

CAPITOLO IV.  
SERVITÙ STABILITE PER VOLONTÀ  
E FATTO DELL'UOMO.

*Sezione prima.*

QUALI SONO QUESTE SERVITÙ.

È permesso ai proprietari di stabilire sopra i loro fondi od a beneficio di essi quelle servitù che loro sembrano convenienti, purchè tuttavia le servitù stabilite non siano imposte nè alla persona, nè in favore della persona, ma solo ad un fondo, e purchè queste servitù non abbiano inoltre nulla di contrario all'ordine pubblico (Codice civile italiano, art. 616; Codice civile francese, art. 686).

L'art. 638 poi del Cod. civ. fr. dice che la servitù non stabilisce nessuna preminenza di un fondo sopra un altro.

ALBISSON diceva al Tribunato di Francia che quell'articolo compiva la definizione della servitù, prevenendo ogni *arrière pensée* che potrebbe portarsi su quella disastrosa gerarchia fondiaria che disonorò la legislazione francese sino alla notte memoranda del 4 agosto 1789 (V. THIERS, *Storia della Rivoluzione di Francia*).

MALEVILLE (ai citati articoli del Codice francese) dice che l'articolo 686 allude alla soppressione di ogni soggezione feudale antica e tende ad evitarne il ristabilimento.

La legge inoltre stabilisce un principio che domina la materia delle servitù costituite per volontà e fatto dell'uomo. Non è più carattere e condizione di esse la perpetuità della causa loro, secondo la Leg. 28 *Dig. de serv. praed. urb.* (V. DURANTON, t. III, p. 165).

Di più le servitù, come abbiamo or ora detto, non sono dovute alle persone per loro stesse, ma nella loro sola qualità di possessori del fondo dominante: in altri termini esse sono dovute dal fondo, non dalla persona del suo proprietario.

Questi assiomi ci ammoniscono della grande esattezza che si deve adoperare nelle liti intorno a servitù, e principalmente nello esperire l'azione confessoria colla quale le reclamiamo, dovendosi conchiudere in essa, dichiararsi avere spettato e spettare a servizio del fondo nostro *A* sul fondo *B* di Tizio la servitù della quale si tratta: e non

già in astratto alla persona dell'attore, dovendosi spiegare la competenza di essa a questo per l'uso ed il beneficio, utilità e vantaggio del fondo e nella sua qualità di possessore di esso, a senso degli art. 531 e 616: cosa alla quale non sempre si bada; come avviene eziandio allorchè si domanda in un giudizio la dimissione di un fondo senza esattamente indicare per quale titolo di proprietà, ereditario, d'usufrutto, di nudo possesso, o d'altro diritto reale o personale dipendente da contratto o quasi contratto.

Nè a quella conseguente inesattezza sfuggono talvolta le stesse sentenze, delle quali è incerta così la forza e, come alcuni dicono, la portata, onde *de lite fiunt lites*. A tale rispetto è noto che le sentenze sono di diritto stretto, e devono sempre strettamente interpretarsi (FABRO, Cod., l. VIII, t. 16, def. 1); come si sa che le sentenze per lo più non sono attributive di diritti, ma dichiarative di essi.

Nell'accennato senso, che le servitù sono stabilite per l'uso, utilità e beneficio di un fondo, vale a dire allo scopo d'aumentarne il prodotto, i comodi od il diletto, è vero il dire che una servitù può essere costituita *voluptatis causa* (Leg. 8 *Dig. de servit.*, e relative; PARDESSUS, loc. cit., n. 13; TOULLIER, t. III, n. 590).

Il peso imposto ad un fondo a vantaggio e per piacere di una persona non sarebbe una vera servitù, ma un'obbligazione; nè sarebbe nulla (PARDESSUS, n. 11; TOULLIER, t. III, n. 586 e seg.; DURANTON, t. III, pag. 162 e seg.; ZACHARIAE, t. I, § 247).

BRUNNEMANN alla citata Legge 8 *Dig. de servit.*, tratta del diritto acquisito di cacciare sopra l'altrui fondo, e quando sia servitù reale; e lo tiene per servitù reale se si abbia *ratione praedii*, e come possessore di esso, per esempio, di un castello o villa: ragiona di varii altri diritti reali e prestazioni, diversi dalle vere servitù conosciute (PARDESSUS, loc. cit., n. 11, 12 e seg.).

Per stipulare una servitù bisogna avervi qualche interesse (Leg. 15 *Dig. de servit.*; Leg. 2, 4, 7 *Dig. si servit. vind.*: vedi art. 36 del Codice di Procedura civile).

« *Inventae sunt stipulationes ut unusquisque adquirat quod sua interest.* » Una stipulazione senza interesse sarebbe sovente derisoria; e tale non è il fine delle leggi.

Una servitù non può esercitarsi che per l'utilità di un fondo; non può perciò vendersi o locarsi separatamente da esso, nè si estende ad altri fondi (ZACHARIAE, t. I, § 253).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> V. anche Cod. civ. it., art. 531.

Ciò premesso diremo che i proprietari possono modificare mediante convenzioni private le servitù stabilite dalla legge, che non siano di ordine pubblico: per esempio, eglino possono convenire che il fondo superiore abbia l'onere dello scolo delle acque dal fondo inferiore, e che si possano prendere vedute in un muro divisorio; ma non potrebbero convenire che l'uno di essi sia esente dal fare contro-muri ai camini, ai forni, alle fucine, ecc.; perchè queste opere sono ordinate dalla legge nell'interesse pubblico.

Le convenzioni, specialmente in fatto di servitù, e tra vicini (dice PARDESSUS, n. 130), colle quali si deroghi alle leggi proibitive d'interesse, di utilità o di igiene pubblica, si tengono per nulle: ciò si applica alle distanze ed opere alle latrine e simili, al pascolo nei boschi e nelle selve sino a certa loro età, o di alcune bestie, come le capre, ecc. (V. anche la legge forestale italiana altrove citata e il Codice civile, art. 12, tit. prelim.).

Si può acquistare, a titolo di servitù, il diritto di appoggiare la propria casa contro quella del vicino, o di collocare travi e travicelli nel muro del vicino; ma il proprietario del fondo serviente, non essendo mai tenuto, di pien diritto, a fare a sue spese le opere necessarie all'esercizio di una servitù, non sarebbe obbligato a mantenere la sua casa od il suo muro in istato di sopportare il peso. Tuttavia, non dipende che dalle parti lo stipulare che il proprietario del fondo soggetto sia tenuto a fare a sue spese le opere necessarie all'uso ed alla conservazione della servitù (TOULLIER, t. II, n. 665; DEMOLOMBE, n. 874 e 924; LAURENT, n. 241; Sentenza della Corte di Cassazione francese, 7 giugno 1859, *Giornale del Palazzo*, 1861, I, 71, e 16 marzo 1869, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1870, I, 120: *Contro*, DURANTON, n. 503).

Se il titolo non determina il numero, il peso ed il posto delle travi che sarà permesso di appoggiare sul muro, queste questioni si risolveranno secondo le circostanze; e se è solo detto che il proprietario del fondo dominante avrà il diritto di collocare travi o travicelli nel muro del vicino, in generale, egli potrà collocarne quante vuole ed in quel sito che gli convenga scegliere. Finalmente, la servitù non si estinguerebbe per ciò solo che la trave od i travicelli venissero a perire per vetustà o fossero tolti per altra causa: essa sussisterà per tutto il tempo che dura il muro che la deve, o quello che l'avesse rimpiazzato, a meno che non si sia lasciato passare il tempo della prescrizione, senza mettere nuove travi o nuovi travicelli.

È mediante lo stabilimento di un diritto di servitù che si può far avanzare una sporgenza di un fabbricato sul fondo del vicino, come una galleria, un balcone, o l'orlo di un tetto, senza tuttavia farvelo appoggiare (DEMOLOMBE, n. 925).

Si può ancora, mediante una convenzione privata, stipulare che lo scolo del tetto, di un cortile, di una scuderia, ecc., versi sul fondo vicino, contrariamente al divieto portato dall'art. 591 del Codice civile italiano corrispondente all'articolo 681 di quello francese, che non è di ordine pubblico. La servitù di scolo può anche essere stipulata in questo senso, che il proprietario dello scolo sia tenuto a lasciar scolare le acque sul fondo vicino, a cui esse siano utili.

Talvolta si conviene che l'uno dei vicini non fabbrichi sopra una parte del suo terreno indicata, od al di là di una certa altezza, affinché l'altro abbia una veduta od un aspetto più piacevole.

Questa servitù non impedisce di piantare alberi o di avere boschetti, nè di stabilire una pozza o lama, od una cloaca sul terreno interdetto; a differenza della servitù di prospetto, che impedisce di far nulla di simile, che potesse mascherare la veduta, o renderla spiacevole.

Se non che la servitù di non fabbricare non dà diritto di veduta, in guisa che si possano avere luci di aspetto, a meno di una certa distanza (sei piedi secondo l'art. 678 del Codice francese, e di un metro e mezzo secondo l'art. 587 del Codice italiano), eccetto quando queste luci esistano già al momento in cui la servitù è stabilita: in questo caso, il consenso alla servitù di non fabbricare potrebbe, secondo le circostanze, essere considerato come una rinuncia al diritto di esigere la soppressione delle luci (DURANTON, n. 512 e 513).

Se il divieto di non fabbricare fosse concepito in termini generali e senza riserva, si estenderebbe a tutto il fondo vicino (DEMOLOMBE, n. 921).

Si può anche acquistare la servitù di veduta consistente nell'aver vedute d'aspetto o finestre apertisi in un muro che costeggi il fondo vicino, o nel muro che sia a distanza, dal fondo vicino, minore di quella fissata dagli articoli 678 e 679 del Codice civile francese corrispondenti all'articolo 589 di quello italiano.

La convenzione che autorizzasse ad avere sul terreno vicino le luci della casa che alcuno si propone di costruire, darebbe il

il diritto di avere tutte le luci che si volessero aprire a tutti i piani della casa, qualunque sia il loro numero; ma la concessione di aprire luci pel servizio di una casa già esistente, non permetterebbe di aprirne nei piani ulteriormente aggiunti.

Questa servitù di veduta non comprende quella di prospetto, della quale abbiamo altrove parlato, nè il divieto di fabbricare sul fondo serviente, purchè la veduta non sia ostruita. Così il proprietario del fondo serviente potrebbe elevare dappertutto sul suo terreno, fino all'altezza delle finestre, costruzioni che, senza nuocere alle luci, nuocerebbero solo alla bellezza dell'aspetto (DURANTON, n. 519; DEMOLOMBE, n. 917).

Ma non potrebbe elevare costruzioni al di sopra dell'altezza delle finestre, se non alla distanza di sei piedi, secondo il Codice francese e di un metro e mezzo secondo il Codice italiano, a partire dalla linea separativa dei due fondi (Sentenza della Corte di Cassazione francese, 10 aprile 1855; DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1855, I, 211).

Se esistesse, in faccia all'edificio al quale è stato accordato un diritto di veduta, un fabbricato che limitasse la veduta e la rendesse spiacevole, il proprietario del fabbricato non avrebbe meno il diritto di conservarlo e di ricostruirlo al bisogno.

Quando il titolo che stabilisce il diritto di veduta parla di una servitù di *luce*, s'intende di una semplice luce ad inferriata fissa: il vocabolo *vedute* significa luci libere più estese che semplici luci ad inferriata fissa; la *veduta* si riferisce a finestre apertisi e comprende nello stesso tempo il prospetto (PARDESSUS, n. 238).

Si potrebbe ancora convenire che nessuna finestra sia aperta in un fabbricato lontano più di sei piedi, secondo il Codice francese di un metro e mezzo secondo quello italiano, dal fondo vicino, o che luci a grata e ad invetriata ferma non siano aperte in un fabbricato meno lontano.

Del resto, è evidente che per lo stabilimento di una servitù volontaria, non è necessario che i due fondi, serviente e dominante, siano contigui (LEPAGE, n. 278).

Dopo ciò diremo, a complemento della materia, che per l'articolo 617 del Codice civile italiano, corrispondente all'art. 688 di quello francese, le servitù sono continue o discontinue.

Continue sono quelle, il cui esercizio è o può essere continuo senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo: tali sono gli acquedotti, gli stillicidii, i prospetti ed altre simili.

Discontinue sono quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate: tali sono quelle di passare, di attingere acqua, di condurre bestie al pascolo e simili.

E qui giova premettere che la distinzione delle servitù in continue e discontinue, apparenti e non apparenti, è il grande fondamento del sistema dei Codici moderni, desunti dal Codice francese, per quanto riguarda l'acquisto, la conservazione e l'estinzione delle servitù stesse (PARDESSUS, *Delle servitù*, n. 30); e che il nostro Codice non mantiene più l'antica divisione delle servitù in urbane e rustiche, della quale abbiamo fatto cenno nel capitolo primo.

Nel diritto romano era conosciuta la distinzione fra le servitù continue e non continue o discontinue, spesso occulte. Si chiamavano continue se venivano esercitate mediante un possesso continuo, secondo la Legge 14, pr., *Dig. de servit.*; ovvero in ogni tempo, giusta la Legge 7, *Dig. quemad. servit. am.* e le Leggi 2 e 5, *Dig. de aqua quot.* Si denominavano poi discontinue nel caso contrario (v. HAIMBERGER, § 271; MERLIN, v. *Servitù*, § 8).

Quasi tutte le servitù rustiche si tenevano per discontinue (RICHERI, *Jurisprud.*, t. III, §§ 911 e seg., 1238 e seg.).

La legge nel caratterizzare per continua una servitù non esige una continuità reale o di fatto, ma soltanto la possibilità di essa secondo la specie o natura delle servitù. Così una servitù di veduta o di presa di acqua è continua, quantunque l'esercizio ne sia di tempo in tempo interrotto per il chiudimento delle imposte o di una derivazione (PARDESSUS, n. 28; DURANTON, t. III, pag. 174). La cessazione, per esempio, di un passaggio per dato tempo (o la sua interruzione, secondo gli antichi dottori, fra cui CAEPOLLA, che distinguevano le servitù in continue ed interrotte), come sempre avviene, porta seco necessariamente la non continuità del suo esercizio od uso del diritto; ma un acquedotto o diritto di presa d'acqua si esercita anche durante il sonno od il riposo dell'uomo, poichè schiusa la derivazione, l'acqua scorre nel canale senza altro fatto od opera umana.

Le servitù discontinue esigono *fatti successivi* per usarne, praticati dal possessore del fondo dominante su quello serviente o proposto tale (ZACHARIAE, loc. cit., t. I, § 248).

Le servitù inoltre sono apparenti e non apparenti.

Apparenti sono quelle che si manifestano con segni visibili, come una porta, una finestra, un acquedotto.

Non apparenti sono quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza, come il divieto di fabbricare sopra un fondo, o di non fabbricare che ad una altezza determinata (art. 618 del Cod. civ. ital.; 689 di quello francese).

La distinzione fra le servitù apparenti e non apparenti, e diremo occulte, non facevasi in diritto romano, perchè essa nel suo sistema non aveva influenza giuridica quanto al loro acquisto, uso, conservazione e perdita.

Esistevano però di loro natura servitù di questa specie, e tali erano in se stesse quelle enumerate, ad esempio, nell'articolo succitato; il quale d'altro canto non presenta dubbii e difficoltà. Ad ogni modo puossi ricorrere al MERLIN, v. *Servitù*, §§ 2 e 7, ed al ROMAGNOSI, t. III, pag. 129 e seg.

È indifferente che i segni visibili esistano sul fondo dominante, o sul serviente. L'articolo stesso non distingue: sono opere esteriori costruite sull'uno o l'altro fondo (ZACHARIAE, t. I, § 248; TOULLIER, t. III, n. 635; DURANTON, t. III, pag. 175; PARDESSUS, n. 22 e seg.).

La servitù della presa d'acqua per mezzo di canale o di altra opera visibile e permanente, a qualunque uso sia destinata, cade nel novero delle servitù continue ed apparenti, ancorchè la presa non si eseguisca che ad intervalli di tempo o per ruota di giorni o di ore (art. 619 del Cod. civ. ital.).

L'opera visibile e permanente accennata nell'articolo 640 del Codice sardo e nell'attuale, per rendere la servitù di presa d'acqua continua ed apparente, deve essere fatta nel fondo superiore dal proprietario del fondo inferiore (*Collezione delle Sentenze della Corte di Cassazione subalp.*, ecc., anno 1858, pag. 857).<sup>1</sup>

Quando per la derivazione di una costante e determinata quantità d'acqua scorrente è stata convenuta la forma della bocca e dell'edifizio derivatore, questa forma deve essere mantenuta, e non sono le parti ammesse ad impugnarla sotto pretesto di eccedenza o deficienza d'acqua salvo che l'eccedenza o la deficienza provenga da variazioni seguite nel canale dispensatore o nel corpo delle acque in esso scorrenti.

Se la forma non è stata convenuta, ma la bocca e l'edifizio derivatore sono stati costruiti e posseduti pacificamente durante cinque anni, non è neppure ammesso dopo tal tempo alcun re-

<sup>1</sup> V. l'art. 629 del Codice civile italiano.

clamo delle parti sotto pretesto di eccedenza o deficienza d'acqua, salvo nel caso di variazione seguita nel canale o nel corso delle acque come sopra.

In mancanza di convenzione e del possesso precedentemente menzionato, la forma sarà determinata dall'autorità giudiziaria (Codice civile italiano, art. 620).

È antica regola: *tantum praescriptum, quantum possessum* (THE SAURO, decis. 195, n. 8; MERLIN, v. *Prescrizione*, sez. I, § 5, articolo 3, n. 7; TROPLONG, *Della prescrizione*, n. 272).

Non si deve, dice il ROMAGNOSI (p. I, lib. 2°, cap. 3, §§ 9 e seg.), aver riguardo alla lettera della scrittura, ma al fatto concordato effettivamente: perciò il corpo effettivo d'acqua accordato da una parte e posseduto dall'altra forma l'oggetto unico legalmente attendibile. Il legislatore non permette, nè deve permettere che sotto il pretesto di meno esatte e rigorose costruzioni venga levata nemmeno una stilla d'acqua ai legittimi possessori, e toccate le bocche. Invano potrebbe l'avidità insorgere colla scusa dello errore, della lesione: chi vi assicura che il secondo sperimento sia più verace del primo? È d'altra parte pure nota la regola che «*omnes conventiones habent tacitam illam conditionem, si res in eodem statu permanserit*» (FABRO, Cod., I, VII, t. 32, def. 13, n. 12).

Nelle concessioni di acqua fatte per un determinato servizio senza che ne sia espressa la quantità, s'intende concessa la quantità necessaria a quel servizio; e chi vi ha interesse può in ogni tempo far stabilire la forma della derivazione in modo che ne venga ad un tempo assicurato l'uso necessario suddetto od impedito l'eccesso.

Se però è stata convenuta la forma della bocca e dell'edificio derivatore, o se, in mancanza di convenzione, si è esercitata pacificamente per cinque anni la derivazione in una determinata forma, non è più ammesso alcun richiamo delle parti, se non nel caso accennato nell'articolo precedente (Codice civile italiano, articolo 621).<sup>1</sup>

Nelle nuove concessioni in cui è convenuta ed espressa una costante quantità d'acqua, la quantità concessa deve in tutti gli atti esprimersi in relazione al modulo.

<sup>1</sup> Il PECCHIO. (l. I, cap. 3, quaest. 12, n. 10) dice: «*Regulariter loquendo, in servitute acqueductus inteligitur constituta secundum indigentiam praedii dominantis.*»

Il modulo è l'unità di misura dell'acqua corrente.

Esso è un corpo di acqua che scorre costante nella quantità di cento litri al minuto secondo, e si divide in decimi, centesimi e millesimi (Codice civile italiano, art 622).

Quest'articolo introduce una unità legale nella misura delle acque, invece dell'onciata, non uniforme, la quale in Piemonte era la dodicesima parte della ruota (ROMAGNOSI, p. I, lib. 2, capitolo 5, sez. I, §§ 6, 8 e BUFALINI, *Manuale legale degli ingegneri e architetti*, parte 2<sup>a</sup> in fine).

Tuttavia riguardo alla definizione del modulo d'acqua il Codice sardo, a differenza dell'attuale, la subordinava a certe quantità e forme geometriche dell'edificio dispensatore, facendo così dipendere la misura legale dell'acqua da una costruzione pratica, facilmente soggetta ad alterazioni, e rare volte esatta. Esso definiva il modulo di acqua: « la quantità d'acqua che per la sola pressione e con libera caduta passa per una luce quadrilatera rettangola collocata in modo che due dei suoi lati sieno verticali, larga due decimetri, alta pure due decimetri, ed aperta in parete sottile, contro la quale l'acqua s'appoggia ed è mantenuta colla suprema e libera sua superficie all'altezza di quattro decimetri sopra il lato inferiore della luce ».

Giova qui avvertire che nella idraulica moderna altre sono le *bocche libere*, altre le *limitate*, altre le *tassate*: bocche libere sono quelle alle quali non viene apposta luce veruna limitata; bocche limitate sono quelle che sono costituite da un dato foro, ma che non sono munite di cateratte *a battente* per il quale si possa determinare la velocità dell'acqua fluente; bocche tassate sono quelle per mezzo delle quali si può approssimativamente sapere quanti cubi, quanti litri od altra misura finita d'acqua passi in un dato tempo per una determinata luce d'una data figura: a queste bocche appartiene il *battente*.

Per farsi poi una chiara idea del *battente* conviene figurarsi che nella testa di un canale, per mezzo del quale viene estratta l'acqua da un comune *dispensatore* (come sarebbe un lago, un fiume, un fontanile od altro canale), sia apposta una parete o lastra, per esempio, di pietra traforata per la quale l'acqua estratta deve necessariamente passare: quando l'acqua che passa per il foro è sovrabbondante, una parte scappa fuori, e l'altra parte urta contro la parete superiore della lastra: codesta parete superiore della lastra contro cui si *appoggia* o *batte* quest'acqua sovrabbon-

dante al foro, detto *luce della bocca*, chiamasi *battente*: esso è un rappresentativo dell'altezza dell'acqua soprastante alla luce: tale *battente* più o meno alto comunica (si noti) per mezzo della sua pressione, maggiore o minore velocità alle acque, e serve a misurare l'acqua uscita, o che si vuole far uscire dal comune *dispensatore* (ROMAGNOSI, loc. cit., p. I, lib. 2, cap. 5, sez. 1, §§ 6 e 8, e p. I, cap. 1, sez. 3, § 25). Si sa da tutti che se una botte di vino è ripiena o quasi, più presto si riempie la bottiglia, perchè appunto il *battente* del foro è maggiore, è maggiore così la pressione, o la spinta del liquido, internamente alla botte (ROMAGNOSI, loc. cit.).

L'articolo surriferito del vigente Codice stabilisce un'altra unità di misura idraulica dell'acqua che si estragga da un *dispensatore* comune, e la definisce in modo semplice: la determina dalla *quantità* dell'acqua estratta o che si vuol estrarre, di cento litri al minuto secondo, senza riguardo alla velocità, come si farebbe della vendita del vino ad un tanto all'ettolitro od al litro.

Non importa più per fissare il *modulo*, il modo della costruzione dell'edifizio derivatore. Tutto dipende dalla quantità dell'acqua derivata o da derivarsi; come non si dovrà più avere riguardo alla forma del foro o luce, da cui si eroga l'acqua, sia essa quadra, rotonda, od altra.<sup>1</sup>

È opportuno poi riflettere che l'articolo in esame parlando di *nuove concessioni d'acqua*, dispone per le concessioni avvenire, cioè posteriori al 1° gennaio 1866, giorno nel quale il Codice italiano andò in vigore e da cui dovette osservarsi, ed esclude qualunque supposta necessità di enunziare il modulo d'acqua in titoli posteriori al detto giorno, ma relativi e riferentisi a concessioni d'acqua anteriori, come si esprimevano già gli autori del *Manuale forense* (t. III, p. 776). A noi sembra del pari che una rinnovazione di titolo, conferma o simili, non cada sotto le voci di *nuova concessione* (v. anche gli art. 2, 620 e seg.).

Il diritto alla presa d'acqua continua si può esercitare in ogni istante (Cod. civ. ital., art. 623).

<sup>1</sup> Vedi nel nostro *Manuale legale degli ingegneri e architetti*, parte 2<sup>a</sup>, le diverse misure già in uso nelle varie Provincie d'Italia per la misura delle acque. Vedi anche ROMAGNOSI, loc. cit. t. II, p. 191, 214, 283 e seg.; t. IV, p. 165 e seguenti.

I Romani antichi avevano tre misure, per digiti, per oncie e per quinarîi.

La presa d'acqua poteva essere continua o discontinua, ovvero interpolata, e non sempre in atto e potenza di diritto.

I Romani dicevano che si considerava per acqua *quotidiana* quella che continuamente d'estate e d'inverno si derivava, o poteva di fatto condursi e fluire; come *estiva* quella che si conduceva soltanto in estate, desumendo la differenza di essa non tanto dalla natura dell'acqua quanto dall'uso (Leg. 1, *Dig. de aqua quot.*).

Il nostro Codice dichiara opportunamente che il diritto alla presa di acqua *continua* si può esercitare o sussiste (potenzialmente) in ogni istante, e stabilisce così in modo certo la durata e la perdita della servitù d'acquedotto col mezzo della prescrizione e del possesso (*Manuale forense*, loc. cit.): un'acqua può essere quotidiana ed interrotta, cioè non continua (Leg. 7, *Dig. quemad. serv. am.*) « *Et si alternis horis vel una hora quotidie* (ogni giorno) *duci possit, quotidiana servitus dicitur.* » (*Ivi.*)

Tale diritto s'esercita per l'acqua estiva dall'equinozio di primavera a quello di autunno; per l'acqua iemale dall'equinozio di autunno a quello di primavera, e per l'acqua distribuita ad intervalli d'ore, giorni, settimane, mesi, od altrimenti nei tempi determinati dalla convenzione o dal possesso.

La distribuzione d'acqua per giorni e per notti si riferisce al giorno ed alla notte naturali.

L'uso delle acque nei giorni festivi è regolato dalle feste di precetto vigenti al tempo in cui l'uso fu convenuto o si è cominciato a possedere (Cod. civ. it., art. 624).

Nella materia delle acque le leggi di Roma dichiaravano che l'estate cominciava dall'equinozio di primavera e finiva a quello autunnale, per modo che col periodo di sei mesi dividevano in quest'argomento l'inverno dall'estate (Leg. 1, § 32, *Dig. de aqua quot.*). Quanto all'acqua iemale o invernale, la conoscevano e se ne valevano i Romani, come risulta dalla citata Legge; ma pare che nella pratica non se ne servissero tanto quanto i moderni agronomi, specialmente dell'alta Italia, per le sue immense pianure, praterie e *marcite*. Il deposito del limo, singolarmente di certe valli ed acque che ne scendono, è un elemento primario fecondatore che da sè, quasi senza costoso concime, fa crescere l'erba.

In vari paesi dell'alta Italia si ripartivano le acque vive, e diremo estive, durante il periodo che corre dal 3 maggio al 14 settembre.

Gli aventi ragione però alle acque quotidiane potevano valersene, massimamente nei rari anni di siccità primaverile, anche prima del maggio. Nulla osta che, per cagione d'esempio, un Comune proprietario d'acque che derivi da un fiume, torrente o cavo a pro delle proprietà dei suoi uomini o terrieri, ne faccia la distribuzione che creda più conveniente. La Legge non fissa che norme generali.<sup>1</sup>

Nelle distribuzioni per ruota il tempo che impiega l'acqua per giungere alla bocca di derivazione dell'utente si consuma a suo carico e la coda dell'acqua appartiene a quello di cui cessa il turno (Codice civile italiano, art. 625).

Dicesi distribuzione d'acque per ruota l'uso *successivo* di essa da più utenti che in diversi giorni od ore, l'uno dopo l'altro, ricevono l'acqua e la impiegano nell'irrigazione.

La durata di quest'irrigazione di ogni utente si suole denominare l'*orario* di essa. È poi costume che l'utente inferiore tolga esso stesso la chiusa superiore per il motivo che l'utente superiore ha bensì tutto l'interesse di chiudere a tempo la sua traversata, e di chiuderla meglio che può prima che giunga l'acqua, affine di riceverla nel tempo e nella quantità dovuta; ma questo stesso utente non ha più un eguale interesse per levarè la chiusa fatta onde l'acqua decorra prontamente all'utente inferiore: e questi ha anzi lui stesso tutto l'interesse contrario di avere appunto l'acqua nel detto tempo e nella data quantità (ROMAGNOSI, p. I, lib. 2, cap. 5, sez. 1, § 3; t. IV, pag. 131 e seg., 134 e seguenti.)

La *coda* dell'acqua significa quel tratto di essa che in una dispensa fatta a ruota da un solo canale a molti utenti successivi rimane morta, e si trova al disotto dell'ultima chiusa, e seguita a trascorrere, ossia a scolare sino a che il canale sia reso asciutto (ROMAGNOSI, p. I, cap. 1, sez. 2, § 19, e p. I, lib. 2, cap. 5, sezione 1, § 3 in fine, sez. 2, § 16; t. IV, p. 137 e seg. 227 e seg.).

La coda compete all'ultimo utente come conseguenza necessaria dello stato fisico delle cose (ROMAGNOSI, loc. cit., t. IV, p. 227 a 230). La si distribuisce all'utente di cui cessa il turno per compenso dei ritardi eventuali nel ricevere l'acqua che soffre in grazia degli altri utenti. Inoltre quest'acqua defluisce dall'edificio

<sup>1</sup> V. art. 436, 432, 625 e seg., e la Legge sull'amministrazione comunale del 10 febbraio 1889.

o dalla bocca dispensatrice nel tempo del di lui turno, ed egli aveva realmente diritto a raccogliere ed usare tutta l'acqua che nel tempo del suo turno sarebbe defluita. (Lo stesso, loc. cit.).

Nei canali soggetti a distribuzione per ruota le acque sorgenti o sfuggite, ma contenute nell'alveo del canale, non possono ritenersi o derivarsi da un utente che al tempo del suo turno (Codice civile italiano, art. 626).

Nei medesimi canali possono gli utenti variare o permutare fra loro il turno, purchè tale cambiamento non rechi danno agli altri (Codice civile italiano, art. 627).

Chi ha diritto di servirsi dell'acqua come forza motrice, non può senza un'espressa disposizione del titolo impedirne o rallentarne il corso, procurandone il ribocco o ristagno (Codice civile italiano, art. 628).

Acque *sfuggite* o *perdute* diconsi quelle che traboccano, cadono o filtrano o si disperdono contro la fissata loro destinazione (ROMAGNOSI, p. I, cap. I, sez. 2, § 18, sez. 3, § 22; p. I, lib. 2, cap. 5, sez. 2, § 15; t. II, p. 117 e seg.).

Le acque diconsi anche *vive* o *morte*: le prime hanno una causa continua ed unità di moto; le seconde per lo contrario sono quelle alle quali quest'originario moto viene troncato, e non iscorrono momentaneamente che dall'alto al basso in forza del moto loro impresso. Agli *scoli* d'irrigazione viene dato il nome d'acque morte (ROMAGNOSI, p. I, cap. I, sez. 2, §§ 17, 18; t. II, pagina 109 e seg. «*Dei predicati delle acque: Delle acque colatizie, salienti, sfuggite o perdute*»). Tratta pure diffusamente dei colatizii il PECCHIO (*De aquaed.*, cap. X) in parecchie questioni. Ci limiteremo solo a dire che egli tiene per tali le acque che immediatamente provengono dalla irrigazione dei prati e delle risaie, e chiamansi anche acque morte; che non possono prescriversi senza un'opera manufatta nel fondo stesso da cui provengono; che si acquistano nello stesso modo dell'acqua viva, e che regolarmente si possono ritenere o divertire a proprio uso e beneficio dall'utente delle acque vive.<sup>1</sup>

Ed ora aggiungiamo che era pure regola appartenere le acque colatizie di loro natura a chi se ne poteva servire il primo, od al primo occupante, nel senso però che era sempre lecito ai possessori dei fondi vicini di farne uso, senza che il proprietario del

<sup>1</sup> V. l'art. 637 del Codice civile italiano.

fondo inferiore potesse lagnarsene, come diritto e cosa facoltativa (MANTELLI, t. V, Appendice, p. 232 e seg., e t. X, pag. 276; DUBOIN, t. VIII, pag. 122, 178); che le stesse acque appartenevano al proprietario del cavo o canale nel quale cadevano naturalmente dai prati, come spesso avviene (MANTELLI, loc. cit.); che i colatizii raccolti in un canale manufatto divengono proprietà o del padrone di esso, o degli utenti inferiori, e non già del primo dei proprietari dei beni attigui che possa servirsene, nè a questi scoli si applicavano nelle antiche provincie gli articoli 647 e 682 del Codice albertino sull'occupazione (TAVOLA DECENNALE DI GIURISPRUDENZA, v. *Acque*, n. 25), e che alle acque colaticcie si applicavano le disposizioni circa le sorgenti del proprio fondo degli articoli 555 e 556 del Codice sardo (art. 540 e 541 di quello vigente, TAVOLA DECENNALE DI GIURISPRUDENZA, v. *Acque*, n. 14 e seg., ove si equipara il proprietario del fondo da cui le acque colano a quello della sorgente o fontana).

Non può il proprietario d'un canale dispensatore fare distribuzione di acque a pregiudizio di quelli a cui compete il diritto di prestabilite derivazioni; ma può disporre dell'acqua per ciò che eccede l'indispensabile al suddetto diritto (BETTINI, t. II, pagina 569.)

Colla prescrizione trentennaria non si può pretendere d'aver acquistato il diritto di godere una quantità d'acqua, la cui distribuzione si fa ad *orario*, non a misura, pel motivo che si tratterebbe di servitù discontinua non apparente circa la sua entità (BETTINI, t. II, pag. 72).

Si deve bensì mantenere il possesso di valersi dell'acqua che vuolsi distribuire ad *orario* da un canale irrigatorio irregolare, giusta il consueto riparto, se si provi per testimoni il possesso trentennario. In tale caso non si tratta di servitù discontinua dirimpetto al proprietario o possessore, ma di non variare la distribuzione consueta fra gli utenti (BETTINI, t. II, p. 452).

L'articolo in esame riguarda gli opifizii idraulici, ed in specie fra essi i mulini, intorno all'edificazione dei quali già esistendovene altri in vicinanza, ed al ristagno delle acque puossi vedere FABRO, Cod. l. III, t. 24, def. 5. Vedasi parimente MERLIN, v. *Mulino* e v. *Bief* (*Canale del mulino*) e PARDESSUS, *Delle servitù*, n. III e seg., e 74, e seg., ritenendosi la loro regola, presumersi il proprietario del mulino anche proprietario del canale artificiale e dell'acqua che lo anima, ed eziandio della sponda o

*Franc-bord* di esso canale artificiale. Vedasi eziandio la Legge 20 marzo 1865, all. F, art. 132 e seg. e gli articoli 614 e 615 del Codice civile.

### Sezione seconda.

PERSONE CHE POSSONO STABILIRE OD ACQUISTARE

SERVITÙ VOLONTARIE.

La concessione di una servitù sopra un fondo non può essere fatta che dal proprietario o dal suo mandatario.

Bisogna inoltre che il proprietario abbia la libera disponibilità de' suoi beni; per conseguenza, che non sia minore, interdetto, nè una donna sotto la potestà del marito (Arg. Codice civile italiano, art. 1106; Codice civile francese, art. 1124).

Il semplice possessore, anche se fosse di buona fede, non potrebbe dunque concedere sul fondo che detiene servitù che sarebbero opponibili al vero proprietario dopo la sua rivendicazione (DEMOLOMBE, t. XII, n. 735; LAURENT, t. VIII, n. 157).

L'usufruttuario, il locatario, il marito per riguardo ai beni personali della moglie, gli immessi nel possesso provvisorio dei beni di un assente, non possono imporre servitù sui fondi di cui hanno il godimento o che amministrano: eglino non sono proprietari (LAURENT, n. 159).

Ma il nudo proprietario può, senza il consenso dell'usufruttuario, consentire servitù che non diminuiscano il godimento di di questo. Così il nudo proprietario di una casa gravata da usufrutto può benissimo imporre, per esempio, a questa casa la servitù di non poter essere innalzata: perocchè, dice POTHIER (Del doario, ossia assegnamento fatto dal marito alla moglie in caso di vedovanza, n. 422), l'usufruttuario, non avendo che il diritto di godere della casa come è, è evidente che non ha interesse a che la casa non possa essere innalzata. Tale sarebbe ancora l'obbligo di non fabbricare sopra un terreno, o di non fabbricarvi oltre una certa altezza.<sup>1</sup>

Il proprietario, dice l'articolo 635 del Codice civile italiano,

<sup>1</sup> V. anche DURANTON, n. 541; PARLESSUS, n. 244; DEMOLOMBE, t. XII, n. 739 e t. X, n. 659.

può, senza il consenso dell'usufruttuario, imporre al fondo le servitù che non pregiudicano il diritto di usufrutto: coll'assenso dell'usufruttuario può imporvi anche quelle che lo diminuiscono.

L'usufruttuario e l'enfiteuta, possono accordare diritti della natura delle servitù di passaggio, di veduta, di attingimento od altri, sotto la condizione, ben inteso, che queste concessioni non eccedano la misura dei loro diritti personali di godimento. Questi diritti non costituirebbero, del resto, vere servitù gravanti l'immobile e non sarebbero opponibili al proprietario, allo spirare dell'usufrutto o dell'enfiteusi (DEMOLOMBE, t. XII, n. 736 e 737; DURANTON, n. 541; PARDESSUS, n. 247; AUBRY e RAU, t. III, p. 72, nota 4; LAURENT, n. 159).<sup>1</sup>

Il proprietario indiviso può, senza il consenso de' suoi comproprietarii, stabilire una servitù sul fondo; ma, durante l'indivisione, l'esercizio di questa servitù non potrà aver luogo e non diventerà possibile, mediante la divisione, che nel caso in cui il costituente sia dichiarato proprietario dell'immobile da lui gravato di servitù (DEMOLOMBE, n. 742; DALLOZ, v. *Servitù*. n. 968; LAURENT, n. 158; PARDESSUS, n. 258).

Ecco quanto dispone in proposito l'articolo 636 del Codice civile italiano:

« La servitù concessa da uno dei comproprietarii di un fondo indiviso, non vi s'intende stabilita e realmente impressa, se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente.

« Le concessioni per qualsivoglia titolo fatte dai primi rimangono sempre in sospeso sin tanto che sia seguita quella dell'ultimo.

« La concessione però fatta da uno dei comproprietarii, indipendentemente dagli altri, obbliga non solo il concedente, ma i suoi successori anche particolari ed aventi causa<sup>2</sup> a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso. »

<sup>1</sup> ZACHARIAE così presso a poco si esprime (t. I, § 250, note): L'usufruttuario da parte sua non può costituire sul fondo vere servitù; ma può concedere, pendente la durata del suo godimento, ragioni analoghe ad esse, purchè il loro esercizio non apporti lesione agli interessi del nudo proprietario.

<sup>2</sup> Con tale locuzione presa dal diritto francese *ayant-cause*, s'indica colui al quale i diritti di una persona sono stati trasferiti per legato, donazione, vendita, permuta, ecc.

Equivale al successore singolare od *in rem* delle leggi romane.

E qui giova ricordare colla Leg. 28, *Dig. comm. div.* e colla Leg. 2, *Dig. de servit.*, che: *Cum socius rem communem invito socio deteriorem facere non possit, ita ut in pari causa potior sit conditio prohibentis* » (Citata Leg. 28, *Dig. comm. divid.*: « *Licere non debet uni socio absque socii consensus, servitutem imponere fundo communi nondum diviso* » (Citata Leg. 2, *Dig. de servit.*). « *Quid autem juris sit* (dice RICHERI, *Cod. t. I, p. 315*) *si omnes fundi domini servitutem alteri concedant diversis temporibus, alibi expendimus.* »

La servitù costituita sopra un fondo indiviso, dice TOULLIER<sup>1</sup> (t. III, n. 573), da uno dei comunisti è validamente stabilita allorchè questi addiviene, per il fatto della divisione o della licitazione, proprietario esclusivo del fondo.

L'esistenza di ipoteche non impedisce al proprietario dell'immobile di gravarlo di servitù; ma sarebbe nullà, per riguardo ai creditori ipotecarii, la costituzione di una servitù che nuocesse alle ipoteche dalle quali il fondo fosse gravato, diminuendone il valore. Tale sarebbe la servitù di non fabbricare sopra un terreno situato in una città, che potrebbe, dice DEMOLOMBE (n. 748), togliere a questo terreno la parte più notevole del suo valore.

Ecco in riassunto che cosa dice in proprio ZACHARIAE (t. I, § 250): L'esistenza di servitù o d'ipoteche sopra un fondo non impedisce al proprietario od ai proprietari di esso di gravarlo di altre servitù; tuttavia queste non possano pregiudicare nè le antiche o preesistenti servitù, nè i diritti dei creditori ipotecarii che conservano la facoltà di far vendere il fondo loro ipotecato prima, senza riguardo alle servitù costituite dopo la iscrizione: e può ciò dichiararsi nel bando venale o *cahiers des charges* (quaderni d'oneri, capitolati).

L'acquisto di una servitù a favore di un fondo non è validamente fatto che dal proprietario di questo fondo o dal suo mandatario, e non dall'affittuario, dal locatario o dall'usufruttuario (DURANTON, n. 549; LAURENT, n. 167 e 168: *Contro*, DEMOLOMBE, n. 759).

Però la servitù stipulata dal proprietario indiviso giova a' suoi comproprietarii. Si presume che egli abbia ricevuto da essi mandato per migliorare la cosa comune (DURANTON, n. 551; PARDESSUS, t. II, n. 263; TOULLIER, n. 578; DEMOLOMBE, n. 761: *Contro*, LEPAGE, n. 285; LAURENT, n. 165).

<sup>1</sup> V. anche DURANTON, t. III, p. 185; PARDESSUS, n. 250.

L'acquisto di una servitù, fatto a favore di un fondo da colui che, in buona od in mala fede, se ne dice proprietario, giova al vero proprietario che si fa mettere in possesso del suo fondo. La convenzione intervenuta, tuttavia, non s'impone a lui: egli può respingere la servitù e l'obbligazione correlativa, se esiste, come può rivendicare il beneficio della convenzione (Codice PERRIN, n. 3793; PARDESSUS, n. 260; MERLIN, Rep., v. *Servitù*, § 12, n. 1; DEMOLOMBE, n. 760; TOULLIER, n. 576: *Contro*, LAURENT, n. 166).

I mandatari generali, come pure gli amministratori legali, quali il tutore, il marito per la moglie, il padre per il figlio minore di cui non ha la tutela, possono pure acquistare servitù; e quelle che fossero già state acquistate da minori, da interdetti e da donne maritate non potrebbero essere annullate che sulla loro domanda o su quella dei loro eredi (Arg. Codice civile italiano, art. 1107; Codice civile francese, art. 1125; DURANTON, numero 556; PARDESSUS, n. 260; LAURENT, n. 168; Codice PERRIN, n. 3800).

E qui giova pur riferire che l'articolo 637 del Codice civile italiano dispone che gli scoli derivanti dall'altrui fondo possono costituire una servitù attiva a favore del fondo che li riceve, all'effetto d'impedire la loro diversione.

Allorchè il modo d'acquisto di tale servitù è la prescrizione, questa non si ha per cominciata se non dal giorno in cui il proprietario del fondo denominante abbia fatto sul fondo servente opere visibili e permanenti destinate a raccogliere e condurre i detti scoli a proprio vantaggio, oppure dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia cominciato o continuato a goderli, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo servente.

E l'articolo successivo del citato Codice aggiunge che lo spurgo regolare e la manutenzione delle sponde di un cavo aperto sul fondo altrui, destinato e servente a raccogliere e a condurre gli scoli, fa presumere che esso sia opera del proprietario del fondo dominante, quando non vi sia titolo, segno, o prova in contrario.

Si reputa segno contrario l'esistenza sul cavo di edifizii costrutti e mantenuti dal proprietario stesso del fondo, in cui il cavo è aperto.

E nel vero, come è delle acque di una sorgente, il proprietario del fondo può divertire gli scoli di questo, se non osti un

titolo di concessione di essi o la prescrizione. Essendo però la diversione, se non havvi titolo in contrario, cosa facoltativa, è noto che *in facultativis non datur praescriptio*; e che *facultati quae facti est non praescribitur* (BALDUS, *De praescript.*, p. 174, n. 9); poichè *res facultativae sunt in libero explicantis arbitrio* (DELUCA, *De judiciis*, disc. 21).

Peraltro è pure regola che la contraddizione od opposizione all'esercizio di una facoltà, o diritto facoltativo rende prescrivibile ciò che non lo era di sua natura, a contare da esse e dall'acquiescenza ad esse (PARDESSUS, *Delle servitù*, n. 387 e seg.): bene inteso sempre che la contraddizione od opposizione abbia effetto: « *Sola prohibitio utendi* (dice il FABRO, Cod. l. III, t. 24, def. 1) *servitute non interrumpit praescriptionem servitutis, si ea prohibitio effectum non habuit. Nec vi, nec clam facere videtur qui suam dumtaxat continuat possessionem, nec si eam vi defendat* » (Ivi). L'articolo 637, ultima parte, è l'applicazione di quelle regole, e s'affa al caso che *prohibitio effectum habuit*, nè vi dette retta chi godeva per benevola tolleranza altrui gli scoli de' suoi prati. La facoltà primitiva e naturale cede allora al diritto acquistato colla prescrizione che vi sottratta.

Nell'art. 637, seconda parte, si fa cenno impropriamente di fondo dominante e di fondo serviente, tali non essendo nè potendo dirsi prima che sia decorsa la prescrizione: lo potranno essere col tempo.

### Sezione terza.

#### COME SI STABILISCONO LE SERVITÙ VOLONTARIE.

Le servitù volontarie, ossia per fatto dell'uomo, si stabiliscono per titolo, per prescrizione e per destinazione del padre di famiglia.

Parleremo separatamente di questi tre modi di acquisto di dette servitù.

a) *Per titolo*. — Le servitù continue ed apparenti si acquistano per titolo, per destinazione del padre di famiglia e per mezzo del possesso di trent'anni (Codice civile italiano, art. 629;<sup>1</sup> Codice civile francese, art. 690 e 692).

<sup>1</sup> Eccone il tenore: « Le servitù continue ed apparenti si stabiliscono in forza di un titolo, colla prescrizione di trent'anni o per la destinazione del padre di famiglia. »

Le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, apparenti o non apparenti, non possono stabilirsi che mediante titoli. Il possesso anche immemorabile non basta, senza tuttavia che si possano infirmare oggigiorno le servitù di questa natura già acquistate col possesso, nei paesi in cui esse si potevano acquistare in questo modo (Codice civile italiano, art. 630;<sup>1</sup> Codice civile francese, art. 691).<sup>2</sup>

Giusta le consuetudini o costumanze (*coûtumes*) di Francia, anteriori al Codice civile francese, osserva MALEVILLE (sugli articoli 690 e 691 del Cod. cit.), non poteva acquistarsi veruna servitù senza titolo, quantunque se ne fosse goduto per cento anni; e nei paesi di diritto scritto al contrario le servitù continue si acquistavano col possesso di trent'anni, e le discontinue col solo possesso immemorabile.<sup>3</sup>

Nelle antiche provincie del Regno, prima del Codice albertino, per acquistare, senza un titolo legittimo, una servitù continua, erano necessari trent'anni di possesso o quasi-possesto, trattandosi di cosa incorporale, in origine imprescrittibile pure, come si desume dalla Leg. 4, § ult., *Dig. de usurp. et usucap.* (EINECCIO, *Ant. rom.*, l. II, t. 6, n. 6); ed era necessario un possesso immemorabile per le discontinue: altrimenti non si potevano dire prescritte. Se si aveva un giusto titolo *a non domino* e in buona fede, bastava un tempo di dieci anni o venti, secondo i casi di presenza o d'assenza: era l'usucapione (RICHERI, *Jurisprud.*, t. III, § 910 e seg. V. MALEVILLE, loc. cit.).

Si è pensato, diceva ALBISSON (*Discorsi al Corpo legislativo ed al Tribunale di Francia*, t. III, p. 166), che un possesso di trent'anni essendo bastante per acquistare una casa od un fondo, non vi era ragione di riguardarlo come insufficiente per acquistare sopra questa casa o fondo un puro diritto di servitù, di cui l'esercizio ed il segno esteriore di questo esercizio avessero du-

<sup>1</sup> « Le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi che mediante un titolo.

« Il possesso, benchè immemorabile, non basta a stabilirle » (art. 630 del Cod. civ. it.).

<sup>2</sup> V. LAURENT, t. VIII, n. 144 e seg.

<sup>3</sup> V. anche DOMAT, *Leggi civili, Delle servitù*, sez. I, art. 11; POTHIER, *Coutume d'Orléans*, t. XIII, n. 5 e 10 ed art. 225; MERLIN, v. *Servitù*, § 20 e seg.; TROPLONG, *Della prescrizione*, n. 856 e seg.

rato per trent'anni a vista e scienza del proprietario, senza contraddizione da parte sua; ed il diritto romano ha prevalso. Se non che questo diritto venne abbandonato quanto alle servitù continue non apparenti ed a quelle discontinue apparenti o no: quel diritto esigea alla verità per questa sorta di servitù un possesso *immemorabile*; ma tale possesso non manifestandosi necessariamente con atti abbastanza continui od abbastanza frequenti per fare supporre il consenso, anche allorquando non vi esistesse contraddizione formale, fu con ragione che il progetto del Codice francese dichiarò che tali servitù non potessero stabilirsi salvochè per titoli, e che il possesso, ancorchè *immemorabile*, non potesse più tenerne luogo.

Del resto se le servitù continue ed apparenti sono ora le sole prescrivibili, si è perchè esse, per il loro carattere, preven- gono gli inconvenienti delle altre; e sono le sole il cui possesso è atto a prescrivere, come nell' articolo 2229 del Codice civile francese (corrispondente agli articoli 2106 e 686 di quello ita- liano) (PARDESSUS, n. 275 e 276).

Invano si cercherebbe di dire continua ed apparente in senso legale, come pretende TOULLIER, una servitù dichiarata discon- tinua e non apparente dalla legge, per esempio, coll' apposizione di una *porta* per un passaggio che lo renderebbe apparente e si- mili (PARDESSUS, loc. cit.); sarebbe sempre imprescrivibile.

Quanto alle servitù non apparenti e discontinue, si abusa spesso dell' amicizia, della familiarità, del vicinato, della tolle- ranza, assenza, indolenza, debolezza, timore od ignoranza altrui per introdurle (*Ivi*). La prescrizione, come mezzo d' acquistare le servitù, non può servire oggidì che per quelle, l' esercizio delle quali, continuo di sua natura, rende inoltre necessarie *opere*, sem- pre facili a vedersi, sempre esistenti, e proprie ad avvertire a ciascun istante colui che avrebbe interesse a reclamare contro.

Insomma, in poche parole, il possesso loro, o quasi, deve essere pubblico, noto e permanente, come l' occupazione del fondo stesso per acquistare il dominio (PARDESSUS, n. 280).

A senso poi dell' articolo 686 del Codice civile italiano, il possesso dovendo essere non equivoco *ed animo domini*, sta a chi eccepisce che sia stato *equivoco*, ossia dubbio nella sua natura e negli effetti che intendesse attaccarvi colui che lo esercitava, il provarlo tale, perchè si presume essersi posseduto *pro suo*, come dicono le leggi romane, ed a titolo di proprietà (*Ivi*, n. 281. V. Leg. 17, Dig. comm. praed.).

Difatti, in massima, i vizii del possesso, la familiarità, la tolleranza e simili non si presumono (*Ivi*, n. 282).

Del resto giova ritenere la norma generale sanzionata dalla cosiddetta Legge transitoria del 30 novembre 1865, la quale all'art. 21 dispone:

« Le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, le quali, al giorno dell'attuazione del nuovo Codice, sono state acquistate col possesso, secondo le leggi anteriori, sono conservate. »

I moderni Codici, in generale, non riconoscono più un possesso di oltre trent'anni, tenuto per il più lungo, giuridicamente parlando, rispettando i diritti nascenti da un possesso ulteriore, singolarmente dallo immemorabile che nel foro induceva la presunzione dell'esistenza di un titolo ignorato o smarrito, e della buona fede; ed aveva la forza di una legge o di un privilegio legittimamente costituito, ravvisandosi il migliore dei titoli (RICHERI, *Inst.*, §§ 1795 e 1814; *Cod.*, t. I, p. 312; THESAURO, *Quaest. for.*, l. II, *quaest.* 26 e 27; FABRO, *Cod.*, l. III, t. 24, def. 9; PARDESSUS, *Delle servitù*, n. 229).

TROPLONG (*Della prescrizione*, n. 818) accenna le difficoltà di provare quel possesso.

Potrebbe peraltro essere opportuno (ZACHARIAE, § 251, in fin.) un atto di ricognizione di colui che di fatto soffre la servitù, od un esame a futura memoria.

Aggiungiamo che il nostro Codice dichiara che le servitù continue ed apparenti si stabiliscono per titoli,<sup>1</sup> mediante la prescrizione di trent'anni e per destinazione del padre di famiglia, della quale parleremo tra poco; ma non fa menzione della prescrizione di dieci anni, o, diremo, usucapione, sancita dall'articolo 2137. Ciò può sembrare un'omissione. Peraltro (e ne tratteremo in seguito) giova qui ricordare con DEMOLOMBE (n. 781) che il possesso trentennario è sempre necessario come modo di acquistare le servitù, non potendosi invocare la prescrizione di dieci o venti anni. Questa opinione è divisa da LAURENT e da AUBRY e RAU contro l'avviso di TROPLONG e DURANTON.

A questo punto giova riportare l'articolo 631 del Codice civile italiano, che, come vedremo più sotto, non ha corrispondente in quello francese.

<sup>1</sup> Anche l'uso e l'usufrutto e gli altri diritti reali possono acquistarsi con un titolo a non domino. V. gli art. 137, 115 e 478 del Codice civile.

Nelle servitù affermative, dice codesto articolo, il possesso utile per la prescrizione si computa dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitarle sul fondo serviente.

Nelle servitù negative, esso soggiunge, il possesso comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo serviente per contrastargli il libero uso del medesimo.

Il MERLIN nel suo *Repertorio* (v. *Servitù*, § 6) fa menzione delle servitù affermative e negative, dicendo che tutte le servitù sono, a parlare propriamente, negative, considerandole rispetto al fondo che le deve: poichè esse non obbligano giammai il proprietario a farvi qualche cosa; ma osserva che si dà più particolarmente questo nome a quelle che impediscono al proprietario del fondo serviente di farvi certe cose. Le servitù affermative al contrario lo obbligano a soffrire (*patis*) che un altro vi faccia qualche cosa. Soggiunge che tutte le servitù personali o miste sono od erano servitù affermative e che è lo stesso della maggior parte di quelle fra le servitù reali che sono contrattuali; ma che però ne esistono alcune che sono veramente negative, come quelle di non alzare le sue mura al di là di una certa altezza, di non togliere prospetti e simili. Dice che ne esistono anche in maggior numero fra le servitù legali, e che tali sono le disposizioni che proibiscono di stabilire fornaci, camini, latrine, pozzi, ecc., ad una certa distanza dal fondo del vicino.

Il Codice francese e vari posteriori non ammisero la divisione delle servitù in affermative e negative. Questa divisione (scrive PARDESSUS, loc. cit., n. 31) aveva qualche importanza nell'antico diritto in quanto rifletteva soprattutto la prescrizione. Il tempo per acquistare le prime cominciava dal giorno in cui se ne era fatto uso; e il tempo per acquistare le seconde cominciava a contare soltanto dalla proibizione che aveva fatto colui che pretendeva avere diritto di impedire *tale o tale altra cosa*.

Le servitù affermative erano estinte colla semplice cessazione dell'uso durante il tempo richiesto per la prescrizione; le negative non si perdevano per il decorso del tempo, ma soltanto con un cambiamento dello stato dei luoghi che riduceva a nulla la servitù.

In fatto di proibizione e contradizione all'esercizio di una servitù bisogna sempre ricordarsi di ciò che dice il FABRO (*Cod.*,

l. III, t. 24, def. 1), che cioè: « *sola prohibitio utendi servitute non interrumpit praescriptionem servitutis, si ea prohibitio effectum non habuit.* » « *Nec vi, nec clam facere videtur qui suam dumtaxat continuat possessionem, nec si eam vi defendat.* »

Del resto è antica la distinzione delle servitù in affermative e negative: le rustiche erano tutte affermative, *et per negationem non constituebantur* (OINOTOMO, *Inst.*, tit. *de servit.*, § *praediorum urbanorum*, n. 2).

Ciò premesso, diremo che si sta ai termini dell'atto costitutivo per conoscere l'estensione della servitù convenzionale: ogni stipulazione che presenti qualche dubbio deve sempre essere intesa nel senso più favorevole alla libertà dei fondi (PARDESSUS, n. 234).

Tutti gli atti mediante i quali si può alienare la proprietà, come un atto di vendita, di permuta, di divisione, di donazione od un testamento, operano validamente la costituzione di una servitù, e se la costituzione ha luogo per scrittura privata, deve essere fatta in altrettanti originali, quante sono le parti interessate (Arg. Cod. civ. francese, art. 1325).

La servitù può tuttavia essere provata con ogni altro mezzo legale, diverso dalla prova scritta: così, la prova testimoniale sarebbe ammissibile se il prezzo della vendita non sorpassasse le 150 lire: se esistesse un principio di prova scritta, essa sarebbe indefinitamente ammissibile. Essa potrebbe ancora provarsi con presunzioni, colla confessione e col giuramento (LAURENT, n. 148 e 149; DALLOZ, v. *Servitù*, n. 977; DEMOLOMBE, n. 730; AUBRY e RAU, t. III, p. 71, nota 1, e t. II, p. 76, note 23 e 24; Sentenza della Corte di Cassazione francese, 16 dicembre 1863, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1864, I, 215; Sentenza della Corte di Cassazione belga, 26 dicembre 1868, PAS., 1869, I, 269).

Quantunque una servitù già esistente non sia stata dichiarata in un atto di vendita, sia del fondo dominante, sia del fondo serviente, essa continua ad essere dovuta: nel primo caso, la servitù è un accessorio del fondo dominante, che essa accompagna; nel secondo caso, non dipende dal proprietario del fondo serviente di liberarlo dalla servitù per mezzo di un atto di vendita (LEPAGE, n. 288 e 289).

Il titolo costitutivo della servitù, per riguardo a quelle che non si acquistano mediante la prescrizione, non può essere surrogato che con un titolo *ricognitivo* della servitù, emanato dal

proprietario del fondo serviente (Codice civile italiano, art. 634; Codice civile francese, art. 695).

Ecco il tenore del citato articolo del Codice italiano:

« Nelle servitù pel cui acquisto è necessario il titolo, non si può supplire alla sua mancanza che col mezzo di un documento, il quale contenga la ricognizione della servitù e provenga dal proprietario del fondo serviente. »

Si potrebbe dubitare se l'articolo surriferito escluda l'applicazione dell'articolo 2137, concernente sostanzialmente l'antica usucapione, con restrizione di tempo per la prescrizione a dieci anni dopo la trascrizione e riguardante l'acquirente *a non domino* (ma possessore di fatto a titolo di proprietario), in buona fede, di un diritto reale, come una servitù prediale. A noi però sembra che tale dubbio non sia fondato, nonostante le espressioni finali: « documento, il quale... provenga dal proprietario del fondo serviente ».

A questo proposito, osserva MALEVILLE (note agli articoli 695 e 691 del Cod. civ. fr.), che il primo di essi nel dire egualmente: « titolo emanato dal proprietario del fondo soggetto », accenna che colui che ha un titolo *a non domino* o, come si dice nel fóro, colorato, invano lo farebbe rinnovare dal padrone putativo, se non fosse più in possesso del fondo (V. anche ZACHARIAE, t. I, § 250, in fin. e DURANTON, t. III, p. 192).

Sugli atti ricognitivi in fatto di servitù, diremo che talora servono a spiegare i titoli e talora d'altra parte si possono pretendere a conservazione di una servitù.

Una sentenza di condanna contro i proprietari del fondo serviente equivale ad un titolo ricognitivo, e basta in mancanza di ogni altro titolo (LEPAGE, n. 288; DEMOLOMBE, n. 732).

Un atto semplicemente *enunciativo* della servitù sarebbe insufficiente, anche con un possesso immemorabile, a meno che l'uso della servitù non fosse accompagnato dal pagamento di un canone, che sarebbe una ricognizione espressa della servitù.

A più forte ragione sarebbe senza effetto l'*enunciazione* di una servitù, contenuta in un atto compiutosi fra terzi, ed al quale il proprietario del fondo fosse assolutamente estraneo (DEMOLOMBE, n. 752 e seg.; AUBRY e RAU, t. III, p. 76, nota 24; LAURENT, n. 150; DALLOZ, v. *Servitù*, n. 995 e 996).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> PARDESSUS (n. 269) crede che basti una semplice ricognizione nel con-

Così, un atto di aggiudicazione portante un diritto di servitù che, in realtà, non esistesse, non potrebbe trasferirlo, benchè il proprietario del fondo sedicente soggetto non avesse reclamato contro l'enunciazione di questa servitù negli annunci e nel bando. L'aggiudicazione non trasmette all'aggiudicatario che i diritti appartenenti al debitore espropriato (Arg. Codice di Procedura civile italiano, art. 686; Codice di Procedura civile francese, articolo 731).

E qui è anche utile osservare che lo stabilire se un titolo contenga o no ricognizione di servitù, è questione di fatto lasciata al prudente arbitrio del giudice.

Per la intelligenza poi del titolo primordiale o di ricognizione di servitù si deve anche stare all'antica uniforme osservanza, come avvertono PARDESSUS (n. 236) e CANCERUS (*Variar. resol.*, p. III, n. 224). V. anche l'articolo 668 del Codice civile italiano.

Si deve però considerare eziandio lo stato dei luoghi, delle cose ed opere al tempo della convenzione.

b) *Per destinazione del padre di famiglia.* — La costituzione delle servitù per presunto tacito consenso e per sola destinazione del padre di famiglia *causa commodioris usus*, secondo la espressione di DUMOULIN, era reputata ignota alle Leggi romane.<sup>1</sup>

L'uso dei paesi di diritto scritto, dice MALEVILLE (loc. cit.), era che riusciva inutile per istabilire o conservare la servitù che due case o fondi avessero appartenuto allo stesso padrone, se al tempo della vendita di uno di quegli immobili o della divisione fra gli eredi, le servitù non si fossero nominativamente dichiarate o riservate.

Il Diritto romano non conosceva le servitù nascenti da destinazione del padre di famiglia; ma solo il diritto derivante da interpretazione di particolari convenzioni (BETTINI, 1850, pagina 438 e seg.).

La destinazione del padre di famiglia è la disposizione od il coordinamento che il padrone di più fondi fece pel loro uso ri-

---

creto, senza le forme volute dall'articolo 1337 del Codice civile francese. Vedi anche ZACHARIAE (t. I, § 250) e il Codice civile italiano all'art. 1340.

<sup>1</sup> V. MERLIN, Rep., v. *Servitù*, § 17 e seg.; ROMAGNOSI, *Della condotta delle acque*, p. I, lib. II, cap. 2, sez. 2<sup>a</sup>, § 17; MALEVILLE, sull'art. 692 del Cod. civ. franc. e PARDESSUS, n. 288 e seg.

spettivo. Talvolta un fondo è molto avvantaggiato da un altro, senza essere reciprocamente assoggettato a qualche incomodità che stabilisca una specie di compenso: tal'altra il servizio è reciproco; ma queste differenze per nulla cambiano la natura e gli effetti di tale distribuzione, ed è appunto questa destinazione e questa distribuzione che si cambiano in servitù quando i fondi si dividono, come osserva POTHIER (*Coutume d'Orléans*, art. 228), in due proprietà e cessano di appartenere ad un solo padrone.

La distribuzione, dice TOULLIER (t. II, n. 605), non deve essere passeggera e per l'oggetto di una comodità personale e momentanea.<sup>1</sup> Inoltre (*Ivi*, n. 612) non è soltanto contro gli eredi od aventi causa dal proprietario, ma contro il proprietario medesimo che la destinazione del padre di famiglia ha forza di titolo e ne tiene luogo.

La destinazione del padre di famiglia vale come titolo per riguardo alle servitù continue ed apparenti (Codice civile italiano, art. 629; Codice civile francese, art. 692).

Non havvi destinazione del padre di famiglia che quando consta per qualunque genere di prova che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi pose o lasciò le cose nello stato da cui risulta la servitù (Codice civile italiano, art. 632; Codice civile francese, art. 693; LAURENT, n. 174 e seg.).

Se il proprietario di due fondi, fra i quali esiste un *segno apparente* di servitù, *dispone* di uno dei due fondi, senza che il contratto contenga alcuna convenzione relativa alla servitù, essa continua ad esistere attivamente o passivamente in favore del fondo alienato o sopra il fondo alienato (Codice civile italiano, art. 633; <sup>2</sup> Codice civile francese, art. 694).

Non è necessario che, anteriormente alla riunione dei due fondi nella stessa casa, come osserva DEMOLOMBE (n. 816), l'uno di essi sia già stato gravato verso l'altro dalla servitù. Non è

<sup>1</sup> V. anche DURANTON, t. III, p. 192; PARDESSUS, n. 288; Discorso del tribunale ALBISSON, t. III, p. 167.

« *Destinatio causa commodioris usus, si non temporalis, sed perpetua.* » (DUMOULIN, sull'art. 91 della *Coutume de Paris ancienne*.)

<sup>2</sup> Eccone il tenore:

« Cessando i due fondi di appartenere allo stesso proprietario, senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa si intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati. »

nemmeno necessario che lo stato dei luoghi costituisca una servitù ad un tempo *continua* ed *apparente*; l'art. 694 del Codice civile francese (633 di quello italiano) esige solo il silenzio di colui che dispone di uno dei fondi e l'esistenza, in questo momento, di un segno *apparente* della servitù.<sup>1</sup>

La disposizione dell'art. 694 del Codice civile francese (633 di quello italiano) è applicabile non solo al caso di due fondi distinti, ma anche a quello di un fondo diviso in più lotti (Sentenza della Corte di Cassazione francese, 7 aprile 1863, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1863, I, 415).

Una clausola generale, portante che il fondo è venduto colle sue servitù attive e passive non farebbe ostacolo all'applicazione dell'articolo 694 del Codice civile francese (633 di quello italiano), il quale non ha voluto parlare che di convenzione relativa alla servitù che si manifesta con un segno apparente (LAURENT, n. 187; Sentenza della Corte di Cassazione francese, 2 febbraio 1825; DALLOZ, v. *Servitù*, n. 1034).<sup>2</sup>

Dal vocabolo generale *dispone*, adoperato nel citato articolo 694 del Codice civile francese, risulta che ogni specie di titolo che fa uscire dalle mani del proprietario uno dei due fondi, trasforma lo stato apparente dei luoghi in servitù.

Per conseguenza, bisogna attribuire questo effetto all'atto di divisione intervenuto fra due proprietari di un fondo sul quale esistano segni apparenti di servitù, ad ogni alienazione a titolo gratuito od a titolo oneroso, alle espropriazioni forzate come alle alienazioni volontarie<sup>3</sup> (PARDESSUS, n. 289; DEMOLOMBE, n. 827;

<sup>1</sup> V. MERLIN, Rep., v. *Servitù*, § 19; AUBRY e RAU, t. III, p. 87 e seguenti, nota 9; Sentenza della Corte di Cassazione francese, 30 novembre 1853, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1854, I, 17; Sentenza della Corte d'Appello di Bruxelles, 26 febbraio 1859, PAS., 1859, 2, 246; Sentenza della Corte d'Appello di Gand, 11 marzo 1839, PAS., 1839, 2, 48; Sentenza della Corte d'Appello di Liegi, 1 dicembre 1869, PAS., 1870, 2, 283; *Contro*, LAURENT, n. 184 e seg.; MASSÉ e VERGÉ sopra ZACHARIAE, t. II, p. 203, nota 10; MARCADÈ sull'articolo 694; DALLOZ, v. *Servitù*, n. 1021 e seguenti; Sentenza della Corte di Cassazione belga, 31 gennaio 1824, PAS., 1824, p. 33; Sentenza della Corte d'Appello di Bruxelles, 20 dicembre 1862, PAS., 1863, 2, 46.

<sup>2</sup> Mancando speciale menzione di determinata servitù (trovasi scritto nella *Gazzetta dei Tribunali*, 1858, pag. 462), non basta a dirla compresa in una convenzione la clausola generica di stile notarile « con ogni ragione, azione e servitù sì attiva che passiva ». V. anche l'articolo 1494 del Codice civile italiano.

<sup>3</sup> Poco importa, dice ZACHARIAE (t. I, § 252), che la separazione dei due

Sentenze della Corte di Cassazione francese, 30 novembre 1853, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1854, I, 17, e 27 marzo 1866, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1866, I, 339).

Un titolo di divisione, di vendita o simili può del resto non mantenere la servitù, e si sta ad esso.

Si tratta in sostanza di sola legale presunzione: essa si applica anche alle vedute o finestre: *uti sunt, ita sint*.

La destinazione del padre di famiglia non può invocarsi come titolo costitutivo di servitù discontinua (TAVOLA DECENNALE DI GIURISPRUDENZA, v. *Servitù*, n. 50; v. *Passo-Passaggio*, n. 16 e seg.). Per esempio sono servitù discontinue, che, cioè, richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate, quelle di passaggio, di attingere acqua ad un fonte o pozzo, di condurre le bestie al pascolo (*puisage, pacage*), di cuocere calce, tegole, pietre, ardesie, terra, arena e via via V. MALEVILLE sull'art. 688 del Cod. civ. fr., e art. 617 di quello italiano.

Il venditore di parte di una casa non poteva, alzando l'altra parte, recare alla casa venduta un grave danno od una notevole diminuzione di luce.

Ciò era diverso trattandosi di casa legata (*Pratica legale*, p. II, t. 3, p. 407 e seg.).

Si fa questione se la prova che i due fondi hanno appartenuto al medesimo proprietario si debba fare o no mediante un titolo. PARDESSUS (n. 290 e 291) dice che si tratta di provare un fatto giuridico, la proprietà, e che la prova testimoniale non sarebbe ricevibile se non in quanto fosse preceduta da un principio di prova scritta.<sup>1</sup>

La maggior parte degli autori, al contrario, considerando che non si tratta di provare che un fatto materiale, insegnano che la prova testimoniale è ammissibile (ZACHARIAE, t. II, p. 80; TOULLIER, t. II, n. 610; DURANTON, n. 575; DEMOLOMBE, n. 812; AUBRY e RAU, t. III, p. 85, nota 6; LAURENT, n. 181).

Tutti gli autori si accordano nell'ammettere che si può provare semplicemente per testimoni che le cose fossero nello stato dal quale si vuol far risultare la servitù pel tempo in cui i fondi

---

fondi risulti da un atto di disposizione da parte dell'antico proprietario, o che sia l'effetto di una divisione, non considerando la legge che il fatto della separazione dei due fondi, senza occuparsi del modo di essa.

<sup>1</sup> V. anche DELVINCOURT, t. I, p. 165, nota 7.

appartenevano al medesimo proprietario (PARDESSUS, n. 291; DEMOLOMBE, n. 813; LAURENT, n. 181).

La destinazione del padre di famiglia valendo come titolo per lo stabilimento delle servitù, ne segue che il proprietario del fondo sul quale esistono vedute stabilite in questo modo non può erigere, in faccia, costruzioni che le rendano affatto o quasi inutili (PARDESSUS, n. 292).

Dal fatto, che un proprietario ha costruito un muro fra due case a lui appartenenti, non ne segue che, per destinazione del padre di famiglia vi sia, per gli acquirenti di queste due case, servitù od obbligo di non elevare il muro e di conservarlo tale e quale è stato costruito (Sentenza della Corte d'Appello di Metz, 12 giugno 1807; *Raccolta di sentenze* di SIREY, 7, 188).

c) *Per prescrizione.* — Solo le servitù continue ed apparenti si stabiliscono colla prescrizione, mediante un possesso continuo e non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco ed a titolo di proprietario, durante trent'anni (Codice civile italiano, art. 629 630 e 2135, 2106 e 686; Codice civile francese, art. 690, 691, 2229 e 2262).

Così, la servitù di non fabbricare, che non è apparente, quella di passaggio, che non è continua, non si acquistano per prescrizione.

Il possesso di trent'anni è sempre necessario come modo di acquistare le servitù: non si può dunque invocare la prescrizione di dieci o venti anni con titolo e buona fede (DEMOLOMBE, n. 781; LAURENT, n. 194; AUBRY e RAU, t. III, p. 77, nota 1; Sentenza della Corte di Cassazione francese, 14 novembre 1853, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1853, I 328: *Contro*, TROPLONG, *Prescrizione*, t. II, n. 856; DURANTON, t. V, n. 593).

Per completare la prescrizione, si può aggiungere il proprio possesso a quello del precedente proprietario, in qualunque modo gli si sia succeduto (Codice civile italiano, art. 2112; Codice civile francese, art. 2225).

Il possesso dell'affittuario, del locatario, dell'usufruttuario, dell'enfiteuta, del tutore, del possessore temporaneo, degli amministratori di stabilimenti pubblici, dei mandatarii, del possessore di mala fede, conta a favore del proprietario (Codice civile italiano, art. 685; Codice civile francese, art. 2228).

Di più la servitù acquisita ad un immobile indiviso mediante il possesso di uno dei comproprietarii giova a tutti gli altri (PARDESSUS, n. 277 e 278).

La prescrizione comincia dal giorno in cui è stato fatto un atto che costituisca la servitù: per esempio, dal momento in cui è stata appoggiata una trave sul muro del vicino (Arg. Codice civile italiano, art. 541; Codice civile francese, art. 642).

Il diritto acquisito mediante la prescrizione non è mai più esteso che il possesso: non si ammettono accessori se non in quanto siano assolutamente indispensabili all'esercizio della servitù: così il possesso di una finestra sul cortile del vicino non dà diritto di ingrandirla o di aprirne un'altra.

Il modo di una servitù continua ed apparente si prescrive come la servitù stessa: così si acquista mediante un possesso di trent'anni il diritto di avere finestre di sei piedi di altezza, quando il titolo non accorda che un'altezza minore (DURANTON, n. 606; DEMOLOMBE, n. 783 e 784).

Gli atti di pura facoltà e quelli di semplice tolleranza non danno diritto, nè al possesso, nè alla prescrizione (Codice civile italiano, art. 688; Codice civile francese, art. 2232); ma la tolleranza non si presume; bisogna presumere, al contrario, che la servitù sia l'esercizio di un diritto (PARDESSUS, n. 282).

La prescrizione di una servitù non ha luogo sopra un fondo inalienabile, come il fondo dotale, durante l'esistenza del matrimonio (Codice civile italiano, art. 1407 e 2120; Codice civile francese, art. 1561), e non decorre contro i minori e gli interdetti, ne fra i coniugi; ma decorre contro la moglie a favore dei terzi (Codice civile italiano, art. 2120 e 2119; Codice civile francese, art. 2252, 2253 e 2254).

---

## CAPITOLO V.

### ESERCIZIO OD USO DELLE SERVITU'.

---

Quando si stabilisce una servitù, si presume che si accordi tutto ciò che è necessario per usarne. Così la servitù di attingere acqua alla fonte altrui importa necessariamente il diritto di passaggio nel fondo dove la fonte si trova (Codice civile italiano, art. 639; Codice civile francese, art. 696). Parimente il diritto di far passare le acque nel fondo altrui comprende quello

di passare lungo le sponde del canale per vigilare la condotta delle acque e di farvi gli spurghi e le riparazioni occorrenti.

Nel caso in cui il fondo venisse chiuso, dovrà il proprietario lasciarne libero e comodo l'ingresso a chi esercita il diritto di servitù per l'oggetto sopra indicato.

Il padrone del fondo dominante può esercitare il suo diritto, dice ZACHARIAE<sup>1</sup> (t. I, § 253) in tutta la estensione che comportano, secondo l'uso locale, le servitù di eguale natura della sua; ma non può estenderlo al di là di ciò che esiga la utilità del suo fondo, casa o podere, avuto riguardo allo stato in cui si trovava al tempo dello stabilimento della servitù.

Il diritto di acqueausto ad un pozzo altrui non include però quello di servitù di un'altalena ivi esistente, anche quando si tratti di comunione acquistata, quando si può con altri mezzi attingere l'acqua (TAVOLA DECENNALE DI GIURISPRUDENZA, v. *Servitù*, n. 39).

Colui al quale è dovuta una servitù ha diritto di fare tutte le opere necessarie per usarne e per conservarla (Codice civile italiano, art. 640; <sup>2</sup> Codice civile francese, art. 697); come pure tutte le opere tendenti a rendere l'esercizio della servitù più comodo e più piacevole, senza tuttavia aggravarla: a più forte ragione egli ha diritto di far opere, il risultato delle quali sia di diminuire la servitù (LEPAGE, n. 327).

Queste opere possono essere fatte tanto sul fondo serviente quanto sul fondo dominante; ma, per intraprenderle sul fondo serviente, occorre il consenso del proprietario o del Tribunale (LAURENT, n. 240).

Il proprietario del fondo serviente è obbligato a sopportare l'incomodo dei lavori sul suo terreno, come il deposito dei materiali necessari alla loro confezione, senza indennità: egli può solo domandare un termine entro il quale essi debbano essere finiti (DEMOLOMBE, n. 834 e 835).

Queste opere sono a spese di colui che approfitta della ser-

<sup>1</sup> V. anche VOET, l. VIII, t. 4, n. 16; RICHERI, *Jurispr.*, t. III, § 953 e seg.; *Instit.*, § 1490.

<sup>2</sup> Eccone il preciso tenore:

« Colui al quale è dovuta una servitù nel fare le opere necessarie per usarne e conservarla, deve scegliere il tempo e il modo che sia per recare minore incomodo al proprietario del fondo servente. »

vitù, e non a carico del proprietario del fondo soggetto, a meno che il titolo di stabilimento della servitù non dica il contrario (Codice civile italiano, art. 641; <sup>1</sup> Codice civile francese, art. 698).

Tuttavia, se il proprietario del fondo soggetto passa egli stesso pel sentiero che serve di esercizio alla servitù di passaggio, attinge l'acqua al pozzo od alla fontana gravata da servitù di attingimento, le spese di manutenzione e di riparazione debbono allora essere sopportate da entrambi i proprietari, in proporzione dei servizii che ciascuno di essi ritrae dalla cosa.

E qui giova ricordare che la Corte di Cassazione di Torino giudicava però il proprietario del fondo serviente essere obbligato a sopportare *in perpetuo* le spese necessarie all'esercizio della servitù (TAVOLA DECENNALE DI GIURISPRUDENZA, v. *Servitù*, n. 5).

Ma il proprietario del fondo serviente non potrebbe obbligare l'altro a tenere in buono stato l'oggetto della servitù, se il deterioramento non provenga da un uso abusivo (LEPAGE, numero 317).

<sup>1</sup> Ecco le parole di questo articolo:

« Tali opere debbono farsi a sue spese, salvo che sia diversamente stabilito dal titolo.

« Qualora però l'uso della cosa nella parte soggetta a servitù sia comune fra il proprietario del fondo dominante e quello del fondo servente, le opere suddette saranno fatte in comune, ed in proporzione dei rispettivi vantaggi, salvo che il titolo disponga altrimenti. »

E qui giova avvertire che l'articolo surriferito, parlando in genere del titolo, deve intendersi tanto di quello costitutivo in origine della servitù, quanto di uno posteriore.

Si disputa se il titolo predetto ponendo a carico del proprietario del fondo serviente, casa o podere, le spese di cui si tratta, la relativa obbligazione costituisca un peso reale od almeno un'obbligazione personale *in rem scripta*, trasmissibile passivamente, come la servitù stessa, ad ogni possessore, anche singolare, del fondo serviente.

Premettendo che quelle azioni ed obbligazioni *in rem scriptae*, afficienti la cosa (*quae in rem concipiuntur*), sono poco note ai Codici moderni, i quali non riconoscono diritti reali che nel dominio, servitù, ipoteca, usufrutto, uso, abitazione, enfiteusi, diritto ereditario, superficario e di possesso, e che non sarebbe applicabile l'ultimo allinea dell'articolo 415 del Codice civile italiano, diremo che l'affermativa è sostenuta da DELVINCOURT (sull'art. 698 del Cod. civ. fr.), da PARDESSUS (n. 67), da DURANTON (t. III, p. 207) e la negativa da ZACHARIAE (t. I, p. 253), e dai suoi chiosatori nelle note al detto paragrafo, i quali distinguono l'obbligazione occasionale e contraria alla natura delle servitù, da questa.

Vedansi per ogni resto gli articoli 1932 e seguenti del Codice civile italiano sulla trascrizione.

A questo punto è bene ricordare che la Corte di Cassazione di Torino giudicava che può il proprietario del fondo serviente essere obbligato a sopportare *in perpetuo* le spese necessarie all'esercizio della servitù (TAVOLA DECENNALE DI GIURISPRUDENZA, v. *Servitù*, n. 5).

Può accadere che il proprietario del fondo serviente sia incaricato, da una convenzione, a far le opere a sue spese: in questo caso, egli non deve che la spesa necessaria all'esercizio della servitù. Prima di cominciare i lavori, farà bene a richiedere il consenso del proprietario del fondo dominante, e, nel suo rifiuto, a far regolare le opere necessarie da periti (PARDESSUS, n. 57).

L'art. 642 del Codice civile italiano aggiunge che nella servitù di presa e di condotta d'acqua, quando il titolo non disponga altrimenti, il proprietario del fondo servente può sempre domandare, che il cavo si mantenga convenientemente spurgato e le sue sponde siano in istato di buona riparazione a spese del proprietario del fondo dominante.

Quanto ai derivatori dell'acqua, diremo che essi sono esclusivamente tenuti alla manutenzione dei rispettivi loro canali, senza che nè il dispensatore, nè il proprietario dei fondi pei quali si dia il transito all'acqua debbano contribuire per nulla alle spese della manutenzione.

Chiare sono le disposizioni legislative a questo riguardo. Quanto alla legislazione romana abbiamo il testo della Leg. 6, § 2, *Dig. si serv. vind.*: « *In omnibus servitutibus resectio ad eum pertinet qui sibi servitutem asserit; non ad eum cujus res servit.* » V. ROMAGNOSI, loc. citato (t. IV, pag. 99 e seg.), ove cita CAEPOLLA, *De servit. rust. praed.*, cap. XXXVII e PECCHIO, *De aquaed.* l. II, cap. II, *quaest.* 4 ed eccettua, s'intende, il caso di titolo contrario: *pacta vestra, leges vestrae*). Ad ogni obbligazione corrisponde un diritto ed un'azione: *nihil aliud est actio quam jus, quod sibi debeat, iudicio persequendi* (Leg. 51, *Dig. de oblig. et act.*).

Del resto, egli può sempre liberarsi da ogni onere abbandonando il fondo soggetto al proprietario del fondo al quale è dovuta la servitù (Codice civile italiano, art. 643;<sup>1</sup> Codice civile francese, art. 699).

<sup>1</sup> Quando pure (dice l'articolo) il proprietario del fondo servente fosse tenuto, in forza del titolo, alle spese necessarie per l'uso o per la conservazione

Per abbandono del fondo soggetto, bisogna intendere qui, solo l'abbandono della porzione della proprietà sulla quale si esercita la servitù, e non l'abbandono del dominio intiero, perocchè non avrebbe mai luogo, e la facoltà di abbandonare sarebbe illusoria (ZACHARIAE, t. I, § 253; TOULLIER, n. 665; DURANTON, n. 615; DEMOLOMBE, n. 882; LAURENT, n. 240: *Contro*, DELVINCOURT, sull'art. 699 del Cod. civ. fr.).<sup>1</sup>

MALEVILLE (sul citato art. 699 del Cod. civ. fr.) nel dirlo conforme alle leggi romane, osserva poterne nascere il dubbio seguente:

Colui che è obbligato alle riparazioni del muro che deve al vicino il diritto d'appoggio, sarà egli tenuto di abbandonare la casa intiera della quale fa parte il muro stesso, se vuole liberarsi dai ristauri necessari ad esso? ovvero sarà egli ammesso ad abbandonare soltanto quel muro ed anche l'intero muro, quantunque il proprietario dominante non appoggi che sopra una sola parte? Risponde: sembrerebbe che, a stare ai termini rigorosi dell'articolo, il proprietario assoggettato sarebbe obbligato di abbandonare la casa intera, ma l'equità non permette questo senso: io non credo neppure che sarebbe obbligato di abbandonare un muro che avesse dieci tese di larghezza, perchè il trave del vicino vi appoggerebbe per due o tre piedi: è sempre in favore della libertà che fa d'uopo di interpretare le leggi; e sono di avviso (soggiunge) che in simile caso bisognerebbe lasciare la decisione ai periti. È d'uopo d'altronde credere che quegli che deve la servitù non abbandonerà una proprietà del valore di mille scudi per dispensarsi di fare una riparazione d'assai inferiore spesa.

Convieni inoltre combinare la decisione dell'articolo con quelli che riguardano il muro comune (*mitoyen*), di cui uno dei proprietari può desistere, e seguire la stessa regola d'equità.

Potevasi formulare peraltro quest'articolo in modo meno assoluto, o con qualche eccezione o modificazione in vista anche delle osservazioni già fatte agli articoli conformi dei Codici anteriori.

Del resto la facoltà accordata dall'articolo a noi pare illu-

---

della servitù, può sempre liberarsene, abbandonando il fondo servente al proprietario del fondo dominante.

<sup>1</sup> V. la relativa discussione di PARDESSUS (n. 316) anche pel caso di fondo ipotecato.

soria, e non data sul serio, perchè sarà senza dubbio rifiutata quasi sempre, standosi all' assoluto significato dei termini: ma non bisogna disconoscere che è pur tuttavia una questione controversa se si possa rinunciare al diritto di abbandono, consacrato dall'articolo 699 del Codice civile francese (743 di quello italiano).

LAURENT (n. 247) e PARDESSUS (t. I, n. 69) si pronunciano per l' affermativa, perchè, eglino dicono, è principio che ciascuno può rinunciare ai diritti che sono stabiliti in proprio favore, a meno che non vi sia un motivo di ordine pubblico che vi si opponga. Ora, nella specie, si tratta di diritti e di obbligazioni di puro interesse privato: per cui l' ordine pubblico è fuori di causa.

In senso contrario si pronunciano DURANTON (t. V, n. 615), DEMOLOMBE (n. 881) e AUBRY e RAU (t. III, p. 90; nota 8).

Se il fondo a cui vantaggio la servitù fu stabilita viene ad essere diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione, senza che però la condizione del fondo serviente si renda più gravosa (Codice civile italiano, art. 644; <sup>1</sup> Codice civile francese, art. 700).

Le servitù essendo indivisibili (Leg. 17, *Dig. de servit.*), per *partes servitus imponi non potest, nec acquiri* (Leg. 23, § ult., *Dig. de serv. praed. rust.* e Leg. 6, § 1, *ib.*). Sono corollarii ed applicazioni del detto principio gli art. 671 e 672 del Codice civile italiano, di cui ci occuperemo parlando della estinzione delle servitù.

Si deve, di regola, conciliare l'interesse del fondo dominante colla minore incomodità che si possa, di quello serviente; ed inoltre, in massima, bisogna nel dubbio decidersi per quanto è più favorevole al fondo serviente, di guisa che il risultato non addivenga affatto inutile al suo padrone (DOMAT, *Leggi civili*, l. I, t. 12, sez. 1, n. 9).

Si debbono cercare ancora le comuni convenienze (*Pratica legale*, p. II, tit. 3, p. 303 e 318; RICHERI, *Instit.*, §§ 1522 e 1523). *Servitus indefinita* (dice il FABRO, Cod. l. III, t. 24, def. 4) *sic interpretanda est ut quam minimo fieri potest incommodo fundus serviens oneretur.*

Se colui che ha acquistato il diritto di attingere acqua al

<sup>1</sup> Così, soggiunge l' articolo, trattandosi di un diritto di passaggio, ciascun proprietario di una porzione del fondo dominante deve usarne nello stesso luogo.

pozzo del vicino muore con più figli che si dividono la casa per le rispettive famiglie, quel vicino avrà ragione di far regolare la quantità d'acqua che ciascuno potrà prendere sulla base dell'uso paterno, di modo che il pozzo non sia più aggravato di quello che lo era in origine: è dovuta a tutti una sola servitù in comune (PARDESSUS, loc. cit., n. 63; CAEPOLLA, l. II, cap. 4, n. 13).

Allorchè i comproprietarii dividono non solo il fondo dominante, ma anche l'esercizio della servitù, secondo la Leg. 29, § 4, *Dig. commun. divid.*, la divisione deve farsi in maniera che i contingenti non eccedano la estensione del peso intero, o della servitù; è la disposizione dell'art. 700 del Codice civile francese ed è la sola regola da tenersi nel caso (PARDESSUS, loc. cit., n. 64).

Il proprietario del fondo che deve la servitù non può fare nulla che tenda a diminuirne l'uso od a renderla più incomoda (Codice civile italiano, art. 645; Codice civile francese, art. 701).

Così, colui che è obbligato a sopportare, sul suo fondo, la veduta o le luci del suo vicino, non deve erigere veruna costruzione nociva a queste luci, nè demolire le costruzioni esistenti, se dovesse risulturne qualche svantaggio per la veduta.

Parimente, il proprietario del fondo gravato da una servitù di passaggio non può coltivare il sito, per il quale si esercita il passaggio, che deve essere un sentiero od una strada: ciò che esclude ogni coltura (AUBRY e RAU, t. III, p. 97, nota 2).

In poche parole, il proprietario del fondo soggetto non può cambiare lo stato dei luoghi, nè trasportare l'esercizio della servitù in un sito diverso da quello in cui essa è stata dapprima assegnata (Codice civ. ital., art. 645; Codice civ. franc., art. 701).

Tuttavia, se l'assegnazione primitiva fosse divenuta più onerosa al proprietario del fondo soggetto, o se gli impedisse di farvi riparazioni vantaggiose, potrebbe offrire al proprietario dell'altro fondo un sito altrettanto comodo per l'esercizio de' suoi diritti, e questi non potrebbe rifiutarlo (*Ivi*).

Così il proprietario di una casa che deve il passaggio al vicino ha diritto di spostarne l'entrata per operare miglioramenti vantaggiosi ed aprire la porta in un altro sito altrettanto comodo, benchè un po' più lontano.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ecco il tenore dell'articolo 645 del Codice civile italiano:

« Il proprietario del fondo servente non può fare cosa alcuna che tenda a diminuire l'uso della servitù o a renderlo più incomodo.

In diritto romano e per le ragioni addotte da FABRO (cod. I. III, t. 24, def. 4) non si permetteva il cambiamento di sito per l'esercizio della servitù al proprietario del fondo dominante, una volta che fosse scelto e stabilito; ma al solo proprietario del fondo serviente, la cui condizione si teneva per più favorevole.

Il proprietario del fondo serviente è obbligato, quando la servitù è negativa, d'*astenersi* dagli atti di disposizione o di godimento che essa ha per oggetto d'impedire; e se è affermativa, di *soffrire* da parte del proprietario del fondo dominante tutto ciò che essa autorizza questo a fare.

Se havvi dubbio sulla estensione o sugli effetti della servitù, la interpretazione si fa in favore del proprietario del fondo serviente per la franchigia dei fondi; ponendo mente tuttavia all'altro principio da combinarsi: *ultima voluntates plenius interpretandae* (ZACHARIAE, t. I, § 254; TOULLIER, t. III, n. 654 e seg.; MERLIN, v. *Servitù*, quest. § 3; PARDESSUS, n. 70).

Per regola generale in qualunque modo siasi determinato l'esercizio della servitù, non spetta più in seguito ad una parte cambiarne la designazione senza il consenso dell'altra (CAEPOLLA, l. II, cap. 4, n. 34; PARDESSUS, n. 70).

PARDESSUS (n. 70) opina che non sia indispensabile che il nuovo sito d'esercizio della servitù sia preso sul fondo già gravato da essa, ove possa assoggettarsi a questa un altro fondo, come nel caso che si voglia chiudere il primo serviente, e purché il sito sia egualmente comodo. Ivi discorre pure dei cambiamenti di porte d'accesso a case interne, e che non siano in confine con vie, e per cui si abbia a passare sul suolo, sugli anditi o sui cortili altrui.

I tribunali del resto, in caso di contestazioni, devono conciliare i vari interessi, cioè il più grande vantaggio del fondo do-

« Non può quindi variare lo stato del fondo nè trasferire l'esercizio della servitù in luogo diverso da quello dove fu originariamente stabilita.

« Tuttavia, se l'originario esercizio fosse divenuto più gravoso al proprietario del fondo servente, o se gli impedisse di farvi lavori, riparazioni o miglioramenti, egli può offrire al proprietario dell'altro fondo un luogo egualmente comodo per l'esercizio de' suoi diritti, e questi non può ricusarlo.

« Il cambiamento di luogo per l'esercizio della servitù può parimente ammettersi ad istanza del proprietario del fondo dominante, ove questi provi che il cambiamento riesca per lui di notevole vantaggio e non sia di danno al fondo servente. »

minante col minor incomodo del fondo serviente. E si noti anche che il proprietario del detto fondo non perde per la servitù i suoi diritti di proprietà, come non li perde ipotecando il suo fondo, e via dicendo.

Se poi vi fosse contestazione sulla sincerità dei motivi del cambiamento richiesto dall'esercizio della servitù, il tribunale, dopo di aver sentito il parere dei periti eletti a tale scopo, e dopo di avere ordinata e fatta una visita sul luogo, il che è generalmente il migliore partito, statuirebbe in proposito (DURANTON, t. III, p. 210, n. 623).

Oltracciò giova ricordare che non è rara l'emulazione e la discordia fra i vicini: per cui se da una parte *malitiis non est indulgendum* (Leg. 38, *Dig. de rei vind.*): dall'altra non si devono tollerare in giudizio i puntigli, nè si deve tollerare che dal potente e dal danaroso si opprima il debole ed il poveretto: *noli quaerere fieri Iudex, nisi forte valeas virtute irrumperere iniquitates* (LATTANZIO, *Instit.*).

Di più, luogo *egualmente comodo* per l'esercizio della servitù, non vuol dire *perfettamente uguale*, con tal rigore che risenta dello spirito di emulazione (*La giurisprudenza*, Torino, 1863, p. 5): *verba civiliter sunt intelligenda* (Leg. 9, *Dig. de servit.*).

In conclusione il proprietario del fondo soggetto può fare tutte le opere che, senza nuocere alla servitù, sono atte a renderla meno incomoda od anche utile a suo riguardo, come collocare grondaie che diminuiscano gli effetti dello scolo dal tetto, voltare un canale che attraversa il suo fondo allo scoperto, o far passare l'acqua per tubi sotterranei (PARDESSUS, n. 71; LAURENT, n. 267; DEMOLOMBE, n. 893).

Da parte sua, colui al quale è dovuta la servitù non può usarne che secondo il suo titolo, senza fare, nè nel fondo che deve la servitù, nè nel fondo a cui essa è dovuta, cambiamenti che aggravino la condizione del primo (Codice civile italiano, art. 646; <sup>1</sup> Codice civile francese, art. 702).

L'articolo 645 del Codice civile italiano (701 di quello fran-

<sup>1</sup> Eccone il tenore:

« Colui che ha un diritto di servitù non può usarne, se non a norma del suo titolo o del suo possesso, e senz'chè tanto nel fondo servente, quanto nel dominante possa fare alcuna innovazione che renda più gravosa la condizione del primo. »

cese) non accordando al proprietario del fondo soggetto che la facoltà di domandare il cambiamento del sito primitivo o della servitù, ne segue che il proprietario del fondo dominante non potrebbe domandare di esercitare la servitù in un sito che gli fosse più comodo di quello in cui essa si esercita, anche quando fosse provato che non ne risulterebbe verun danno al proprietario del fondo serviente (DEMOLOMBE, n. 845; PARDESSUS, t. I, n. 61; DALLOZ, v. *Servitù*, n. 1109 e seg.; Sentenza della Corte di Cassazione francese, 1 dicembre 1863, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1864, I, 124: *Contro*, LAURENT, n. 265).

Quando i termini del titolo costitutivo della servitù sono generali, per esempio, quando concedono il diritto di aprire vedute come si vuole sulla casa vicina, o di appoggiare travi o travicelli senza indicazione del numero, si è liberi di dare a queste finestre ogni specie di dimensione, e di aumentarne il numero, come pure quello delle travi.

Colui che per diritto di servitù è obbligato a ricevere le acque piovane di un muro divisorio, non sarebbe, in caso di elevazione del muro, ammesso a querelarsi che la servitù sia aggravata (Sentenza della Corte di Appello di Metz, 12 giugno 1807, *Raccolta di sentenze* di SIREY, 7; 188).

Il Codice civile italiano inoltre all'art. 647 stabilisce che nel dubbio circa l'estensione della servitù, il suo esercizio deve limitarsi a ciò che è necessario per la destinazione ed il conveniente uso del fondo dominante col minore danno del serviente.

La servitù non può esercitarsi, come abbiamo già detto, che per l'uso e l'utilità del fondo dominante, e senza che il proprietario di questo possa fare su di esso o su quello serviente cambiamenti di destinazione o di coltura (d'*exploitation*, come dicono i Francesi) che cagionassero danno al fondo serviente; ma però, senza applicazione troppo rigorosa di questa disposizione, per esempio, non sarebbe interdetto a colui che gode di una servitù di stillicidio sul fondo altrui d'innalzare il suo fabbricato (ZACHARIAE, t. I, § 235, testo e note; DELVINCOURT, sull'art. 702 del Cod. civ. fr., 646 di quello italiano sopra riferito).

Se si ricorre al titolo, sia fra vivi, sia a causa di morte, bisogna interpretarlo secondo le regole generali della interpretazione delle convenzioni e dei testamenti, tenendo conto delle modificazioni, che potrebbero essere il risultato della prescrizione

e dell'usucapione. Se si ricorre al possesso allorchè una servitù sia acquistata per usucapione, l'estensione della servitù ed i suoi effetti si determinano colla massima *quantum possessum, tantum praescriptum*: e lo stesso possesso serve parimente a determinare l'estensione ed il modo d'esercizio della servitù, se il titolo è su ciò silenzioso, e se essa venne esercitata in una maniera uniforme per un tempo di qualche considerazione o durata.

Il possesso che in simili casi ha la sua ragione nel titolo, deve presumersi conforme all'intenzione delle parti che ne furono gli autori (ZACHARIAE, t. I, § 253, secondo SIREY).

È noto che l'*osservanza* è l'ottima interprete delle convenzioni e degli atti. La destinazione del padre di famiglia equiparandosi ad un titolo, gli articoli surriportati possono pure riferirsi a quella ed alla presunta volontà di esso da indagarsi bene.

Chi deve soffrire la servitù è, nel caso di interpretazione dei titoli, in condizione più favorevole che non chi li reclama, avendo potuto stipulare più chiaramente (PARDESSUS, loc. cit. n. 238 e *passim*).

La parola titolo applicata alla servitù spesso designa anche la prescrizione (Ivi., n. 242).

Il diritto alla condotta dell'acqua non attribuisce al conducente la proprietà del terreno laterale o sottoposto alla sorgente del canale conduttore. Le imposte prediali e gli altri pesi inerenti al fondo sono a carico del proprietario di esso (Codice civile italiano, art. 648).

Quest'articolo racchiude proposizioni il cui fondamento sulla natura ed essenza delle servitù è manifesto: *servitus est jus in re aliena constitutum: servitus aquaeductus est jus aquae ducendae per fundum alienum* (Leg. 4, pr. *Dig. si serv. vind.*; Leg. 1, pr. *Dig. de servit. praed. rust.* e *Inst. de servit.*, pr.); ed è pur manifesto che la servitù di condotta delle acque lungo il fondo altrui esige un previo diritto ad essa, cioè di derivazione da un fiume, cavo, lago, sorgente, od altro capo d'acqua (V. art. 598 e seguenti).

In mancanza di particolare convenzione il proprietario od altro concedente dell'acqua di una fonte o di un canale è tenuto verso gli utenti a fare le opere ordinarie e straordinarie per la derivazione e condotta dell'acqua sino al punto in cui ne fa la consegna, a mantenere in buono stato gli edifizii, a conservare

l'alveo e le sponde della fonte o del canale, a praticare i consueti spurghi e ad usare la dovuta diligenza, custodia e vigilanza, affinchè la derivazione e la regolare condotta dell'acqua sieno a tempo debito effettuate (Codice civile italiano, art. 649).

« *Promittens vel cedens aquam suis expensis illam tradere debet ad brechellum* (bocchetto, incile) *conventum.* » (Arg. Leg. 18, *Dig. de operis serv.*): « *Veruntamen semper erit inspiciendum quod actum est, et illud servabitur* » (PECCHIO, *De aquaed.*, l. II, *quest.*, 4, c. 11, n. 5 e 6).

Il ROMAGNOSI (loc. cit., t. IV, pag. 100 e seg.; p. I, lib. 2, cap. 4, sez. 2, §§ 14 e 15) fa il quesito se sotto la denominazione di manutenzione del materiale d'acquedotto si possa legalmente comprendere il caso nel quale, per forza straordinaria maggiore, un canale dispensatore essendo minacciato, ed il padrone di esso, per mantenerlo, volesse far concorrere gli utenti alle spese, e risponde in sostanza che il padrone del canale dispensatore non può obbligare gli utenti, coi quali solamente convenne di somministrare loro l'acqua, a concorrere a siffatte spese: non altrimenti che il padrone di una cantina non potrebbe obbligare i compratori a far riparare la cantina che volesse rovinare, o le botti.

Secondo l'intelligenza comune, sotto il nome di purgatura del rivo o canale si suole comprendere quell'operazione mediante la quale si tiene sgombro un canale dalle materie tutte, le quali possono impedire o ritardare il libero deflusso di tutta l'acqua introdotta nel canale dispensatore, che si vuole condurre intiera agli usi divisati: quindi il togliere la ghiaia, il fango e tutte le altre materie che trae seco una corrente, come pure lo schiantare o tagliare le erbe che nascono in mezzo all'acqua, e che sogliono così spesso ritardarne il corso e produrre rigurgiti (ROMAGNOSI, loc. cit., pag. 91 e 92; e tot. tit. *Dig. de rivis*).

*Regulariter loquendo* (dice il PECCHIO, loc. cit., l. II, cap. 11, *quaest.* 4, n. 10), *extraens aquam ab aliqua rugia non tenetur concurrere ad aliquam expensam pro purgatione dictae rugiae; sed tenetur tantum ad expurgationem a buchello aquae ad locum irrigationis*; salve così le convenzioni od i regolamenti, ovvero le disposizioni testamentarie od altre in contrario, la prescrizione e simili.

In massima, considerato il contesto dell'articolo sopra riportato, è da ritenersi che anche la spesa della costruzione e

manutenzione dell'incile o bocchetto di ciascun utente, derivatore delle acque dal dispensatore o canale magistrale, siano a carico del padrone concedente le acque, poichè è in quel punto che ne fa la consegna *in quantitate promissa*; e la legge pone d'altronde a suo carico gli edifizii, senza distinzione ed eccezione. Le parole poi *sino al punto* non si ritengono esclusive dell'edifizio derivatore, nell'interesse stesso del concedente.

*Reficere est quod corruptum est in pristinum statum restaurare* (Leg. 1, § 6, *Dig. de rivis.*; e ROMAGNOSI, loc. cit.).

Il concedente dell'acqua però, se giustifica essere la deficienza di essa avvenuta naturalmente, od anche per un fatto altrui che non ne possa in alcun modo essere a lui nè direttamente nè indirettamente imputato, non è tenuto al risarcimento dei danni, ma soltanto ad una diminuzione proporzionata del fitto o prezzo pattuito, tuttora da pagarsi od anche già pagato, salvo al concedente ed al concessionario il diritto pei danni verso gli autori della deficienza.

Quando gli stessi autori siano convenuti dagli utenti, questi possono obbligare il concedente ad intervenire nel giudizio e a coadiuvarli con tutti i mezzi che sono in suo potere a conseguire il risarcimento dei danni da chi diede causa alla deficienza (Codice civile italiano, art. 650).

La deficienza dell'acqua deve sopportarsi da chi ha diritto di prenderla e di usarla nel tempo in cui accade tale deficienza, salvo il diritto al risarcimento dei danni o alla diminuzione del fitto o prezzo, come nell'articolo precedente (Codice civile italiano, art. 651).

Fra diversi utenti la deficienza dell'acqua deve sopportarsi prima da quelli che hanno titolo o possesso più recente, e fra utenti in parità di condizione dall'ultimo utente.

È sempre salvo il diritto al risarcimento dei danni verso chi diede causa alla deficienza (Codice civile italiano, art. 652).

Quando l'acqua sia concessa, riservata o posseduta per un determinato uso, coll'obbligo della restituzione al concedente o ad altri di ciò che ne sopravanza, tale uso non può variarsi a danno del fondo a cui la restituzione è dovuta (Codice civile italiano, art. 653).

Secondo la Leg. 6, *Cod. de serv. et aqua*, il proprietario del fondo nel quale l'acqua sorgeva, salvo patti contrarii, poteva goderne preferibilmente ad ogni altro: *cum sit durum et crudelitati*

*proximum ex tuis praediis aquae agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum viciniorum injuria propagari.*

In tema di erogazioni d'acqua, due sono le specie principali dei relativi contratti: se si tratta di erogazioni perpetue, l'una è la compera a capitale immediatamente sborsato; l'altra è quella che dicesi *dare a livello un'acqua*, la quale consiste in un'annua prestazione corrispondente all'erogazione pattuita. Se poi si tratta delle dispense temporanee, quei contratti si riducono ad una specie di locazione, e talvolta a prestazioni fatte secondo le domande degli utenti.

Una particolarità poi da osservare nei predetti contratti si è che vi si mescola sempre un contratto di sorta, per cui la esecuzione va soggetta a certe eventualità (ROMAGNOSI, loc. cit., t. II, p. 201 e seg.; part. I, cap. I, sez. 3, § 29).

Per regola, in caso di deficienza d'acqua fra i superiori e gli inferiori, si faceva luogo alla preoccupazione per argomento dalla Leg. 3, § 1, *Dig. de aq. quot.*, e dalla Leg. 1, § 16, cod. tit.; salvi però i diritti del primo concessionario, in ragione del tempo (Leg. 4, *ibid.*).

Nell'articolo sopra riferito si parla della restituzione d'acqua, convien dire qui che *restituire l'acqua* è ricondurla, per quanto essa rimane dopo la irrigazione o dopo l'uso nel movimento di un mulino o di altro opifizio, al canale suo dispensatore. Negli altri casi è il corpo stesso dell'acqua che viene ricondotto nel dispensatore. È regola prima che l'utente non debba eccedere nell'uso e nel godimento dell'acqua, ma ne debba impiegare soltanto la quantità bisognevole; è seconda regola di dover restituire l'acqua intiera, dedotto l'uso necessario, senza farsi lecito di cederla ad altri o di deviarla ad altro uso.<sup>1</sup>

Quanto poi alla restituzione degli scoli è d'uopo ricordare che nella pratica distribuzione delle acque, è cosa difficile assai, e fomite di infinite frodi e liti.

Il proprietario del fondo vincolato alla restituzione degli scoli o avanzi d'acqua non può deviarne una parte qualunque sotto pretesto di avervi introdotto una maggiore quantità d'acqua viva od un diverso corpo, ma deve lasciarli nella totalità discendere a favore del fondo dominante (Codice civile italiano, art. 654).

<sup>1</sup> ROMAGNOSI tratta largamente della restituzione di un'acqua nella citata opera (t. III, p. 336 e seg.; part. I, lib. 1, cap. 3, § 15).

La servitù degli scoli non toglie al proprietario del fondo servente il diritto di usare liberamente dell'acqua a vantaggio del suo fondo, di cambiarne la coltivazione, ed anche di abbandonarne in tutto od in parte la irrigazione (Codice civile italiano, art. 655).

Il proprietario del fondo soggetto alla servitù degli scoli o degli avanzi d'acqua può sempre liberarsi da tale servitù mediante la concessione e l'assicurazione al fondo dominante di un corpo d'acqua viva, la cui quantità sarà determinata dall'Autorità giudiziaria, tenuto il debito conto di tutte le circostanze (Codice civile italiano, art. 656).

La mescolanza delle acque era già dalle leggi romane vietata per massima generale (Leg. 1, § 17, *Dig. de aqua quotid.*). Esse però contenevano speciali sanzioni sulla materia degli scoli d'irrigazione (ROMAGNOSI, loc. cit., t. IV, pag. 253 e seg.), i quali sono quelle acque che, sopravanzando ai bisogni di essa, vengono scaricate nei fondi inferiori.

La servitù degli scoli non toglieva la libertà all'irrigante superiore di usare de'suoi fondi come a lui piaceva, a meno di patti contrarii; cosicchè, acquistata per semplice possesso la servitù degli scoli, il padrone del fondo prima irrigato, che trasmette le acque colaticcie, ritiene la libertà d'irrigare o non irrigare e di variare la coltura dei proprii fondi (ROMAGNOSI, op. cit., t. IV, pag. 250 e seg.).

L' autorità giudiziaria della quale fa cenno il surriferito articolo 656, non potrà a meno, nell'evento della permuta d'acqua, in via eccezionale e contro i principii generali direttivi del diritto permessa, *invita parte*, da esso (Leg. 5, *Cod. de oblig.*), di sentire periti idraulici.

Coloro che hanno interesse comune nella derivazione e nell'uso dell'acqua, nella bonificazione o nel prosciugamento dei terreni, possono riunirsi in consorzio, affine di provvedere all'esercizio, alla conservazione ed alla difesa dei loro diritti.

L'adesione degli interessati e il regolamento del consorzio devono risultare da scritto (Codice civile italiano, art. 657).

Costituito il consorzio, le deliberazioni della maggioranza di esso nei limiti e secondo le norme stabilite nel regolamento relativo, avranno il loro effetto in conformità all'art. 678 (Codice civile italiano, art. 658).

La formazione di tale consorzio può anche venire ordinata

dall'Autorità giudiziaria sulla domanda della maggioranza degli interessati, e sentiti sommariamente gli altri, quando si tratti dell'esercizio, della conservazione e della difesa di diritti comuni, dei quali non sia possibile la divisione senza grave danno. In tal caso il regolamento proposto e deliberato dalla maggioranza è pure soggetto all'approvazione dell'autorità giudiziaria (Codice civile italiano, art. 659).

Lo scioglimento del consorzio non ha luogo se non quando sia deliberato da una maggioranza eccedente i tre quarti, o quando, potendo la divisione effettuarsi senza grave danno, essa venga domandata da qualunque degli interessati (Codice civile italiano, art. 660).

In tutto il rimanente si osserveranno per tali consorzi le regole stabilite per la comunione, la società e la divisione (Codice civile italiano, art. 661).

Questi articoli contengono disposizioni affatto nuove nelle legislazioni moderne, e sommamente progressive, in speciale modo in quanto ha tratto alla costituzione obbligatoria o *coattiva* dei consorzi.

Ma le norme regolatrici per la costituzione dei consorzi per l'uso e difesa delle acque sono determinate dalla Legge 20 marzo 1865 sulle opere pubbliche, e particolarmente nel Capo II del Titolo III (art. 105 e 109), da noi commentato nella nostra *Pratica dei lavori pubblici*.

---

## CAPITOLO VI.

### AZIONI RELATIVE ALLE SERVITÙ.

---

Prima di entrare a parlare delle azioni relative alle servitù, crediamo utile di parlare delle azioni civili in generale, delle varie loro specie, e del modo d'intentarle.

Cominciamo pertanto col dire che la voce *azione* ha più significati. Essa anzitutto denota il diritto che l'attore sperimenta in giudizio, e così intesa è retta dall'aforisma che l'interesse è la misura delle azioni, ed è contrapposta ad eccezione, che vuol dire difesa del convenuto.

Di massima importanza, anche per ciò che riguarda la competenza, è la distinzione tra azioni reali e personali: le prime sono dirette contro la cosa, e per ciò la perseguitano presso qualunque siasi possessore; le seconde sono dirette soltanto contro le persone obbligate.

Sono reali le azioni di rivendicazione, le ipotecarie, ecc. Queste due azioni molte volte si trovano passivamente congiunte nella stessa persona, altre volte no. Il debitore che abbia dato ipoteca sui proprii beni è soggetto all'azione personale e i suoi beni all'azione reale: il possessore o acquirente di un fondo su cui altri aveva in precedenza alla vendita costituito un'ipoteca, non può essere esposto all'azione personale, ma può vedersi spogliato del fondo per l'azione reale del creditore.

L'azione, in generale, è definita dalle leggi romane pel diritto di reclamare in giudizio ciò che ci è dovuto (Leg. 51, *Dig. de obligat. et action.* e *Inst. in pr. de action.*). Le azioni anche nelle leggi romane si distinguono in reali e personali.

Le azioni reali sono quelle, colle quali si domanda una cosa nostra posseduta da un altro, e però sono sempre esercitabili contro il possessore della cosa. Le personali sono quelle che ci competono contro colui che si è verso di noi obbligato di fare o di dare qualche cosa, e però debbono sempre esercitarsi contro colui che si è obbligato, contro l'erede di lui (Leg. 25 in princ. *Dig. tit. cit.* e Leg. 3, *Cod. ubi in rem act. exerc. deb.* e § 1, *Inst. de action.*).

Tutte le azioni (secondo il nostro Codice di Procedura civile) personali, civili o commerciali relative ai beni mobili, il valore delle quali non ecceda trenta lire, sono di competenza dei conciliatori.

Le azioni relative alle locazioni di beni immobili, se la pigione o il fitto per tutta la durata della locazione non eccede il valore di trenta lire, sono pure di competenza dei conciliatori.

Tutte le azioni civili e commerciali, il cui valore non eccede mille cinquecento lire, sono di competenza dei pretori, salvo la competenza concessa dalla legge ai conciliatori, ecc.

L'azione personale e l'azione reale sui beni mobili si propongono davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza. L'azione personale e l'azione reale sui mobili si possono anche proporre davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi la obbliga-

zione, o in cui si trovi la cosa mobile oggetto dell'azione, purchè il convenuto sia ivi citato in persona propria; salvo quanto è stabilito per le materie commerciali.

*Le azioni reali su beni immobili*, le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, alle siepi e chiudende, alle piante e ai frutti, le azioni possessorie, le azioni di danno temuto e denuncia di nuova opera, le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dalla legge o dai regolamenti o dagli usi locali riguardo al piantamento di alberi o siepi, e le azioni di sfratto per locazione finita, si propongono davanti l'Autorità giudiziaria del luogo, in cui è posto l'immobile o seguì lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile.

Quando l'immobile sia soggetto a più giurisdizioni, l'azione è promossa davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la parte soggetta a maggior tributo diretto verso lo Stato, o davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui sia posta una parte qualunque, e alcuno dei convenuti abbia domicilio o residenza.

Venendo ora a parlare in ispecial modo delle azioni possessorie, diremo anzitutto che esse sono accordate a tutela del possesso. Tali azioni sono molto sbrigative, e vi ricorre non solo il possessore semplice, ma eziandio il vero proprietario per difendere le cose sue dagli altrui attacchi, o garantirlo dal pericolo cui fosse esposto pel fatto di altri. Il proprietario vi ricorre perchè per valersene non gli è d'uopo di provare che egli ha la proprietà della cosa (prova talvolta molto lunga e difficile), ma solo il possesso, che è un fatto facilissimo a dimostrarsi.

Il semplice possessore può far valere queste azioni anche contro il proprietario stesso, purchè si trovi nei casi che ora vedremo, e purchè trattisi di ripristinare l'ordine turbato: egli è perciò che al proprietario, pur soccombente nel giudizio sulla violazione del possesso<sup>1</sup> (giudizio possessorio), rimane integra la facoltà di far riconoscere il suo diritto di proprietà di fronte al possessore ed ottenere di essere legalmente immesso nel possesso della cosa (giudizio petitorio).

Si ritiene, e fu anche deciso in questo senso, che le azioni possessorie competano pure contro gli atti dell'Autorità amministrativa che abbia ecceduto i confini tracciati dalla Legge.

<sup>1</sup> V. in fine quanto è detto per la legislazione francese e belga.

Per regola generale si possono far valere le azioni possessorie non solo per difendere il possesso di un immobile, ma anche quello di un diritto reale, per esempio, di una servitù: così se Tizio possiede un prospetto sul fondo del vicino e questi mediante un lavoro gli otturi la finestra da cui esercita quella servitù, Tizio può chiedere con azione possessoria di essere mantenuto nel pacifico esercizio di quelle servitù.

Se il vicino nega che a Tizio competa la servitù, farà valere la difesa in altro giudizio, ma intanto conviene che tolga quelle opere con cui la violò.

Le azioni possessorie si esercitano, come abbiamo già detto, davanti l'Autorità giudiziaria del luogo, ossia davanti al Pretore del luogo. Egli deve giudicare basandosi sul possesso, senza estendere anche la indagine sulla proprietà: tecnicamente ciò si esprime dicendo che non si può accumulare il petitorio col possessorio.

Il loro scopo è essenzialmente diverso: in quello si discute a chi compete la proprietà; in questo si tratta di vedere se il possesso sia tale che di fronte alle molestie arrecategli possa ottenere protezione.

Le azioni possessorie sono di diverse maniere, secondo la diversità dei turbamenti che si possono recare al possesso.

Chi è molestato nel possesso ha l'azione di manutenzione; chi ne è spogliato ha l'azione per reintegrazione; chi teme che da un lavoro da altri impreso possa derivare danno al suo possesso, ha la denuncia di nuova opera; chi infine ha ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edificio, da un albero o da altro oggetto sovrasti pericolo di danno grave e prossimo al fondo od oggetto da lui posseduto, può garantirsi mediante l'azione di danno temuto.

L'azione di manutenzione è accordata a colui che essendo da oltre un anno nel possesso legittimo di un immobile o di un diritto reale, o di una universalità di mobili, viene in tale possesso molestato.

Essendo necessario il possesso legittimo, cioè quello che protratto per un trentennio è capace di indurre l'acquisto della cosa posseduta col mezzo della prescrizione, ne viene che non possano agire per manutenzione i possessori a titolo precario, quali sono il conduttore, il depositario, ecc. Essi dovranno rivolgersi al proprietario, affinchè faccia cessare la molestia.

Non si potrebbe dire in che cosa consiste la molestia, tanto

varie sono le forme che può prendere. Si può dire peraltro essere necessario che il molestante agisca con intenzione di negare il possesso all'attuale possessore, non con animo diverso. Perciò non compete azione possessoria, ma altre azioni (penali o civili pel danno) contro chi muovesse da altra intenzione, per esempio, contro il devastatore.

La molestia può anche non essere materiale. Se Tizio si trova nel possesso di un fondo e ne riscuote l'affitto, e Caio intima all'affittuario di pagare a lui anzichè a Tizio, questi sarebbe molestato nel suo possesso.

La molestia non può esercitarsi se non riguardo alle cose sopra indicate, ma si avverta che la parola immobili comprende tanto quelli che sono tali per loro natura, quanto quelli che lo sono per destinazione loro o per l'oggetto a cui si riferiscono.

Diritto reale sarebbe una servitù o il diritto di usufrutto, ecc. Anche il diritto di decima può essere difeso con quest'azione di manutenzione.

L'universalità di mobili sarebbe costituita da tutti i mobili esistenti in una successione.

Per esercitare questa azione occorre non soltanto di essere nel possesso legittimo, ma di trovarvisi da un anno. È necessario inoltre esercitarla entro l'anno dalla molestia.

Uno degli effetti più importanti della sentenza che riconosce e ammette l'azione per manutenzione è di far considerare la molestia come non avvenuta, e di non togliere quindi al possesso il carattere di pacifico, che è una delle condizioni richieste alla sua legittimità.

È importante notare che relativamente alle servitù discontinue, quantunque apparenti, fu deciso non darsi azione di manutenzione a meno che non vi sia un titolo; ma fu aggiunto che ciò vale soltanto fra il proprietario del fondo e chi vanta la servitù, non fra i due che contendono sull'esclusivo diritto di servitù. Questo concetto si appoggia sui modi per cui le dette servitù possono acquistarsi.

L'azione di reintegrazione è fondata su ciò: che siccome non è lecito a nessuno di farsi giustizia da sè, così colui che fu spogliato di un suo diritto può invocare la immediata protezione dell'Autorità giudiziaria.

Per cotale azione adunque chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia (frase di

legge per indicare anche il contrapposto del possesso legittimo), di una cosa mobile od immobile, può entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso di essere reintegrato nel possesso medesimo.

Lo spoglio, anche se non è totale, ma parziale, dà luogo del pari all'azione per reintegrazione e lo dà anche se diretto contro l'esercizio di una servitù: se quindi taluno è con violenza o clandestinità spogliato del possesso di una parte del fondo; o se, possedendo la servitù di passare pel fondo altrui in carrozza, lo si volesse costringere a passarvi a piedi soltanto, egli può chiedere nel primo caso di essere reintegrato nel possesso di quella parte del fondo; nel secondo caso, nel possesso della servitù intiera.

Un caso invece di spoglio clandestino si verificherebbe nell'impedire l'esercizio del possesso di acque mediante abbassamento del canale fatto all'insaputa del proprietario.

Per la maggiore gravità che ha lo spoglio in confronto della molestia, deriva che l'azione per reintegrazione (a differenza dell'azione per manutenzione) si conceda a qualunque possessore, di qualunque genere sia il suo possesso, e quindi anche se non è legittimo, o se non sia che un semplice detentore della cosa a titolo precario, per esempio, un affittuario, depositario, ecc., e può farsi valere contro il proprietario stesso della cosa.

Il giudizio è molto rapido: il Pretore deve ordinare la reintegrazione, premessa la citazione dell'altra parte sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e colla maggiore celerità di procedura. È l'ordine pubblico che lo richiede: *spoliatus*, dicevano i Romani, *ante omnia restituendus*, e i canonisti, dai quali anche discendono i legislatori italiani, esagerarono la massima al di là di ogni previsione in omaggio all'ordine pubblico.

Per la ragione che lo spoglio è un quasi-delitto, ne viene che si può agire contro il turbatore anche se questi asserisce di averlo commesso per incarico altrui.

Fu ritenuto che se lo spogliato si oppone allo spoglio con vie di fatto, e ne venga respinto non può più esercitare l'azione di reintegrazione.

Ed ora veniamo alla denuncia di nuova opera.<sup>1</sup> Chi ha ra-

<sup>1</sup> È inutile dire che qui s'intende di opera materiale, vale a dire di opera da muratore, da fabbro ferraio, da falegname, ecc.

gione di temere che da una nuova opera da altri impresa, così sul proprio come sull'altrui suolo, sia per derivare danno ad un immobile, ad un diritto reale (per esempio, allo esercizio di una servitù di acquedotto) o ad altro oggetto da lui posseduto, può denunciare al giudice tale nuova opera, purchè non sia terminata e non sia trascorso un anno dal suo cominciamento.

Il giudice, presa sommaria cognizione del fatto, può vietare la continuazione della nuova opera, ovvero permetterla, ordinando le opportune cautele: nel primo caso per il risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell'opera, quando le opposizioni al suo proseguimento risultino non fondate nella definitiva decisione sul merito; nel secondo caso per la demolizione o riduzione dell'opera, e pel risarcimento dei danni che possa soffrirne il denunciante, se questi ottenga definitiva sentenza favorevole, non ostante la permessa continuazione.

Il procedimento dunque è semplice: il giudice (che è il Pretore) non esamina se vi è o no in chi costruisce diritto a costruire, ma solo se dalla costruzione possa derivar danno al reclamante: nel caso affermativo ha facoltà, non obbligo, di far sospendere i lavori o di determinare pel proseguimento di essi le suddette cautele.

A questo giudizio sommario seguirà, come di solito, l'altro sul diritto o no di far sorgere la nuova fabbrica. È chiaro perciò che se dalla nuova opera il possesso viene molestato (per esempio, impedito l'esercizio della servitù) e in pari tempo posto in pericolo, si potrà esperire contro chi la fa, tanto l'azione di manutenzione, che questa di denuncia di nuova opera.

Vi sono autori, per esempio, Ricci, e magistrati, per esempio, la Corte di Cassazione di Napoli, che negano essere questa una azione possessoria e vengono quindi alla conclusione che non sia necessario nel reclamante il possesso legittimo della cosa minacciata di danno. Però sembra che si possa sostenere eguale tesi anche contandola fra le azioni possessorie, e ciò perchè la legge non distingue, parlando di essa, tra possesso e possesso. Ad ogni modo anche ritenendo la necessità del possesso legittimo, non è indispensabile che esso sia annuale.

Quest'azione si può far valere eziandio contro il comproprietario del fondo comune.

Anche per le leggi romane chiunque voleva inibire al vicino di fabbricare in un divisato modo, gli denunciava codesta sua op-

posizione: il che si chiamava denuncia di nuova opera: e la causa doveva essere definita in tre mesi; spirati i quali, l'altro poteva continuare la sua fabbrica, dando fideiussione di demolire tutta quella parte di essa fabbrica che egli avesse fatto dopo la denuncia, e che fosse riconosciuto che non avesse diritto di fare (Leg. unica, Cod. *de novi operis nunciatione*).

Chi ha ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edificio, da un albero o da un altro oggetto altrui sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo ad un fondo od oggetto, anche mobile, da lui posseduto, ha diritto di denunciare il fatto al Giudice, e di ottenere secondo le circostanze, che si provveda per evitare il pericolo o si ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pei danni possibili. Ecco l'azione di danno temuto.

È evidente la differenza tra quest'azione e la denuncia di nuova opera. Con quella si agisce quando il danno si teme da un'opera già esistente, per esempio, una casa crollante; con questa quando il danno ci sovrasta da un'opera, che muta il preesistente stato di cose.

Ecco in che consistono le azioni possessorie.

Ed ora conviene qui parlare di un'altra azione, vogliam dire dell'azione di rivendicazione, e mediante la quale il proprietario tende a recuperare la cosa propria contro il detentore o possessore.

Chi si fa attore deve quindi provare che a lui spetta realmente la proprietà della cosa di cui altri ha il possesso, e dovrà farlo dimostrando che colui da cui la ebbe era proprietario anch'esso, il quale, a sua volta, la ricevette da precedente proprietario e così via via.

Siccome però questa prova all'infinito sarebbe impossibile o per lo meno difficilissima; così basta che il proprietario faccia quella dimostrazione per tutto il tempo che gli sarebbe stato necessario ad acquistare la proprietà della cosa per prescrizione, e questo tempo sarà per i beni immobili e diritti reali sugli immobili o di trenta o di dieci anni, a seconda dei casi.

È appunto per la necessità di tale prova che il proprietario potrà frequentemente valersi delle azioni possessorie contro chi lo turbò nel suo possesso, essendo assai più difficile provare la proprietà che il possesso, ed essendo in questi casi protetto anche il solo possesso. Così se Tizio proprietario di un fondo ne è espulso con violenza da altri, che vi pretenda, agirà coll'azione

per reintegrazione di possesso, essendo in tal caso sufficiente la dimostrazione che egli possedeva e che ne cessò per violenza.

Il diritto che ha però il proprietario di rivendicare la cosa sua non gli compete sempre riguardo ai beni mobili pei quali la sua azione si trova di fronte il principio che possesso vale titolo.

L'azione per rivendicazione è reale, non personale, cioè, non si può far valere se non contro colui che è in possesso della cosa, anche se l'abbia avuta in buona fede da altro antecedente possessore.

Se poi questo possessore o detentore contro cui agisce il proprietario, avesse, dopochè gli fu intimata la domanda giudiziale, cessato per fatto proprio di possedere la cosa (per esempio, perchè l'ha venduta), è tenuto a ricuperarla per l'attore, proprietario a proprie spese, e, non potendo, a risarcirgliene il valore. Ma il proprietario può proporre invece la sua azione contro il nuovo possessore o detentore, salvo contro il primo le ragioni di risarcimento.

Se il possessore cessò di possedere dopo la domanda giudiziale, ma non per fatto proprio, cioè, per forza maggiore, o è in buona fede e non resta personalmente obbligato verso il proprietario, o è in mala fede e vi resta, allorchè il proprietario arriva a dimostrare che in mano sua la cosa non sarebbe perita.

Ciò deriva del concetto giustissimo che il possessore, il quale si sente in mala fede, avrebbe dovuto restituire la cosa appena notificatagli la domanda giudiziale del proprietario.

Ciò premesso veniamo e parlare in modo speciale delle azioni relative alle servitù.

Queste azioni hanno per oggetto sia di querelarsi di un turbamento apportato nell'esercizio di una servitù che non è contestata, sia di reclamare una servitù che non si è ancora esercitata, sia di contestare il diritto ad una servitù, sia di opporsi all'abuso che si vuol farne od all'estensione che si pretende di darle.

Queste diverse azioni si dicono, secondo il loro oggetto, azioni possessorie od azioni petitorie.

Quando si è in possesso di una servitù da più di un anno a titolo non precario, e che si è turbati nell'esercizio di questa servitù, si può domandare di essere mantenuti nel possesso, salvo a discutere in seguito sul diritto in merito. Questa è l'azione *possessoria*.

Così, il proprietario che, da più di un anno, ha il godimento

delle acque di una sorgente che nasce nella proprietà vicina e di cui è stato stornato lo scolo, ha diritto di esigere che questo scolo sia ristabilito; così colui che ha, sulla proprietà vicina, finestre di aspetto, davanti alle quali il vicino erige costruzioni, in modo da ostruirle, può domandare che le cose siano rimesse nel pristino stato, se questo stato esisteva da più di un anno.

Ma è da notarsi che il possesso annuale, non manifestandosi mediante segni certi che per le servitù continue ed apparenti, ne risulta che l'azione possessoria è da accogliersi solo per queste specie di servitù, e non per le servitù continue non apparenti o discontinue, per riguardo alle quali sarebbe impossibile di constatare il possesso annuale, e non si acquistano che per titolo (TOULLIER, n. 715; PARDESSUS, n. 324; DALLOZ, v. *Azione possessoria*, n. 445; DEMOLOMBE, t. XII. n. 939 e seguenti; LAURENT, t. VIII, n. 286 e seguenti; Sentenze della Corte di Cassazione francese, 18 agosto 1810; *Raccolta di sentenze* di SIREY, 10, 33 e 17 dicembre 1862; DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1863, 1, 33).

Nondimeno se il possesso di una servitù discontinua o non apparente fosse appoggiato ad un titolo, esso non sarebbe più precario, e quindi l'azione possessoria sarebbe ricevibile (TOULLIER, n. 716; PARDESSUS, n. 324; DEMOLOMBE, n. 945; Sentenza della Corte di Cassazione francese, 27 marzo 1866; DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1866, 1, 339).

In questo caso, l'azione non è tuttavia da accogliersi se non in quanto la servitù sia esercitata conformemente al titolo, di cui l'interpretazione, per questo rapporto, appartiene al giudice del possessorio. Così è stato deciso dalla Corte di Cassazione francese, che l'azione possessoria tendente al mantenimento dell'attore nel possesso oltre annuale dell'uso di un sentiero sia a piedi, sia a cavallo, non è da accogliersi, se risulta dal titolo, al quale questo possesso si riferisce, che il sentiero non è stato fatto che per un passaggio a piedi, costituendo allora il passaggio a cavallo un aggravio di servitù discontinua, che non può servire di base ad una azione possessoria (Sentenza 19 marzo 1861; DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1861, 1, 162).

Per eccezione, potrebbe anche accadere, osserva DEMOLOMBE (n. 942), che l'azione possessoria non fosse ammissibile per una servitù continua ed apparente; come se, per esempio, risultasse da un titolo, che fosse presentato, che chi domanda di essere mantenuto nel possesso ha riconosciuto che questo possesso non gli era stato accordato che per tolleranza ed a titolo precario.

Tale ricognizione sarebbe opponibile, non solo a colui che l'ha sottoscritta, ma anche a' suoi eredi e successori universali; perchè, di fronte a questi, un tale atto formerebbe pure ostacolo alla prescrizione acquisitiva della servitù.

Questa ricognizione non potrebbe al contrario essere opposta ad un successore a titolo singolare, compratore o altro del fondo dominante; perocchè questi sarebbe in diritto di invocare la prescrizione della servitù, se l'avesse posseduta egli stesso, per trent'anni, dopo il suo acquisto. Non sarebbe possibile, in fatti, dice MARCADÈ (sull' art. 2220 del Codice civile francese, n. 2), opporgli la scrittura, mediante la quale il suo autore avesse anteriormente riconosciuto che il suo possesso non fosse che precario.<sup>1</sup>

Il possesso senza titolo di una servitù discontinua non autorizza l'azione possessoria, benchè questo possesso risalga a più di un anno, anteriormente alla promulgazione del Codice civile, anche nei paesi in cui le servitù discontinue si acquistavano senza titolo e per prescrizione (HENRION DE PANSEY, *Competenza dei giudici di pace*; TOULLIER, n. 717; Sentenze della Corte di Cassazione francese, 17 febbraio 1813; *Raccolta di sentenze* di SIREY, 13, 3 e 25 giugno 1860; DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1860, I, 284).

Ma l'azione possessoria è ricevibile per le servitù dette naturali e legali, non solamente quando esse sono continue ed apparenti, ma anche quando non riunissero questo doppio carattere; perocchè esse sono sempre fondate sopra un titolo, e questo titolo, come lo dice DEMOLOMBE (n. 954) il più potente di tutti, è la legge stessa che lo consacra.<sup>2</sup>

Le azioni possessorie non appartengono solo al proprietario, ma anche all'usufruttuario, all'enfiteuta ed all'usuario nell'interesse del loro godimento: esse possono ugualmente esercitarsi da uno solo dei comproprietarii del fondo preteso dominante e contro uno solo dei comproprietarii del fondo preteso serviente (TOULLIER, n. 716; PARDESSUS, n. 331; DEMOLOMBE, n. 958; LAURENT, t. VI, n. 366).

L'affittuario, al contrario, è senza qualità per esercitare l'a-

<sup>1</sup> Vedi anche la Sentenza della Corte di Cassazione francese, 14 giugno 1852, *Journal du Palais*, 1855, I, 526.

<sup>2</sup> V. anche la Sentenza della Corte di Cassazione francese, 5 gennaio 1857; DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1858, I, 112.

zione possessoria, e quella intentata dal possessore, come proprietario apparente, è senza effetto per riguardo al vero proprietario che riprende la sua proprietà (TOULLIER e PARDESSUS, *ivi*; DALLOZ, v. *Azione possessoria*, n. 525 e seg.).

Le azioni possessorie sono, come azioni immobiliari, portate, secondo la legislazione francese e belga, davanti al giudice di pace della situazione dell'immobile, e secondo la legislazione italiana, come abbiamo già veduto, davanti al Pretore del luogo (Legge belga del 25 marzo 1876, art. 3; Codice di Procedura civile francese e belga, art. 59; Codice civile italiano, art. 415; Codice civile Napoleone, art. 526).

L'azione *petitoria* ha per oggetto di reclamare, non il possesso, ma la proprietà di una servitù. Così, si ricorre a quest'azione per reclamare una servitù continua ed apparente, di cui non si ha il possesso annuale, od una servitù non apparente o discontinua, fondata sopra un titolo, per contestare una servitù, il possesso della quale è stato riconosciuto e conservato a colui che l'esercita.

Il proprietario, che pretende che il suo fondo sia libero, non deve provare che il vicino non ha il diritto alla servitù che esercita: l'onere della prova deve sempre essere addossato a colui che pretende in petitorio di aver diritto ad una servitù, anche quando fosse stato mantenuto nel possessorio (MERLIN, *Questione di diritto*, v. *Servitù*, § 3, n. 1; DEMOLOMBE, n. 957; LAURENT, t. VIII, n. 288; DALLOZ, v. *Servitù*, n. 1277; Sentenza della Corte d'Appello di Agen, 23 novembre 1857; DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1858, 2, 27; Sentenza della Corte d'Appello di Bruxelles, 23 maggio 1840, PAS, 1841, 2, 8: *Contro*, PARDESSUS. t. II, n. 330; DURANTON, t. V, n. 641).

Nel caso in cui l'azione possessoria sia aperta, si è liberi di prendere subito la via del petitorio; ma se si soccombe, non si può ritornare all'azione possessoria.

D'altra parte, l'azione petitoria non può mai essere esercitata nel medesimo tempo che l'azione possessoria; e colui che è soggiaciuto nel possessorio, secondo la legislazione belga, non è ammesso al petitorio che dopo avere pienamente soddisfatto alle condanne pronunciate contro di lui (Legge del 25 marzo 1876, art. 5).

Questa azione non appartiene che al proprietario, e non all'usufruttuario, e all'usuario: essa differisce in ciò dall'azione pos-

essoria. A più forte ragione non appartiene all'affittuario, ed è, secondo la legislazione francese e belga, portata davanti al Tribunale di prima istanza del luogo in cui è situato l'immobile.

Quanto all'azione di *denunzia di nuova opera*, nel Belgio, non ha più, oggigiorno, veruno dei caratteri particolari che la distinguevano sotto l'antico diritto: essa è una semplice querela, una azione possessoria ordinaria, che il nuovo Codice di Procedura civile belga non menziona neppure.

« Il legislatore, dice ALLARD nella sua relazione che serve di esposizione dei motivi alla Legge del 25 marzo 1876, ha soppressa questa qualifica disusata, che è di natura da suscitare inciampi, specialmente nel caso in cui le opere, delle quali taluno si querela, siano terminate.<sup>1</sup> Tutta la questione stà nel sapere se l'attore sia ancora nell'anno della turbativa. Quindi, ha ragione di esigere la distruzione dei lavori intrapresi o terminati contro il suo possesso: altrimenti la competenza del giudice di pace diventerebbe illusoria: è la giudiziosa osservazione di CURASSON. » (ALLARD, *Relazione della Commissione di revisione del Codice di Procedura civile*, p. 185; ADNET, *Commentario della Legge del 25 marzo 1841*, n. 417; BORMANS, *Commentario del Codice di Procedura civile*, n. 256.)

---

## CAPITOLO VII.

### IN QUAL MODO SI ESTINGUONO LE SERVITÙ'.<sup>2</sup>

---

Le servitù si estinguono:

1.º Per la rimessione che ne fa il proprietario capace di disporre dei suoi diritti;

---

<sup>1</sup> V. però quanto noi abbiamo detto più sopra parlando della denuncia di nuova opera e dell'azione di danno temuto.

<sup>2</sup> Giova qui notare che il Codice civile italiano non enumera tutti i modi di estinzione della servitù, riferendosi col suo silenzio ai principii generali del diritto, come, per esempio, la rinuncia o rimessione della servitù espressa o tacita; l'abbandono della cosa serviente al proprietario di quella dominante; la rescissione o l'annullamento di un contratto; l'evizione; la espropriazione per causa di pubblica utilità; la esistenza di una condizione prevista; l'occupazione del sito dal fiume e simili. V. POTHIER, *Coutume d'Orléans* e ZACHARIAE, § 255 in fine.

- rende impossibile l'uso delle servitù;
- 3.º Per la riunione dei due fondi serviente e dominante, nello stesso proprietario;
- 4.º Pel non uso durante trent'anni;
- 5.º Per risoluzione del diritto di colui che ha costituita la servitù;
- 6.º Pel giungere del giorno o dell'avvenimento che deve, secondo il titolo, por termine alla servitù;
- 7.º Per l'abbandono del fondo soggetto;
- 8.º Infine per l'espropriazione per causa di utilità pubblica del fondo serviente o del fondo dominante.

Spiegheremo ad uno ad uno questi diversi modi di estinzione delle servitù.

Secondo DURANTON (n. 648), PARDESSUS (n. 313), DEMOLOMBE (t. XII, n. 1036) e LAURENT (t. VIII, n. 336) le servitù si estinguono per la rimessione che ne fa il proprietario capace di disporre de' suoi diritti.

Questa rimessione è espressa (dicono i citati autori) o risulta da atti che la fanno necessariamente supporre, per esempio, quando avendo una servitù di scolo sul cortile del vicino, gli si permette di costruire fabbricati in modo da impedire l'esercizio della servitù; quando ancora si permette di alzare a volontà una casa soggetta a non essere elevata.

Ogni atto portante rinuncia espressa a diritti di servitù non può essere opposto ai terzi, se non è stato trascritto all'ufficio del conservatore delle ipoteche, ai termini della Legge ipotecaria belga del 26 dicembre 1851, e di quella francese del 25 marzo 1855, e del Codice civile italiano, art. 1932 e 1942.

Quanto alla rinuncia tacita, essa risulta da ogni consenso od autorizzazione data dal proprietario del fondo dominante, e implica *necessariamente*, da parte sua, l'intenzione di rinunciare al suo diritto di servitù. Quando vi è dubbio sotto questo rapporto, dice DEMOLOMBE (n. 1041), non si può più ammettere la rinuncia: perocchè la rimessione non deve facilmente presumersi; anzi dev'essere certa e non equivoca.

La semplice tolleranza di lavori, che restringano, od anche distruggano la servitù, come avverte PARDESSUS<sup>1</sup> (loc. cit.), non

<sup>1</sup> V. anche AUBRY e RAU (t. III, p. 110, nota 30) e LAURENT (n. 338).

farebbe presumere la rimessione, a meno che non durasse trent'anni, in modo da produrre l'estinzione della servitù mediante la prescrizione.

La rimessione fatta da uno dei comproprietarii per indiviso, senza il consenso degli altri, è nulla a loro riguardo, perchè la servitù è dovuta per intero a tutto il fondo. Quanto alla rimessione fatta ad uno dei comproprietarii del fondo serviente, essa giova agli altri (PARDESSUS, n. 315 e 319).<sup>1</sup>

Abbiamo anche detto che le servitù si estinguono pel cambiamento sopravvenuto nello stato dei fondi, che rende impossibile l'uso della servitù (Codice civile italiano, art. 662; Codice civile francese, art. 703). Però essa rivive se le cose sono ristabilite in modo che se ne possa nuovamente far uso, salvo che sia già trascorso uno spazio di tempo sufficiente, ossia trent'anni, per far presumere l'estinzione della servitù per prescrizione (Codice civile italiano, art. 663; Codice civile francese, art. 704 e 665).<sup>2</sup> Sotto la stessa limitazione, soggiunge l'art. 663 del Codice civile italiano, ricostruendosi un muro od una casa, si conservano le preesistenti servitù.

La disposizione principale degli articoli citati è tolta dal diritto romano. Se l'edifizio serviente o l'edifizio dominante erano distrutti, se la fontana alla quale io attingeva l'acqua disseccava, è certo che io non poteva più usare della servitù che avessi a mio profitto acquistata: ma io riprendeva l'esercizio del mio diritto se dalla fontana zampillava di nuovo l'acqua, o gli edifizzi erano ricostrutti (Leg. 19, *Dig. si serv. vind.*; Leg. 34, 35, *Dig. de serv. praed. rust.*). Se non che l'eccezione aggiunta all'art. 704 del Codice civile francese era contraria a quelle leggi, essendo costante che la servitù era ristabilita dal momento che le cose erano rimesse allo stato primitivo, quantunque il tempo intermedio fosse stato assai lungo per la prescrizione; per la ragione che in quel caso non si poteva imputare colpa o negligenza a colui che non avesse potuto usare del suo diritto: *cum non negligentia aut culpa, sed quia ducere non potuit*. Tale era l'opinione ge-

<sup>1</sup> Vedi tuttavia DEMOLOMBE, n. 1046.

<sup>2</sup> V. pure DEMOLOMBE, n. 979; LAURENT, n. 289; AUBRY e RAU, t. III, pagina 102, nota 7; Sentenza della Corte d'Appello di Liegi, 22 maggio 1869, PAS, 1871, 2, 7.

nerale sulla Leg. 19, *Dig. si serv. vind.* (MALEVILLE, sui citati articoli 703 e 704 del Codice civile francese).

Allorquando non dipende dal proprietario del fondo dominante di far cessare l'ostacolo che si oppone all'esercizio della servitù, essa rinasce, qualunque sia l'epoca nella quale le cose vennero poste nel loro stato primitivo. Infatti l'art. 704 del Codice civile francese non fissò un termine invariabile, passato il quale la servitù non potesse più rivivere, statuendo quell'articolo che le servitù rinascono, *a meno che non sia decorso un tempo sufficiente per farne presumere l'estinzione*, come è detto nell'art. 707, relativo al non uso. L'art. 704 indica che nell'ipotesi stessa a cui si riferisce la estinzione definitiva della servitù, non può essere che il risultato d'una specie di prescrizione della quale il corso è necessariamente sospeso in favore di quello che si trova nell'impossibilità di agire.

Questo punto era così deciso dalle leggi romane, e si deve tanto meno supporre che i redattori del Codice civile francese abbiano voluto allontanarsi da quella decisione, in quanto essa è perfettamente giuridica e conforme all'art. 665 di detto Codice (V. ZACHARIAE, t. I, § 255, note; TOULLIER, t. III, n. 690).

Sembra certo che l'art. 663 del Codice italiano abbia voluto troncargli ogni dubbio a tale riguardo, o per eccezione al grande principio giuridico che *contra non valentem agere non currit praescriptio*, non essendosi riferito come il francese, il sardo, ed altri, agli articoli che seguono; e non esigendo che il fatto della sola decorrenza di trent'anni, senza eccezioni per alcuna delle cause che impediscono o sospendono la prescrizione, o pel favore della libertà della proprietà.

Una servitù, così statuiva la Cassazione francese, non si estingue per effetto del cambiamento sopravvenuto nello stato dei luoghi, se non in quanto il fondo dominante non possa più ritrarne vantaggio, in tutto od in parte. Parimente, se i cambiamenti sopravvenuti fanno semplicemente subire all'uso della servitù una modificazione che non importi danno od aggravio pel fondo serviente, non si potrà dire che questi cambiamenti non permettano più di usare della servitù, e questa non sarà estinta (Sentenze 9 dicembre 1857, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1858, I, 110, e 11 dicembre 1861, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1862, I, 79).

Le servitù si estinguono altresì per la riunione dei due fondi,

serviente e dominante, nello stesso proprietario (Codice civile italiano, art. 664; Codice civile francese, art. 705).

*Res sua nemini servit* (Leg. 26, *Dig. de serv. praed. urb.*); ma se dopo la riunione dei fondi dominante e serviente in una stessa persona, il proprietario ne vende uno, e non si riserva espressamente la servitù, essa ritienesi estinta per la confusione, come è detto nella Leg. 30, *Dig. de serv. praed. urb.*, salvo il disposto dell'art. 633.

Bisogna che la riunione dei due fondi, case o poderi, si faccia con titolo valido e perpetuo; poichè se l'acquisto che produsse la riunione venisse annullato o se questa non fosse che momentanea, come, a cagion d'esempio, fosse avvenuta in capo dell'erede incaricato di rilasciare ad un legatario il fondo dominante, la servitù continuerebbe: *fundus fundo haeredis serviens, cum pristina servitute recipitur a legatario*, dice la Leg. 76, § 1, *Dig. de legat.* 1° (V. VOET, l. VIII, t. 6, n. 2 e l'articolo seguente).

LAURENT (n. 290 e seguenti) osserva a tal proposito che se l'atto che opera questa riunione è stato rivocato o dichiarato nullo la servitù riviverebbe, come pel passato.

Secondo il diritto francese, quanto alle servitù *apparenti*, esse rinascivano in caso di vendita d'uno dei fondi riuniti, senza d'uopo di convenzione tanto attivamente che passivamente, allorchè al momento della nuova separazione di quelli ne restava un vestigio od un segno apparente o visibile, giusta l'art. 694, il quale fu però causa di molte controversie (ZACHARIAE, t. I, § 255; MALEVILLE, sull'art. 705 del Codice civile francese; PARDESSUS, n. 289-291; MERLIN, v. *Servitù*, §§ 19 e 32; TOULLIER, t. III, n. 612 e seg.; DURANTON, t. III, pag. 194 e seg., colla citata Leg. 10, *Dig. comm. praed.*). V. art. 633 e 2017 del Codice civile italiano, i quali, per argomento, sembra che debbano apportare la stessa conseguenza.

Le servitù non si estinguono colla espropriazione forzata del fondo (V. Leg. 23, § 2, *Dig. de serv. praed. rust.*; MERLIN, v. *Servitù*, § 31; Codice di Procedura civile italiano, articoli 699, 686 e seguenti).

La servitù apparente estinta colla riunione dei fondi dominante e servente non rivive senza nuovi fatti e condizioni: nè a farla rivivere basta la dichiarazione del proprietario di vendere il fondo serviente come era stato ceduto a lui (TAVOLA DECENNALE DI GIURISPRUDENZA, v. *Servitù*, n. 11).

Le servitù acquistate dal marito al fondo dotale e dall'enfiteuta al fondo enfiteutico, non cessano per lo scioglimento del matrimonio, nè per l'estinzione dell'enfiteusi: cessano però quelle che nello stesso fondo fossero state imposte dalle suddette persone (Codice civile italiano, art. 665).

Le servitù si estinguono allorchè, essendo state imposte sopra un fondo da un proprietario il cui diritto non era incommutabile, questo diritto viene a risolversi *ex causa antiqua et necessaria*; giacchè non potè accordare sul suo fondo maggiore diritto di quello che ne aveva egli stesso, ed è il caso della massima: *soluta jure dantis, solvitur jus accipientis* (Leg. II, § I, Dig. *quemad. serv. amit.*). Ma la servitù non si estingue per l'estinzione del diritto del proprietario del fondo dominante che la acquistò per questo fondo; poichè poteva farne la condizione migliore (Cit. Leg.).<sup>1</sup>

*Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habeat*, diceva la Leg. 54, Dig. *de reg. jur.*

*Quaero, numquid possit emphyteuta sine domini consensu constituere servitutem in fundo emphyteutico? Respondeo, quod sic, quantum ad sui praejudicium, non quantum ad praejudicium domini directi; et ideo finita emphyteusi, erit etiam finita ipsa servitus* (JUL. CLARUS, *Pract. civ.*, l. IV, § *Emphyteusis*, qu. 21).

Se l'uno dei fondi riuniti non è posseduto con vero titolo di perfetta traslazione di proprietà, non si opera la confusione (PARDESSUS, n. 399).

Le servitù inoltre si estinguono pel non uso durante trent'anni (Codice civile italiano, art. 666; Codice civile francese, art. 706).

I trent'anni cominciano a decorrere, secondo le diverse specie di servitù, o dal giorno in cui si è cessato di goderne, quando si tratti di servitù discontinue, o dal giorno in cui è stato fatto un atto contrario alla servitù, quando si tratti di servitù continue (Codice civile italiano, art. 667; Codice civile francese, art. 707).

La legge non dice che questo atto debba essere fatto dal proprietario del fondo serviente: esso potrebbe essere fatto dall'usufruttuario, dall'affittuario, dal locatario, ed anche da un terzo

<sup>1</sup> V. POTHIER, *Coutume d'Orléans*, tit. XIII, n. 15; VOET, l. VIII, t. 4, 11; t. VI, n. 6, 13; RICHERI, *Jurisp.*, t. III, §§ 941, 1266; t. IV, § 1467; *Inst.*, §§ 1485, 1605, 2173; PARDESSUS, n. 260 e 300.

che agisca senza alcun diritto (DEMOLOMBE, n. 1009; LAURENT, n. 304 e seguenti; AUBRY e RAU, t. III, p. 105, nota 17: *Contro*, PARDESSUS, n. 308).

Colui che ha acquistato mediante giusto titolo e di buona fede, come libero da ogni onere, un fondo gravato in realtà da una servitù, non può prescrivere l'affrancamento di questo fondo mediante dieci o venti anni di possesso. La servitù non potrà estinguersi che mediante un non uso di trent'anni (DEMOLOMBE, n. 1003 e 1004; TOULLIER, t. II, n. 688; PARDESSUS, n. 306; Sentenza della Corte di Cassazione francese, 14 novembre 1853, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1853, I, 328; Sentenza della Corte di Appello di Bruxelles, 3 gennaio 1849, PAS., 1850, 2, 83: *Contro*, LAURENT,<sup>1</sup> n. 314; TROPLONG, *Prescrizione*, t. II, n. 853; DELVIN COURT, t. I, p. 167, nota 4).

MALEVILLE (sull'art. 707 del Codice civile francese) scrive che quell'articolo poteva essere redatto in una maniera più semplice e più chiara (come il 667 del Codice civile italiano); e che i trent'anni cominciano a correre per le servitù discontinue dal giorno in cui si fece un atto contrario alla servitù. La disposizione dell'articolo 707 del Codice civile francese è conforme alle Leggi 6, *Dig. de serv. praed. urb.*, e 18, *Dig. quemadm. serv. amit.* Secondo esse (prosegue il citato autore), le servitù discontinue si perdono assolutamente per il non uso; ma quanto alle continue, come le urbane, bisogna di più un fatto, un'opposizione, una contraddizione<sup>2</sup> (formale e pubblica, dice ZACHARIAE, t. I, § 255 in fine) da parte di colui che intende acquistare la libertà, come scrive DUNOD (*Della prescrizione*, pag. 294).

In tema di perdita di servitù per il non uso non bisogna confondere con quelle i diritti naturali o derivanti dalla legge e le facoltà o diritti facoltativi; poichè contro tali diritti e facoltà non si dà prescrizione, salve sempre le opposizioni e contraddizioni con effetto ed acquiescenza altrui (PARDESSUS, numero 301).

Il proprietario del fondo dominante che vi fece cambiamenti

<sup>1</sup> Questo illustre autore riconosce egli stesso che la giurisprudenza delle Corti di Francia e del Belgio è quasi unanime in favore dell'opinione contraria a quella che egli sostiene.

<sup>2</sup> Secondo TOULLIER (t. III, n. 692) e DELVIN COURT (sull'articolo 706 del Codice civile francese) da chiunque provenga la contraddizione non importa.

dai quali risulti l'impossibilità di praticare la servitù; ovvero che lasci sussistere opere contrarie alla servitù fatte dal proprietario del fondo serviente, od anche da un terzo, senza diritto, deve considerarsi come discontinuante volontariamente l'uso della servitù (ZACHARIAE, t. I, § 255).

Presso noi le servitù rustiche si perdevano pel non uso durante dieci anni, senza che fosse d'uopo di un fatto del padrone del fondo serviente, come lo era nelle servitù urbane (*Pratica legale*, p. II, t. 3, pag. 327).

Il modo della servitù può prescriversi come la servitù stessa e nella stessa maniera (Codice civile italiano, art. 668; Codice civile francese, art. 708).

Così, chi ha diritto di avere finestre di aspetto sul fondo del vicino, dice LAURENT (n. 325 e seguenti), perde questo diritto se, durante trent'anni, non ha avuto che luci con inferriata fissa.

Non v'è luogo a distinguere se il modo della servitù è o non è stabilito per titolo; perocchè quando il modo della servitù è determinato nell'atto costitutivo, non impedisce di acquistare un modo più vantaggioso per mezzo della prescrizione (LAURENT, n. 325: *Contro*, DEMANTE, t. II, n. 567 bis).

Ma il modo delle servitù continue non apparenti, o discontinue, non può essere che diminuito e mai aumentato mediante la prescrizione, non potendo queste servitù nè acquistarsi, nè estendersi con questo mezzo (Arg. Codice civile italiano, articolo 629; Codice civile francese, articolo 690).

Quando il proprietario del fondo dominante ha l'opzione pel modo di esercitare la servitù; quando il suo titolo, per esempio, gli dà il diritto di passaggio a piedi, a cavallo, o con vettura, oppure anche il diritto di passare ad ogni ora del giorno o della notte, basta che egli sia passato a piedi per conservare il diritto di passare a cavallo od in vettura o che sia passato durante il giorno per conservare il diritto di passare durante la notte. Ma se un ostacolo materiale qualunque fosse opposto all'esercizio dell'uno o dell'altro dei modi possibili della servitù, la prescrizione comincierebbe, per i modi impediti, dal giorno in cui, di fatto, vi sia stato posto ostacolo; così, per esempio, il sentiero è stato ristretto in tal guisa che il passaggio a cavallo od in vettura è divenuto impossibile; oppure, lo stabilimento di una porta chiusa durante la notte, non ha più permesso il passaggio che durante il giorno (DEMOLOMBE, n. 1029; AUBRY e RAU, t. III,

p. 108, nota 25; TOULLIER, t. II, p. 703: *Confronta*, LAURENT, n. 329 e 330).<sup>1</sup>

La sussistenza di vestigia di opere, colle quali si praticava una presa di acqua, non impedisce la prescrizione: per impedirla si richiedono la esistenza e la conservazione in istato di servizio dell'edificio stesso della presa, ovvero del canale derivatore (Codice civile italiano, art. 669).

Il ROMAGNOSI (loc. cit., p. I, l. 2, cap. 4, sez. 1.<sup>a</sup>, §§ 4, 5 e 6; t. IV, pag. 25 e seg.) dice che si possono ridurre a due sommi capi le cause perimenti od estintive della ragione d'acquedotto, cioè, quelle derivanti dal fatto della natura e quelle provenienti dal fatto dell'uomo. Le prime si verificano quando per forza maggiore le cose si riducono in uno stato tale per cui non si possa più fare uso dell'acquedotto; le seconde si possono verificare colla confusione e col non uso del diritto.

L'esercizio di una servitù in tempo diverso da quello determinato dalla convenzione o dal possesso non impedisce la prescrizione (Codice civile italiano, art. 670).

Colui al quale è dovuta la servitù, non è reputato averne usato se fece sul fondo serviente cosa diversa da quella che po-

<sup>1</sup> Il MALEVILLE (sull'art. 708 del Cod. civ. fr.) dice che tale articolo pare a prima giunta contrario alle Leggi 10, 14 e 18, *Dig. quemadm. serv. am.*, le quali decidono che se avendo un diritto di passaggio pendente la notte, io non me ne privi che di giorno, od avendo un diritto di passare con carri, non passai che in lettiga, perdei la servitù; ma la cosa può conciliarsi dicendo che se perdei la servitù che io aveva, ne acquistai un'altra, come vuole l'articolo.

Del resto non devesi confondere questo caso, in cui si è usato di un'altra servitù, con quello nel quale non si fece che usare più ampiamente di quella servitù che ci competeva: epperò se passai con carro o cocchio in un fondo sul quale io non aveva che il diritto di passare a piedi, conservai quest'ultima mia ragione (*Leg. 21, Dig. de reg. jur.*).

Va peraltro la cosa diversamente quando io ho usato di un minore diritto: per esempio, se non passai fuorchè a piedi in un fondo sul quale io poteva passare in vettura; imperocchè io ho perduto in tal caso quest'ultimo diritto e mi sono ridotto all'altro, checchè ne dica DUNOD (pag. 298 e seg.) alla *Leg. 2, Dig. quemadm. serv. amitt.* Infatti è massima che le servitù possono accrescersi o scemarsi in forza della prescrizione, come lo ammette lo stesso DUNOD.

Facendo meno o più, aggiunge PARDESSUS (n. 304) si conserva il proprio diritto: solo è ridotto se si fece meno, ed aumentato se si fece di più; salva però la validità dell'acquisto dell'eccedenza, secondo la natura della servitù.

teva fare (Leg. 18, *Dig. quemadm. serv. am.*); o se non la fece, salvo ad altre ore, che quelle alle quali aveva ragione di farla (Leg. 10, § 1, *Dig. quemadm. serv. am.*); od infine se fece ciò che la servitù gli dava effettivamente modo di fare, ma senza sapere d'usare del suo diritto (Leg. 25, dict. tit.); come se chiese licenza per farlo (POTHIER, *Coûtume d'Orléans*, t. XIII, n. 18 in fine).<sup>1</sup>

Se il fondo, in favore del quale è stabilita la servitù, appartiene a più persone per indiviso, l'uso della servitù fatto da una di esse impedisce la prescrizione riguardo a tutte. Se fra i comproprietarii se ne trova uno contro il quale la prescrizione non abbia potuto decorrere, come un minore, egli avrà conservato il diritto di tutti gli altri (Codice civile italiano, art. 671 e 672; <sup>2</sup> Codice civile francese, art. 709 e 710).

Giova premettere che questi due articoli non sono che la conseguenza del principio della indivisibilità delle servitù. Si chiama dividuo o divisibile ciò che può compiersi per parti, ed individuo o indivisibile ciò che non può compiersi che insieme (*tout à la fois*, come dicono i Francesi).

DUMOULIN (*De divid. et individ.*, p. II, n. 269) dice vagamente che le servitù sono individue, perchè coloro che le devono sono tenuti ad accordarle per intero tali e quali furono costituite, e che non possono accordarsi, costituirsi, nè perdersi che per intero e pel tutto: « *unica est servitus quae aut tota amittitur, autota retinetur* » (Leg. 18, § 1, *Dig. de serv. rust. praed.*).

Da questa indivisibilità si conclude tosto che se il fondo dominante è diviso, ogni comproprietario godrà dell'intera servitù (art. 644 del Cod. civ. it.), coll'aggiunta che non si renda più grave lo stato del fondo serviente: il che è un po' difficile.

Dalla indivisibilità delle servitù emerge ancora che fino a che il fondo dominante appartiene a più persone *pro indiviso*, il godimento od esercizio, ovvero la minore età di uno, impedisce, come abbiamo già avvertito, la prescrizione per tutti: così eziandio dispone la Leg. 16, *Dig. quemadm. serv. amit.* Ma se il fondo

<sup>1</sup> Vedi però MALEVILLE citato nella nota precedente e RICHERI, *Jurispr.*, t. III, § 1245 e seg.; *Inst.*, § 1596; VOET, l. VIII, t. 6, n. 9.

<sup>2</sup> Eccone il tenore preciso:

« La sospensione o interruzione della prescrizione a vantaggio di uno dei comproprietarii profitta anche agli altri. »

dominante è diviso, allora, malgrado l'indivisibilità della servitù, la prescrizione potrebbe acquistarsi contro colui che non ne avesse usato, quantunque la servitù fosse conservata a coloro che ne avessero goduto, e la perdita di colui che l'avesse sofferta, non accrescerebbe neppure agli altri, se la servitù non fosse indivisibile per sua propria natura (Cit. Leg. 16).

Esistono infatti servitù che sono indivisibili di loro natura, come quella di appoggio, perchè non si può ad un tempo appoggiare ad un muro altrui, e non appoggiare; e si è a quelle, rispetto alla prescrizione, che s'applica pienamente il principio dell'indivisibilità. Però fuori del caso di servitù individue di loro natura, ed ogni qualvolta che l'*utilità* loro possa essere divisa, nulla impedisce che non possano essere prescritte per parti, per esempio; se io ho il diritto di portarmi a prendere arena e pietre nel fondo del vicino, e durante trent'anni non prenda che arena, sarò privato del diritto di estrarre pietre... Sarà prescritto il modo della servitù (MALEVILLE, sugli art. 709 e 710 del Codice civile francese).

Un comproprietario, di regola, s'intende che usi della servitù per tutti gli altri (PARDESSUS, n. 303).

Si opina che non si possa acquistare una servitù per un fondo comune fra più, e con altri (BRUNNEMANN, ad Leg. 5, *Dig. comm. praed.*).

L'indivisibilità delle servitù consiste unicamente in ciò che, dovuta a ciascuna parte del fondo dominante, esse si estendono ugualmente su ciascuna parte del fondo serviente (DURANTON, t. III, pag. 167; ZACHARIAE, t. I, § 247, testo e note). Per altro PARDESSUS, n. 22 e TOULLIER, t. VI, n. 782 e seg. e t. III, n. 707, sono d'avviso che l'indivisibilità non sia un carattere *essenziale* delle servitù; ma il potere essere limitato il diritto quanto al modo dell'esercizio, ed il potere essere ristretto e modificato colla prescrizione, non sono circostanze concludenti per negare l'indivisibilità (ZACHARIAE, loc. cit.).

Questi diritti di servitù reale, soggiunge POTHIER (*Coutume d'Orléans*, t. XIII, n. 3), sono indivisibili, e non sono suscettibili di parti nè reali, nè intellettuali, poichè ripugna che un fondo abbia per parti un diritto di passaggio sul fondo vicino, un diritto di veduta, o qualche altro; e ripugna similmente che un fondo ne sia onerato per parti. L'uso di un diritto di servitù può bensì essere *limitato* a certi giorni, a certe ore; ma questo

diritto, di cui l'uso o esercizio è così limitato, è un diritto intero di servitù, e non una parte di diritto.

In caso di divisione del fondo dominante, non possono insorgere perciò difficoltà che sul modo dell'esercizio della servitù (DELVINCOURT, t. II, pag. 135; Leg. 17, *Dig. de servit.*; Cod. civ. it., art. 644).

Il godimento che si esercita delle servitù per mezzo altrui, da un colono, per esempio, impedisce la prescrizione di decorrenza, come se se ne fosse goduto da sè stesso. La servitù è, a tale riguardo, nello stesso caso che gli altri beni. Ma siccome è sempre o quasi sempre indivisibile relativamente al fondo dominante, non si può opporre la prescrizione contro qualcuno dei proprietari di questo fondo. Solamente nel diritto romano in cui la prescrizione decorreva contro il minore, ma in cui eravi il privilegio della restituzione, il minore rilevava il maggiore: *minor relevat majorem*, in detto caso, secondo la Leg. 10, *Dig. quemadm. serv. amit.*; e fra noi, ove la prescrizione non ha luogo contro i minori, quella delle servitù non decorre contro i maggiori che hanno un fondo comune con lui (MERLIN, v. *Servitù*, § 33, n. 8. V. pure VOET, l. VIII, t. VI, n. 9, 11; RICHERI, *Jurisprudentia*, t. III, § 1243 e seg., 1259; *Instit.*, §§ 1596, 1602).

In ordine al quesito se le vestigia di opere destinate all'uso di una servitù, ne impediscano o no la perdita mediante il non uso, ossia se la esistenza di una porta basti o no per conservare la servitù di passaggio, anche quando il passaggio non fosse stato esercitato durante trent'anni:

TOULLIER, (t. II, n. 709) sostiene che queste vestigia conservano il diritto della servitù; ma la maggior parte degli autori sono di parere contrario.<sup>1</sup> Anzichè l'esistenza di una porta conservi la servitù di passaggio, dice DEMOLOMBE (n. 1012), noi concludiamo che, dopo trent'anni di non uso, questa porta dovrebbe essere soppressa, in modo da perdere completamente la sua apparenza di apertura destinata a servire di passaggio dall'uno dei fondi sull'altro.

La servitù poi si estingue per risoluzione del diritto di colui che l'ha costituita, nel caso, per esempio, in cui chi l'ha costi-

<sup>1</sup> Vedi PARDESSUS, n. 308; DUVERGIER sopra TOULLIER, t. II, n. 709, nota 4; Sentenza della Corte di Cassazione francese, 9 maggio 1846, DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1846, I, 101 e nota 4.