

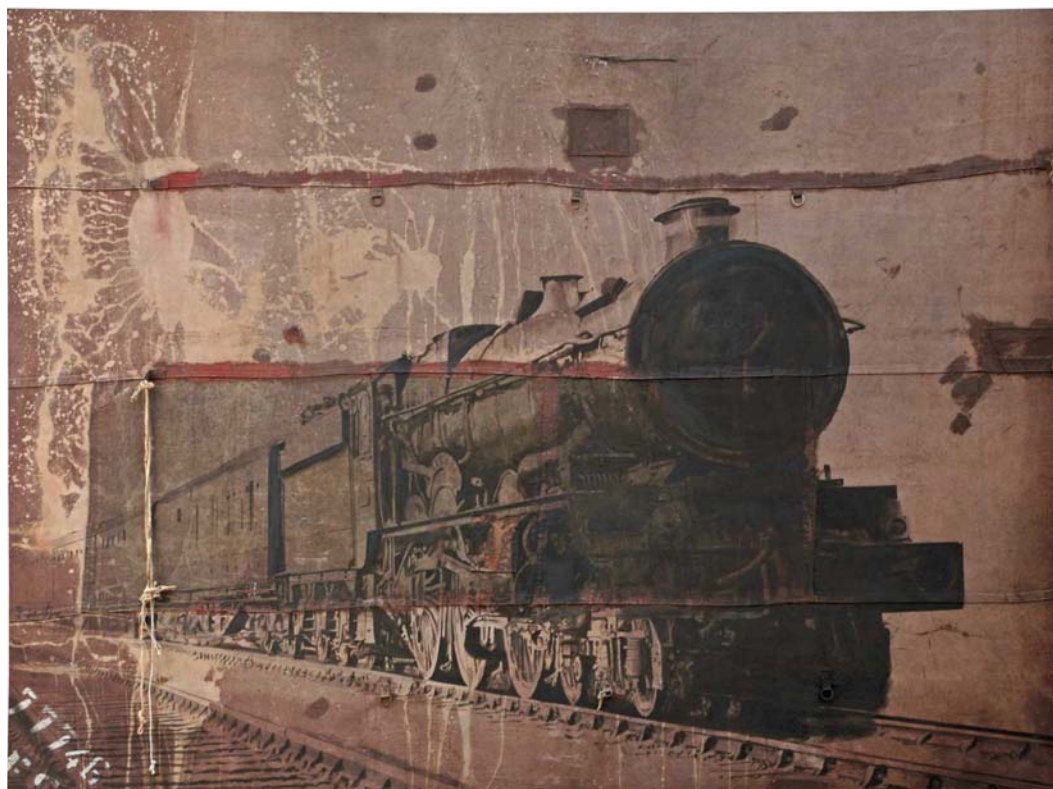
NUMERO 2 - 2014

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

Antonio Jannarelli

LA DISCIPLINA DELLE DISTANZE TRA COSTRUZIONI TRA INTERESSI  
GENERALI "DEBOLI" ED INTERESSI PRIVATI "FORTI"



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

## GUIDO ALPA

*I “principi generali del diritto civile” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* . p.325

## FABRIZIO DI MARZIO

*Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali* . . . . . p.339

## ENRICO DEL PRATO

*Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato* . . . . . p.381

## GIOVANNI DORIA

*Pluralismo e verità della legge* . . . . . p.393

## MARIO LIBERTINI

*Contratto di rete e concorrenza* . . . . . p.405

## MICHELE PERRINO

*La “crisi” delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)* . . . . . p.435

## ANTONIO JANNARELLI

*La disciplina delle distanze tra costruzioni tra interessi generali “deboli” ed interessi privati “forti”* . . . . . p.469

## FABIO PADOVINI

*Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita* . . . . . p.495

## ANDREA FUSARO

*Linee evolutive del diritto successorio europeo* . . . . . p.509

## FEDERICO ROSELLI

*La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi* . . . . . p.565

## ANDREA PANZAROLA

*L'interruzione della prescrizione nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa irrogata da Autorità amministrative indipendenti* . . . . . p.589

*Gli Autori di questo fascicolo* . . . . . p.322

## La disciplina delle distanze tra costruzioni tra interessi generali “deboli” ed interessi privati “forti”

---

La disciplina delle distanze tra gli edifici ha rappresentato da sempre un prezioso punto di osservazione per analizzare il diritto di proprietà. Infatti, la discussione circa la sua derogabilità o la inderogabilità ha riguardato il rapporto tra la tutela degli interessi dei privati e quella degli interessi generali. Attualmente, l’affermata inderogabilità di tutta la disciplina è contraddetta da un indirizzo della giurisprudenza che, nei soli rapporti tra privati, riconosce piena validità giuridica alla situazione *contra legem*, in termini di servitù acquistata per usucapione.

469

*Legal regulation of spaces between buildings focuses an important issue in real property law, since the possibility to introduce exceptions to this rules affects the relationship between private interests and general interests. Actually, the jurisprudence of civil courts introduced a breaking to the principle characterising the whole regulation, according that all these rules are mandatory. Indeed, the Supreme Cort statued that circumstances, otherwise considered contra legem, must be allowed within the limits of private relationships only as predial servitude acquired by usucapio.*

Sommario: 1. La distanza dei tre metri tra le costruzioni e gli interessi dei privati: la lunga tradizione della derogabilità pattizia. – 2. La disciplina delle maggiori distanze nella legislazione urbanistica e nei regolamenti locali e la tutela di interessi generali: la sua riconosciuta inderogabilità. – 3. Un intermezzo. Gli effetti della derogabilità e della inderogabilità della disciplina sulle distanze tra costruzioni: tutela pubblica e tutela reale prevista per i privati. – 4. Inderogabilità di tutta la disciplina sulle distanze tra costruzioni: il riconosciuto primato degli interessi generali. – 5. L'inderogabilità della disciplina: una vittoria di Pirro. L'ammissibilità dell'acquisto per usucapione: una singolare ipotesi di servitù *contra legem* al servizio degli interessi privati.

### 1. - La distanza dei tre metri tra le costruzioni e gli interessi dei privati: la lunga tradizione della derogabilità pattizia.

La disciplina delle distanze tra costruzioni, di recente oggetto della pronuncia della Corte costituzionale 21 maggio 2014, n. 134, continua ad offrire occasioni sia per riflessioni di ordine generale circa il funzionamento del nostro sistema giuridico e l'effettività del diritto, sia per evidenziare, alla luce delle incertezze ed ambiguità interpretative che ancora oggi avvolgono tale disciplina, le consistenti e persistenti resistenze ad una lettura costituzionalmente orientata del diritto di proprietà.

Invero, a dispetto delle pur significative scelte già accolte dalla codificazione civile del 1942 e della successiva collocazione della stessa normativa codicistica, in un sistema giuridico che ha affidato alla Carta costituzionale la fissazione dei principi fondamentali dell'ordinamento, l'approccio ermeneutico a proposito di molte questioni attinenti al diritto di proprietà, con particolare riguardo a quella avente ad oggetto beni immobili, continua a rispecchiare precomprensioni e/o indirizzi ideologici: tutti ancorati sia ad una rigida quanto superata contrapposizione funzionale tra diritto privato e diritto pubblico, sia alla tentazione stessa di identificare il "diritto privato", a partire da quello contenuto nel codice civile, con un "diritto dei privati"<sup>1</sup>. Diritto, questo ultimo, lasciato, come tale, sempre alla piena

---

<sup>1</sup> La critica avverso questa pregiudiziale precomprensione del diritto di proprietà, che, paradossalmente, ha finito con l'ingigantire la sua lettura in termini appunto di "terribile diritto", è stata una costante della riflessione giuridica e della lezione metodologica di Michele Costantino, a partire dal suo *Contributo alla teoria della proprietà* del 1967 sino al suo più recente intervento *Titolarietà giuridica e gestione economica*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Le destinazioni economico-sociali di beni, rapporti, attività. Rilevanza giuridica delle qualità e delle*

disponibilità dei privati, salvi soltanto “i limiti” provenienti da una legislazione, non a caso considerata sempre “interventistica”, indirizzata alla tutela e alla salvaguardia di interessi diversi e superiori e, dunque, destinata, soltanto in via di eccezione, a prevalere su quelli dei privati, sempre che, ovviamente, l’apparato istituzionale chiamato al rispetto della legge sia in grado effettivo di intervenire o intenda farlo <sup>2</sup>.

Questa impostazione è particolarmente evidente non solo nella costante e tuttora prevalente interpretazione dell’art. 872, comma 2, e degli artt. 873 e seguenti del nostro codice civile, cui si collega l’applicazione di un

---

*funzioni*, Bari, 2009, 12. In particolare in questo ultimo saggio Costantino è tornato a censurare severamente l’errore metodologico consistente nell’anteporre all’analisi della disciplina positiva, a partire da quella stessa contenuta nel codice civile, l’assunzione di una nozione astratta di proprietà privata, in termini di libertà individuale senza limiti, propria del modello tutto ideologico e non certo storico dell’individualismo possessivo, sì da perpetuare l’equivoco che «sta nel credere che la nozione richiamata di proprietà consiste in un vuoto in un circolo di norme, sicché ogni regola, qualunque regola, deve (o doveva?) essere intesa come una ‘restrizione’, ‘compressione’, ‘limitazione’ alla proprietà». Su analoga lunghezza d’onda si v., altresì, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritti civile e commerciale*, Milano, 1995, per il quale l’autonomia del proprietario «non si concretizza in una scelta degli atti di godimento, o di disposizione materiale, dei beni totalmente libera poiché l’uso di questi è naturalmente controllato dall’ordinamento, ma in una insindacabilità nell’esercizio dei poteri e delle facoltà che gli competono all’interno degli statuti dei singoli beni». Come dire, dunque, anche a voler oggi limitarsi a prendere in considerazione la sola situazione intervenuta successivamente all’avvento dell’art. 42 Cost., che attualmente tutti gli interventi legislativi incidenti sulla proprietà, sempre che non ablativi, non possono considerarsi come “limiti” alla stessa, bensì come indici che contribuiscono alla sua concreta conformazione giuridica.

<sup>2</sup> È interessante rimarcare che l’inerzia e l’inefficienza della pubblica amministrazione nel reagire alle violazioni della disciplina urbanistica, con l’inevitabile espansione funzionale della tutela affidata ai privati, costituiscono un male antico del nostro paese. La ricerca storica ha evidenziato, infatti, che già nella vigenza del codice del 1865, le spinte giurisprudenziali favorevoli all’applicazione della tutela privatistica in presenza di violazioni di regolamenti urbanistici locali, successivamente consacrata nel codice civile del 1942, rispondeva alla esigenza di «sopperire all’inerzia (più o meno interessata) della pubblica amministrazione» (così M.R. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l’inquinamento ambientale e tutela inibitoria*, Milano, 1997, 67). In questa prospettiva, il recente orientamento giurisprudenziale al centro delle nostre osservazioni critiche (si v. *infra*) costituisce l’esito perverso di quella situazione ormai diventata strutturale nel nostro paese. Infatti, la progressiva perdita di effettività del diritto oggettivo, per via delle crescenti inadempienze della pubblica amministrazione, conduce, paradossalmente, ad una “consacrazione” nel solo circuito delle relazioni di diritto privato delle situazioni *contra legem* in termini di “diritti reali quesiti”: consacrazione, a ben vedere, pressoché definitiva, sebbene, ipocritamente, la si consideri sempre come non sicura in quanto pur sempre sottoposta ad eventuali tardivi interventi della pubblica amministrazione: interventi che in larga maggioranza non arriveranno mai o saranno evitati con condoni e sanatorie. In tal modo, la contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico si estremizza posto che nell’ambito del diritto dei privati diventa lecito e legale – sia pure sotto forma di stabile provvisorietà – ciò che è vietato e contrastato dal diritto pubblico.

preciso armamentario concettuale<sup>3</sup>, bensì nella carente analisi di tutti gli effetti perversi e distorsivi che discendono dalla contrapposizione dicotomica nel caso della proprietà tra diritto privato e diritto pubblico<sup>4</sup>.

È bene rammentare che l'art. 872 differenzia, sul piano degli effetti giuridici, la violazione delle norme di edilizia e di ornato pubblico di cui all'art. 871 da quella delle disposizioni contenute nella sezione VI dello stesso libro III del codice o da questa richiamate. In presenza di violazioni delle prime norme, l'art. 872, accanto alle conseguenze di carattere amministra-

---

<sup>3</sup> In particolare, con riferimento alla distanza di tre metri tra le costruzioni di cui all'art. 873 e che ha sostituito la disposizione di cui all'art. 571 del codice civile del 1865 in cui, a ben vedere, si faceva riferimento alla «distanza di almeno un metro e mezzo» dal confine, sebbene si sia sempre riconosciuto che lo scopo della legge è stato quello di vietare intercapedini dannose per l'igiene, la luce e pericolose anche per la sicurezza pubblica, nondimeno, senza soluzione di continuità in relazione alla mutata codificazione, si è sempre sostenuto dalla dottrina prevalente la piena derogabilità di tale disposizione, sulla base appunto della pregiudiziale lettura del diritto dominicale già richiamato nella nota precedente. Una eloquente sintetica rappresentazione di siffatto orientamento, con tutti i suoi corollari applicativi, si rinviene nella riflessione offerta agli inizi del Novecento che si legge in F. RUCCI, *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, vol. II, Torino, 1907, secondo il quale «La legge imponendo alcune distanze nelle opere da costruirsi o nelle piantagioni da farsi in due proprietà contigue, non fa che limitare il diritto assoluto di proprietà, apportando a questo delle restrizioni nell'interesse reciproco di entrambi i proprietari. Tali limitazioni essendo imposte a riguardo di un fondo ed in vantaggio di un altro, trovano il loro posto naturale nel titolo relativo alle servitù».

In linea con questa lettura, la giurisprudenza di fine Ottocento escludeva che l'art. 571 potesse essere applicato estensivamente, trattandosi di «una legge eccezionale» che integrava una restrizione al diritto assoluto del proprietario (in questi termini, in linea con ampi precedenti, si v. C. Torino 6 dicembre 1886, in *Filangieri*, 1887, II, 218) sino al punto da sostenere la sua inapplicabilità «allorché non si tratta di raggiungere lo scopo della legge, che è quello di vietare intercapedini o dei viottoli sconci, dannosi all'igiene, alla luce e pericolosi alla sicurezza pubblica» (così C. Torino 17 febbraio 1879, in *Monitore*, 1883, 105).

In questa medesima linea era altresì pacifico che siffatta disciplina potesse essere oggetto di deroghe pattizie: *ex multis* si v. C. Palermo 19 settembre 1895, in *Foro sic.*, 1895, 466 secondo cui «le disposizioni relative alle distanze legali, benché ispirate a concetti d'interesse non soltanto privato, ma anche pubblico, pure, dando origine a diritti di cui le parti possono all'atto pratico liberamente disporre, possono diventare oggetto di formali contrattazioni e rinunzie».

<sup>4</sup> A ben vedere, non mancano peraltro interventi giurisprudenziali lucidamente consapevoli degli effetti distorsivi che derivano da una lettura della proprietà nell'ottica della dicotomia segnalata nel testo. Secondo Cass. 1 agosto 2003, n. 11744, siffatta dicotomia «spezza le correlazioni che hanno come epicentro la conformazione della proprietà dei singoli beni in rapporti di diritto pubblico che intercorrono tra il singolo privato e la pubblica amministrazione, ed in rapporti di diritto privato che intercorrono tra vicini. Ed in effetti questa contrapposizione fondamentale ne genera altre, come quella tra disciplina delle costruzioni integrativa e non integrativa delle norme del codice civile, tra regole derogabili ed inderogabili, etc., in cui ogni volta si avverte lo stridore tra le conseguenze operative che si vogliono trarre dalla scansione dicotomica tra pubblico e privato e la nozione di proprietà conformata».

tivo a carico del responsabile, prevede nei rapporti tra i proprietari privati vicini soltanto il risarcimento del danno.

Nella ricorrenza di violazioni delle norme contenute nella successiva sezione VI o da queste richiamate, il comma 2° del medesimo articolo facoltizza il proprietario del fondo finitimo a chiedere, oltre il risarcimento del danno<sup>5</sup>, anche la riduzione in pristino<sup>6</sup>, ossia ad avvalersi di una tutela ben diversa e distinta dal risarcimento in forma specifica che sempre soggiace ai limiti operativi di cui all'art. 2058 c.c.<sup>7</sup>.

La prima disposizione collocata nella sezione VI del libro III, ossia l'art. 873, ha fissato in tre metri la distanza minima tra le costruzioni presenti su

---

<sup>5</sup> È evidente che ove chiedo la riduzione in pristino, il danno riguarderà le menomazioni temporanee sofferte tra il prodursi della violazione della distanza e la sua rimozione con la riduzione in pristino: in questi termini si v. Cass. 18 luglio 2013, n. 17635.

<sup>6</sup> Sul differente trattamento della violazione delle norme di cui parla l'art. 872, secondo che si tratti delle norme di cui parla l'art. 871 o delle disposizioni di cui alla successiva sezione a partire dall'art. 873, si è sviluppato un ampio dibattito indirizzato a valutare la ragionevolezza del diverso trattamento ivi previsto tutto incentrato sulla varia lettura della sovrapposizione, nella tutela, tra interessi generali ed interessi privati, connessi alla conformazione della proprietà: sul dibattito sono ancora preziose le indicazioni che si leggono in M.R. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento*, cit., 49 ss. e più di recente in D. SPAGNOLO, *Delimitazione delle sfere proprietarie, derogabilità delle distanze, e funzione nomofilattica della Corte di Cassazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2006, I, 83 ss.

È il caso di osservare, anche al fine di confortare una lettura unitaria dell'art. 873, che la distinzione da cui discende il diverso trattamento – solo risarcimento, o anche azione di riduzione – non può cogliersi correttamente se ci si limita ad individuare nel caso di violazioni di tutte le norme richiamate nell'art. 872 il prodursi di una semplice externalità negativa causata da un proprietario. Pur trattandosi di regole che contribuiscono alla conformazione della proprietà e che dunque esigono il superamento della dicotomia pubblico-privato non può negarsi che nel caso delle disposizioni di cui alla sezione VI del libro III, la disciplina sulle distanze non regola la semplice condotta del singolo proprietario come avviene per le norme di edilizia e di ornato *ex art.* 871, ma anche coinvolge tecnicamente la stessa relazione tra il singolo fondo e la sua collocazione nel tessuto territoriale, a partire, come avviene nell'art. 873, tra la costruzione posta in essere da un proprietario e quella del proprietario del fondo finitimo *in termini di reciprocità*: in questo caso, la violazione della disciplina non determina soltanto una semplice externalità negativa, sanzionabile dalla pubblica amministrazione e suscettibile di esigere il risarcimento del danno sofferto dai terzi proprietari, ma integra l'acquisizione di un vantaggio cui corrisponde un peso a carico del proprietario vicino: di qui la tutela assicurata attraverso la riduzione in pristino (in termini solo in parte diversi si v. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento*, cit., 98 ss.).

<sup>7</sup> Sulla natura reale e non risarcitoria della tutela rappresentata dalla riduzione in pristino e, dunque, sull'irrelevanza di qualsivoglia accertamento circa l'eccessiva onerosità della demolizione a carico del proprietario posto che non si è in presenza di una azione risarcitoria in forma specifica *ex art.* 2058, esiste un indirizzo costante della giurisprudenza: tra le più recenti decisioni si v. Cass. 22 marzo 2013, n.7333; Cass. 25 maggio 2012, n. 8358; Cass. 17 febbraio 2012, n. 2359 e Cass. 1 agosto 2003, n. 11744.

fondi finitimi; al tempo stesso, ha rinviato ai regolamenti locali la possibilità di stabilire una distanza maggiore <sup>8</sup>.

Ai nostri fini, non è necessario richiamare analiticamente il funzionamento del c.d. principio di prevenzione, quale si ricava dall'art. 875, salvo rammentare che, per la concreta applicazione dell'art. 873, il proprietario che per primo costruisce può ben a suo rischio farlo, anche senza rispettare la distanza di un metro e mezzo dal confine: a suo rischio, in quanto, in questo caso, ove il vicino abbia interesse e fatto richiesta di costruire in aderenza, si dà ottenere la comunione del muro previo pagamento sia del valore della metà del muro medesimo, sia del valore del suolo da occupare, non gli resta, per evitare tutto ciò, che: *a*) demolire il muro, in modo da ripristinare la esatta distanza dal confine prescritta; *b*) ovvero estendere il muro sino al confine <sup>9</sup>.

Un indirizzo giurisprudenziale tuttora prevalente, ispirandosi, come si cercherà di evidenziare, al modello ideologico sopra denunciato, sino al punto da disattendere il processo che ha portato alla disposizione introdotta nel codice del 1942 <sup>10</sup>, ha adottato un'interpretazione articolata dell'art. 873 nella prospettiva della rigida separatezza tra gli interessi dei privati proprietari e gli interessi generali.

---

<sup>8</sup> Salvo a ritornare sul punto in prosieguo della presente indagine, è opportuno rammentare che, a dispetto delle letture tuttora persistente che attribuisce rilevanza diversa alla distanza fissata dal codice nell'art. 873 rispetto a quelle presenti in altri indici disciplinari e pur sempre però ritenuti destinati ad integrare la disciplina codicistica, un costante indirizzo giurisprudenziale ritiene che la nozione di costruzione di cui all'art. 873 sia unitaria nel senso che agli effetti di cui all'art. 873 c.c. la nozione di costruzione deve essere unica e non può essere derogata, sia pure al limitato fine del computo delle distanze, dalla normativa secondaria, posto che il rinvio contenuto nella seconda parte dell'art. 873 c.c. è limitato alla sola facoltà per i regolamenti locali di stabilire una distanza maggiore (tra edifici o dal confine) rispetto a quella codicistica (in questi termini Cass. 26 gennaio 2005, n. 1556 e, più di recente, Cass. 30 gennaio 2014, n. 2094). Quanto alla nozione di costruzione, sulla base di un indirizzo consolidato si ritiene che la costruzione «non si riferisce necessariamente ad un edificio, [ma] comprende qualsiasi manufatto, avente caratteristiche di consistenza e stabilità o che emerga in modo sensibile dal suolo e che, inoltre, per la sua consistenza, abbia l'idoneità a creare intercapedini pregiudizievoli alla sicurezza ed alla salubrità del godimento della proprietà»: così Cass. 17 dicembre 2012, n. 23189.

<sup>9</sup> Ovviamente se tutto ciò non avviene, ossia il proprietario finitimo non avanza l'interpello *ex art. 875*, quest'ultimo sarà tenuto, nel caso decidesse di costruire a sua volta, a rispettare la distanza di tre metri.

<sup>10</sup> Per la ricostruzione storica del dibattito intervenuto a partire dalla codificazione del 1865 e che ha portato al riferimento nell'art. 873 anche ai regolamenti locali, nel quadro di una scelta consapevolmente non appiattita sulla tutela dei soli interessi dei privati, si v. M.R. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento*, cit., 85 ss.



In particolare, la prevista distanza minima di tre metri introdotta dal codice non risponderebbe alla salvaguardia anche di un interesse generale, bensì rifletterebe un semplice indicativo assetto dei soli reciproci interessi dei proprietari vicini. Sebbene tali interessi siano stati pur sempre identificati con l'esigenza di evitare intercapedini pericolose se non dannose per la salubrità dei luoghi, in quanto idonee a pregiudicare la fruizione della luce e dell'aria e della luminosità, si è ritenuto, al fine di assicurare il conseguimento da parte dei privati dell'assetto da loro ritenuto migliore dal punto di vista dei rispettivi meri interessi economici, che i proprietari possano consensualmente decidere di costruire edifici sui rispettivi fondi, anche a distanza inferiore ai tre metri.

La disposizione di cui all'art. 873 relativa alla distanza dei tre metri sarebbe, in definitiva, dispositiva in quanto rifletterebe un possibile assetto dei soli interessi dei proprietari vicini destinato ad operare tra loro per *default*, salvo diverso accordo tra le parti. Di conseguenza: a) le ammesse convenzioni intervenute tra i proprietari confinanti contenenti deroghe alla distanza minima fissata dal codice concreterebbero la costituzione di una vera e propria servitù; b) quest'ultima, a sua volta, potrebbe acquistarsi anche a titolo originario per usucapione, nel caso in cui la violazione della distanza minima si protragga, previo possesso, per la durata prevista dalla legge a tale fine <sup>11</sup> ovvero per destinazione del buon padre di famiglia, nel caso di costruzioni originariamente poste in essere da un unico proprietario <sup>12</sup>.

Una volta riconosciuta la derogabilità della disposizione e configurata la regola in termini di una servitù reciproca prevista a carico dei due fondi e però consensualmente rivedibile, l'azione di riduzione spettante al proprietario in presenza della violazione della distanza è stata ricondotta senza alcun problema nell'ambito delle azioni tipiche a tutela della proprietà, in

---

<sup>11</sup> Si v. al riguardo la risalente pronuncia di Cass. 4 ottobre 1882, n. 5117 secondo la quale «L'art. 873 c.c., la cui *ratio* consiste nell'esigenza di evitare la formazione di intercapedini anguste ed insalubri fra edifici che si fronteggiano, non impone puramente e semplicemente una distanza minima di tre metri, ma la prevede come alternativa alla possibilità che le costruzioni sui fondi finitimi siano unite o aderenti: detta norma, posta a tutela della salubrità e non già della sicurezza e stabilità degli edifici è suscettibile di deroga in virtù di accordi negoziali tra i proprietari di fondi finitimi, con la conseguente possibilità di costituzione, anche per intervenuta usucapione».

<sup>12</sup> Per un riferimento a questa ipotesi si v. Cass. 28 gennaio 1985, n. 449.

termini di azione negatoria *ex art. 949 c.c.*<sup>13</sup>. Azione come tale imprescrittibile e, però, destinata a soccombere in quanto la maggiore limitazione sofferta da uno dei proprietari, a causa della violazione della distanza perpetrata dal proprietario finitimo, ben potrebbe portare all'acquisto a favore di quest'ultimo di siffatta servitù per usucapione: in tal modo, la

---

<sup>13</sup> *Ex multis* si v. Cass. 18 dicembre 1997, n. 12810, secondo cui l'azione negatoria servitutis è pacificamente ravvisabile anche là dove si miri al rispetto delle distanze legali nelle costruzioni: come tale è essa imprescrittibile e può essere esercitata in ogni tempo dal proprietario dell'immobile preteso servente, sia che tenda soltanto all'accertamento negativo del preteso diritto di servitù, sia che, mediante essa, si chieda anche la demolizione di opere in cui si sostanzia l'esercizio di tale pretesa servitù.

A ben vedere, la definitiva quanto argomentata consacrazione di questa soluzione – ma senza peraltro che si ponesse attenzione al problema relativo alla derogabilità o non della disciplina sulle distanze o, molto probabilmente, sul presupposto, non dichiarato, della derogabilità di siffatta disciplina da parte dei privati proprietari – si rinviene nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 12 giugno 2008, n. 13523 in cui l'azione di riduzione in pristino *ex art. 872* è stata pienamente ricondotta all'*actio negatoria servitutis* al fine, non solo di ammetterne la trascrivibilità *ex art. 2653, n. 1*, ma anzi di esigerne la trascrizione perché l'attore possa utilmente opporre la sentenza favorevole contro i terzi che hanno acquistato l'immobile dal convenuto con atto trascritto successivamente alla trascrizione della domanda. Nei medesimi termini si v. da ultima Cass. 25 marzo 2013, n. 7477, in una fattispecie in cui, in violazione della distanza di tre metri, le due costruzioni presentavano un distacco di soli 30-35 centimetri!

È bene ricordare che, in precedenza, l'affermazione della non trascrivibilità della azione riguardante la violazione delle distanze tra costruzioni era fondata proprio sulla non riconducibilità della stessa all'azione negatoria. Al riguardo significativa è la pronuncia di Cass. 11 agosto 1990, n. 8190, secondo la quale «la domanda diretta all'accertamento di una limitazione legale della proprietà del vicino (nella specie, dell'obbligo del rispetto delle distanze legali nelle costruzioni), inerendo al contenuto normale del diritto di proprietà non rientra tra quelle soggette all'onere della trascrizione, atteso che detta domanda non tende all'accertamento positivo o negativo di un diritto reale di godimento (art. 2653, n. 1, c.c.), né è diretta ad interrompere il corso dell'usucapione del diritto di proprietà come previsto dall'art. 2653, n. 5, c.c., ma solo l'usucapione della servitù derivante alla violazione delle limitazioni legali, ipotesi che resta esclusa dall'ambito di previsione di tale norma. Ne consegue che il giudicato è sempre opponibile ai successivi acquirenti dell'immobile cui si riferiscono le violazioni dei limiti legali denunciate dall'attore».

In realtà, la riconduzione della tutela costituita dalla riduzione in pristino ad una *negatoria servitutis* esige un approfondimento preliminare fondato sull'effettiva individuazione dell'interesse leso che è alla base della tutela. Infatti, nel caso dei tre metri di cui parla l'art. 873, l'azione di riduzione spetta anche al proprietario che per primo abbia costruito a distanza inferiore al metro e mezzo dal confine, laddove il proprietario finitimo, il quale non si sia avvalso della possibilità di costruire in aderenza *ex art. 875*, abbia ritenuto erroneamente sufficiente limitarsi a sua volta a costruire ad un metro e mezzo dal proprio confine, ma con il risultato che tra le due costruzioni risulta così violata la distanza dei tre metri. Come è intuibile comprendere, qui la reciprocità non ha senso: in questo caso il proprietario legittimato alla riduzione in pristino intende vedere rispettata la unitaria distanza legale, oggetto della tutela a lui assicurata dall'art. 872, e non certo la presunta imposizione di una servitù a carico del proprio fondo, quando è stato lui stesso a sfruttare l'edificabilità del proprio fondo senza rispettare la distanza del metri e mezzo da proprio confine!

situazione di fatto, rispecchiante la violazione della disciplina della distanza, si trasformerebbe in una situazione giuridica a favore del proprietario che l'ha posta in essere.

**2. - La disciplina delle maggiori distanze nella legislazione urbanistica e nei regolamenti locali e la tutela di interessi generali: la sua riconosciuta inderogabilità.**

L'indirizzo ermeneutico della giurisprudenza in ordine all'art. 873 sopra indicato sostiene altresì che le distanze maggiori (dei tre metri) tra costruzioni, introdotte da altre disposizioni, a partire dai regolamenti locali, richiamate nel medesimo art. 873 del codice e tutte considerate integratrici di questa ultima, si configurerebbero come nettamente diverse dalla distanza dei tre metri. Tali norme risponderebbero ad interessi generali di livello più alto, in quanto riflettenti valutazioni di contenuto più complesso assunte dal legislatore e dalle pubbliche autorità, per ragioni di decoro, salubrità e tutela di esigenze urbanistiche. Come tali esse sarebbero inderogabili da parte dei proprietari privati e, dunque, non assoggettabili a riduzioni pattizie.

---

477

---

A ben vedere, il mutamento progressivo della legislazione urbanistica ha indubbiamente reso la disciplina delle distanze relative ai tre metri cui si riferisce l'art. 873 sempre più residuale rispetto alle norme che hanno introdotto distanze maggiori nella prospettiva di interventi regolativi di più ampio contesto.

Questa complessità trova una sua manifestazione emblematica anche nell'ambito del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni *ex* art. 117 della Costituzione alla luce della modifiche apportate al titolo V nel 2001. Infatti, se da un lato la disciplina delle distanze tra fabbricati, nella prospettiva dei rapporti tra soggetti privati, è ricondotta nella materia "ordinamento civile" che è di competenza esclusiva dello Stato, dall'altro l'obiettivo collegamento tra le costruzioni ed il territorio sul quale esse insistono trova la sua regolamentazione nella materia "governo del territorio", materia che è di competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni le

quali possono legiferare “salvo che per la determinazione dei principi fondamentali riservata alla legislazione dello Stato”<sup>14</sup>.

Prima però di richiamare, in termini sintetici, il più complesso quadro normativo che a livello nazionale disciplina le distanze tra le costruzioni che vengono ad esistenza in fondi finitimi, è bene rimarcare che, al fine di riconoscere a tali norme il carattere integrativo della disposizione di cui all'art. 873, si è ritenuto indispensabile, pur nella variegata morfologia degli interventi urbanistici, rispettare il principio di parità di trattamento: principio che, nel caso specifico delle distanze tra costruzioni elevate su fondi finitimi appartenenti a proprietari diversi, si manifesta in termini di reciprocità, a prescindere dall'ammissibilità di poter avvalersi dell'art. 875 e, dunque, di costruire in aderenza. Siffatto principio, mette conto rimarcarlo, è destinato però a non poter operare in concreto a fronte della successione nel tempo delle leggi. Infatti, il mutamento nel tempo della disciplina delle distanze può portare a situazioni singolari: in particolare, nel caso in cui un proprietario abbia costruito per primo nel rispetto delle distanze vigenti al tempo della costruzione (si pensi appunto ai tre metri di cui parla il codice civile), graverà sul solo proprietario finitimo che costruisca quando la nuova disciplina delle distanze entrata in vigore è diventata maggiore il rispetto della nuova disposizione e senza che costui possa dolersi del maggior sacrificio su lui gravante<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Sullo specifico punto, a livello della giurisprudenza costituzionale, si è andato consolidando l'indirizzo sinteticamente richiamato nel testo a partire dalla sentenza n. 232 del 2005 cui sono seguite la decisione n. 6 del 2013 e quella n. 134 del 2014 sopra richiamate. Su queste decisioni si v. *infra* la nt. 21.

<sup>15</sup> Per una siffatta ipotesi, intervenuta in un caso in cui a fronte di un proprietario che aveva costruito ad un metro e mezzo dal proprio confine, l'altro aveva avviato una costruzione, ritenendo erroneamente di poter limitarsi ad osservare la distanza di cinque metri dal proprio confine, laddove la nuova disposizione legislativa intervenuta (in particolare l'art. 9 del d.m. 2 aprile 1968, n. 1444) aveva fissato la distanza tra edifici finestrati in dieci metri, Cass. 1 agosto 2003, n. 11744 ha affermato che «l'invocato principio di reciprocità o parità di trattamento non può trovare applicazione nell'ipotesi, come quella concreta, in cui la seconda costruzione sia completata sotto il vigore di una norma edilizia diversa da quella efficace all'epoca della prima edificazione. Infatti in questo caso all'operatività del principio di reciprocità osta l'entrata in vigore della nuova norma del regolamento o del piano regolatore; ed è il principio della successione delle leggi che deve trovare applicazione e non quello di reciprocità perché questo presuppone l'esecuzione di entrambe le costruzioni sotto il vigore di una medesima norma. Quindi, anche se la sopravvenienza di una nuova disciplina di uno strumento urbanistico determini, come nella specie, una situazione svantaggiosa per il secondo costruttore, questi dovrà sempre rispettare nella sua interezza la norma in vigore

Tanto premesso, la disciplina delle distanze nelle costruzioni finitime è tuttora contenuta in diversi strumenti legislativi che si affiancano all'indicazione dei tre metri di cui parla l'art. 873 del codice civile, fermo restando che, a loro volta, i regolamenti locali possono soltanto introdurre distanze maggiori<sup>16</sup>.

Ebbene alcune indicazioni, destinate all'edificazione a scopo residenziale, sono presenti nell'art. 41-*quinquies* della legge urbanistica n. 1150 del 1942 (introdotto dall'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765) con specifico riferimento ai comuni sprovvisti di piano regolatore generale o di programma di fabbricazione<sup>17</sup>: al riguardo, il comma 1, lett. c), di tale norma collega la fissazione della distanza tra edifici alla relativa altezza, disponendo che «la distanza tra edifici vicini non può essere inferiore all'altezza di ciascun fronte dell'edificio da costruire»<sup>18</sup>.

A sua volta, ai fini della formazione degli strumenti urbanistici o della revisione di quelli allora esistenti, in relazione a quanto previsto nello stesso art. 41-*quinquies*, ultimo comma, l'art. 9 del d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 ha fissato le distanze minime tra fabbricati in misura decisamente superiore a quella del codice, prevedendo parametri differenziati non solo in relazione alle aree in cui ricadono gli edifici, ma anche alla loro tipolo-

---

la quale non potrà, invece, incidere in alcun modo sulla posizione vantaggiosa definitivamente già acquisita dal vicino in base alla disciplina anteriore». Nei medesimi termini si v. anche Cass. 2 febbraio 1998, n. 986.

<sup>16</sup> In questi termini si v. Cass. 10 settembre 2013, n. 20713.

<sup>17</sup> In realtà la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la norma contenuta nell'art. 41-*quinquies*, lett. c), della legge 17 agosto 1942, n. 1150, introdotto dall'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765 va osservata non solo nei casi in cui i Comuni siano sprovvisti di strumento urbanistico, ma anche quando negli stessi o nei regolamenti edilizi manchino norme specifiche che provvedano direttamente in materia di distanze: in questi termini si v. da ultima Cass. 10 settembre 2013, n. 20713.

<sup>18</sup> A proposito di questa disposizione, Cass. 14 dicembre 2012, n. 23016 ha chiarito che essa si riferisce «per la determinazione dell'altezza, alla parte dell'edificio da realizzare e non anche all'intero corpo di fabbrica sopraelevato, considerato l'intento del legislatore di non incidere su diritti quesiti, derivanti da una costruzione realizzata in precedenza nel rispetto delle distanze legali». Soluzione, a ben vedere, in linea con il principio secondo cui l'attività edilizia è regolata dalla legge vigente nel momento in cui essa è realizzata: siffatto principio «non comporta che in caso di successive sopraelevazioni, ciascuna sia soggetta a separato computo dell'altezza, dovendo la relativa determinazione essere effettuata con riferimento a tutte le sopraelevazioni». In precedenza Cass. 25 agosto 1989, n. 3762 aveva affermato che «nell'ipotesi in cui manchi nello strumento urbanistico locale una norma espressa che estenda anche alle ricostruzioni le prescrizioni sulle maggiori distanze previste per le nuove costruzioni, queste trovano applicazione solo relativamente a quella parte del fabbricato ricostruito che ecceda i limiti di quello preesistente».

gia, ad es., secondo che si tratti di costruzioni con pareti finestrate o non finestrate. Infine, l'ultimo comma dell'art. 9 precisa che «sono ammesse distanze inferiori a quelle indicate nei precedenti commi, nel caso di gruppi di edifici che formino oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionale con previsioni planovolumetriche»<sup>19</sup>.

Senza richiamare l'ampia giurisprudenza che è emersa in ordine all'applicazione delle regole sulle distanze di cui alla disciplina ora indicata, è sufficiente ai nostri fini segnalare innanzitutto che queste disposizioni, in particolare l'art. 9, del d.m. n. 1444 del 1968, sono state pacificamente ritenute da un lato integratrici dell'art. 873 del codice civile<sup>20</sup>, dall'altro dotate di «efficacia precettiva ed inderogabile». Formula, questa ultima, ribadita dalla stessa recente pronuncia della Corte costituzionale n. 134 del 2014, richiamata in apertura della presente riflessione, la quale configura altresì l'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968 come «costituente un corpo unico con la regolazione codicistica»<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Il d.m. 9 aprile 1968, n. 1444 è stato emanato sulla scorta dell'ultimo comma dell'art. 41-*quinquies* della legge urbanistica del 1942, il quale affidava ad un decreto del ministro dei lavori pubblici la fissazione dei «limiti e dei rapporti previsti nel precedente comma»: comma secondo il quale «in tutti i Comuni, ai fini della formazione di nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, debbono essere osservati limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati, nonché rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi». In ordine alla ultima ipotesi prevista dall'art. 9 si v. la decisione di Cass. 26 luglio 2013, n. 18119, secondo la quale «l'ordinamento statale consente deroghe alle distanze minime con normative locali, purché però siffatte deroghe siano previste in strumenti urbanistici funzionali ad un assetto complessivo ed unitario di determinate zone del territorio. Tali principi si ricavano dall'art. 873 c.c. e dal d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, art. 9, u.c., emesso ai sensi della l. 17 agosto 1942, n. 1150, art. 41-*quinquies* (introdotto dalla l. 6 agosto 1967, n. 765, art. 17), avente efficacia precettiva e inderogabile, secondo un principio giurisprudenziale consolidato. I suindicati limiti alla possibilità di fissare distanze inferiori a quelle previste dalla normativa statale trovano la loro ragione nel rilievo che le deroghe, per essere legittime, devono attenere agli assetti urbanistici e quindi al governo del territorio e non ai rapporti tra vicini isolatamente considerati in funzione degli interessi privati dei proprietari dei fondi finitimi».

<sup>20</sup> *Ex multis* si v. Cass. 27 marzo 2013, n. 7756.

<sup>21</sup> Nel seguire la linea già tracciata dalla sentenza n. 232 del 2005 e dalla n. 6 del 2013, anche la recente decisione n. 134 del 2014 ha individuato nella disciplina codicistica e nell'art. 9 del d.d.m. n. 1444 del 1968 le fonti principali della disciplina nazionale in materia di distanze tra edifici. In particolare, ha ritenuto che nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni, e dunque nel raccordo tra disciplina delle distanze da collocare nella materia "ordinamento civile" di competenza esclusiva dello Stato e la disciplina urbanistica rientrante nella materia "gestione del territorio", materia di competenza concorrente, l'unica deroga concessa alle Regioni in materia di distanze è da rinvenire nella ipotesi di cui parla l'art. 9, ultimo comma, del citato decreto n. 1444 del 1968 per il quale «sono ammesse distanze inferiori a quelle

A ben vedere, la soluzione favorevole a ritenere siffatte disposizioni come integratrici della disciplina codicistica è stata accolta, nonostante la tecnica adottata da questa legislazione si discosti da quella di cui all'art. 873. Infatti, in molti casi la distanza, lungi dall'essere individuata tra gli edifici, è stabilita, pur nel rispetto della reciprocità, dal confine con la concreta possibilità di rendere inapplicabile il principio della prevenzione *ex art. 875 c.c.* <sup>22</sup>.

In realtà, secondo una prima quanto isolata interpretazione, si era sostenuto che le norme regolamentari edilizie in tanto avrebbero potuto avere valore integrativo della disciplina di cui all'art. 873 c.c. in quanto fossero state ancorate al presupposto di fissare distanze tra costruzioni: di conseguenza, norme riflettenti distanze, non tra fabbricati, ma tra fabbricati e confine di zona, non potevano ritenersi integrative dell'art. 873 c.c., bensì regole di ordine generale dirette alla tutela dell'interesse pubblico, per la cui violazione il privato avrebbe potuto pretendere soltanto il risarcimento del danno <sup>23</sup>.

Con un costante ormai consolidato indirizzo, cui si è richiamata la stessa corte costituzionale nella decisione sopra citata, si è viceversa chiarito che le norme degli strumenti urbanistici che impongono l'osservanza di una determinata distanza della costruzione dal confine non esprimono una regola diversa rispetto a quella codicistica, basata sulla distanza tra fabbricati, bensì utilizzano «soltanto una differente tecnica di protezione interna

---

indicate nei precedenti commi, nel caso di gruppi di edifici che formino oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionali con previsioni planovolumetriche». Ed infatti, le diverse soluzioni applicative presenti nelle pronunce ora richiamate sono state consequenziali rispetto alla verifica circa la rispondenza delle determinazioni adottate dalla Regioni con l'ambito legislativo ad esse concesso.

In ordine alle riserve emerse in dottrina (si v. G. DI COSIMO, *Se una legge vale meno di un decreto ministeriale*, in *Le Regioni*, 2013, 630 ss.) – con specifico riferimento alla sentenza n. 6 del 2013 – circa l'efficacia “precettiva ed inderogabile” riconosciuta dalla Corte all'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968 come tale destinato a prevalere su una legge regionale, è da rilevare che siffatto decreto si limita a completare con determinazioni tecniche puntuali quanto già previsto dall'art. 41-*quinquies*, penultimo comma.

<sup>22</sup> Sul punto si v. tra le più recenti decisioni Cass. 16 maggio 2013, n. 11910 secondo cui «In tema di distanze nelle costruzioni, qualora gli strumenti urbanistici stabiliscono determinate distanze del confine e nulla aggiungano, sulla possibilità di costruire in aderenza o in appoggio, la preclusione di dette facoltà non consente l'operatività del principio della prevenzione».

<sup>23</sup> In questi termini si v. Cass. 7 maggio 1987, n. 4228.

alla medesima regola del distacco, che in tutte le sue applicazioni è declinata unitariamente»<sup>24</sup>.

In questi casi, ovviamente, non solo resta esclusa, salva diversa espressa indicazione normativa, l'operatività del principio di prevenzione di cui all'art. 875, ma risulta evidente che il rispetto della distanza dal confine con la riduzione in pristino in caso di violazione può essere richiesta anche dal proprietario del fondo risultante ancora ineditato<sup>25</sup>.

### 3. - Un intermezzo. Gli effetti della derogabilità e della inderogabilità della disciplina sulle distanze tra costruzioni: tutela pubblica e tutela reale prevista per i privati.

Prima di verificare l'attuale fondatezza della diversa qualificazione delle norme sulle distanze sulla base della distinzione tra norme derogabili e norme inderogabili, è indispensabile approfondire, sul piano tecnico-giuridico ed istituzionale, la complessiva portata delle conseguenze che tale distinzione comporta, non sempre approfondite in maniera adeguata dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

A) La tesi che riconosce alla distanza minima di tre metri tra costruzioni

---

<sup>24</sup> Così Cass. 18 febbraio 2013, n. 3968, la quale con riferimento alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione ha rimarcato altresì che «Quando due fondi siano separati da una striscia di terreno intermedia, ineditata o ineditabile, che abbia una larghezza inferiore al distacco dal confine prescritto per le costruzioni, ciascuno dei proprietari deve costruire sul proprio fondo a una distanza, rispetto al confine con il terreno di proprietà aliena, che non sia inferiore alla metà della differenza che residua sottraendo dal distacco imposto dalla normativa edilizia la misura dello spazio occupato dalla striscia di terreno interposta, quest'ultima risultando così "neutralizzata" nel computo della distanza minima». In termini analoghi, ossia che «Le norme di edilizia locale che prescrivono nelle costruzioni distanze maggiori di quelle previste dal codice civile fissandole in relazione al confine, anziché direttamente fra le costruzioni medesime, hanno anche esse carattere integrativo della disciplina del codice civile, con la conseguenza che la loro violazione dà diritto a pretendere la riduzione in pristino, oltre al risarcimento dei danni» v., tra le più recenti pronunce, Cass. 27 marzo 2013, n. 7756.

<sup>25</sup> Nel caso della distanza dei tre metri di cui all'art. 873, la medesima tutela è riconosciuta sempre e solo al proprietario che abbia già edificato e che si oppone alla costruzione del vicino attuata in violazione della distanza legale. Sul singolare rilievo che la tutela realizzata mediante la riduzione in pristino ha acquisito in quanto riconosciuta in capo anche al proprietario del fondo non ancora edificato, alla luce della legge c.d. Bucalossi, in particolare, prima che quest'ultima fosse dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, si rinvia alla nostra riflessione *Disciplina delle distanze e interessi degli "abitanti": funzione della tutela privata alla luce della legge 28 gennaio 1977 n. 10*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978, 807 ss.



su fondi finitimi carattere derogabile riflette in maniera evidente un'impostazione indirizzata a configurare i rapporti di vicinato come regolamentazione dei soli reciproci rapporti tra proprietari privati, ossia con esclusivo riferimento ai loro reciproci interessi privati e per di più come un sacrificio reciproco alla libera edificabilità: sacrificio, per loro fortuna, derogabile.

In questa prospettiva, a prescindere dalla complicità legata all'applicazione del principio di prevenzione, la normativa riguardante le distanze tra costruzioni di cui all'art. 873 è stato ricondotta nella alveo delle c.d. servitù reciproche. In altre parole, partendo dal presupposto circa un'assoluta libertà di ciascuno dei proprietari di utilizzare a pieno la propria superficie immobiliare, la fissazione di una distanza minima di tre metri tra le rispettive costruzioni, ossia con un "arretramento" reciproco di un metro e mezzo, è stato visto come un singolare sacrificio reciproco. Una volta che il primo proprietario nel costruire abbia contenuto la sua costruzione, tenendola alla distanza dal proprio confine, è legittimato a pretendere che la medesima distanza dal confine sia rispettata dal vicino che costruisce. La regola è dunque ricondotta nell'ambito delle sole relazioni tra proprietari con tutte le inevitabili conseguenze che ne discendono.

---

483

---

Invero, con riferimento alla relazione tra i soggetti privati, il codice avrebbe attribuito al proprietario che lamenta la violazione della norma la possibilità di agire per la riduzione in pristino: azione, dunque, che il soggetto potrebbe avanzare, come potrebbe non avanzare, promuovere in un primo momento e poi abbandonare ovvero transigere.

È comprensibile che, nei rapporti tra i privati stessi, il proprietario il quale ha violato la disciplina delle distanze abbia interesse, in vista di un possibile accordo transattivo circa la controversia eventualmente avviata dall'altro ed indirizzata ad ottenere la riduzione in pristino, a che tale azione non possa ripetersi in futuro, a partire da una nuova iniziativa giudiziale che venga promossa da un successivo avente causa del suo vicino: dunque, egli ha interesse a che il risultato utile conseguibile dalla transazione sia opponibile ai terzi acquirenti della sua controparte. In altri termini, ha interesse a che la possibilità di monetizzare la rinuncia alla azione di riduzione si attui mediante la trasformazione della situazione di fatto da lui posta in essere, ossia la violazione della distanza, in una situazione giuri-

dica reale di vantaggio trascrivibile sotto forma di servitù. In definitiva, sia prima sia dopo la violazione della disciplina delle distanze, i proprietari ben potrebbero accordarsi, costituendo una servitù a favore del fondo che non ha rispettato o che non rispetterà la distanza, come tale opponibile a tutti i futuri proprietari del fondo assoggettato a siffatta limitazione.

In questa ottica, nulla impedirebbe che, prima ancora di costruire, i due proprietari si accordino per tenere le rispettive proprietà ad una distanza inferiore appunto ai tre metri.

Inoltre, posto dunque che la violazione delle distanze implica una «diminuzione del valore della proprietà» che la subisce, in quanto risulta alterato il sistema delle servitù reciproche a favore di uno dei proprietari e a svantaggio dell'altro, è evidente che il protrarsi nel tempo della violazione senza che il proprietario interessato agisca con la riduzione in pristino, può portare al consolidarsi della situazione di fatto in situazione giuridica a favore del primo, mediante l'acquisto per usucapione della servitù avente ad oggetto appunto il diritto a tenere la costruzione a distanza inferiore a quella fissata dal codice<sup>26</sup>. Nell'ambito dei diritti reali limitati, infatti, l'acquisto a titolo originario mediante usucapione è alternativo, sussistendone tutti i presupposti, a quello fondato sul contratto.

Del tutto in coerenza con questo inquadramento del problema, sulla base dei presupposti dianzi indicati, è stato conseguenziale dedurre che l'a-

---

<sup>26</sup> Al riguardo, la giurisprudenza ha sostenuto che ai fini della decorrenza del termine ventennale per l'usucapione è indispensabile che la violazione della distanza si riferisca ad una medesima invariata situazione possessoria. La recente pronuncia di Cass. 16 giugno 2013, n. 14902 ha escluso l'avvenuta usucapione, pur ammettendone in astratto l'ammissibilità, in quanto «Non è configurabile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella legale allorché risulti che, nel corso del tempo necessario ai fini di tale acquisto, l'originario manufatto, consistente, nella specie, in un rudere fatiscente, sia stato demolito e sostituito con un immobile avente una differente altezza ed una diversa localizzazione rispetto alle fondamenta ed all'area di sedime del preesistente, così integrando gli estremi di una nuova costruzione e non di un intervento di ristrutturazione, con conseguente venir meno dell'identità del bene occorrente per l'unitarietà del possesso "ad usucapionem"». A sua volta Cass. 27 marzo 1993, n. 3699, ha affermato che «Al fine della determinazione del "dies a quo" per l'usucapione del diritto di servitù costituito dal mantenimento di una determinata opera a distanza illegale, deve farsi riferimento non al momento di inizio della costruzione, ma a quello nel quale questa sia venuta ad esistenza, con la realizzazione di elementi strutturali ed essenziali, i quali rivelino anche al titolare del fondo servente l'esistenza della situazione coincidente con quella del diritto reale di servitù».

zione di riduzione di cui parla l'art. 872, comma 2, sia da ricondurre alla tutela di cui all'art. 949, ossia all'azione negatoria.

B) In ordine alla disciplina integratrice della disposizione di cui all'art. 873 del codice civile, sia essa contenuta nei regolamenti locali, ovvero nella legislazione urbanistica nazionale e regionale, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ritengono, pressoché unanimemente, che si è di fronte a disposizioni inderogabili: in questi casi, le distanze fissate da siffatte discipline rispondono alla tutela di interessi generali, come tali in grado di comprendere anche quelli dei proprietari privati.

In realtà, la letteratura che si è occupata del tema non è andata oltre la registrazione di questo corretto risultato ermeneutico, a partire, in primo luogo, dal mancato interrogarsi circa il singolare potere di intervento, in vista della salvaguardia di siffatto interesse generale, affidato ai proprietari privati sui quali ricadono, nella prospettiva pur sempre della reciprocità, sia il rispetto della distanza, sia gli effetti conformativi dei rispettivi diritti di proprietà legati alla previsione disciplinare.

Infatti, al di là delle iniziative spettanti alle pubbliche autorità in ordine alla repressione della violazione di tali norme, anche in questi casi, l'art. 872 ha riconosciuto ai privati la possibilità di agire sia per i danni sofferti sia per ottenere la riduzione in pristino.

In questo caso, a ben vedere, l'inderogabilità della disciplina modifica integralmente lo spettro complessivo delle iniziative praticabili da parte dei privati in quanto l'indisponibilità della regola da parte loro esclude alla radice che possa riproporsi il quadro richiamato in precedenza e fondato sul presupposto della derogabilità della distanza di tre metri di cui all'art. 873 c.c.

In primo luogo, a fronte della violazione della distanza maggiore dei tre metri fissata dalla legislazione, ove il proprietario agisca per chiedere la riduzione in pristino in conformità con il potere conferitogli dall'art. 872, un esito della controversia diverso dall'accoglimento della domanda, quale che esso sia (si pensi ad una rinuncia all'azione, ad un accordo transattivo etc.) non sarà in grado di incidere in alcun modo sulla persistenza della perpetuata violazione della disciplina inderogabile relativa alle distanze con riferimento non solo alle determinazioni che vorrà adot-

tare in sede repressiva l'autorità pubblica, ma anche alle rispettive situazioni proprietarie dei privati coinvolti.

In altri termini, in presenza della violazione della disciplina inderogabile sulle distanze, un accordo tra i proprietari privati – intervenga esso in occasione di un giudizio o al di fuori dello stesso – non può certo travolgere l'operatività della norma inderogabile relativa alle distanze tra le costruzioni, come tale sottratta alla disponibilità dei privati, in particolare, non può certo sanare la violazione della norma inderogabile.

È del tutto evidente, in ogni caso, che ove siffatto accordo non ripristini il rispetto della disciplina sulle distanze fissata dalla legge e dunque lasci inalterata la situazione *contra legem* – sia essa già intervenuta o solo programmata da uno dei proprietari – tale accordo non può, in alcun caso, dare vita alla costituzione di una servitù. Anche a voler ammettere come risolta positivamente la questione circa la stessa validità di siffatta convenzione, essa può soltanto produrre effetti obbligatori tra le parti. In altre parole, senza qui evocare il tema relativo alla tipicità dei diritti reali, deve convenirsi che nell'ambito delle servitù prediali, il sacrificio imposto ad un fondo per l'utilità dell'altro, non può che riguardare *parte integrante del contenuto del diritto dominicale e non certo la disciplina legale di conformazione dei rispettivi diritti dominicali*.

La possibilità di violare la legge non è certo compresa nel contenuto del diritto di proprietà: un proprietario non può mai con un suo atto di autonomia concedere ad altri, sotto forma di diritto reale, la licenza di violare la legge: come dire, dunque, che non sono concepibili, né ammissibili servitù... illegali.

Questa conclusione, a ben vedere, non può certo essere diversa secondo i vari modi di acquisto dei diritti reali positivamente disciplinati. In ragione del solo principio di legalità, e, dunque, senza scomodare l'art. 42 Cost. laddove affida alla legge la fissazione dei modi di acquisto e di godimento della proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale, nessuno di essi può operare per consacrare un risultato *contra legem*: come dire che anche l'inerzia del proprietario legittimato all'azione di riduzione *ex art. 872* ed il protrarsi della situazione di fatto *contra legem* non possono condurre all'effetto acquisitivo di una situazione giuridica reale.

In definitiva, a questo punto della nostra analisi, può concludersi che, una

volta confermata l'inderogabilità della disciplina sulle distanze sopra richiamata, anche sulla base del dato formale di cui all'art. 41-*quinquies* penultimo comma della legge urbanistica n. 1150 del 1942, la lettura tradizionale della disciplina sulle distanze, costruita peraltro proprio sul paradigma della sua derogabilità, non può più essere seguita.

La disciplina delle distanze tra costruzioni una volta qualificata come inderogabile da parte dei privati proprietari rientra a pieno tra quelle "conformative" del diritto di proprietà, sia pure con il rilievo della reciprocità nella posizioni dei proprietari finitimi: come tale, essa non può essere oggetto di deroghe pattizie tra i proprietari, né la sua violazione può condurre in alcun modo alla costituzione di situazioni giuridiche reali rilevanti nei rapporti tra i privati.

#### **4. - Inderogabilità di tutta la disciplina sulle distanze tra costruzioni: il riconosciuto primato degli interessi generali.**

Le considerazioni dianzi prospettate, e che dovrebbero ritenersi più che pacifiche e, dunque, risultare ridondanti se non inutili, sono a vedere di attualità, per via di un indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla pronuncia di Cass., sez. II, 22 febbraio 2010, n. 4240 e successivamente ribadito da Cass. 12 dicembre 2012, n. 22824 e da Cass. 18 febbraio 2013, n. 3979.

A ben vedere, la pronuncia di Cass. 22 febbraio 2010, n. 4240 si rivela bifronte.

In primo luogo, e a nostro avviso, finalmente, essa interpreta in maniera unitaria l'art. 873. In particolare, essa afferma che tutte le norme sulle distanze tra costruzioni, tanto quella dei tre metri prevista nello stesso art. 873 quanto quelle presenti nella legislazione integratrice e che possono ammettere soltanto distanze maggiori dei tre metri, vanno considerate tutte inderogabili da parte dei privati, in quanto tarate sull'esigenza di tutelare sempre interessi generali e non certo interessi dei soli privati proprietari di cui essi avrebbero la piena disponibilità.

Riprendendo argomenti da lungo tempo prospettati da ampia ed autorevole parte della dottrina e, però, lungamente disattesi dalla stessa suprema corte, la decisione respinge la distinzione nelle norme sulle distanze tra

costruzioni tra disciplina derogabile e quella inderogabile. A tale fine, la sentenza n. 4240 del 2010 ha opportunamente attribuito rilievo alla stessa indicazione suggerita dall'art. 873 secondo cui la distanza di tre metri non può essere ridotta, ma soltanto aumentata dai regolamenti locali. In particolare, essa coglie l'assurdità di una soluzione per la quale ai privati sarebbe concesso, senza limite alcuno, di ridurre la distanza minima dei tre metri tra le costruzioni, dando vita dunque ad intercedimenti pericolose per la salute per la sicurezza etc., laddove tale distanza minima risulterebbe viceversa non riducibile da parte della pubblica amministrazione.

Non può negarsi, a ben vedere, che la soluzione finalmente accolta dalla suprema corte è giunta in un momento storico in cui, nella concreta realtà urbanistica del nostro paese, la distanza minima codicistica tra costruzioni di cui all'art. 873 si configura ormai come "residuale" rispetto alle diverse determinazioni che discendono dalla successiva legislazione e la cui imperatività ed inderogabilità sono state ribadite dalla pronuncia della corte costituzionale richiamata in apertura della presente riflessione: legislazione, la quale, peraltro, da tempo ha inciso sulla operatività dello stesso principio di prevenzione, posto che se la norma del codice ha fissato la distanza tra gli edifici, la legislazione urbanistica più recente, stabilendo le distanze delle costruzioni dal confine, con relative variazioni legate alla tipologia delle costruzioni (si pensi alla presenza o non di pareti finestrate) esclude, salvo diversa esplicita indicazione prevista nello strumento urbanistico, l'applicazione del principio di prevenzione *ex art. 875*.

Sotto questo profilo, dunque, la problematica relativa alla disciplina delle distanze, per decenni analizzata e ricostruita dalla dottrina sulla base del modello offerto dalla disposizione codicistica relativa ai tre metri, per di più configurata come derogabile, esige oggi una compiuta rilettura sulla scorta dell'univoca soluzione fondata sulla riconosciuta inderogabilità della disciplina.

In questa prospettiva, risulta evidente, in primo luogo che, a parità di inderogabilità della disciplina sulle distanze nei rapporti tra i privati, la distinzione tra le diverse norme sulle distanze non è più legata alla fonte, bensì alla sola concreta modalità di funzionamento della singola disposizione, secondo che essa permetta o non l'operatività del principio di prevenzione sulla base della procedura di interpello contenuta nell'art.

875, comma 2. In secondo luogo, sulla scorta delle sintetiche indicazioni già anticipate nelle pagine precedenti, bisognerebbe rimeditare sulla precisa qualificazione da assegnare alla tutela riconosciuta al proprietario in termini di riduzione in pristino. Infatti, la lettura della disciplina codicistica sulla base del combinarsi dei due paradigmi, tradizionalmente assunti acriticamente, riconducibili rispettivamente alla “derogabilità” della distanza fissata dal codice e dalla “reciprocità” del sacrificio in ordine ad un presunto libero sfruttamento edificatorio del proprio fondo, ha indotto a ricondurre la vicenda nello schema delle servitù e, in definitiva, a riportare la tutela “reale” prevista nell’art. 872 nell’alveo dell’azione negatoria. Nella diversa prospettiva ricostruttiva in cui il dato disciplinare indiscusso è costituito dalla inderogabilità della disciplina sulle distanze, appare evidente concludere che la tutela “reale” spettante al proprietario *ex art. 872*, attraverso la riduzione in pristino, è destinata ad assicurare il rispetto della specifica conformazione della proprietà in relazione al contesto territoriale in cui essa si colloca, a partire dalla situazione presente nel fondo finitimo, con particolare riguardo alle distanze tra gli edifici. Siffatta conformazione risponde alla tutela di un interesse, *pur sempre unitario* relativo alla osservanza della distanza prescritta, a sua volta ritenuto dalla legge inderogabilmente strumentale alla salvaguardia di altri più generali interessi.

Come dire, dunque, che la violazione della disciplina inderogabile, nell’alterare la conformazione prevista dalla legge e che coinvolge entrambe le proprietà finitime, se da una parte contrasta con l’interesse generale, dall’altra, in punto di diritto, non può, in alcun modo, leggersi come pretesa affermazione di un diritto particolare di cui fruirebbe la proprietà del fondo in cui si erige una costruzione in violazione della distanza nei confronti della proprietà del fondo finitimo: ossia quella specifica pretesa che è alla base dell’azione negatoria *ex art. 949 c.c.* e che, ove non contrastata e protrattasi nel tempo, conduce appunto alla costituzione di una servitù per usucapione. Come dire, dunque, che nel caso della violazione delle distanze, si è in presenza di una tutela reale *sui generis* riguardante la protezione di beni legati alla destinazione edificatoria della proprietà che non può ricondursi a quella disciplinata dall’art. 949 c.c.

**5. - L'inderogabilità della disciplina: una vittoria di Pirro. L'ammissibilità dell'acquisto per usucapione: una singolare ipotesi di servitù *contra legem* al servizio degli interessi privati.**

Ebbene, la pronuncia di Cass. n. 4240 del 2010, seguita a ruota dalle altre decisioni già sopra segnalate, dopo aver riconosciuto l'assoluta inderogabilità della disciplina delle distanze, ivi compresa quella codicistica dei tre metri, ha sostenuto la piena autonomia della disciplina giuridica dei diritti dei privati, da quella conformativa dettata per tutelare interessi generali. A suo dire, la situazione effettuale *contra legem*, ossia quella relativa al mancato rispetto delle norme inderogabili sulle distanze tra edifici, può tramutarsi nei rapporti tra privati in una legittima situazione reale, in termini di servitù, suscettibile di essere acquistata solo per usucapione, ferma restando, ovviamente, la possibilità [di fatto sempre più remota], che l'autorità pubblica si faccia carico di esigere il rispetto della disciplina inderogabile con la riduzione in pristino o – il che è più probabile – con sanzioni di altro genere.

---

490

Prima ancora di analizzare criticamente il ragionamento seguito dalla corte di cassazione per giungere a tale assurdo risultato, mette conto soffermarsi sul contenuto di politica del diritto che questa pronuncia presenta e che, peraltro, essa non nasconde.

Infatti, posto che, verosimilmente, in presenza di violazione delle norme sulle distanze, la riduzione in pristino, ossia l'attivazione della sola misura idonea ad eliminarne gli effetti, è attivata di fatto sempre e solo dal proprietario privato *ex art. 872*, comma 2, la suprema corte di Cassazione, invocando il principio di realtà, ha ritenuto inaccettabile, in funzione della sicurezza dei soli rapporti giuridici tra privati e dei relativi traffici, che il proprietario dell'edificio costruito con la violazione della disciplina inderogabile sulle distanze, e dunque con detrimento dell'interesse generale, possa restare (poveretto!) unitamente ai suoi aventi causa sempre sotto la spada di Damocle costituita dall'azione di riduzione promuovibile dal proprietario finitimo. Questo ultimo, stante la inderogabilità della disciplina e la sua rispondenza alla salvaguardia di un interesse generale, per quanto assicurato attraverso la conformazione dei diritti di proprietà immobiliari finitime, viene considerato dalla Corte non già nella veste di un aiutante sceriffo che interviene, pur tardivamente, per la tutela dell'inte-



resse generale, bensì di un causidico, per di più indolente, che avrebbe fatto bene a darsi da fare con tempestività.

L'intento esplicitamente perseguito dalla Corte è quello di evitare che nei rapporti tra i privati si determini «una perpetua instabilità, con la possibilità del vicino di agire in ogni tempo per il rispetto delle distanze». Secondo la Corte, ciò che bisogna, dunque, mettere in cortocircuito, in nome della certezza della posizione di chi ha commesso la violazione della disciplina sulle distanze e dei suoi aventi causa è «la facoltà del singolo di far valere il proprio diritto soggettivo, attribuitogli in conseguenza della disposizione rispondente all'interesse generale, *ma senza assunzione di un potere privato confondibile con quello dell'amministrazione*». La corte non ha inteso spingersi sino al punto di sostenere che l'azione di riduzione spettante al proprietario *ex art. 872, comma 2, c.c.* non abbia natura reale. Ha aggirato l'ostacolo costituito dalla imprescrittibilità della azioni a tutela della proprietà, probabilmente facendo riferimento sempre all'art. 949 sull'azione negatoria, configurando il mancato tempestivo esercizio dell'azione di riduzione in pristino come il presupposto di fatto che, unitamente alla persistenza nel tempo della violazione della distanza, può condurre a che «per usucapione [ventennale] sorga una servitù in contrasto con la normativa generale» di cui si avvantaggia il fondo sul quale si è costruito in violazione della disciplina delle distanze.

Ovviamente, in coerenza con l'affermata inderogabilità della disciplina, la corte si preoccupa di precisare che «l'usucapibilità del diritto a tenere un immobile a distanza inferiore a quella legale non equivale alla stipula pattizia di una deroga in tal senso», ma «risponde all'esigenza ulteriore della stabilità dei rapporti giuridici in relazione al decorso del tempo». Come dire, dunque, che accordi transattivi ovvero costituzioni consensuali sempre di servitù non possono farsene, ma l'inattività del proprietario, pur legittimato all'azione di riduzione, può contribuire a che l'altro acquisti per usucapione una servitù avente ad oggetto il non rispetto delle distanze tra le costruzioni.

In definitiva, la certezza dei traffici tra i privati e dunque gli interessi di cui questi sono portatori sono destinati a prevalere sul rispetto della legalità e della salvaguardia di interessi generali. I primi, in definitiva, si rivelano «forti», non fosse altro perché il proprietario privato, grazie all'azione di

riduzione in pristino attivabile dinanzi al giudice ordinario, è messo in grado, anche per proprio tornaconto, di ottenere giustizia sempre che intenda avvalersene. Gli interessi generali, protetti pur sempre dalla disciplina sulle distanze, si rivelano deboli in quanto, in mancanza dell'iniziativa privata del soggetto legittimato all'azione di riduzione, essi restano soltanto affidati ad improbabili interventi di una pubblica amministrazione notoriamente inefficiente.

In altri termini, è legittimo pensare, magari commettendo peccato, che il riconoscimento pur tardivo della inderogabilità della disciplina delle distanze, indubbiamente considerato severo per le pretese dispositive dei proprietari interessati a farne commercio tra loro, nella pronuncia della suprema Corte sia stato ampiamente bilanciato da questo secondo singolare risultato che, in definitiva, premia coloro che hanno violato le distanze inderogabili e che da un lato hanno avuto la fortuna di trovarsi di fronte proprietari finitimi, pavidati o insensibili ai propri interessi oltre che al bene comune, e dall'altro fanno affidamento sulla più che probabile certezza di continuare a fruire della costante e tranquilla latitanza della pubblica amministrazione.

---

492

La singolarità, *rectius* la gravità della situazione, è che la pronuncia ora richiamata, lungi dall'essere isolata riflette una soluzione il cui percorso logico-giuridico è stato pienamente avallato da altre decisioni. In particolare, senza ulteriori motivazioni aggiuntive, Cass., sez. II, 12 dicembre 2012, n. 22824 ha addirittura ritenuto stravagante il contrario orientamento di cui si era fatta interprete la decisione del 3 ottobre 2007, n. 20769, sì da respingere per mancanza, a suo dire, dei presupposti la pur meditata richiesta del procuratore generale di rimettere la questione alla Sezioni Unite.

Più di recente, Cass., sez. II, 18 febbraio 2013, n. 3979 ha ritenuto pienamente condivisibili le argomentazioni poste a base delle decisioni ora richiamate «in quanto sottese al superamento del precedente difforme (*Cass. n. 20769 del 2007*)». Secondo questa più recente pronuncia, è sufficiente considerare «che anche per il diritto di proprietà, benché imprescrittibile, opera la distinzione tra effetto estintivo ed effetto acquisitivo in relazione al decorso del tempo» perché «coerentemente con la disciplina di tale diritto, comprensivo di quello al rispetto delle distanze legali, non vi

è ragione per escludere, nell'ambito del rapporto privatistico, l'usucapione da parte del confinante del diritto a mantenere l'immobile a distanza inferiore a quella legale, ferma restando, nel rapporto tra privati e P.A., la disciplina pubblicistica dettata per la tutela delle prescrizioni urbanistiche di pubblico interesse. In tal modo, *viene contemperato l'interesse del privato a non sottostare alla possibilità che il vicino possa agire in ogni tempo per il rispetto delle distanze legali, con la salvaguardia dei poteri riservati in materia alla P.A. che, in quanto autorità deputata al controllo del territorio, può incidere esclusivamente sul rapporto pubblicistico con il proprietario e responsabile dell'abuso, reprimendo l'illecito edilizio anche attraverso l'ordine di demolizione della costruzione eseguita in assenza o totale difformità o variazione essenziale della concessione edilizia*» [il corsivo è nostro]. Come è facile osservare, anche in questa pronuncia si invoca l'usucapione in vista dell'acquisto di una servitù, ma il vero diritto che si intende far acquisire al proprietario che ha violato le distanze è sostanzialmente quello di sfuggire definitivamente alla tutela reale riconosciuta dalla legge al proprietario finitimo.

In conclusione, la soluzione prospettata da questa giurisprudenza è aberrante e lesiva del principio di legalità e di coerenza dell'ordinamento giuridico: situazioni contrastanti con gli interessi generali protetti da norme inderogabili e dunque pacificamente illegali, mentre sono ancora tali e suscettibili in astratto di essere rimosse per via di interventi della P.A., si trasformano, nei rapporti patrimoniali tra i privati, in legittimi e sacrosanti diritti reali. Come dire che, ancora una volta, grazie all'autorevole avallo della Corte di Cassazione il diritto dei privati si vede riconosciuto, per una sua presunta configurazione strutturale, l'idoneità a dare piena dignità "legale", addirittura sotto forma di un sacrosanto diritto reale tutelabile nei confronti dei terzi, a ciò che continua ad essere "illegale" in quanto in palese conflitto con il diritto scritto ed in contrasto con gli interessi generali che la normativa intendeva proteggere.

Ci si augura che la giurisprudenza sappia e voglia rivedere questa soluzione.