano elementi di natura accessoria e pertanto, al fine di rilevare se il loro inadempimento sia o meno di «scarsa importanza» e quindi se possa dar luogo alla risoluzione dell'intero contratto costitutivo, si renderà opportuno valutare la loro incidenza sulla causa concreta del contratto e l'assetto di interessi che le parti intendevano perseguire. In tal senso, ad esempio, mi sembra che si possa affermare la possibilità di esperire i rimedi sinallagmatici sul contratto costitutivo di servitù per inadempimento delle prestazioni accessorie *ex art.* 1030 c.c. sia perché si tratta di vere e proprie obbligazioni, sia perché la stessa servitù è strutturata come rapporto di durata composto da una serie di obblighi imposti al titolare del fondo servente. In sostanza e più in generale, a mio avviso si renderà necessaria una valutazione del singolo caso concreto, perché è senz'altro vero che l'obbligazione *ob rem* è meramente accessoria e che ciò lascerebbe a prima vista intendere una marginalità («scarsa importanza») della stessa nell'economia del contratto, ma sarebbe forse più opportuno valutare in concreto l'incidenza dell'obbligazione sulla struttura del diritto reale, così come disciplinato dalle parti grazie a quei margini lasciategli dal legislatore.

Per contro, sembra possibile escludere il rimedio risolutorio se dopo l'inadempimento l'obbligato trasferisca il bene ad un terzo, poiché in questo caso parrebbe sì che l'obbligo inizi a “vivere di vita propria”: in tale ipotesi il creditore potrà agire esclusivamente per il risarcimento del danno nei confronti del solo debitore originario, o anche nei confronti dell'avente causa di questi, ora titolare del diritto e nuovo “obbligato”, ove si affermi una responsabilità solidale di questi con il precedente titolare della *res* (v. *supra*).

Analogamente, cioè postulando una valutazione caso per caso, si potrebbe argomentare in relazione all'onere reale, visto che si tratterebbe pur sempre di un vincolo connesso alla titolarità della cosa dotato di struttura obbligatoria. Pertanto, con riguardo ai contratti costitutivi di diritti reali alla cui titolarità è connesso l'onere, sembra possibile affermare l'esperibilità della risoluzione per inadempimento, anche se con due precisazioni: una attinente la natura più o meno tipica dell'o.r., l'altra relativa al particolare regime rimediale che contraddistingue la figura in parola. In primo luogo, non sembra possibile parlare di rimedio sinallagmatico per gli oneri reali c.d. tipici visti in precedenza (contributi consortili, di miglioria fondiaria o previsti dal Codice dell'ambiente)⁵⁶⁰, che sono cioè imposti *ex lege*, generalmente al fine di perseguire un pubblico interesse e non quindi oggetto di un contratto a prestazioni

⁵⁶⁰ V. *supra* Cap. II, par. 1.

corrispettive. Più verosimile – anticipando anche qui un tema che verrà svolto oltre⁵⁶¹ – appare invece la possibilità di esperire il rimedio in parola con riguardo agli oneri reali costituiti dalle parti *ex art. 2645-ter*, cioè attraverso un negozio dalla struttura volutamente aperta disciplinato direttamente dal legislatore, che consente ai privati di costituire liberamente – purché sorretto da causa idonea – un vincolo di destinazione opponibile ai terzi. In questo caso, attraverso una verifica da eseguirsi nel caso concreto, si potrà valutare se il diritto reale attribuito nel vincolo di destinazione implichi o meno una perdurante partecipazione dell’alienante che consenta all’avente causa di trarre dal diritto l’utilità «rientrante nel congegno causale: quindi, nel caso dell’atto di destinazione costitutivo di un onere reale a favore del beneficiario, [...] sembra che a quest’ultimo possano ugualmente spettare i rimedi sinallagmatici, qualora il titolare (parte dell’originario negozio di destinazione) distraiga il bene dalla destinazione convenuta»⁵⁶².

Viceversa, venendo così alla seconda precisazione, una volta alienato il bene – salvo che l’alienazione stessa non costituisca inadempimento dell’o.r. medesimo – l’onere reale sembrerebbe “vivere di vita propria” grazie al suo specifico sistema rimediale (inerenza del privilegio alla *res*), che rende di fatto impossibile l’utilizzo della risoluzione⁵⁶³.

4. Adempimento ed estinzione del rapporto.

I rapporti obbligatori reali sono contraddistinti da un particolare regime per quanto riguarda le cause di estinzione. Invero, come si avrà modo di evidenziare fra poco, non troverebbero applicazione le norme relative alla novazione soggettiva ed alla confusione, mentre dovrebbe aversi riguardo di una particolare fattispecie di estinzione: l’abbandono liberatorio, distinto rispetto alla rinuncia abdicativa⁵⁶⁴.

Preliminarmente occorre avere riguardo dell’adempimento. In verità, qualcuno ha obiettato che per gli o.r. non possa parlarsi di estinzione per adempimento *strictu sensu*. L’onere infatti viene normalmente ricostruito come rapporto di durata, pertanto attraverso l’adempimento (pagamento), ad estinguersi dovrebbe essere solo la prestazione e non il rapporto in virtù della sua periodicità⁵⁶⁵. Analogamente potrebbe concludersi per le obbligazioni *propter rem* aventi carattere periodico, come nel caso delle prestazioni accessorie al diritto di servitù necessarie alla conservazione della

⁵⁶¹ V. *infra* Cap. IV, par. 3.

⁵⁶² Testualmente U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l’art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2^a, 2010, 180 s. nota 131.

⁵⁶³ Cfr. ID., *loc. ult. cit.*

⁵⁶⁴ L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 129 s. e nota 33, rileva come la dottrina si sia sostanzialmente disinteressata della cause di estinzione diverse dall’adempimento. In particolare, tale disinteresse avrebbe riguardato l’ammissibilità della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione o dell’*exceptio inadimplenti contractus*. Propende per la soluzione in senso affermativo G. BRANCA, *Delle servitù*, cit., 71.

⁵⁶⁵ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 130 s.

stessa: il titolare del fondo servente sarà tenuto ad eseguirle fintantoché risulterà titolare del diritto reale e queste opere si renderanno necessarie.

Ad ogni modo, le conclusioni assunte in relazione all'onere reale, che sembrano assumere un carattere (per così dire) assiomatico, dovrebbero cadere non appena si avesse riguardo dei consorzi di miglioria e di bonifica o dell'ipotesi di onere reale disciplinata nel codice dell'ambiente. Queste figure – come anticipato *supra* – non sono contraddistinte dalla periodicità⁵⁶⁶: salvo che il caso concreto non imponga diversamente, sembra plausibile ritenere che l'onerato dopo aver bonificato o migliorato l'area non sia più tenuto a farlo in futuro.

In questo senso, ove la prestazione sia ad esecuzione istantanea, dovrebbe concludersi per un'estinzione integrale del rapporto attraverso l'adempimento. Così, nel caso di cui all'art. 886 c.c., la contribuzione del vicino al pagamento di metà delle spese di costruzione dei muri di cinta che dividono le due proprietà comporta l'estinzione dell'obbligazione; nel caso disciplinato dall'art. 863 c.c. l'esecuzione dell'opera di miglioramento fondiario comporta l'estinzione dell'onere.

In virtù di tali premesse, sembra possibile riformulare il principio poc'anzi indicato: ogni qualvolta il rapporto sia di durata l'esecuzione non lo estingue, limitandosi a far venire meno la singola prestazione; l'adempimento della prestazione estinguerà l'intero rapporto ove questo sia ad esecuzione immediata. Il che, a ben vedere, non differenzia i rapporti obbligatori reali da quelli "ordinari" (cioè solo obbligatori) di durata, ove sono previste una molteplicità di prestazioni distinte ed autonome sebbene connesse perché volte a soddisfare un interesse periodico o continuativo del creditore⁵⁶⁷.

Offrono qualche spunto di riflessione i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, che nei casi in esame operano con modalità del tutto peculiari⁵⁶⁸.

In dottrina si è affermato che la novazione oggettiva può interessare entrambe le tipologie di rapporti obbligatori reali, in quanto nulla vieterebbe alle parti di sostituire *ex art. 1230 c.c.* l'oggetto (e solo questo: v. *infra*) del rapporto con uno diverso: per esempio, le parti potrebbero accordarsi per sostituire le opere di conservazione della strada su cui si esercita la servitù di passo con quelle da eseguirsi sul ponte che conduce alla strada indicata⁵⁶⁹. I condomini potrebbero accordarsi all'unanimità *ex art. 1123 c.c.* affinché uno di essi contribuisca in modo differente alle spese di

⁵⁶⁶ Certo nulla esclude che possa rendersi necessario compiere periodicamente un'attività di bonifica o di miglioria, ma ciò dipende dalle circostanze del caso, senza che sia permessa una generalizzazione assoluta.

⁵⁶⁷ V. F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1132.

⁵⁶⁸ Per A. FUSARO, *Obbligazione «propter rem»*, cit. 394, il fatto che possano trovare applicazione i principi generali in materia di obbligazioni per le o. p. r. deve conciliarsi con la necessità che per queste sia adottata la forma scritta e siano trascritte.

⁵⁶⁹ L'esempio è tratto da L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 131, per la quale il principio varrebbe con riguardo alle ipotesi di obbligazioni reali, siano esse *obligationes* pattizie o legali; purché in quest'ultimo caso la legge ammetta che le parti possano derogare al principio normativo.

conservazione o godimento⁵⁷⁰. In queste ipotesi, all'estinzione dell'obbligazione originaria segue il sorgere di una nuova obbligazione (*rectius* rapporto obbligatorio), pur sempre caratterizzata dalla "realità"⁵⁷¹.

Al contrario, non sembra ammissibile parlare di novazione oggettiva volta alla sostituzione del titolo. L'onere e l'obbligazione trovano la propria causa nel diritto reale, pertanto apparirebbe una contraddizione in termini l'accordo volto a sostituire il titolo originario con un nuovo rapporto privo di alcun collegamento con la *res*. In questi casi l'obbligazione diverrebbe personale.

Analoghe considerazioni possono svolgersi per la novazione soggettiva *ex art.* 1235 c.c., in quanto le parti potrebbero mutare solo in virtù di un trasferimento del diritto reale (v. *supra* par. 3): l'eventuale trasferimento della posizione obbligatoria ad un soggetto, senza che venga contestualmente trasferita la titolarità del diritto da cui originariamente l'obbligo era dovuto, trasformerebbe il rapporto obbligatorio da reale a personale⁵⁷².

In ordine all'ammissibilità della remissione non sembrano sorgere particolari perplessità, in quanto il creditore ben potrebbe rinunciare al proprio credito liberando, ai sensi dell'art. 1236 ss., il debitore della singola prestazione scaduta o dell'effettivo vincolo reale, senza che ciò implichi una contemporanea rinuncia al proprio *ius in re*⁵⁷³.

Sembra altresì ammissibile l'eccezione di compensazione (legale) *ex art.* 1241 c.c. Il debitore di una somma di denaro potrebbe sempre eccepire al creditore, della singola prestazione (se il rapporto è di durata) o dell'intero rapporto obbligatorio reale (se ad esecuzione istantanea), di vantare a sua volta un credito ad una prestazione fungibile, liquida ed esigibile nei confronti del creditore, purché le due obbligazioni siano autonome e non legate da un rapporto di sinallagmaticità⁵⁷⁴. Tuttavia, occorre chiarire. Il condomino ben potrebbe eccepire all'amministratore di condominio che esige il pagamento delle spese condominiali il proprio credito per le spese da lui sostenute in

⁵⁷⁰ Sul punto v. Cass., 5 maggio 1980, n. 2928, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1627.

⁵⁷¹ In verità – a parere di chi scrive – non sembra possibile svolgere un discorso unitario per gli o.r. e per le o. p. r. Anzi, quanto detto poc'anzi sembra ammissibile solo per l'obbligazione, dal momento che, se si accetta che è il privilegio a caratterizzare questa figura, il quale è ammissibile nei soli casi previsti dal legge e tende a tutelare determinate prestazioni con una garanzia reale, sembra difficilmente ipotizzabile che le parti possano liberamente sostituire la prestazione. Forse questo è ammissibile solo ove la volontà delle parti coincida con la *ratio legis* e sia perseguito il medesimo interesse tutelato dalla norma.

⁵⁷² V. ID., *loc. ult. cit.*; L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 132. Di contro, però, v. P. LAMBRINI, *La novazione. Lineamenti romanistici e dottrine attuali*, Padova, 2006, 119 s.

Peraltro, avverte Cass., 16 dicembre 1988, n. 6844, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1138, in *Vita notar.*, 1988, 1196, l'esonero dall'obbligo di contribuire alle spese di conservazione, a cui il condomino sarebbe tenuto avrebbe anch'essa efficacia reale se contenuta nel regolamento c.d. contrattuale e sarebbe, peraltro, opponibile dai successori a titolo universale.

⁵⁷³ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 132 s.; v anche C. BONOMONTE, *Obbligazioni*, cit., 372, per la quale la novazione oggettiva è sempre ammissibile a condizione che il titolo resti sempre collegato al diritto reale.

⁵⁷⁴ V. A. FUSARO, *Obbligazione «propter rem»*, cit., 394.

prima persona per l'esecuzione di opere urgenti concernenti le cose comuni (*ex art. 1134 c.c.*); per contro tale eccezione non potrebbe essere mossa al fine di estinguere l'obbligo di contribuire alle spese di conservazione o di miglior godimento della *res* a cui il condomino è tenuto *ex art. 1104 c.c.*⁵⁷⁵.

Viceversa, un discorso analogo non potrebbe essere svolto per l'onere reale in virtù dell'infungibilità della prestazione che generalmente accompagna tale figura. Basti pensare agli obblighi di *facere* dedotti in un o.r.: per esempio quello di eseguire opere di bonifica, per il quale sembra difficile ipotizzare una compensazione con un credito che il privato vanta nei confronti della P.A. Al più sarebbe plausibile in quei casi (al pari di quanto accade nell'ipotesi più volte ricordata del codice dell'ambiente) in cui l'onere è rappresentato non da un'attività di bonifica bensì dall'obbligo di rimborsare l'Ente che ha bonificato per conto del proprietario. In definitiva, con riferimento all'onere, sembra possibile parlare di compensazione solo ove la prestazione consista nel pagamento di una certa somma di denaro.

Quanto alla confusione (artt. 1253 ss., c.c.) è necessario un chiarimento. Pare improprio parlarne con riferimento ad oneri od obbligazioni reali, almeno avendo riguardo agli *iura in re aliena*. Il meccanismo previsto dal legislatore prevede che l'obbligazione si estingua per confusione quando «la qualità di creditore e debitore si riuniscono nella stessa persona». Tale fattispecie non sembra quindi realizzabile per i diritti reali di godimento, dove l'obbligazione si estingue come conseguenza dell'estinzione del diritto reale per consolidazione o confusione, ossia quando il debitore succede nella posizione vantata dal creditore e non quando il credito viene acquistato dal debitore o viceversa⁵⁷⁶. Detto altrimenti, se il titolare del fondo servente o l'usufruttuario acquistassero rispettivamente la proprietà del fondo dominante o la

⁵⁷⁵ V. L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 134, per la quale è ugualmente ammissibile il caso dell'obligato che oppone, al vicino che pretende il pagamento del contributo per la costruzione del muro di cinta, il proprio credito al risarcimento del danno provato da fatto illecito dello stesso vicino.

Restando in tema di eccezioni, sebbene si tenda a negare l'operatività dell'art. 1460 c.c. al di fuori della materia contrattuale, qualche perplessità potrebbe sorgere in merito all'ammissibilità dell'eccezione *inadimplenti non est adimplendum*. La parte di un contratto a prestazioni corrispettive, che riveste contestualmente il ruolo di debitore e creditore, potrebbe paralizzare l'altrui pretesa in caso di inadempimento di questi. Occorre segnalare che la Suprema Corte oggi estende l'applicazione del principio *ex art. 1460 c.c.* al di fuori del rapporto di corrispettività sino a quello di interdipendenza: si pensi a Cass., 5 giugno 1984, n. 3397 in *Giust. civ.*, 1984, I, 3331, che ha stabilito l'applicazione dell'art. 1460 al caso in cui vi siano due obbligazioni, ognuna con una propria causa e individualità, che siano tuttavia tra loro collegate in modo che le vicende dell'una si ripercuotono su quelle dell'altra. Non sono mancate applicazioni di questo principio in ambito condominiale, con riguardo ai contributi condominiali per l'erogazione di un servizio ed in particolare le spese di riscaldamento di cui un condomino non usufruisce: Cass., 28 ottobre 1993, n. 10723, in *Arch. loc.*, 1994, 72; oppure Cass., 6 agosto 1983, n. 5276, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, VIII; Cass., 9 febbraio 1962, n. 286, in *Foro it.*, 1962, I, 1321. Di contro v. Cass., 15 dicembre 1993, n. 12420, in *Arch. Loc.* 1994, 796; Cass., 16 aprile 1994, n. 3600, in *Giust. civ.*, I, 516.

In dottrina A. FUSARO, *Obbligazione*, cit., 394, lamenta come il problema dell'applicazione dell'istituto della compensazione al tema delle obbligazioni *ob rem* sia stato sottovalutato dagli interpreti.

⁵⁷⁶ Cfr. C. CICERO, *Confusione*, in *Il codice civile. Commentario* P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), Milano, 2012, 96 s. L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 133. Sminuisce invece la portata del problema C. BONOMONTE, *op. ult. cit.*, 372.

nuda proprietà, l'obbligazione *propter rem* (opere di conservazione, pagamento dei carichi annuali, e così via) verrebbe meno, non perché si sono «riunite le qualità di debitore e di creditore, quanto perché, acquistando la proprietà del fondo dominante» sono venuti meno il diritto e l'obbligo ad esso connesso. Per converso, se il proprietario, che chiede al vicino di contribuire alle spese di costruzione del muro di cinta (art. 886 c.c.), ne acquistasse il fondo, l'obbligazione si estinguerebbe per confusione, in quanto l'acquisto della proprietà altrui coinciderebbe con l'acquisto della posizione debitoria⁵⁷⁷.

Qualche perplessità desta invece la possibilità di estinguere l'onere reale per confusione. I casi tipici analizzati⁵⁷⁸ sembrano sempre sottendere ad una prestazione volta a soddisfare un interesse o un'esigenza pubblica, pertanto sembra difficile che un privato possa subentrare nella posizione creditoria estinguendo il proprio onere. Ad esempio, pare difficilmente ipotizzabile che il proprietario non sia più tenuto a bonificare l'area o a pagare i contributi alla P.A. che abbia eseguito in sua vece la bonifica.

Non sembra possibile che la prestazione si estingua per impossibilità sopravvenuta *ex art. 1256 ss., c.c.*, attesa la fungibilità delle prestazioni dedotte in un rapporto obbligatorio reale, che normalmente si concretizzano nella dazione di una somma di denaro o in una prestazione di “fare” comunque sostituibile⁵⁷⁹. Esiste, tuttavia, una clausola di salvezza relativa a quelle prestazioni di carattere infungibile che potrebbero

⁵⁷⁷ Cfr. ID., *loc. ult. cit.*, per la quale la proprietà si estingue e viene meno la *causa obligandi* poiché l'acquisto funge da mezzo attraverso cui riunire le due qualità (debitore e creditore) in uno stesso soggetto.

⁵⁷⁸ V. *retro* Cap. II, *passim*.

⁵⁷⁹ *Contra* G. GANDOLFI, voce *Obbligazione*, cit., 6 s. La dottrina è stata poco attenta al tema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Ne ha parlato G. BRANCA, *Delle servitù*, 71 e nota 1, in relazione alla servitù; oppure A. BURDESE, voce *Servitù coattive*, in *Noviss. Dig. (disc. Privatistiche)*, XVII, Torino, 1970, 145 nota 2, che, criticando l'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza nell'applicazione di tale rimedio sinallagmatico, ha ritenuto ammissibile tale ipotesi di risoluzione ove si ammettesse la legittimità delle obbligazioni reali atipiche. V. A. FUSARO, *Obbligazione*, cit., 394, che pur sottolineando come la dottrina abbia sottovalutato il tema, rileva come la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile l'istituto in virtù del principio *rebus sic stantibus*: l'impossibilità sopravvenuta sarebbe ammissibile per ogni rapporto ancorché la natura non coincida perfettamente con quella obbligatoria. La giurisprudenza ha dapprima tentato di restringere l'utilizzo di tale rimedio contrattuale solo all'onere reale: v. Cass., 11 novembre 1986, n. 6584, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 677, in *Foro it.*, 1987, II, 1, 2177, in relazione ad un vincolo imposto sopra un locale condominiale di essere adibito ad abitazione del portiere, la Suprema Corte ammetteva la risoluzione del contratto in virtù del principio *rebus sic stantibus*. Inoltre, App. Genova, 4 ottobre 1989, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 24, che ha qualificato come onere reale il vincolo contrattuale che imponeva di conservare l'originaria destinazione di alloggio del portiere per un appartamento, e ha ritenuto tale onere soggetto a prescrizione estintiva per mancato esercizio. La soluzione, in realtà, è risultata poco gratificante in dottrina, in quanto ha mancato l'occasione di chiarire l'esatta natura del vincolo: sul punto v. T. MASSA, *Di presupposizione, oneri reali e corrispettivi*, in *Foro it.*, 1987, I, 1, 2180; M. COSTANZA, *Oneri reali e adeguatezza del corrispettivo*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1500; G. C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Artt. 1467-1469, in *Il codice civile. Commentario* P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1995, 74 ss. Inoltre, da lì a poco lo stesso obbligo è stata ricondotto dalla giurisprudenza ad un'obbligazione reale: v. *ex plurimis* Cass., 25 marzo 2005, n. 6474, in *Dir. e giust.*, 2005, 24, 28; Cass., 1 aprile 2003, n. 4905, cit.; Cass., 27 marzo 2001, n. 4435, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 598; Cass., 24 ottobre 1995, n. 11068, in *Foro it.*, 1996, I, 3456.

caratterizzare un'obbligazione reale atipica (ove ne si accetti l'ammissibilità) oppure gli oneri reali di antica costituzione: per esempio, la dazione dei frutti del fondo che verrebbe meno ove il fondo stesso perisse. Resta inteso inoltre che ove fosse ritenuto ammissibile, l'istituto dovrà distinguersi tra impossibilità della singola prestazione e dell'intero rapporto, poiché nel primo caso l'obbligo continuerebbe ad esistere per le prestazioni successive.

Tra le cause di estinzione occorre annoverare anche la prescrizione. L'art. 2934 c.c. disciplina l'estinzione del diritto in caso di mancato esercizio nel tempo indicato dalla legge, purché la prestazione sia già esigibile⁵⁸⁰. Anche il diritto di credito reale, nascente da un rapporto obbligatorio (appunto) reale, dunque si estingue per prescrizione. Occorre anche qui distinguere tra prescrizione del diritto e quella dell'intero rapporto⁵⁸¹. Il decorso del termine decennale (art. 2946 c.c.) invero comporterebbe l'estinzione della singola prestazione, ma non anche quella del rapporto, a meno che questo non si risolva in una prestazione ad esecuzione istantanea⁵⁸². Occorre altresì distinguere tra prescrizione del diritto di credito e quella del diritto reale a cui o.r. e o. p. r. sono connessi: l'estinzione della servitù per non uso ventennale ai sensi dell'art. 1073 c.c. determina il venire meno anche degli obblighi accessori ad essa o quelli di conservazione⁵⁸³.

Le obbligazioni *propter rem* e gli oneri reali possono venire meno con l'estinzione del diritto reale a cui sono connessi. In tal senso, le modalità di estinzione potrebbero variare in corrispondenza del diverso *ius in re*. E così, oltre alla consolidazione, alla confusione ed alla prescrizione per cui già si detto, costituiscono cause generali di estinzione la scadenza del termine di durata per il diritto reale minore (artt. 953, 958 e

⁵⁸⁰ Così L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 280 e G. GANDOLFI, voce *Obbligazione*, cit., 6.

⁵⁸¹ V. Trib. Torino, 17 dicembre 1979, cit., che in relazione alla prescrizione dell'obbligo accessorio *ex art. 1030* ha stabilito: «le prestazioni accessorie [...] non essendo comprese nel contenuto della servitù ma oggetto di un autonomo rapporto obbligatorio seguono la normativa di quest'ultimo, ivi compresa la disciplina delle cause di estinzione». Pertanto, se un soggetto omette di adempiere la prestazione del rapporto reale, l'azione di risarcimento si prescrive in dieci anni. V. anche B. BIONDI, *Servitù*, cit., 713.

⁵⁸² La dottrina circoscrive la prescrizione alle sole prestazioni divenute esigibili: v. ad esempio, A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1635.

⁵⁸³ La giurisprudenza ha operato un'ulteriore distinzione avendo riguardo del diritto al risarcimento del danno causato da inadempimento di un'obbligazione reale. V. Cass., 16 agosto 1990, n. 8313, in *Giur. agr. it.*, 1991, 29, che ha stabilito come il titolare del fondo servente, che omette di eseguire la prestazione accessoria necessaria per esercitare la servitù, sia responsabile non di un fatto illecito ma di una prestazione accessoria di carattere obbligatorio, pertanto soggetta al termine di prescrizione decennale e non a quello previsto *ex art. 2947 c.c.*

Viceversa, è stato considerata imprescrittibile l'azione promossa dai comproprietari di un cortile che lamentavano la violazione dello spazio comune, attesa la natura reale del vincolo in questione, paragonato ad una servitù reciproca (Cass., 4 febbraio 2004, n. 2106, in *Arch. Loc.*, 2004, 370 e 580); così pure è stato considerato imprescrittibile il diritto del condomino di pretendere che i panni non vengano sciorinati dalla finestra se ciò è previsto dal regolamento condominiale, mentre è prescrivibile l'azione al risarcimento danni (Cass., 16 ottobre 1999, n. 11692; Cass., 13 agosto 2004, n. 15763); sempre prescrivibile è stata altresì considerata l'azione risarcitoria in caso di danno arrecato dalla costruzione di un soppalco in spregio delle norme antisismiche, ma non altrettanto prescrivibile è stato ritenuto il diritto alla riduzione in pristino dell'opera che viola la norma civilistica o regolamentare (Cass., 20 novembre 2007, n. 24141, in *Immobili e propr.*, 2008, 249).

979 c.c.)⁵⁸⁴ e il perimento del fondo (artt. 954, comma 3, e 1016 c.c.), nonché le modalità di estinzione specifiche dei singoli diritti: si pensi alla devoluzione per l'enfiteusi⁵⁸⁵ ai sensi dell'art. 972 c.c., oppure alla decadenza dell'usufruttuario per abusi, ai sensi dell'art. 1051, comma 2, c.c.

La liberazione del debitore, tuttavia, non determina sempre l'estinzione del rapporto. Se ciò è vero con riguardo agli o.r., non sempre si attaglia per le *obligationes*, per cui in linea generale liberazione del debitore ed estinzione del rapporto coincidono⁵⁸⁶. In ordine agli oneri reali si pensi all'enfiteusi, che potrebbe venire meno per prescrizione, scadenza del termine o devoluzione, senza liberare il proprietario che resterebbe comunque obbligato con l'estinzione del diritto reale minore. In ordine alle obbligazioni reali si pensi alla prescrizione, scadenza del termine o estinzione per confusione della servitù, che determina pure l'estinzione dell'obbligazione reale⁵⁸⁷.

4.1. La rinuncia e l'abbandono liberatorio.

Data la peculiarità di o.r. e o. *p. r.*, che costituiscono rapporti obbligatori connessi alla titolarità di un diritto reale – seppure con caratteristiche differenti –, occorre avere riguardo di due ulteriori ipotesi di estinzione: la rinuncia abdicativa e l'abbandono liberatorio del bene.

La rinuncia abdicativa rientra tra i modi di estinzione di qualsiasi diritto soggettivo, pertanto anche della proprietà e dei diritti reali di godimento⁵⁸⁸. L'istituto, benché non venga disciplinato dal codice, può comunque desumersi dai principi generali del nostro ordinamento, quale negozio unilaterale volto a liberare il soggetto dagli obblighi futuri connessi alla titolarità del diritto, ma non anche dalle obbligazioni già scadute o comunque esigibili, per le quali resterebbe personalmente responsabile (a differenza di quanto accade per l'abbandono liberatorio: v. *infra*).

Tale negozio viene considerato di natura non recettizia. Pertanto, perché possa produrre i propri effetti è sufficiente che la volontà abdicativa venga esteriorizzata (anche tacitamente) in modo inequivoco, senza che occorra portarla a conoscenza di alcuno⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ In realtà il termine di durata non dovrebbe interessare solo l'enfiteusi, la superficie e l'usufrutto ma anche la proprietà.

⁵⁸⁵ Non assume rilevanza autonoma nel senso toccato *supra* l'affrancazione, che rientra tra le ipotesi di consolidazione determinando un acquisto della proprietà da parte dell'enfiteuta. Sul punto v. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 135 s. e L. MANNA, *op. ult. cit.*, 286.

⁵⁸⁶ Di contro v. C. BONOMONTE, *Obbligazioni*, cit., 372.

⁵⁸⁷ Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 194 ss.; G. GROSSO - G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 993.

⁵⁸⁸ A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1140 ss.

⁵⁸⁹ L'orientamento prevalente considera la rinuncia come atto non recettizio: v. *ex multis* Cass., 23 luglio 1997, n. 6872, in *Mass. giust. civ.*, 1997, 1254; Cass., 21 febbraio 1995, n. 1882, *ivi*, 1995, 397; Cass., 20 dicembre 1974, n. 4382, *ivi*, 1974, XII.

L'effetto della rinuncia sarebbe quello di far acquistare la proprietà al patrimonio disponibile dello Stato se il bene è immobile, di ridurlo a *res nullius* suscettibile di occupazione se il bene è mobile (artt. 827 e 923 c.c.)⁵⁹⁰.

Gli effetti della rinuncia, per intuitive ragioni, si ripercuotono su o.r. ed o. *p. r.* vista la stretta connessione del diritto alla *res*. Tuttavia, vi è una profonda differenza tra gli effetti della rinuncia alla proprietà e quelli dei diritti reali di godimento. In quest'ultimo caso la rinuncia abdicativa determinerebbe una riespansione del dominio, sicché a quel punto sarebbe (*rectius* tornerebbe) il proprietario ad essere obbligato. Si pensi all'enfiteusi, per cui «le imposte e gli altri pesi che gravano sul fondo sono a carico dell'enfiteuta» ex art. 964 c.c. Così, la rinuncia dell'enfiteuta onerato dal dovere di bonificare e/o migliorare il fondo, non estinguerebbe l'onere, che per contro si trasferirebbe sul proprietario originario, in virtù del fatto che il dominio riacquisterebbe l'espansione originaria. Analogamente, la rinuncia al diritto dell'enfiteuta che esercita il proprio diritto sul fondo servente non libererebbe il proprietario originario dall'obbligazione (reale) di eseguire le opere di conservazione per il fondo dominante⁵⁹¹. Lo stesso sarebbe a dirsi nell'ipotesi di comunione: la rinuncia di uno dei comunisti non comporterebbe l'estinzione dell'obbligo di contribuire alle spese di conservazione che, da lì in avanti, cadrebbe proporzionalmente sugli altri contitolari⁵⁹².

Forse l'unica eccezione al principio appena enunciato riguardo ai diritti reali di godimento potrebbe essere rappresentata dalla rinuncia del titolare del fondo servente che, rinunciando al proprio diritto, ne determinerebbe l'estinzione congiuntamente a quella del rapporto obbligatorio reale. Del resto nel caso di specie, è vero che sarebbe ravvisabile una rinuncia al diritto reale di godimento, ma in realtà ciò rappresenterebbe solo il *posterius* di una rinuncia alla proprietà del fondo servente, da cui appunto deriverebbero le conseguenze appena indicate.

⁵⁹⁰ Cfr. A NATUCCI, *Le servitù*, in P. GALLO - A. NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), VII, 2, Torino, 2002, 145 s.

⁵⁹¹ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 137 ss., che, in ordine all'obbligazione *ob rem*, ritiene l'assunto valido anche là dove la servitù sia stata costituita dall'enfiteuta, visto che l'art. 1077 c.c. non contempla tra le cause di estinzione della servitù costituita dall'enfiteuta pure la rinuncia.

⁵⁹² V. Cass., 9 novembre 2009, n. 23691, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 6, 579, con nota di I. L. NOCERA, *Effetti della rinuncia della quota del bene in comunione ordinaria: negozio abdicativo causalmente autonomo o donazione indiretta?*, per cui la rinuncia abdicativa, determinando un accrescimento, avrebbe una funzione soddisfattiva liberatoria, con la conseguenza di trasmettere le obbligazioni reali a carico degli altri partecipanti.

La questione però è stata a lungo dibattuta da chi ha ritenuto che, nel caso di specie (come in quelli di condominio e usufrutto), non dovrebbe parlarsi tanto di rinuncia quanto di donazione indiretta, poiché si assisterebbe ad un vero e proprio accrescimento. In tal senso Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, *Mass. giust. civ.*, 1974, 700, per la quale la rinuncia potrebbe costituire donazione ove vi sia tra le due un «flusso di causalità diretta»; App. Milano, 16 luglio 1951, in *Foro pad.*, 1951, I, 1237, per cui la rinuncia può costituire donazione anche ove non sia indicato uno specifico beneficiario e senza necessità di manifestare l'*animus donandi*; Cass., 13 dicembre 1997, n. 13117, in *Notar.*, 1998, 5, 407, con nota di R. TORDIGLIONE, *Rinuncia all'usufrutto e donazione indiretta*, che ha ribadito come la rinuncia all'usufrutto rappresenti una donazione anche in mancanza della forma richiesta *ex lege* e senza accettazione del nudo proprietario.

La rinuncia alla proprietà merita una diversa analisi, poiché nel rapporto obbligatorio subentrerebbe lo Stato o un altro ente pubblico⁵⁹³. Il proprietario di un fondo, facente parte di un consorzio di miglioramento e/o di bonifica, che dovesse rinunciare al proprio diritto, fa sì che lo Stato subentri automaticamente nel rapporto⁵⁹⁴. Al contempo, la rinuncia del proprietario del fondo servente⁵⁹⁵ – come anticipato poc’anzi – determina che siano lo Stato o l’Ente pubblico i nuovi soggetti obbligati all’esecuzione delle opere di conservazione⁵⁹⁶.

L’abbandono liberatorio, rispetto alla rinuncia abdicativa, rappresenta un diverso modo di estinzione del diritto reale, in quanto – diversamente dalla rinuncia – non permetterebbe al debitore di liberarsi solo dei debiti futuri (cioè non ancora esigibili), ma anche di quelli già scaduti⁵⁹⁷.

Preliminarmente⁵⁹⁸ occorre rilevare che la dottrina si è posta due interrogativi: uno riguardante l’ammissibilità di tale strumento sia per le obbligazioni sia per gli oneri reali, dal momento che le uniche norme che disciplinano l’abbandono nel nostro ordinamento si riferiscono ad ipotesi di *obligationes* ritenute tipiche; l’altro relativo al carattere di specialità delle norme che disciplinano l’abbandono con riferimento ai casi considerati tipici, poiché, ove tali norme fossero espressione di un principio generale presente nel nostro ordinamento, sarebbero di conseguenza applicabili ad ogni rapporto obbligatorio *propter rem*⁵⁹⁹.

In ordine al primo interrogativo si scontrano due orientamenti. Secondo quello maggioritario e più risalente l’abbandono interverrebbe per l’o.r. e per l’o. p. r. ma in modo diverso, perché in quest’ultimo caso l’abbandono consentirebbe al titolare del diritto di liberarsi sia delle prestazioni dovute e già scadute sia di quelle che scadranno

⁵⁹³ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 137 ss. Inoltre G. BALBI, voce *cit.*, 672, ritiene come non si possa obbligare lo Stato ad assumere l’obbligazione *ob rem*, pertanto quest’ultimo, al pari di qualsiasi altro debitore, potrà sempre abbandonare il bene in favore del creditore.

⁵⁹⁴ Sul punto sarebbe in realtà preferibile l’utilizzo del condizionale, perché si rende necessario comprendere se sia davvero lo Stato o altro Ente Pubblico, nuovo titolare del diritto rinunciato, subentri o meno in automatico – cioè per il solo effetto della rinuncia – nel rapporto.

Discorso diverso potrebbe svolgersi con riguardo agli oneri di antica costituzione, per i quali potrebbe sorgere il dubbio che l’acquisto a titolo originario, operato in seguito alla rinuncia, interrompa il trasferimento di un vincolo (ritenuto) ormai “vetusto”.

⁵⁹⁵ Da non confondere con la rinuncia del titolare del fondo dominante che determina una mera modificazione soggettiva dal lato attivo del rapporto.

⁵⁹⁶ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 138 s., ritiene che non vi siano controindicazioni al fatto che lo Stato subentri *latere debitoris* in un rapporto obbligatorio trovante la propria origine in una convenzione pattizia, da cui potrebbe sempre liberarsi con l’abbandono *ex art. 1070 c.c.*

⁵⁹⁷ Cfr. C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 137 e nota 38, il quale segnala le norme sull’esonero del comproprietario del muro comune: oltre all’art. 1070 c.c., che consente al proprietario del fondo servente di liberarsi dalle spese di conservazione e necessarie all’uso del fondo dominante, vi sarebbe l’art. 882, comma 2, c.c., che disciplina l’esonero del comproprietario del muro comune dall’obbligo di contribuire alle spese di riparazione e ricostruzione.

⁵⁹⁸ Il tema dell’abbandono non può che essere analizzato congiuntamente alla rinuncia abdicativa in ragione delle similitudini che contraddistinguono le due fattispecie.

⁵⁹⁹ Lo esclude G. GANDOLFI, voce *Obbligazione*, cit., 6, affermando che la natura obbligatoria del rapporto non consente di estendere l’applicazione dell’abbandono a tutte le ipotesi di obbligazioni reali, in virtù dell’adagio «*ubi lex voluit dixit*».

in futuro; viceversa per l'onere l'abbandono opererebbe solo in funzione di garanzia: il nuovo onerato, ove il suo predecessore (ossia colui dal quale il primo ha acquistato) non abbia eseguito le prestazioni dedotte nell'onere, potrebbe liberarsi dell'obbligo abbandonando il fondo in favore del creditore, ma non potrebbe liberarsi di quelle prestazioni divenute esigibili mentre era titolare del diritto a cui l'onere è connesso, per le quali continuerebbe a rispondere, sia con il bene gravato sia personalmente *ex art. 2740 c.c. per il supero* (la parte eccedente il valore del bene)⁶⁰⁰.

Tale soluzione è stata avversata dalla dottrina che ha negato l'ammissibilità di una simile conclusione, assumendo che nel nostro ordinamento non vi sarebbe «alcuna norma, che possa in qualche modo riguardare gli oneri reali, dalla quale trarre argomento per constatare l'utilizzabilità del mezzo in questione rispetto a tali rapporti»⁶⁰¹. Sicché il fenomeno dell'abbandono liberatorio dovrebbe esaurire la propria portata in relazione alle sole *obligationes*⁶⁰².

All'abbandono liberatorio – venendo così al secondo interrogativo – alludeva testualmente l'art. 643 del codice civile del 1865⁶⁰³, là dove si stabiliva che «quando pure il proprietario del fondo servente fosse tenuto in forza del titolo alle spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, può sempre liberarsene, abbandonando il fondo servente al proprietario del fondo dominante».

Oggi all'abbandono si riferisce testualmente la rubrica dell'art. 1070 c.c.: «abbandono del fondo servente». Tuttavia, occorre rilevare come nel corpo normativo non vi sia alcun riferimento esplicito all'abbandono. La norma, per contro, si limita a stabilire che il titolare del fondo servente può liberarsi dall'obbligo (reale) di sostenere le spese necessarie per l'uso o la conservazione della servitù «rinunziando alla proprietà del fondo servente a favore del proprietario del fondo dominante»⁶⁰⁴.

La “rinuncia” di cui all'art. 1070 non dovrebbe confondersi con la c.d. rinuncia abdicativa, perché gli istituti, pur essendo entrambi atti negoziali, avrebbero caratteristiche differenti⁶⁰⁵. In primo luogo, secondo la comune interpretazione, l'abbandono opererebbe a favore del creditore della prestazione e non dello Stato; in secondo luogo, libererebbe l'obligato delle prestazioni già esigibili (e scadute) e non solo di quelle future⁶⁰⁶; in terzo luogo, l'atto negoziale di rinuncia richiederebbe

⁶⁰⁰ Cfr. G. BALBI, voce *cit.*, 668; G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 127; quest'ultimo A., tuttavia, sembra mutare successivamente opinione ammettendo che l'istituto dell'abbandono liberatorio sia comune ad obbligazioni *ob rem* e oneri reali: ID., voce *Obbligazione*, cit., 6.

⁶⁰¹ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 140.

⁶⁰² Cfr. M. RINALDO, voce *Obbligazione propter rem*, cit., 415 s.

⁶⁰³ A sua volta tale norma era ispirata dall'art. 699 code Napoléon.

⁶⁰⁴ Per L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 289, il riferimento al termine “rinuncia”, piuttosto che a quello di “abbandono”, servirebbe ad evidenziare che «l'abbandono liberatorio non può consistere in una mera *derelectio* del bene».

⁶⁰⁵ L'abbandono *de quo* non andrebbe confuso nemmeno con la *derelectio* del bene, da cui dovrebbe solo conseguire la perdita di possesso ove venga ravvisato un *animus derelinquendi*.

⁶⁰⁶ Cfr. A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., 146 s. In particolare per G. BALBI, voce *cit.*, 674, la posizione dell'obligato *ob rem* che abbandona la *res* deve distinguersi da quella del terzo acquirente del ben

solamente un *animus derelinquendi* – ossia la volontà di dismettere il bene oggetto del diritto reale –, indipendentemente dall’acquisto da parte di terzi, mentre nell’abbandono la volontà di rinunciare dovrebbe essere accompagnata dall’intenzione di far acquistare il diritto dal creditore che potrebbe sempre rifiutare l’acquisto⁶⁰⁷.

In particolare, in dottrina si è ritenuto che per il caso in esame dovrebbe parlarsi di “rinuncia traslativa”: «nonostante i termini adoperati, l’art. 1070 non disciplina affatto un caso di rinuncia (pura e semplice o abdicativa), ma un’ipotesi di cessione, o trasferimento della proprietà a favore del proprietario del fondo dominante»⁶⁰⁸.

Tuttavia, la conclusione per cui l’abbandono dovrebbe dar vita ad un atto con efficacia immediatamente liberatoria (dagli obblighi) non è sempre stata accolta unitariamente dagli interpreti⁶⁰⁹. Se da un lato si è ritenuto che l’abbandono abbia efficacia immediatamente liberatoria, dall’altro si è affermato che il debitore continuerà ad essere tale fintantoché conserverà la proprietà del bene⁶¹⁰. Proprietà del fondo servente che, per qualcuno, si perde all’atto stesso del abbandono, senza che il fondo diventi *nullius ex art. 827 c.c.*; che, per qualcun altro, verrebbe acquistata direttamente dal titolare del fondo dominante, salvo sua espressa rinuncia; che per qualcun altro ancora, dovrebbe considerarsi al pari di una proposta contrattuale di alienazione del dominio che, mediante l’accettazione da parte del titolare del fondo dominante, trasferirebbe a quest’ultimo *ex contractu* la proprietà del fondo servente, e che trasferirebbe il bene allo Stato in mancanza di accettazione⁶¹¹.

Un’interprete non ha mancato di sottolineare come l’abbandono liberatorio costituisca un negozio unilaterale a efficacia reale sostitutivo dell’adempimento. In tal senso apparirebbe evidente il parallelismo con la *datio in solutum*⁶¹²: il proprietario del

ipotecato che lo rilasci in favore dei creditori iscritti *ex artt. 2878 ss.*: questi non è debitore verso i creditori iscritti, e grazie al suo abbandono acquista diritti nei confronti del debitore originario.

⁶⁰⁷ V. F. ROLFI, *Sulla tipicità*, cit., 562.

⁶⁰⁸ Il compito di determinare quale significato attribuire alla rinuncia operata dal proprietario, nel silenzio del legislatore, spetta all’interprete. Concludono per un acquisto immediato da parte del proprietario del fondo dominante C. MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, M. D’AMELIO (diretto da), Firenze, 1943, 110 ss.

Anche la giurisprudenza ha posto l’accento sulla necessità di un’attenta opera interpretativa: v. Trib. Napoli, 121 novembre 1986, in *Dir. e giust.*, 1987, 721, che ha stabilito come la clausola convenzionale tramite cui il proprietario di un terreno dichiarava di abbandonare il terreno ai sensi dell’art. 1070, debba reputarsi vero e proprio “abbandono liberatorio”, nonostante le parti avessero optato per un regime convenzionale con cui l’altra parte dichiarava di accettare l’abbandono.

⁶⁰⁹ Ad esempio, L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 145 e 149, considera la rinuncia traslativa un «nonsenso», ritenendo inconcepibile un trasferimento unilaterale della proprietà ed intangibile la sfera patrimoniale del terzo, e affermando che l’unica rinuncia ammissibile sia quella abdicativa. Analogamente G. BALBI, voce *cit.*, 673.

Contro tale impostazione v. F. ROLFI, *Sulla tipicità*, cit., 556 ss., che evidenzia l’esistenza di precetti quali gli artt. 1333 e 1411 c.c.; C. BONOMONTE, *Obbligazioni*, cit., 372 s.

⁶¹⁰ Cfr. G. DEIANA, voce *Abbandono* (*‘derelictio’*) (*diritto civile*), in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 10; E. FAVARA, voce *Abbandono del fondo*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1, Torino, 1958, 8 ss.

⁶¹¹ V. F. MESSINEO, *Note sulla rinuncia del fondo servente a scopo liberatorio*, in *Studi in onore di A. Scalaja*, III, Bologna, 1953, 295 ss.; G. BRANCA, *Delle servitù*, cit., 401; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 478, s.

⁶¹² Espressamente G. BALBI, voce *cit.*, 673.

fondo servente, a prescindere dalla volontà creditoria, si libererebbe da un'obbligazione facoltativa prevista *ex lege*, il cui oggetto è rappresentato dalle prestazioni poste a suo carico⁶¹³. Secondo tale impostazione, l'effetto di liberare il debitore di tutte le spese ed opere necessarie alla conservazione della servitù sarebbe proprio della sola rinuncia *ex art. 1070*, ma non anche di quella rinuncia alla proprietà intesa *strictu sensu*, che avrebbe effetto solo per il futuro e non per le prestazioni già maturate, per cui il titolare del fondo servente continuerebbe a rispondere personalmente. Peraltro, l'effetto liberatorio conseguirebbe dall'atto di abbandono, in quanto il creditore potrebbe solo incidere sulle sorti della proprietà decidendo di appropriarsene (ove non accadesse questo entrerebbe a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato), senza però poter impedire che il debitore si sottragga dall'obbligo e che l'obbligazione si estingua⁶¹⁴. Detto altrimenti, l'abbandono non dovrebbe produrre un effetto traslativo immediato – posto il diritto del creditore (che comunque non otterrà l'adempimento dopo che sia stata esercitata la rinuncia) di scegliere se appropriarsi o meno del bene – ma dovrebbe essere subordinato all'appropriazione del bene o all'accettazione da parte del titolare del fondo dominante, a seconda che l'abbandono sia considerato come negozio unilaterale o come proposta di contratto⁶¹⁵.

Le soluzioni poc'anzi evidenziate non sono sembrate soddisfacenti. In verità, alla base dell'art. 1070 dovrebbero individuarsi due distinte esigenze. La prima, il proprietario del fondo dominante non può essere costretto ad acquistare il fondo servente contro la propria volontà. La seconda, la librazione dell'obbligato – ammessa *ex lege* – non si può far dipendere dal consenso del creditore. Proprio in virtù di tali esigenze (apparentemente contraddittorie), l'abbandono liberatorio dovrebbe essere ricondotto allo schema del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333 c.c.): la rinuncia *ex art. 1070* (*rectius* l'abbandono) del titolare del fondo servente dovrebbe considerarsi alla stregua di una proposta contrattuale essendo indirizzata al titolare del fondo dominante; una volta giunta a conoscenza del creditore dovrebbe considerarsi irrevocabile. Il creditore, accettando la proposta e divenendo così proprietario, farà venir meno gli obblighi accessori, che si estingueranno per confusione (anzi, si estingueranno come conseguenza dell'estinzione del diritto). Analogamente accadrebbe però in caso di rinuncia del creditore⁶¹⁶.

⁶¹³ È l'impostazione di L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 147 ss. a cui si rinvia.

⁶¹⁴ L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 147 ss., per la quale dovrebbe parlarsi di negozio unilaterale oneroso, visto che un sacrificio, quale la rinuncia alla proprietà, viene compensato da un vantaggio patrimoniale (liberazione dall'obbligazione). Per analoghe considerazioni v. G. BALBI, voce *cit.*, 673.

⁶¹⁵ *ID.*, *loc. ult. cit.*

⁶¹⁶ Così conclude A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., 148 s.

Un ulteriore dibattito ha interessato la natura recettizia dell'abbandono liberatorio e il tempo in cui questo debba essere realizzato⁶¹⁷. La recettività, secondo alcuni, l'abbandono è immediatamente efficace non appena il creditore – per il quale resta ferma la possibilità di rifiuto – abbia avuto conoscenza della dichiarazione del debitore⁶¹⁸; secondo altri, l'abbandono avrebbe sì effetto traslativo ma non recettizio, che pertanto opererebbe *ipso iure*. Sarebbe inoltre sottoposto a particolari requisiti formali ed alla trascrizione, sicché chi intende abbandonare il fondo dovrebbe trascrivere la rinuncia abdicativa *ex art. 2643, n. 5, c.c.*, oppure la domanda giudiziale e successivamente la sentenza *ex art. 2651 c.c.*⁶¹⁹.

Quanto al tempo dell'abbandono, sebbene la norma lasci intendere che l'abbandono possa avvenire in qualsiasi momento, si è posto il problema di determinare se ciò possa accadere solo prima che la prestazione sia divenuta esigibile o anche successivamente: ad esempio una volta intervenuta una sentenza di condanna o iniziata una procedura esecutiva⁶²⁰. La risposta al quesito dipende dalla diversa struttura giuridica assegnata all'abbandono: ove sia stato considerato come *facultas solutionis* il termine per abbandonare il bene dovrebbe coincidere con quello entro cui questi può scegliere tra adempiere o liberarsi, ossia sino a quando la prestazione è esigibile. Detto altrimenti, dovrebbe essere inammissibile l'abbandono tardivo, successivo ad una sentenza di condanna o all'inizio dell'azione esecutiva⁶²¹.

Viceversa, sembrano diverse le conclusioni nell'ipotesi in cui l'abbandono fosse inquadrato come proposta: dovendo quest'ultima essere accettata dal creditore e dipendendo dunque dall'accordo tra le parti, sembra ammissibile sostenere che il debitore possa abbandonare il bene anche quando la prestazione sia già divenuta inesigibile.

La dottrina – come accennato nel capitolo I – si è interrogata circa la possibilità di estendere le considerazioni svolte per l'art. 1070 c.c. anche in favore di altre norme, nelle quali si prevede la facoltà per l'obligato *ob rem* di liberarsi rinunciando o cedendo al/il diritto a cui l'obbligo è connesso. Ad esempio, per l'art. 888 c.c. che

⁶¹⁷ M. RINALDO, voce *Obbligazione propter rem*, cit., 415, rileva un'ulteriore problema relativo alla forma dell'abbandono, che varierebbe a seconda che si tratti di o.r. (ove si accettasse l'applicazione dell'istituto a tal figura) o di o. p.r.: nel primo caso la rinuncia potrebbe essere tacita, mentre nel secondo occorrerebbe un atto pubblico o una scrittura privata autenticata contenente l'accettazione espressa dell'altra parte.

⁶¹⁸ V. F. ROLFI, *Sulla tipicità*, cit., 562.

⁶¹⁹ S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1989, 63 s.; U. NATOLI, *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile UTET*, P. CENDON (diretto da), VI, 1, Torino, 1997, 182.

⁶²⁰ V. L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 293 s.

⁶²¹ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 152 ss.: «sicché la possibilità di un abbandono 'tardivo' impensabile – in fase esecutiva – dovrebbe essere consentita successivamente alla sentenza di condanna soltanto qualora la controversia avesse avuto ad oggetto l'*an* o il *quantum debeatur*, segnando allora il giudicato il momento nel quale [...] il debitore può ancora [...] fare la sua scelta; non quando egli si fosse limitato a non adempiere e, chiamato in giudizio, non avesse contestato il debito o il suo ammontare, ma si fosse difeso altrimenti».

consente al vicino di esimersi dal contribuire alle spese di costruzione del muro comune cedendo la metà del terreno su cui il muro deve essere costruito. Sebbene qualcuno abbia ritenuto che la norma contempra un vero e proprio contratto, poiché l'offerta di cessione non produrrebbe effetti (reali) se non fosse accettata⁶²², l'ipotesi non sembra divergere particolarmente dall'abbandono *ex art. 1070 c.c.*: la norma invero sembra alludere ad una cessione *tout court*, non ad un'offerta di cessione⁶²³.

Analogamente accade per gli artt. 882, comma 2, e 1104 c.c., che ammettono esplicitamente la rinuncia (abdicativa) al fine di liberare il titolare del diritto dall'obbligo di contribuire alle spese. Ovviamente, in tali casi l'abbandono non andrà a favore di un singolo (la norma non prevede che questa vada a favore di qualcuno), ma delle quote dei singoli in virtù del principio di accrescimento⁶²⁴. Resta inteso, però, che anche in questi casi la rinuncia andrà a favore di soggetti determinati⁶²⁵.

Per contro non è stata considerata come ipotesi di abbandono liberatorio il disposto dell'art. 1128, ultimo comma, c.c., che consente al condomino di sottrarsi alle spese di ricostruzione dell'edificio cedendo agli altri condomini i suoi diritti. In questo caso il termine "cessione" sembra riferirsi, non ad un trasferimento unilaterale o ad una proposta *ex art. 1333* (come per l'art. 888 c.c.), bensì ad un obbligo a contrarre alternativo rispetto alle spese necessarie per la costruzione⁶²⁶. Sicché sembrerebbe più opportuno parlare di obbligazione alternativa: la cessione si concretizza come un contratto consensuale oneroso a efficacia reale e con attribuzioni patrimoniali corrispettive⁶²⁷.

⁶²² Cfr. G. DEIANA, voce *Abbandono*, 13 ss.

⁶²³ Per L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 154, più che di offerta contrattuale dovrebbe alludersi ad un negozio unilaterale ad efficacia reale immediata, là dove l'esplicita esclusione di un diritto al compenso dovrebbe sottolineare la funzione satisfattiva rispetto all'obbligo di contribuzione di cui agli artt. 886 e 887 c.c.

In realtà, le conclusioni non sembrano differenti ove l'abbandono fosse qualificato come proposta contrattuale *ex art. 1333*, visto che in entrambi i casi si avrebbe il medesimo effetto.

⁶²⁴ V. G. BRANCA, *Comunione*, cit., 168 ss.; nonché G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 196 ss.

⁶²⁵ *Contra v. B. BIONDI, Le servitù*, cit., 475.

⁶²⁶ V. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, 546.

⁶²⁷ Così L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 157.

CAPITOLO IV

Il problema dell'ammissibilità di vincoli reali atipici

Premessa.

Quanto detto nei capitoli precedenti lascia irrisolto un quesito: se e come i privati possano costituire liberamente oneri e obbligazioni reali. Così, si rende ora necessario comprendere se il potere concesso dall'ordinamento all'autonomia privata consenta la libera costituzione di vincoli reali atipici, ossia di rapporti che sebbene non espressamente disciplinati dal nostro legislatore sono connaturati da realtà e quindi dall'opponibilità e dal diritto di seguito.

Ovviamente la risposta che a breve verrà sviluppata non potrà non tenere conto di tutte le considerazioni e le analisi svolte nei capitoli precedenti con riguardo alla struttura del diritto reale ed alla natura giuridica nonché alle caratteristiche degli oneri reali e delle obbligazioni *propter rem*.

In linea estremamente generale, il dato saliente della ricerca è quello di capire se i privati possano incidere su una situazione giuridica complessa come il diritto reale costituendo liberamente o.r. e o. p. r. Ammettere che l'autonomia privata possa costituire vincoli reali atipici significa scontrarsi con i principi di tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali (ove si ritenga che questi due aspetti non siano coincidenti: v. *infra* par. 1). La tradizione ci insegna che i diritti reali sono previsti dal nostro ordinamento in numero chiuso, e cioè che non si possono costituire diritti reali diversi da quelli dettati dal nostro legislatore. Peraltro, comunemente si dice che questi diritti sono tipici e che, pertanto, i privati potrebbero disciplinarne il contenuto solo nei limiti previsti dal legislatore. La *ratio* di questi limiti (numero chiuso e contenuto tipico) si spiega con l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi, siano essi creditori o aventi causa. Infatti, il limite principale alla possibilità dei privati di creare vincoli reali atipici, è rappresentato proprio dal fatto che ad essi non potrebbe darsi un'adeguata pubblicità verso i terzi. In tal senso si pensi al caso del terzo che, acquistando un bene, non potrebbe conoscere a priori non solo da quanti e quali vincoli sia gravato il bene, ma nemmeno quanto intensi detti vincoli siano.

In buona sostanza, dopo aver chiarito che oneri ed obbligazioni reali non rappresentano diritti reali atipici, occorre accertare se il numero chiuso e la tipicità dei diritti reali costituiscano: un così insormontabile ostacolo perché considerati principi di ordine pubblico e quindi tali da non consentire alcun margine di manovra ai soggetti privati, oppure se a questi ultimi sia consentita assoluta libertà di costituzione di vincoli inerenti alla *res* e opponibili *de futuro* ai terzi, oppure ancora, se ci sia sì libertà di manovra, ma ristretta e contingentata dalla legge, in modo tale che i privati possano

costituire o.r. e o. p. r. non solo nei casi tipici previsti dall'ordinamento, bensì ogniqualvolta il legislatore lasci spazi di autonomia o all'interno del singolo diritto reale o con la previsione di istituti *ad hoc* quale potrebbe essere l'art. 2645 *ter*: in altri termini se sia consentito parlare di una sorta di "atipicità tipica", ossia di un'atipicità "guidata" – in un certo senso – dall'ordinamento perché autorizzata in alcuni casi.

Un dato tuttavia non deve sfuggire. Gli oneri reali e le obbligazioni *propter rem*, per come sono stati analizzati in questo studio, non sono assoggettati al principio del *numerus clausus* dei diritti reali e pertanto, a prima vista, dovrebbero sfuggire al carattere di tipicità. D'altra parte, si è notato che tali figure sono strettamente ancorate alla titolarità di un diritto reale. Pertanto, affermare che questi possano essere liberamente costituiti al di fuori dei casi previsti dalla legge, pur non incidendo sui principi di tipicità e numero chiuso direttamente, lo farebbe indirettamente, imponendo obblighi dipendenti dalla titolarità del diritto che altererebbero figure reali limitate nel numero dal legislatore.

1. Numerus clausus e tipicità dei diritti reali.

L'analisi volta a verificare il ruolo dell'autonomia privata in relazione alle situazioni reali non può che confrontarsi con la «regola che vuole chiuso, e definito dalla fonte legale il novero delle situazioni di appartenenza a valenza "reale"»⁶²⁸.

Tradizionalmente, si afferma che il principio del numero chiuso dei diritti reali preclude ai privati il potere di creare autonomamente schemi giuridici volti a comprimere le facoltà o ad estendere i limiti del diritto al di fuori dei casi tipici tassativamente previsti dalla legge⁶²⁹. I consociati avrebbero così uno spazio di azione limitato, in quanto il potere di definire i diritti dominicali sarebbe attribuito esclusivamente al legislatore⁶³⁰.

⁶²⁸ Così F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza. Numerus clausus autonomia privata e diritti sui beni*, Napoli, 2015, 1.

⁶²⁹ A questo principio fa spesso riferimento la giurisprudenza recente: Cass., 4 febbraio 2010, n. 2651, in *Riv. Notariato*, 2010, 364, ha escluso che un vantaggio personale possa dare vita ad una servitù; Cass., sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, in *Foro it.*, 2003, I, 1833, ha escluso che il provvedimento di assegnazione della casa familiare al coniuge *ex art. 155 c.c.* dia vita ad un diritto reale; Cass., 2 gennaio 1997, n. 8, in *Corr. giur.*, 1997, 556, con nota di F. ROLFI, cit., ha escluso che i privati possano costituire liberamente obbligazioni *propter rem* perché caratterizzate da tipicità al pari dei diritti reali (v. *infra* par. 1.2); Cass., 26 febbraio 2008, n. 5034, in *Giur. it.*, 2008, 11, 2474, ha distinto il diritto personale d'uso di un fondo dal corrispondente diritto reale: «i privati non possono creare figure di diritti reali al di fuori di quelle previste dalla legge, né possono modificarne il regime. Ciò comporta che i poteri che scaturiscono dal singolo diritto reale in favore del suo titolare sono quelli determinati dalla legge e non possono essere validamente modificati dagli interessati».

⁶³⁰ Cfr. sul punto in dottrina *ex plurimis* A. DI MAJO - L. FRANCARIO, *Proprietà e autonomia contrattuale*, Milano, 1990, 75 s.; A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 129 ss.; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998; A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2000, 439; M. COMPORI, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *Studi in onore di Bianca*, Milano, 2006, II, 769; A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, 447 ss.; F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., *ex multis* e 64, che con riferimento al *numerus clausus*: «si vuole esprimere l'idea che, tra due entità cui spetta in via di principio un potere

È bene premettere come sia unanimemente condivisa la convinzione per cui il *numerus clausus* non sia positivamente codificato, pur rappresentando un principio di ordine pubblico, capace di sintetizzare nei singoli sistemi legislativi le istanze di politica del diritto che hanno influenzato il regime normativo degli interessi dei privati sui beni⁶³¹.

L'importanza rivestita dal principio del *numerus clausus* diviene ancora più manifesta ove si voglia affermare che il numero chiuso «delle forme di appartenenza reali non possa che implicare anche la loro “tipicità”, e dunque l'impossibilità di alterare convenzionalmente i connotati strutturali degli schemi definiti dalla fonte legale»⁶³². In realtà da molti interpreti la problematica del numero chiuso è stata diversificata rispetto a quella della tipicità: la prima atterrebbe all'esclusività della fonte, poiché i diritti reali sarebbero solo quelli normativamente previsti senza che i privati possano costituirne di nuovi; la seconda atterrebbe alla determinazione del contenuto, cioè della disciplina, di questi diritti⁶³³.

costitutivo, la pubblica e la privata, ad una delle due è interdetta la possibilità di esprimere quel potere nel senso di costituire figure di diritti reali».

⁶³¹ V. U. MORELLO, *Tipicità e numero chiuso diritti reali*, in A. GAMBARO - U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, 67 s. e spec. nota 2, per il quale affermare che il principio del numero chiuso possa desumersi implicitamente dalla codificazione, sarebbe diverso dall'affermare che tale principio, pur senza essere codificato, possa desumersi dall'intero sistema di diritto civile perché fondato su ragioni di ordine pubblico.

⁶³² Cfr. *ex plurimis* G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, in N. LIPARI - P. RESCIGNO, *Diritto civile*, A. ZOPPINI (coordinato da), II, II, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, 180; C. M. BIANCA, *La proprietà*, 131 s.; P. VITUCCI, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Riv. Dir. agr.*, 1972, 855 ss.; F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 73 s. e 148; M. COMPORI, *I diritti reali in generale*, cit., 216. In particolare, v. A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 171: «costituire diritti reali limitati significa, in definitiva, limitare la proprietà».

V. F. MEZZANOTTE, *La conformazione*, cit., 2 s., dove l'A. evidenzia come la distinzione tra numero chiuso e tipicità sia stata posta dalla dottrina tedesca che, sebbene attraverso una ricostruzione unitaria, scinde il profilo del *Tipenzwang*, inteso come *numerus clausus* in senso stretto perché attinente alla tipologia, per cui solo la legge potrebbe creare nuove forme di appartenenza, da quello del *Typenfixierung*, in forza del quale ai privati è preclusa la possibilità di conformare autonomamente la struttura degli schemi previsti dalla legge fino al punto di alterarne i tratti fondamentali.

Sembra però di diversa opinione A. NATUCCI, *Numerus clausus e analisi economica del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 320 nota 2, per il quale le due espressioni utilizzate dalla dottrina tedesca sono equivalenti: «lo schema di un diritto è definito infatti dal suo contenuto; non possono valere come diritti reali se non quelle figure che l'ordinamento stesso, attraverso la legge o un'altra fonte normativa, riconosce, in modo diretto o indiretto, dotate del carattere della realtà, ossia [...] dell'opponibilità del diritto medesimo ai terzi, diversi dalle parti contraenti; in particolare opponibili o efficaci nei confronti dei terzi aventi causa a titolo particolare rispetto alle parti».

⁶³³ La distinzione tra *numerus clausus* e tipicità non sempre è stata accolta favorevolmente nel nostro ordinamento. Da un lato, alcuni A. hanno distinto le due figure pur ritenendole principi di ordine pubblico: cfr. M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria*, cit., 169; M. COMPORI, *I diritti reali in generale*, cit., 216: «la problematica del *numerus clausus* è diversa [...] da quella della tipicità, attenendo la prima all'esclusività della fonte, e cioè all'ordinamento che limita l'autonomia del soggetto, e la seconda alla determinazione del contenuto, cioè del “tipo” della situazione reale che il soggetto può prescegliere»; L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., 61. Dall'altro lato, alcuni A. hanno rifiutato tale distinzione: A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, II, 236; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 232; M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010, 246; L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2009, 148 s.: «ci domandiamo, infatti, che fondamento abbia riconoscere al legislatore l'esclusivo compito di fissazione del ‘tipo’ ed al privato il potere di delineazione del suo contenuto. La fissazione del tipo

Si è a lungo discusso se tali principi – in assenza di un'espressa previsione normativa al riguardo – siano ancora attuali in un ordinamento che parrebbe aver superato le ragioni storiche che hanno condotto ad affermarne l'esistenza, e che oggi sembrerebbe improntato a diverse esigenze di regolamento dei beni ed a diversi interessi socio-economici⁶³⁴.

In particolare, il dogma del numero chiuso, sebbene di origine romanistica⁶³⁵ e diffusosi in tutti i sistemi di *civil law*, (ri)cominciò ad affacciarsi attraverso le codificazioni ottocentesche, profondamente ispirate dai venti rivoluzionari francesi che, proclamando la proprietà come diritto fondamentale della persona ed escludendo quindi che potessero esistere dei vincoli capaci di gravarla, favorirono lo smantellamento di un sistema proprietario basato sul privilegio e la frammentazione.

D'altra parte, già durante l'età romana la proprietà fondiaria rappresentava la principale fonte di ricchezza, per cui si avvertiva l'esigenza di salvaguardarla da quelle

legale deve, infatti, comprendere, tra gli altri, anche il profilo dell'oggetto, che, invece, a torto, viene negletto dalla dottrina che si occupa della nozione di tipicità». Ma v. anche U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale*, cit., 145 e spec. nota 57, il quale ritiene di poter parlare indifferentemente di numero chiuso e tipicità: «a noi sembra che si tratti di punti di vista differenti con cui affrontare il medesimo problema: quello del ruolo dell'autonomia privata in un settore, quale è quello dei diritti reali, in cui i negozi hanno un'efficacia riflessa verso i terzi, stante il particolare contenuto delle situazioni soggettive in gioco, onde si impone un più penetrante controllo da parte dell'ordinamento; del resto, gli "schemi" di diritti reali legislativamente previsti si individuano proprio in base al loro contenuto, e precisamente in base a quel nucleo inderogabile dai privati».

V. anche M. LUPO COSTI, *Un caso*, cit., 802: «la presenza dell'art. 1030 [...] che pone a disposizione dei privati uno schema tipizzato da una funzione che le parti non possono ignorare nella determinazione del contenuto delle obbligazioni *propter rem*, se da un lato è un argomento che depone a favore dell'esistenza nel nostro ordinamento del principio di tipicità delle obbligazioni *propter rem* [...], dall'altro impedisce di accogliere il principio del *numerus clausus* delle medesime che fa perno sull'esclusività della fonte [...]».

⁶³⁴ Cfr. M. COMPORI, *op. ult. cit.*, 217 ss.; ID., voce *Diritti reali*, cit., 5 ss. V. F. M. SCARAMUZZINO, *Il numero chiuso*, in *Trattato di diritto immobiliare*, G. VISINTINI (diretto da), II, *I diritti reali limitati e la circolazione degli immobili*, Padova, 2013, 6 ss., il quale ricorda come la questione del *numerus clausus* è comune a numerosi paesi europei, nei quali, però, si ravvisano tendenze contrastanti in quanto talvolta il principio viene codificato, mentre in altre viene considerato alla stregua di un'ovvietà. In particolare, in ordine alle ipotesi di codificazione esplicita si pensi all'art. 1306 del codice civile portoghese od all'art. 973 del codice civile greco.

V. anche R. CALVO, *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, R. CALVO - A. CIATTI (a cura di), sez. V., Torino, 2014, 12 ss. nota 40, che analizza i caratteri del sistema anglosassone. Per l'A. anche l'ordinamento inglese riconosce il principio di tipicità pur in assenza di una codificazione. In particolare, gli *estates*, intesi come fascio di diritti sulla terra spettanti al *landowner*, sarebbero ripartiti tra: *fee simple*, *entail*, *life estate* e *lease*. In questo ordinamento, in realtà, nonostante la vigenza del principio di tipicità non potrebbe trascurarsi la presenza di un sistema feudale che, a tratti, sopravvive in quanto tutte le terre sarebbero di proprietà della Corona. L'*estate* non sarebbe un titolo di proprietà perpetuo, bensì un mero frammento temporale: da qui la differenza tra il dominio romanistico e la *real property*. In tal senso, «la *summa divisio* tra diritti reali e di obbligazione, che costituisce l'ossatura della architettura dei diritti romanistici e quella stessa tra diritto pubblico e privato, risulta oscurata nel sistema anglosassone, data appunto la persistenza di schemi propri del diritto feudale. Il diritto anglosassone si contrappone così a quello romano e a quelli romanistici nei riguardi delle categorie alle quali fa capo il pensiero giuridico» (T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 180).

⁶³⁵ V. M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, I, 1980, 424.

limitazioni provenienti dalla creazione di diritti reali parziari atipici in via contrattuale⁶³⁶.

L'affermazione dei privilegi e di vari diritti legati alla suddivisione della società in classi, propria dei regimi feudali, portò invece ad un successivo abbandono del numero chiuso. Durante il feudalesimo e per tutto l'*ancien régime* – poi ghigliottinato con la Rivoluzione francese – la proprietà era sostanzialmente smembrata: divisa tra “gestore” e ceti feudali, aristocratici o clericali, nonché disciplinata con tecniche ed istituti⁶³⁷ finalizzati ad assicurare rendite fondiari certe a ceti ormai non più produttivi. La commercializzazione dei beni era invece profondamente limitata dalla c.d. “mano morta”, che consentiva ai ceti nobiliari ed ecclesiastici di impedire la libera alienazione dei beni di loro proprietà al fine di tramandarli per generazioni⁶³⁸, nonché da un eccessivo numero di vincoli reali e personali che annichilivano l'importanza sociale e giuridica del regime dominicale⁶³⁹.

Solo con l'avvento del *Code Napoléon*⁶⁴⁰ – la cui influenza sulla codificazione italiana del 1865 e su quella latina ad essa ispirata è nota⁶⁴¹ – si assistette ad una riaffermazione del *numerus clausus* in virtù della concezione personalistica e privatistica della proprietà, che iniziò (*rectius* tornò) ad essere considerata come sacra e inviolabile. Il merito del Codice civile francese fu quello, infatti, di disciplinare espressamente, oltre al diritto di proprietà, solo i sei diritti reali di godimento che ancora oggi conosciamo⁶⁴²: l'idea alla base della codificazione napoleonica era quella

⁶³⁶ Solo successivamente all'epoca romana classica – attraverso l'influenza germanica e delle consuetudini – iniziò una progressiva modificazione del contenuto dei diritti reali allora esistenti. Ciò, in particolare, era imputabile al depauperamento della *possessio* in favore della *Gewere*, che legittimava ad esercitare una signoria sulla cosa indipendentemente dall'effettivo possesso della *res*: in questo modo si assistette alla progressiva scissione dei domini ed al lento frazionamento della proprietà, in quanto i concessionari del bene venivano ad acquisire un potere sulla cosa (di proprietà altrui) diverso dagli *iura in re aliena* e ben superiore a quello dello stesso proprietario.

⁶³⁷ Proprio in quest'epoca – come ricordato più volte – vengono ad affermarsi alcuni istituti, quali gli oneri reali, le obbligazioni *ob rem*, le decime, i censi. È l'epoca in cui si sviluppa il rapporto di vassallaggio che – per A. NATUCCI, *Numerus clausus e analisi economica*, cit., 321 e nota 7 – lega un uomo libero al suo signore: «il termine vassallo deriva da *vassus*, ossia dal celtico *gwass* latinizzato, che significa ragazzo, servitore, come il latino *puer*». Il signore feudale esercitava un vero e proprio potere verso il vassallo, i coloni e coloro che lavoravano le sue terre imponendo tasse, reclutando uomini per la guerra, e così via.

⁶³⁸ Secondo U. MORELLO, *Tipicità e numero chiuso*, cit., 70 e spec. nota 7, è durante il periodo rivoluzionario che iniziano a combattersi la “mano morta” ed alle c.d. “frodie pie”: una sorta di negozio fiduciario elusivo (delle leggi allora vigenti) messo in atto da chi, al fine di elargire a favore di un Ente ecclesiastico, disponeva *mortis causa* a favore di un privato, gravandolo però dall'onere di devolverne i frutti alla Chiesa.

⁶³⁹ T. CAMPANILE - F. CRIVELLARI - L. GENGHINI, *Diritti reali*, cit., 296.

⁶⁴⁰ V. art. 543 *Code civil*: «*On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre*», ossia: «non si può avere sui beni che un diritto di proprietà o un semplice diritto di godimento o soltanto dei servizi fondiari da pretendere».

In realtà. v. U. MORELLO, *op. cit.*, 68 nota 1, per il quale la convinzione per cui i diritti reali sarebbero disciplinati in numero chiuso non è più diffusa nemmeno in Francia.

⁶⁴¹ Sia attraverso l'introduzione di una serie di tipi di diritti reali sia attraverso la limitazione dell'efficacia dei contratti tra i contraenti.

⁶⁴² T. CAMPANILE - F. CRIVELLARI - L. GENGHINI, *op. cit.*, 295.

di riconoscere soltanto gli *iura in re aliena*, ma non anche quei vincoli feudali capaci di minare la libertà, la pienezza e l'assolutezza della proprietà, ora intesa come diritto fondamentale dell'individuo⁶⁴³. È per tale ragione che il *Code Napolèon* semplificò al massimo gli schemi "reali", ammettendo solo le figure previste nel diritto romano ed eliminando le modificazioni che si erano imposte successivamente all'epoca classica attraverso l'influenza germanica e consuetudinaria.

Come si diceva poc'anzi, a queste ragioni va imputata la scelta del legislatore del 1865 di riconoscere solo un numero limitato di diritti reali, e in particolare – in un'ottica di ulteriore semplificazione di quelle situazioni "reali" capaci di svuotare il contenuto della proprietà – un usufrutto, un uso e una locazione limitati nel tempo, oltre a prevedere l'affrancabilità dell'enfiteusi e degli oneri perpetui (v. *supra* Cap. II, par. 1)⁶⁴⁴.

Tale atteggiamento di repulsione verso un'apertura delle maglie del numero chiuso venne mantenuto tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo e sfociò nella codificazione del 1942, quando il principio del *numerus clausus* venne ad imporsi – quasi acriticamente⁶⁴⁵ – «quale regola costantemente declamata [...] nell'argomentazione della letteratura giuridica»⁶⁴⁶. Si continuava a pensare al diritto reale come precetto del solo legislatore, poiché solo il diritto oggettivo sarebbe stato in grado di disciplinare quelle situazioni soggettive di appartenenza capaci di interferire nella complessa trama delle relazioni economiche. Ove così non fosse stato, ossia ammettendo l'ingresso dei privati, si sarebbe appalesato il rischio di un errato sfruttamento delle risorse, tale da interferire con il progresso economico⁶⁴⁷.

⁶⁴³ Cfr. M. COMPORI, *op. ult. cit.*, 219, che ricorda come nella Costituzione francese del 1791 il diritto di proprietà fosse considerato espressione diretta della libertà e della capacità della persona, cioè un diritto sacro e inviolabile perché naturale dell'uomo. V anche P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974, 26 ss.

⁶⁴⁴ Cfr. L. BARASSI, *Diritti reali*, cit., 49. Di contro F. MEZZANOTTE, *La conformazione*, cit., 11 ss., che sottolinea come le discussioni e i lavori preparatori in ordine alla delimitazione del contenuto dei singoli diritti reali siano state oggetto di ampi dibattiti e molto eterogenee; specialmente con riguardo all'ammissibilità delle servitù c.d. irregolari.

⁶⁴⁵ V. L. BARASSI, *Istituzioni di diritto privato*, 2^a, Milano, 1943, 174 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. Dir. comm.*, 1936, I, 345 ss. Significative sono le parole di M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento*, cit., 169 ss., che critica quella dottrina che si limitava ad enunciare senza dimostrare il principio del numero chiuso dei diritti reali, preoccupata dal «fondamento storico dogmatico di esso (tutela dei terzi) più che [dal] fondamento normativo». De resto si pensi a quanto affermava F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 417: «La tipicità dei diritti reali su cosa altrui dipende dal principio [...] della libertà fondiaria: il moltiplicarsi dei diritti reali finirebbe col soffocare, e praticamente con lo svuotare il contenuto, il diritto del proprietario di bene immobile, così come era avvenuto nell'Età di mezzo».

⁶⁴⁶ Così F. MEZZANOTTE, *La conformazione*, cit., 19.

⁶⁴⁷ Emblematico il pensiero di G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., 130 e spec. 142: «il Diritto nuovo rifiuta di farsi mancipio di tutti gli interessi che la volontà privata intenda far prevalere, e quelli soltanto conforta della sua tutela che ritiene in armonia con l'interesse generale [...]: andando incontro ogni attività contraria a questo interesse generale, in un tempo più o meno lungo, alla naturale sanzione dell'impoverimento e del passaggio della proprietà nelle mani del più adatto». V. inoltre G. VETTORI, *I contratti ad effetti reali*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), XIII, V, Torino, 2002, 85 ss.; S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, 169 ss.

Quest'ultima tendenza sembrava porsi in linea con il "nuovo" concetto di proprietà promanato dal codice civile e dalla Costituzione. La proprietà iniziava a trasformarsi, passando da un approccio prettamente individualistico ad uno pubblico/sociale attraverso la codificazione del 1942, che iniziò a consentire limitazioni al diritto di proprietà non più solo per ragioni di pubblico interesse (come nel caso dell'espropriazione), ma anche per esigenze di utilità privato-sociale. Una trasformazione, però, imputabile soprattutto all'avvento della Costituzione, che riconosceva espressamente alla proprietà una funzione sociale, mettendo così in risalto un interesse pubblico diffuso ad essa sotteso.

Tale atteggiamento condusse gli interpreti degli anni '50 ad individuare nuove ragioni poste a fondamento del numero chiuso. Si iniziò a parlare apertamente dell'esigenza di garantire la libertà e la sicurezza dei traffici del mercato (soprattutto immobiliare), nonché della necessità di tutelare i terzi, ossia i creditori e comunque tutti coloro che avrebbero potuto subire un pregiudizio attraverso la libera creazione di nuovi diritti reali per volontà privata, perché in grado di imporre nuovi vincoli e limitazioni ad essi opponibili.

D'altra parte, nonostante questa staticità interpretativa (e di politica legislativa), ampiamente diffusa negli anni immediatamente successivi all'avvento del Codice civile, non mancò di trovare spazio quell'orientamento giurisprudenziale volto a superare i limiti legislativi in ordine all'esercizio dei diritti reali, e atto ad ammettere l'esistenza (o talvolta la permanenza) di alcune figure – tra cui oneri e obbligazioni reali atipiche (v. *infra* par. 1.2) – capaci di incrinare nuovamente la stabilità del *numerus clausus*⁶⁴⁸.

1.1. Il fondamento normativo del *numerus clausus*.

Tale contrasto interpretativo non poteva che sfociare in un acceso dibattito dottrinale, alimentato soprattutto da chi contestava la vigenza e l'attualità del principio⁶⁴⁹ in esame a causa della mancanza di una previsione normativa esplicita al riguardo, arrivando persino ad affermare che il principio della tipicità dei diritti reali costituirebbe «ormai poco più di un pregiudizio»⁶⁵⁰. Altri interpreti, tuttavia, preso atto della mancanza di una disposizione espressa al riguardo, non mancarono di ricercare

⁶⁴⁸ Cfr., Cass., 9 ottobre 1956, n. 3414, in *Foro it.*, 1957, I, 1656 ss.; Cass., 24 novembre 1970, n. 2476, *ivi*, 1972, 1600; Cass., 8 gennaio 1972, n. 52, *ivi*, 1972, I, 1592: «è altrettanto vero che l'autonomia privata consente la costituzione di diritti speciali sul suolo e sul sottosuolo. Onde è da ritenersi che l'estensione del diritto al sottosuolo si arresti non solo di fronte ad interessi pubblici [...], ma anche per effetto della libera autonomia delle parti, cioè in virtù di contratto [...]».

In dottrina fa espresso riferimento a "schemi" atipici P. VITUCCI, *Utilità e interesse*, cit., 135 s. e 155, il cui riconoscimento provava l'emersione di una tendenza atta ad esaltare l'autonomia privata.

⁶⁴⁹ V. su tutti M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, 423 ss. V. anche V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del "numero chiuso"*, Napoli, 1992.

⁶⁵⁰ Così R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 908, e F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 64 ss., contrastato però nelle conclusioni da M. COMPORTI, *I diritti reali*, cit., 223.

altrove il fondamento giustificativo dell'opinione tradizionale che vuole esistente ed attuale il principio del *numerus clausus* nel nostro ordinamento⁶⁵¹. In particolare, costoro ritenevano di poter trarre indicazioni puntuali dal sistema giuridico inteso nel suo complesso.

In primo luogo, è stata così affermata la rigida tipicità dei diritti reali, alludendo al fatto che in materia di diritti reali non esisterebbe una norma simile all'art. 1322 c.c., che consente la libera costituzione di negozi atipici purché sorretti da un interesse meritevole di tutela⁶⁵².

Per contro, però, si è rilevato che la mancata positivizzazione della facoltà di costituire diritti reali atipici non sia un argomento valido a sostegno della tipicità. In astratto – attraverso un'interpretazione letterale della norma – non sembra potersi escludere la stipula di contratti aventi ad oggetto diritti reali atipici⁶⁵³, perché l'art. 1322 appare più una clausola aperta, che potrebbe riguardare contratti aventi ad oggetto tanto effetti obbligatori quanto effetti reali⁶⁵⁴. Inoltre la collocazione sistematica della norma (libro quarto: Delle obbligazioni) non è un criterio solido su cui fondare l'esclusione dell'applicazione dell'art. 1322 ai diritti reali, in quanto un contratto è fonte sia di obbligazioni sia di diritti reali (art. 1376 c.c.)⁶⁵⁵.

Al contempo, altri autori hanno ritenuto di ricavare il principio del numero chiuso e della tipicità dei diritti reali sempre dall'art. 1322, nella parte in cui l'autonomia negoziale viene ristretta entro «i limiti imposti dalla legge». Questa tesi talvolta è stata

⁶⁵¹ A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 201 ss., ritiene come non sia tanto il *numerus clausus* a dover trovare una giustificazione, bensì l'autonomia negoziale delle parti in materia di diritti reali.

⁶⁵² ID., *op. cit.*, cit., 163 ss., evidenzia come già la dottrina italiana dell'Ottocento, seguendo l'impostazione della precedente dottrina francese, disputava attorno alla conciliabilità tra tipicità dei diritti reali ed autonomia privata.

⁶⁵³ La giurisprudenza sul punto ha ammesso che le parti sono assolutamente libere di costituire contratti volti a costituire rapporti meramente obbligatori sebbene in apparenza possano apparire di natura reale: «in base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 cod. civ., è consentito alle parti di sottrarsi alla regola della tipicità dei diritti reali su cose altrui attraverso la costituzione di rapporti meramente obbligatori; pertanto, invece di prevedere l'imposizione di un peso su un fondo (servente) per l'utilità di un altro (dominante), in una relazione di asservimento del primo al secondo che si configura come una "*qualitas fundi*", le parti ben possono pattuire un obbligo personale, configurabile quando il diritto attribuito sia previsto per un vantaggio della persona o delle persone indicate nel relativo atto costitutivo, senza alcuna funzione di utilità fondiaria» (v. Cass., 4 febbraio 2010, n. 2651, cit.).

⁶⁵⁴ Sul punto è significativo il pensiero di M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, cit., 428, la quale ritiene che considerare il contratto come precetto dei soli rapporti obbligatori e non anche reali risenta della concezione di contratto tramandata dal diritto romano, ossia dell'idea per cui i vari tipi contrattuali non sarebbero che «elaborazione di un unico schema originario, la *stipulatio*». L'A. non condivide questa impostazione «non soltanto perché nel nostro ordinamento positivo il contratto produce effetti traslativi, ma anche perché per sostenere una simile tesi bisognerebbe prima dimostrare che non è ammissibile la creazione di titolarità non tipiche». Cfr. anche A. BURDESE, *Considerazioni in tema di diritti reali*, cit., 325; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 242.

⁶⁵⁵ L. SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 155, ravvisa una sorta di confusione di fondo tra la nozione di contratto e quella di rapporto obbligatorio: «il contratto non può essere collocato sullo stesso piano concettuale del diritto reale». Ma così anche A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 168 nota 46, che invece predilige individuare nell'art. 1372 la norma utile a negare l'ammissibilità dei diritti reali atipici.

portata sino all'estrema conseguenza di escludere qualsiasi forma di competenza negoziale privata, in virtù del principio costituzionale *ex art. 42, comma 2, Cost.*, che lascerebbe solo alla legge il compito di determinare i modi di acquisto, di godimento e limiti della proprietà⁶⁵⁶; sicché ai privati sarebbe preclusa la facoltà di limitare il diritto di proprietà con effetti nei confronti dei terzi (creditori ed acquirenti)⁶⁵⁷. Ciò sembra significare che la riserva in parola esprima il principio sia della tipicità, «relativo all'individuazione degli schemi attraverso i quali viene ordinata l'attività di utilizzazione della *res*, sia [...] del *numerus clausus*, comportante una limitazione per l'autonomia del privato nella scelta di nuovi schemi reali al di fuori di quelli previsti»⁶⁵⁸. Secondo questa impostazione, dunque, ai privati sarebbe preclusa la possibilità di stabilire la «*conformazione* oggettiva del diritto di proprietà, essendo invece tale funzione riservata al legislatore»⁶⁵⁹. Corollario di questo principio è quello per cui gli unici limiti alla proprietà ammissibili sarebbero rappresentati dai diritti reali limitati⁶⁶⁰.

Anche questa tesi, tuttavia, scontrerebbe due contraddizioni di fondo. La prima, inerente al fatto che la riserva di legge di cui all'art. 42 dovrebbe essere intesa in senso relativo e non assoluto, e quindi essere messa sempre in relazione con la «funzione sociale» della proprietà; cosicché i limiti alla proprietà potrebbero essere imposti non solo dalla legge ma anche dall'autonomia contrattuale, dove questa sia favorevolmente apprezzata dall'ordinamento giuridico⁶⁶¹. La seconda contraddizione, relativa al fatto che il limite, sotteso alla vicenda costitutiva e/o derivativa della proprietà, non intacca il contenuto del diritto bensì solo «l'esercizio della pienezza delle facoltà proprietarie»⁶⁶². Il che, detto diversamente, significa che «i diritti reali minori concretamente instaurati operano come limiti ad un esercizio del potere e non costituiscono limiti del potere stesso»⁶⁶³. Ecco perché, allora, potrebbero essere

⁶⁵⁶ In un'ottica che secondo A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 172, sarebbe riconducibile alla necessità storico-politica di non limitare eccessivamente la libertà della terra.

⁶⁵⁷ E ciò sebbene ciascuno sia libero (entro i limiti dell'ordine pubblico) di imporre contrattualmente i limiti che crede al proprio diritto di proprietà, ma senza poter in influenzare gli acquirenti a titolo particolare del bene. L'art. 42 Cost., inoltre, potrebbe essere letto congiuntamente all'art. 832. Tale norma afferma che il proprietario abbia pieno diritto di godere e disporre del bene entro i limiti fissati dall'ordinamento giuridico. Da ciò deriva che il proprietario, pur rispettandone la funzione sociale, può «usare» il proprio diritto liberamente e quindi non dovrebbe vedersi onerato da vincoli che ne ostacolano il godimento e che si trasferiscano insieme alla proprietà, in quanto tali vincoli sarebbero un'eccezione rispetto alla regola generale che il legislatore non rimette all'autonomia contrattuale.

⁶⁵⁸ M. COMPORI, *I diritti reali in generale*, cit., 226 s.

⁶⁵⁹ Così A. NATUCCI, *op. ult. cit.*, 171 (enfasi dell'A.).

⁶⁶⁰ Cfr. *ex plurimis* P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. Dir. civ.*, 1972, I, 1 ss.; L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, cit., 25 ss.; E. CATERINI, *Il principio di legalità*, cit., 74 ss.

⁶⁶¹ Discorso analogo potrebbe farsi in relazione all'art. 832 c.c., che, secondo T. CAMPANILE - F. CRIVELLARI - L. GENGHINI, *op. cit.*, 297 s., potrebbe costituire il fondamento normativo del *numerus clausus*, là dove statuisce che i limiti al diritto di proprietà possono essere stabiliti soltanto dall'ordinamento giuridico.

⁶⁶² F. MEZZANOTTE, *La conformazione*, cit., 25.

⁶⁶³ Così F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 58, che riprende apertamente il pensiero di U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 65.

ammissibili i diritti reali atipici: così come i diritti reali minori, che rappresentano singole facoltà estirpate dal più ampio diritto di proprietà, anche i diritti reali atipici sarebbero mere facoltà tratte dal contenuto della proprietà, non potendo darsi un diritto reale nuovo dal contenuto più ampio della proprietà⁶⁶⁴.

Anche il principio di relatività del contratto espresso dall'art. 1372 c.c.⁶⁶⁵ è stato individuato come elemento ostativo al superamento del *numerus clausus*⁶⁶⁶. Se fosse possibile costituire un diritto reale atipico, gli obblighi che deriverebbero dal contratto costitutivo non sarebbero assunti solo dal contraente originario, ma verrebbero ad essere automaticamente trasferiti a quei terzi aventi causa che sono divenuti proprietari del bene in momento successivo, i quali vedrebbero così incisa la propria posizione giuridica soggettiva⁶⁶⁷. Il problema non si porrebbe nei confronti dei diritti reali tipici, la cui efficacia risiede nella legge, e quindi potrebbe essere fatta rientrare in quei «casi previsti dalla legge» ex art. 1372. La questione si pone solo con riguardo all'efficacia *ultra partes* dei diritti reali atipici. Questi ultimi, invero, avrebbero efficacia assoluta verso i terzi solo in quanto diritti reali (benché atipici), ma tale efficacia – a differenza di quanto accade per i diritti tipici, dove è la legge ad attribuire efficacia *erga omnes* – verrebbe attribuita dall'atto costitutivo in questo caso. Fatto, questo, che sembrerebbe appunto escluso dall'art. 1372⁶⁶⁸.

A tale considerazione si è tuttavia obiettata un'eccessiva semplicità, in quanto si renderebbe dapprima necessario distinguere l'efficacia diretta del contratto dall'eventuale riflesso indiretto nei confronti dei terzi⁶⁶⁹. Non si potrebbe escludere a priori il valore che la situazione giuridica soggettiva costituita *ex contractu* può assumere nell'ordinamento, dal momento che solo nel primo significato la norma avrebbe «forza di legge» tra le parti⁶⁷⁰. Invero, la situazione giuridica in sé e per sé non potrebbe confondersi con il titolo (contrattuale nel caso) da cui è generata, dovendo, per contro, essere regolata dai principi che le sono propri. Il secondo comma

⁶⁶⁴ L. SANTORO, *Il trust*, cit., 157.

⁶⁶⁵ Occorre rilevare come il principio volto a sancire l'efficacia *inter partes* del regolamento contrattuale avesse già trovato dimora nel codice del 1865 e precisamente all'art. 1130: «i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti: essi non pregiudicano né giovano ai terzi, fuorché nei casi stabiliti dalla legge».

⁶⁶⁶ Cfr. la strenua difesa del principio del numero chiuso svolta ancora di recente da A. NATUCCI, *Numerus clausus e analisi*, cit., 319 ss.

⁶⁶⁷ V. sul punto M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento*, cit., 170; A. BURDESE, *Considerazioni in tema di diritti reali*, cit., 307 ss. e 325; A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 153; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali*, cit., 390 ss., spec. 403 ss., per il quale l'elemento caratterizzante il rapporto reale è il fatto di essere un "complesso" di rapporti giuridici verso tutti i consociati, su ciascuno dei quali grava l'obbligo di astensione, e giustifica quindi il *numerus clausus* con l'impossibilità di moltiplicare discrezionalmente i vincoli per i terzi.

⁶⁶⁸ Cfr. ID., *op. ult. cit.*, 165 ss. e spec. 166, dove specifica che alla base della sua convinzione vi sia l'idea che l'efficacia assoluta di un diritto reale non dipende dal contratto costitutivo o traslativo ma dalla natura (nel caso reale) del diritto costituito.

⁶⁶⁹ Cfr. U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 c.c.*, Milano, 1950, 91 ss.

⁶⁷⁰ F. MEZZANOTTE, *La conformazione*, cit., 22, il quale richiama il pensiero di F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 67 ss.

dell'art. 1372 «implica che un terzo, estraneo al contratto, non può essere assunto come uno dei centri di imputazione dell'effettuata programmazione»; ma diversa sarebbe l'analisi con riguardo alla fase di realizzazione del programma contrattuale, che «postula necessariamente l'inserimento degli effetti in una comunità organizzata in cui preesistono rapporti ed in cui nuovi rapporti, continuamente, vengono ad instaurarsi»⁶⁷¹.

In terzo luogo, un'ulteriore sostegno normativo al *numerus clausus* è stato rinvenuto nell'art. 1379 c.c. Tale norma, che limita sul piano obbligatorio i vincoli di inalienabilità pattuiti contrattualmente, secondo alcuni autori⁶⁷², rappresenterebbe un principio di portata generale. In particolare, siccome il vincolo/divieto di non alienare, previsto *ex contractu*, avrebbe efficacia meramente obbligatoria e non reale, si è ritenuto che non potrebbero essere previsti o pattuiti vincoli inerenti la *res* (*rectius* il diritto sulla cosa) con efficacia reale e dunque opponibili ai terzi⁶⁷³. Da qui l'idea che non potrebbero esistere diritti reali atipici.

Per converso si è obiettato che non v'è corrispondenza biunivoca tra la tipicità dei diritti reali e quella dei contratti ad effetti reali⁶⁷⁴: affermare che i diritti reali abbiano struttura tipica non significa ammettere anche il *posterius* della tipicità dei negozi ad effetti reali. Difficilmente potrebbe, allora, sostenersi che l'art. 1379 sia principio generale da cui desumere che tutte le regole relative all'allocazione delle risorse e alla circolazione della ricchezza siano previste *ex lege*, con l'esclusione dell'autonomia privata. Esistono, invero, nel nostro ordinamento altre ipotesi di divieti di alienazione o, comunque, vincoli opponibili ai soggetti terzi, che quindi si pongono su un versante opposto rispetto a quello della norma in esame: si pensi all'art. 980 c.c. in materia di usufrutto⁶⁷⁵; all'art. 1260, comma 2, c.c. con riguardo alla cessione del credito⁶⁷⁶;

⁶⁷¹ Sono le parole di A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità. (Premesse introduttive)*, in *Riv. Dir. civ.*, 1971, I, 181 ss. V. anche G. B. FERRI, voce *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 901 ss.; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, cit., 431 ss.

Di contro v. però A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 166 ss., che afferma come la distinzione tra il valore *inter partes* della fonte regolante e quella della situazione regolata sia assai fragile e «frutto di un equivoco». E ciò perché l'art. 1372 disciplina il potere normativo dei privati, limitando l'efficacia del regolamento contrattuale alle sole parti contraenti.

⁶⁷² V. sul punto C. A. FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (dir. privato)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 401 ss. e 404. V. anche R. CALVO, *Libertà di disporre*, cit., 15 s., che ritiene come l'art. 1379 introduca nello sterminato territorio dei diritti patrimoniali un argine per la costituzione di forme «ibride – retaggio dell'antico diritto signorile – di servitù personali negative, nelle quali tramite il rapporto obbligatorio la situazione d'appartenenza finisce con il trasfigurarsi in fattispecie *extra ordinem*».

⁶⁷³ F. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 25 s., fa esplicito riferimento ad un principio di portata generale «estensibile ad ogni pattuizione che, seppur non puntualmente riconducibile al paradigma del divieto di alienazione, possa comunque comportare “limitazioni altrettanto incisive del diritto di proprietà»». In giurisprudenza v. anche Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, in *Riv. Notariato*, 2000, 413 ss.

⁶⁷⁴ Cfr. C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., 367.

⁶⁷⁵ V. G. PUGLIESE, voce *Usufrutto*, cit., 440 ss.

⁶⁷⁶ V. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, 3^a, Milano, 1994, 106, che in ordine al divieto di alienazione previsto in materia di cessione del credito ha precisato: «a differenza dei patti limitativi dell'alienabilità del diritto di proprietà (art. 1379), ha efficacia reale, ossia è opponibile ai terzi».

Accentua la distinzione anche R. CALVO, *Libertà di disporre*, cit., 17 ss.

all'art. 2645-ter c.c. (v. *infra* par. 3.3) inerente i vincoli di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela⁶⁷⁷. In altri termini, anche se l'art. 1379 impedisse la libera costituzione di una servitù – atipica – di non alienare, ciò non implicherebbe che tale divieto impedisca ogni potere di disposizione esercitabile dai privati sulle proprie risorse, poiché tale potere potrebbe essere messo a disposizione dalla norme poc'anzi individuate⁶⁷⁸.

In quarto luogo, a sostegno dell'opinione tradizionale, si è fatto riferimento all'art. 2643 c.c.⁶⁷⁹. Tra i casi indicati in modo chiaro dalla norma non compaiono i contratti costitutivi di diritti reali atipici, sicché si è escluso che in relazione ad essi sia possibile risolvere i conflitti tra i successivi aventi causa, dal momento che gli stessi non sarebbero opponibili perché insuscettibili di trascrizione. Presupposto di tale considerazione è che l'art. 2643 pare elencare in modo tassativo quali siano gli atti suscettibili di trascrizione, dimostrando così indirettamente l'esistenza del *numerus clausus*⁶⁸⁰.

Per contro, si è ritenuto che un'affermazione di questo tenore scontrerebbe un'evidente inversione metodologica: il problema della trascrizione dei diritti reali atipici è successivo a quello relativo alla loro ammissibilità. Del resto non è la trascrizione ad attribuire al diritto natura reale⁶⁸¹: basti pensare a quanto accade in relazione alla trascrizione del contratto di locazione ultranovennale, che è trascrivibile nonostante la sua natura obbligatoria. Detto altrimenti, un diritto reale è caratterizzato da assolutezza, immediatezza e, soprattutto, inerenza anche là dove non sia stato trascritto; di conseguenza il problema della trascrivibilità è susseguente a quello della determinazione della natura del diritto (v. *infra* par. 4)⁶⁸².

⁶⁷⁷ Cfr. F. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 26.

⁶⁷⁸ G. VETTORI, *Circolazione dei beni ed ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. priv.*, 2008, 2, 980; ID., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, 148 ss.

⁶⁷⁹ Il tema verrà meglio sviluppato *infra* nel par. 4.

⁶⁸⁰ Cfr. G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, cit., 169 ss. e 183. Di contro v. però G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, Napoli, 2009, 52, che rileva «una singolare “circolarità” dell'argomento, che finisce col risolversi in una duplice petizione di principio», in quanto se si ritenesse di dimostrare il *numerus clausus* attraverso l'art. 2643 si rischierebbe di dimostrare un principio con l'altro.

⁶⁸¹ Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), Milano, 1990, 72: «il sistema della pubblicità non può costituire un argine assoluto contro la frantumazione dei diritti reali ed in particolare della proprietà, ma al contrario essa tende necessariamente ad adattarsi al fenomeno sostanziale». V. anche F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1991, 589 ss., che nega la possibilità di trascrivere vincoli reali atipici ex art. 2645 c.c.: è vero che tale norma pare rendere trascrivibili «altri atti» che producono gli stessi effetti degli atti tassativamente indicati, ma (la norma) ha un sottinteso, ossia che l'oggetto sotteso a questi atti debba pur sempre essere costituito dai diritti reali previsti dall'ordinamento. Anche se non possono trascurarsi gli effetti nel nostro ordinamento dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c.: v. *infra* nel testo.

⁶⁸² Un problema che ha interessato dottrina e giurisprudenza specialmente in relazione all'introduzione nel nostro ordinamento di *trust* interno.

Infine, non resta che esaminare quella che potrebbe definirsi come la giustificazione “sistematica” dell’attualità dei principi del numero chiuso e della tipicità. Si è affermato come i diritti reali atipici siano un caso di potere privato non autorizzato dal legislatore⁶⁸³: un potere che, peraltro, sembrerebbe teleologicamente orientato al soddisfacimento di bisogni e interessi non diffusi, bensì settoriali e di pochi, cioè utile ad avvantaggiare il contraente forte a discapito di quello debole⁶⁸⁴. Un fenomeno, insomma, che sembra ricordare – sotto mentite spoglie – quelle situazioni di privilegio feudale a cui la Rivoluzione francese aveva posto fine facendo proprio il retaggio – di derivazione romanistica – che vuole limitato il numero delle situazioni reali⁶⁸⁵.

Non a caso – è stato affermato⁶⁸⁶ – che le maggiori istanze volte ad ottenere l’ampliamento delle maglie dell’autonomia privata siano provenute da grandi gruppi economici, industriali e finanziari che, attraverso la stipula di convenzioni, hanno cercato di imporre un potere di fatto pur in mancanza di un’autorizzazione da parte dell’ordinamento, dando così vita ad un duplice problema: da un lato, la «creazione di nuovi schemi giuridici per il regolamento di certi interessi di utilizzazione dei beni; dall’altro, l’esigenza che tali nuovi schemi siano stabilmente inerenti alla cosa ed opponibili ai terzi come le figure tipiche dei diritti reali»⁶⁸⁷. A mero titolo esemplificativo si pensi alle diverse tendenze, ancora oggi presenti, sviluppatesi soprattutto nella seconda metà del secolo scorso: le convenzioni di lottizzazione di aree edificabili, tramite cui i lottizzanti hanno cercato di limitare e regolare le future costruzioni, anche nei confronti dei futuri aventi causa; i vincoli di non edificabilità sulla superficie residua non edificata; le istanze volte alla libera costituzione convenzionale di oneri e obbligazioni reali al di fuori dei casi previsti *ex lege*; la costituzione di servitù reciproche, aziendali e c.d. di non concorrenza; e via dicendo⁶⁸⁸. Senza dimenticare, inoltre, l’espansione dei vincoli contrattuali capaci di incidere sulla

⁶⁸³ A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 169. Tale orientamento ha comunque basi risalenti: G. VENEZIAN, *La causa del contratto. Opere giuridiche. Studi sulle obbligazioni*, Roma, I, 1919, 395; ID., *Dell’usufrutto, dell’uso*, cit., 140; E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 42.

⁶⁸⁴ V. M. COMPORI, *Note in tema di multiproprietà e di numero chiuso dei diritti reali*, in *Scritti per Mario Delle Piane*, Napoli, 1986, 505 s., che ha esplicitamente affermato come l’imposizione negoziale libera di vincoli reali nel mercato immobiliare può far sorgere particolari modi di godimento della *res* realizzanti «posizioni atipiche di privilegio».

⁶⁸⁵ Ricorda A. BELFIORE, *Interpretazione*, cit., 512, che «la tipicità dei diritti reali si ricollega – all’interno del sistema elaborato dal legislatore del 1865 – a due ordini di ragioni. Dai lavori preparatori emerge chiaramente il convincimento che, al di fuori delle situazioni soggettive sui beni già disciplinate, i privati avrebbero potuto dar vita [...] a forme di scissione tra proprietà e utilizzazione dei beni, che avrebbero espresso interessi non economici o, comunque, interessi restanti al di fuori del quadro di sviluppo pensato. A ciò si ricollegli l’ulteriore convincimento secondo cui un’eventuale realtà di tali situazioni soggettive si sarebbe obiettivamente tradotta in un ostacolo ad una pacifica e razionale gestione dei beni».

⁶⁸⁶ V. ID., *I diritti reali in generale*, cit., 227 ss.

⁶⁸⁷ Così ID., *op. ult. cit.*, 228.

⁶⁸⁸ Gli esempi indicati sono tratti da M. COMPORI, *I diritti reali in generale*, cit., 228 ss.

libera gestione dei beni: il negozio fiduciario, il *trust* e i vincoli di destinazione *ex art.* 2645-*ter c.c.*⁶⁸⁹.

In definitiva, sembra che l'esigenza di salvaguardare i principi del numero chiuso e della tipicità non dovrebbe essere letta come mera petizione di principio, bensì come uno strumento di salvaguardia approntato dal nostro ordinamento (artt. 3, comma 2, e 42, comma 2, Cost.), in un settore – come quello dei diritti reali – che è in grado di incidere nella situazione giuridica soggettiva ben più rispetto a quello obbligatorio. E ciò, a maggior ragione, ove si consideri che nemmeno le obbligazioni sorte *ex contractu* sono immuni da un'interferenza del legislatore volta a tutelare l'interesse pubblico collettivo o della parte contrattuale c.d. "debole": si pensi all'art. 1339 c.c., che disciplina l'inserzione automatica di clausole; oppure all'art. 1341, che restringe la libera contrattazione – essendo per converso disposta la specifica sottoscrizione – di alcune clausole contenute in condizioni generali di contratto; si pensi ancora, alla tutela offerta al consumatore dall'art. 33, comma 2, C. cons., che – letto in collegamento con l'art. 36, comma 1, C. cons. – sancisce la nullità della clausola (salva la prova di una specifica trattativa tra professionista e consumatore). Non potrebbe così sottovalutarsi il fatto che un atteggiamento refrattario all'accoglimento di situazioni reali atipiche potrebbe ben conciliarsi con l'atteggiamento talvolta mantenuto dal nostro legislatore, atto a restringere la libertà contrattuale in ottica protezionistica.

D'altra parte, forse proprio il fatto che il principio del *numerus clausus* non sembri trovare una propria collocazione normativa diretta o indiretta⁶⁹⁰ (come visto *retro*⁶⁹¹), dovrebbe forse portare l'interprete a compiere una diversa valutazione, che tenga conto dei «nuovi valori che emergono da un'analisi complessiva dell'ordinamento giuridico» alla luce della trasformazione dell'assetto socio-economico⁶⁹². In altre parole, oggi l'interprete dovrebbe essere posto nella condizione di aggiornare il principio del numero chiuso al fine di dar vita ad una migliore gestione della proprietà⁶⁹³, senza che questo atteggiamento venga considerato eversivo.

Perché ciò accada, tuttavia, non sembra possibile negare in assoluto l'esistenza del numero chiuso dei diritti reali che garantisce un'efficiente circolazione dei beni e

⁶⁸⁹ Cfr. T. CAMPANILE - F. CRIVELLARI - L. GENGHINI, *op. cit.*, 296, per i quali la dottrina si è profusa nella sforzo di individuare se tali figure ricomprendessero i tre requisiti individuati come fondanti di un diritto reale: assolutezza, immediatezza e inerenza. Tuttavia, agli A. è parso più significativo domandarsi se il numero chiuso rappresenti ancora un'esigenza sociale.

⁶⁹⁰ Cfr. L. SANTORO, *Il trust in Italia*, cit., 158: «[...] forse, il fatto che manchi per i diritti reali questa parte generale potrebbe paradossalmente significare che proprio in questo settore l'ordinamento consente che l'autonomia privata in massimo grado si realizzi».

⁶⁹¹ Si è notato, infatti, non solo come non vi sia una norma che faccia esplicito riferimento al numero chiuso ma anche che il riferimento agli artt. 1322, 1372, comma 2, 1379 e 2643 c.c. non venga accettato unanimemente, ed anzi sia spesso contrastato.

⁶⁹² Cfr. A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina*, cit., 7. V. anche D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 125.

⁶⁹³ V. F. M. SCARAMUZZINO, *Il numero chiuso*, cit., 17 s.

l'affidamento dei terzi. Ma occorre chiedersi se, in un contesto sociale di mutate esigenze economiche⁶⁹⁴, non siano ammissibili nuove figure di vincoli contrassegnati da realtà, create dal legislatore (si pensi, ad esempio, all'art. 2645-ter) o dall'autonomia contrattuale (nei limiti in cui la stessa sia concessa), dal contenuto «standardizzato in modo chiaro e preciso (limiti di durata, poteri di amministrazione e di alienazione del titolare, conseguenze sul loro modo di estinzione), che sia sintetizzabile nella nota di trascrizione, in modo da consentire una efficiente circolazione dei beni»⁶⁹⁵.

Una soluzione meno destabilizzante, dunque, rispetto a quella atta ad introdurre un'atipicità assoluta nel nostro ordinamento⁶⁹⁶; tesa ad affermare che non sarebbe possibile costituire qualsivoglia diritto atipico, bensì che sia possibile utilizzare fattispecie contrassegnate da una realtà più o meno spiccata⁶⁹⁷, oppure modellare il contenuto dei diritti tipici, estendendoli o aggiornandoli, senza che ne vengano incisi i caratteri fondamentali⁶⁹⁸. In tal senso, l'autonomia privata potrebbe muoversi in un'ottica di integrazione del dato legislativo, senza giungere a costituire diritti reali del tutto nuovi rispetto a quelli conosciuti nel nostro ordinamento (v. *infra* par. 2 ss.).

In quest'ultimo caso, invero, non sembra che l'atipicità (relativa) dei diritti reali si ponga in contrasto con i principi di ordine pubblico espressi dagli artt. 2, 3 e 41 Cost., in quanto non vi sarebbe ostacolo alla circolazione dei beni, a condizione, però, che si valuti caso per caso il diritto reale “relativamente” atipico e l'interesse concretamente perseguito, distinguendo così tra vincoli socialmente utili e quelli privi di rilievo perché ingiustificati⁶⁹⁹.

⁶⁹⁴ Cfr. M. COSTANZA, *Numerus clausus*, cit., 424.

⁶⁹⁵ Così T. CAMPANILE - F. CRIVELLARI - L. GENGHINI, *op. cit.*, 298 s., per i quali i terzi devono poter accertare mediante un sistema di pubblicità dichiarativa se sul bene di cui intendono divenire titolari gravino pesi; mentre i terzi creditori devono essere posti nella condizione di accertare se le garanzie che richiedono possano assicurare le loro eventuali pretese future.

Contra v., però, A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 160 ss., per il quale la semplice conoscenza che deriva dalla pubblicità immobiliare non sarebbe sufficiente a tutelare in modo adeguato il terzo acquirente.

⁶⁹⁶ La questione dell'atipicità assoluta si era posta soprattutto con riferimento alla multiproprietà ed al *trust*. In ordine a quest'ultimo talvolta, in considerazione dell'atto dispositivo del *settlor* e della titolarità gestoria del *trustee*, si è fatto riferimento ad una proprietà “anomala” o ad un diritto reale nuovo e diverso rispetto a quelli tipici.

⁶⁹⁷ Il riferimento, esplicito, corre all'istituto dell'art. 2645-ter, il quale – benché snobbato dalla dottrina e poco utilizzato nella pratica (onde evitare di veder tacciato di nullità l'atto pubblico costitutivo da cui non si evinca l'interesse meritevole di tutela) – dovrebbe essere preso seriamente in considerazione, in quanto sembra indicare un primo margine di autonomia privata – ancorché ristretto da alcuni paletti legislativi – per la costituzione di oneri reali, a cui l'art. 2645-ter sembra somigliare. Il tema verrà affrontato comunque *infra* par. 3.

⁶⁹⁸ In questo caso sembrerebbe possibile parlare di obbligazioni *propter rem* virtualmente atipiche. Esistono alcune norme, ad esempio, come l'art. 1030 c.c. dal contenuto aperto, che lasciano quindi ipotizzare una sostanziale libertà nella creazione di obblighi accessori al diritto e, comunque, tali da non ledere il nucleo essenziale del diritto. Anche in questo caso il tema ci occuperà *infra* par. 2 ss.

⁶⁹⁹ Cfr. A. BELFIORE, *Interpretazione*, cit., 577: in «un sistema caratterizzato dalla proprietà individuale e dalla libera iniziativa economica è necessario [...] individuare lo specifico pregiudizio ad interessi generali, che discenderebbe dal riconoscimento di una competenza privata in materia di diritti reali».

1.2. La tipicità e l'atipicità degli oneri e delle obbligazioni reali.

La discussione attorno alla tipicità ed al numero chiuso dei diritti reali ha pesantemente influito anche sull'analisi delle obbligazioni e degli oneri reali. La giurisprudenza e la maggior parte degli interpreti sono in larga parte concordi nel ritenere che tali figure, così come i diritti reali, costituiscano un *numerus clausus*, avendo titolo soltanto nella legge: si esclude, quindi, che i privati possano autonomamente e liberamente crearle al di fuori dei casi previsti dalla legge.

In realtà, non sempre è stato così. Fino agli anni cinquanta la giurisprudenza – sospinta dall'eccessivo rigore con cui veniva limitato lo schema delle servitù⁷⁰⁰ – ammetteva la libera costituzione convenzionale di o.r. e o. p. r., quali potevano essere l'obbligo di destinare un'area a giardino, od un terreno «esclusivamente alla costruzione di una o più fabbriche ad uso di studio per esercenti arti belle»⁷⁰¹. Le corti, in particolare, ammettevano la possibilità di costituire – al di là dei casi normativamente previsti – oneri e obbligazioni reali con efficacia non solo obbligatoria ma anche reale, a condizione, però, che gli stessi fossero resi opponibili attraverso la trascrizione dei relativi patti costitutivi presso i registri immobiliari⁷⁰².

La *ratio* di questo atteggiamento interpretativo deve essere ricercata in almeno tre ragioni tra loro profondamente connesse⁷⁰³. La prima, afferente al fatto che l'ordinamento non risultava particolarmente aperto verso possibili utilizzazioni dei fondi a scopi industriali o edilizi, intendendo in modo particolarmente restrittivo – in un contesto di economia statica – la nozione di utilità oggettiva del fondo dominante

⁷⁰⁰ V. M. COMPORTI, *I diritti reali in generale*, cit., 231, il quale pare alludere al rigore con cui erano escluse le servitù reciproche, sicché la giurisprudenza colmava tale lacuna ammettendo la libera costituzione dei vincoli reali in esame.

⁷⁰¹ Cfr. App. Milano, 10 dicembre 1954, in *Mon. Trib.*, 1955, 414; Trib. Firenze, 29 dicembre 1951, in *Foro pad.*, 1953, II, 341, con nota di B. BIONDI, *Oneri reali*, cit.; Cass., 7 maggio 1947, n. 705, in *Foro it.*, 1948, I, 420; Trib. Milano, 26 marzo 1953, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Servitù*, 67; App. Milano, 13 marzo 1959, in *Foro Padano*, 1960, I, 742.

⁷⁰² Il riferimento corre innanzitutto al *leading case* Cass., 21 marzo 1927, in *Foro it.*, 1928, I, 40, con nota critica di L. BARASSI, *La clausola che impone*, cit.: «le limitazioni convenzionali reciproche di proprietà stabilite fra proprietari di fondi in rapporto agli edifici che possono costruirsi sui fondi stessi, pur non costituendo servitù, vincolano, quando siano regolarmente trascritte, gli eredi e gli aventi causa dei contraenti». V. anche Trib. Roma, 12 agosto 1927, *ivi*, 1928, I, 127; Cass., 12 marzo 1937, n. 761, in *Foro it. Mass.*, 1937, 172; Cass., 5 maggio 1939, n. 1506, *ivi*, 1939, 303; Cass., 5 agosto 1940, n. 2790, *ivi*, 1940, 511; Cass., 12 marzo 1941, n. 713, *ivi*, 1941, 155; Cass., 9 luglio 1946, n. 824, *ivi*, 1946, 193; Cass., 24 maggio 1947, n. 82. *Ivi*, 1947, 186; Cass., 29 maggio 1939, in *Giur. it.*, 1939, I, 1, 934; Cass., 14 gennaio 1946, 37, in *Giur. comp. Cass., civ.*, 194, con nota contraria di A. TORRENTE, *Servitù*, cit.

Ritiene, tuttavia, L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 60 nota 1, che il caso dibattuto dalla sentenza guida del 1927 si inserisse in realtà nella più ampia problematica della configurabilità delle servitù reciproche. La Corte, pertanto, aggirava il problema (le servitù reciproche all'epoca non erano ancora ritenute ammissibili) facendo riferimento alla figura dell'onere reale, ossia modificando il *nomen juris*. V. anche G. BALBI, voce *Obbligazione reale*, cit., 672. *Contra* P. BONFANTE, *Servitù e obbligazioni*, in *Riv. Dir. comm.*, 1918, 485 ss., che, richiamando il diritto romano, negava la possibilità di costituire liberamente obbligazioni ambulatorie.

⁷⁰³ Sono le ragioni individuate da M. COMPORTI, *I diritti reali in generale*, cit., 231 s.

per le servitù⁷⁰⁴. La seconda, riguardante il fatto che l'ordinamento – mostrando così una scarsa attitudine ad accettare nuove forme dinamiche per lo sfruttamento edilizio delle aree fabbricabili – non ammetteva e non comprendeva la figura delle servitù reciproche, ritenendo inammissibile confondere tra loro fondo dominante e servente⁷⁰⁵. La terza, imputabile alla reazione di coloro che ritenevano di poter convenire liberamente obblighi e vincoli all'interno di una situazione reale, al fine di sfuggire all'ostacolo posto dal principio *servitus in faciendo consistere nequit*, esaltato dagli interpreti fino al punto di assumere le vesti di principio generale esteso a tutti i diritti reali per difenderne i caratteri di assolutezza e pienezza⁷⁰⁶.

In tal senso la giurisprudenza si trovava quasi costretta a riconoscere «l'inerenza reale dei vincoli reciproci per le future costruzioni nelle lottizzazioni di aree fabbricabili, ad ammettere l'efficacia reale di particolari vincoli *ratione rei, fundi nomine*, sicché il rapporto che si negava essere una servitù veniva a ricevere una regolamentazione sostanzialmente analoga, attraverso le figure degli oneri reali o delle obbligazioni *propter rem*»⁷⁰⁷.

Tuttavia, come si accennava poc'anzi, tale indirizzo mutò negli anni cinquanta, quando la dottrina iniziava a manifestare i primi segni di preoccupazione nei confronti di un atteggiamento giurisprudenziale che rischiava di mettere a repentaglio il principio del *numerus clausus*, nonché la libertà e la pienezza della proprietà⁷⁰⁸. Le maglie dell'interpretazione iniziarono così ad aprirsi verso gli interessi e i bisogni di un'economia ora dinamica: attraverso il riconoscimento delle servitù reciproche e della possibilità di applicare lo schema della servitù, iniziò a ravvisarsi un'utilità oggettiva del fondo all'interno delle limitazioni e dei vincoli edilizi imposti dagli

⁷⁰⁴ Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 141 ss.

⁷⁰⁵ Il tema è già stato toccato: *supra* Cap. II, par. 3.6. V. *ex multis* Cass., 21 marzo 1927, cit.; Cass., 19 dicembre 1931, in *Foro it.*, 1932, I, 404; Cass., 27 luglio 1933, in *Foro it. Rep.*, 1933, voce *Servitù*, 16; App. Roma, 17 marzo 1936, in *Foro it.*, 1936, I, 1599; App. Bologna, 26 maggio 1942, in *Foro it. Rep.*, 1943, 45.

⁷⁰⁶ È la reazione individuata da F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 108 s., nei confronti di una formulazione ormai divenuta «ipertrofica». La critica dell'A. si muove nei confronti di coloro che hanno esteso il significato di una formula nata in materia di servitù a tutti i diritti reali, fino al punto di ritenere che non sia pensabile «in generale un diritto reale *in faciendo*, consistente cioè nella pretesa di una prestazione positiva, pretesa nei confronti di chi si trova in una data posizione di dominazione della cosa» (così G. GROSSO - G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 51; ma v. anche G. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, cit., 766; B. BIONDI, *Oneri reali ed obbligazioni*, cit., 346).

⁷⁰⁷ Così M. COMPORI, *I diritti reali in generale*, cit., 232 s.

⁷⁰⁸ Cfr. G. GROSSO, *Servitù e obbligazione*, cit., 213 ss.; ID., *Tipicità delle obbligazioni propter rem*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, I, 251 ss.; B. BIONDI, *Servitù reciproche*, cit., 29 ss.; N. DISTASO, *Diritto reale, servitù*, cit., 437 ss.; C. A. FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni*, cit., 163 ss.; G. BALBI, *Le obbligazioni*, cit., 163 ss.; ID., voce *Obbligazione reale*, cit., 672: «[...] spesso ci si vuole servire dell'obbligazione reale per giustificare la successione in certi rapporti che non si vogliono qualificare come servitù, mentre in effetti sono servitù».

acquirenti al momento della vendita delle aree fabbricabili⁷⁰⁹, e iniziò ad attribuirsi al vincolo una *qualitas fundi*, cioè un carattere di inerenza al bene⁷¹⁰.

La giurisprudenza influenzata da questo nuovo atteggiamento interpretativo, giunse ad affermare che – in ossequio «al principio della libertà dei fondi e nell'interesse generale dell'incremento della produzione» – gli oneri reali e le obbligazioni *ob rem*, non potevano avere «un'applicazione generale ed illimitata», ma avrebbero dovuto costituire «figure tipiche ammissibili soltanto nei casi previsti dalla legge»⁷¹¹.

Nelle decisioni delle corti⁷¹² si intravedevano le stesse ragioni che erano state utilizzate per sostenere la rigorosa tipicità delle situazioni reali (v. *supra* par. 1), ridotte «ad un numero chiuso di figure predeterminate sul presupposto che l'indiscriminata facoltà concessa ai privati di creare liberamente vincoli alla proprietà fondiaria, validi nei confronti di qualsiasi acquirente contro la sua stessa volontà» potesse risultare dannoso per l'economia⁷¹³. E ciò anche là dove i privati avessero deciso di attribuire un carattere di realtà alle loro convenzioni trascrivendole⁷¹⁴.

⁷⁰⁹ Per contro ravvisa M. COSTANZA, *Numerus clausus*, cit., 444, si iniziava ad ammettere che le obbligazioni *ob rem* atipiche non fossero ammissibili perché in contrasto con l'inammissibilità di servitù reali *in faciendo*.

⁷¹⁰ Non sembra, perciò, peregrino affermare che l'ambito applicativo per gli oneri e le obbligazioni reali sia stato progressivamente ridotto. Certo resterebbe aperto il problema dell'imposizione contrattuale di obblighi di *facere* dipendenti dalla titolarità del diritto, dal momento che le servitù non ammettono prestazioni positive (v. *supra* Cap. II, par. 3).

Circa la descrizione del passaggio dalla figura dell'obbligazione reale alla servitù v. F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 139 ss. In giurisprudenza v. Cass., 28 gennaio 1961, n. 168. In *Riv. Giur. ed.*, 1961, I, 108; Cass., 27 gennaio 1962, n. 153, in *Foro it. Rep.*, 1962, voce *Servitù*, 28-29; Cass., 5 febbraio 1969, n. 366, *ivi*, voce *cit.*, 45; Cass., 20 marzo 1972, n. 860, *ivi*, voce *cit.*, 9; Cass., 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1346; da ultimo v. Cass., 23 febbraio 2009, n. 4373, in *Foro it. Rep.*, 2009, voce *Servitù*, 30.

⁷¹¹ Così si esprime Cass., 18 gennaio 1951, 141, cit., che offre un primo *revirement* della questione. Ma v. *ex multis* Cass., 26 giugno 1952, n. 1896, in *Foro it.*, 1953, I, 1657, con riferimento a presunte ipotesi di obbligazioni reali; Cass., 29 ottobre 1955, n. 3554, in *Foro Padano*, 1956, I, 581, con riguardo all'onere reale; Cass., 18 febbraio 1955, n. 483, in *Giur. agr. it.*, 1955, 397; Cass., 29 febbraio 1960, n. 392, in *Rep. Giur. it.*, 1960, voce *Obb. e contratti*, 2; Cass., 7 settembre 1978, n. 4045, in *Foro it.*, 1979, I, 724, con nota di M. LUPO COSTI, *Un caso*, cit. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Salerno, 30 luglio 1954, in *Giust. civ.*, 1955, I, 330; App. Roma, 28 gennaio 1954 e App. Torino, 19 marzo 1954, in *Foro Padano*, 1954, I, 907 e 913.

⁷¹² Decisioni salutate favorevolmente da G. GROSSO, *Tipicità delle obbligazioni*, cit., 252, per il quale sarebbe da condividere il principio di tipicità che impedisce una creazione *ad libitum* di nuove obbligazioni reali: «altrimenti i limiti che il legislatore pone ai diritti reali, in particolare alle servitù, si ridurrebbero ad un puro ed elegante gioco di costruzione teorica, in quanto sarebbero praticamente superabili il più delle volte con un cambiamento di etichetta, cioè col costruire una obbligazione *propter rem*».

⁷¹³ Cfr. A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 321, il quale parla espressamente di ambiguità delle obbligazioni reali che manifesterebbero i caratteri di un'obbligazione se considerati dal punto di vista della struttura e del diritto reale dal punto di vista dell'efficacia. Per tale ragione alle o. p. r. occorre estendere gli stessi principi previsti per i diritti reali anche a tali figure. *Contra* L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 61. Ma v. anche M. LUPO COSTI, *Un caso*, cit., 802, la quale ritiene che l'accoglimento del principio di tipicità per le obbligazioni *propter rem* non implicherebbe ammettere anche che le stesse costituiscano un *numerus clausus*.

⁷¹⁴ In dottrina v. F. ROLFI, *Sulla tipicità delle obbligazioni*, cit., 564, per il quale – soprattutto con riguardo all'obbligazione *ob rem* – anche in assenza di un *revirement* giurisprudenziale sarebbe stato comunque precluso ai privati far assumere i caratteri di realtà al vincolo atipico. Invero, il sistema della pubblicità immobiliare opererebbe solo nei casi previsti dalla legge. La trascrizione di un atto non

Le ragioni poste a sostegno della limitazione dell'ambito di autonomia erano quelle già viste sopra: la prima, evitare che la proprietà e gli *iura in re aliena* risultassero eccessivamente svuotati dalla proliferazione di rapporti obbligatori, che avrebbero limitato i poteri del titolare; la seconda, tutelare i contraenti deboli che, attraverso l'acquisto del diritto reale, si sarebbero visti costretti ad accettare un numero eccessivo di obblighi in favore del contraente più forte; la terza, escludere che forme convenzionali di vincoli atipici potessero ledere il principio di relatività del contratto attraverso la previsione di un obbligo che potesse trasferirsi anche a carico di un eventuale terzo acquirente⁷¹⁵.

D'altro canto, il nuovo approccio non fu immune da resistenze⁷¹⁶. Occorre tuttavia distinguere tra oneri reali ed obbligazioni *ob rem*. Se con riguardo ai primi si è sostanzialmente escluso che i privati potessero costituirne di nuovi al di fuori dei casi previsti dalla legge, non altrettanto è stato fatto per le seconde, dove alcuni interpreti⁷¹⁷ hanno (nuovamente) aperto a questa possibilità, facendo leva sulla funzione sociale

contemplato dalle norme in materia non potrebbe certo rendere opponibile il vincolo ai terzi, sicché «se trascritta l'*obligatio propter rem* convenzionale non sarebbe vincolante se non per le parti originarie della convenzione». Anche F. GAZZONI, «*Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*», in *Riv. Not.*, 2001, 15, rende efficacemente l'immagine paragonando il sistema della trascrizione ad «una scacchiera su cui possono muoversi solo i pezzi degli scacchi, con le loro tipiche mosse». Ma specificamente sul tema v. anche ID., *La trascrizione immobiliare*, cit., 649 ss.; nonché V. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, XIX, 2, 1985, 71 ss.; A. FUSARO, *Vincoli temporanei di destinazione e pubblicità immobiliare*, in *Contratto e impr.*, 1993, 815 ss.

La giurisprudenza sembra concorde nel ritenere che le obbligazioni o gli oneri pattiziamente costituiti avrebbero solo efficacia obbligatoria: v. Cass., 2 gennaio 1997, n. 8, che in un caso avente ad oggetto l'obbligo di installare un cancello a delimitazione di due proprietà – assunto in un contratto di vendita di un fondo contiguo ad altro che continuava a rimanere di proprietà del venditore – ha ritenuto che «l'obbligazione in questione [...] non aveva la tipicità delle obbligazioni *propter rem* [queste infatti] hanno titolo nella legge, al pari dei diritti reali; esse sono caratterizzate, oltre che dall'accessorietà e dall'ambulatorietà (dal lato soggettivo passivo), dal requisito della tipicità, con la conseguenza che non possono essere liberamente costituite dall'autonomia privata [...]». Ma l'orientamento ha radici profonde: v. *ex plurimis* Cass., 18 gennaio 1951, n. 141, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 29; Cass., 26 giugno 1952, n. 1896, in *Foro it. Rep.*, 1952, voce *Obbl. e contratti*, 183; Cass., 19 ottobre 1957, n. 3982, in *Foro it. Rep.*, 1957, voce *cit.*, 179; Cass., 29 febbraio 1960, n. 392, *ivi*, 1960, voce *cit.*, 161.

Di contro si potrebbe segnalare l'isolata pronuncia Cass., 6 marzo 2003, n. 3341, in *Dir. e Giur.*, 2004, 695, con nota di E. AGNESE, *Note in tema di ammissibilità di obbligazioni reali 'atipiche' e di 'scopo economico' nei consorzi di urbanizzazione*, che negò la tipicità delle obbligazioni reali assumendo «al principio di tipicità sono vincolati i diritti reali, e non anche le cosiddette obbligazioni *propter rem*». Una pronuncia che – si diceva – isolata, in quanto già Cass., 4 dicembre 2007, n. 25289, in *Il Sole 24 Ore*, *Cons. Imm.*, 2016, 1008, 1791, ritenne opportuno discostarsi dal precedente in quanto non motivato per accostarsi alla linea interpretativa diffusa.

⁷¹⁵ Cfr. F. ROLFI, *op. cit.*, 564.

⁷¹⁶ V. C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 141: «se è vero [...] che il principio di relatività del contratto risponde a un sicuro interesse generale sottratto alla disponibilità dei privati, deve anche riconoscersi che certi valori hanno assunto una crescente rilevanza sociale, e che la loro considerazione può giungere a giustificare l'imposizione di obblighi a carico dei terzi anche da parte dei privati. Occorre allora prendere atto che la creazione di obblighi a carico di terzi può rispondere ad apprezzabili interessi sociali, prevalenti sul principio di relatività dei contratti».

⁷¹⁷ V. su tutti L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 62 ss., nonché M. COSTANZA, *Numerus clausus*, cit., 441 ss.; ma v. anche A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 327: «sono ancora meno ammissibili *oneri reali* atipici, il cui contenuto consiste in una prestazione positiva gravante, a titolo principale, sul "debitore" e sui successivi acquirenti».

della proprietà *ex art. 42, comma 2, Cost.* e distinguendo la nozione di *numerus clausus* da quella di tipicità.

2. L'atipicità delle obbligazioni *propter rem*.

Il principio della tipicità delle obbligazioni *propter rem* viene contestato sulla base delle medesime ragioni opposte alla tipicità dei diritti reali. In particolare, si ammette che il tentativo di sottrarre le obbligazioni reali al campo dell'autonomia sia plausibile solo ove tipicità e numero chiuso siano effettivamente prospettati come mezzi di tutela del contraente più debole, ossia come uno strumento di salvaguardia eretto per impedire le prevaricazioni dei gruppi economicamente più forti⁷¹⁸.

Tuttavia, si prende atto di come la stessa riduzione del “numero” dei diritti reali non consenta alcuna profilassi in questo senso, dal momento che gli stessi diritti reali, benché tipici ed in numero limitato, spesso divengono «strumenti di sopraffazione straordinariamente efficaci»⁷¹⁹: si pensi, ad esempio, alla manipolazione interpretativa dell'istituto della servitù, giunta sino al punto di consentire l'imposizione di limiti o vincoli agli acquirenti di lotti di aree edificabili in relazione alle caratteristiche delle erigende costruzioni, oppure alla riconosciuta possibilità di costituire servitù reciproche⁷²⁰. Sembrerebbe immediata la considerazione per cui tali vincoli, benché non qualificati come *o. p. r.* atipiche, siano in grado di incidere profondamente sul contenuto del diritto di proprietà, facendo nascere titolarità articolate e diverse dagli schemi previsti *ex lege*. Il che – detto diversamente – comporterebbe comunque la lesione del *numerus clausus*.

Si esclude, dunque, che una restrizione nel campo dell'autonomia delle obbligazioni *p. r.* possa condurre verso i risultati sperati di perequazione della parti contrattuali, ed al contempo si intravede la necessità di un'apertura verso la libera incidenza dell'autonomia privata, che consentirebbe senz'altro di soddisfare le nuove e mutevoli esigenze socio-urbanistiche, di tutela del contesto ecologico nonché della salute della collettività⁷²¹. E ciò, soprattutto, ove si consenta ai privati di creare vincoli «capaci di imporsi ai terzi, in funzione [...] di un miglior assetto urbanistico delle aree interessate e, perciò, anche a vantaggio degli *omnes*. Vincoli non riconducibili nell'ambito dei diritti reali e [...] della servitù perché aventi ad oggetto un

⁷¹⁸ L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 63, dove l'A. critica apertamente il pensiero di Comporti.

⁷¹⁹ ID., *loc. ult. cit.*

⁷²⁰ Cfr. M. COSTANZA, *Numerus clausus*, cit., 444.

⁷²¹ Così G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 148, che – anche se con riferimento all'onere reale – affermava: «Esigenze rilevanti di natura socio-urbanistica [...] e anche di tutela del contesto ecologico, postulano il ripristino dell'onere reale come strumento utilizzabile dall'autonomia privata».

Di contro v. A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 328, che entra in aperto contrasto con Gandolfi là dove afferma che sarebbe errato ritenere che vi sia conflitto tra la funzione sociale della proprietà, che potrebbe essere perseguita attribuendo al privato la facoltà di costituire liberamente *o. p. r.*, e la riserva di legge, che per contro mirerebbe a precludere tale facoltà. E ciò perché «i limiti (e gli obblighi) alla proprietà nell'interesse collettivo costituiscono la sua funzione sociale; ma possono essere stabiliti solo dalla legge, non dall'autonomia privata».

comportamento positivo o negativo e predisposti non a vantaggio dei fondi, ma dei soggetti [...]: non, quindi, delle cose, ma delle persone e [...] anche di interessi eventualmente attinenti alla personalità»⁷²².

Tale auspicata apertura, peraltro, ben si concilierebbe con il dettato costituzionale, inteso a rispettare la funzione sociale della proprietà (art. 42, comma 2) e la libertà di iniziativa economica (art. 41, comma 2); e al contempo non sarebbe esente da forme di controllo, alla luce dell'art. 1322, comma 2, che subordina la validità causale del contratto costitutivo del vincolo alla presenza di un interesse meritevole di tutela⁷²³.

Si ritiene necessario, dunque, prendere atto del fatto che gli interessi sociali hanno ormai portato ad una progressiva limitazione e diminuzione dei poteri spettanti al proprietario, al punto che la proprietà non può più essere considerata come una signoria illimitata destinata a fornire al singolo la massima utilità⁷²⁴. Anzi, più precisamente, è necessario ammettere che le istanze volte ad una diversa utilizzazione economica dei beni hanno portato a moltiplicare i modelli di proprietà, sino al punto di sgretolare il «concetto unitario di proprietà fondato sullo schema della proprietà fondiaria»⁷²⁵.

Il “dogma” della proprietà intesa in senso unitario è infatti oggetto di rimeditazione⁷²⁶. Basti pensare che, in relazione alle obbligazioni di *dare* nascenti dal contratto preliminare o dal negozio fiduciario (intese nel senso di obbligarsi a trasferire), si riconosce nel diritto dell'obbligato una proprietà dissociata e limitata dalla stessa obbligazione, ed inoltre caratterizzata non solo dall'obbligo di non alterare

⁷²² Così L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 64 ss., la quale giunge così a negare che ammettendo la libera configurabilità di obbligazioni *propter rem* si giunga a violare il principio *servitus in faciendo consistere nequit*, ravvisando appunto una diversità di struttura tra *obligatio* e servitù. L'A. sembra peraltro suggerire che le stesse servitù aziendali siano obbligazioni *ob rem* (v. *supra* Cap. II).

V. anche G. GANDOLFI, voce *cit.*, 143 ss.

⁷²³ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 64, la quale criticava profondamente l'atteggiamento restrittivo di quegli interpreti che negavano l'autonomia privata in ambito di obbligazioni reali, ravvisando come gli stessi si preoccupassero di ricercare l'interesse meritevole di tutela solo per le obbligazioni reali ma non anche nei piani di lottizzazione e nelle servitù reciproche.

⁷²⁴ M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, 91, secondo il quale se il diritto di proprietà è effettivamente espressione della persona, ciò non implica che i suoi interessi debbano essere necessariamente coincidenti con quelli pubblici. V. anche S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 15, per il quale l'esistenza nel nostro ordinamento di una serie di limiti alla facoltà di godimento non altera il diritto di proprietà in virtù della sua “elasticità”.

⁷²⁵ Così M. COSTANZA, *Numerus clausus*, cit., 425 s., che al contempo ravvisa pure una parallela trasformazione per l'autonomia contrattuale, ritenendo che l'esigenza di temperare gli interessi opposti dei contraenti ha modificato la visione delle libertà negoziali «spostando l'accento dal momento della autodeterminazione a quello della instaurazione della relazione intersoggettiva socialmente rilevante».

⁷²⁶ In particolare v. S. PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., 145 ss., che sottolinea come si sia passati da “una” sola proprietà a “più” proprietà, evidenziando così che ormai i soggetti pubblici e privati si servono di diversi statuti per regolare gli interessi in gioco, articolandoli in modo diversificato a seconda della consistenza strutturale ed economica dell'oggetto di tutela. Cfr. anche A. GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975, 342 ss.

lo stato giuridico e materiale della *res*, ma anche da quello di custodia nell'interesse di un altro soggetto⁷²⁷.

Per queste ragioni si è giunti ad ammettere che la titolarità di un bene possa assumere diverse forme a seconda della funzione impressale dal contratto, a condizione, però, che si tratti di una funzione rilevante e meritevole ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1322 c.c.⁷²⁸.

Proprio questo progressivo moltiplicarsi delle forme di proprietà⁷²⁹ non deve però implicare la scomparsa del numero chiuso o della tipicità delle situazioni reali, bensì portare ad una diversa presa di coscienza: in mancanza di segnali espliciti di una riserva esclusiva di legge in materia di diritti reali, si dovrebbe consentire un'estensione degli schemi legislativi dei rapporti reali, ammettendo l'esistenza di una tipicità più o meno ristretta. Una sorta di atipicità relativa⁷³⁰, che consentirebbe alle obbligazioni *ob rem* di trovare la propria fonte in un contratto, purché il tipo sia previsto dalla legge⁷³¹.

A sostegno di questa tesi si nega che i principi di tipicità e di numero chiuso siano tra loro assimilabili, accogliendo – come sembrerebbe preferibile – quell'interpretazione che vede la tipicità riferita al “tipo” di situazione, al contenuto

⁷²⁷ V. A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 59 ss. e 342 ss. V. anche G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 264 ss., che allude alla proprietà interinale con riguardo al promittente venditore di cosa altrui.

⁷²⁸ Si pensi al contratto estimatorio, all'alienazione in garanzia o al mandato senza rappresentanza in relazione al quale R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1988, 101 ss., parla addirittura di proprietà smembrata con riguardo alla posizione del mandatario senza rappresentanza ad acquistare immobili. Ma v. anche M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., 143 ss. e 149.

⁷²⁹ In realtà, come ricorda U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007, 42 s. e spec. nota 172, non è così pacifico che la proprietà possa subire delle frammentazioni. Esistono orientamenti, invero, che negano la possibilità di “frammentare” e “dissociare” la proprietà attraverso l'imposizione di limiti alle facoltà di godimento e di disposizione del titolare, come accade, ad esempio, nelle figure della proprietà “risolubile” o “temporanea”. Quanto alla prima, la temporaneità del diritto è stabilita a posteriori, ossia al verificarsi di un fatto futuro ed incerto che costituisce condizione risolutiva del diritto: si pensi alla vendita con patto di riscatto, alla sostituzione fedecommissoria, alla cessione della proprietà in garanzia.

La proprietà temporanea, invece, è soggetta ad un termine finale con effetto reale, tale per cui allo scadere di questo il trasferimento del diritto avverrà automaticamente. Se taluno ha assimilato tale fattispecie all'usufrutto, altri ha visto in essa un *tertium genus* tra proprietà e *ius in re aliena*, in quanto il diritto acquistato, oltre all'obbligo di restituzione, vedrebbe l'imposizione di limiti alla facoltà di godimento e al potere di disposizione; tuttavia divergerebbe dall'usufrutto per la trasmissibilità *mortis causa* e per l'imprescrittibilità (A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1974, 440 ss.). Ne sarebbero esempi il legato di specie a termine finale e la proprietà superficiaria a tempo determinato.

Se la dottrina più moderna tende ad ammettere tanto la proprietà risolubile quanto quella temporanea, occorre segnalare come la dottrina più tradizionale (cfr. L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, (s.d.), 143) avversasse soprattutto la proprietà temporanea. E ciò per l'asserita corrispondenza (v. *retro* nel testo par. 1.2) tra negozio causale e diritto trasferito: il termine apposto alla proprietà coinciderebbe con un termine imposto al negozio e ai suoi effetti reali, ma ciò non sarebbe ammissibile, perché la natura dei contratti traslativi è tale da ammettere solo un'efficacia definitiva, che potrebbe venire meno solo retroattivamente. Solo in quest'ultimo caso il trasferimento del diritto e i suoi effetti potrebbero considerarsi come mai sorti.

⁷³⁰ V. M. COSTANZA, *Numerus clausus*, cit., 426.

⁷³¹ Cfr. M. RINALDO, voce *Obbligazione*, cit., 413.

e/o alla disciplina che i privati possono prescegliere per regolare una situazione giuridica; mentre il “numero chiuso” riferito all’esclusività della fonte che regola l’istituto, che potrà così configurarsi nei soli casi ammessi dall’ordinamento⁷³².

In altri termini, nulla potrebbe impedire che le obbligazioni *propter rem* derivino da contratto, purché il “tipo” ne sia previsto dalla legge⁷³³. E ciò perché «l’ammissibilità di obbligazioni *propter rem* non può dirsi compromessa dall’esistenza di limiti di operatività che incidono esclusivamente sugli aspetti quantitativi, e non anche su quelli qualitativi degli istituti giuridici»⁷³⁴.

Ciò, peraltro, sembra pure giustificato dal dato normativo. Basti pensare all’art. 1030, che riconosce – neanche troppo velatamente – ai privati il potere di pattuire una prestazione accessoria e positiva, con l’unico limite di dover perseguire e conseguire l’utilità *ex art. 1027* del fondo dominante. Limite che sembra inoltre atteggiarsi quale specificazione del principio di autonomia privata offerto – in ambito contrattuale – dall’art. 1322⁷³⁵: se infatti i contraenti perseguono il vantaggio (*utilitas*) del titolare del fondo dominante – rispettando così il limite della funzione della servitù – non fanno altro che attuare e realizzare concretamente interessi meritevoli di tutela⁷³⁶. Non si vede perché, dunque, vietare all’autonomia contrattuale di prefigurare obbligazioni *ob rem* atipiche il cui contenuto sia strumentale a quell’obiettivo⁷³⁷.

Invece, sembra non possa accogliersi la tesi di coloro che ammettono l’atipicità dell’obbligazione *propter rem* a priori, sulla scorta della particolare “realità” che contraddistingue questa figura⁷³⁸. Siccome la realtà delle *o. p. r.* sarebbe funzionale alla sola determinazione del soggetto passivo del rapporto obbligatorio⁷³⁹, si è sostenuto che le stesse sarebbero compatibili con qualsiasi fonte dell’obbligazione ai sensi dell’art. 1173 c.c., sia essa contratto, fatto illecito od ogni altro atto o fatto idoneo⁷⁴⁰. Tale considerazione, però, suscita più di una perplessità in considerazione del fatto che sembra voler consentire un’illimitata autonomia, arrivando persino a snaturare la stessa obbligazione *propter rem*, che non sarebbe più limitata alle previsioni di legge o contrattuali, ma addirittura estesa agli atti unilaterali e al fatto

⁷³² Cfr. M. LUPO COSTI, «Un caso di obbligazione “*propter rem*”?», cit., 795 ss.

⁷³³ Cfr. A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1642.

⁷³⁴ Così, testualmente, M. COSTANZA, *Numerus clausus*, cit., 444.

⁷³⁵ Cfr. M. LUPO COSTI, *op. cit.*, 801.

⁷³⁶ V. Cfr. A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1642.

⁷³⁷ Cfr. F. ROLFI, *Sulla tipicità delle obbligazioni propter rem*, cit., 563, che pur ritenendo che tipicità e numero chiuso siano due entità che operano congiuntamente, afferma che esistono ipotesi di divergenza: «gli obblighi *propter rem* previsti dall’art. 1030 rispettano sicuramente il principio del numero chiuso, in quanto sono contemplati dalla legge, ma la possibilità per le parti di modellarne il contenuto, comporta di fatto la loro atipicità».

⁷³⁸ Cfr. M. RINALDO, voce *Obbligazione*, cit., 413

⁷³⁹ V. *passim* nei capitoli precedenti.

⁷⁴⁰ Cfr. C. CARNEVALE, *Appunti in margine alle obbligazioni reali*, in *Dir. e giust.*, 1955, 299; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 66, per il quale ogni qualvolta ci si trovi in presenza di due *jura in re* concorrenti, l’*obligatio* «può sempre costituirsi per volontà delle parti e anche fuori dai casi espressamente previsti dalla legge».

illecito, con il quale – a tacer d’altro – il vincolo di accessorietà proprio dell’obbligazione *propter rem* sembra stridere non poco.

A parer mio, per contro, accogliendo la tesi volta a non ritenere coincidenti le nozioni di numero chiuso e di tipicità, e ad ammettere che il privato possa per questo intervenire sul “tipo” del diritto reale – senza lederne il nucleo centrale e perseguendo un interesse meritevole di tutela – usufruendo dei margini di autonomia lasciategli dal legislatore, risulterebbe alquanto agevole giustificare l’autonomia privata nell’ambito delle obbligazioni *ob rem*, e si riuscirebbe a superare quello che sembra essere il vero limite insormontabile per l’autonomia privata: l’art. 1372 c.c.

Secondo questa norma, infatti, il contratto non produce effetti rispetto ai terzi, i quali devono poter essere messi in condizione di valutare l’esistenza di pesi e vincoli in sede di circolazione del bene, se opponibili *erga omnes*. Gli effetti verso i terzi possono essere prodotti solo nei casi previsti dalla legge, ovvero in quelli disciplinati dagli artt. 42 Cost. e 832 c.c., che sembrano ricondurre alla sola legge la possibilità di determinare i limiti (con effetto verso i terzi) della proprietà, e quindi anche di creare nuovi diritti reali minori.

D’altra parte – come già prospettato a più riprese in questa ricerca⁷⁴¹ – un dato non può e non deve sfuggire: l’obbligazione *propter rem* è un rapporto obbligatorio di fonte contrattuale, e non un diritto reale.

Al contempo, sarebbe figlia di un’errata impostazione del problema quella di concepire ancora l’obbligazione *propter rem* come «l’ultima difesa della purezza del diritto reale»⁷⁴², ossia di un diritto in cui – al fine di salvaguardarne l’assolutezza e la pienezza – vengono scissi il complesso di poteri e facoltà dalle situazioni di svantaggio, quali potrebbero essere le obbligazioni reali⁷⁴³.

Per converso, occorrerebbe iniziare a ritenere che l’obbligazione in esame entri a far parte a pieno titolo della struttura complessa della situazione reale: intesa come sintesi di potere e dovere⁷⁴⁴. Là dove il profilo del dovere, se analizzato, metterebbe in risalto la presenza di due diverse situazioni: da un lato i doveri assoluti, intesi come profili essenziali per la conformazione della situazione reale, considerati immodificabili dall’autonomia privata; dall’altro gli obblighi o le obbligazioni, ossia le regole per l’esercizio del diritto, che, pur trovando causa nella legge, nei limiti di

⁷⁴¹ Soprattutto nel Cap. I, *passim*.

⁷⁴² Così F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 117.

⁷⁴³ V. M. COMPORTI, *I diritti reali in generale*, cit., 240 e *passim*. Il pensiero dell’A. – al pari di quello di Giorgianni, ancorché in un diverso significato (v. *supra* Cap. I) – è quello di rimeditare completamente la struttura del diritto reale, ritenendo che lo stesso non rappresenti più un composto di situazioni di vantaggio e di svantaggio scisse le une dalle altre, ma un’unica struttura complessa ed articolata.

⁷⁴⁴ È soprattutto F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 167 ss. e 187 ss. a configurare il diritto reale come sintesi di potere e di dovere. Ma v. anche M. COMPORTI, *I diritti reali in generale*, cit., 241.

questa «possono essere liberamente regolati dalle convenzioni delle parti, seguendo la disciplina propria dei rapporti obbligatori»⁷⁴⁵.

Ammettendo, allora, che l'obbligazione reale entri a far parte del contenuto complesso della situazione reale, non si potrà fare a meno di notare che la questione della loro tipicità o atipicità assuma un contorno sfumato, divenendo questione principe quella di valutare l'ammissibilità della regolamentazione secondo autonomia della singole situazioni reali⁷⁴⁶. Sicché «le presunte obbligazioni reali atipiche sarebbero in realtà obbligazioni tipiche, effetti di una complessa situazione già prevista dal legislatore nella disciplina dei diritti reali»⁷⁴⁷.

In conclusione, non sembra poi così remota la possibilità di ammettere che margini di autonomia per le o. p. r. esistono proprio perché è il legislatore ad averli previsti, lasciando ai privati, in dipendenza della titolarità di un diritto reale, qualche spazio utile a regolamentare i propri interessi con efficacia opponibile ai terzi⁷⁴⁸. E spazi di autonomia in cui sembra possibile intravedere l'attribuzione di un potere per privati – che potremmo definire – di “integrazione inversa”: in una materia rigidamente disciplinata come i diritti reali, che – per le ragioni sopra enunciate⁷⁴⁹ – si ammettono solo in numero chiuso e tipizzati, non saranno gli obblighi e le pattuizioni contrattuali ad essere integrati dalla legge, ma sarà quest'ultima ad essere integrata, colorata, da obbligazioni positive o negative previste autonomamente dalle parti, ove sia la stessa legge a consentirlo; e ciò a condizione che le pattuizioni non si sovrappongano ai limiti del diritto già previsti *ex lege* e, soprattutto, non prevarichino il contenuto

⁷⁴⁵ Così ID., *loc. ult. cit.* e spec. 227 ss. il quale in sostanza ritiene che il limite ineliminabile delle situazioni reali sia rappresentato da quelle situazioni semplici di vantaggio e di svantaggio che compongono il nucleo fondamentale dei singoli tipi di diritti reali; viceversa costituirebbero limite eliminabile e liberamente disciplinabile dall'autonomia privata quelle altre situazioni che, per quanto di vantaggio o svantaggio, e pur facendo parte della situazione reale, non ne rappresentano il nucleo fondamentale, ma ne regolano solo l'esercizio.

Contra A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 229 ss., che svolge un'analisi più rigorosa del tipo contrattuale ritenendo ambigua la distinzione tra contenuto del diritto e modalità di esercizio. L'A. ritiene che l'unica distinzione in grado di delimitare l'autonomia privata nel campo dei diritti reali sia quella tra determinazioni del contenuto stabilite dallo stesso legislatore e determinazioni rimesse alla volontà delle parti: rientrerebbero nelle prime le norme inderogabili, che costituiscono il contenuto essenziale del diritto delineandolo espressamente o attraverso divieti; rientrerebbero nelle seconde le norme che rimettono alla volontà delle parti la determinazione di alcuni aspetti del diritto, attraverso un richiamo esplicito o un'autorizzazione legislativa.

⁷⁴⁶ M. LUPO COSTI, *op. cit.*, 802.

⁷⁴⁷ *Testualiter* A. NATUCCI, *op. ult. cit.*, 330.

⁷⁴⁸ Negli anni cinquanta già S. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. Trim. proc. Civ.*, 1955, 1009 ss., interrogandosi sul ruolo ascrivibile all'autonomia nella «distribuzione della somma di tutti i poteri di disposizione e di esercizio» con riguardo alla proprietà e agli altri diritti reali, prospettava alcune soluzioni *de iure condendo*, ritenendo come «utilizzo, esercizio, disposizione in ordine alla *res* possono essere aspetti fondamentali in una configurazione dei rapporti con le cose più consone alla considerazione dei molti interessi che convergono su una stessa cosa».

⁷⁴⁹ V. diffusamente *retro* par. 1 e 1.1.

essenziale del diritto⁷⁵⁰. Si pensi all'art. 1030 c.c., ma anche, ad esempio, al tipo di edificio che si può costruire in virtù di un diritto di superficie.

Ciò forse consentirebbe anche di superare il problema dell'efficacia *inter partes* delle previsioni contrattuali. Ora, è vero che l'obbligo – dipendente dalla titolarità di un diritto reale – di eseguire una prestazione (ma anche di non eseguirla) potrebbe incidere sui terzi successivi acquirenti del bene, che ignoravano l'esistenza del vincolo al momento dell'acquisto. Ma sembra altrettanto vero che la possibilità di costituire tali obblighi – che resterebbero comunque accessori ad un diritto a cui si concede di limitare il contenuto incrementandone la “doverosità” – sarebbe ammessa dalla legge. E se la struttura della *species* proprietà e del *genus* diritto reale non fosse più letta in senso statico ma dinamico, ossia come complesso di facoltà negative e positive, non sembra peregrino affermare che l'obbligazione reale – che a questo punto chiameremo volontaria⁷⁵¹ – circolerebbe col diritto di cui è accessorio⁷⁵². E ciò anche grazie a quell'impostazione tradizionale che vede l'inerenza alla *res* di queste figure come dipendente da quella del diritto reale a cui accedono.

Viceversa, credo sia difficilmente ipotizzabile una costituzione assolutamente libera delle obbligazione *propter rem*, cioè una facoltà per le parti di costituire obblighi accessori alla titolarità di un diritto reale che sia svincolata da qualsiasi margine di previsione legale – diretta o indiretta (nel senso sopra chiarito di “volontaria”). Invero, ove così non fosse, si appaleserebbe il rischio di un'incisione ingiustificata della sfera giuridica soggettiva del terzo; meglio invece ritenere che la previsione pattizia non

⁷⁵⁰ Oltre a non poter elidere il contenuto essenziale del diritto, l'obbligazione *ob rem* non dovrebbe nemmeno sovrapporsi ai limiti del diritto già previsti dal legislatore. E ciò, non tanto perché si rischierebbe di dare vita ad una clausola nulla, come nel primo caso, quanto per una ragione di opportunità, dato che la clausola a quel punto ricalcherebbe quanto già esistente, divenendo una sorta di “clausola di stile”. Certo, questo a condizione che l'obbligo pattuito dai privati non confligga con quanto previsto *ex lege*, perché allora si renderà necessario valutare: prima se la previsione legale non faccia parte del contenuto essenziale del diritto; poi se, in relazione a quell'aspetto del diritto reale, il legislatore abbia aperto all'autonomia, direttamente o indirettamente. Solo nel secondo caso, dopo aver escluso che l'integrazione privata possa incidere anche solo indirettamente sul nucleo dello *ius in re*, potrà ammettersi l'obbligazione reale volontaria.

⁷⁵¹ Occorre infatti por mente al fatto che l'autonomia privata nella materia in esame non deve essere rifuggita a priori. Parlando di obbligazioni *p. r.* volontarie non necessariamente si allude all'ipotesi di obbligazioni reali create liberamente dalle parti. Questa espressione allude, invece, a quelle obbligazioni *ob rem* che sono già previste in astratto dalla legge (come si dirà anche implicitamente, fissando il contenuto minimo del diritto reale che non può essere ulteriormente “inciso” dall'autonomia privata), ma che sono determinate nel loro contenuto dalle parti.

⁷⁵² L'importanza dell'opponibilità è sottolineata anche da A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1995, 672 ss., per il quale «chi porti una propria domanda sul mercato ha necessariamente in mente una certa utilità che intende conseguire. Questa utilità deve essere naturalmente resa esclusiva da diritto [...] deve essere racchiusa nell'involucro di una situazione di appartenenza, che, come tale, sia oggetto di adeguata tutela da parte dell'ordinamento giuridico». Per l'A. la tutela sarebbe tanto più efficace quanto più sia equiparabile al modello dominicale: «nessuna situazione di appartenenza può essere adeguatamente protetta dall'ordinamento se la relativa titolarità non è resa opponibile ai terzi».

autorizzata delle parti, per quanto valida fra loro, sia inefficace verso i terzi che non abbiano esplicitamente acconsentito a sottoporsi a quell'obbligo *ob rem*⁷⁵³.

2.1. L'autoregolamentazione della struttura dei diritti reali. Inquadramento del problema: il “tipo” del diritto reale.

Resta ora da capire come i privati possano incidere sulla struttura del diritto reale costituendo obbligazioni *ob rem* attraverso lo sfruttamento dei margini che la legge lascia all'autonomia dei privati. In altri termini, quando sia possibile costituire obbligazioni *p. r.*, per le quali la legge si limiti a prevedere in astratto la possibilità del loro sorgere, consentendo però ai privati di colmarne il contenuto.

Tuttavia, in relazione a questa attività, che potremmo definire di autoregolamentazione della situazione reale⁷⁵⁴, intendendo con ciò l'atto di autonomia che interviene sulla struttura del diritto reale, è bene premettere sin da subito che essa non deve essere intesa in modo da soverchiare il nostro sistema giuridico. Si ha ben presente, infatti, che il *numerus clausus* è un principio di ordine pubblico economico, posto a tutela delle ragioni di trasparenza e certezza del traffico giuridico perché utile a consentire la verifica costante delle competenze dei privati sui beni⁷⁵⁵.

Ciò che si vuole evidenziare è che forse i principi di numero chiuso e tipicità non coincidono perfettamente, grazie al fatto che il legislatore, nelle norme disciplinanti il contenuto dei diritti reali, sembra aver lasciato dei “vuoti” colmabili con atti di autonomia, coordinati – e non quindi in opposizione – al nucleo essenziale del diritto. In sostanza, si vuole verificare sino a che punto i privati possano intervenire sul “tipo” senza arrivare all'inammissibile creazione di un diritto reale nuovo e del tutto atipico, che a quel punto si scontrerebbe con il *numerus clausus*. Ecco perché non credo sia possibile costituire un'obbligazione reale volontaria capace di snaturare completamente il diritto reale a cui accede alterandone il nucleo essenziale: il contenuto obbligatorio prevaricherebbe quello reale. In quel caso si avrebbe un diritto reale atipico, inopponibile ai terzi, e valido esclusivamente come obbligazione pura e semplice tra le parti.

⁷⁵³ A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 228, precisa che un contratto costitutivo di un diritto reale atipico, e (per quel che ci riguarda) di un'obbligazione che interviene sul contenuto del diritto reale al punto tale da trasformarlo da tipico in atipico, non è di per sé invalido. Al contrario esso sarà solo inefficace verso i terzi ma valido (ed anche efficace) tra le parti.

⁷⁵⁴ Sul tema, con riguardo ai diritti gravanti sui beni, sia materiali sia immateriali, v. F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, cit., *passim*.

⁷⁵⁵ Cfr. F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, cit., 93, che sul tema svolge un'ampia analisi sia con riguardo ai diritti gravanti sui beni sia materiali sia immateriali. Si v., inoltre, A. IANNARELLI, “Proprietà”, “immateriale”, “atipicità”; *i nuovi scenari di tutela*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, G. RESTA (a cura di), Torino, 2011, 74 ss. e 139 ss., per il quale *numerus clausus* dovrebbe intendersi come un argine volto frenare le istanze di autonomia che potrebbero impedire una razionale utilizzazione dei beni, organizzati, invece, secondo i criteri conformi all'impianto sociale ed economico del sistema.

Ad ogni buon conto, in via preliminare, senza volersi intrattenere su temi che esulerebbero dall'oggetto della presente indagine, deve tuttavia essere messo in evidenza come – tradizionalmente – la discussione attorno all'autoregolamentazione della struttura del diritto reale abbia poggiato sulla definizione di diritto reale tipico, e prima ancora sui criteri utili a individuare i “tipi” di diritto normativamente riconosciuti.

La nozione di “tipo” è stata studiata innanzitutto con riferimento alla figura dogmatica del contratto, ed in particolare alla nozione di “tipo” contrattuale⁷⁵⁶, intendendo con questa espressione il modello di operazione economica – attuata mediante contratto – nota e diffusa nella vita di relazione⁷⁵⁷. Tuttavia, ai più è parso insufficiente l'utilizzo della categoria “tipo” contrattuale per determinare cosa si intenda per diritto reale atipico, e ciò non soltanto perché la tipicità dei diritti non

⁷⁵⁶ Cfr. A. NATUCCI, *op. ult. cit.*, 212 ss., che rileva come il problema sia di più ampio respiro e come la nozione di “tipo” contrattuale sia stata oggetto di un acceso dibattito, avente ad oggetto la possibilità di elaborare la nozione di “tipo” avendo riguardo della nozione di causa del contratto, oppure la determinazione degli elementi che sono capaci di caratterizzare il tipo. L'A. rileva che, secondo una prima impostazione, la nozione di “tipo” contrattuale era connessa a quella di causa, là dove quest'ultima fosse stata intesa in senso oggettivo, e cioè come la funzione economico-sociale propria di un dato tipo di contratto.

Questa tesi è stata ritenuta inadeguata da parte di chi (v. G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., 133, 224 e 227 s.) riteneva che la causa intesa come funzione economico-sociale avrebbe determinato il rischio di un appiattimento della causa sul tipo. Si affermava così l'idea della causa come funzione economico-individuale, ritenendo che la stessa non avrebbe potuto essere considerata come elemento di determinazione del “tipo” contrattuale: la causa avrebbe dovuto riguardare solo il momento di valutazione delle regole contrattuali, perché, indicando l'interesse perseguito dai contraenti, sarebbe stata volta ad attestarne la liceità; il “tipo”, invece, riguarderebbe il momento di qualificazione giuridica della struttura negoziale attraverso cui l'interesse delle parti viene perseguito, e dunque la determinazione degli effetti nell'ordinamento.

E questa è la tesi oggi condivisa dalla dottrina (cfr. U. BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di Diritto Privato*, M. BESSONE (diretto da), XIII, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, 33 e 47 ss.) accolta anche in tempi abbastanza recenti dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. *ex multis* Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Foro it. Rep.*, voce *Contratto in genere*, 326, per cui «causa del contratto è lo scopo del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato». Nello stesso senso v. anche Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, *ivi*, 342 e ancora la recentissima Cass., 16 maggio 2017, n. 12069, in *CED Cassazione*.

V. anche F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. Dir. civ.*, 1978, I, 52 ss., per il quale la causa andrebbe apprezzata in relazione alla concreta operazione economica in termini di funzione economico individuale. Pertanto, la causa atterrebbe al momento della liceità, mentre il “tipo” a quello della meritevolezza.

Contro la nozione di causa come funzione economico-sociale del negozio veniva mossa un'ulteriore obiezione da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 64 ss. e spec. 78, che – introducendo il c.d. metodo tipologico di derivazione tedesca – riteneva errata l'impostazione della dottrina tradizionale. Non sarebbe tanto il “tipo” ad essere determinato dalla causa ma viceversa. In particolare, sarebbe d'uopo emanciparsi dall'idea per cui vi sia un solo elemento a caratterizzare il “tipo”, prendendo per contro atto che quest'ultimo viene ad essere caratterizzato da una pluralità di elementi. Sono solo tali elementi ad offrire il criterio utile per distinguere un “tipo” di contratto da un altro. Tali elementi – quali potrebbero essere il contenuto del contratto, la qualità delle parti, la natura della prestazione, il fattore tempo, e così via – vengono definiti «essenziali nel senso che la loro assenza non consent[er]e di sussumere il contratto nel tipo legale, sì che il contratto dovrà essere ascritto ad altro tipo, o essere qualificato atipico».

⁷⁵⁷ Per un'ampia trattazione sul contratto atipico v. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit.

implica la tipicità dei negozi che li costituiscono⁷⁵⁸, ma soprattutto perché la determinazione del “tipo” nell’ambito dei contratti – in cui vige il principio di autonomia – avrebbe come unico effetto quello di determinare la disciplina legale applicabile ad un contratto valido ed efficace tra le parti⁷⁵⁹. Questa nozione di tipo sarebbe invece insufficiente ai fini della nostra indagine, perché non consentirebbe di determinare quando un diritto reale costituito con atto di autonomia privata possa dirsi efficace verso i terzi⁷⁶⁰.

Occorre prendere atto del fatto che il contratto, che può essere fonte tanto di diritti reali quanto di diritti di credito, è frutto dell’autonomia contrattuale *ex art. 1322 c.c.*, pertanto in astratto le parti sarebbero libere di costituire e un diritto di credito e un diritto reale atipico⁷⁶¹. Quest’ultimo caso, però, in concreto darebbe vita ad un

⁷⁵⁸ Infatti, è ben noto che la nozione di tipicità del diritto è diversa da quella di tipicità del negozio, essendo ben possibile che con un negozio atipico si costituisca un diritto tipico e viceversa.

⁷⁵⁹ Al fine di sottolineare l’inutilità della nozione di “tipo” contrattuale per determinare quale sia il “tipo” diritto reale basterebbe pensare al caso dell’enfiteusi, che nel vigore del vecchio codice era un contratto mentre oggi è un tipo di diritto reale che può essere costituito dai più svariati tipi contrattuali purché onerosi, dal momento che si impone il pagamento di un canone.

⁷⁶⁰ Cfr. A. NATUCCI, *op. ult. cit.*, 177 ss.

⁷⁶¹ U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., 41 e nota 121, critica l’atteggiamento di quegli A. che al fine di non incorrere nell’ostacolo della tipicità dei diritti reali, scindevano il profilo del contratto causale da quello degli effetti, affermando «la più completa libertà e autonomia delle parti *ex art. 1322 c.c.*, a fronte della tipicità delle situazioni reali che possono in concreto essere costituite in capo all’acquirente». Il riferimento corre a C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità*, cit., 364 ss., che nega come il *numerus clausus* dei diritti reali discenda da «un preteso *numerus clausus* dei contratti ad effetti reali»; nonché G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., 242 ss. e spec. 244 ss., che distingue la tipicità della fonte del rapporto dalla tipicità del rapporto medesimo, rilevando che: «indubbiamente il risultato di un contratto sarà sempre un diritto reale o un diritto di credito, ma non è la tipicità di questi ultimi a rendere tipico il contratto».

Più in particolare, quanto appena illustrato si inserirebbe nella tendenza di alcuni A. ad affermare la scissione tra la “causa” e “il tipo” contrattuale assumendo che non sarebbe possibile far derivare dalla tipicità del diritto reale anche la tipicità dei contratti ad effetti reali. Invero, per conciliare il principio del numero chiuso dei diritti reali con la libertà del tipo contrattuale è stato affermato che «il contratto e la situazione finale da esso prodotta sono due entità indipendenti» (così M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, cit., 429 ss.). In tal senso, il contratto rappresenterebbe solo uno strumento volto alla creazione od al trasferimento delle situazioni giuridiche che, per contro, sarebbero sottratte alla libera disponibilità delle parti visto il loro grado di incidenza sulla collettività. Il risultato finale dovrebbe divenire irrilevante in sede di autodeterminazione perché i privati sarebbero liberi – nei limiti stabiliti dalla legge – di scegliere la via attraverso cui soddisfare i propri bisogni, ma non altrettanto liberi di regolare il rapporto statico che si realizza col contratto. I privati avrebbero così un potere più limitato rispetto all’ordinamento, che sarebbe l’unico soggetto legittimato a disciplinare – in via inderogabile – gli interessi sottostanti alle situazioni soggettive creabili, vista la loro incidenza sociale e pubblica.

Contra M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, cit., 430, ha tuttavia opposto «la inammissibilità di un diaframma fra il contratto e il suo risultato», in quanto nel nostro ordinamento «il contratto in generale e i tipi contrattuali in particolare sono improntati al criterio della funzionalizzazione del mezzo al risultato». Ciò sarebbe dimostrato innanzitutto dalla definizione di contratto, inteso come strumento offerto ai privati per realizzare i propri interessi nei limiti previsti dalla legge (v. C. GRASSETTI, *Rilevanza dell’intento giuridico in caso di divergenza dall’intento empirico*, in *Studi economico-giudici dell’Università di Cagliari*, 1936, 109 ss.; nonché P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell’attribuzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1965, 11 s., per il quale la rilevanza del negozio innominato è subordinata alla tipicità dell’interesse perseguito, onde se l’atto è atipico l’interesse finale perseguito deve essere comunque tipico); ma sarebbe altresì dimostrato dal fatto che i tipi contrattuali vengono distinti a seconda dello scopo a cui tendono (cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 145 ss.). Il che significherebbe che ogni contratto è

problema ulteriore rispetto a quello della costituzione di un rapporto personale atipico: l'efficacia *erga omnes* del rapporto reale, ancorché validamente costituito⁷⁶². Se il momento di valutazione del “tipo” di diritto di credito sarebbe più semplice, perché attinente alla sola validità *inter partes*, quello del “tipo” di diritto reale sarebbe più complesso, perché riguardante, oltre alla validità, anche l'opponibilità del diritto *erga omnes*. In sintesi, da un lato sarà rilevante l'interesse delle parti, dall'altro l'interesse dei terzi⁷⁶³.

Detto diversamente, ove le parti abbiano stipulato un contratto volto a costituire un diritto atipico occorrerà in primo luogo individuare se lo stesso sia giustificato da un punto di vista causale, ossia se l'atto privato fuoriuscito dal “tipo” nominato sia lecito e valido, e in secondo luogo determinare quale sia la disciplina legale che meglio si attagli. Nel caso del diritto di credito, il rapporto sarà sia valido che efficace *inter partes*.

Viceversa, se con il contratto costitutivo le parti abbiano inteso dar vita a un diritto reale atipico, al di là delle valutazioni sulla liceità e sulla validità, nonché quelle sulla disciplina applicabile, si renderà pure necessario comprendere se tale diritto reale non previsto dalla legge sia o meno efficace nei confronti dei terzi acquirenti. E ciò perché un diritto atipico potrà anche essere valido *inter partes*, se rispettoso dei limiti oggettivi fissati dall'ordinamento, come diritto obbligatorio, ma sarà inefficace nei confronti dei terzi come diritto reale⁷⁶⁴. Il che significherebbe dire che non sarebbe un vero diritto reale, essendo l'opponibilità (inerenza) un tratto fisiologico del rapporto.

Infatti, non può dimenticarsi che se il contratto è precetto di autonomia, il diritto reale è regolato dalla tipicità. Se nel primo caso individuare il tipo di accordo serve solo a determinare la disciplina applicabile al rapporto costituito, nel secondo caso, la necessità di ricondurre il diritto costituito ad un diritto reale tipico, è necessaria per comprendere se la particolare relazione instaurata – contrattualmente – con la *res* sia giustificata *ex lege* (come potrebbe essere il caso delle o. p. r. volontarie) e quindi se sia anche efficace verso i terzi. Nei contratti ad effetti reali non rilevarebbe solo l'interesse «delle parti, nel cui ambito si esaurisce la funzione contrattuale (sia pure

tipico nella misura in cui realizza un interesse tipico, «che si esprime [...] nella realizzazione delle c.d. situazioni finali» (v. M. COSTANZA, *op. ult. cit.*, 430 s.).

⁷⁶² Anche se forse occorrerebbe chiedersi se la costituzione di un diritto reale atipico, inteso come diritto non facente parte del *numerus clausus*, non dia vita alla nullità del suo contratto costitutivo, stante la natura di principio di ordine pubblico che il numero chiuso riveste.

⁷⁶³ V. A. NATUCCI, *loc. cit.* in cui l'A. ritiene più rilevante per determinare la vigenza del *numerus clausus* nel nostro ordinamento la posizione dei terzi, unici soggetti potenzialmente lesi dalla costituzione di un diritto reale atipico: «La materia dei contratti (in quanto obbligatori) è dominata dal principio di autonomia contrattuale; perciò la definizione del tipo ha essenzialmente l'effetto di determinare l'applicazione di questa o quella disciplina legale. Il contratto atipico non è, in quanto tale, invalido né inefficace. Al contrario, nel caso di rapporti reali, dominati dal principio di tipicità, un diritto atipico è inefficace come diritto reale. [...] il contratto che costituisce o trasferisce diritti reali atipici è inefficace verso i terzi (sebbene possa essere valido ed efficace tra le parti)».

⁷⁶⁴ Cfr. A. NATUCCI, *op. ult. cit.*, 177 ss.

considerata alla luce delle esigenze dell'ordinamento)», ma anche l'interesse dei terzi «valutato alla stregua della *ratio* che qualifica il principio di tipicità»⁷⁶⁵. Sicché dovrà essere considerato atipico quel diritto reale che deviando dal “tipo” previsto dal legislatore è in grado di ledere l'interesse e la posizione giuridica dei terzi.

La questione, se letta in questi termini, consente di comprendere come il caso delle obbligazioni reali rappresenti allora una specificazione del problema più ampio relativo al potere dei privati di disciplinare i diritti reali nell'ambito del “tipo”⁷⁶⁶. Infatti, così come la costituzione di un diritto reale atipico potrebbe incidere ingiustificatamente sulla posizione di un soggetto terzo acquirente, che si vedrebbe attribuito un diritto di cui non conosce esattamente poteri e facoltà, anche la pattuizione di un'obbligazione reale convenzionale lederebbe i terzi futuri acquirenti, giungendo al punto di imporre un obbligo non previsto dalla legge. E ciò in virtù della natura accessoria che contraddistingue le obbligazioni *propter rem*: esse sono portate ad entrare a fare parte della struttura del diritto reale a cui accedono, divenendo così anche esse inerenti alla cosa. In questo caso sarebbe palese la violazione del principio di relatività degli effetti del contratto.

È in tal senso che occorre chiedersi, invece, se il legislatore non abbia predisposto uno schema di diritto reale in parte disciplinato direttamente ed inderogabilmente, in parte lasciato alla libera determinazione delle parti. È chiaro, infatti, che il problema dell'atipicità non riguarda né quelle obbligazioni determinate direttamente dal legislatore (o. p. r. tipiche) né quelle per cui il legislatore prevede in astratto la costituzione, lasciando però alle parti la determinazione del contenuto (o. p. r. volontarie) In quest'ultimo caso pare che l'opponibilità delle stesse sia ampiamente giustificata.

Ad ogni modo, si diceva poc'anzi che la costituzione del rapporto non deve giungere sino al punto di snaturare il diritto reale rendendolo atipico⁷⁶⁷. Per tale ragione, allora, occorrerebbe prendere coscienza del fatto che l'impianto normativo dei diritti reali sarebbe caratterizzato da due tipologie di norme. Da un lato, quelle che individuano lo specifico modello di utilizzazione del bene, e quindi immodificabili, che permetteranno di determinare il contenuto essenziale e qualificante il diritto reale. Dall'altro lato, quelle che offrono ai privati un modello di regolamento in parte modificabile ed in parte no, idoneo a consentire ai privati di modulare adeguatamente il potere sulla *res* per soddisfare i propri interessi, a condizione di non alterare il

⁷⁶⁵ Così ID., *op. ult. cit.*, 228 s.

⁷⁶⁶ V. M. COMPORI, *I diritti reali in generale*, cit., 311 s.: che considera la questione del numero chiuso e della tipicità delle obbligazioni reali come «una questione di ammissibilità della regolamentazione secondo autonomia delle singole situazioni reali».

⁷⁶⁷ Pare opportuno ricordare che con questa espressione non intendiamo alludere ad un diritto privo del requisito della tipicità, ossia diverso dal modello “standard” prospettato dal legislatore, bensì ad un diritto reale il cui contenuto è talmente difforme da quello tipico da non poter essere annoverato nel numero chiuso dei diritti reali.

contenuto fondamentale della situazione reale, per non privare il titolare dei poteri e delle facoltà essenziali che caratterizzano il tipo⁷⁶⁸.

In tal senso, in relazione all'atto costitutivo posto in essere dai privati al fine di costituire o modulare il "tipo" di situazione reale, l'interprete non potrà solo limitarsi a verificare se il contenuto dell'atto costitutivo del diritto reale sia idoneo al perseguimento dello scopo (cioè se abbia un fondamento causale), ma anche se sia in grado di instaurare una relazione con la *res* in grado di soddisfare gli interessi delle parti e tutelare i terzi. In sostanza, occorrerà verificare se la struttura di potere modulata dalle parti con il regolamento del diritto reale, sia volta a comporre gli interessi in conflitto sulla cosa, conformemente a quel modello di utilizzazione della *res* e di composizione dei conflitti già messo a disposizione dall'ordinamento; oppure, se rientri in quel modello lasciato all'autonomia privata nei margini e con l'intensità consentita. Per entrambi i casi, ove così fosse, la pattuizione avrà i caratteri della realtà e diverrà opponibile ai terzi.

2.2. L'incidenza dell'autodeterminazione privata.

Si è già evidenziato che la necessità di imporre un argine alla possibilità di incidere convenzionalmente sulla situazione dominicale trovi le sue origini nel carattere di absolutezza riconosciuto al diritto di proprietà: al fine di proteggere questo "dogma" gli interpreti e la giurisprudenza erano restii ad ammettere situazioni reali capaci di lederlo. Tuttavia, si è visto anche come questo sistema abbia iniziato a manifestare le prime crepe quando le situazioni di appartenenza prospettate dal codice civile – limitate e non – mostrarono una certa inadeguatezza a soddisfare le nuove e mutevoli esigenze della collettività⁷⁶⁹. Da quel momento la proprietà iniziò a non essere più considerata come semplice sommatoria di facoltà d'uso e di disposizione del bene –

⁷⁶⁸ La distinzione tra impossibilità di modificare la disciplina prevista dal legislatore (c.d. *Typenzwang*) e impossibilità di modificarla in modo sostanziale (c.d. *Typenfixierung*) viene illustrata da U. MORELLO, *op. cit.*, 82, con riferimento a quanto elaborato nella dottrina tedesca. In sostanza, secondo tale distinzione sarebbe legittimo un processo di evoluzione dei diritti reali, purché gli stessi continuino ad essere inquadrati nelle categorie tipiche.

V. anche F. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 57 ss. e 95 ss., per il quale le situazioni di appartenenza al loro interno potrebbero essere suddivise tra diritti primari e diritti limitati, in quanto talvolta i privati manifestano la necessità di conformare e/o frammentare il dominio – intervenendo sui diritti limitati – al fine di perseguire un disegno economico complessivo più ampio di quello standardizzato dal legislatore. Apparterrebbero alla prima schiera i diritti «in grado di sussistere in via autonoma, in base al solo rapporto diretto che il loro titolare ha con una risorsa [...], senza che essi debbano in alcun modo riferirsi ad un'altra situazione soggettiva di portata maggiore». Per converso, rientrerebbero tra i diritti limitati «quegli schemi di godimento che richiedono [...] la presenza di un diritto "madre", da cui costitutivamente derivano e sul modello del quale tendono a conformarsi». In sostanza l'A. rievoca la bipartizione tra *primary property rights* e *limited (o lesser) property rights*: sul punto v. G. L. GRETTON, *Ownership and its object*, in *RabelsZ*, 2007, 802 ss.; B. AKKERMANS, *The principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerp, 2008, 410 ss.

⁷⁶⁹ M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria*, cit., 141 ss., che in questo senso ravvisa nella regolamentazione delle situazioni reali una progressiva e crescente complessità.

distinte l'una dall'altra⁷⁷⁰ –, bensì come una sintesi complessa di «indici normativi in grado di qualificare il contenuto della situazione soggettiva, comprensiva delle limitazioni che concorrono a conformarla»⁷⁷¹.

Un atteggiamento analogo poteva ravvisarsi con riguardo agli *iura in re aliena*, quando la prassi, con l'avallo della giurisprudenza, iniziò ad allargarne le maglie consentendo ai privati di apportarne modifiche significative alla struttura, e giungendo così ad ammettere al loro interno nuove figure⁷⁷². Tale processo è ben visibile con riguardo alla multiproprietà⁷⁷³, generalmente inquadrata nella comproprietà; nelle limitazioni contenute nei regolamenti di condominio, spesso classificate come servitù prediali o reciproche⁷⁷⁴; nei vincoli di destinazione a parcheggi, ad albergo od a residenza turistico alberghiera (c.d. R.T.A.); nei diritti di godimento perpetuo ed esclusivo, attribuiti ad un condomino su beni condominiali (posti auto, terrazze, giardini, e così via) inquadrati nel diritto d'uso⁷⁷⁵.

In questa tendenza si inserisce l'analisi volta a determinare se, con riguardo a tali vincoli reali inerenti ai beni, oltre alle fonti normative siano ammissibili fonti di autonomia privata, e con quali limiti. Tuttavia, è bene ricordare come tale problema sia diverso da quello del *numerus clausus*, che riguarda la possibilità per i privati di creare nuovi schemi giuridici di utilizzazione dei beni aventi le caratteristiche della realtà, e non dunque la possibilità delle parti di disciplinare in concreto le singole situazioni reali⁷⁷⁶.

⁷⁷⁰ Il riferimento è alla nozione sviluppatasi Oltralpe del c.d. *démembrement de la propriété*, ossia di un – letteralmente – “smembramento” della proprietà: immagine tesa ad indicare come la proprietà non fosse intesa come entità complessa bensì come sommatoria di facoltà. Ma v. anche R. NICOLÒ, *Dell'usufrutto*, cit., 599 ss., che già alludeva ad un diritto reale come situazione complessa.

⁷⁷¹ Così F. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 126. V. anche M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria*, cit., 125 ss.; S. PUGLIATTI, *La definizione di proprietà nel nuovo codice civile*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 136 s.

⁷⁷² Cfr. *ex multis* A. GAMBARO, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in *Clausole e Principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, L. CABELLA-PISU - C. NANNI (a cura di), Padova, 1998, 69 ss.

⁷⁷³ Cfr. U. MORELLO, *Diritti di godimento a tempo parziale su immobili: le linee guida di una nuova disciplina*, in *I contratti*, 1999, 57 ss.

⁷⁷⁴ Ma v. *supra* Cap. II, par. 2.3.2., con riguardo alla classificazione dei regolamenti di condominio come oneri reali o obbligazioni *propter rem*.

⁷⁷⁵ L'esemplificazione è tratta da ID., *Tipicità e numero chiuso*, cit., 81 s. e nota 50, il quale, con riferimento a questa forma di tipizzazione, ossia tendenza dei diritti reali “classici” ad ammettere al loro interno “nuove” figure, parla espressamente di numero “quasi” chiuso dei diritti reali: «si passerebbe così dal principio del numero chiuso dei diritti reali ad un nuovo sistema che è retto da regole tali da far pensare [...] ad un numero “quasi” chiuso dei diritti reali».

⁷⁷⁶ Cfr. M. COMPORTE, *I diritti reali in generale*, cit., 149; nonché F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 146 ss., il quale afferma che non abbia molto senso porsi il problema della tipicità in relazione al potere del proprietario di regolare al meglio il godimento della cosa con destinazioni d'uso, regolamenti sull'uso dei beni comuni o divieti di attività concorrenti, essendo per contro preferibile appurare quale funzione quegli atti intendono realizzare: «Irrigidita sugli schemi concettuali del diritto reale la dottrina è restia ad abbandonare un ordine di idee nelle quali la tipicità è sinonimo di esclusività di competenza conformatrice, e così [...] ripete un richiamo ed una trasposizione del tema ad un settore dell'ordinamento che è assolutamente diverso da quello cui è invece corretto porre mente [...] che è materia di formazione di rapporti, di determinazioni di potere interne ai rapporti, di autonomia privata infine».

Occorre sin da subito evidenziare come talvolta sia proprio il codice civile *expressis verbis* – con l’espressione «salvo che il titolo disponga diversamente» – ad ammettere uno spazio all’autonomia privata nella determinazione dei poteri, dei limiti e delle facoltà costituenti i vari diritti reali. In questo senso si prenda in considerazione l’art. 954, comma 3, in materia di superficie, con cui si ammette che salvo patto contrario «il perimento della costruzione non importa [...] l’estinzione del diritto di superficie»; oppure alla clausola generale in materia di enfiteusi ratificata nell’art. 957 che – pur facendo salve al secondo comma le norme inderogabili – ammette che il titolo possa regolare il diritto reale diversamente da quanto stabilito dalle norme contenute al Titolo IV; nonché alla disposizione analoga a quest’ultima prevista in materia di comunione (art. 1100); si pensi, ancora e soprattutto, all’istituto delle servitù⁷⁷⁷, che all’art. 1030 consente, attraverso il titolo, di imporre al titolare del fondo servente l’obbligo di compiere un atto finalizzato al perseguimento dell’*utilitas* del fondo dominante, all’art. 1063 dispone come l’esercizio e l’estensione della servitù siano regolate dal titolo, all’art. 1065 impone che il diritto di servitù sia “utilizzato” in ottemperanza al suo titolo costitutivo, e all’art. 1069 autorizza le parti a derogare il principio per cui le spese e le opere necessarie alla conservazione della servitù siano sopportate dal *dominus*⁷⁷⁸; e via dicendo.

È proprio in questo spazio di autonomia “autorizzata” che forse potremmo collocare la figura delle obbligazioni *propter rem*.

Ovviamente si pone il problema di stabilire dove l’ordinamento collochi il confine oltre cui l’autoregolamentazione privata non può fare ingresso. La questione si pone soprattutto quando non sia stato lo stesso legislatore a stabilire espressamente l’inderogabilità di alcune norme⁷⁷⁹. Sarebbe, infatti, pernicioso ritenere che i privati, al di fuori di quei divieti espressi, possano intervenire a loro piacimento: anche se la norma non abbia ritenuto inderogabile la propria disciplina, potrebbe essere comunque incisa indirettamente nel proprio nucleo essenziale, là dove le parti, nel tentativo di predisporre una situazione più vantaggiosa per il titolare della proprietà, abbiano dato vita a disposizioni che vanno ad incidere il nucleo essenziale del diritto.

Questo tipo di indagine potrebbe essere favorita dall’immagine – già sopra offerta – della situazione reale non più intesa in senso statico ed unitario, bensì come complesso

⁷⁷⁷ V. *supra* Cap. II, parr. 3 ss.

⁷⁷⁸ In particolare v. F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 155 con riguardo alla servitù, e 202 ss. con riguardo all’usufrutto.

⁷⁷⁹ Si pensi, ad esempio, all’art. 956 c.c. che in materia di superficie vieta che possa essere trasferita la proprietà delle piantagioni separatamente a quella del suolo; oppure in tema di enfiteusi si pensi agli artt. 958, comma 2, 965, 968, 971 e 973 c.c. definiti espressamente inderogabili dall’art. 957, comma 2, c.c.; si pensi ancora in tema di condominio all’art. 1118, comma 2, in tema di rinuncia al diritto sulle parti comuni, all’art. 1119 c.c. sulla divisibilità delle parti comuni, all’art. 1138, c.c. in tema di regolamento condominiale.

di facoltà, poteri, limiti ed obblighi⁷⁸⁰, il cui nucleo essenziale, inteso come assetto di interessi stabilito dall'ordinamento e *ratio* del regolamento, non potrà essere eliminato dalle parti; eventualmente – come sostenuto in dottrina⁷⁸¹ – solo disciplinato in concreto per mezzo di statuizioni che potrebbero anche essere limitative⁷⁸².

In primo luogo, sarà pertanto d'uopo per l'interprete accertarsi di quale sia il nucleo fondamentale dello schema di diritto reale predisposto dal legislatore⁷⁸³. Così, ad esempio, nella proprietà dovrà aversi riguardo sicuramente ai poteri/facoltà di disposizione e di godimento, diversamente articolate sia secondo i limiti e gli obblighi «stabiliti dall'ordinamento giuridico» ed in particolare dalla «funzione sociale», sia con riguardo al tipo di bene su cui il diritto viene esercitato: si pensi al diverso regime della proprietà immobiliare, gravata dai limiti inerenti i rapporti di vicinato, alle aree edificabili, urbane e agrarie, profondamente regolate da leggi speciali⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ In particolare, v. M. COMPORI, voce *Diritti reali*, cit., 4, il quale all'interno della situazione complessa del diritto reale distingue tra facoltà che costituiscono le possibilità di godimento e di utilizzazione; i poteri intesi come possibilità di modificare l'ordinamento giuridico con atti autorizzati e diretti a disporre del bene o a tutelare il diritto soggettivo; i limiti e gli obblighi che contribuiscono a formare il nucleo essenziale del diritto permettendo allo stesso di perseguire le finalità sociali previste dall'ordinamento.

⁷⁸¹ V. ID., *I diritti reali in generale*, cit., 153 ss., e spec. 57, il quale, sulla scorta della casistica giurisprudenziale, pare alludere ad una regolamentazione del nucleo essenziale – e non solo quindi degli aspetti accessori – che abbia riguardo della configurazione dello schema legale: in tal senso, potrebbero essere regolate e limitate le facoltà di godimento dell'enfiteuta o dell'usufruttuario purché queste non vengano eliminate; oppure potrebbe limitarsi il potere dispositivo del proprietario per un certo periodo purché tale potere non venga escluso del tutto.

Di contro v. però F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 203 s., che, avendo riguardo al diritto di usufrutto, sottrae gli aspetti di conformazione delle situazioni tipiche dalla disponibilità dei privati. In particolare, l'A. ritiene che elidere contrattualmente il “diritto di godimento” ovvero “il dovere di rispettare la destinazione economica del bene” influisca sulle modalità di conformazione tipica del diritto, sicché un accordo di questo tenore si scontrerebbe con il principio del *numerus clausus*.

⁷⁸² Tuttavia, per A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 233, al fine di enucleare il centro nevralgico del diritto «la determinazione di una precisa linea di confine non è certo agevole».

⁷⁸³ Per un'esemplificazione approfondita, ancorché espressa con toni dubitativi, v. ID., *op. ult. cit.*, 240 ss.

⁷⁸⁴ Anche in passato in giurisprudenza discuteva su quali fossero i limiti apponibili alla proprietà. In particolare, si escludeva l'ammissibilità di un'obbligazione che avesse per oggetto il godimento da parte di terzi della cosa senza limiti di durata perché avrebbe comportato una disintegrazione del contenuto del diritto (Cass., 20 aprile 1950, n. 1056, in *Foro It.*, 1950, I, 530); venivano, infatti, ritenuti non apponibili quei vincoli (oneri, obbligazioni e servitù) capaci di rendere illusorio il contenuto della proprietà, poiché in caso contrario sarebbero stati ritenuti nulli per contrarietà all'ordine pubblico (v. Cass., 31 maggio 1950, n. 1343, *ivi*, 1950, I, 813 e Cass., 22 aprile 1966, n. 1037, in *Giust. civ. Mass.*, 1966, 592, con riguardo alla nullità di una servitù che assorbiva tutte le facoltà dominicali). Di contro, in altri casi, è stata confermata la possibilità di intervenire sulla struttura della proprietà, attraverso limitazioni alle facoltà di godimento e di disposizione, senza che ne fosse alterato il contenuto minimo: cfr. Trib. Genova, 18 aprile 1952, in *Foro it.*, 1952, I, 1112, ha giudicato legittime alcune clausole di inalienabilità temporanee del bene confermando la nullità di quelle perpetue; Cass., 5 novembre 1955, n. 3597, in *Foro It. Rep.*, 1955, voce *Successione legittima o testamentaria*, 158, e Cass., 10 agosto 1963, n. 2278, in *Foro it.*, 1964, I, 329, hanno ammesso la legittimità della clausola con cui si imponga all'erede di vendere, subito o dopo un certo tempo, alcuni beni ereditari o la proprietà dell'immobile ad un terzo, sia ad un prezzo determinato sia ad effettuare una permuta sul bene; Cass., 8 marzo 1958, n. 795, in *Foro it. Rep.*, 1958, voce *Successione legittima o testamentaria*, 205, ha ritenuto ammissibile imporre oneri che vincolassero la conservazione e l'architettura dell'edificio; App. Catania, 8 febbraio 1957, *ivi*, voce *cit.*, 211, ha ammesso la possibilità di stipulare un canone di locazione a canone fisso con un terzo; App. Bologna, 13 aprile 1942, *ivi*, 1943-1945, voce *cit.*, 33 e Cass., 22 novembre 1984, n.

Il nucleo essenziale dell'enfiteusi sembra essere rappresentato, dal punto di vista attivo, dai poteri e dalle facoltà di godimento del bene, mentre, dal punto di vista passivo, dal «dovere di migliorare il fondo», che è stato considerato dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente come elemento principe del “tipo” di diritto in esame, dal momento che caratterizzerebbe la disciplina legale per la sua particolarità⁷⁸⁵. Le ragioni che hanno portato gli interpreti a considerare l'obbligo di migliorare il fondo come essenziale sono sostanzialmente di rango economico e legislativo⁷⁸⁶: quanto al primo, occorre avere riguardo delle ragioni economiche di incremento della produzione e dei redditi grazie all'attività di coloro che avevano assunto l'obbligo a lungo termine del miglioramento; quanto al secondo, l'importanza sarebbe dimostrata dal fatto che il codice civile del 1942 non solo ha introdotto l'obbligo di migliorare il fondo tra gli obblighi dell'enfiteuta, ma ha anche previsto la sanzione della «devoluzione» in caso di inadempimento.

Con riguardo all'obbligo sancito dall'art. 960 c.c., ossia quello di «pagare al concedente un canone periodico», si è a lungo discusso tra chi lo considerava essenziale e chi ha precisato che non si tratterebbe tanto di un elemento strutturale quanto funzionale, capace solo di giustificare la situazione reale dal punto di vista causale⁷⁸⁷.

Peraltro, non si potrebbe fare a meno di sottolineare come le disposizioni degli artt. 959 e 960 c.c., che stabiliscono rispettivamente diritti e obblighi dell'enfiteuta, non siano state inserite tra le norme inderogabili di questa figura *ex art. 957*, sicché il legislatore sul punto parrebbe aver posto in essere una scelta tecnica e di sistema⁷⁸⁸.

5990, in *Foro it. Rep.*, 1984, voce *Comunione e condominio*, 16, hanno ammesso la destinazione di alcune case di abitazione all'uso gratuito per i poveri.

⁷⁸⁵ *Contra* M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali*, cit., 750, il quale, considerando l'obbligo di migliorare il fondo come obbligazione *propter rem* e ritenendo che l'art. 960 non avesse carattere cogente, ammetteva la possibilità di eliminare quest'obbligo.

Anche A. IANNELLI, *La nuova enfiteusi*, Napoli, 1975, 112 ss., ha sostenuto che tale obbligo, originariamente essenziale, non costituisca più la causa del negozio (dopo le riforme legislative introdotte dall'art. 18 della l. 22 luglio 1966, n. 607 e dall'abrogazione dell'ultima parte dell'art. 972) ma un elemento naturale dello stesso, con la conseguenza di poter essere escluso dal titolo costitutivo.

⁷⁸⁶ Sono le ragioni individuate da M. COMPARTI, *I diritti reali in generale*, cit., 155 s.

⁷⁸⁷ Già si è detto (v. *supra* nota 759) che nel vigore del vecchio codice l'enfiteusi veniva considerata come contratto a prestazioni corrispettive, mentre oggi è un tipo di diritto reale che può essere costituito dai più svariati tipi contrattuali purché onerosi, dal momento che si impone il pagamento di un canone.

Ad ogni modo, quanto alla prima impostazione v. S. ORLANDO CASCIO, voce *Enfiteusi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 925; quanto alla seconda v. F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 211, per il quale riconoscere la natura di elemento essenziale al pagamento del canone potrebbe giungersi a degli assurdi giuridici: «se non si colgono queste diversità nessuna meraviglia se un giorno si giungesse a dire che usucapire la proprietà bisogna pagare il prezzo!».

In giurisprudenza v. Cass., 25 febbraio 1954, n. 553, in *Foro it. Mass.*, 1954, 114; Cass., 30 ottobre 1956, n. 4072, *ivi*, 1956, 755; Cass., 3 aprile 1962, n. 682, in *Giust. civ.*, 1962, I, 144.

⁷⁸⁸ Tuttavia, in ordine a tale considerazione qualche perplessità è sorta per quegli A. (v. S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 240 ss.) che hanno ravvisato nell'art. 959 c.c. il richiamo agli stessi poteri del proprietario, sicché si dubitava che l'autonomia privata potesse alterare il riconoscimento dell'enfiteusi come “dominio utile”.

Quanto alla superficie, visto l'esiguo numero di norme ad essa dedicata, basti qui considerare che il modello di utilizzazione inderogabile prospettato dall'art. 952 c.c., rivolto al «diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione in favore di altri», sembra di per sé sufficiente a delineare il nucleo del diritto⁷⁸⁹.

Quanto all'usufrutto, dal punto di vista attivo, la dottrina maggioritaria⁷⁹⁰ distingue tra facoltà di godimento e quelle di disposizione. Apparterrebbe al primo gruppo il c.d. *ius utendi e fruendi*: il possesso⁷⁹¹, l'utilizzazione, lo sfruttamento della *res*, nonché la possibilità di trarne frutti; mentre apparterrebbero al secondo gruppo le facoltà di trasferimento, di cessione dell'esercizio, di dare la cosa in locazione, di costituire su di essa diritti reali di garanzia, e così via. Tuttavia, preme sottolineare come non tutte queste facoltà di godimento e di disposizione siano state fatte rientrare nel nucleo essenziale (inderogabile) del diritto: ad esempio, lo è senz'altro la facoltà di «godere della cosa», dal momento che è la stessa rubrica dell'art. 981 c.c. a stabilire che questo costituisca il «contenuto del diritto»; viceversa non lo è il potere di trasferire il diritto sulla *res*, visto che l'art. 980 c.c. ammette che ciò possa essere vietato dal titolo.

Da punto di vista passivo, rientra senz'altro nel nucleo essenziale del diritto il dovere di rispettare la destinazione economica del bene *ex art.* 981 c.c.⁷⁹², che rappresenta il limite del potere di godimento dell'usufruttuario e non sarebbe altrimenti eliminabile⁷⁹³. Anche in questo caso il dato sembrerebbe proprio confermato dalla legge: il legislatore, infatti, ha inserito quest'obbligo nell'art. 981 c.c., inerente il contenuto del diritto, e non negli artt. 1001 ss. c.c., che riguardano semplicemente gli obblighi dell'usufruttuario⁷⁹⁴.

Peraltro, in caso di alterazione convenzionale della destinazione economica del bene, sarebbe evidente il pericolo per i terzi acquirenti, che subirebbero una profonda limitazione del diritto acquistato per effetto della convenzione altrui⁷⁹⁵.

Parallelamente, nell'uso e nell'abitazione sembrano parimenti qualificabili come poteri rientranti nel nucleo fondamentale del diritto le facoltà di raccogliere i frutti della *res* e quella di abitare l'immobile relativamente – per entrambi i diritti – ai bisogni della famiglia e del titolare del diritto: e ciò perché tali facoltà rientrano nella

⁷⁸⁹ Appare quindi possibile costituire obbligazioni *propter rem* circa il tipo e il modo della costruzione.

⁷⁹⁰ L. BIGLIAZZI-GERI, *Usufrutto, uso*, cit., 170 ss.

⁷⁹¹ È stata così dichiarata nulla la clausola che privava l'usufruttuario del possesso e del potere di amministrare la *res*: App. Cagliari, 17 luglio 1947, in *Foro it. Rep.*, 1948, voce *Successione legittima e testamentaria*, 109.

⁷⁹² Per G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto*, cit., 353, e G. PUGLIESE, voce *Usufrutto*, cit., 296, la destinazione economica è relativa ai tempi, luoghi e circostanze e, soprattutto, alla volontà del proprietario.

⁷⁹³ L. BIGLIAZZI-GERI, *Usufrutto, uso*, cit., 153. V. anche F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 204 s.

⁷⁹⁴ La giurisprudenza, peraltro, in passato ha considerato inderogabile la norma dell'art. 979 sulla durata dell'usufrutto: Cass., 12 ottobre 1965, n. 2119, in *Giust. civ. Mass.*, 1965, 1091. Inoltre, è stata dichiarata nulla la clausola che attribuiva all'usufruttuario il diritto di vendere la *res*: Cass., 28 ottobre, 1958, n. 3426, *ivi*, 1958, voce *Successione legittima e testamentaria*, 213.

⁷⁹⁵ Cfr. A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 230 s., che fa espresso riferimento ad un usufrutto atipico.

definizione che offre il codice per questi diritti, non sembra pertanto possibile che i privati possano incidere su questi poteri con obblighi di qualsiasi natura⁷⁹⁶.

Per la servitù non sembra difficile ipotizzare come i limiti strutturali e connaturali della situazione reale siano costituiti dall'utilità e/o dalla necessità del fondo dominante, visto che proprio questi aspetti giustificano la costituzione del peso sul fondo servente⁷⁹⁷.

In materia di comunione sembra rilevante il disposto dell'art. 1102 c.c., che determina il contenuto del diritto del comproprietario impedendo a quest'ultimo quelle modalità di esercizio che possano alterare la destinazione economica della *res*.

In buona sostanza, al netto dell'analisi appena svolta, sembra possibile ritenere che i privati non potranno porre in essere un'attività ablativa capace di elidere il contenuto essenziale e le prerogative fondanti il diritto, oppure imporre obblighi o vincoli capaci di assorbire completamente il contenuto del diritto. Detto altrimenti, i privati non potranno interferire con le situazioni semplici che compongono il nucleo fondamentale del diritto. E ciò perché, ove così non fosse, le clausole sarebbero nulle perché contrarie all'ordine pubblico (per lesione del *numerus clausus*)⁷⁹⁸.

Viceversa, i contraenti potranno interferire, nei limiti in cui la legge lo consente, sulle situazioni semplici di vantaggio e svantaggio che costituiscono le regole per l'esercizio del diritto, ampliandone il contenuto con prestazioni di carattere accessorio. Così, ad esempio, le parti nell'enfiteusi potranno prevedere a quale tipo di miglioramento l'enfiteuta sia tenuto, potranno disporre circa l'obbligo di pagare il canone (a meno che questo non venga considerato parte del contenuto del diritto), i rimborsi per i miglioramenti e le addizioni; nell'usufrutto potranno accordarsi su quale sia la destinazione economica che l'usufruttuario deve rispettare, disporre circa i miglioramenti e le addizioni, l'usufrutto dei boschi, gli obblighi di custodia e di garanzia e di amministrazione, oppure autodeterminarsi circa gli obblighi relativi alle imposte e alle passività gravanti sull'eredità. Nel contratto costitutivo di servitù le parti potranno prevedere quali siano le prestazioni accessorie all'esercizio della servitù *ex art.* 1030 c.c., le opere occorrenti per la conservazione *ex art.* 1069 c.c., gli obblighi di pagamento delle indennità a carico del proprietario del fondo dominante, i divieti di aggravare o diminuire l'esercizio del diritto, e via dicendo⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ La giurisprudenza ha ammesso, però, che le parti potessero limitare *l'uti* attraverso un *modus* che destinasse l'utilità a fini determinati: cfr. Cass., 20 aprile 1950, n. 1056, in *Foro it.*, 1959, I, 529.

⁷⁹⁷ Cfr. V. M. COMPORTI, *op. ult. cit.*, 157 e *amplius* 241 ss. Inoltre, pare significativa Cass., 30 luglio 1952, n. 2395, in *Giur. it. Rep.*, 1952, voce *Servitù*, 48, che ha definito irrinunciabile il potere di chiedere il trasferimento della servitù in luogo diverso *ex art.* 1068 c.c.

⁷⁹⁸ V. ID., *op. ult. cit.*, 153.

⁷⁹⁹ Per tale esemplificazione v. ID., *op. ult. cit.*, 158, per il quale l'interprete, al fine di determinare quale sia il contenuto derogabile del diritto reale dovrà tenere conto degli interessi storicamente variabili e, di conseguenza, dell'evoluzione del dato normativo ed interpretativo. Sicché la determinazione dell'ambito di modificabilità del diritto reale sarebbe "in divenire" perché influenzato dalla realtà economica e sociale.

Resta inteso che, affinché questi obblighi accessori, liberamente costituiti dalle parti nei limiti previsti dalla legge, possano essere resi opponibili ai terzi, dovranno essere prima pattuiti per iscritto e poi trascritti presso i pubblici registri insieme al diritto reale a cui accedono⁸⁰⁰.

In conclusione, occorre unire le considerazioni appena svolte alle fattispecie delle obbligazioni *propter rem* tipiche esaminate in questo studio. In tal senso, non si potrebbe escludere una certa similitudine tra i casi di obbligazione *propter rem* ritenuti tipici dalla dottrina maggioritaria (*retro* analizzati⁸⁰¹) e i casi visti poc' anzi in cui i privati sono autorizzati – con qualche limite – dall'ordinamento a colmare il contenuto del diritto reale con un atto di autonomia, nei limiti consentiti. Una similitudine che giunge persino alla coincidenza là dove si prenda in esame l'istituto della servitù (artt. 1030, 1069, e così via), che avevamo detto essere l'emblema delle *obligationes ob rem* tipiche. In entrambi i casi mi sembra ravvisabile una modificazione accessoria del contenuto del “tipo” di diritto reale, intendendo con questa espressione la situazione reale, inderogabile nel suo contenuto minimo, scelta dai privati al fine di meglio regolare i propri interessi.

Detto altrimenti, mi pare che venga in essere un quadro per cui sia dalle o. p. r. tipicamente previste, sia da quelle “volontarie” a questo autorizzate (esplicitamente o implicitamente), emerga un'immagine di obbligazione che accede al diritto reale completandone il contenuto, ampliandone cioè la disciplina, sia in positivo sia in negativo. Potrebbe essere questo il caso già ricordato dell'art. 1030, con l'eccezione però degli *adminicula servitutis* e delle servitù irregolari, che comunque non potrebbero essere rappresentate quali obbligazioni *propter rem*, visto che il perseguimento dell'utilità personale divergerebbe con il nucleo dell'istituto delle servitù, e l'obbligazione non sarebbe reale ma personale⁸⁰²; dell'art. 1069, comma 2, ove si prevede che le parti contrattualmente potrebbero porre a carico del titolare del fondo servente le spese di conservazione della servitù; ovvero dell'art. 1045 c.c., in relazione al contributo dovuto da chi si serve di fogne e fossi altrui che potrebbe essere disciplinato liberamente dalle parti. Oppure potrebbe aversi riguardo agli obblighi di

⁸⁰⁰ V. S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali*, Milano, 1974, 172 ss.

⁸⁰¹ V. Cap. II, *passim*.

⁸⁰² *Contra* L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 63 ss., la quale ammette la più assoluta libertà per i privati di costituire *obligationes* atipiche perché sarebbe inverosimile che i privati non possano costituire anche a vantaggio della persona vincoli atipici opponibili *erga omnes* in funzione – ad esempio – di un miglior assetto urbanistico o di perseguire (più in generale) interessi attinenti alla personalità, quando sono legittimati per la stessa funzione a costituire servitù reciproche. In particolare, l'A. sembra criticare quell'orientamento espresso da alcuni interpreti (v. ad es. G. GROSSO, *Tipicità delle obbligazioni*, cit., 252) secondo cui la costituzione di *obligationes* atipiche configurerebbe *servitus in faciendo*. Ciò per l'A. non potrebbe accadere «dato che il mutamento del *nomen* (obbligazione *propter rem*) non muterebbe la sostanza delle cose. Giacché [...] non si tratterebbe certo di modificare soltanto l'etichetta, ma di dar vita a situazioni lontane sia da quelle tradizionali sotto il profilo del fine e del contenuto, sia “dall'arcaico e angusto schema della servitù”. Situazioni, la cui natura obbligatoria comporterebbe l'applicazione di principi e di norme diversi ed incompatibili con la disciplina dei diritti reali». Tale opinione, in realtà, sembra difficilmente accoglibile perché non compiutamente motivata.

contribuire alle spese di godimento delle cose comuni o del bene condominiale, nonché a quelle di conservazione, salvo non si voglia aderire a quell'orientamento portato a farle rientrare nel contenuto basilare del diritto, divenendo necessarie per il mantenimento del bene su cui si esercita il diritto; analogamente potrebbe accadere in relazione alla proprietà e all'art. 882 c.c. per le spese di conservazione del muro comune. Lo stesso sembra potersi dire allorché il concedente ed usufruttuario, o proprietario ed enfiteuta, decidessero di modulare diversamente l'indennità per i miglioramenti e le addizioni, se queste non fossero ritenute fondanti il diritto. Od ancora, in relazione all'usufrutto, si pensi alla possibilità di disciplinare i carichi e le imposte a carico dell'usufruttuario.

In tutti questi casi, che costituiscono una mera esemplificazione non certo esaustiva, sembra agevole determinare che talvolta gli obblighi accessori sono previsti e autorizzati dal legislatore espressamente, con possibilità per i privati di determinarne liberamente il contenuto, mentre talaltra sono ammessi implicitamente, ove il legislatore consenta alle parti di colmare il contenuto del diritto reale o di modularlo diversamente. Detto altrimenti, servendosi delle parole utilizzate da autorevole dottrina che si è occupata dell'argomento: «Si ha quindi un'autonomia "*secundum legem*", non quell'autonomia "*praeter legem*" [...]»⁸⁰³.

In definitiva, con riguardo all'atipicità delle obbligazioni reali mi sembra di poter concludere affermandone l'inammissibilità ove lette in vesti di figure completamente atipiche. In questo caso non potrebbe mai configurarsi il profilo che connatura le situazioni reali atipiche, ossia l'opponibilità ai terzi: per la loro natura, dato che sono obbligazioni – e non diritti reali – che si limitano ad accedere (per definizione) alla *res*, e che rischierebbero, ove ammesse, di snaturare il diritto, sino al punto di crearne uno nuovo, portandolo a scontrarsi con il principio del numero chiuso. Né a molto servirebbe la trascrizione, che, oltre che non attributiva di "realità", resta accessibile ai soli casi normativamente previsti.

Ciò che sembra plausibile, invece, è ammettere l'atipicità di queste figure se intesa come possibilità per i privati di costituire obbligazioni connesse ed accessorie alla titolarità di un diritto reale, quando sia il legislatore a lasciare espressamente (come accade nell'art. 1030 c.c., o con riguardo al regolamento di condominio, oppure alla facoltà assembleare di modulare le spese per il miglior godimento della cosa comune) o implicitamente (come accade nell'enfiteusi circa l'indennità per i miglioramenti, o nell'usufrutto per le imposte gravanti sull'usufruttuario) ai privati il potere di meglio regolamentare la relazione con la *res*, tramite pattuizioni che saranno opponibili ai terzi sia perché autorizzate *ex lege*, sia perché divenute parti integranti del diritto con cui circoleranno.

⁸⁰³ Testualiter A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 240.

In questo senso, si potrà parlare allora di una atipicità solo relativa, visto che il legislatore prevede – più o meno esplicitamente – solo le ipotesi di obbligazione *ob rem*, lasciando per contro alla volontà delle parti di determinare il contenuto, ed agli interpreti di determinare la disciplina applicabile⁸⁰⁴.

3. L'atipicità degli oneri reali.

Un'apertura verso l'autonomia delle obbligazioni *propter rem* porta a chiedersi se analoghi spazi non siano ravvisabili anche per l'onere reale. In realtà, l'onere – per come è stato ricostruito dagli interpreti e come già evidenziato⁸⁰⁵ – gode di una maggiore autonomia rispetto all'obbligazione *ob rem*, perché non diviene accessorio al contenuto di un diritto reale, godendo di un'inerenza propria e non solo dipendente da quella derivante dalla titolarità dello *ius in re*⁸⁰⁶. Pertanto, non sembra possibile giustificare la facoltà di costituire oneri reali atipici attraverso le stesse ragioni addotte per le *o. p. r.*, e ciò sebbene i primi condividano con le seconde la natura obbligatoria e non reale.

Pare, tuttavia, utile servirsi dello stesso criterio utilizzato per le obbligazioni *propter rem*, verificando se talvolta la legge non consenta all'autonomia delle parti di integrare la fattispecie normativa consentendo una forma di atipicità relativa. Detto altrimenti, occorre verificare se il legislatore non abbia messo a disposizione del privato uno schema normativo che gli consenta di obbligarsi per il solo fatto di essere titolare di un diritto, vincolando dei beni al soddisfacimento degli interessi di un creditore; e lasciando, però, al contempo i privati liberi di meglio autodeterminarsi, cioè di decidere il contenuto del vincolo autonomamente. In tal senso, sembra riecheggiare l'istituto dell'art. 2645-*ter* c.c.⁸⁰⁷.

Prima di giungere a tali conclusioni è tuttavia opportuno fare un passo indietro. La possibilità di costituire figure atipiche di oneri reali è parsa problematica nella misura in cui si ritenga che elemento fondante di questa fattispecie sia la facoltà riconosciuta al creditore della prestazione positiva di soddisfarsi esecutivamente con prelazione sul bene gravato⁸⁰⁸. Nel nostro ordinamento, invero, a differenza di quanto accade in Germania o in Svizzera, l'onere reale non è disciplinato espressamente, e nemmeno si

⁸⁰⁴ V. S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali*, cit., 211.

⁸⁰⁵ V. *supra passim* e specialmente Cap. I, par. 3.

⁸⁰⁶ Avevamo già evidenziato, infatti, come una delle maggiori differenze tra le due figure fosse proprio dettata dall'inerenza, che è più sfumata nelle obbligazioni reali, essendo quella di quest'ultime dipendente da quella effettiva del diritto reale a cui accedono.

⁸⁰⁷ La conclusione di recente sembra essere stata accolta anche da G. PALERMO, *Nemini res sua servit (servitù e vincoli atipici)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 335 ss. e spec. 340: «Correttamente interpretata, la norma [...] consente, a mio avviso, di fondare su base adeguata e consona il riconoscimento della libertà di costituire, in regime di autonomia, vincoli di contenuto atipico su beni immobili, non solo nel perseguimento di utilità riferibili alla proprietà fondiaria, ma, anche e soprattutto, in ragione di interessi della persona; quelli che risultino, a volta a volta, avere indotto all'esercizio del potere dispositivo».

⁸⁰⁸ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 69 s.

ammette che ad esso siano applicabili le norme relative all'ipoteca⁸⁰⁹. Sicché in Italia la esigenza di creare rapporti assistiti da una garanzia specifica potrebbe essere soddisfatta esclusivamente attraverso la costituzione volontaria di un'ipoteca *ex art.* 2808 c.c. Tuttavia, in questo caso, come già più volte rilevato⁸¹⁰ nel corso di questa ricerca, non si tratterebbe di un o.r., cioè di un rapporto obbligatorio caratterizzato dall'elemento della realtà e assistito da un privilegio speciale immobiliare quale garanzia interna del rapporto, ma si tratterebbe di un mero credito assistito da un diritto reale di garanzia autonomo ed esterno.

Tantomeno, in soccorso della tesi di un'asserita possibilità di costituire oneri reali atipici, potrebbe sostenersi che la garanzia propria di questa figura coincida con il privilegio speciale immobiliare, in virtù della strettissima tipicità dei privilegi che sono ammessi nei soli casi previsti dalla legge. In caso contrario si finirebbe con l'ammettere l'esistenza di garanzie reali atipiche. Del resto, pare chiaro il dettato dell'art. 2745 c.c. che prevede sì la «convenzione delle parti», ma solo come mera condizione per la costituzione del privilegio, e non come fonte dello stesso. In buona sostanza, i privati non sono autorizzati a dare vita a privilegi atipici determinandone il contenuto, dal momento che il contenuto della causa di prelazione è sempre determinato dalla legge⁸¹¹.

In conclusione, non potrebbe sfuggire una considerazione, che per ora verrà solo accennata con riserva di svilupparla a breve (v. *infra* par. 3.3). È vero che l'onere reale non deve essere confuso con un'ipoteca volontaria o con un privilegio speciale, ma è vero anche che tutti i casi di o.r. esaminati⁸¹² sembrano essere prestazioni, più o meno periodiche, dipendenti dalla titolarità di un diritto reale e finalizzate al perseguimento di un interesse pubblico e quindi meritevole, e forse proprio per questo assistite da un privilegio speciale. Il problema, dunque, non sembra tanto essere quello di classificare l'onere reale all'interno di figure già esistenti all'interno dell'ordinamento, bensì quello di verificare se, oggi, il nostro legislatore non metta a disposizione dei privati un qualche strumento che consenta loro di perseguire «interessi meritevoli di tutela» attraverso la previsione di obblighi di destinazione di un bene verso un certo scopo, facendo altresì assistere tale destinazione da un diritto reale di garanzia sui beni

⁸⁰⁹ Il riferimento corre al §1107 B.G.B., che in relazione alle prestazioni dell'onere reale – il cui contenuto è disciplinato dal precedente §1105 – prevede: «*Auff die einzelnen Leistungen finden die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung*», ossia che «Alle singole prestazioni trovano corrispondente applicazione le disposizioni sugli interessi di un debito ipotecario» (cfr. S. PATTI, *Codice civile tedesco*, cit., 734 s.). Ma il riferimento corre anche all'art. 791 del codice civile svizzero, che, in relazione al diritto del creditore dell'onere fondiario, ammette: «*Der Gläubiger der Grundlast hat keine persönliche Forderung gegen den Schuldner, sondern nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Werte des belasteten Grundstückes*», ossia «Il creditore dell'onere fondiario non ha un credito personale contro il debitore, ma solo il diritto di essere soddisfatto sul valore del fondo gravato».

⁸¹⁰ In particolare, v. *supra* Cap. I note 109 e 183.

⁸¹¹ Cfr. F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi*, cit., 305 ss.

⁸¹² V. *supra* Cap. II, par. 1.

vincolati. Il riferimento ovviamente corre all'art. 2645-ter, che secondo una certa interpretazione potrebbe proprio essere ricostruito come la previsione di un onere reale⁸¹³. Una fattispecie che, sebbene non assistita da quel privilegio speciale sull'immobile – aspetto che per contro caratterizza i casi tipici di onere reale finora studiati –, sembra comunque accompagnata da una garanzia reale, dal momento che «i beni conferiti e i loro frutti [...] possono costituire oggetto di esecuzione [...] solo per i debiti contratti a tale scopo».

Non sembra peregrino, insomma, affermare che i privati possano costituire oneri reali atipici non tanto al di fuori dalla legge, ma nei casi previsti dalla legge attraverso quei margini di autonomia che il legislatore ha voluto concedere loro con l'introduzione dell'art. 2645-ter. Oneri o vincoli atipici che diverrebbero anche opponibili nei confronti dei soggetti terzi, dal momento che li stessi possono/devono⁸¹⁴ essere trascritti nei pubblici registri.

Una conclusione di questo tipo non sembra scontrarsi né con il principio del *numerus clausus* né con quello della tipicità (ammesso e non concesso che le due nozioni non debbano procedere di pari passo), e sembra al contempo utile a soddisfare quelle esigenze di maggior dinamismo economico nella circolazione dei beni che sino agli anni cinquanta aveva accompagnato la figura dell'o.r. Esigenze che, seppure cristallizzate dalla giurisprudenza attraverso il riconoscimento delle servitù reciproche, oggi – a distanza di quasi settant'anni – necessitano di essere meglio perseguite attraverso i nuovi strumenti messi a disposizione dal legislatore⁸¹⁵.

Quest'ultimo sembra aver finalmente positivizzato una figura forse non troppo lontana da quell'onere reale di matrice germanica, avo del “nostro” onere che lo aveva mutuato in passato attraverso l'attività interpretativa. Basti pensare al dettato del §1105, comma 1, *B.G.B.*: «Un fondo può essere gravato in maniera che a colui, in favore del quale viene costituito l'onere, debbano essere effettuate prestazioni dal fondo (oneri reali). Quale contenuto dell'onere può anche essere convenuto che le prestazioni che debbono essere effettuate si adeguino automaticamente a circostanze mutate, se in base ai presupposti stabiliti dalla convenzione possono essere determinati tipo ed estensione dell'onere»⁸¹⁶. Od anche a quello dell'§1108, comma 1, *B.G.B.*: «Il

⁸¹³ V. *infra* in nota e, specialmente, cfr. U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale*, cit., 153 ss.; ID., *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo art. 2645-ter*, in *Giur. it.*, 2008, 1823 ss.: «il vincolo di destinazione – che si potrà tradurre [...] in un onere reale o in un semplice diritto di credito assistito da un diritto reale di garanzia sui beni vincolati – accompagnato da separazione patrimoniale».

Di contro G. VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645ter*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, 775 ss., qualifica l'art. 2645-ter come obbligazione *propter rem*.

⁸¹⁴ V. *infra* par. 3.2.

⁸¹⁵ Il legislatore, con l'art. 2645-ter, sembra aver introdotto uno strumento nuovo, che, staccandosi dalle resistenze conservatrici dell'impianto codicistico tradizionale di matrice profondamente paternalistica, meglio sia attaglia alle nuove e mutevoli esigenze socio-economiche.

⁸¹⁶ La traduzione è di S. PATTI, *Codice civile tedesco*, cit., 734 s.: «*Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (Reallast). Als Inhalt der Reallast kann auch*

proprietario risponde anche personalmente delle prestazioni scadute durante il tempo della sua proprietà, a meno che non sia disposto diversamente»⁸¹⁷.

Da tali norme si evincono numerose similitudini con l'art. 2645-ter, e più in generale con la figura dell'o.r. a noi noto: il fatto che «un fondo possa essere gravato» sembra sottintendere la possibilità di stipulare atti in forma pubblica con cui «destinare» beni immobili o mobili registrati; tale vincolo può essere costituito convenzionalmente; il richiamo ad un soggetto in favore del quale l'onere viene costituito di molto si avvicina alla figura del beneficiario del vincolo di destinazione; la facoltà di convenire il contenuto dell'onere sembra alludere al fatto che lo stesso non abbia un contenuto tipico, e sembra riecheggiare la possibilità di destinare per realizzare «interessi meritevoli di tutela [...] ai sensi dell'art. 1322 c.c.»; la prevista possibilità che l'onere si adegui alle mutate circostanze ricorda la previsione per cui «per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso»; il fatto che il proprietario risponda «anche» personalmente, oltre ad ammettere che il titolare del bene risponda innanzitutto con il fondo onerato, sembra essere ripreso dalla norma italiana, ove si ammette che «i beni conferiti e i loro frutti [...] possono costituire oggetto di esecuzione [...] solo per debiti contratti per tale scopo».

La tesi volta a ritenere ammissibili gli oneri reali atipici solo ove siano destinatori, ai sensi ed entro i limiti dell'art. 2645-ter, pare essere una soluzione in linea con l'idea di onere reale da noi oggi recepita, perché figura nata dall'interpretazione e dai confini labili, e soluzione che forse troverebbe anche il consenso di chi in passato era stato costretto a negare la possibilità di costituire oneri reali atipici⁸¹⁸, dal momento che non aveva ancora avuto la possibilità di confrontarsi con l'istituto del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter. E una soluzione che permetterebbe anche di superare le problematiche attinenti all'opponibilità del vincolo atipico costituito, dal momento che lo stesso diverrebbe trascrivibile pur senza costituire un nuovo diritto reale, cioè senza incidere sul principio del *numerus clausus*.

vereinbart werden, dass die zu entrichtenden Leistungen sich ohne weiteres an veränderte Verhältnisse anpassen, wenn anhand der in der Vereinbarung festgelegten Voraussetzungen Art und Umfang der Belastung des Grundstücks bestimmt werden können».

⁸¹⁷ La traduzione è sempre di ID., loc. cit.: «Der Eigentümer haftet für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich, soweit nicht ein anderes bestimmt ist».

⁸¹⁸ Il riferimento corre a G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 146, che già quarant'anni fa affermava: «Occorre [...] nella normativa vigente individuare se ed in quali casi la legge preveda il costituirsi, in capo al proprietario o al titolare di un diritto reale di godimento su un immobile, di un obbligo che abbia i riscontrati caratteri dell'onere reale». Ma v. anche L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., che – come detto poc'anzi – negava la possibilità di costituire o.r. atipici.

3.1. Ulteriori ipotesi di autoregolamentazione con efficacia reale: il *trust*.

L'analisi appena svolta sul ruolo dell'autonomia negoziale nella conformazione della situazione proprietaria e degli eventuali limiti che il *numerus clausus* può imporre a quest'ultima, consente ora di prendere in esame i vincoli impressi direttamente sulla *res* che non rimangono confinati nel campo del rapporto obbligatorio, perché capaci di circolare con il bene⁸¹⁹. Il riferimento corre immediatamente alle figure del *trust* e del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*

Il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, insieme alla considerazione del diritto di proprietà come diritto pieno e assoluto⁸²⁰, ha impedito per molto tempo di configurare ipotesi di proprietà c.d. "funzionalizzata" dai privati, ossia «strumentale al perseguimento di interessi distinti da quelli del proprietario medesimo, e per questo limitata nelle facoltà di godimento e disposizione spettante al titolare»⁸²¹. Da qui proverrebbe l'avversione nei confronti della c.d. proprietà fiduciaria e della proprietà interinale o risolubile⁸²².

In questa problematica si è inserito anche l'istituto anglosassone del *trust*, in cui il carattere temporaneo del diritto costituito in capo al *trustee* sui beni in *trust* sembrerebbe dar vita ad una sorta di proprietà temporanea, in contrasto con il principio di assolutezza della proprietà. Infatti, secondo alcuni la sua costituzione darebbe vita ad un diritto diverso dal tradizionale diritto di proprietà, poiché «la posizione di titolarità reale che ne costituisce l'essenza ha carattere temporaneo» e sarebbe finalizzata al perseguimento di fini programmati con l'atto costitutivo⁸²³.

Ad ogni modo, per quanto sia diffusa in dottrina la convinzione che il *trust* sia una figura di difficile definizione in virtù delle diverse funzioni che potrebbe svolgere e dei diversi contesti in cui potrebbe essere utilizzato⁸²⁴, sembra possibile definirlo attraverso la struttura trilaterale che ne contraddistingue tutte le tipologie: un soggetto

⁸¹⁹ Cfr. G. DE NOVA, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. Dir. agr.*, 1979, 509 ss. e spec. 550. Ma v. anche A. FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Digesto sez. civ.*, IV, Torino, 1990, 322 ss. Cfr. G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. Dir. comm.*, 2001, I, 391 ss. e spec. 400, che evidenzia l'esigenza del singolo di «imprimere ai propri beni la destinazione che egli abbia a reputare più giusta, più opportuna e più confacente ai propri interessi, così come da lui stesso concepiti, valutati e perseguiti».

⁸²⁰ Sul punto v. *ex multis* U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 86 ss.; P. RESCIGNO, voce *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 254 ss.

⁸²¹ Così U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale*, cit., 23 s.

⁸²² Secondo L. SANTORO, *Il trust*, cit., 136, La proprietà temporanea ha per lungo tempo costituito argomento di vivace dibattito dottrinale specialmente con riguardo ad alcune figure: il diritto del donante nella donazione *mortis causa*, il diritto dell'istituto nella sostituzione fedecommissaria, il diritto che compete al legatario a termine. La proprietà temporanea dovrebbe essere intesa come diritto reale con termine strettamente inerente al diritto: la temporaneità non dipenderebbe dall'apposizione di un termine come elemento esterno ed accidentale, bensì dal fatto che il termine compenetrerebbe la realtà del diritto.

⁸²³ Cfr. ID., *op. cit.*, 135 s.

⁸²⁴ G. THOMAS - A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford University Press, 2010, 2^a, 19.

“disponente” o *settlor* trasferisce – con atto *inter vivos* o *mortis causa* – uno o più beni (il c.d. fondo in *trust*) al *trustee*, che dovrà custodire, amministrare o utilizzare i beni a vantaggio di un soggetto “beneficiario” o *beneficiary* indicato dal disponente⁸²⁵.

⁸²⁵ Il *settlor*, sia esso persona fisica o giuridica, se dotato di capacità di agire, può trasferire i beni di sua proprietà al *trustee* imponendo ad essi un determinato vincolo e creando una situazione di *splitted ownership*. La manifestazione di volontà – attraverso cui il *settlor* rinuncia al suo diritto di proprietà costituendo la *splitted ownership* a vantaggio dei beneficiari – viene divisa in due atti: da una parte, l’atto dispositivo con cui il disponente trasferisce la proprietà del bene al *trustee*, dall’altra un atto istitutivo con cui viene indicato il vincolo imposto al *trustee* a favore del beneficiario o dei beneficiari (cfr. M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, 2^a, 519). Il *settlor* nel determinare la struttura dell’istituto gode di ampia libertà, potendo prevedere di essere *trustee* o persino beneficiario, anche se non potrebbe mai ricoprire entrambi i ruoli contemporaneamente ove fosse unico *beneficiary* o *trustee*.

Il *trustee* è considerato come l’unico soggetto necessario ed essenziale di un *trust*, perché è a tale soggetto che il disponente trasferisce i suoi beni affinché li amministri a vantaggio del beneficiario (v. M. LUPOI, *op. cit.*, 286). Viceversa potrebbero mancare il disponente (ad esempio nei *constructive trust*) oppure il beneficiario determinato (ad esempio nei *charitable trust*). Attraverso l’atto costitutivo il *trustee* si troverebbe in una situazione di c.d. *ownership-management* (v. A. UNDERHILL - D.J. HAYTON, *Law of Trusts and Trustees*, LexisNexis Butterworths (Londra), 2007, 17^a, 7) ossia di “proprietà dovuta” (espressione così tradotta da M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova 2011, 2^a, 103) in quanto sarebbe proprietario della *res* e possessore di un *legal title* sulla stessa, ma al contempo non potrebbe esercitare sulla cosa i poteri propri di un proprietario pieno, dovendosi limitare – con una discrezionalità più o meno ampia – a gestirla in ottemperanza alle obbligazioni fiduciarie da lui assunte.

Il beneficiario, invece, è il soggetto nei cui confronti il *trustee* è obbligato a far ottenere variegati vantaggi economici: dal diritto di ottenere il fondo in *trust* dal *trustee*, all’aspettativa di essere prescelto all’interno di una determinata categoria per ricevere reddito o parte del fondo. Il beneficiario generalmente viene considerato come proprietario della c.d. *equitable ownership*, ciò per differenziarlo dal *trustee*, al quale spetta la c.d. *legal ownership*: sul punto v. *infra* in nota.

Sicuramente il *trustee* è il primo soggetto ritenuto responsabile in caso di inadempimento sia delle obbligazioni fiduciarie assunte sia delle indicazioni data dal conferente (c.d. *breach of trust*). Quest’ultimo sarà così tenuto a reintegrare il fondo con quanto ne faceva parte in precedenza oppure a risarcire il danno causato al fondo in *trust*. In sostanza, si tratterebbe di un’azione personale verso il *trustee* che si vedrebbe costretto a rispondere della perdita causata al fondo dalla sua condotta, a prescindere dal fatto che questa sia fraudolenta o meno (cfr. G. THOMAS - A. HUDSON, *op. cit.*, 942). La responsabilità sarebbe peraltro commisurata al valore che il fondo in *trust* avrebbe dovuto avere nel momento in cui il beneficiario ha chiesto conto della gestione al *trustee* (cfr. A. UNDERHILL - D.J. HAYTON, *op. cit.*, 1047).

Tuttavia, in alcuni casi il beneficiario – a dimostrazione del fatto che nell’ipotesi in esame non sarebbe titolare di un mero *ius in personam* – potrebbe agire anche nei confronti di terzi, ove non sia possibile ottenere la restituzione da parte del *trustee* (v. F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge University Press, 1936, 2^a, 217). Benché vi sia un obbligo di preventiva escussione del *trustee* (cfr. G. THOMAS - A. HUDSON, *op. cit.*, 943) sarebbe ben possibile per il beneficiario agire in giudizio nei confronti di terzi acquirenti a titolo gratuito del fondo o in mala fede (v. A. UNDERHILL - D.J. HAYTON, *op. cit.*, 67, parlano di incompatibilità con la definizione di *bona fide purchaser of a legal interest for value without notice*). In particolare, in caso di *breach of trust* in cui il beneficiario è legittimato ad opporre al terzo il proprio diritto si parla di *constructive trust*, ossia di un *trust* creato in sede giudiziale al fine di rimediare ad un inadempimento o, più in generale, ad un comportamento illecito (A. VICARI, *Constructive trust: diritto o rimedio?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, p. 222 ss.): il terzo, in questo caso, diverrebbe *trustee* del bene acquistato ed avrebbe l’obbligo di custodirlo o di restituirlo al beneficiario (v. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 123; R. FRANCESCHELLI, *Il “Trust” nel diritto inglese*, Padova, 1935, 565).

Sempre con riferimento alla tutela del beneficiario pare opportuno ricordare una forma di surrogazione reale dei diritti del beneficiario: il c.d. *tracing*, ossia il diritto di seguire i beni del fondo nelle loro trasformazioni presso il *trustee* o presso terzi (cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Milano-Padova, 2016, 3^a, 132 ss.). In buona sostanza, attraverso questa tecnica di carattere probatorio (accessoria e non coincidente con l’azione rivendicatoria esperita) il beneficiario, dopo aver individuato il soggetto nei cui confronti agire, può rintracciare il bene nelle trasformazioni, fisiche o giuridiche, o sostituzioni subite ed esercitare il proprio diritto sul bene

Sebbene vi sia separazione patrimoniale rispetto agli altri beni del *trustee*, occorre por mente al fatto che il *trust* non è dotato di personalità giuridica, e che la situazione proprietaria dei beni oggetto del *trust* è da sempre stata fonte di perplessità per un giurista di *civil law*, a differenza di quanto accaduto oltremarica dove questo istituto ha trovato i natali⁸²⁶. Indubbiamente un tratto distintivo del *trust* si manifesta nel c.d. effetto segregativo prodotto sui beni che ne sono oggetto, dal momento che «i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*»⁸²⁷.

Invero, alla base del c.d. effetto segregativo vi sarebbe una sorta di sdoppiamento della proprietà⁸²⁸ (c.d. *splitted ownership*) che, sebbene abbia trovato una propria giustificazione nel diritto inglese attraverso la distinzione operata tra *legal ownership* ed *equitable ownership*⁸²⁹, ha fatto sorgere non pochi problemi negli ordinamenti dell'Europa continentale, dove il diritto di proprietà si connota per l'assolutezza e la stretta correlazione tra titolarità formale e disponibilità economica⁸³⁰.

risultante dalla trasformazione o sostituzione. Il bene, infatti, potrebbe aver perso la propria individualità perché unito ad altri beni di proprietà del *trustee* o del terzo (si pensi, ad esempio, alle somme di denaro), ma attraverso il *tracing* il beneficiario potrà comunque rivalersi sul valore economico del bene, e ciò a differenza di del c.d. *following*, che consentirebbe di seguire il bene nei vari passaggi di proprietà nelle mani del *trustee* o dei terzi (cfr. T. B. SMITH, *The Law of Tracing*, Clarendon Press (Oxford), 1997, 3), pretendendo che il bene venga destinato secondo quanto originariamente convenuto.

⁸²⁶ Per un'analisi sulle origini e sullo sviluppo del *trust* nelle diverse epoche storiche v. M. LUPOI, *Trust and confidence, Part I*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2009, 287 ss.; nonché M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 15 ss., in cui l'A., pur precisando che alcuni aspetti di questo istituto sono stati oggetto di disposizioni legislative anche in Inghilterra, coglie una differenza significativa tra il modello inglese e quello continentale: nel primo la fonte del *trust* è prevalentemente giurisprudenziale, nel secondo essenzialmente legislativa.

⁸²⁷ Così l'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, Convenzione relativa alla legge dei trust e al loro riconoscimento, che conferma un'opinione da tempo condivisa nell'ordinamento inglese e italiano. Sul punto v. M. LUPOI, *op. cit.*, 25: «tutti i tipi di *trust* condividono un dato strutturale [...] l'oggetto in *trust* appartiene al *trustee*, ma non si confonde con gli altri elementi del suo patrimonio perché non è economicamente suo»; nonché A. UNDERHILL - D.J. HAYTON, *Law of Trusts*, cit., 2: «A *trust* is an equitable obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property (called trustee property) owned by him as a separate fund, distinct from his own private property, for the benefit of persons (called beneficiaries or, in old cases, cestuis que trust)».

⁸²⁸ V. R. FRANCESCHELLI, *Il "Trust"*, cit., 23.

⁸²⁹ Secondo A. UNDERHILL - D.J. HAYTON, *Law of Trusts*, cit., 66, tale distinzione indica che nel diritto inglese vi sarebbero due sistemi coesistenti e concorrenti nella creazione di un unico istituto: *common law* ed *equity*. Le origini di questo tratto distintivo sarebbero imputabili al fatto che le Corti di *equity*, ed in particolare la *Court of Chancery*, grazie alle proprie capacità di rappresentare una giurisdizione concorrente e parallela a quella di *common law*, iniziarono nel XVII secolo a tutelare i diritti vantati dai beneficiari sui fondi in *trust*. Per contro, oggi, tutte le corti, anche quelle più conservatrici di *common law*, riconoscono la dicotomia tra *legal ownership* ed *equitable ownership*: da un lato il *trustee*, titolare di una *legal ownership* tutelata dalla *common law*, destinatario del trasferimento dei beni oggetto del *trust*, nonché vincolato alle indicazioni contenute nell'atto istitutivo; dall'altro lato il beneficiario, titolare della *equitable ownership* protetta dall'*equity*, che si traduce di fatto nel diritto di vedere il fondo in *trust* amministrato ed utilizzato a suo vantaggio e per lo scopo individuato dal *settlor*.

⁸³⁰ Cfr. V. SALVATORE, *Il Trust, Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1998, 15. Inoltre, significativa è stata l'opinione di chi – nel tentativo di avvicinare l'istituto del *trust* agli istituti italiani – ha accostato tale figura all'usufrutto, ravvisandone una certa somiglianza in virtù dello «svuotamento» del diritto di proprietà (v. P. BERNARDI, *Il trust nel diritto internazionale Privato*, Pavia, 1957, 71): il *trustee* sarebbe una figura affine a quella del nudo proprietario, poiché avrebbe la disponibilità dei beni

Nella disputa circa la possibilità di dare ingresso a questo istituto negli ordinamenti di *civil law* il maggiore ostacolo era senz'altro rappresentato dal rapporto con i principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali. In particolare, il problema non riguardava la tipicità del *trust* inteso *ex se*, ma piuttosto i suoi effetti. Invero, dare ingresso al *trust* negli ordinamenti di *civil law* non avrebbe solo implicato l'introduzione di un nuovo diritto reale, ma di numerosi e nuovi diritti reali⁸³¹. Così, posta la natura di "recipiente" di diritti che normalmente veniva riconosciuta a questo istituto⁸³², la questione si poneva in ordine agli effetti prodotti e quindi al contenuto di questo "recipiente".

Al dibattito sulla natura dei diritti del beneficiario e del *trustee* non è stata indifferente nemmeno l'Italia, che, agli inizi degli anni '50, attraverso la giurisprudenza, negava la validità del *trust* nel nostro ordinamento, assumendo che lo sdoppiamento di proprietà prodotto dalla costituzione di beni in *trust* – frutto di differenze a livello di ordinamenti – sarebbe stato contrario ai principi fondamentali di ordine pubblico presenti nel nostro ordinamento⁸³³. Un atteggiamento di chiusura dunque, che, smussatosi solo gradualmente⁸³⁴ e protrattosi fino alla firma della Convenzione dell'Aja, lasciava insoddisfatta quella parte di dottrina che non ravvisava particolari ragioni ostative all'ingresso del *trust* nel nostro ordinamento⁸³⁵, ed anzi

e potrebbe compiere su di essi atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione (pur senza avere diritto ai frutti del *trust*). Il beneficiario sarebbe accostabile all'usufruttuario che, senza essere titolare di un diritto di credito e pur senza essere proprietario, potrebbe vantare un diritto reale sul bene opponibile ai terzi. Un tentativo, senz'altro apprezzabile, ma che rischierebbe di deformare l'essenza di un istituto che ha ben poco a che vedere con quelli diffusi nel nostro ordinamento.

⁸³¹ Cfr. P. HEFTI, *Trusts and their treatment in the Civil Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1956, 562.

⁸³² In ordine alle diverse funzioni che il *trust* può svolgere v. G.L. GRETTON, *Trusts without Equity*, in *The international & comparative law quarterly*, 2000, 3, 599, per il quale il *trust* è un istituto in grado di assumere gli assetti e gli aspetti più svariati al punto che forse sarebbe riduttivo definirlo come istituto, essendo invece più appropriato parlare di "mondo giuridico" a sé stante: «*The trust is functionally protean. Trusts are quasi entails, quasi usufructus, quasi wills, quasi corporations, quasi securities over assets, schemes for collective investment, vehicles for bond issues, and so on and so forth*».

⁸³³ Cfr. Trib. Oristano, 15 marzo 1956, in *Foro it.*, 1956, 1020 ss., in cui il tribunale, chiamato a pronunciarsi sulla validità di un *trust* testamentario costituito da un inglese in favore dei figli nominati anche *trustee*, affermò: «L'ordine pubblico nazionale [...] è costituito appunto dai principi fondamentali del nostro ordinamento, tali che la loro violazione, mediante l'inserzione di istituti giuridici stranieri, produrrebbe nella coscienza e nella opinione pubblica e nell'economia italiana un grave turbamento. Ciò basta perché al regime dei beni quale è regolato un *trust* non possa essere riconosciuta in Italia piena validità senza d'uopo ricorrere ad altri principi di ordine pubblico, quale è il divieto delle sostituzioni fedecommissarie stabilito dall'art. 692 c.c.».

⁸³⁴ La giurisprudenza, infatti, iniziò solo progressivamente a mutare il proprio atteggiamento nei confronti dell'esportabilità in Italia del *trust*. Sul punto è significativa una pronuncia del Tribunale di Casale Monferrato (Trib. Monferrato, 13 aprile 1984, in *Riv. Not.*, 1985, 240 s.) in cui il giudice – ricorrendo alla figura civilistica della fiducia *cum amico* – arrivò a decretare che i beni conferiti in *trust* sono di proprietà del *trustee*.

⁸³⁵ Cfr. G. VALAS, *Il trustee: funzioni, obblighi e poteri*, in M. MONEGAT - G. LEPORE - I. VALAS, *Trust: aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, Torino, 2010, 191.

intravedeva la necessità di un avvicinamento dei sistemi di *civil law* a questo istituto, seppur con qualche adattamento⁸³⁶.

In ordine a queste tematiche, un punto di svolta si ebbe sicuramente con la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, nata con l'obiettivo di consentire al *trust* – fino ad allora utilizzato solo nei sistemi di *common law* – di operare anche negli ordinamenti di *civil law*⁸³⁷. Una finalità che avrebbe richiesto prima il riconoscimento del *trust* e poi – attraverso un'attività di adattamento dell'istituto anglosassone – la creazione di regole per i c.d. *trust* interni ed, eventualmente, per quelli di diritto interno⁸³⁸.

L'Italia si distinse da subito per essere uno dei primi Paesi a ratificare la Convenzione con la L. 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992. Occorre precisare, però, che la ratifica della Convenzione non risolse interamente i problemi su cui si erano affaticati gli interpreti sino a quel momento, andando per contro ad acuire un dibattito fino ad allora marginale⁸³⁹. L'Italia, nonostante la ratifica, e dunque il riconoscimento dei c.d. *trust* esterni, rimaneva priva di una disciplina interna in materia⁸⁴⁰. La legge non risolveva le criticità relative alla possibilità di riconoscere i c.d. *trust* interni⁸⁴¹, ossia *trust* in cui, pur non scomparendo del tutto l'elemento alieno – essendo ancora regolati da una legge straniera, scelta dal disponente *ex art. 6* della Convenzione⁸⁴² –, i beni da cui è costituito sono situati sul territorio italiano, il perseguimento dello scopo di destinazione avviene in Italia ed in cui il disponente e il beneficiario sono cittadini italiani⁸⁴³.

Specialmente con riguardo a quest'ultimo punto si svolse il dibattito⁸⁴⁴ tra coloro che affermavano la piena legittimità del *trust* interno nel nostro ordinamento⁸⁴⁵, chi

⁸³⁶ V. A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, 108: «qualunque sarà la sede internazionale da cui proverrà l'impulso, un certo adattamento del nostro diritto legale per consentire un accoglimento meno dubbioso dei *trusts* è quindi prevedibile».

⁸³⁷ Cfr. ID., *op. ult. cit.*, 94.

⁸³⁸ Esiste, infatti, una tesi estensiva volta ad ammettere non solo i *trust* interni ma anche i c.d. *trust* di diritto interno, che trarrebbero la propria legge regolatrice dal nostro ordinamento. Sul punto v. in particolare U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994; G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 ss.; ID., *Contributo allo studio del trust*, cit., 391 ss.

⁸³⁹ V. A. GAMBARO, *Problemi*, cit., 108.

⁸⁴⁰ L.F. RISSO - D. MURITANO, *Il trust: diritto interno e Convenzione dell'Aja. Il ruolo del notaio*, in S. BARTOLI - M. GRAZIADEI - D. MURITANO - L.F. RISSO, *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2007, 37.

⁸⁴¹ ID., *loc. ult. cit.*

⁸⁴² Sicché questo rimarrebbe l'unico elemento di estraneità, ma circa i c.d. *trust* di diritto interno o "domestici": v. *infra* nel testo.

⁸⁴³ Cfr. S. BARTOLI, *Gli effetti della ratifica*, in AA. VV., *Dal Trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, M. BIANCA - A. DI DONATO (a cura di), Gruppo 24 Ore, 2013, 36 ss.

⁸⁴⁴ Al dibattito non fu immune la giurisprudenza in linea di massima favorevole ad ammettere il *trust* interno: v. *ex multis* Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 580; Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, *ivi*, 2004, 67; Trib. Firenze, 2 luglio 2005, *ivi*, 2006, 89; Trib. Milano, 8 ottobre 2002, *ivi*, 2003, 270 ss.; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, *ivi*, 2003, 409 ss.; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, *ivi*, 2004, 73 e ss.

l'ammetteva con particolari limiti⁸⁴⁶ e chi ne negava l'ammissibilità⁸⁴⁷. La disputa si sviluppò fondamentalmente attorno a tre criticità tra loro concatenate. Innanzitutto, si rilevava come l'ammissione del *trust* nel nostro ordinamento avrebbe creato un diritto reale e, nello specifico, un fenomeno di separazione patrimoniale atipico in lampante contrasto con il principio di ordine pubblico dell'unicità del diritto di proprietà, protetto dall'art. 42 Cost. e coperto da riserva di legge.

A ben vedere tale criticità si intreccia con quella riguardante la natura della Convenzione dell'Aja: ci si interrogava se potesse rappresentare una mera convenzione di diritto internazionale privato ovvero una disciplina di diritto sostanziale interno. Invero, i sostenitori del *trust* in alcuni casi affermavano che la ratifica della Convenzione avesse completamente rimosso la possibilità di giustificare l'inammissibilità dell'istituto in base a un principio «di irrilevanza delle relative categorie nel diritto italiano ovvero addirittura sul principio di contrarietà a norme di diritto pubblico»⁸⁴⁸. Altri ritenevano che la Convenzione costituisse norme sia di diritto internazionale privato inerenti alla legge applicabile al *trust*, sia di diritto sostanziale (artt. 11 e 12), applicabili in Italia e capaci di adattare il nostro sistema fino al punto di rendere il *trust* ammissibile⁸⁴⁹. Altri ancora giungevano persino a sminuire il ruolo giocato dalla Convenzione, affermando che non occorrerebbe affannarsi nel tentativo di definire quest'ultima come fonte di diritto sostanziale poiché mancherebbe in assoluto il contrasto tra *trust* e ordine pubblico italiano: la Convenzione non sarebbe affatto necessaria per riconoscere l'istituto in Italia, visto che il testo della stessa si limita a far riferimento alla possibilità di utilizzare *trust* interni, senza mai vietarne l'utilizzo⁸⁵⁰.

Per contro, si affermava che la Convenzione non introducesse delle norme uniformi di diritto sostanziale, ma solamente di diritto internazionale privato; sicché, sebbene

Tuttavia, non sono mancate pronunce contrarie all'istituto: v. Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 255 ss.; Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, *ivi*, 2004, 67.

⁸⁴⁵ Cfr. *ex plurimis* M. LUPOI, *Trusts*, cit., 533 ss.; ID., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. Not.*, 2001, 1159 ss.; ID., *Riflessioni comparatistiche sui Trusts*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 425 ss.; A. GAMBARO, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II, 919 ss.; ID., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, *ivi*, 2002, 257 ss.

⁸⁴⁶ Cfr. C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1323 ss.; ID., *Il trust e "sostiene" Lupoi*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 441 ss.

⁸⁴⁷ In particolare v. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, cit., 11 ss.; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta sul trust e su altre bagattelle)*, *ivi*, 2001, 1247 ss.; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, *ivi*, 2002, 1107 ss.

⁸⁴⁸ Così N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in AA.VV. *I trusts in Italia oggi*, I. BENEVENTI (a cura di), Milano, 1996, 75.

⁸⁴⁹ V. A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione*, cit., 263, a cui ha poi aderito Trib. Bologna, 16 giugno 2003, cit.; Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, cit.; Trib. Firenze, 2 luglio 2005, cit. Secondo l'A. là dove non fosse ritenuto riconoscibile il *trust* interno si arriverebbe al paradosso per cui se un immobile fosse situato in Italia, esso non potrebbe essere oggetto di *trust*, poiché a tale bene si applicherebbe la *lex rei sitae* che non ne riconosce la figura.

Di contro v. F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, cit., 1112.

⁸⁵⁰ M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui Trusts*, cit., 437.

fosse corretto affermare che il *trust* non fosse più sconosciuto al nostro sistema, sarebbe stato errato ritenere che esso fosse entrato a far parte della normativa italiana, accanto ad altri istituti facenti parte del nostro ordinamento⁸⁵¹. In altri termini, affinché il *trust* potesse essere riconosciuto dal sistema italiano, sarebbe stato prima necessario introdurre una disciplina specifica, poiché in caso contrario, ossia ove fosse legittimata l'introduzione della particolare situazione proprietaria solo in base alla L. 364/1989, si sarebbe assistito ad «un'inversione temporale, per cui quel che dovrebbe essere presupposto per l'applicazione di una norma, ne diverrebbe effetto»⁸⁵².

Peraltro, i sostenitori del *trust* affermavano che il mancato riconoscimento di validità al *trust* interno avrebbe concretizzato una violazione del principio costituzionale d'uguaglianza, perché un cittadino italiano, non potendo conseguire lo stesso risultato pratico perseguibile da uno straniero con riguardo a beni situati in Italia, si sarebbe visto costretto a costituire la struttura giuridica all'estero per ottenerne il riconoscimento⁸⁵³. Gli oppositori del *trust*, per parte loro, affermavano che l'uguaglianza non deve confondersi con la reciprocità degli effetti che gli Stati firmatari della Convenzione si erano impegnati a riconoscere ai *trust* costituiti all'estero. E così, pur ravvisando una diversità di disciplina, non la ritenevano ingiustificata, perché le situazioni sarebbero effettivamente diverse, visto che la fattispecie del cittadino straniero presenta elementi di estraneità⁸⁵⁴.

La seconda criticità afferiva al rischio generato dall'effetto segregativo del *trust* ed alla sua validità nel nostro ordinamento. Sebbene la c.d. segregazione patrimoniale prodotta sui beni costituiti in *trust* – utile a perseguire le molteplici finalità attribuite con l'atto costitutivo – rappresenti l'effetto caratterizzante l'istituto (secondo alcuni persino la causa⁸⁵⁵), è innegabile come ciò possa determinare un rischio potenziale per i creditori del disponente, costituendo una deroga ai principi di indivisibilità del patrimonio e di universalità della responsabilità patrimoniale del debitore *ex art. 2740 c.c.* Principi che, seppure limitati in altre sedi e per altri motivi – talvolta anche in via

⁸⁵¹ V. C. CASTRONOVO, *Trust e diritto*, cit., 1324; G. BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 412.

⁸⁵² Testualmente F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, cit., 19, a cui ha aderito Trib. Belluno, 25 settembre 2002, cit.

⁸⁵³ N. LIPARI, *Fiducia*, cit., 75.

⁸⁵⁴ F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 19; G. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, I, 205.

⁸⁵⁵ Sul punto v. M. LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., 7. Ma *contra* G. DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 163, per il quale la segregazione è un effetto ma non la causa del *trust*. V. anche U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale*, cit., *passim*.

interpretativa⁸⁵⁶ –, possono essere derogati solo in presenza di un esplicito intervento normativo al riguardo⁸⁵⁷.

Sul punto è rilevante il dibattito sviluppatosi attorno agli effetti che la violazione del principio di responsabilità patrimoniale universale avrebbe potuto comportare. Da un lato, si argomentava con riferimento alla natura imperativa della norma sulla responsabilità patrimoniale, la cui violazione avrebbe dovuto portare alla dichiarazione di nullità *ex art. 1418, comma 1, c.c.*⁸⁵⁸. Dall'altro lato, si sosteneva che, per quanto l'effetto segregativo si ponesse in contrasto con l'art. 2740, non avrebbe potuto rinvenirsi nel nostro ordinamento un divieto così netto da comportare la nullità dell'intero negozio *ex art. 1418, comma 1*: non ci si troverebbe innanzi ad un dovere di “non fare” bensì ad un mero difetto di “potere” nell'attuare l'effetto segregativo, sicché la violazione dell'art. 2740 non darebbe luogo alla nullità del *trust*, ma solo all'inefficacia dell'effetto segregativo da questo prodotto⁸⁵⁹.

Strettamente connessa al punto precedente è la terza criticità, inerente all'opponibilità ai terzi di tale segregazione ed alla tipicità dei diritti reali trascrivibili *ex art. 2643 c.c.* Del resto, le possibili limitazioni alla responsabilità patrimoniale sono collegate al tema della pubblicità, visto che una limitazione della responsabilità patrimoniale non resa nota attraverso gli adempimenti pubblicitari sarebbe inaccettabile nel nostro ordinamento.

Da un lato, si affermava che la tipicità dei diritti reali e la correlata tassatività delle ipotesi di trascrizione impedirebbe al *trust* interno di essere trascritto: la tipicità sarebbe talmente stringente che un atto per essere trascritto dovrebbe produrre effetti identici alle figure disciplinate dall'art. 2643 c.c. e non solo analoghi⁸⁶⁰. L'unico atto trascrivibile sarebbe allora l'acquisto del *trustee*, che verrebbe così considerato come semplice acquisto della proprietà⁸⁶¹.

Viceversa, altri interpreti proponevano di trascrivere la proprietà acquistata dal *trustee* ai sensi dell'art. 2643, denominandola come *trustii causa* per consentire di opporre agli aventi causa l'*exceptio doli* – ossia la mancanza di buona fede – in casi di

⁸⁵⁶ Sul punto v. A. GAMBARO, voce *Trusts*, in *Digesto sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 467, per il quale il principio di ordine pubblico ritenuto insito da molti A. insito nell'art. 2740 c.c. ha perso credibilità, tanto potersi considerare «un poco ridicolo» a seguito delle riforme degli anni Novanta su Sim, EuroSim, fondi pensione e società unipersonale.

⁸⁵⁷ Cfr. G. BROGGINI, *op. cit.*, p. 415, al cui pensiero ha aderito Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 67.

⁸⁵⁸ Per F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, cit., 21, la nullità avrebbe potuto essere dichiarata anche ai sensi dell'art. 1419 vista l'essenzialità dello scopo segregativo nell'economia negoziale.

⁸⁵⁹ C. CASTRONOVO, *Trust e diritto*, cit., 1328.

⁸⁶⁰ Cfr. F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo*, cit., 953 ss.: «il legislatore avrebbe dovuto dettare un art. 2649bis c.c., con il quale disciplinare la trascrizione dell'effetto di separazione patrimoniale e il conseguente vincolo di destinazione che nasce dal trust».

⁸⁶¹ V. ID., *In Italia tutto è permesso*, cit., 1254.

inadempimento dei *trustee*, sul presupposto che gli acquirenti avrebbero dovuto essere edotti del vincolo esistente nell'atto di trascrizione⁸⁶².

In opposizione alle precedenti interpretazioni si è cercato invece di giustificare⁸⁶³ la trascrivibilità del *trust*, facendo ancora una volta riferimento alla natura sostanziale della Convenzione dell'Aja. Questa, modificando ed adattando il nostro ordinamento, avrebbe reso ammissibile la trascrivibilità della qualità di *trustee* ai sensi dell'art. 12: «Il *trustee* che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i documenti attinenti, avrà facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di *trustee* o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò non sia vietato od incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo». Sulla scia di questa interpretazione si è mossa parte della dottrina, giungendo però a soluzioni differenti.

Alcuni autori hanno proposto di trascrivere nel quadro C della nota “contro” il disponente ed “a favore” del *trustee*, indicando questi come “soggetto a favore”, ed evidenziando però nel quadro D che si tratterebbe di *trust*⁸⁶⁴. Una soluzione, tuttavia, difficilmente praticabile e presto accantonata, in considerazione del fatto che non sarebbe in grado di evidenziare il mutamento sostanziale della situazione giuridica del bene, visto che il quadro D, di natura accessoria e valido ai soli fini della pubblicità notizia, non sarebbe rilevante ai fini dell'opponibilità ai terzi⁸⁶⁵.

Invece, ben più plausibile⁸⁶⁶ è apparsa l'interpretazione portata a riconoscere l'ammissibilità della trascrizione del vincolo del *trust* attraverso l'individuazione di un'analogia tra quest'ultimo istituto e quello disciplinato ai sensi dell'art. 2647 c.c.⁸⁶⁷. In particolare, si iniziava ad ammettere l'ammissibilità di una doppia formalità, analogamente a quanto previsto per il fondo patrimoniale: la prima afferente al passaggio di proprietà dal disponente al *trustee*, la seconda trascrizione contro il *trustee* e a favore del beneficiario, finalizzata a rendere opponibile il vincolo allo

⁸⁶² Cfr. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 1330. *Contra* v. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, cit., 29, che oltre a ritenere poco chiaro il meccanismo nella sua operatività, riduce la proposta ricostruttiva non ad una forma di giustificazione della trascrizione del *trust*, bensì ad una forma di tutela che rispecchierebbe quella approntata dall'*equity* nel sistema anglosassone.

⁸⁶³ V. A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione*, cit., 261.

⁸⁶⁴ Cfr. M. LUPOI, *Lettera a un notaio curioso di trusts*, cit., 354; P. PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Not.*, 1995, 65.

⁸⁶⁵ Cfr. F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, cit., 1256.

⁸⁶⁶ Aspetto che sembra confermato dall'accoglimento da parte della giurisprudenza maggioritaria: v. *ex multis* Trib. Milano, 8 ottobre 2002, cit.; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, cit.; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, cit.

⁸⁶⁷ Ed oggi anche con l'art. 2645-ter c.c.: v. *infra* par. 3.3. Ma v. anche U. LA PORTA, *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in AA. VV., *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2002, 52 s., che ritiene trascrivibile l'atto negoziale di destinazione di diritto interno ricorrendo all'art. 2693 c.c., che disciplina la trascrivibilità del pignoramento.

stesso *trustee*. A questa soluzione è pervenuta oggi parte della giurisprudenza, che ha appunto ammesso la trascrizione del *trust*⁸⁶⁸.

3.2. Segue: il *trust* di diritto interno o c.d. “domestico”.

Da ultimo, non resta che prendere in esame la vicenda del *trust* c.d. di diritto interno. Invero, accanto al dibattito sorto sulla possibilità di riconoscere il *trust* interno, una certa dottrina⁸⁶⁹, ammettendo la legittimità nel nostro ordinamento del *trust* retto da una normativa straniera, ha ritenuto inaccettabile obbligare il cittadino italiano alla scelta di una disciplina straniera, a lui verosimilmente ignota. Nello specifico, tale interpretazione ha posto in essere il tentativo di individuare una causa giuridica meritevole di tutela anche da parte dell’ordinamento italiano: offrendo un indirizzo più coerente sia con le “nuove” esigenze della prassi economica, sia con l’art. 2 della Convenzione dell’Aja, alcuni autori hanno cercato di concentrarsi non tanto sul *nomen iuris* attribuibile al tipo di negozio, quanto sulla sua sostanza e sugli interessi sottesi.

In quest’ottica, è stato affermato che per valutare se un atto sia ammissibile si dovrebbe prescindere dal *nomen iuris*, essendo irrilevante che questo rientri nella disciplina positiva. Per contro, al fine di giudicare se l’autonomia privata possa creare un negozio giuridicamente valido e vincolante, occorrerebbe avere riguardo all’unico elemento che consentirebbe di valutarne la liceità: la causa. In particolare, ciò potrebbe avvenire attraverso l’analisi combinata della struttura e dell’interesse sotteso, che consentirebbero all’ordinamento di soppesare la meritevolezza del negozio⁸⁷⁰.

Tale dottrina individua nella “destinazione” la causa del negozio *trust*: al pari di quanto avviene nel trasferimento al fine di garanzia, il trasferimento non è causa del negozio ma un effetto del contratto finalizzato a realizzare un assetto di interessi più complesso e definito. Al fine di perseguire le nuove esigenze economico-sociali occorrerebbe, dunque, sganciarsi dalle interpretazioni più risalenti, che non concepivano che un atto traslativo potesse possedere una causa diversa da quella di scambio o liberalità⁸⁷¹, nonché improntate a tutelare solo la sicurezza/certezza dei traffici e l’unicità della proprietà⁸⁷².

⁸⁶⁸ V. Trib. Reggio Emilia, 25 marzo 2013, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, 896. Parte della dottrina ha posto in essere un tentativo affine per affermare la trascrivibilità del c.d. *trust* di diritto interno (v. *infra* par. 3.2.).

⁸⁶⁹ Il riferimento corre a G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del “trust interno”* cit., 133 ss. e ID., *Contributo allo studio del trust*, cit., 391 ss., alle cui teorizzazioni ha dato adito talvolta la giurisprudenza: cfr. Trib. Velletri, 29 giugno 2005, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, 557 ss., che per la prima volta ha ritenuto ammissibile il *trust* interno non sulla base della Convenzione dell’Aja, bensì assumendo che tale istituto sarebbe retto da una causa giuridicamente valida e legittima nel nostro ordinamento.

⁸⁷⁰ G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust*, cit.; U. LA PORTA, *op. cit.*, che pare richiamare il pensiero di G. B. FERRI, *Causa e tipo*, 258.

⁸⁷¹ Il riferimento è alla tesi di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1947, 13 ss., criticata da U. LA PORTA, *op. cit.*, 81, che riteneva necessario comprendere

La causa non consentirebbe solo di determinare la validità del negozio, ma anche di incidere sulla proprietà trasferita e sull'opponibilità *erga omnes* del vincolo impresso attraverso l'atto di destinazione. Si è così ritenuto che, nel contratto traslativo, si verificherebbe una compenetrazione della causa di destinazione talmente forte da non farla divenire solo elemento essenziale del contratto, ma persino parte integrante del diritto trasferito⁸⁷³. Una causa quindi talmente robusta da giustificare sia la validità del negozio, sia l'opponibilità *erga omnes* del diritto trasferito.

Tale considerazione sarebbe giustificata dal modo in cui il nostro ordinamento costruisce il negozio giuridico, attribuendo una funzione centrale proprio alla causa. A differenza di quanto accade nel sistema tedesco, improntato al principio "volontaristico", in cui il consenso delle parti è sufficiente per la conclusione del negozio e la produzione dei suoi effetti⁸⁷⁴, in Italia vige il c.d. consensualismo causale: il consenso deve essere causale⁸⁷⁵. La causa riveste un ruolo centrale nella costruzione del negozio sia sotto un profilo negativo, costituendo una *condicio sine qua non* per la validità del contratto⁸⁷⁶, sia sotto un profilo positivo, perché è utile a conformare il

che esistono ipotesi in cui «il trasferimento è effetto neutro di un negozio idoneo a produrlo in coerenza con l'assetto di interessi di volta in volta perseguito».

⁸⁷² Cfr. G. PALERMO, *Sulla riconducibilità*, cit., 159, che riduce la questione dell'ammissibilità del *trust* di diritto interno ad uno «pseudoproblema» condannando l'abuso dell'utilizzo dei termini "sicurezza", "certezza" e "proprietà".

V. anche S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, 179 ss. e spec. 181 e 182, per il quale gli orizzonti del sistema dovrebbero restare aperti e non ancorati ai concetti tradizionali, i quali, semmai, dovrebbe essere sviluppati al fine di dare risposte al mutamento che il tempo esige. In particolare, secondo l'A. non bisognerebbe soffermarsi sulle preoccupazioni tecnicistiche: «l'esperienza della storia e gli orientamenti dell'economia contemporanea non possono rimanere senza echi per il giurista», posto che «il giurista deve dedicare il proprio impegno, per fondare quelle nuove sistemazioni istituzionali che da lui attendono i tempi mutati».

⁸⁷³ Per G. PALERMO, *op. ult. cit.*, 140, non si verificherebbe così uno sdoppiamento della proprietà simile a quello del diritto inglese che, per contro, sarebbe contrario al dettato costituzionale.

U. LA PORTA, *op. cit.*, 75 ss. e spec. 77, considera tale caratteristica del vincolo come «l'immediata capacità della causa del contratto di incidere sull'effetto derivante dal trasferimento, ovvero sulla stessa conformazione del diritto soggettivo oggetto della vicenda traslativa»; pertanto, ove si ritenesse che il *trust* dia vita ad uno sdoppiamento della proprietà si sottovaluterebbero le potenzialità del contratto che costituisce «non solo titolo e fonte di obbligazioni (art. 1173 c.c.), quanto pure veicolo idoneo a produrre l'investitura nel diritto di proprietà».

Contra V. F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato*, cit., 1247, che ha ritenuto che un negozio così strutturato potrebbe costituire un mero patto interno tra disponente e *trustee* (*pactum fiduciae*).

⁸⁷⁴ V. U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., 32, che – richiamando il pensiero di M. GIORGIANNI, voce *Causa* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VI – ricorda come in Germania permanga l'astrattezza nell'ambito contrattuale e vi sia scissione tra promessa e atto traslativo; non si verifica, quindi, una compenetrazione tra atto di trasferimento e causa dato che i due elementi compaiono in due negozi separati: uno obbligatorio (*Grundgeschäft*) ed uno dispositivo (*Leistungsgeschäft*).

⁸⁷⁵ V. M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., 557: «L'importanza del principio consensualistico del trasferimento della proprietà consiste non tanto nell'affermazione che la proprietà si trasferisce senza necessità di un atto di materiale consegna (la *traditio* era da molto tempo talmente «spiritualizzata» da costituire ormai, specie per le cose immobili, una pura formula notarile), quanto nella intima compenetrazione dell'atto traslativo e del contratto consensuale, i quali per l'innanzi erano formalmente, e soprattutto concettualmente, distinti con chiarezza».

⁸⁷⁶ ID., voce *cit.*, 590, che con riguardo alla nullità del contratto per mancanza di causa afferma: «L'esigenza della presenza della causa, quale "requisito" del negozio, viene appieno soddisfatta nei

diritto trasferito. Così, al fianco degli acquisti stabili e definitivi, prodotti attraverso le tradizionali cause di scambio e donativa, vi sarebbe un *tertium genus* di cause più o meno atipiche (cause di garanzia, *causa fiduciae*, e così via) che provocano «un’investitura patrimoniale dell’attributario “funzionale” alla causa concreta del negozio di attribuzione: il diritto acquistato sarà limitato funzionalmente all’attuazione della causa del contratto»⁸⁷⁷.

In buona sostanza, affermando che la funzione destinataria non penetrerebbe solo lo schema negoziale, ma anche la situazione soggettiva trasferita, conformandola dall’interno alla destinazione patrimoniale prevista, si offrirebbe un’interpretazione della causa non soltanto capace di dare ingresso ai contratti atipici nel nostro ordinamento, ma anche in grado di dare vita a quella proprietà fiduciaria a lungo osteggiata dalla dottrina, portata a ridurla a mero vincolo obbligatorio dell’ordinaria situazione proprietaria⁸⁷⁸. Viene elevato a regola il principio volto a valutare ciascun programma in relazione agli interessi coinvolti ed a giustificare – ove la situazione sia meritevole di tutela – la deroga di norme altrimenti imperative, quali quelle afferenti alla tipicità dei diritti reali trascrivibili o all’universalità della responsabilità patrimoniale. Utilizzando la causa come strumento di valutazione si potrà ben giustificare la liceità della separazione patrimoniale, in deroga al disposto dell’art. 2740 c.c., ove la destinazione sia volta a realizzare un interesse meritevole di tutela (art. 1322 c.c.)⁸⁷⁹.

D’altra parte, ove tale situazione proprietaria fosse davvero considerata legittima cadrebbero anche quei limiti ostativi alla sua trascrizione, sicché al *trust* non verrebbe attribuita solo validità ma anche efficacia *erga omnes*⁸⁸⁰. Verrebbero così meno le ragioni portate dagli oppositori del *trust*, perché il vincolo traslativo ben potrebbe essere trascritto in base alla pubblicità dichiarativa, vista come strumento di carattere generale, capace di produrre l’effetto segregativo attraverso strumenti diversi da quelli espressamente previsti dalla legge. Sul punto occorre, però, segnalare una spaccatura: se qualcuno⁸⁸¹ – ritenendo il contratto destinatorio immediatamente capace «di incidere sull’effetto derivante dal trasferimento» – ha ritenuto sufficiente la sola trascrizione in capo al *trustee* della proprietà fiduciaria, per ottenere l’opponibilità

negozii i quali hanno in sé la propria causa, ovvero sia in quelli in cui la “funzione” soddisfa contemporaneamente l’esigenza causale. In essi può, quindi, parlarsi di “mancanza di causa”, allorché il negozio posto in essere dalle parti non ha una “funzione” che l’ordinamento riconosce idonea “a realizzare interessi meritevoli di tutela” (art. 1322), ovvero esso – ove si tratta di negozio “tipico” – arrechi in concreto una siffatta alterazione dello schema predisposto dall’ordinamento, da perdere quella idoneità».

⁸⁷⁷ Così U. STEFINI, *La cessione del credito*, cit., 34.

⁸⁷⁸ U. LA PORTA, *op. cit.*, 84.

⁸⁷⁹ Analogamente a quanto accade per la sostituzione fedecommissaria, ammessa nel nostro ordinamento solo quando finalizzata all’assistenza dell’interdetto.

⁸⁸⁰ U. LA PORTA, *op. cit.*, 87.

⁸⁸¹ Così ID., *op. cit.*, 77.

erga omnes dei vincoli, qualcun altro⁸⁸² ha ritenuto necessarie due trascrizioni, una a favore del *trustee* e una a favore del beneficiario, che sarebbe il destinatario finale dell'attribuzione, e quindi il soggetto più interessato a palesare la situazione proprietaria in cui si trova il fondo in *trust*, cioè a far valere l'opponibilità *erga omnes* del vincolo a suo favore.

Si è sostenuto quindi che, per ammettere il *trust* di diritto interno, non si renderebbe necessaria una riforma integrale del codice civile, che fornisca all'istituto una disciplina specifica, perché i problemi relativi alla creazione di un *trust* valido e trascrivibile potrebbero risolversi in via interpretativa. Sarebbe paradossale, infatti, che tale istituto possa trovare ragione nel nostro ordinamento, e che poi le parti del *trust* siano costrette a trovare altrove le norme regolatrici. Peraltro, l'impatto causato dall'intrusione nel nostro ordinamento di norme di *common law* non sarebbe certo tenue, poiché si giungerebbe a creare un sistema c.d. di doppio binario di dubbia costituzionalità, visto che si darebbe – in questo caso sì – ospitalità alla scissione del diritto di proprietà (*splitted ownership*)⁸⁸³. Per contro, lo schema di riferimento del *trust* nel nostro sistema dovrebbe ricercarsi nella figura che ad esso maggiormente si avvicina, ossia il mandato, che offrirebbe quel parametro utile a «cogliere l'essenza del fenomeno destinatorio»⁸⁸⁴. Anche se non potrebbe farsi a meno di sottolineare che un ruolo di primo piano sarà sempre giocato dall'autonomia privata che, facendosi carico di un'innovazione così importante del nostro ordinamento, dovrà anche farsi carico delle possibili incongruità tra l'istituto del *trust* e l'ordinamento di *civil law*, dando risposte coerenti a quanto espressamente disciplinato nel nostro sistema.

Questa impostazione, tesa ad ammettere il c.d. *trust* di diritto interno, non è andata esente da critiche, da parte di chi⁸⁸⁵ l'ha considerata rea di aver fatto «dei privati e della loro autonomia i veri signori e padroni del sistema giuridico», dal momento che, non limitandosi a forzare la lettera della norma al fine di far rientrare nell'ordinamento italiano il *trust*, sembra aver completamente ignorato gli aspetti giuridico-formali inerenti alle categorie civilistiche e sottesi alla disputa riguardante l'ammissibilità del *trust* in Italia.

⁸⁸² G. PALERMO, *Sulla riconducibilità*, cit., 151.

⁸⁸³ U. LA PORTA, *op. cit.*, 27.

⁸⁸⁴ *Testualiter ID.*, *op. cit.*, 96. Inoltre, per G. PALERMO, *op. ult. cit.*, 144: alla disciplina del mandato andrebbero aggiunte le disposizioni sulla vendita di cosa altrui e l'art. 2932 c.c., in caso di inadempimento del *trustee*.

⁸⁸⁵ V. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, cit., 32.

3.3. Segue: dal *trust* all'atto di destinazione *ex art. 2645-ter*⁸⁸⁶.

Quanto poc'anzi illustrato rende agevole comprendere come anche il *trust* si inserisca nel fenomeno della dissoluzione del diritto di proprietà: non più intesa in senso unitario ed indivisibile, sino al punto di non concepire la figura di un proprietario che non eserciti la totalità dei poteri sulla *res*⁸⁸⁷. L'elemento centrale del *trust* – al pari di tutti i vincoli fiduciari – è la dissociazione tra titolarità formale del bene e vantaggi economici derivanti dallo stesso: il proprietario del bene non lo amministra al fine di trarne vantaggio per sé ma per altri, sicché andrebbe distinta la figura del proprietario formale da quello sostanziale che trae beneficio dal bene⁸⁸⁸.

Gli interpreti hanno cercato di rintracciare all'interno del nostro ordinamento uno schema utile a comprendere la particolare situazione proprietaria venutasi a creare, non potendosi fotografare tale situazione introducendo semplicemente nel nostro ordinamento la figura – utilizzata dai *common lawyers* – della *splitted ownership*⁸⁸⁹.

Si rende a questo punto necessario intendersi su quel concetto di “destinazione” patrimoniale, ravvisabile anche nel *trust*, alla cui base si pone la creazione di un patrimonio separato munito di un vincolo ben preciso⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ È amplissima la letteratura sul tema, onde cfr. *ex multis*: U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2^a, 2010; G. VETTORI, *Atti di destinazione e trust, Art. 2645-ter del codice civile*, Padova, 2008; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. Dir. civ.*, 2007, I, 321 ss.; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass., dir. civ.*, 2007, 1 ss.; A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. Dir. priv.*, 2007, 721 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 165 ss.; R. QUADRI, *L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e impr.*, 2006, 1717 ss.

⁸⁸⁷ Cfr. A. GAMBARO, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in AA.VV., *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI (a cura di), Milano, 1996, 59.

⁸⁸⁸ V. S. PUGLIATTI, *La proprietà*, cit., 302, che, con riferimento alla proprietà esercitata per pubbliche funzioni, è tra i primi a prendere in considerazione la possibilità di una proprietà strumentale e transitoria per l'esercizio di un ufficio. E ciò nonostante l'A. avesse per lungo tempo negato l'ammissibilità del *pactum fiduciae* nel nostro ordinamento, assumendo la stretta tipicità dei diritti reali.

⁸⁸⁹ Occorre sottolineare come la creazione di patrimoni c.d. di scopo, in cui la proprietà sia vincolata nei suoi vari utilizzi, sia stata a lungo osteggiata nel nostro ordinamento: là dove il privato avesse voluto vincolare la proprietà per destinarla ad uno scopo particolare, avrebbe dovuto limitarsi a creare una mera obbligazione in capo al terzo, sicché il proprietario, ove il terzo fosse fallito, avesse alienato il bene o non lo avesse gestito correttamente, avrebbe potuto ottenere una mera tutela risarcitoria e non certo reale (cfr. U. LA PORTA, *op. cit.*, 11). In ciò sembra ravvisabile una certa incapacità di guardare il patrimonio da un punto di vista dinamico e di constatare che «si danno ipotesi in cui la disciplina è dettata in riferimento alla funzione da realizzare, senza alcuna valutazione relativa alla forma di appartenenza o alla relazione tra patrimonio e soggetto; di valutare, infine, il negozio non solo come fonte di diritti ed obblighi a carico dei contraenti, ma pure come precetto di autonomia, regolamento oggettivo, strumento di configurazione di determinati rapporti» (così ID., *op. cit.*, 20).

⁸⁹⁰ Un tentativo di definizione è offerto da U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale*, cit., 7 ss., il quale ravvisa come il concetto di destinazione sia sempre stato alquanto fumoso e spesso sovrapposto alle nozioni di patrimonio “destinato”, “separato” e “autonomo”. Per una sintesi sul tema v. R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale – Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004, 1 ss.

M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 200 s., ricorda che parte della dottrina, ritenendo che non potrebbe esserci una vera destinazione patrimoniale senza la connessa limitazione dell'universalità della responsabilità patrimoniale, adotta una nozione ristretta di destinazione patrimoniale, facendo rientrare in questa anche la nozione di separazione.

Preliminarmente, è bene sottolineare come la nozione di destinazione sia alquanto opinabile⁸⁹¹. Generalmente si allude a quella patrimoniale considerandola «l'effetto di un negozio che deve essere sorretto da causa idonea» in quanto non pare «possibile [...] parlare di una non meglio precisata “causa destinataria”, che da sola sorregga gli effetti» del vincolo destinatorio. Detto altrimenti, si rende necessario comprendere quale sia la causa concreta dell'operazione negoziale, l'assetto di interessi che le parti intendono perseguire con il negozio di destinazione. In tal senso, allora, potrebbe definirsi come «funzionalizzazione di un diritto ad uno scopo determinato», capace di determinare «una scissione tra titolarità del diritto e l'interesse sotteso al suo esercizio» attraverso la conformazione del diritto dall'interno «in relazione alla causa che regge l'operazione»⁸⁹². La conseguenza di tale definizione sarebbe che la destinazione sarebbe sempre opponibile ai soggetti terzi⁸⁹³.

Nell'ambito dell'indagine sulla “funzionalizzazione” dei diritti opponibili ai terzi occorre però sottolineare che l'effetto destinatorio non è una costante, ma che esistono diverse forme di destinazione patrimoniale e, in particolare, diverse graduazioni⁸⁹⁴ della stessa, variabili a seconda dell'interesse sottostante, ossia della causa concreta che sorregge l'operazione.

Fino all'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 2645-ter, le ipotesi tipiche di proprietà “funzionalizzata” erano suddivisibili in tre categorie⁸⁹⁵: 1) quella creata artificialmente attraverso l'erezione di un nuovo soggetto giuridico, quale potrebbe essere la fondazione e, più in generale, una persona giuridica dotata o meno di personalità giuridica⁸⁹⁶; 2) quella creata attraverso la separazione patrimoniale nelle sole ipotesi tipiche di deroga all'art. 2740 c.c., come nel caso del fondo patrimoniale⁸⁹⁷; 3) quella creata attraverso vincoli opponibili ai terzi, tesi a

⁸⁹¹ Secondo la classificazione più radicata offerta da F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 85 s., si tratta di patrimoni nei quali «in relazione ad una certa destinazione specifica una pluralità di rapporti attivi e passivi, facenti capo a più persone o ad una persona, è costituita in unità e tenuta distinta dagli altri rapporti attivi e passivi delle stesse persone o della stessa persona».

⁸⁹² Così U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 8 s.

⁸⁹³ V. *infra* parr. 3.4. e 4. Inoltre, cfr. U. LA PORTA, *La destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. Not.*, 2007, I, 1073 ss.

⁸⁹⁴ Sulla graduazione dell'effetto destinatorio v. R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 274 ss.

⁸⁹⁵ Così sintetizzate da U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale*, cit., 12 ss.

⁸⁹⁶ Cfr. F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale*, cit., 99, che ravvisa un sicuro antenato della figura di destinazione nella fondazione riconosciuta, dove il vincolo di scopo assurgerebbe a regola capace di condizionare il regime dei beni che verrebbero separati dal patrimonio dei conferenti, e funzionalizzati al perseguimento del fine statutario, rendendoli altresì insensibili alla pretese dei creditori particolari dei titolari originari. Per M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., 103, sebbene la situazione che si viene a creare con la creazione di un ente *ad hoc* sia molto simile alla destinazione patrimoniale, occorre precisare che non verrebbe creato un vincolo vero e proprio, perché la proprietà continuerebbe a mantenere il proprio carattere tradizionale di assolutezza; piuttosto il vincolo potrebbe ravvisarsi all'interno dello statuto a cui la fondazione deve sottostare.

⁸⁹⁷ Secondo U. LA PORTA, *op. cit.*, 27, il fondo patrimoniale, benché sia di applicazione più settoriale, si avvicina molto alla figura dell'art. 2645-ter, poiché in esso si ha «un complesso di beni, immobili, mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito, destinati ai bisogni della famiglia, che spettano ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito dall'atto costitutivo». In questi casi si produce

“funzionalizzare” il diritto incidendo sulle naturali facoltà di godimento o di disposizione del suo titolare⁸⁹⁸, senza, però, dar luogo all’assoluta separazione patrimoniale ed all’inaggregabilità da parte dei creditori estranei alla destinazione: è il caso della costituzione di un pegno e di un’ipoteca, in cui i beni gravati sono vincolati a garanzia e forniscono al creditore uno strumento utile a soddisfare le proprie ragioni in caso di inadempimento; della figura delle servitù prediali, da sempre accostate al fenomeno destinatorio⁸⁹⁹; secondo parte della dottrina⁹⁰⁰, dell’art. 32 c.c., ove non si ravvisi una separazione patrimoniale; ma si pensi anche a tutti i casi di oneri reali esaminati nei capitoli precedenti⁹⁰¹.

Tuttavia, in ordine a queste ultime fattispecie, non è parso semplice individuarne i tratti comuni. Si potrebbe parlare di «pesi imposti sopra un bene, opponibili ai terzi e quindi destinati a circolare con il bene medesimo, che impongono al titolare del bene vincolato un esercizio del suo diritto “in funzione” dell’interesse di un diverso soggetto, il quale a sua volta, a tutela della sua “pretesa”, può fare esecuzione forzata sul bene “destinato” con preferenza rispetto ai terzi (creditori o aventi causa del titolare)»⁹⁰².

Da ciò sembra ravvisabile una connessione tra la destinazione patrimoniale e i diritti reali di garanzia⁹⁰³, visto che si tratterebbe pur sempre di offrire al beneficiario della destinazione una garanzia volta al raggiungimento dello scopo destinatorio. In entrambi i casi verrebbe riconosciuta una pretesa inerente alla *res*, volta a circolare con la stessa, e garantita dalla facoltà di fare esecuzione sul bene gravato con preferenza rispetto agli altri creditori, anche nelle ipotesi in cui sia giunto nelle mani di terzi aventi causa; e ciò sempre che il titolare del bene destinato non abbia rafforzato il vincolo sulla *res* separandola dal patrimonio residuo, così limitando la responsabilità

contemporaneamente la funzionalizzazione dei beni e la sottrazione di questi ultimi a possibili pretese dei terzi. Insomma si creerebbe un vincolo reale, capace persino di proteggere i beni costituiti in fondo dal fallimento di uno dei due coniugi: cfr. Cass. Civ., 28 novembre 1990, n. 11449, in *Riv. Not.*, 1991, 711. V. anche A. MACRÌ, *Fondo patrimoniale*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, 74.

Rientrano tra le ipotesi di patrimonio separato (in questo caso unilateralmente) le donazioni di beni ad un ente con destinazione ad uno scopo diverso da quello dell’ente stesso (art. 32 c.c.); i patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex* art. 2447-*bis* c.c. per le s.p.a.; l’accettazione con beneficio di inventario; e così via.

⁸⁹⁸ Cfr. S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 261: «vi sono ipotesi [...] nelle quali “la separazione si attua per la tutela di una particolare destinazione”, come ad es. la dote e il patrimonio familiare. La destinazione importa l’insensibilità del complesso a determinati scopi e attacchi esterni, e nello stesso tempo, nella sfera interna, limitazioni all’estensione del godimento e all’esercizio della facoltà di disposizione».

⁸⁹⁹ Si pensi, ad esempio, all’ampio utilizzo di servitù reciproche in ambito condominiale ed urbanistico; si pensi ancora alla c.d. cessione di cubatura, spesso ricondotto ad una servitù atipica che limita lo *ius aedificandi* del cedente sotto condizione sospensiva del rilascio del permesso di costruire (o risolutiva in caso di mancato rilascio).

⁹⁰⁰ Cfr. C. M. BIANCA, *La norma giuridica – I soggetti*, in *Diritto Civile*, IV, Milano, 2000, 356.

⁹⁰¹ V. *supra* Cap. II, par. 1.

⁹⁰² Così U. STEFINI, *op. ult. cit.*, cit., 19 e nota 45.

⁹⁰³ V. A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 570 ss.; ID., *Destinazione patrimoniale e trust*, cit., 727.

dell'onerato ed escludendo il concorso dei creditori estranei alla destinazione medesima⁹⁰⁴.

Ad ogni buon conto, da quanto detto *retro* si evince che i privati – fino alla L. 23 febbraio 2006 n. 51, che ha convertito il d.l. 273/2005 – avrebbero potuto combinare gli effetti della destinazione e della separazione patrimoniale solo servendosi delle figure tipiche previste nell'ipotesi *sub* n. 2)⁹⁰⁵, non potendo per converso dare vita ad ipotesi atipiche di produzione di entrambi gli effetti predetti, prescindendo dalla creazione di una nuova persona giuridica. Ciò almeno fino all'introduzione nel codice civile dell'art. 2645-*ter* c.c.

Il legislatore ha introdotto l'art. 2645-*ter* c.c. al fine di rispondere alle “nuove” esigenze della prassi economico-sociale, che spingeva – come visto – per un ampliamento dello spazio di operatività dell'autonomia privata nel settore della titolarità fiduciaria dei diritti. Tale norma, prevedendo e disciplinando per la prima volta i c.d. atti di destinazione di beni ad uno scopo con effetto di separazione patrimoniale opponibile ai terzi⁹⁰⁶, ha avuto una portata significativa nel nostro ordinamento, ponendosi in contrasto con il principio di universalità della responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 c.c. e con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali⁹⁰⁷. L'innovazione portata dall'art. 2645-*ter*⁹⁰⁸ risiede soprattutto nell'aver codificato la possibilità per i privati di dar vita a vincoli sul patrimonio aventi ad oggetto l'obbligo, opponibile ai terzi, di utilizzare determinati beni (e i loro frutti) oggetto della destinazione per la realizzazione dei fini di quest'ultima.

Tuttavia, in dottrina si è rilevato che, affinché possano essere combinati gli effetti della destinazione e della separazione patrimoniale in situazioni atipiche, sarebbe comunque necessario rispettare i presupposti delle fattispecie destinatorie tipiche. Pertanto, al pari di quanto accade nelle ipotesi tipiche, dovrà essere perseguito un interesse meritevole di tutela, cioè vi dovrà essere una causa idonea a sorreggere

⁹⁰⁴ Cfr. U. STEFINI, *op. ult. cit.*, cit., 20. In particolare, l'A. assimila il vincolo di destinazione opponibile (accompagnato o meno dalla separazione patrimoniale) all'onere reale, ravvisando anche in questo caso l'imposizione di obblighi di destinazione a tutti i successivi titolari dei beni gravati, accompagnati dalla possibilità per il beneficiario di esperire un'azione reale di garanzia sui beni destinanti (sul punto v. anche *supra* Cap. III, par. 2); oppure in un vincolo obbligatorio (a carico del disponente o terzo che acquista la titolarità del bene per attuare la destinazione) che, pur senza trasferirsi al terzo acquirente del bene vincolato, sarà comunque accompagnato da un diritto reale di garanzia sul bene (in sostanza, in questa seconda ipotesi il terzo acquirente non deve profondersi nel tentativo di realizzare la destinazione, poiché obbligato sarà solo il titolare originario, ma a lui potrà comunque essere opposta la destinazione trascritta in precedenza, al pari di un acquirente di un bene ipotecato).

⁹⁰⁵ Nella fondazione, infatti, l'effetto destinatorio e di separazione sono creati artificialmente attraverso la costituzione di una nuova persona giuridica, mentre nell'ipoteca e nel pegno la separazione patrimoniale non si produce affatto.

⁹⁰⁶ Per una ricostruzione dei diversi orientamenti della dottrina italiana in materia di destinazioni convenzionali v. S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 37 ss. e spec. 56.

⁹⁰⁷ Ciò solo ove si ritenga che il vincolo di destinazione sia opponibile ai terzi.

⁹⁰⁸ Con questa norma, infatti, il legislatore sembra aver introdotto la “proprietà funzionalizzata” prendendo atto della trasformazione del diritto di proprietà, dettata non dal legislatore stesso, bensì da un cambiamento della realtà e degli interessi economici.

l'effetto destinatorio, che sia sufficiente a relegare «sul piano dell'azione revocatoria la tutela che l'ordinamento normalmente appresta al credito con la previsione della responsabilità patrimoniale universale del debitore»⁹⁰⁹. Al contempo si renderà necessario pubblicizzare la destinazione, al fine di tutelare i terzi in buona fede⁹¹⁰.

Insomma, l'introduzione dell'art. 2645-ter ha permesso finalmente la codificazione di quelle istanze⁹¹¹ volte a consentire ai privati di imporre su determinati beni dei vincoli con efficacia reale, opponibili *erga omnes*; legittimando, al di fuori dei casi tipici – dove è il legislatore a individuare gli interessi che possano portare a fattispecie di destinazione patrimoniale –, la possibile costituzione di patrimoni destinati. Da ciò consegue pure che l'art. 2645-ter – in cui sono disciplinati i requisiti di forma, durata, oggetto, pubblicità dell'atto e in cui la causa (purché meritevole) potrà essere varia⁹¹² – ha consentito l'ingresso nel nostro ordinamento di una «nuova concezione del diritto di proprietà – dissociabile tra il titolare e i soggetti “interessati” in funzione di un migliore sfruttamento del bene oggetto dell'atto di destinazione – che in realtà ha degli importanti antecedenti storici, oltre a risentire di innegabili influenze degli ordinamenti di *common law*»⁹¹³.

⁹⁰⁹ Così U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 22.

⁹¹⁰ Si è già avuto modo di osservare (v. *supra* par. 3.1.) che la mancanza di una norma pubblicitaria è stata da sempre argomento portato da quella dottrina refrattaria a riconoscere la validità delle forme atipiche di destinazione patrimoniale con efficacia reale, quali ad esempio il *trust* interno. Cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 215: «In linea generale può ritenersi che la pubblicità del vincolo, insieme alla realizzazione di un interesse meritevole, rappresentano gli elementi imprescindibili affinché una destinazione possa incidere sulla posizione dei terzi, siano essi creditori o acquirenti dei beni destinati».

⁹¹¹ Il riferimento corre alle istanze – già analizzate *retro* par. 3.1.: cfr. U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit.; G. PALERMO, *Sulla riconducibilità*, cit.; ID., *Contributo allo studio del trust*, cit., 391 ss.– finalizzate ad ammettere la compatibilità del *trust* di diritto interno con il nostro ordinamento, secondo l'assunto per cui l'autonomia privata *ex art.* 1322 c.c. sarebbe sempre in grado di porre in essere negozi destinatori o attributivi di diritti funzionalizzati ad uno scopo, che rientrerebbero tra gli indici di circolazione a rilevanza esterna, al pari dei negozi traslativi: sarebbe infatti la causa sottostante a conformare il diritto destinato, creando vincoli opponibili a prescindere dalla previsione legislativa; pubblicizzabili per mezzo di un'applicazione estensiva delle norme in materia di trascrizione. Di contro v., però, U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 27 ss., che, pur apprezzando la lungimiranza di questa dottrina, la critica facendo leva sulla distinzione tra piano dell'attività negoziale e piano degli «indici di circolazione»: la fattispecie che assume rilevanza esterna finisce per impattare sulla circolazione dei diritti e sul loro atteggiarsi verso i terzi. Sicché il rischio di operare sul piano degli effetti, creando vincoli di destinazione al di fuori di una previsione legislativa che ne ammetta la trascrizione, sarebbe quello di ledere la certezza, la sicurezza e rapidità dei traffici.

⁹¹² Invero, sarebbe preferibile interpretare l'art. 2645-ter nel senso che il legislatore non abbia inteso disciplinare un nuovo tipo di contratto, lasciando invece ai privati la possibilità di produrre gli effetti di destinazione e separazione e di delinearne i caratteri specifici in aderenza alle loro esigenze concrete, senza costringerli quindi a ricorrere alle figure tipiche, magari forzandone l'interpretazione, od alla creazione di una nuova persona giuridica. In giurisprudenza cfr. Trib. Genova, 14 Marzo 2006, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 416; Trib. Genova, 17 Giugno 2006, *ivi*, 2009, 532; Trib. Reggio Emilia, 23 Marzo 2007, *ivi*, 2007, 419 ss.; Trib. Milano, 20 Gennaio 2012, *ivi*, 2012, 490; da ultimo, Cass. Civ., 9 maggio 2014, n. 10105, in *Riv. Notariato*, 2015, 79 ss.

⁹¹³ Testualmente U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 33. Proprio in questo senso non sembra peregrino confrontare la figura del *trust* – sia esso esterno o interno – con l'art. 2645-ter: sono infatti innegabili le assonanze tra la norma in esame e il *trust*.

Sul punto il dibattito dottrinale non è stato certo tenue. In primo luogo, alcuni A. (cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645ter c.c.*, cit., 167 ss.; P. MANES, *La norma sulla trascrizione degli atti di*

Visti i costanti accenni alla causa, si impone ora di analizzare l'art. 2645-ter da questo punto di vista, ossia con riguardo alla funzione economico-individuale ed al concreto assetto di interessi che le parti intendono realizzare⁹¹⁴. Dal dettato normativo⁹¹⁵ sembra potersi evincere che il legislatore, pur positivizzando l'effetto di

destinazione è, dunque, norma sugli effetti, in *Contr. e Impr.*, 2006, 626 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 162 ss.; *contra* v. M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, 189) hanno contestato la similitudine tra il *trust* e l'art. 2645-ter, assumendo che tale norma non abbia contenuto sostanziale, visto che si limita a disciplinare la trascrizione dell'atto di destinazione, e rifiutandosi, dunque, di pensare che una semplice norma sulla trascrizione possa avere ingresso nel nostro ordinamento un istituto di grande importanza come il *trust*. In sostanza, alla base di tale impostazione v'è la convinzione che l'articolo non si soffermi sulla disciplina degli atti di destinazione, bensì – anche alla luce della collocazione nel codice – che si limiti a definirne gli effetti e la trascrivibilità, visto che il codice non offre nemmeno uno schema astratto dell'atto di destinazione. In giurisprudenza cfr. Trib. Reggio Emilia, 22 Giugno 2012, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2013, 57 ss.; Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, in *Contratti*, 2014, 695 ss.; Trib. Trieste, 7 aprile 2006, con nota di M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645ter c.c.*, cit., 186 ss., per cui «la norma viene a introdurre nell'ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione, accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi».

Per contro, altri A. (cfr. M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, 467 ss.; A. ZOPPINI, *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie*, in AA. VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, M. BIANCA (a cura di), Milano, 2007, 100 ss.), pur riconoscendo la natura sostanziale dell'atto di destinazione patrimoniale, hanno ritenuto che l'impianto normativo sia troppo scarso e che pertanto sarebbe riduttivo chiudere la categoria del *trust* all'interno di tale categoria. Secondo tale approccio il *trust* sarebbe un istituto complesso e frutto di anni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, distinto dal nuovo istituto dell'atto di destinazione, che introdurrebbe solo un vincolo "sui" beni destinati, senza le obbligazioni proprie del *trustee*.

In un'ottica di confronto più costruttivo, invece, un A. (G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, II, 161 ss.; ID., *Trust interno, art. 2645ter c.c. e "trust italiano"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, I, 167 ss.) ha comparato le due figure, mettendone in luce le similitudini: la separazione patrimoniale, la situazione proprietaria che si configura in capo al gestore – con particolare riguardo al suo poter/obbligo di gestione – e l'elasticità delle due figure. Ciò nonostante, ne ha pure individuato alcune differenze: il fatto che la separazione patrimoniale *ex art. 2645-ter* sarebbe unidirezionale a differenza del *trust*, dove sarebbe perfetta; il fatto che il *trust* presenti una forma di tutela ben specifica come la surrogazione reale in caso di inadempimento, mentre nell'istituto italiano la tutela sarebbe posta in secondo piano.

Infine, altri A. (L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2010, 2^a, 95 ss.; U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 50) hanno ritenuto ormai ammissibile il *trust* di diritto interno nel nostro ordinamento, a condizione che questo rispetti le condizioni previste nell'art. 2645-ter. Presupposto di tale teoria è che, se il legislatore ammette il sacrificio dei creditori e la creazione in capo ad un soggetto di una situazione equiparabile al *trust*, questo dovrebbe sempre essere applicato quando si tratti di *trust* costituito in Italia: e ciò a prescindere dalla legge scelta per regolare l'istituto, perché i soggetti interessati ed i beni sono presenti nel territorio italiano e dovranno sottostare alle regole – particolarmente stringenti con riguardo alla meritevolezza della destinazione – predisposte dall'ordinamento italiano. Un'interpretazione, questa, che ben sembra conciliarsi con lo spirito della Convenzione dell'Aja che, lungi dal voler introdurre nei sistemi di *civil law* un istituto complesso come il *trust*, mirava a far conoscere a tali sistemi l'istituto di *common law* ed i suoi effetti. Cosicché sembrerebbe che il legislatore del 2006, sospinto dal pungolo internazionale, abbia introdotto nel nostro ordinamento l'anello mancante per poter costituire un *trust* di diritto interno.

⁹¹⁴ Per un'analisi più approfondita degli altri elementi essenziali dell'atto di destinazione (struttura, oggetto e forma) v. U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 87 ss.

⁹¹⁵ La norma prevede: «Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la

destinazione patrimoniale, abbia lasciato un vuoto che l'autonomia privata avrà il compito di colmare, dal momento che non indica un'unica causa capace di sorreggere l'operazione, rinviando «alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma».

Per contro, con riferimento al *trust* di diritto interno, avevamo accennato a come in passato fosse stato svolto il tentativo di introdurre in Italia la destinazione patrimoniale facendo riferimento alla causa c.d. “destinatoria”, la quale veniva individuata come una sorta di *tertium genus* accanto a quella traslativa e donativa⁹¹⁶. Con l'introduzione dell'art. 2645-ter ciò non sembra più necessario, avendo il legislatore concesso ormai ai privati la possibilità di produrre un effetto di destinazione patrimoniale a condizione che l'atto sia sorretto da una causa idonea. Più specificamente, la destinazione non viene più ad essere inserita nella causa, ma diviene vero e proprio “indice di circolazione” che può trovare esplicitazione in un contratto valido e dotato dei requisiti strutturali e formali previsti dalla norma⁹¹⁷.

Detto altrimenti, la norma non sembra tanto creare una nuova fattispecie negoziale, sorretta da un'ipotetica causa destinatoria, quanto prevedere un “effetto” – imporre su determinati beni un vincolo reale di destinazione con separazione degli stessi dal patrimonio del disponente o dell'“attuatore” della destinazione – che l'autonomia dei privati può raggiungere ponendo in essere un atto sorretto da una causa idonea⁹¹⁸.

vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo».

⁹¹⁶ V. U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 81, oggi recentemente recuperato da M. CEOLIN, *Il punto sull'art. 2645ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, 364, per il quale «il trasferimento trov[a] causa *sufficiente ed autonoma* nella destinazione stessa».

⁹¹⁷ Allude al vincolo di destinazione come ad uno «schema effettuale astratto» che l'autonomia privata è legittimata a riempire con il contenuto di cui necessita nei limiti imposti dalla legge G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, 175.

⁹¹⁸ Riteneva già prima dell'introduzione della norma che la destinazione patrimoniale fosse solo un effetto di negozi aventi causa diversa D. DI SABATO, *L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione*, Napoli, 2003, 110 ss.; successivamente P. MANES, *La norma sulla trascrizione*, cit., 626 ss., e U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 53 ss., nonché R. QUADRI, *L'art. 2645-ter*, cit., 1730 nota 36.

Di contro è bene precisare come sul punto non vi sia unanimità di vedute. In dottrina ancora si sostiene che l'art. 2645-ter rappresenti un negozio sorretto da causa destinatoria: cfr. *ex multis* U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 35 ss., benché tale A. sembra aver mutato opinione proprio in seguito all'entrata in vigore dell'art. 2645-ter: cfr. ID., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645ter cod. civ.*, in AA.VV., *Atti di destinazione e trust (Art. 2645ter del codice civile)*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2008, 81 ss. e spec. 99 in cui afferma che «il *destinare allo scopo* esprime, in sé, un effetto giuridico insufficiente alla identificazione di un negozio causale, come il trasferire». V. anche G. TUCCI, *Fiducie, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2949 ss.

Talvolta, altri interpreti – al fine di negare la natura sostanziale dell'art. 2645-ter e relegando quest'ultimo a norma afferente alla sola trascrizione – hanno sì affermato che la destinazione sia un mero effetto prodotto dall'atto, negando che la natura di causa idonea in sé, ma hanno al contempo ritenuto che non si tratterebbe di un effetto primario (come sembrerebbe invece preferibile), bensì secondario ed accessorio ad un negozio dotato di causa autonoma, che produrrebbe già effetti

Tale causa dovrà essere idonea a “conformare” il diritto oggetto del negozio (diritti reali immobiliari o su mobili registrati, diritti di credito incorporati in un titolo, e così via) sia che «resti nel patrimonio del disponente – come diritto vincolato e separato – sia che venga trasferito in capo ad un diverso soggetto – costituendo quindi un diritto vincolato e separato dal restante patrimonio di quest’ultimo»⁹¹⁹.

La dottrina si è interrogata su quale sia la natura degli interessi posti alla base dell’atto in esame, dal momento che l’espressione utilizzata dal legislatore ha fatto sorgere qualche perplessità. Sul punto sono ravvisabili due orientamenti⁹²⁰: l’uno volto a valorizzare il richiamo alle persone con disabilità e alle pubbliche amministrazioni, l’altro (più liberale) volto a porre l’accento sulla genericità del richiamo agli enti e persone fisiche e sulla rilevanza dell’art. 1322 c.c. Al centro della questione si pone il dubbio su quale debba essere l’effettiva natura degli interessi che giustificano la destinazione patrimoniale, che – oltre a creare un vincolo sul bene – separa parte del patrimonio del disponente, rendendolo inaggregabile dai suoi creditori. In altre parole, occorrerebbe comparare l’interesse che giustifica la destinazione patrimoniale del disponente con l’interesse dei creditori ad avere a disposizione l’intero patrimonio del debitore e dei terzi aventi causa che si vedono costretti a rispettare il vincolo reale sul bene⁹²¹.

Il primo orientamento, evidentemente preoccupato di evitare utilizzi abusivi dell’effetto di destinazione, interpreta la norma restrittivamente, considerando necessaria una “speciale” meritevolezza. In particolare, tale dottrina⁹²², alludendo all’esistenza di interessi particolarmente meritevoli indicati espressamente *ex lege*, invoca una valutazione «relazionale»⁹²³, utile a comparare i due interessi in gioco: occorrerebbe uno stringente confronto tra l’interesse dei terzi e, soprattutto, dei creditori, protetti costituzionalmente⁹²⁴, con quello alla separazione patrimoniale ed

sostanziali: cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni sull’art. 2645-ter c.c.*, 167; P. MANES, *La norma sulla trascrizione*, cit., 626 ss.

⁹¹⁹ V. U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 55.

⁹²⁰ Pluralità di interpretazioni verosimilmente imputabili alla redazione confusa della norma, frutto di evoluzione nel corso dei lavori preparatori. Del resto, secondo A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali*, cit., 10, ritiene che il riferimento agli enti e alle persone svuoti di significato la porzione di norma precedente.

⁹²¹ Cfr. M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in AA. VV., *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione*, M. BIANCA (a cura di), Milano, 2007 cit., 66 ss.

⁹²² V. ID., *op. cit.*, 68 s.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti*, cit., 178 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 169; R. QUADRI, *Attribuzione in funzione di destinazione*, in AA.VV., *Atti di destinazione e trust (Art. 2645ter del codice civile)*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2008, 324; M. CEOLIN, *Il punto*, 375. Concorda con tale interpretazione anche la prevalente giurisprudenza: cfr. Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, con nota di L. ABETE, *Vincolo di destinazione ex art. 2645ter e fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, 1461 ss.

⁹²³ Così M. NUZZO, *op. cit.*, 68.

⁹²⁴ Il riferimento allude al fatto che la separazione patrimoniale del debitore si dovrebbe avere soltanto in casi tipici, in ossequio all’art. 2740, comma 2, c.c., volti a perseguire interessi familiari (fondo patrimoniale) riferibili alle imprese o al lavoro (società, fondi pensione); per contro ove l’interesse sia frutto dell’autonomia e non già giudicato meritevole dal legislatore, si renderà opportuno che esso risponda a fini di pubblica utilità. Cfr. R. QUADRI, *Attribuzione in funzione*, cit., 331 ss.

alla costituzione del vincolo perseguito dal disponente. L'interesse di quest'ultimo, invero, per giustificare la compromissione di diritti costituzionalmente protetti, dovrà perlomeno avere pari rango, ossia essere un interesse "di pubblica utilità": tutela della famiglia, dei disabili, altri interessi socialmente utili.

Tale impostazione, però, sembrerebbe scontare almeno tre difetti: 1) non offrire all'interprete un sicuro parametro di valutazione della meritevolezza e di quali siano gli scopi di pubblica utilità⁹²⁵; 2) non tenere conto del fatto che i privati con l'atto di autonomia potrebbero comunque perseguire un interesse che esprime un principio generale del nostro ordinamento⁹²⁶; 3) non chiarire chi debba essere il soggetto atto a comparare gli interessi in gioco⁹²⁷.

Il secondo orientamento, più liberale e volto ad estendere il ruolo riconosciuto all'autonomia privata, ha sostenuto che l'art. 2645-ter abbia introdotto nel nostro sistema uno schema di effetto negoziale (destinazione e separazione) che verrà prodotto solo da un negozio valido e fondato su una causa idonea, la quale non dovrà essere rintracciata nei soli interessi di pubblica utilità o sottesi alle fondazioni e i fondi patrimoniali, al fine di non ridurre eccessivamente l'operatività dell'atto di destinazione.

Tale orientamento tuttavia si divide sull'effettivo significato da attribuire alla "meritevolezza"⁹²⁸. Da una parte, alcuni⁹²⁹ sostengono che ammettere ogni genere di causa rischierebbe di svuotare eccessivamente la lettera della legge che parla espressamente di «meritevolezza» senza perdere di vista i terzi ed i creditori. Ecco perché, oltre a dover essere esclusi gli atti di destinazione illeciti, futili o realizzabili con altri negozi, si riterrebbe opportuno «*misurare* e *comparare* l'interesse del disponente a destinare con il *sacrificio* imposto alle ragioni del credito e della

⁹²⁵ A. ZOPPINI, *Prime (e provvisorie) considerazioni*, cit., 100. Inoltre, secondo U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni*, cit., 99, non potrebbe valutarsi la liceità del negozio basandosi su un soggetto («persone con disabilità» e «pubbliche amministrazioni») che non fanno necessariamente parte dello stesso in quanto non partecipano obbligatoriamente alla sua formazione.

⁹²⁶ Cfr. M. NUZZO, *op. cit.*, 69.

⁹²⁷ Cfr. U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 58, che ravvisa come il ruolo dell'autonomia privata sia fortemente sottovalutato. A rendere il giudizio di meritevolezza non potrebbero essere né il conservatore dei registri immobiliari, che può rifiutare la trascrizione solo in casi specifici, né il notaio, che non potrebbe esimersi dal prestare il proprio ufficio, stante la vaghezza dei criteri comparativi offerti, né il giudice, onde evitare di lasciare i privati ostaggio del ceto giudiziario.

⁹²⁸ Cfr. ID., *op. ult. cit.*, 62 ss. Il giudizio di meritevolezza è stato introdotto per assicurare l'utilità sociale dei contratti atipici: l'ottica dirigistica indirizzava l'autonomia privata verso fini ritenuti meritevoli dall'ordinamento. Ciò parallelamente alla concezione della causa come funzione economico sociale, elemento indispensabile per controllare l'autonomia privata e coinvolgerla verso obiettivi tipizzati dal legislatore o, comunque, presenti nel tessuto sociale. L'importanza del giudizio di meritevolezza venne però smussato dalla rivalutazione del ruolo della causa, non più intesa come *longa manus* dell'ordinamento, ma come causa in concreto, cioè assetto di interessi perseguito dalle parti con il singolo contratto: il significato dell'art. 1322, comma 2, venne così sottoposto ad una sorta di *interpretatio abrogans* ed inteso come "non illiceità".

⁹²⁹ Cfr. S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 18; nonché U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni*, cit., *passim*.

circolazione e, alla luce della ponderazione, sfociare nel giudizio positivo o negativo, che la necessaria forma pubblica dell'atto impone»⁹³⁰. In altri termini, sarà necessario verificare che tale sacrificio imposto (attraverso la conformazione della proprietà destinata) sia giustificato da un concreto interesse meritevole di tutela. Insomma, l'atto destinatorio, pur non dovendo più perseguire interessi di pubblica utilità, renderà comunque necessario comparare gli interessi in gioco dei terzi e dei creditori. E il compito di compiere tale tipo di ponderazione spetterà al notaio.

Dall'altra parte, si è ritenuta inutile la comparazione tra interessi del disponente e quelli di terzi e creditori, in quanto questa sarebbe già stata compiuta dal legislatore nel momento in cui ha consentito ai privati la possibilità di produrre gli effetti giuridici di destinazione. In tal senso, si dovrebbe riconoscere all'art. 2645-ter la massima operatività, in quanto il legislatore ha voluto offrire alla norma un contenuto volutamente generico⁹³¹. Ovviamente non passerebbero in secondo piano il ruolo della causa e del notaio (vista la forma pubblica richiesta *ad substantiam*)⁹³² che dovrà comunque verificare se il negozio delineato dall'autonomia privata si regga su una causa sufficiente e valida, a pena di nullità; ma ciò non differenzerebbe l'atto di destinazione dagli altri atti di autonomia privata (contratti atipici) presenti nel nostro ordinamento, visto che rileverebbe pur sempre la presenza di una causa (valutata in concreto) e gli interessi di terzi e creditori sarebbero tutelati dall'azione revocatoria e dalle norme sulla pubblicità⁹³³. In definitiva, il giudizio di meritevolezza dovrebbe dar

⁹³⁰ Così ID., *L'atto di destinazione di beni*, cit., 104, il quale individua nel carattere capriccioso o futile il limite negativo quanto all'interesse di destinazione meritevole di tutela. Tuttavia, non sarà sufficiente valutare il solo interesse del disponente, ma anche quello dei creditori e dei terzi incisi dall'atto di destinazione. Ciò pur senza arrivare ad affermare che il vincolo debba rivestire un valore etico o ultraindividuale: «il punto di equilibrio normativo tra le opposte esigenze in gioco va rinvenuto, da un lato, nel regime della trascrizione prevista dalla norma in esame, dall'altro, nel sistema di tutela preventiva del credito e segnatamente nell'esperibilità dei normali rimedi di protezione preventiva del diritto obbligatorio tra cui, per primo, quello assicurato dall'azione revocatoria».

⁹³¹ Cfr. A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, M. BIANCA (a cura di), Milano, 2007, 7; G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645ter, ibidem*, 176 ss.; ID., *Atti di destinazione e trust*, cit., 777; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 175.

⁹³² Occorre sottolineare come la dottrina non abbia mancato di affermare che la forma non sarebbe richiesta *ad substantiam* bensì ai soli fini della trascrizione. In tal senso, l'atto potrebbe essere valido anche se non trascritto, restando però vincolante solo *inter partes*: v. P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in AA.VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata – Atti del convegno*, Fondazione Italiana per il Notariato, *Il Sole 24 ore*, 2007, 125: «la forma pubblica non condiziona la validità dell'atto»; G. PETRELLI, *op. cit.*, 164. Per contro, secondo altri A. la previsione dell'atto in forma pubblica sembrerebbe non tanto – o quantomeno non solo – prevista al fine di consentire la successiva trascrizione quanto con l'intento di obbligare le parti a farsi assistere da un notaio al momento della stipula, al quale sarà demandato il compito di controllo dell'interesse perseguito. Del resto, la possibilità di costituire un vincolo meramente obbligatorio e non opponibile era già prevista in precedenza all'entrata in vigore dell'art. 2645-ter: l'art. 1322 permette alle parti di concordare che un bene venga gestito con determinate modalità o con uno scopo determinato. Cfr. R. QUADRI, *L'art. 2645-ter*, cit., 1723; S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c.*, cit., 11.

⁹³³ U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 65 ss. e spec. 66 s., riferisce la possibilità di dare vita ad oneri reali (v. *infra* nel testo) o comunque ad obblighi assistiti da una garanzia reale atipica (v. *infra* par. 3.3). Secondo l'A. – attraverso la nozione di causa in concreto (v. *supra*) – l'art. 1322 c.c. potrebbe essere interpretato in

sì vita ad una valutazione più approfondita rispetto ai negozi nominati, ma comunque non superiore a quella posta in essere in presenza di contratti atipici. Del resto, ciò sembrerebbe proprio confermato dal richiamo svolto dalla norma all'art. 1322 c.c., il quale vorrebbe semplicemente indicare «che sarà indispensabile un idoneo fondamento causale per reggere l'effetto destinatorio», che consiste nell'imposizione di vincoli reali sui beni oggetto dell'atto, i quali «potranno variamente atteggiarsi proprio a seconda della causa che regge l'operazione»⁹³⁴.

In definitiva, a prescindere da quale teoria si prediliga, pare comunque evidente come l'intenzione del legislatore sia stata quella di favorire l'impiego di questo schema negoziale, il quale, volutamente aperto, potrà essere utilizzato in una pluralità di atti e potrà avere numerose cause (scambio, liberalità, e così via).

3.4. L'art. 2645-ter come possibile positivizzazione dell'onere reale.

Tornando al tema che più ci interessa, interpretando l'art. 2645-ter come norma sugli "effetti", dal contenuto volutamente generico ed ampio, sembra agevole lasciarsi persuadere dall'ipotesi avanzata da quella dottrina⁹³⁵ che avvicina tale fattispecie alle figure degli oneri reali atipici o, comunque, degli obblighi assistiti da una garanzia reale atipica. Anche se, in verità, queste due ipotesi non sembrano divergere particolarmente tra loro là dove si accogliesse – come sembra preferibile – la tesi volta a considerare gli o. r. come obbligazioni connesse alla titolarità del diritto sulla *res*, protette da una particolare situazione di privilegio sul bene⁹³⁶.

modo da riconoscerli una maggiore portata applicativa. Così come nei contratti traslativi, tipici o atipici, rileverebbe verificare solo la sussistenza di un elemento causale che sorregge il trasferimento, senza cioè confrontare l'interesse dei creditori del disponente con quello di chi acquista il diritto appurando la presenza di un interesse meritevole, visto che in un secondo tempo provvederà l'ordinamento a risolvere il conflitto tra questi con le norme sulla trascrizione del pignoramento e sull'azione revocatoria, allo stesso modo accadrebbe nell'art. 2645-ter. Tale norma produce un effetto minore rispetto al trasferimento dei diritti, così, appurata la presenza di una causa idonea a sorreggere l'effetto destinatorio, non servirà operare un giudizio di meritevolezza sociale od etica, poiché vi saranno le norme sull'azione revocatoria e sulla pubblicità dell'atto. Del resto, se mancasse la causa, l'operazione sarebbe nulla, perché mancherebbe l'elemento strutturale che sorregge l'effetto destinatorio.

⁹³⁴ Cfr. ID., *op. ult. cit.*, 66.

⁹³⁵ U. STEFINI, *op. ult. cit.*, *passim* e spec. 149 ss.; E. MATANO, *I profili di absolutezza del vincolo di destinazione: uno spunto ricostruttivo delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Not.*, 2007, 375.

Contra v. S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI - D. MURITANO - C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano 2014, 51, che considera il vincolo di destinazione solo come un diritto di credito opponibile ai terzi ravvisando alcune differenze con la figura dell'onere reale: quali, ad esempio, i beni oggetto del vincolo e la tutela in caso di inadempimento.

V. anche U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni*, cit., 131, che accosta tale figura a quella del *modus* testamentario.

⁹³⁶ Non sembra, invece, accoglibile quell'interpretazione tesa a considerare l'art. 2645-ter come obbligazione reale sostenuta da certa dottrina (v. *infra* in nota). Sulla qualificazione dell'art. 2645-ter come obbligazione reale v. G. VETTORI, *Atto di destinazione*, cit., 778 s., che ritiene come la norma «forse inconsapevolmente» riconosca «la possibilità di trascrivere obblighi accessori al contenuto di un diritto reale che rientrino in una legittima destinazione della *res*». Si interroga sul punto anche M.

Il titolare del bene gravato dal vincolo di destinazione (il disponente o il soggetto a cui il bene viene trasferito per attuare l'effetto destinatorio) – prima ancora di vedere articolata la propria responsabilità in un patrimonio separato – è obbligato ad impiegare «i beni conferiti e i loro frutti [...] solo per la realizzazione del fine di destinazione». Da qui potrebbe desumersi come il vincolo destinatorio – nel caso di uno o più destinatari determinati – sia comparabile ad un'obbligazione imposta al titolare del diritto reale⁹³⁷ avente ad oggetto il perseguimento di un determinato interesse meritevole. La norma – attraverso il vincolo – sembra consentire la costituzione di un rapporto obbligatorio tra titolare e beneficiario della destinazione, lasciando poi all'autonomia privata il compito di colmare il contenuto della destinazione stessa⁹³⁸.

L'art. 2645-ter non sembra limitarsi a disciplinare una “semplice” destinazione obbligatoria, per la quale nel nostro ordinamento basterebbe già l'art. 1322⁹³⁹. La grande novità portata dalla norma va letta nella possibilità di rendere tale vincolo opponibile ai terzi attraverso la trascrizione. A ben vedere tale elemento sembra evocare il carattere precipuo dell'onere reale per come (almeno) è stato ricostruito in questa sede.

In particolare, l'atto sembra attribuire al beneficiario non un semplice diritto di credito alla destinazione nei confronti del titolare del bene, bensì un diritto dotato di realtà – generalmente propria dei soli diritti reali limitati⁹⁴⁰ – perché inerente alla *res* ed opponibile ai terzi⁹⁴¹. Infatti, dalla norma si evince che in caso di inadempimento il beneficiario potrà agire esecutivamente – con l'esclusione degli altri creditori estranei alla destinazione – sui beni destinati anche se nel frattempo questi sono stati alienati. Peraltro, il fatto che l'art. 2645-ter alluda ad un obbligo di impiegare i beni «solo per

BIANCA, voce *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. Giur. Treccani*, Sez. Agg., XV, Roma, 2006, 12.

⁹³⁷ Cfr. M. CEOLIN, *Il punto sull'art. 2645ter*, cit., 381, che evidenzia appunto l'esistenza di un diritto di credito in capo al beneficiario. V. anche U. STEFINI, *op. ult. cit., passim* e spec. 143 nota 49, per cui l'obbligato potrebbe essere sia il proprietario sia – per esempio – l'usufruttuario che decida di destinare il suo usufrutto sul bene – nei limiti di tempo e modo d'esercizio del diritto – ad uno scopo meritevole.

⁹³⁸ Cfr. G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 186 ss.; R. QUADRI, *L'art. 2645-ter*, cit., 1737 ss.

⁹³⁹ V. A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 161: «[...] chiunque è libero di acquistare o meno un bene gravato da certe limitazioni a lui non gradite. Se il terzo acquirente accetta espressamente determinate limitazioni, o determinati obblighi, inerenti a una cosa, non c'è problema di sorta [...] si ha una normale ipotesi di accettazione di un'obbligazione».

⁹⁴⁰ Cfr. ID., *op. cit.*, 3 ss., che sottolinea come l'aspetto più qualificante della realtà (l'inerenza) sia un carattere proprio più dei diritti reali di godimento che non della proprietà.

⁹⁴¹ Come visto *supra* Cap. I, l'opponibilità ai terzi è reputata l'aspetto qualificante dei diritti reali, a differenza dell'immediatezza che allude ad un potere esercitato direttamente sul bene, inviolabile da chiunque, e comune ai diritti di credito. È l'opponibilità, traducibile come inerenza alla *res* e diritto di sequela, che indica l'efficacia riflessa verso i terzi (creditori e aventi causa) a spiegare il *numerus clausus* de diritti reali: onde evitare di minare la sicurezza della circolazione, solo l'ordinamento, e non i privati, ha la competenza per disciplinare la sfera della circolazione e l'efficacia delle situazioni giuridiche soggettive. Cfr. M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, 751 ss.; M. COMPORI, *I diritti reali in generale*, cit., 69 ss.; A. BELFIORE, *Interpretazione*, cit., 4 ss., 391 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 129 ss.

la realizzazione del fine di destinazione» nonché ad un vincolo trascrivibile «al fine di render[lo] opponibile ai terzi» (creditori estranei all'atto o terzi aventi causa⁹⁴²), sembra offrire ai privati la possibilità di creare vincoli obbligatori c.d. ambulatori: se infatti la causa della destinazione lo consente, i privati potrebbero anche trasmettere il vincolo sulla *res*, strutturalmente obbligatorio, agli aventi causa⁹⁴³.

Per meglio analizzare gli effetti che l'art. 2645-*ter* autorizza a produrre, si rende necessario accantonare l'inquadramento dogmatico tradizionale volto a classificare le situazioni giuridiche soggettive create necessariamente tra i diritti di credito o reali. Infatti, analizzando la "struttura del potere" riconosciuta al beneficiario, si evince come la stessa, per quanto di natura obbligatoria, sia comunque dotata dell'inerenza propria di un diritto reale. In sostanza, sembra di muoversi in quella che autorevole dottrina⁹⁴⁴ definiva come "terra di mezzo", in cui si collocherebbero gli o.r. e le o. p. r.⁹⁴⁵.

In particolare, questa riflessione sarebbe giustificata là dove si considerasse che la norma pone in essere due tipologie di effetti destinatori capaci di dotare il vincolo di destinazione di un'inerenza più o meno ampia. Il primo effetto sarebbe ravvisabile nella destinazione del bene al soddisfacimento della pretesa creditoria in sede esecutiva nel caso in cui l'obbligo destinatorio resti inadempito, analogamente a quanto accade nelle garanzie reali e nel pignoramento espressamente richiamato dalla norma (art. 2915, comma 1, c.c.). Il legislatore pare aver configurato l'inerenza del credito del beneficiario attraverso la previsione di una garanzia reale molto vicina «a quella ipotecaria, che consente di andare ad aggredire il bene destinato anche presso terzi aventi causa dall'attuale titolare, con il vantaggio [...] dell'assoluta inaggregabilità da parte dei creditori estranei alla destinazione»⁹⁴⁶.

Il secondo effetto destinatorio, capace di attribuire un'inerenza del vincolo alla *res* molto più forte ed ampia, sarebbe però ravvisabile nella possibilità per i privati –

⁹⁴² E ciò purché l'atto di pignoramento o di acquisto del diritto reale "destinato" sia stato trascritto successivamente al vincolo di destinazione.

⁹⁴³ Cfr. U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 148 s.

⁹⁴⁴ V. *supra* Cap. I con riferimento al pensiero di M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, 751 ss., nonché ID., *Contributo alla teoria dei diritti*, cit., 108, 159 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, 130 ss., per il quale un diritto reale si identificherebbe per mezzo di un criterio funzionale: si ha uno *ius in re* se tale diritto è volto ad assicurare forme di appartenenza di beni.

⁹⁴⁵ Per quanto entrambe le fattispecie siano state anche qui ricostruite come rapporto obbligatorio, si è detto come quest'ultima fattispecie sembri caratterizzarsi più per la propria accessorialità al diritto reale, essendo capace di estenderne il contenuto tipico previsto dal legislatore, e per questo di "inerire" al diritto (v. *supra* Cap. III), che non per la propria autonomia (come sembrano fare l'onere reale e l'art. 2645-*ter*). Inoltre, l'obbligazione *propter rem* – per come ricostruita dalla tradizione e dalla dottrina quasi unanime – non sembra nemmeno essere accompagnata da un privilegio che contraddistingue, invece, l'o.r. e, come vedremo, il vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter*. In definitiva, sembra legittimo affermare che se i margini di atipicità per l'o. p. r. sono più ristretti perché opererebbero solo quando è il legislatore a consentire un'integrazione del diritto reale (v. *supra* par. 2.1.), quelli per l'o.r. sembrano oggi giustificati dalla codificazione dei vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter*.

⁹⁴⁶ Così U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 152, che considera questo effetto destinatorio capace di dotare il vincolo *ex art. 2645-ter* di un'inerenza definita «minima».

prevista nella norma – di vincolare il bene ad un certo utilizzo anche in caso di sua alienazione. Sembrerebbe così rievocabile proprio la figura del *Reallast* del diritto tedesco⁹⁴⁷, di cui è parente il nostro onere reale⁹⁴⁸.

Pare così di intravedere una chiara assonanza con il caso del patrimonio vincolato *ex art. 2645-ter*. A più riprese in questa sede si è infatti definito l'o.r. come una situazione obbligatoria – non un diritto reale dunque –, inerente ad un fondo, che rappresenta una garanzia per l'adempimento delle prestazioni che ne costituiscono l'oggetto, a prescindere dal contenuto delle prestazioni⁹⁴⁹.

Va da sé che le considerazioni svolte sopra consentono ora di superare le obiezioni relative all'atipicità degli oneri reali, per i quali è sempre stato escluso qualsiasi margine di operatività per l'autonomia privata, in considerazione dell'impatto che un onere atipico avrebbe sulla circolazione dei beni e dei diritti. Salvo qualche rara eccezione⁹⁵⁰, da sempre si è sostenuto che gli oneri reali sarebbero solo quelli previsti *ex lege* (contributi consorziali di bonifica ed obblighi previsti dal Codice dell'ambiente), perché dotati di un carattere di opponibilità ai terzi tipico dei diritti reali. Nello specifico, si riteneva che tali figure derogassero al principio *servitus in faciendo consistere nequit*, in quanto venivano assimilate a servitù positive di carattere personale, consistenti in obblighi positivi in favore di un soggetto, tese cioè all'*utilitas* di una persona e non di un fondo⁹⁵¹. Insomma, in passato risultava palese il rischio di incidere ingiustificatamente l'interesse dei terzi prevedendo la possibilità di imporre “pesi” sulla *res* al di fuori dei casi tipici previsti dall'ordinamento⁹⁵².

Viceversa, ravvisando nell'art. 2645-ter una possibile “fonte” di o.r. atipici, sembrerebbe che la competenza dell'ordinamento rimanga intatta, in quanto sarebbe lo stesso legislatore ad autorizzare i privati alla creazione di vincoli reali atipici⁹⁵³. La

⁹⁴⁷ Per un parallelismo tra *Reallast* e art. 2645-ter v. *supra* par. 3. Cfr. anche E. MATANO, *I profili di assolutezza*, cit., 375.

⁹⁴⁸ V. *retro* Cap. II, par. 1.

⁹⁴⁹ Cfr. U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 153 ss.; nonché ID., *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo art. 2645-ter*, in *Giur. it.*, 2008, cit., 1823 ss.

⁹⁵⁰ A. FUSARO, voce *Obbligazione «propter rem»*, 390 ss.; L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni*, cit., 57, soprattutto con riguardo alle obbligazioni reali e benché la stessa manifestasse più di qualche perplessità, dettata dalla presenza di un privilegio, sull'atipicità degli o.r.; G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, cit., 128 ss. e spec. 148, auspica un recupero dell'autonomia per gli o. r. con riguardo ad esigenze socio-urbanistiche.

Si era però fatto cenno anche a qualche voce più liberale nella giurisprudenza antecedente agli anni '50; ma v. anche di recente Cass., 7 marzo 1983, n. 1681, in *Foro it. Rep.*, 1983, voce *Comunione e condominio*, 123; Cass., 14 aprile 1983, n. 2610, cit.; Cass., 18 ottobre 1991, n. 11019, *ivi*, 1992, I, 298 s.; Cass., 6 marzo 2003, n. 3341, cit.; Cass., 8 marzo 2006, n. 4920, cit.

⁹⁵¹ Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 699 e 703 e ID., *Oneri reali ed obbligazioni*, cit., 343, in cui gli oneri reali vengono presentate come semplici ipotesi di servitù, ad eccezione degli oneri di fare che non potendo essere fatte rientrare nella servitù costituirebbero semplici obbligazioni. Ad ogni modo, sulla distinzione tra servitù ed o.r. v. *supra* Cap. II, par. 3.4.

⁹⁵² A. FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., 163 ss. e spec. 170; G. GROSSO, *Servitù e obbligazione propter rem*, cit., 213 ss.; G. BALBI, voce *Obbligazione*, cit., 672.

⁹⁵³ Cfr. A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 161 s., che già prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter ammetteva la possibilità per i privati di costituire vincoli reali atipici solo nell'ipotesi in cui fosse stato

norma introdotta nel 2006, dunque, sembrerebbe appunto «legittimare il potere di autoregolamentazione dei privati nel creare vincoli reali di destinazione, in ossequio e non in spregio del principio di tipicità»⁹⁵⁴. E ciò parallelamente a quanto fatto dal legislatore del '42 in materia di servitù prediali: in entrambi gli istituti il legislatore – offrendo una formulazione della norma volutamente generica – lascia ai privati il compito di riempire il contenuto della fattispecie tipica costituita da una forma di destinazione, che in un caso si rivolge all'utilità di un altro fondo e nell'altro all'utilità di una persona⁹⁵⁵.

Peraltro, sembrerebbe pure che il legislatore, introducendo l'art. 2645-ter, che si riferisce ad un "interesse meritevole", abbia voluto creare un'assonanza con quell'interesse pubblico e sociale su cui si sorreggono i casi tipici di o.r. qui analizzati. Con ciò, ovviamente, non si intende dire che l'interesse è meritevole solo quando è socialmente rilevante, ma che probabilmente il legislatore del 2006 ha inteso estendere la possibilità di introdurre vincoli reali atipici (oneri reali) al di là dei casi già previsti *ex lege*, ravvisando nella destinazione patrimoniale una nuova necessità di maggiore dinamismo delle esigenze socio-economiche (e qui potrebbe esservi l'interesse pubblico) ancora ignote al legislatore del '42. Esigenze colte solo talvolta dalla giurisprudenza sino agli anni '50 quando, sulla scia della dottrina, ammetteva le servitù reciproche, cioè figure sufficienti a rispecchiare le istanze dell'epoca⁹⁵⁶.

Occorre tuttavia segnalare come talvolta si sia affermato che il fatto di lasciare ai privati la facoltà di creare patrimoni gravati da vincoli non meramente obbligatori ma opponibili – perché inerenti alla *res* – possa avere conseguenze negative sul mercato e sul sistema economico, perché verrebbero creati patrimoni separati sottratti alla garanzia patrimoniale generica dei creditori; inoltre, paventando così un rischio per l'interesse pubblico, si è sostenuto che l'aumento dei vincoli reali sui beni possa pregiudicare la libera circolazione della ricchezza e il libero sfruttamento delle risorse. Tale assunto ha fatto leva sulla considerazione per cui, riconoscendo la possibilità di costituire vincoli reali atipici, si giungerebbe ad attribuire a più titolari del bene

il legislatore a prevederlo: «diversa sarebbe [...] la soluzione, se la legge prevedesse espressamente la possibilità di rendere reale (opponibile) un diritto atipico in base all'attuazione di un mezzo di pubblicità». Tuttavia l'impossibilità di costituzione di vincoli atipici all'epoca in cui si esprimeva l'A. lo costringeva a negare la possibilità di trascrivere un eventuale diritto atipico, per non costringere i terzi a subire determinate limitazioni o prestazioni senza il concorso della loro «volontà ed al di fuori di una previsione legislativa».

⁹⁵⁴ Così U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 156, per il quale, così qualificando l'o.r., rimarrebbe aperto solo il problema di definire i limiti del potere privato. Per F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale*, cit., 114 ss., occorrerebbe comunque rinvenire un limite al potere privato nel divieto di creare diritti reali nuovi, per non ledere il principio del numero chiuso.

⁹⁵⁵ Del resto, la dottrina ravvisa nella servitù un forma di destinazione di un fondo all'utilità di un altro fondo: U. STEFINI, *loc. ult. cit.*, vede nell'art. 2645-ter «una vera e propria autorizzazione all'autonomia privata a creare vincoli opponibili», e rileva che la fattispecie della «destinazione alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela» non sembra più vaga di quella del «peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo» *ex art. 1027 c.c.*

⁹⁵⁶ V. *supra* par. 1.2.

destinato un diritto di veto sulle possibilità del suo utilizzo⁹⁵⁷. Si moltiplicherebbero i soggetti aventi un diritto opponibile sicché, traendo utilità dalla *res* non più solo il proprietario ma anche il beneficiario della destinazione, ogni decisione sulla circolazione della cosa richiederebbe il consenso di tutti i fruitori del bene. Ciò finirebbe col creare un eccessivo ostacolo alla circolazione della ricchezza, favorendo comportamenti antieconomici (c.d. *anticommons*): ogni soggetto si sentirebbe legittimato dal porre in essere «comportamenti strategici al fine di assicurare la più ampia quota del surplus contrattuale»⁹⁵⁸.

Tuttavia, contro tali obiezioni si è eccepito che la teoria dei c.d. *anticommons* non sia idonea a fornire un idoneo giustificativo della tipicità dei diritti reali, perché finirebbe col ritenere antieconomiche ed inefficienti quelle frammentazioni del diritto di proprietà utili al sistema economico che, in quanto prive di esternalità negative, sarebbero capaci di incrementare il valore del bene oggetto del diritto che viene “frammentato”. Pare invece evidente che, in una materia come quella della destinazione patrimoniale, l’ampliamento dei soggetti capaci di trarre utilità dal bene aumenterebbe lo sfruttamento del bene e, di conseguenza, la ricchezza in rado di circolare⁹⁵⁹.

4. L’opponibilità delle obbligazioni *propter rem* e degli oneri reali atipici.

In conclusione, si spera di aver ormai chiarito che l’autonomia privata in ambito di obbligazioni ed oneri reali è ammessa solo quando sia il legislatore a prevederlo. Detto altrimenti potrebbe forse parlarsi di atipicità “controllata” *ex lege* o, quantomeno, “relativa”, e ciò soprattutto con riguardo agli oneri reali (atipici potrebbero essere solo quelli “destinatori”, come detto).

Quanto alle o. *p. r.*, si è già avuto modo di sostenere⁹⁶⁰ che le stesse sono solo di fonte legale e che i privati possono costituirle solo facendo ricorso o alle figure già tipizzate dal legislatore o sfruttando i margini di autonomia lasciati da quest’ultimo. Pare comunque opportuno analizzare la questione della loro possibile atipicità in

⁹⁵⁷ Il riferimento corre alla teoria dell’analisi economica del diritto dei c.d. *anticommons*, che è stata a lungo impiegata per giustificare il principio di tipicità dei diritti reali e negare la frammentazione della proprietà: cfr. F. PARISI, *Entropy in Property*, 50 *Am. J. Comp. L.*, 2002, 595 ss.; E. BAFFI, *Gli “anticommons” e il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2005, 455 ss.; F. MICHELMAN, *Ethics, Economics and the Law of Property*, 24 *Nomos*, 1982, 6; M. A. HELLER, *The tragedy of Anticommons: Property in Transition from Marx to Markets*, 11 *Harvard Law Review*, 1998, 621 ss. Tale teoria viene così utilizzata anche dai detrattori delle destinazioni patrimoniali atipiche che moltiplicherebbero i soggetti aventi un diritto opponibile sul bene.

⁹⁵⁸ Così E. BAFFI, *Gli “anticommons”*, cit., 458 s.

⁹⁵⁹ Sull’aumento del valore di scambio dei beni gravati da vincoli di destinazione convenzionale v. M. CONFORTINI, voce *Vincoli di destinazione*, in *Dizionario del diritto privato*, N. IRTI (a cura di), I, Milano, 878. V. anche A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell’interesse altrui*, in *Trust*, 2007, 169 ss.; A. SATURNO, *La proprietà nell’interesse altrui nel diritto civile italiano e contemporaneo*, Napoli, 1999, 131 ss.

⁹⁶⁰ V. *retro* par. 2.2.

relazione all'opponibilità, tema a sua volta collegato a quello della pubblicità. Invero, il tema della tipicità (e non solo per le o. p. r.) è strettamente collegato a quello dell'opponibilità. La dottrina si è chiesta se l'obbligazione reale segua automaticamente il diritto reale a cui è connessa, al punto che il nuovo titolare risulti obbligato anche ove non conosca l'esistenza dell'obbligo, oppure se per renderla opponibile si renda necessario trascriverla⁹⁶¹.

Da un lato, alcuni autori, ritenendo trascrivibile soltanto il diritto già munito di efficacia *erga omnes* da un punto di vista sostanziale, ed escludendo che l'obbligazione *propter rem* sia opponibile *ex se*, hanno escluso che quest'ultima sia trascrivibile⁹⁶². Dall'altro lato, ulteriori interpreti⁹⁶³ hanno sostenuto che sia la trascrizione a costituire il segnale della natura reale del diritto e della conseguente opponibilità, e cioè che sarebbero diritti reali solo quelle figure per cui la legge prevede la trascrivibilità delle vicende circolatorie: pertanto le obbligazioni *ob rem* – che tale dottrina considera trascrivibili⁹⁶⁴ – rivelerebbero in potenza un'opponibilità *erga omnes*. Da un altro lato ancora, in epoca più risalente, si è sostenuta la trascrivibilità di ogni situazione munita di inerenza dal punto di vista sostanziale, che diventerebbe anche opponibile proprio grazie alla trascrizione⁹⁶⁵: accettando questo schema discenderebbe che l'obbligazione reale – a cui andrebbe riconosciuto un carattere di inerenza, sebbene limitato rispetto ad un vero e proprio diritto reale – dovrebbe essere trascrivibile, eventualmente attraverso l'art. 2645 c.c. interpretato estensivamente⁹⁶⁶.

⁹⁶¹ Cfr. A. GUERINI, *Le obbligazioni*, cit., 1643; A. FUSARO, voce *Obbligazione «propter rem»*, cit., 394. V. inoltre G. BALBI, voce *Obbligazione reale*, cit., 672, per il quale l'ambulatorietà delle obbligazioni reali sarebbe un effetto raggiungibile solo attraverso lo strumento della trascrizione.

⁹⁶² V. L. FERRI - M. D'ORAZI-FLAVONI - P. ZANELLI, *Trascrizione*, 3 s.; V. MARICONDA, *La trascrizione*, cit., 67 ss.; A. CHIANALE, voce *Pubblicità immobiliare*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 126 ss.

⁹⁶³ Così M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, cit., 444 s.: «La legge offre [...] un dato a favore della assimilazione delle obbligazioni in parola alle situazioni reali, costituito dalla trascrizione [...] Se [...] si considera che le obbligazioni *propter rem*, proprio in quanto trascrivibili, rivelano un potenziale di rilevanza *erga omnes*, non sembra scorretto qualificare la figura in parola come un diritto reale, se pure non riconducibile ad uno dei modelli tradizionali». L'A. giunge così a considerare le obbligazioni in commento come vincoli reali esclusi dal novero del numero chiuso: le obbligazioni *p.r.* atipiche offrirebbero ai privati uno strumento per variare il contenuto e la struttura delle situazioni reali codificate. Tale affermazione, tuttavia, pare scontrarsi con l'ordine pubblico, favorendo la costituzione di situazioni reali che impatterebbero sulla certezza dei traffici, certezza di cui ancora oggi si sente l'esigenza, non essendo certo sminuita dalle istanze attuali di maggiore libertà nella circolazione dei beni. Inoltre, parrebbe preferibile postulare l'inammissibilità delle obbligazioni reali atipiche, ammettendo solo la possibilità per l'autonomia privata di intervenire sul diritto reale nei tempi e nei modi consentiti dal legislatore.

⁹⁶⁴ Tuttavia, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 630 nota 160, ritiene che l'affermazione per cui le obbligazioni *propter rem* siano trascrivibili rivelerebbe più che altro una petizione di principio.

⁹⁶⁵ Così M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali*, 753, per il quale la trascrizione è il «mezzo di pubblicità adoperato [...] per uno scopo sconosciuto al Codice, e cioè per garantire la *inerenza* di un *obbligo*».

⁹⁶⁶ Cfr. G. BALBI, *loc. ult. cit.*; G. GROSSO, *Ancora sulle servitù reciproche e sulla tipicità delle obbligazioni 'propter rem'*, in *Foro pad.*, 1954, I, 910; A. COLASURDO, *In tema di obbligazioni 'propter rem' e di oneri reali*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 430.

Un discorso a sé merita, invece, la posizione assunta da un'autorevole dottrina⁹⁶⁷ giunta a riconoscere il potere dell'autonomia privata di generare obbligazioni reali atipiche: queste – al pari delle ipotesi tipizzate – avrebbero una particolare natura obbligatoria, caratterizzata da una «tendenziale idoneità» ad imporsi ai terzi, ai quali sarebbe però garantita la conoscibilità dell'*obligatio* attraverso la trascrizione, che avrebbe così il ruolo di ampliarne l'efficacia. Per contro, tale dottrina ha pure sostenuto che la semplice possibilità di trascrivere un'obbligazione non sarebbe indice della sua natura *propter rem*, perché un'obbligazione personale rimarrebbe tale anche se trascrivibile (si pensi alla locazione ultranovennale)⁹⁶⁸. Detto diversamente, la trascrizione, senza attribuire un carattere reale all'obbligazione – che ove identificata come *propter rem* già lo avrebbe *ex se* –, avrebbe solo il compito di attribuire il carattere dell'opponibilità all'obbligazione *p.r.* atipica o tipica⁹⁶⁹.

Nondimeno, sono sorti ulteriori problemi in riferimento alla norma in base alla quale dovrebbe avvenire la trascrizione delle obbligazioni reali atipiche, nel caso in cui le stesse fossero ritenute ammissibili. Infatti, parte della dottrina ha sostenuto che la trascrizione è sempre necessaria per consentire al vincolo di divenire opponibile ai terzi acquirenti, e che la trascrizione dovrebbe avvenire ai sensi dell'art. 2645⁹⁷⁰. Per contro, il richiamo a tale disposizione è stato ritenuto non pertinente per due ordini di ragioni⁹⁷¹: 1) la norma, in una lettura ampia, che non ne limiti l'applicabilità ai soli effetti di cui all'art. 2643, pare «riferirsi ulteriormente ai soli diritti di godimento e non ai diritti di obbligazione, pur se tendenzialmente idonei all'opponibilità»⁹⁷²; 2) l'art.

⁹⁶⁷ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., 72 ss.

⁹⁶⁸ V. ID., *op. ult. cit.*, 74: «locazione, rispetto alla quale si è giustamente parlato di eventuale (stante, cioè, la trascrizione) opponibilità dell'atto (e, di conseguenza, del diritto personale di godimento), non del diritto in sé e per sé considerato».

⁹⁶⁹ Cfr. ID., *loc. ult. cit.* V. pure B. BIONDI, *Servitù reciproche*, cit., 34: trascrizione «non può imprimere carattere di realtà ad un rapporto che per sua struttura intrinseca non lo ha. La trascrizione è semplicemente un mezzo legale di pubblicità che non modifica per nulla la struttura del rapporto».

La conclusione è stata però osteggiata da chi ha ritenuto che l'istituto delle trascrizioni non possa essere manipolato fino al punto di attribuirgli funzioni e ruoli che non gli competono: cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., 631.

Con riguardo alla trascrizione delle obbligazioni *p. r.* tipiche v. R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), IX, 3^a, Torino, 2012, 11: «non si vede l'utilità di una trascrizione delle obbligazioni *propter rem* previste dalla legge, nel senso che non si comprende per quale particolare motivo dovrebbe essere reso conoscibile ciò che le parti hanno l'onere di conoscere».

⁹⁷⁰ In questa direzione sembra propendere G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., 211 ss., sostenendo che il termine «taluno», di cui all'art. 2645, apra evidentemente la porta alla trascrizione di fattispecie che producono qualcuno soltanto degli effetti prodotti dai contratti menzionati nell'art. 2643 c.c.

V. anche C. A. FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni*, cit., 175, che tuttavia ravvisa la necessità di trascrizione pure per gli oneri reali: «è sempre richiesta perché il vincolo sia opponibile al terzo acquirente, in base all'ampia portata dell'art. 2645 c.c., sia che si tratti di un diritto reale o di onere reale o di una obbligazione *propter rem*». La trascrivibilità dell'o.r. pare, però, solo oggi giustificabile nei limiti dell'art. 2645-ter.

In giurisprudenza v. anche Cass., 26 giugno 1952, n. 1896, in *Foro it.*, 1953, I, 1657.

⁹⁷¹ V. F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., 632.

⁹⁷² Cfr. L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 110 s.

2645 fa riferimento agli effetti dell'art. 2644 c.c., e ciò sembra andare oltre al caso ipotizzato, in quanto obbiettivo della dottrina che vorrebbe un'applicazione estensiva dell'art. 2645 è quello di far valere un'opponibilità "assoluta", e non solo nei confronti di chi vorrebbe trascrivere per primo. Viceversa, il terzo acquirente dovrebbe essere messo nella condizione di conoscere l'esistenza di un'obbligazione *propter rem* già al momento del suo acquisto, onde evitare di scontrarsi con i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento del terzo.

D'altra parte, parrebbe preferibile ammettere la trascrivibilità delle sole obbligazioni *propter rem* tipiche, purché intese nel senso sopra precisato⁹⁷³, ossia che la tipicità «non significa fonte legale diretta poiché l'obbligazione reale può derivare dalla previsione normativa di una facoltà lasciata all'uopo alle parti»⁹⁷⁴.

Certo, ciò non farebbe venire meno il problema di decifrare il rapporto tra queste fattispecie e la trascrizione⁹⁷⁵. Invero, mentre sembra condivisibile che le obbligazioni *propter rem* discendenti direttamente da una previsione normativa possano prescindere dalla trascrizione⁹⁷⁶, visto che in quel caso l'obbligo si imporrebbe *ex lege* sull'acquirente⁹⁷⁷, non altrettanto può dirsi per le ipotesi in cui una norma abbia concesso alle parti la facoltà di assumere accordi integrativi o modificativi della disciplina legale, come nei casi degli artt. 1030 o 1069, comma 2, c.c.⁹⁷⁸.

Per tali ipotesi, la dottrina maggioritaria, oltre alla forma scritta, richiede infatti anche la trascrizione⁹⁷⁹. Tuttavia, occorre segnalare una spaccatura: se alcuni ritengono che sia sufficiente la semplice menzione del vincolo nella nota di

⁹⁷³ V. *retro* par. 2.2.

⁹⁷⁴ Testualmente L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 111.

⁹⁷⁵ *Id.*, *loc. ult. cit.*

⁹⁷⁶ Cfr. F. ROLFI, *Sulla tipicità delle obbligazioni*, cit., 564. Tuttavia, occorre rilevare che tale assunto non è pacifico in giurisprudenza, la quale spesso ha sostenuto il principio per cui l'obbligazione reale debba essere oggetto di specifica trascrizione al fine di essere resa opponibile ai terzi: cfr. *ex multis* Cass., 7 settembre 1978, n. 4045, cit.; Cass., 9 luglio 1981, n. 4477, in *Foro it.*, 1982, I, 152.

⁹⁷⁷ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 76 s.

⁹⁷⁸ Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., 634; L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 74 ss., che, in relazione alla modificazione apportata alla regola legale *ex art.* 1069, comma 2, sostiene: «non è pensabile che [...] il proprietario del fondo dominante possa [...] fare a meno di procedere alla trascrizione anche della clausola o del patto da cui risulti l'obbligo del *dominus* del fondo servente di eseguire opere di conservazione della servitù [...]».

⁹⁷⁹ Non pare accoglibile la tesi introdotta in dottrina (così evidenzia F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale*, cit., 188 s.) per cui dall'art. 2674-bis c.c. – «trascrizione e iscrizione con riserva» – possa desumersi che il sistema della trascrizione, sebbene tipizzato, talvolta mostri un generale *favor* per la trascrivibilità di situazioni diverse da quelle c.d. tipiche. Se è vero, infatti, che tale norma consente al Conservatore su istanza della parte richiedente di accettare comunque, sebbene con riserva, la trascrizione di un atto per cui emergano gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità, ove la norma fosse letta in combinato disposto con l'art. 113-ter disp. att. c.c. emergerebbe che in realtà tale trascrizione perde comunque efficacia non solo se sia stato accolto il reclamo del soggetto "contro" cui è stata accettata la formalità "con riserva" dall'autorità giudiziaria, ma anche una volta decorsi trenta giorni dall'avvenuta trascrizione, ove il reclamo non sia stato svolto. Sicché, vista la precarietà della trascrizione a cui si darebbe vita, tale norma mi pare ben lungi dal dimostrare una qualche apertura del sistema delle trascrizioni.

trascrizione⁹⁸⁰, altri ritengono che ciò sia impossibile, perché si tratterebbe di un'ipotesi prevista solo per casi tassativi (termini e condizioni) di cui all'art. 2659, comma 4, c.c., e al contempo insufficiente perché l'acquirente del fondo – analizzando la nota di trascrizione – troverebbe trascritta “contro” il proprio dante causa solo un diritto a favore e non anche un'obbligazione “contro”⁹⁸¹.

Ciò nonostante, in dottrina si è notato che l'esigenza di porre l'acquirente nelle condizioni di conoscere l'esistenza di un obbligo accessorio al diritto reale (obbligazione *propter rem*), potrebbe essere comunque salvaguardata dal fatto che l'acquirente di un fondo avrebbe pur sempre l'onere di consultare l'atto di provenienza, e quindi non solo la nota di trascrizione⁹⁸². Invero, il terzo dovrebbe imputare solo a se stesso il fatto di essersi autodeterminato all'acquisto nonostante l'esistenza di un'o. p. r. che avrebbe potuto desumere da un'analisi accurata dell'atto costitutivo⁹⁸³. E ciò ovviamente a condizione che tale atto sia stato regolarmente trascritto – ex art. 2645 c.c. in combinato disposto con gli artt. 2643 e 2644⁹⁸⁴, ovvero solamente ex art. 2643, nn. 2 e 4⁹⁸⁵ – dalla parte interessata a far valere nei confronti dei terzi possibili aventi causa l'esistenza delle *obligationes* di origine pattizia, per la quale la trascrizione dovrebbe essere uno specifico onere. Ritenere, infatti, che l'*obligatio* sia opponibile di per sé sarebbe erroneo, perché significherebbe

⁹⁸⁰ Cfr. A. NATUCCI, *La tipicità*, cit., 329 nota 134: «la soluzione è [...] la medesima che vale in generale per i patti accessori (di carattere reale): menzione del patto nella nota di trascrizione, e conoscibilità integrale del suo contenuto attraverso il titolo depositato presso la Conservatoria dei RR. II. Una diversa soluzione sarebbe iniqua». V. anche G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 67; U. NATOLI, *Della trascrizione*, cit., 112.

⁹⁸¹ V. F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., 634.

⁹⁸² Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 72, che invoca il principio di auteresponsabilità e affidamento; C. ROMEO, *Obbligazioni 'propter rem'*, cit., 412, per il quale ben si potrà pretendere che il terzo acquirente si assuma quantomeno l'onere di accertare l'esistenza del vincolo prendendo visione dell'atto costitutivo del diritto che va ad acquistare.

⁹⁸³ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 73 e spec. 76 s., sebbene la stessa svolga tali argomentazioni per giustificare l'ammissibilità delle obbligazioni reali atipiche.

⁹⁸⁴ V. L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 72 s., che comunque precisa che la pubblicità immobiliare non vale di per sé a garantire l'inerenza di una situazione soggettiva alla *res*: «[...] ciò che viene in considerazione è un rapporto obbligatorio, dove “l'inerenza” è, se così si può dire, dell'obbligo al diritto reale, non del credito corrispondente rispetto alla cosa che di quel diritto forma oggetto: in caso contrario, non di credito (e dunque di obbligo) si tratterebbe, ma di un singolare *jus in re* avente contenuto una pretesa».

⁹⁸⁵ Sembra propendere per quest'ultima soluzione L. MANNA, *Soggetti e contenuto*, cit., 112, con riferimento a F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 635 s.: «cosicché l'obbligo di trascrizione [...] permanerebbe solo per la clausole derogative pattuite autonomamente. E, si badi, trascrizione da eseguirsi non già in forza dell'art. 2645, bensì ai sensi dell'art. 2643, nn. 2 e 4». Ma v. anche G. BARALIS, *Alla ricerca del significato dell'art. 2643 n. 14 c.c.*, in *Riv. Dir. civ.*, 2011, 471 ss., che sembra rinvenire un riconoscimento normativo della possibilità di trascrivere le obbligazioni *propter rem* gravanti sulla proprietà in ragione della coesistenza con diritti reali di godimento, e altresì gravanti sulla proprietà *ex se*. L'articolo avrebbe «una sua funzione, nel legittimare [...] il superamento della portata dei primi tredici numeri, sino a ricomprendere vicende collegate a diritti secondo collegamenti che [...] sfuggirebbero alla pubblicità dichiarativa; l'art. 2643 numero 14 [...], a correzione e moderazione dei numeri precedenti, introduce [...] la possibilità di un collegamento fra diritti e vicende tecnicamente più ampio [...]; ammette, quindi, la trascrizione di provvedimenti giudiziali, e indirettamente di negozi, eccentrici rispetto al criterio della 'normalità' e al di fuori dei limiti rigorosi della letteralità [...]». V. anche F. S. GENTILE, voce *Trascrizione*, in *Noviss. Dig.*, XIX, Torino, 1973, 519.

confonderla con il contenuto del diritto reale da cui, invece, è un'entità distinta connettendosi a questo solo in via accessoria⁹⁸⁶.

Ad ogni buon conto, ciò che pare qui precipuo rilevare è che l'obbligazione *propter rem* – per come è stata qui ricostruita – è quell'obbligo accessorio al diritto reale che ne comprime il contenuto, pur essendo sempre e solo di fonte legale, la quale può già tipizzarne i contenuti, oppure lasciare ai privati il compito di farlo. In tal senso, l'o. *p.r.* può circolare solo ed esclusivamente nei limiti in cui è concesso al diritto reale, per il quale non sorgono dubbi circa il suo carattere di opponibilità e trascrivibilità. In particolare, la pubblicità dell'atto contenente un'*obligatio* non servirebbe a rafforzare la “naturale” opponibilità che è propria della sola situazione reale (l'o. *p. r.* invero non è uno *ius in re*), ma solo a fondarne la «presunzione di conoscenza»⁹⁸⁷.

In tal senso, da un punto di vista pratico, al fine di garantire la trascrivibilità delle obbligazioni *propter rem* atipiche, potrebbe soccorrere l'indicazione di questo obbligo accessorio all'interno del quadro D della nota di trascrizione⁹⁸⁸. Quest'ultimo, sebbene abbia una mera funzione di pubblicità notizia⁹⁸⁹, non incidendo dunque sul piano della costituzione del diritto, sarebbe idoneo a fornire ai terzi interessati le informazioni sull'esistenza dell'obbligazione accessoria al diritto reale. Ciò specialmente ove l'obbligazione reale sia descritta nel suo contenuto con un rinvio – *per relationem* – all'atto costitutivo. L'acquirente, in questo modo, sarebbe posto nelle condizioni di conoscere l'esistenza dell'obbligo accessorio al diritto reale, avendo comunque pur sempre l'onere – secondo un principio di autoresponsabilità – di consultare l'atto di provenienza, e non limitarsi alla consultazione della nota di trascrizione⁹⁹⁰.

⁹⁸⁶ Secondo L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 75, erra chi considera l'o. *p. r.* dotata di un carattere di realtà, perché finirebbe col porla sullo stesso piano del diritto cui accede.

⁹⁸⁷ Testualmente L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 73 s., per la quale ove «si tratti di *obligationes* tipiche trovanti [...] la propria fonte nella volontà delle parti [...] l'elemento decisivo ai fini della loro opponibilità [...] parrebbe essere costituito dalla trascrizione».

⁹⁸⁸ L'informatizzazione della pubblicità immobiliare, introdotta con la L. 52/1985, ha comportato – in un settore ove le note in precedenza erano presentate senza alcun vincolo al Conservatore dei Registri Immobiliari – la necessità di introdurre uno schema predefinito di nota in cui le informazioni fornite dal richiedente devono risultare esattamente codificate: ne è derivato un modello strutturato per riquadri (A, B, C e D) e distinto, all'interno di ciascun quadro, per campi a tutti ben noto. Il legislatore ha lasciato pochissimo spazio ad informazioni di tipo testuale od alle pattuizioni complesse contenute nel titolo, che pertanto possono essere inserite in formato libero solo ed esclusivamente nel quadro D della nota, il quale è pienamente consultabile, divenendo parte integrante della pubblicità immobiliare. Il quadro D della nota di trascrizione, deve essere compilato in modo da far risultare dal medesimo – oltre ad eventuali condizioni, patti di natura reale e indicazioni utili ai fini della pubblicità immobiliare – tutte le informazioni, aventi rilievo reale, utile per i terzi.

⁹⁸⁹ Sulla funzione di pubblicità notizia del quadro D della nota di trascrizione v. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 233.

⁹⁹⁰ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali*, cit., 72, che invoca il principio di autoresponsabilità e affidamento; C. ROMEO, *Obbligazioni 'propter rem'*, cit., 412. V. *supra* nota 982. Ma v. anche U. MORELLO, *Tipicità e numero chiuso*, cit., 78 s. nota 73: «nel Quadro D possono essere indicati i diritti reali che possono essere costituiti con gli "altri atti" soggetti a trascrizione di cui all'art. 2645 c.c. o il contenuto eventuale di diritti reali atipici. E' tuttavia chiaro che non possono essere indicati diritti reali del tutto atipici; né possono essere contenuti rinvii generici al titolo o la trascrizione di regolamenti o di parte del contenuto del titolo nel dubbio che in qualche punto possa avere effetti reali (es.: trascrizione di regolamenti di condominio o di comparto o rinvio generico a regolamenti di condominio o di

È bene sottolineare, però, che con la prospettiva poc'anzi indicata non si intende riconoscere – al di fuori di quanto previsto dal legislatore – un illimitato potere ai privati. In altri termini, non si intende favorire né la costituzione di diritti reali atipici né, tantomeno, quella di diritti personali resi opponibili ai terzi attraverso il sistema pubblicitario⁹⁹¹, che dovrà comunque essere appannaggio del solo legislatore⁹⁹²: a prescindere dalla qualificazione formale, ove si riconoscesse ai privati la facoltà di costituire liberamente una posizione soggettiva caratterizzata da un potere immediato sul bene, di pretendere che questa sia tutelata dall'ordinamento e sia resa stabile nella circolazione grazie alla prevalenza accordata al suo titolo, si finirebbe inevitabilmente col creare una figura del tutto simile ad un nuovo diritto reale, capace di impattare con i principi di certezza, verificabilità dei titoli e sicurezza del traffico giuridico⁹⁹³. Si intende invece confermare che il privato può limitarsi a sfruttare gli spazi che gli sono concessi nei limiti che gli sono imposti.

Neanche con riguardo agli oneri reali sembrerebbe lecito parlare di atipicità. A ben vedere anche in questo caso si tratterebbe al più di un'atipicità "controllata", perché dipendente dalla particolare struttura aperta – voluta dal legislatore⁹⁹⁴ – del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* a cui l'o.r. può essere accostato⁹⁹⁵. Un accostamento che sembra pure giustificare l'affermazione per cui tali vincoli, che possono essere colmati con un atto di autonomia sorretto da una causa idonea, si caratterizzano per l'essere opponibili ai terzi ove trascritti, ossia là dove rispettino il requisito di forma e pubblicità costitutivo richiesto *ex lege*.

comparto). La nota deve infatti limitarsi ad indicare i diritti reali costituiti o trasferiti col titolo ed il loro contenuto standardizzato».

⁹⁹¹ Questo secondo L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, 76, sarebbe il rischio che si correrebbe ove si ritenesse che un'obbligazione reale sia dotata della stessa realtà del diritto reale, cioè ove si ritenga che l'o. *p.r.* sia trascrivibile a prescindere dalla trascrizione. Tale considerazione permette pure di distinguere l'obbligazione reale da quella personale: «stabilire se, per sua natura, un'obbligazione sia "reale" o invece meramente personale [...] dipende dal fatto che un'obbligazione del secondo tipo non potrebbe mai acquistare quell'efficacia nei confronti dell'acquirente che invece l'*obligatio* può, in virtù della trascrizione del titolo e come conseguenza dell'opponibilità di questo al terzo, acquisire».

⁹⁹² G. VETTORI, *I contratti ad effetti reali*, cit., 114 ss., ritiene che l'opponibilità non sia una caratteristica esclusiva di un tipo di situazione soggettiva, ma il risultato di un giudizio relativo tra titoli in conflitto, compiuto sulla base di indici di sistema, sicché le clausole «che incidono sulla conformazione dell'uso e della disposizione dei beni [...] abbiano un valore esteso oltre l'ambito del loro rapporto». In sostanza, non è necessario un diritto reale nuovo per interferire con il sistema della circolazione.

⁹⁹³ Cfr. F. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 160 ss. e nota 198.

⁹⁹⁴ In tal senso, appare evidente il parallelismo con le servitù che tradizionalmente rappresentano il lato atipico dei diritti reali: accanto alle servitù c.d. tipiche i privati possono costituire anche servitù dal contenuto più vario (purché sempre predisposte per l'utilità di un fondo) e non necessariamente appartenenti ai modelli legali previsti dal legislatore con le c.d. servitù atipiche. Nelle servitù, così come nei vincoli di destinazione, il privato si trova innanzi a un "tipo" che potrà "riempire" con svariati contenuti rimessi all'autonomia. Cfr. P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, cit., 51; nonché F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale*, cit., 108: «Di atipicità [...] non si potrebbe parlare, a meno di non volerlo fare allo stesso modo in cui si dice *atipico* il regolamento delle servitù – con ciò intendendo che i privati possono convenzionalmente servirsi di tale schema reale, plasmando il contenuto e le utilità che a questo si accompagnano».

⁹⁹⁵ V. *supra* par. 3.2.

Per produrre l'effetto destinatorio, ossia l'imposizione su determinati beni di un vincolo atipico (di destinazione) reale opponibile ai terzi, eventualmente dalla separazione dal restante patrimonio del disponente o dell'attuatore, è indispensabile l'elemento pubblicitario. In caso contrario, tale effetto non si produrrebbe. Ciò sembra spiegare perché il negozio destinatorio possa avere ad oggetto solo beni immobili o mobili registrati, e perché l'istituto sia stato disciplinato nel titolo del Codice destinato alla trascrizione, e non invece tra gli effetti del contratto in generale – al pari dell'ordinario effetto traslativo reale (art. 1376 c.c.), che riguarda ogni sorta di beni⁹⁹⁶. Per contro, l'elemento pubblicitario sarebbe del tutto superfluo, ove l'intento delle parti fosse quello di dare vita ad un vincolo atipico di natura meramente obbligatoria: questa ipotesi sarebbe stata ammissibile già prima dell'entrata in vigore dell'art. 2645-ter, essendo disciplinata dall'art. 1322 c.c.

Il vincolo reale atipico, una volta trascritto, sarebbe peraltro opponibile nei confronti di “tutti” i terzi, siano essi aventi causa o creditori estranei alla destinazione. Ciò sembra confermato dalla stessa norma, là dove si parla di «vincoli di destinazione opponibili ai terzi» e di beni destinati che «possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti a tale scopo». In tal senso, “tutti” i terzi saranno soccombenti innanzi alle pretese dei beneficiari o dei soggetti interessati, a condizione che ne venga tutelato l'affidamento e sia garantita la sicurezza nella circolazione dei beni⁹⁹⁷.

In buona sostanza, l'effetto destinatorio, al pari degli altri vincoli di destinazione opponibili ai terzi riconosciuti dal nostro sistema legislativo (società di capitali, pignoramento, ipoteca, e così via), si produrrebbe solo al momento della pubblicizzazione dell'atto. Si tratterebbe dunque di pubblicità costitutiva: è la trascrizione a produrre l'effetto destinatorio, perché non si limiterebbe a rendere pubblica una fattispecie già completa e valida dal punto di vista obbligatorio, ma concorrerebbe a completarla⁹⁹⁸.

È la trascrizione dell'atto di destinazione dunque a permettere ai beneficiari di divenire titolari di un credito opponibile. In primo luogo, saranno obbligati ad eseguire la prestazione tutti gli acquirenti del bene destinato nella cui sfera giuridica verrà

⁹⁹⁶ Cfr. U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 121 s. Avremo modo di vedere *infra* come sia la pubblicità costitutiva a produrre sia l'effetto destinatorio sia di separazione. Esattamente al pari di un'iscrizione di vincoli che «modificano la legittimazione del disponente» senza necessariamente trasferire diritti reali: cfr. L. FERRI - M. D'ORAZI-FLAVONI - P. ZANELLI, *Trascrizione (Art. 2643-2696)*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, F. GALGANO (a cura di), Bologna – Roma, 1995, 28 s., 48 ss.

⁹⁹⁷ Il fatto che la separazione patrimoniale possa incidere verso i terzi solo se effettivamente pubblicizzata è stato da sempre affermato in dottrina: cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 215.

⁹⁹⁸ Sugli effetti della trascrizione v. G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., 338 s.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti*, cit., 191 s.; P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, cit., 127 s.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 182 s.

trasferito l'onere reale atipico: il vincolo sarà opponibile agli aventi causa che abbiano trascritto il loro acquisto dopo la trascrizione. In tale ipotesi, il beneficiario, in caso di inadempimento dell'obbligo destinatorio, potrà comunque agire esecutivamente sul bene come se la *res* non fosse mai uscita dal patrimonio dell'alienante⁹⁹⁹. In secondo luogo, il vincolo sarà opponibile ai creditori estranei alla destinazione, che resteranno così esclusi dall'esecuzione sul bene destinato ormai entrato a far parte di un patrimonio separato¹⁰⁰⁰, quando la trascrizione del pignoramento sia successiva alla trascrizione dell'atto di destinazione.

Il fatto che la trascrizione dia vita all'effetto destinatorio e di separazione non implica che i conflitti tra creditori ed aventi causa da un lato, e beneficiari o soggetti interessati dall'altro, non vadano risolti in base al principio della priorità della trascrizione ai sensi dell'art. 2644 c.c. Assumere infatti che pubblicità costitutiva e dichiarativa siano tra loro contrapposte, e che quindi per la prima non opererebbe la regola sulla priorità della trascrizione, non sarebbe corretto: si pensi, ad esempio, al pignoramento, in cui il carattere costitutivo della trascrizione attiene alla genesi del vincolo, mentre quello dichiarativo di cui all'art. 2644 permette di risolvere i conflitti tra aventi causa e creditori del debitore in base alla regola della priorità della trascrizione¹⁰⁰¹. Pertanto, sebbene appaia verosimile che l'art. 2644 con la sua regola di inefficacia relativa (inopponibilità) degli atti non trascritti non sia automaticamente trasmissibile a tutti gli atti previsti dopo l'art. 2645 c.c. (si pensi alla trascrizione del preliminare, disciplinata *ad hoc* dall'art. 2645-bis)¹⁰⁰², appare altrettanto verosimile che gli effetti della trascrizione del vincolo *ex art. 2645-ter* non siano poi molto diversi

⁹⁹⁹ È significativo vedere come M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, M. BIANCA (a cura di), Milano, 2007, 39, ravvisi il rimedio per l'inadempimento dell'atto di destinazione nella surrogazione reale già analizzata a suo tempo per il *trust* (v. *supra* par. 3.1.), sicché il beneficiario potrebbe arrivare a recuperare il bene con il c.d. *tracing*.

¹⁰⁰⁰ Per U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 124 s., la trascrizione costitutiva produce sia l'effetto di separazione sia di destinazione.

Contra G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti*, cit., 191 s., distingue tra trascrizione dichiarativa del vincolo di indisponibilità e quella costitutiva ai fini della separazione patrimoniale; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 182 s., ritiene l'unico effetto dell'art. 2645-ter la separazione patrimoniale, ritenendo inapplicabile a tale norma l'art. 2644 c.c.

¹⁰⁰¹ Cfr. cfr. L. FERRI - M. D'ORAZI-FLAVONI - P. ZANELLI, *Trascrizione*, cit., 578 ss. e 580: «quando si qualifica la pubblicità come *costitutiva*, si volge l'attenzione al momento genetico [...] quando invece la pubblicità viene qualificata come *dichiarativa* è un profilo sostanzialmente diverso che emerge: il profilo degli effetti che la compiuta segnalazione ha rispetto ai terzi [...]. Sotto tale profilo, trascrizione ed iscrizione hanno trattamento del tutto identico nell'art. 2644. Dunque, il definire costitutiva (*quoad originem*) la pubblicità concernente il pignoramento ed il sequestro conservativo immobiliare non è affatto incompatibile col considerare dichiarativa (*quoad effectum*) la pubblicità del pignoramento e del sequestro conservativo sui mobili registrati».

¹⁰⁰² In dottrina è abbastanza diffusa l'opinione per cui l'art. 2644 non sia un principio generale in materia di trascrizione: cfr. ID., *Trascrizione*, cit., 27 ss., che ne limitano l'operatività ai casi di pubblicità dichiarativa; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 259 ss. e 457 ss.; ID., *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 177 ss. Di contro, per un'applicazione estensiva, v. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, 67 ss.; G. OBERTO, *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. Civ.*, 1988, II, 202 ss. e spec. 206 con riguardo al fondo patrimoniale.

da quelli della trascrizione del pignoramento, che sembra creare un vincolo di destinazione all'esproprio a favore del creditore procedente.

Invero, l'art. 2645-ter, parlando espressamente di vincolo «opponibile ai terzi», pare attribuire al beneficiario una tutela reale del credito atipico, visto che in caso di inadempimento questi viene messo nelle condizioni sia di aggredire esecutivamente i beni destinati sottraendosi al concorso con gli altri creditori, sia di opporre a qualsiasi avente causa la destinazione del bene. Non casualmente la norma richiama l'art. 2915, comma 1, che disciplina l'inopponibilità al creditore pignorante degli atti che importano limiti alla disponibilità dei beni pignorati non trascritti antecedentemente al pignoramento. Tale figura – secondo la prevalente interpretazione¹⁰⁰³ – è sottoposta alla pubblicità costitutiva perché la trascrizione completerebbe la formazione del vincolo sul bene, rendendo peraltro vani gli atti compiuti nel frattempo dal debitore che diverrebbero inopponibili al creditore procedente. I conflitti tra creditore procedente, che non è un avente causa, al pari del beneficiario della destinazione ex art. 2645-ter, e altri creditori ed aventi causa, vengono risolti dagli artt. 2912 ss., che prevedono l'applicabilità dello stesso principio dell'antiorità della trascrizione (art. 2644). Sembra pertanto ravvisabile una disciplina analoga nell'art. 2645-ter, visto che qui l'intento del legislatore sembra essere stato quello di attribuire una tutela reale al titolare del credito alla destinazione¹⁰⁰⁴.

Al contempo, la formalità della trascrizione, oltre a consentire l'opponibilità nei confronti dei creditori estranei alla destinazione, sembra pure consentire l'opponibilità nei confronti dei terzi in generale: se l'atto costitutivo viene trascritto prima dell'acquisto da parte del terzo, questi dovrà sia rispettare la destinazione così come prevista nell'atto (e quindi eventuali oneri reali), sia sopportare l'eventuale esecuzione forzata da parte del beneficiario della destinazione, come se il bene non fosse mai uscito dal patrimonio del titolare dei beni destinati.

Ovviamente, una simile ricostruzione della fattispecie, svolta in virtù del richiamo fatto dalla norma in commento all'art. 2915 c.c., «postula [...] una concezione del sistema delle trascrizioni come un sistema retto da autonome regole “formalistiche”, che mirano a risolvere conflitti tra soggetti portatori di diritti (non solo reali) aventi ad oggetto gli stessi beni, non necessariamente nella fase della circolazione, e che prescindono dal sottostante dato sostanziale»¹⁰⁰⁵. In sostanza, bisognerebbe considerare la trascrizione e la sua efficacia su un piano diverso da quello del diritto sostanziale:

¹⁰⁰³ Cfr. G. A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Tutela dei diritti (Art. 2910-2969)*, in *Comm. cod. civ., Scialoja- Branca*, 2^a, Bologna – Roma, 1964, 30 ss., 386; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in L. BIGLIAZZI GERI - F. D. BUSNELLI - R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti (Art. 2900-2969)*, in *Commentario UTET del Codice Civile*; VI, 4, Torino, 1980, 275 ss.

¹⁰⁰⁴ U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 128.

¹⁰⁰⁵ Testualmente U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 130 s., per il quale una simile interpretazione ben si concilierebbe con la *ratio* dell'art. 2645-ter, che ha introdotto una nuova tipologia effettuale per andare incontro alle nuove esigenze socio-economiche.

pur senza giungere all'estremo di relegare la trascrizione/opponibilità alla mera funzione probatoria in ambito processuale¹⁰⁰⁶, occorrerebbe prendere atto di come nel nostro ordinamento esistono casi di trascrizione rivolti non solo ai titolari di diritti reali ma (talvolta) anche ai titolari di diritti di credito, che possono far prevalere la propria titolarità contro chi ha acquistato diritti sullo stesso bene: cessione dei beni al creditore, anticresi, locazione ultranovennale, contratto preliminare e, infine, proprio il pignoramento¹⁰⁰⁷.

Tuttavia, tale ricostruzione "formalistica" della trascrizione dell'atto di destinazione si scontra con la visione "sostanzialistica" del fenomeno, volta a considerare come meramente obbligatori gli effetti del negozio di destinazione, e secondo la quale vicenda giuridica di diritto sostanziale sottostante non sia del tutto avulsa dalla vicenda pubblicizzata¹⁰⁰⁸. In tal senso, si dovrebbe ritenere che la possibilità di trascrivere il vincolo non muti il diritto attribuito al beneficiario, che rimarrebbe un mero diritto di credito e come tale inopponibile ai terzi¹⁰⁰⁹.

Per contro, in dottrina si è ritenuto che quest'ultimo approccio "sostanzialistico" vada a creare più problemi di quanti non ne risolva¹⁰¹⁰. In particolare, affermare che il diritto del beneficiario ha natura meramente obbligatoria porrebbe almeno tre ordini di problemi. In primo luogo, non si consentirebbe di rendere la destinazione opponibile ai terzi acquirenti del bene destinato che abbiano acquistato dopo la trascrizione del negozio di destinazione: sicché si rischierebbe di svuotare la portata innovativa dell'art. 2645-ter, visto che accanto alla responsabilità contrattuale dell'alienante verso il beneficiario si avrebbe solo una responsabilità aquiliana dell'acquirente che abbia acquistato con dolo o colpa¹⁰¹¹. In secondo luogo, si introdurrebbe una distinzione tra creditori e aventi causa del titolare del bene destinati, dando vita ad un'interpretazione

¹⁰⁰⁶ V. L. FERRI - M. D'ORAZI-FLAVONI - P. ZANELLI, *op. cit.*, 18 ss.

¹⁰⁰⁷ U. STEFINI, *loc. ult. cit.* Le ipotesi citate rappresenterebbero casi in cui la necessità di tutelare *erga omnes* determinate situazioni soggettive ha spinto il legislatore ad offrire un rimedio indipendente dalla natura reale o personale del diritto.

¹⁰⁰⁸ Il rischio di questa interpretazione sarebbe quello di far coincidere la trascrivibilità del vincolo con la sua realtà. In sintesi, un diritto trascrivibile non è necessariamente reale, ma un diritto reale deve essere trascrivibile (cfr. M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria*, cit., 165). Nell'art. 2645-ter è lo stesso legislatore, ribaltando la prospettiva, a far coincidere i due momenti, affermando che gli atti «possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione».

¹⁰⁰⁹ È la tesi di F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 177 ss., che limita l'opponibilità del vincolo di destinazione ai creditori del "conferente" e agli aventi causa che abbiano acquistato dopo la trascrizione del vincolo stesso. Per contro, l'A. ritiene che il conflitto tra più beneficiari aventi causa sullo stesso bene sia risolvibile mediante il meccanismo della data certa anteriore. Di contro P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, cit., 130, nota 28; G. BARALIS, *Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.*, in *Negoziato di destinazione. Percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 1/2007, 150 ss.

¹⁰¹⁰ In tal senso, U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 133 ss. e spec. nota 28, per il quale, ad esempio, si finirebbe col ritenere che una locazione ultranovennale trascritta ex art. 2643 n. 8 c.c. non sia opponibile al terzo acquirente ex art. 1599 c.c. (che ammette l'opponibilità in presenza di una data certa anteriore) ove l'atto sia privo di data certa anteriore seppure trascritto prima.

¹⁰¹¹ Cfr. S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, in AA.VV., *Atti di destinazione e trust (2645ter del codice civile)*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2008, 258.

contra legem della norma – ridotta così a mera ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale – sebbene la stessa sembri alludere all’opponibilità nei confronti di tutti i terzi (sia creditori, sia aventi causa): sicché si arriverebbe al paradosso per cui il principio di tipicità dei diritti reali arrivi persino a negare al legislatore il potere di riconoscere una “nuova” situazione soggettiva connotata da profili di realtà (sebbene non definita nel contenuto)¹⁰¹². Da ultimo, si finirebbe con il considerare erroneo il richiamo all’art. 2915, comma 1, che verrebbe sostituito «d’imperio con il rimando al 2° comma dello stesso articolo, che riguarda “atti e domande per la cui efficacia rispetto ai terzi acquirenti la legge richiede la trascrizione”»¹⁰¹³: sicché si escluderebbe che l’art. 2645-ter abbia introdotto un vincolo di indisponibilità reale, capace di imporsi nei confronti sia dei creditori estranei alla destinazione sia dei terzi aventi causa.

Sembra dunque preferibile abbandonare i tentativi di interpretazione *contra legem* dell’approccio “sostanzialistico”, per accoglierne una più aderente alla *ratio legis*, dal momento che sembra inverosimile che il legislatore, nel predicare l’opponibilità “ai terzi”, abbia inteso i soli “terzi creditori”, o che nel richiamare l’art. 2915, comma 1, intendesse riferirsi al secondo comma della stessa norma.

In conclusione, non resta che verificare come procedere in concreto con la trascrizione dell’atto di destinazione, che dovrà essere necessariamente stipulato in forma pubblica. Se il disponente resta titolare del bene che destina, la trascrizione dovrà essere svolta contro di lui ed a favore del beneficiario, il quale acquisterà da quel momento una situazione obbligatoria dotata di realtà essendo il diritto “inerente” al bene¹⁰¹⁴ (in tal senso abbiamo parlato di onere reale atipico¹⁰¹⁵). Viceversa, ove il beneficiario sia indeterminato, sarà sufficiente una trascrizione contro il disponente, potendo comunque i soggetti indeterminati – individuati *ex post* – godere dei rimedi apprestati dalla norma¹⁰¹⁶. Infine, ove il disponente non sia più titolare del bene a causa di una destinazione “traslativa”, in primo luogo si renderà necessaria una trascrizione contro di lui ed a favore dell’attuatore della destinazione *ex art. 2643 c.c.*; in secondo luogo, occorrerà trascrivere contro l’“attuatore” ed a favore dei beneficiari

¹⁰¹² V. A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà*, cit., 171, che coglie come i termini del problema non debbano essere legati al *numerus clausus* sottolineando come «non ha senso interrogarsi attorno al mantenimento o meno del principio del numero chiuso dei diritti reali, ed ancora meno ha senso chiedersi se l’art. 2645-ter cod. civ. abbia introdotto un nuovo tipo di diritto reale. Un diritto reale limitato infatti grava su un diritto di proprietà traendo dalla sua esistenza il fondamento del proprio esistere giuridicamente, ciò nel senso che ove non esista il diritto di proprietà non può logicamente esistere un diritto di usufrutto, o di superficie o una servitù prediale. Il rapporto di derivazione tra proprietà e diritto reale limitato è pertanto ontologico».

¹⁰¹³ Così U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 134 e nota 31 dove viene criticato il pensiero di F. GAZZONI, *Osservazioni sull’art. 2645-ter c.c.*, cit., 184, portato a considerare fuorviante il richiamo svolto all’art. 2915, comma 1, da parte dell’art. 2645-ter.

¹⁰¹⁴ Cfr. U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 135 s.

¹⁰¹⁵ V. *retro* par. 3.3.

¹⁰¹⁶ Cfr. U. LA PORTA, *L’atto di destinazione di beni*, cit., 1099, nota 14.

ex art. 2645-ter, e ciò per chiarire come sia stato trasferito un diritto “funzionalizzato”, strumentale alla soddisfazione di interessi di soggetti diversi da quelli che hanno acquistato la titolarità¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁷ Così ID, *op. ult. cit.*, 1098 ss., per il quale, però, la prima trascrizione dovrebbe avvenire non *ex art. 2643 c.c.* bensì ai sensi dell’art. 2645 che legittima la trascrizione di atti atipici che producono effetti tipici; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 192 s.; S. BARTOLI, *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c.*, cit., 1305.

BIBLIOGRAFIA

ABERKANE H., *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français. Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels*, Parigi, 1957.

ABETE L., *Vincolo di destinazione ex art. 2645ter e fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, 1461 ss.

AGNESE E., *Note in tema di ammissibilità di obbligazioni reali 'atipiche' e di 'scopo economico' nei consorzi di urbanizzazione*, nota a Cass., 6 marzo 2003, n. 3341, in *Dir. e Giur.*, 2004, 695.

ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, vol. I, 5^a ed., Torino, 1958.

ALVINO E., *Il concetto e le caratteristiche di utilitas nella servitù*, nota a Cass., 9 giugno 1976, n. 2122, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1, 117.

AKKERMANS B., *The principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerp, 2008.

ANDREOLI M., *I regolamenti di condominio*, Torino, 1961.

ANTONIAZZI S., *Concessione edilizia e vincolo propter rem previsto da atto unilaterale d'obbligo tra l'amministrazione comunale e privati*, in *Riv. Giur. urb.*, 1997, 223 ss.

ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1952.

ASCARELLI T., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952.

BAFFI E., *Gli "anticommons" e il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2005, 455 ss.

BALBI G., *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950.

BALBI G., voce *Obbligazione reale*, in *Noviss. Dig.*, XI, Torino, 1965.

BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.*, in *Negoziato di destinazione. Percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 1/2007, 131 ss.

BARALIS G., *I diritti reali di godimento*, in N. LIPARI - P. RESCIGNO, *Diritto civile*, A. ZOPPINI (coordinato da), II, II, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009.

BARALIS G., *Alla ricerca del significato dell'art. 2643 n. 14 c.c.*, in *Riv. Dir. civ.*, 2011, 471 ss.

BARASSI L., *La clausola che impone all'acquirente di erigere solo un determinato tipo di edifici*, in *Foro. It.*, 1928, I, 43.

- BARASSI L., *Istituzioni di diritto privato*, 2^a, Milano, 1943.
- BARASSI L., *I diritti reali limitati (in particolare l'usufrutto e le servitù)*, Milano, 1947.
- BARASSI L., *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951.
- BARASSI L., *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952.
- BARASSI L., *La teoria generale della obbligazione*, I, Milano, 1963.
- BARCELLONA P., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1965, 2 ss.
- BARTOLI S., *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c. c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 11 ss.
- BARTOLI S., *Gli effetti della ratifica*, in AA.VV., *Dal Trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, M. BIANCA - A. DI DONATO (a cura di), Gruppo 24 Ore, 2013, 36 ss.
- BARTOLI S., *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI - D. MURITANO - C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014.
- BASILE F., *In tema di vincoli di destinazione del diritto di proprietà*, nota a Trib. Milano, 25 luglio 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 662.
- BELFIORE A., *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità. (Premesse introduttive)*, in *Riv. Dir. civ.*, 1971, I, 181 ss.
- BELFIORE A., *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979.
- BENEDETTI A. M., *Corresponsabilità del committente per danni causati dall'appaltatore? Una discutibile applicazione dell'art. 1122 c.c.*, nota a Cass., 10 dicembre 1993, n. 12152, in *Danno e resp.*, 1998, 357.
- BENEDETTO M. A., voce *Livello*, in *Noviss. Dig.*, IX, Torino, 1965.
- BERNARDI P., *Il trust nel diritto internazionale Privato*, Pavia, 1957.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, pt. I, Milano, 1953.
- BIANCA C. M., *L'obbligazione*, in *Diritto Civile*, IV, Milano, 1993.
- BIANCA C. M., *La proprietà*, in *Diritto Civile*, VI, Milano, 1999.
- BIANCA C. M., *La norma giuridica – I soggetti*, in *Diritto Civile*, IV, Milano, 2000.
- BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996.

BIANCA M., *Il nuovo art. 2645ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, 186 ss., nota a Trib. Trieste, 7 aprile 2006.

BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 36 ss.

BIANCA M., voce *Vincoli di destinazione del patrimonio* in *Enc. Giur. Treccani*, Sez. Agg., XV, Roma, 2006, 1 ss.

BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 200 ss.

BIANCHI F., *Trattato delle servitù legali nel diritto civile italiano*, Lanciano, 1888.

BIGLIAZZI-GERI L., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1979.

BIGLIAZZI-GERI L., *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1984.

BIGLIAZZI GERI L. - BRECCIA U. - BUSNELLI F.D. - NATOLI U., *Diritto civile, II, Diritti reali*, Torino, 1988.

BIONDI B., *Limiti legali della proprietà, servitù, oneri reali, obbligazioni «propter rem»*, in rapporto all'art. 913 cod. civile, nota a Trib. Melfi, 6 febbraio 1950, in *Foro it.*, 1950, I, 616.

BIONDI B., *Servitù reciproche, servitù "in faciendo", oneri reali e obbligazioni "propter rem"*, in *Giur. It.*, pt. I, sez. I, 1952, nota a Cass., 18 gennaio 1951, n. 141.

BIONDI B., *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, nota a Trib. Firenze, 29 dicembre 1951, in *Foro Padano*, 1953, II, 341 ss.

BIONDI B., *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (diretto da), Milano, 1967.

BONFANTE P., *Servitù e obbligazioni*, in *Riv. Dir. comm.*, 1918, 485 ss.

BONFIGLIO G., *Le obbligazioni a soggetti indeterminati, II, I titoli di credito*, Catania, 1924.

BONOMONTE C., *Obbligazioni «propter rem» e obbligazioni personali*, in *Giur. it.*, 1987, I, 2.

BOVE L., voce *Canone (diritto romano)*, in *Noviss. Dig.*, II, Torino, 1969.

BOZZI A., voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1140 ss.

BRANCA G., *Comunione – Condominio negli edifici*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, 6^a, Bologna-Roma, 1982.

BRANCA G., *Servitù prediali*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987.

BRECCIA U., *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), IX, Torino, 1984.

BRECCIA U., *Le Obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), Milano, 1991.

BRECCIA U., *Causa*, in *Trattato di Diritto Privato*, M. BESSONE (diretto da), XIII, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999.

BROGGINI G., *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 409 ss.

BUCCISANO O., voce *Invenzione (dir. privato)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972.

BUCCISANO O., *Profili dell'universitas*, in *Scritti in onore di Pugliatti*, I, Milano, 1978.

BURDESE A., voce *Servitù prediali (diritto vigente)*, in *Noviss. Digesto*, XVII, Torino, 1970.

BURDESE A., voce *Servitù coattive*, in *Noviss. Dig. (disc. Privatistiche)*, XVII, Torino, 1970.

BURDESE A., *Considerazioni in tema di diritti reali. (A proposito di una recente monografia)*, in *Riv. dir. civile*, XXIII, pt. II, 1977.

BURDESE A., *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, II, 236.

BUSNELLI F. D., *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974.

BUSNELLI F. D., *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in L. BIGLIAZZI GERI - F. D. BUSNELLI - R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti (Art. 2900-2969)*, in *Commentario UTET del Codice Civile*; VI, 4, Torino, 1980.

CALVO R., *I vincoli condominiali*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, R. CALVO - A. CIATTI (a cura di), sez. V., Torino, 2014.

CALVO R., *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, R. CALVO - A. CIATTI (a cura di), sez. V., Torino, 2014.

CAMPANILE T. - CRIVELLARI F. - GENGHINI L., *Diritti reali*, in *Manuali notarili*, L. GENGHINI (a cura di), V, Padova, 2011.

CAPOLUNGO F., *Sulla presunta natura 'ob rem' dell'obbligazione risarcitoria posta a carico dei singoli condomini per danni cagionati dall'omessa manutenzione delle parti*

comuni dell'edificio, nota a Trib. Milano, 11 febbraio 1999, in *Resp. Civ. e prev.*, 2000, 748.

CARBONE V., *Legittimazione ad impugnare dei condomini*, nota a Cass., 16 maggio 2011, n. 10717, in *Corriere giur.*, 2011, 909.

CARBONE V., *Vendita di immobili e lavori di straordinaria amministrazione*, nota a Cass., 3 dicembre 2010, n. 24654, in *Corr. giur.*, 2013, 1175.

CARIOTA-FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, (s.d.).

CARNEVALE C., *Appunti in margine alle obbligazioni reali*, in *Dir. e giust.*, 1955, 299 ss.

CASELLI G., *Note sul servitù e tipicità delle obbligazioni reali*, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1989, II, 175.

CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1323 ss.

CASTRONOVO C., *Il trust e "sostiene" Lupoi*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 441 ss.

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

CATERINI E., *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998.

CATTANEO G., *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, Milano, 1988.

CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010.

CEOLIN M., *Il punto sull'art. 2645ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, 358 ss.

CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.

CHIANALE A., voce *Obbligazione*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XII, Torino, 1995.

CHIANALE A., voce *Pubblicità immobiliare*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 126 ss.

CICERO C., *Confusione*, in *Il codice civile. Commentario P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da)*, Milano, 2012.

CICU A., *L'ipoteca*, Bologna, 1928.

CICU A., *Servitù prediali*, Bologna, 1931.

COLASURDO A., *In tema di obbligazioni 'propter rem' e di oneri reali*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 430.

COMPORTE M., *Le servitù prediali*, in *Tratt. Rescigno*, VIII, 2, Torino, 1982.

COMPORATI M., *Il regolamento di condominio c.d. contrattuale. Il mandato per la sua redazione*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II, *Aspetti civilistici*, Milano, 1986.

COMPORATI M., *Note in tema di multiproprietà e di numero chiuso dei diritti reali*, in *Scritti per Mario Delle Piane*, Napoli, 1986.

COMPORATI M., voce *Diritti reali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989.

COMPORATI M., *La comunione*, in *Istituzioni di diritto privato*, M. BESSONE (a cura di), Torino, 1998.

COMPORATI M., *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *Studi in onore di Bianca*, Milano, 2006, II.

COMPORATI M., *I diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), P. SCHLESINGER (diretto da), 2^a, Milano, 2011.

CONFORTINI M., voce *Vincoli di destinazione*, in *Dizionario del diritto privato*, N. IRTI (a cura di), I, Milano, 871 ss.

CONTI O., voce *Oneri reali*, in *Enc. forense*, V, Milano, 1958.

COSTANTINO M., *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967.

COSTANZA M., *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, I, 1980, 423 ss.

COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981.

COSTANZA M., *Oneri reali e adeguatezza del corrispettivo*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1500.

D'AMICO M., *Variante alla facciata dell'edificio: limiti ed inderogabilità del regolamento condominiale*, nota a Cass., 27 maggio 2011, n. 11859, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 25.

DEIANA G., voce *Abbandono ('derelictio') (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958.

DE LUCA A., *Gli oneri reali (e le obbligazioni ob rem)*, Roma, 1915.

DE MARTINO F., *Beni in generale – Proprietà*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976.

DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

DE NOVA G., *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. Dir. agr.*, 1979, 509 ss.

DE NOVA G., *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 162 ss.

DE PAOLA G. - DE PAOLA F., voce *Il regolamento di condominio*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 2003.

DE TILLA M., *Sul distacco dell'impianto di riscaldamento, nota a Cass. 12 novembre 1997, n. 11152*, in *Riv. Giur. ediliz.*, 1998, II, 314.

DE TILLA M., *Sulle limitazioni del regolamento contrattuale di condominio: servitù prediali ed oneri reali*, nota a Cass., 15 aprile 1999, n. 3749, in *Giust. civ.*, 2000, I, 163.

DI SABATO D., *L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione*, Napoli, 2003.

DI GIANDOMENICO G., *Le rendite in generale*, in G. DI GIANDOMENICO - D. RICCIO, *I contratti speciali: I contratti aleatori*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), XIV, Torino, 2005.

DI FILIPPO A. - VIGNALE M., *La responsabilità patrimoniale – Privilegi – Pegno*, Roma, 1966.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale, Artt. 1173-1176*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1988.

DI MAJO A., voce *Obbligazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

DI MAJO A.- FRANCARIO L., *Proprietà e autonomia contrattuale*, Milano, 1990.

DI MARTINO G., *Obbligazione propter rem e condominio*, nota a Cass., 1 aprile 2003, n. 4905, in *Giur. it.*, 2004, 981.

DISTASO N., *Diritto reale, servitù e obbligazione propter rem*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 437 ss.

DOSSETTO M., voce *Comunione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959.

FALZEA A., *Riflessioni preliminari*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, M. Bianca (a cura di), Milano, 2007, 5 ss.

FAVARA E., voce *Abbandono del fondo*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1, Torino, 1958.

FAVARA E., voce *Enfiteusi*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1964.

FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921.

FERRI G. B., voce *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 901 ss.

FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

FERRI L. - D'ORAZI-FLAVONI M. - ZANELLI P., *Trascrizione (Art. 2643.2696)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, F. GALGANO (a cura di), Bologna – Roma, 1995

FRAGALI M., *La comunione*, in *La comunione in generale, la comunione edilizia, le altre comunioni speciali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1983.

FRANCESCHELLI R., *Il "Trust" nel diritto inglese*, Padova, 1935.

FRANCESCHETTI P. - MARASCA M., *Le obbligazioni*, Milano, 2008.

FUNAIOLI C. A., *Oneri reali e obbligazioni propter rem: a proposito della distinzione fra diritti di credito e diritti reali*, in *Giust. civ.*, 1953.

FUNAIOLI C. A., voce *Divieto di alienazione (dir. privato)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 401 ss.

FUSARO A., *Vincoli temporanei di destinazione e pubblicità immobiliare*, in *Contratto e impr.*, 1993, 815 ss.

FUSARO A., voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Digesto sez. civ.*, IV, Torino, 1990, 322 ss.

FUSARO A., voce *Obbligazione «propter rem» ed oneri reali*, in *Digesto sez. civ.*, XII, Torino, 1995.

FUSARO A., *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2000, 439.

GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974.

GABRIELLI G., *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contratto e impr.*, 1989, 807 ss.

GABRIELLI G., *Dottrina e problemi del notariato. Argomenti e attualità*, in *Riv. Notariato*, 2006, 6.

GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. Dir. civ.*, 2007, I, 321 ss.

GALGANO F., *Diritto Privato*, 2^a, Padova, 1983.

GALGANO F., *Diritto Privato*, Padova, 2008.

GALGANO F., *Trattato di diritto privato*, I, Padova, 2010.

GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in *Trattato di diritto civile*, R. SACCO (diretto da), Torino, 2008.

GAMBARO A., *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975.

GAMBARO A., *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, 93 ss.

GAMBARO A., *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), Milano, 1990.

GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1995.

GAMBARO A., *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in AA.VV., *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI (a cura di), Milano, 1996.

GAMBARO A., *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in *Clausole e Principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, L. CABELLA-PISU - C. NANNI (a cura di), Padova, 1998.

GAMBARO A., voce *Trusts*, in *Digesto sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 449 ss.

GAMBARO A., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II, 919 ss.

GAMBARO A., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, *ivi*, 2002, 257 ss.

GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trust*, 2007, 169 ss.

GANDOLFI G., *Proprietà immobiliare e obblighi di contenuto positivo nell'area germanica e franco-italiana*, Pavia-Milano, 1979.

GANDOLFI G., voce *Onere reale*, in *ED*, XXX, Milano, 1980.

GATT L., *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2010, 2^a.

GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. Dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.

GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1991.

GAZZONI F., «*Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*», in *Riv. Not.*, 2001, 11 ss.

GAZZONI F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta sul trust e su altre bagattelle)*, *ivi*, 2001, 1247 ss.

GAZZONI F., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, *ivi*, 2002, 1107 ss.

GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 165 ss.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 15^a, Napoli, 2011.

GENTILE F. S., voce *Trascrizione*, in *Noviss. Dig.*, XIX, Torino, 1973, 512 ss.

GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass., dir. civ.*, 2007, 1 ss.

GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance (élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux)*, Parigi, 1960.

GIORGIANNI M., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940.

GIORGIANNI M., voce *Diritti reali (Diritto Civile)*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1960.

GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 557 ss.

GIORGIANNI M., *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968.

GIUFFRÈ V., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del "numero chiuso"*, Napoli, 1992.

GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. Dir. comm.*, 1936, I, 345 ss.

GRASSETTI C., *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 1936.

GRECO G., *Considerazioni sulla natura giuridica dei contributi dovuti ai consorzi di bonifica*, nota a Trib. Reggio C., 10 gennaio 1964, in *Giur. It.*, 1965, I, 2, 450.

GRETTON G.L., *Trusts without Equity*, in *The international & comparative law quarterly*, 2000, 3, 599 ss.

GRETTON G. L., *Ownership and its object*, in *RabelsZ*, 2007, 802 ss.

GROSSO G. - DEIANA G., *Le servitù prediali*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, AA.VV., F. VASSALLI (diretto da), V, 1, 3^a, Torino, 1963.

GROSSO G., *Servitù e obbligazione propter rem*, in *Riv. Dir. Comm.*, Vol. XXXVII, I, 1939, 213 ss.

GROSSO G., *Tipicità delle obbligazioni propter rem*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, I, 251 ss.

GROSSO G., *Ancora sulle servitù reciproche e sulla tipicità delle obbligazioni 'propter rem'*, in *Foro pad.*, 1954, I, 910.

GUERINI A., *Le obbligazioni propter rem*, in *Le obbligazioni*, I, 2, *Le obbligazioni in generale (1173-1320 c.c.)*, M. Franzoni (a cura di), Torino, 2004.

GUERINONI E., *Servitù prediali*, in *Diritti reali parziari*, in *Trattato dei diritti reali*, A. GAMBARO - U. MORELLO (diretto da), II, Milano, 2011.

HEFTI P., *Trusts and their treatment in the Civil Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1956, 562.

HELLER M. A., *The tragedy of Anticommons: Property in Transition from Marx to Markets*, 11 *Harvard Law Review*, 1998, 621 ss.

IANNARELLI A., “Proprietà”, “immateriale”, “atipicità”; i nuovi scenari di tutela, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, G. Resta (a cura di), Torino, 2011.

IANNELLI A., *La nuova enfiteusi*, Napoli, 1975.

LAMBRINI P., *La novazione. Lineamenti romanistici e dottrine attuali*, Padova, 2006.

LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994.

LA PORTA U., *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in Aa. Vv., *Il Trust nell’ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2002.

LA PORTA U., *La destinazione dei beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell’art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. Not.*, 2007, I, 1069 ss.

LA PORTA U., *L’atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell’art. 2645ter cod. civ.*, in Aa.Vv., *Atti di destinazione e trust (Art. 2645ter del codice civile)*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2008, 81 ss.

LIPARI N., *Fiducia statica e trusts*, in Aa.Vv., *I trusts in Italia oggi*, I. Beneventi (a cura di), Milano, 1996.

LOIACONO M., *Servitù di non concorrenza*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1952, 232 ss.

LUMINOSO A., *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972.

LUPO COSTI M., «Un caso di obbligazione “propter rem”?», nota a Cass., 7 settembre 1978, n. 4045, in *Foro it.*, 1979, I, 724.

LUPOI M., *Riflessioni comparatistiche sui Trusts*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 425 ss.

LUPOI M., *Trusts*, Milano, 2001, 2^a.

LUPOI M., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, 1159 ss.

LUPOI M., *Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645-ter quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, 467 ss.

LUPOI M., *Trust and confidence, Part I*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2009, 287 ss.

LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova 2011, 2^a.

LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Milano-Padova, 2016, 3^a.

MACRÌ A., *Fondo patrimoniale*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975.

MAIORCA C., *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, M. D'AMELIO (diretto da), Firenze, 1943.

MAITLAND F.W., *Equity*, Cambridge University Press, 1936, 2^a.

MANES P., *La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e Impr.*, 2006, 626 ss.

MANNA L., *Le obbligazioni propter rem*, in *Il Giurista Europeo*, L. GAROFALO - M. TALAMANCA (collana diretta da), Padova, 2007.

MANNA L., *Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, in *Trattato delle obbligazioni*, L. GAROFALO (diretto da), *La struttura e l'adempimento*, II, L. GAROFALO (a cura di), Padova, 2014.

MARICONDA V., *La trascrizione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, XIX, 2, 1985.

MARICONDA V., *Vincoli alla proprietà e termini di durata*, in *Corr. giur.*, 1987.

MASI A., *Riflessioni sull'onere reale nel Codice dell'ambiente*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 342-2009/C, in *Studi e materiali*, 2/2010, Milano, 2010.

MASSA T., *Di presupposizione, oneri reali e corrispettivi*, in *Foro it.*, 1987, I, 1, 2180.

MATANO E., *I profili di assolutezza del vincolo di destinazione: uno spunto ricostruttivo delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Not.*, 2007, 373 ss.

MENGONI L., *Gli acquisti «a non domino»*, 3^a, Milano, 1994.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, II, pt. 2^a, ed. 8^a, Milano, 1951.

MESSINEO F., *Note sulla rinuncia del fondo servente a scopo liberatorio*, in *Studi in onore di A. Scaloja*, III, Bologna, 1953.

MESSINETTI D., *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970.

MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, in AA.VV., *Atti di destinazione e trust (2645ter del codice civile)*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2008, 219 ss.

MEUCCI S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009.

MEZZANOTTE F., *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza. Numerus clausus autonomia privata e diritti sui beni*, Napoli, 2015.

MICHELI G. A., *Dell'esecuzione forzata*, in *Tutela dei diritti (Art. 2910-2969)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2^a, Bologna – Roma, 1964.

MICHELMAN F., *Ethics, Economics and the Law of Property*, 24 *Nomos*, 1982, 6

- MONEGAT M., *Condominio: venditore e acquirente: chi è tenuto a pagare le spese condominiali? Nota a Cass. 11 novembre 2011, n. 23682*, in *Immobili e propr.*, 2012, 52 ss.
- MONTANARI F., *Ancora sulla 'natura tributaria' dei contributi consortili*, nota a Cass., 26 marzo 2002, n. 4337, *Riv. Dir. trib.*, 2002, 7-8, 496.
- MONTECCHIARI T., *La responsabilità patrimoniale dei coniugi in comunione legale e i contratti bancari di impiego*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 1996.
- MORELLO U., *Diritti di godimento a tempo parziale su immobili: le linee guida di una nuova disciplina*, in *I contratti*, 1999, 57 ss.
- MORELLO U., *Tipicità e numero chiuso diritti reali*, in A. GAMBARO - U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008.
- NATALI A. I.- NATALI L. C., *Obbligatorietà del regolamento condominiale contrattuale*, nota a Cass., 3 luglio 2003, n. 10523, in *Contratti*, 2004, 31 ss.
- NATOLI U., *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 c.c.*, Milano, 1950.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1962.
- NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, 2^a, Milano, 1976.
- NATOLI U., *Il possesso*, I, Milano, 1992.
- NATOLI U., *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile UTET*, P. CENDON (diretto da), VI, 1, Torino, 1997.
- NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali*, 2^a, Padova, 1988.
- NATUCCI A., *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), VII, 2, Torino, 2001.
- NATUCCI A., *Le servitù*, in P. GALLO - A. NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), VII, 2, Torino, 2002.
- NATUCCI A., *Numerus clausus e analisi economica del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 319 ss.
- NICOLÒ R., *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Commentario del cod. civ.*, M. D'AMELIO (diretto da), *Libro della Proprietà*, art. 168-215, Firenze, 1942.
- NICOLÒ R., voce *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 904 ss.
- NICOLÒ R., *La trascrizione*, I, Milano, 1973.
- NOCERA I. L., *Effetti della rinuncia della quota del bene in comunione ordinaria: negozio abdicativo causalmente autonomo o donazione indiretta?*, nota a Cass., 9 novembre 2009, n. 23691, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 6, 579.

NUZZO M., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in Aa. Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, M. BIANCA (a cura di), Milano, 2007 cit., 66 ss.

OBERTO G., *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. Civ.*, 1988, II, 202 ss.

OBERTO G., *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, I, 201 ss.

ORLANDO CASCIO S., voce *Enfiteusi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 924 ss.

PALAZZO A., voce *Comunione*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. civ.*, III, Torino, 1998.

PALAZZOLO S., *Servitù (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1992, XXIII.

PALERMO G., *Distruzione di argini per eventi naturali e ripartizione di spese*, nota a Cass., 24 ottobre 1969, n. 3493, in *Giur. agr. it.*, 1971, II, 337.

PALERMO G., *Sulla riconducibilità del “trust interno” alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 ss.

PALERMO G., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. Dir. comm.*, 2001, I, 391 ss.

PALERMO G., *Nemini res sua servit (servitù e vincoli atipici)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 335 ss.

PARADISO M., *L'accessione al suolo. Artt. 934-938*, in *Il codice civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1994.

PARENTE F., *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981.

PARISI F., *Entropy in Property*, 50 *Am. J Comp. L.*, 2002, 595 ss.

PATTI S., *Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*, Milano, 2005.

PELLEGRINO G., *La soluzione sbagliata di un problema giusto: la sentenza Cassazione, sezioni unite, 8 aprile 2008, n. 9148*, nota a Cass., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148, in *Giur. it.*, 2009, 347.

PELOSI A. C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1974.

PERETTI-GRIVA D.R., *Il condominio delle case divise in parti*, Torino, 1960, 266.

PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, II, 161 ss.

PETRELLI G., *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, Napoli, 2009.

PETRELLI G., *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. Dir. civ.*, 2009, 689 ss.

PETRELLI G., *Trust interno, art. 2645ter c.c. e “trust italiano”*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, I, 167 ss.

PICCOLI P., *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Not.*, 1995, 37 ss.

POLETTI D., *Il rapporto obbligatorio*, Aa. Vv., in *Diritto privato*, I, Torino, 2003.

PROTO N., *Regolamento di condominio e limitazione della proprietà: il punto su dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. Not.*, 1986, 662.

PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1947, 13 ss.

PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

PUGLIATTI S., *La definizione di proprietà nel nuovo codice civile*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

PUGLIATTI S., *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1989.

PUGLIESE G., voce *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

PUGLIESE G., voce *Usufrutto (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1975.

QUARANTA A., *Beni e proprietà in generale, Commentario teorico-pratico al cod. civ.*, V. DE MARTINO (diretto da), Roma, 1970.

QUADRI R., *La destinazione patrimoniale – Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004.

QUADRI R., *L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e impr.*, 2006, 1717 ss.

QUADRI R., *Attribuzione in funzione di destinazione*, in AA.VV., *Atti di destinazione e trust (Art. 2645ter del codice civile)*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2008, 315 ss.

RESCIGNO P., *Proprietà, diritto reale e credito*, in *Jus*, 1965, 480.

RESCIGNO P., *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. Dir. civ.*, 1972, I, 1 ss.

- RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. del diritto*, XXIX, Milano, 1979.
- RESCIGNO P., voce *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. del diritto*, XXXVII, Milano, 1988.
- RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1993
- RINALDO M., voce *Obbligazione propter rem e onere reale*, in *Digesto sez. civ.*, Sez. Agg., Torino, 2013, 413.
- RISSO L.F. - MURITANO D., *Il trust: diritto interno e Convenzione dell'Aja. Il ruolo del notaio*, in S. BARTOLI - M. GRAZIADEI - D. MURITANO - L.F. RISSO, *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2007.
- RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990.
- ROLFI F., *Sulla tipicità delle obbligazioni propter rem*, in *Corr. giur.*, 1997, 5, 562, nota a Cass., 2 gennaio 1997, n. 8.
- ROMANO F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967.
- ROMANO S., *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. Trim. proc. Civ.*, 1955, 1009 ss.
- ROMEO C., *Obbligazioni 'propter rem'*, in *Trattato dei diritti reali*, A. GAMBARO - U. MORELLO (diretto da), II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011.
- ROSSI S., *Ancora sulla natura del vincolo di destinazione posto dall'art. 18, L. 6 agosto 1967, n. 765*, in *Giur. di merito*, 1999, I, 146.
- ROTA G., *Cessione dell'immobile e ripartizione delle spese condominiali*, in *Immobili e propr.*, 2009, 80 ss.
- SACCO R., *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU - F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), Milano, 1988.
- SACCO R., in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3^a, Torino, 2004, 620 ss.
- SALVATORE V., *Il Trust, Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1998.
- SANGIORGI S., *Regolamento contrattuale e diritti reali*, Milano, 1974.
- SANTORO L., *Il trust in Italia*, Milano, 2009.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2012.
- SALCIARINI L., *Il distacco unilaterale dell'impianto di riscaldamento: tra clausola di divieto e risparmio energetico*, nota a Cass., 29 settembre 2011, n. 19893, in *Immobili e propr.*, 2011, 802.

SATURNO A., *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e contemporaneo*, Napoli, 1999, 131 ss.

SCARAMUZZINO F. M., *Il numero chiuso*, in *Trattato di diritto immobiliare*, G. VISINTINI (diretto da), II, *I diritti reali limitati e la circolazione degli immobili*, Padova, 2013.

SCOZZAFAVA O.T., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982.

SMITH T. B., *The Law of Tracing*, Clarendon Press (Oxford), 1997.

SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in AA. VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata – Atti del convegno*, Fondazione Italiana per il Notariato, *Il Sole 24 ore*, 2007, 121 ss.

STEFINI U., *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007.

STEFINI U., *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo art. 2645-ter*, in *Giur. it.*, 2008, 1823 ss.

STEFINI U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2^a, 2010.

STEFINI U., *Contratti costitutivi di servitù*, in V. ROPPO (diretto da), *Cessione e uso di beni*, in *Trattato dei contratti*, Milano, 2014.

TERRANOVA G. C., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Artt. 1467-1469, in *Il codice civile. Commentario* P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1995.

TERZAGO G. - TERZAGO P., *I rapporti di buon vicinato*², Milano, 2000.

THOMAS G. - HUDSON A., *The Law of Trusts*, Oxford University Press, 2010, 2^a.

THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it, Padova, 1951.

TORDIGLIONE R., *Rinuncia all'usufrutto e donazione indiretta*, nota a Cass., 13 dicembre 1997, n. 13117, in *Notariato*, 1998, 5, 407.

TORRENTE A., *Servitù ed oneri reali*, in *Giur. Cass. civ.*, 1946, II, 1, 471 ss.

TORRENTE A. - SCHELSINGER P., *Manuale di diritto privato*, F. ANELLI - C. GRANELLI (a cura di), 21^a, Milano, 2015.

TRAPANI G., *Onere reale e certificato di destinazione urbanistica nel Codice dell'ambiente*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 108-2010/C, in *Studi e materiali*, Milano, 2010.

TRIFONE R., voce *Censi*, in *Noviss. Dig.*, III, Torino, 1959.

TRIFONE R., voce *Oneri reali (storia del diritto)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965.

TRIOLA R., *Sulla natura giuridica della limitazione dei poteri dei condomini disposta dal regolamento contrattuale, osservazioni a Cass., 5 settembre 2000, n. 11684*, nota a Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1314.

TRIOLA R., *Osservazioni in tema di spese necessarie alla conservazione della cosa comune*, nota a Cass., 27 agosto 2002, n. 12568, in *Giust. civ.*, 2003, 363.

TRIOLA R., *In tema di consorzi di urbanizzazione*, nota a Cass., 21 marzo 2003, n. 4125, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2825.

TRIOLA R., *Le servitù*, in *Il codice civile. Commentario* P. SCHLESINGER (fondato da), F. D. BUSNELLI (diretto da), Milano, 2008.

TRIOLA R., *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), IX. 3^a, Torino, 2012.

TUCCI G., *Fiducie, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2949 ss.

TURCO C., *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011.

UNDERHILL A. - HAYTON D.J., *Law of Trusts and Trustees*, LexisNexis Butterworths (Londra), 2007, 17^a.

VALAS G., *Il trustee: funzioni, obblighi e poteri*, in M. MONEGAT - G. LEPORE - I. VALAS, *Trust: aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, Torino, 2010.

VENEZIAN G., *La causa del contratto. Opere giuridiche. Studi sulle obbligazioni*, I, Roma, 1919.

VENEZIAN G., *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, I, 2^a, Napoli-Torino, 1931.

VETTORI G., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988

VETTORI G., *I contratti ad effetti reali*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), XIII, V, Torino, 2002.

VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645ter*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, 775 ss.

VETTORI G., *Circolazione dei beni ed ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. priv.*, 2008, 2, 980.

VETTORI G., *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645ter*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, M. BIANCA (a cura di), Milano, 2007, 176 ss.

VETTORI G., *Atti di destinazione e trust, Art. 2645-ter del codice civile*, Padova, 2008.

VICARI A., Constructive trust: *diritto o rimedio?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, p. 222 ss.

VISINITINI G., *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Il codice civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 2006.

VITUCCI P., *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Riv. Dir. agr.*, 1972, 855 ss.

VITUCCI P., *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974.

VITUCCI P., voce *Servitù prediali*, in *Digesto sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998.

ZINNO M., *Apparenza e obbligazioni 'propter rem'*. Nota a Cass. 12 gennaio 2011, n. 574, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 627.

ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 570 ss.

ZOPPINI A., *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie*, in AA. VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, M. BIANCA (a cura di), Milano, 2007, 100 ss.

ZOPPINI A., *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. Dir. priv.*, 2007, 721 ss.

WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, trad. it., con note di C. FADDA - P. E. BENZA, Vol. I, Pt. I, Torino, 1902.