

Consiglio dell'ordine degli Avvocati ROMA



Avv. Costanza Acciai

IL PERCORSO



LEGGERE ATTENTAMENTE IL TESTO

Tizio aveva stipulato con Caio il 26.7.1996 un contratto in virtù del quale le parti, attribuitesi in proprietà esclusiva le porzioni comuni di duna villetta bifamiliare edificata su terreno comune e sita in Civitella, lasciando sussistere la comunione per il residuo, con lo stesso contratto le parti avevano convenuto il divieto di realizzare nuove unità abitative sulle porzioni di portico assegnate rispettivamente in proprietà esclusiva.

Nel marzo 2005 le parti si erano verbalmente accordate nel senso di consentirsi reciprocamente la chiusura del porticato al fine di creare due nuovi vani da adibire a garage in rispettiva proprietà ed entrambi sottoscrivevano il progetto e una domanda congiunta intesa a richiedere la concessione edilizia per la realizzazione delle opere necessarie.

Caio aveva però realizzato nello spazio di sua proprietà un monolocale abitativo che aveva successivamente condonato e concesso a terzi in locazione.

Tizio aveva reclamato il rispetto dell'accordo 1996 che vietava di adibire il portico ad unità abitativa ma Caio aveva replicato tramite il proprio legale che il successivo accordo del 1987 consacrato dalla domanda congiunta di concessione edilizia aveva posto nel nulla la precedente pattuizione.

Tizio si rivolge al Vostro studio richiedendo parere sull'opportunità di intraprendere azione legale a tutela dei propri diritti.

EVIDENZIARE GLI ELEMENTI RILEVANTI

Divieto di edificare nel portico

Accordo successivo per edificare

Natura diversa dell'opera assentita

Sottoscrizione congiunta del documento che attesta la mutata volontà

Possibilità amministrativa del mutamento di destinazione d'uso

Destinazione d'uso oggetto della pattuizione originaria
Interpretazione degli accordi

PORSI LE DOMANDE:

L'accordo del 1996 costituisce un obbligo reciproco?

L'accordo del 1996 costituisce una servitù?

Di che tipo di servitù si tratta?

Le parti possono stabilire un particolare divieto di destinazione d'uso?

L'accordo del 2005 modifica l'originaria volontà?

La modifica parzialmente o integralmente?

FINALIZZARE LA RICERCA ALLE RISPOSTE

L'accordo del 1996 costituisce un obbligo reciproco?

L'onere reale consiste in un peso che è dovuto dal titolare di un fondo e di solito consiste in una prestazione periodica. È quindi un onere che grava su di lui, ed è come se gli si dicesse: vuoi godere dell'enfiteusi, allora paga il canone, vuoi che la tua cosa sia curata, allora paga l'imposta per fare in modo che si disponga dei soldi necessari; si tratta, quindi, sempre di un'attività positiva, di dare o fare. Il titolare non è tenuto oltre il valore del fondo, non si tratta, allora, di obbligazione, poiché non risulta applicabile la regola dell'art. 2740 c.c.

Nella obbligazione propter rem il collegamento con il bene serve solo ad individuare il debitore; l'obbligazione non nasce, di regola, perché il debitore è nel solo godimento di un bene e quindi deve dare "qualcosa in cambio", ma perché la relazione con la cosa obbliga il proprietario a eseguire una prestazione dal contenuto più vario che può consistere anche in un non fare. Si tratta di vera obbligazione perché si applica la regola dell'art. 2740 c.c. .

In comune le due figure hanno:

- il necessario rapporto con la cosa;
- la sussistenza dell'obbligazione o dell'onere anche se sono sorti prima dell'acquisto del diritto;
- sono possibili solo in casi previsti dalla legge.

Cass. Civ. 20.7.09 n. 16832

I regolamenti contrattuali condominiali possono contenere limitazioni e divieti d'uso e di destinazione dei beni di proprietà esclusiva, sempre che siano espressi in modo non equivoco

Le restrizioni alle facoltà inerenti alla proprietà esclusiva contenute nel regolamento di condominio di natura contrattuale devono essere formulate in modo espresso o comunque non equivoco in modo da non lasciare alcun margine di incertezza sul contenuto e la portata delle relative disposizioni. Trattandosi di materia che attiene alla compressione di facoltà normalmente inerenti alle proprietà esclusive dei singoli condomini, i divieti e i limiti devono risultare da espressioni incontrovertibilmente rivelatrici di un intento chiaro, non suscettibile di dar luogo a incertezze e non possono quindi dar luogo ad un'interpretazione estensiva delle relative norme".

Ma nella fattispecie si può parlare di condominio?

Certamente no, si tratta di un contratto che regola un rapporto giuridico di carattere patrimoniale

Quale diritto regola il contratto?

Il contratto intende regolare la limitazione allo *jus aedificandi* di cui ciascuno dei due proprietari esclusivi gode

L'accordo del 1996 costituisce una servitù?

Art. 1027. Contenuto del diritto

La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario.

Ma le servitù sono o non un numero chiuso?

Cass. civ., Sez. II, 27/07/2006, n. 17121

Le servitù prediali volontarie non costituiscono un "numerus clausus", potendo avere ad oggetto qualsiasi utilità, purché volta a vantaggio del fondo dominante, appartenente a proprietario diverso da quello del fondo servente.

Di che tipo di servitù si tratta?

Classificazione delle servitù

Le servitù vengono normalmente classificate:

- servitù coattive o volontarie: le prime vengono imposte al proprietario di un fondo anche contro la sua volontà, mentre le seconde si originano liberamente su base contrattuale;
- servitù affermative o negative: le prime permettono al proprietario del fondo dominante forme di utilizzazione diretta del fondo servente (servitù di passaggio, di attingere acqua...) e l'obbligo gravante sul proprietario del fondo servente consiste semplicemente in un lasciar fare; le seconde consistono in un obbligo di non fare del proprietario del fondo servente (servitù di non edificare o di sopraelevare...);
- servitù permanenti o temporanee: le prime durano più di nove anni, le seconde ne durano meno;
- servitù continue o discontinue: per l'esercizio delle prime non è necessario il fatto dell'uomo (servitù di non edificare), per le seconde è invece necessario (servitù di attingere acqua) il comportamento attivo del titolare della servitù;
- servitù apparenti o non apparenti, a seconda che esistano o meno opere visibili e permanenti destinate al servizio del fondo dominante.
- servitù tipiche o atipiche, a seconda se il loro contenuto è previsto e regolato dall'ordinamento (come la servitù di passaggio) oppure è determinato in concreto dall'autonomia dei privati nel rispetto dello schema previsto dalla legge.

Nel nostro caso si tratta quindi di una servitù :

- Volontaria (*costituita per contratto*)
- Negativa (*Divieto di edificazione e destinazione*)
- Non apparente (*Non ci sono opere*)
- Continua (*Il proprietario del fondo dominante non può fare*)
- Permanente (*Tendenzialmente dura in perpetuo*)
- Atipica (*non prevista da norme specifiche*)

Le parti possono stabilire un particolare divieto di destinazione d'uso?

Cass. civ., 27/01/1983, n. 747

Il divieto imposto dall'art. 1067 c. c. al proprietario del fondo dominante di fare innovazioni che rendano più gravose le condizioni del fondo servente non impedisce al primo di fare modifiche del proprio fondo non potendosi compromettere o limitare il miglioramento del fondo stesso e la sua destinazione economica, ma ne impone un uso normale; è, pertanto, legittima, in relazione all'esercizio di una servitù di passaggio, l'utilizzazione di un edificio o di un'area fabbricabile nei limiti consentiti dal regolamento edilizio comunale, anche ad uso diverso dall'abitazione, purché il passaggio rimanga riservato ai proprietari del fondo dominante o ai suoi inquilini o dipendenti (con esclusione dell'accesso al pubblico) e non venga esercitata un'attività che, per le sue particolari caratteristiche, rechi aggravio o molestia al fondo servente.

Cass. civ., Sez. II, 08/03/2006, n. 4920

Nell'ipotesi di violazione del divieto contenuto nel regolamento contrattuale di destinare i singoli locali di proprietà esclusiva dell'edificio condominiale a determinati usi (nella specie detenzione di animali), il condominio può richiedere la cessazione della destinazione abusiva sia al conduttore che al proprietario locatore.

Cass. civ., Sez. III, 11/05/2010, n. 11345

L'obbligo del conduttore di osservare nell'uso della cosa locata la diligenza del buon padre di famiglia, a norma dell'art. 1587 n. 1 cod. civ., con il conseguente divieto di effettuare innovazioni che ne mutino la destinazione e la natura, è sempre operante nel corso della locazione, indipendentemente dall'altro obbligo, sancito dall'art. 1590 cod. civ., di restituire, al termine del rapporto, la cosa locata nello stesso stato in cui è stata consegnata, sicché il locatore ha diritto di esigere in ogni tempo l'osservanza dell'obbligazione di cui al citato art. 1587 n. 1 e di agire nei confronti del conduttore inadempiente.

Ritorniamo al codice

Art. 1027. Contenuto del diritto

La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario.

Art. 1028. Nozione dell'utilità

L'utilità può consistere anche nella maggiore comodità o amenità del fondo dominante. Può del pari essere inerente alla destinazione industriale del fondo.

Art. 1031. Costituzione delle servitù

Le servitù prediali possono essere costituite coattivamente o volontariamente. Possono anche essere costituite per usucapione o per destinazione del padre di famiglia.

Art. 1058. Modi di costituzione

Le servitù prediali possono essere costituite per contratto o per testamento.

Le parti hanno costituito una servitù reciproca negativa (servitus non aedificandi) a contenuto limitato alla destinazione d'uso



Cass. civ. Sez. II 14.08.1997 n. 7614

La servitù prediale si distingue dalla obligatio propter rem sotto il profilo della destinazione della connessa utilitas (oggetto di previsione legale o di accordo negoziale), in via diretta ed immediata, al soddisfacimento di legittime esigenze del fondo dominante, a favore del quale viene a costituirsi un diritto habendi, faciendi, prohibendi gravante sul fondo servente nella forma del pati, non facere. Non è, pertanto, incompatibile con l'essenza di realtà del diritto di servitù la previsione di un obbligo, a carico del fondo servente, di non destinazione delle costruzioni ivi erette od erigende ad uno o più usi determinati (nella specie, capannoni adibiti ad uso industriale o commerciale).

Mass. Giur. It., 1997

Cass. civ. Sez. II 05.07.2002 n. 9741

Poichè i modi di costituzione delle servitù sono tipici, nel caso di costituzione negoziale delle servitù, pur non essendo necessario l'uso di formule specifiche, è necessario che risultino senza incertezze o siano determinabili in base a prefigurati elementi oggettivi, gli estremi idonei a dimostrare il reale intento delle parti, quali l'indicazione del fondo dominante e di quello servente, il peso e l'utilità costituenti il contenuto della servitù e la determinazione dell'estensione e delle modalità di esercizio della stessa.

Cass. civ. Sez. II 03.05.1996 n. 4105

Ai fini della costituzione convenzionale di una servitù prediale, ancorchè non sia indispensabile l'uso di formule sacramentali, è necessario che la volontà di costituire la servitù risulti dal contratto in modo chiaro e specifico. Pertanto, è da escludere che la volontà di costituire una servitù di vedute e sporti a favore di un costruendo fabbricato possa desumersi esclusivamente dalla clausola di mero richiamo delle limitazioni e servitù gravanti sul bene compravenduto, non essendo tale richiamo di per sè idoneo a creare nuovi rapporti di natura reale.

Questo per la costituzione; ma per la modifica ?

Cass. civ. Sez. II 26.02.2001 n. 2754

Nel caso in cui venga dedotto un accordo modificativo dell'estensione di una servitù intervenuto successivamente alla costituzione con atto scritto della stessa, il principio generale dettato dall'art. 1058 c.c. in relazione all'art. 1350 n. 4 impone che la servitù non possa essere modificata che da un altro atto scritto.

Cass. civ. 29.04.1965 n. 761

La rinuncia abdicativa di una servitù può validamente effettuarsi mediante un valido negozio unilaterale, e questo non è recettizio. La rinuncia, tuttavia, che deve solo essere manifestata nel mondo esterno perché produca i suoi effetti abdicativi, deve essere fatta per atto pubblico o per scrittura privata (art. 1350, n. 5, c.c.) e, perché sia opponibile a determinati terzi, deve essere trascritta ai sensi dell'art. 2643, n. 5, c.

Cass. civ. Sez. II 09.06.2009 n. 13263

In materia di servitù prediali, ai fini dell'interpretazione dell'art. 1074 cod. civ., la modificazione dello stato dei luoghi, determinante l'impossibilità di fatto di usare della servitù ed il venir meno dell'utilità della medesima, rileva qualunque sia la causa dell'impossibilità di fatto di usare della servitù, sia che essa dipenda da comportamenti attribuibili allo stesso proprietario del fondo servente, sia che essa provenga da fatti posti in essere da un terzo, divenuto soltanto successivamente titolare del fondo servente. (Rigetia, App. Napoli, 11/07/2005)

Cass. civ. Sez. II 12.05.2011 n. 10457

Il requisito della forma scritta stabilito dall'art.1350 n. 5 c.c. per la rinuncia ad una servitù può essere integrato dalla sottoscrizione di atti di tipo diverso non essendo necessarie formule sacramentali o espressioni formali particolari, purché contenenti una chiara ed univoca volontà incompatibile con il mantenimento del predetto diritto reale. Pertanto la rinuncia ad una servitù negativa può essere contenuta nell'istanza di concessione edilizia diretta all'esecuzione di opere che, realizzate determinino il venir meno dell'utilitas da cui dipende l'esistenza della servitù stessa.

E' quindi sul concetto di "utilitas" che si deve concentrare la nostra analisi.....

Cass. civ., Sez. II, 17/05/2010, n. 12035

Il concetto di "utilitas", intesa come elemento costitutivo di una servitù prediale, non può avere riferimento ad elementi soggettivi ed estrinseci relativi all'attività personale svolta dal proprietario del fondo dominante, ma va correttamente ricondotto al solo fondamento obiettivo e "reale" dell'utilità stessa, sia dal lato attivo che da quello passivo, dovendo essa costituire un vantaggio diretto del fondo dominante come mezzo per la migliore utilizzazione di questo. Le servitù volontarie possono avere ad oggetto una qualsiasi utilitas purchè ricavata da un fondo a vantaggio di un altro. Se l'utilitas viene a mutare il titolare del fondo dominante non può mutare l'esercizio del proprio potere perché verrebbe ad esercitare un diritto diverso per cui non ha titolo

App. Napoli, Sez. II, 28/06/2005

Le opere vietate al proprietario del fondo servente dall'art. 1067, comma 2, c.c. sono soltanto quelle che si riflettono, alterandolo, sul contenuto essenziale dell'altrui diritto di servitù, come risultante dal titolo, e che incidano sulla natura e sulla estensione dell'utilitas oggetto di quello stesso diritto, cosicché non comporta diminuzione dell'esercizio di una servitù di passaggio l'esecuzione di opere che, pur riducendo la larghezza dello spazio disponibile, ne delimitino l'estensione entro le minori dimensioni stabilite dal titolo, ovvero in quelle che non comportino una riduzione od una maggior scomodità di esercizio della servitù.

Possiamo ora individuare il nostro quesito centrale.....

RAGIONIAMO:

E' possibile costituire una servitù per contratto formale dal quale risulti inequivoco il contenuto dell'utilitas.

La giurisprudenza non è univoca sul punto concernente la forma necessaria per rinunciare o modificare la servitù, anzi la più recente parla di atti e comportamenti concludenti che incidano sull'utilitas

Si tratta quindi di stabilire se la rinuncia a mantenere aperto uno spazio destinato a portico in luogo del precedente divieto di destinazione per realizzare nello spazio stesso una costruzione di tipo diverso da quella effettivamente realizzata incida e in che modo sull'utilitas che ha indotto le parti a costituire la servitù

**E' QUINDI POSSIBILE FORMULARE IL QUESITO CENTRALE
A BASE DEL PARERE:**

• Nel caso in cui sia stata costituita per contratto una servitù
• reciproca di non edificare, il successivo assenso delle parti
• alla costruzione, ancorchè prestato in un atto a contenuto
• diverso dalla rinunzia o modifica, è idoneo a mutare
• l'utilitas per la quale la servitù è stata costituita
• determinandone l'estinzione?

L'INCIPIT

- × **Possiamo quindi iniziare a lavorare all'esordio del nostro scritto, tenendo presente che esso:**
- × Non è una ripetizione pedissequa della traccia né una sua parafrasi
- × E' rivolto ad evidenziare la vostra comprensione del problema posto dalla traccia
- × **E che:**
- × Gli elementi del caso concreto vanno posti in relazione con i problemi che saranno risolti alla luce dell'analisi che segue
- × Non è di ostacolo alla formulazione dell'incipit nei detti termini la locuzione "premessi brevi cenni", essendo preferibile che i cenni siano funzionali alla chiarezza del parere
- × Nel nostro caso si potrebbe quindi esordire come segue:

La questione di diritto da risolvere per fornire adeguata risposta al quesito posto alla nostra attenzione,

ILLUSTRARE IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

ANALIZZARE IN MODO RAGIONATO LA GIURISPRUDENZA



**PROSPETTARE LE DIVERSE POSSIBILI INTERPRETAZIONI
DANDO CONTO DELLE MOTIVAZIONI DI CIASCUNA, IN
RELAZIONE AL CASO DI SPECIE**

STILARE LE CONCLUSIONI

ATTENZIONE!!

Le conclusioni sono un elemento OBBLIGATORIO per la redazione di un buon parere (o di uno scritto professionale in genere)

Esse rappresentano la vostra personale ASSUNZIONE DI RESPONSABILITA' rispetto alla risposta al quesito che vi viene posto e NON POSSONO ESSERE PRETERMESSE o affidate alla deduzione del vostro interlocutore.

Debbono consistere nella concreta espressione del vostro parere positivo o negativo rispetto alle questioni affrontate, a seguito dell'analisi che le ha precedute.

Evitate di “passare la palla” affidando le conclusioni alla mera pedissequa citazione di una massima di giurisprudenza



RICAPITOLANDO....

1. Abbiamo letto e riletto attentamente la traccia evidenziando quelli che ne appaiono gli elementi qualificanti
2. Attraverso questi elementi abbiamo costruito un complesso di domande volte ad enucleare il quesito centrale del parere.
3. Attraverso la ricerca normativa e giurisprudenziale che fornisce risposta alle singole domande abbiamo individuato ed enunciato il problema centrale
4. Abbiamo iniziato a redigere il parere stilando l'INCIPIT
5. Abbiamo dato conto delle diverse discipline in teoria applicabili
6. Abbiamo dato conto delle diverse interpretazioni possibili
7. Abbiamo stilato le CONCLUSIONI in relazione al caso di specie

**...ABBIAMO REDATTO UN OTTIMO
PARERE!**

FINE