

Cendon / Book

DIRITTO CIVILE

Professional

LE SERVITÙ ACQUISITE PER USUCAPIONE E PER DESTINAZIONE DEL PADRE DI FAMIGLIA

Giuseppe Spanò

L'autore

Giuseppe Spanò esercita la professione di avvocato a Parma, in uno studio che opera da lungo tempo prevalentemente nel settore del diritto civile e delle espropriazioni per pubblica utilità. Iscritto all'Albo speciale Avvocati Cassazionisti dal 2012, è patrocinante anche presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo.

È autore di diverse pubblicazioni tra le quali: "Commento al testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità" Giappichelli, 2004 ed "Il tecnico forense: compiti del c.t.u., c.t.p., perito e arbitro" Giuffrè, 2012.

È responsabile del sublemma espropriazioni per pubblica utilità della rivista Persona e Danno.

L'Opera

Si intende offrire al lettore una descrizione analitica su argomenti che rimangono di attualità, nonostante siano trascorsi decenni dalla disciplina normativa che regola la materia: le servitù non apparenti non possono acquistarsi per usucapione o per destinazione del padre di famiglia. Non apparenti sono le servitù quando non si hanno opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio.

INDICE

Capitolo Primo PRINCIPI GENERALI

1. Nozione di servitù apparente.
2. In particolare le opere visibili e permanenti.

Capitolo Secondo LE SERVITÙ ACQUISTATE PER USUCAPIONE

1. Usucapione delle servitù.
2. Possesso delle servitù non apparenti.
3. I termini per l'usucapione.

Capitolo Terzo LE SERVITÙ ACQUISTATE PER DESTINAZIONE DEL PADRE DI FAMIGLIA

1. Destinazione del padre di famiglia: le origini dell'istituto.
2. La teoria di Bartolo e la sua recezione nelle codificazioni.
3. La destinazione del padre di famiglia nel codice attuale.
4. In particolare il requisito dell'apparenza e stabilità delle opere.
5. La irrilevanza della volontà del proprietario.
6. La volontà contraria al nascere della servitù.

Capitolo Quarto LE SERVITÙ ACQUISTATE PER DESTINAZIONE DEL PADRE DI FAMIGLIA: ASPETTI PARTICOLARI

1. Servitù per destinazione del padre di famiglia ed eredi dell'unico proprietario.
2. Servitù per destinazione del padre di famiglia e beni condominiali.
3. Rassegna degli orientamenti giurisprudenziali più significativi.
4. Conclusioni.

Capitolo Primo

PRINCIPI GENERALI

■ *Le servitù non apparenti non possono acquistarsi per usucapione o per destinazione del padre di famiglia. Non apparenti sono le servitù quando non si hanno opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio.*

APPLICAZIONI - Le servitù atipiche di luce e d'aria non sono apparenti. Una parte della giurisprudenza, pur riconoscendo che la servitù irregolare di aria e luce è di norma negativa e non apparente, ammette tuttavia che essa possa anche atteggiarsi come servitù apparente tutte le volte in cui abbia un oggetto o un aspetto tali da rivelare all'esterno l'imposizione di un peso a carico del fondo vicino.

ASPETTI CONTROVERSI - Secondo i più, qualora una servitù costituita per titolo sia stata per venti anni costantemente posseduta con una modalità più ampia di quella consentita dal titolo (es.: derivazione di una maggiore quantità d'acqua), il titolare di essa potrebbe (ricorrendone i presupposti) invocare l'usucapione come modo di acquisto di tale più ampia modalità di esercizio (Grosso-Deiana 1963, 789). Secondo altra dottrina ad essere usucapita non sarebbe in queste ipotesi la medesima servitù (seppure con modalità differenti), ma una servitù diversa, donde la necessità dell'*interversio possessionis* (Branca 1987, 316).

ULTIME - Secondo la sentenza del Tribunale Roma n. 10/2012 in tema di servitù apparenti, la visibilità delle opere destinate alloro esercizio è un carattere che deve essere verificato caso per caso, tenendo conto della realtà sociale specifica, e cioè degli usi e delle consuetudini propri d'un determinato luogo in un'epoca precisa; proprio perché tale visibilità può assumere rilevanza espressiva diversa in condizioni differenti di luoghi, di ambiente sociale e di tempo, la medesima deve riferirsi alle opere nel loro insieme, come inequivoca espressione di una precisa funzione.

GIURISPRUDENZA

● Tribunale Padova, sez. I, 16 gennaio 2007, n. 122 - Il requisito dell'apparenza non deve essere tratto da elementi presuntivi, interpretativi o subbiettivi, ma esclusivamente da elementi materiali. In altri termini la distinzione tra servitù apparenti e non apparenti si basa su di un elemento materiale e cioè sull'esistenza o meno di opere visibili e permanenti, destinate all'esercizio della servitù. Sulla base di tali principi, è "apparente" e, quindi, suscettibile di essere usucapita, la servitù attinente al mancato rispetto delle distanze legali tra i vicini.

● Cass. civ., sez. II, 12 luglio 2006, n. 15869 - In tema di servitù di passaggio, per integrare il requisito dell'apparenza di cui all'art. 1061 c.c., è sufficiente l'esistenza di un sentiero formatosi naturalmente in conseguenza di un uso non sporadico del passaggio, purché dal suo tracciato o anche da altra opera o segno di raccordo su di esso esistente si possa desumere, senza incertezze o ambiguità, la funzione di accesso al fondo dominante attraverso il fondo servente ed altresì che l'opera esiste anche, se non esclusivamente, in funzione dell'utilità del fondo dominante.

● Cass. civ., sez. II, 22 giugno 2006, n. 14442 - Qualora si aprano fra un vano e l'altro dell'edificio condominiale, le luci, essendo prive della connotazione della precarietà e della mera tolleranza, sono sottratte alla disciplina prevista dagli artt. 900-904 c.c. con riferimento all'ipotesi in cui le stesse si aprano sul fondo altrui; pertanto, è possibile -a favore di chi ne beneficia- acquisire la relativa servitù, per destinazione del padre di famiglia, o per usucapione, in virtù del possesso correlato all'oggettiva esistenza dello stato di fatto nel quale si manifesta l'assoggettamento parziale di un immobile a servizio od utilità dell'altro.

SOMMARIO

1. Nozione di servitù apparente.
2. In particolare le opere visibili e permanenti.

1. Nozione di servitù apparente.

Legislazione : c.c. 1061

Bibliografia: Burdese 1970 - Natucci 1986 - Branca 1987 - Comporti 1990

“Le servitù non apparenti non possono acquistarsi per usucapione o per destinazione del padre di famiglia. Non apparenti sono le servitù quando non si hanno opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio” (art. 1061 c.c.).

L'articolo in commento esclude nel primo comma che le servitù non apparenti possano essere acquistate per usucapione o per destinazione del padre di famiglia e nel secondo comma dà, in negativo, la definizione delle servitù apparenti, stabilendo che sono non apparenti quelle che mancano di opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio (Branca 1987, 306).

La servitù può conseguentemente considerarsi apparente quando esistano opere permanenti, artificiali o naturali:

a) obiettivamente destinate al suo esercizio;

“Il requisito dell'apparenza della servitù, necessario ai fini del relativo acquisto per usucapione o per destinazione del padre di famiglia (art. 1061 c.c.), si configura come presenza di segni visibili di opere permanenti obiettivamente destinate al suo esercizio... ne consegue che non è al riguardo sufficiente l'esistenza di una strada o di un percorso idonei allo scopo, essenziale viceversa essendo che essi mostrino di essere stati posti in essere al preciso fine di dare accesso attraverso il fondo preteso servente a quello preteso dominante e, pertanto, un *quid pluris* che dimostri la loro specifica destinazione all'esercizio della servitù”

(Cass. civ., sez. II, 10 marzo 2011, n. 5733, *II Civ*, 2011, 6, 16).

b) tali da rivelare per la loro struttura e funzionalità l'esistenza del peso gravante sul fondo servente (Cass. 2953/1983, 1028/1984, 5770/1985, 1204/1986, 3265/1987);

“Le opere naturali o artificiali devono rendere manifesto che non si tratta di attività compiuta in via precaria e senza *animus utendi iure servitutis*, ma di un onere preciso a carattere stabile corrispondente in via di fatto a una determinata servitù”

(Cass. civ., sez. II, 21 luglio 2009, n. 16961, *GDir*, 2009, 38, 39).

Si è precisato che, pur dovendosi tenere conto del fatto che la sporadicità del relativo esercizio è indissolubilmente connessa alla natura stessa delle servitù appartenenti a tale categoria, tuttavia, perché possa ritenersi che un soggetto ne sia in possesso, occorre che l'attività umana esplicata per la sua utilizzazione sia ripetuta con una frequenza corrispondente al concreto interesse del fondo dominante ed al contenuto stesso dell'utilità perseguita, così da evidenziare sia l'aspetto materiale dell'esercizio, sia l'intenzione dell'utente di realizzarlo, come se esso corrispondesse ad un diritto (Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 1994, n. 1428, *GCM*, 1994, 148).

c) aventi la caratteristica, ai fini dell'usucapione, di essere visibili dal fondo servente, di modo da escludere la clandestinità del possesso e da farne presumere la conoscenza da parte del proprietario del fondo gravato: ciò al fine di porre a base dell'usucapione l'inerzia del proprietario medesimo durante il periodo di tempo necessario per tale modo di acquisto della servitù (Cass. 3208/1976).

“La costituzione di servitù apparente è possibile anche se l'opera funzionale all'esercizio del diritto si trova fuori dal fondo servente, a condizione, però, che risulti visibile da quell'area”

(Cass. civ., sez. II, 30 marzo 2009, n. 7638, *D&G*, 2009).

2. In particolare le opere visibili e permanenti.

Legislazione: c.c. 904, 1061

Bibliografia: Branca 1987

Non è necessari che l'opera sia visibile nel suo complesso, essendo sufficiente che ne appaia solo una parte (es.: canale sotterraneo che sbocca anche all'aperto), né che essa sorga sul fondo gravato, ben potendo sorgere anche sul fondo dominante (es.: una veduta, purché sia visibile dal fondo servente Branca 1987).

Le servitù negative, quali la servitù *altius non tollendi*, non possono mai essere considerate apparenti, in quanto accordano al loro titolare soltanto il potere di vietare al proprietario del fondo servente determinate forme di utilizzazione dello stesso (Cass. 4816/2000, in materia di servitù *non aedificandi*, e Cass. 10250/1997, in materia di servitù *altius non tollendi*).

La visibilità delle opere destinate all'esercizio della servitù è un carattere che non sempre si presta ad esemplificazioni puramente teoriche, ma che deve essere verificato caso per caso, nella realtà sociale specifica, nei costumi, negli usi e nelle consuetudini propri d'un determinato luogo in un'epoca precisa. Un segno esteriore, invero, può assumere rilevanza espressiva diversa in condizioni differenti di luogo, di ambiente sociale, di tempo. La visibilità, poi, deve riferirsi alle opere nel loro insieme, come inequivoca espressione di una precisa funzione (ancorché l'apparenza non debba estendersi in ogni caso all'opera nel suo complesso, e pertanto anche a quelle parti che per essere a volte defilate ed interne -non avendo una intrinseca rilevanza espressiva- sono necessariamente non apparenti), e deve far capo ad un punto d'osservazione non necessariamente coincidente col fondo servente.

Non è dunque necessario che le opere che di fatto asservano il fondo medesimo a quello altrui insistano direttamente sul fondo asservito essendo sufficiente che, siano obiettivamente manifeste, per chi possieda il fondo servente (Cass. civ., sez. II, 17 febbraio 2004, n. 2994, *GCM*, 2004, 2).

Pertanto:

“la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, che aveva escluso l'usucapione della servitù di passaggio sul rilievo che l'accesso al fondo servente era praticato attraverso una porta aperta nel fabbricato del proprietario del fondo dominante”

(Cass. civ., sez. II, 26 novembre 2004, n. 22290, *GCM*, 2004, 11).

In un'altra pronuncia, in assenza del requisito della visibilità, è stato escluso il carattere apparente della servitù di una tubatura fognaria interrata (Trib. Roma, sez. V, 2 gennaio 2012, n. 10, *MRG*, 2012).

Così come:

“la S.C. ha escluso l'esistenza di opere visibili idonee all'usucapione identificabili, segnatamente, nella presenza di qualche tubo, con copertura di terra, posto nell'alveo di un fosso divisorio di due fondi contigui, tale da consentire il passaggio tra di essi”

(Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2010, n. 13238, *GCM*, 2010, 5, 843, *GC*, 2011, 9, I, 2139).

In tema di servitù di passaggio la Giurisprudenza, pur avendo affermato che:

“non occorre necessariamente un *opus manu factum*, ossia un tracciato dovuto all'opera dell'uomo, essendo sufficiente anche un sentiero formatosi naturalmente per effetto del calpestio, qualora esso presenti un tracciato tale da denotare la sua funzione - visibile, non equivoca e permanente - di accesso al fondo dominante mediante il fondo servente”

(Cass. civ., sez. II, 27 maggio 2009, n. 12362, *GCM*, 2009, 5, 847, *RN*, 2010, 3, 721 -nota di Musolino).

Ha però precisato che:

“i solchi lasciati dalle ruote dei trattori, allorché saltuariamente visibili e non inequivocabilmente attestanti l'asservimento del fondo soggetto alla servitù, non costituiscono opera apparente ai fini di cui all'art. 1061 c.c.”

(Cass. civ., sez. II, 5 ottobre 2009, n. 21255, *D&G*, 2009, *RGE*, 2010, 2, I, 428).

Sempre in tema di servitù di passaggio:

“la messa a disposizione da parte del vicino - per un breve periodo e a titolo di cortesia - della chiave di un portone apposto nell'androne del fabbricato di sua proprietà, (anche) dal medesimo utilizzato per il passaggio, non assume valore di non ambiguo *opus manu factum* con efficacia ricognitiva della sussistenza di una servitù di passaggio (nel caso, pedonale e carraio) e del requisito dell'apparenza del relativo possesso *ad usucapionem* vantati dal proprietario confinante”

(Cass. civ., sez. II, 20 maggio 2005, n. 10696, *GCM*, 2005, 5, *GC*, 2006, 2, I, 398).

Infine si è escluso che la prova dell'apparenza di una servitù di passaggio possa rinvenirsi dalla mera circostanza che dalla mappa catastale risulta il tracciato di una strada che collega il fondo dominante con una strada pubblica attraverso il fondo ritenuto servente, stante il valore meramente indiziario dei dati catastali (Cass. 9138/1993).

Peraltro, la Giurisprudenza ha precisato che ai fini del l'acquisto del diritto per usucapione, non è prescritto che l'opera visibile destinata all'esercizio della servitù sia stata realizzata allo specifico fine di permettere l'esercizio di quella determinata servitù, essendo possibile che per il suo esercizio venga utilizzata, anche in modo diverso, un'opera preesistente ed ugualmente idonea al fine, sì da rendere inequivoca la funzione di essa (Cass. 10 settembre 2004, n. 18208).

Nonostante sia indispensabile e pacifico il requisito dell'apparenza, una parte della dottrina e della giurisprudenza, talvolta in contrasto con gli orientamenti maggioritari, ha elaborato una nuova interpretazione della nozione di apparenza e ha ritenuto suscettibili di acquisto per usucapione, anche servitù prive di tale caratteristica.

Ad esempio, secondo la dottrina (Branca 1987, 310) e la giurisprudenza prevalente (Cass. 11343/2004, Cass. 71/2002, Cass. 6949/1999, Cass. 10285/1996, Cass. 171/1993, Cass. 3570/1988) le servitù atipiche di luce e d'aria non sono apparenti in quanto dalle opere stabili destinate al loro esercizio non si potrebbe argomentare in modo certo e non equivoco l'esistenza del peso a carico del fondo, posto che il vicino, anziché subirle come possedute dall'altro *iure servitutis*, potrebbe semplicemente tollerarle, riservandosi di chiederle ex art. 904 c.c.

Da tale orientamento si discosta parzialmente una parte minoritaria della giurisprudenza, la quale, pur riconoscendo che la servitù irregolare di aria e luce è di norma negativa e non apparente, ammette tuttavia che essa possa anche atteggiarsi come servitù apparente tutte le volte in cui abbia un oggetto o un aspetto tali da rivelare all'esterno l'imposizione di un peso a carico del fondo vicino (Cass. 8744/1993; Cass. 3258/1983).

Inoltre, secondo i giudici di legittimità, anche la servitù di presa d'acqua dal fondo del vicino, che è una servitù non apparente, può essere acquisita per usucapione qualora vi siano opere visibili e permanenti, costituenti indice non equivoco del peso imposto al fondo servente.

Nel caso sottoposto alla loro attenzione, tuttavia, i giudici hanno rilevato che

“non possiede tale caratteristica, la mera presenza del motore elettrico di prelievo dell'acqua del pozzo, non costituendo tale congegno un inequivoco indice del peso imposto al fondo del vicino, in mancanza di opere fisse di raccordo dalle quali possa emergere con chiarezza che quell'opera è stata realizzata in funzione dell'utilità del fondo di colui che reclama la servitù”

(Trib. Bologna, sez. IV, 27 febbraio 2008, n. 70, *IM*, 2008, 9, 32).

Infine, in tema di servitù di passaggio dei fumi della canna fumaria:

“il possesso continuato ed ininterrotto dello sbocco della canna fumaria sulla proprietà di terzi consiste nell'esercizio di fatto di una servitù di passaggio (sbocco) dei fumi dalla canna fumaria. Esso esercizio di fatto (possesso) è da ritenersi possesso di una servitù apparente, il cui esercizio, cioè, può essere percepito dal proprietario dell'immobile servente, dato che i fumi, che uscivano dal torrino provenendo dalla canna fumaria attorea, erano ben visibili. Pertanto è da ritenere che l'attrice avesse, prima della occlusione della sua canna fumaria, acquisito per usucapione una servitù di conduzione dei fumi della sua caldaia attraverso il muro comune fra i due stabili ed il torrino di proprietà della fondazione, servitù - come si è detto - apparente e, quindi, acquisibile per usucapione ai sensi dell'art. 1061 c.c.”

(Trib. Milano, sez. X, 9 dicembre 2008, n. 14529, *GiustMi*, 2008, 12, 83).

Capitolo Secondo

LE SERVITÙ ACQUISTATE PER USUCAPIONE

■ *La servitù si usucapisce in virtù del possesso continuato per vent'anni (art. 1158 c.c.) ovvero, nell'ipotesi in cui venga concessa una servitù da chi non sia proprietario del fondo servente ad un soggetto che l'acquisti in buona fede e in forza di un titolo idoneo debitamente trascritto, in virtù del possesso continuato per dieci anni (art. 1159 c.c.).*

APPLICAZIONI - Il requisito dell'apparenza della servitù discontinua, richiesto al fine della sua costituzione per usucapione si configura quale presenza di segni visibili di opere di natura permanente obiettivamente destinate al suo esercizio tali da rivelare in maniera non equivoca l'esistenza del peso gravante sul fondo servente per l'utilità del fondo dominante, dovendo dette opere, naturali o artificiali che siano, rendere manifesto trattarsi non di un'attività posta in essere in via precaria, o per tolleranza del proprietario del fondo servente.

ASPETTI PROCESSUALI - Al fine della determinazione del *dies a quo* per l'usucapione della servitù avente ad oggetto il mantenimento di una determinata opera a distanza illegale, deve farsi riferimento non al momento di inizio della costruzione, bensì a quello nel quale questa sia venuta ad esistenza, con la realizzazione di elementi strutturali che rivelino anche al titolare del fondo servente l'esistenza della situazione coincidente con quella del diritto reale di servitù.

ULTIME - Secondo la sentenza Cass. n. 24170/2013, l'acquisto della servitù apparente per usucapione decennale presuppone la sussistenza di un atto a titolo particolare astrattamente idoneo ad attuare il "trasferimento" del diritto che si assume usucapito, e tale atto deve consistere in un titolo col quale il soggetto, che si qualifichi - senza esserlo - proprietario del "fondo servente", abbia costituito una servitù in favore del "fondo dominante", il cui titolare vanti, poi, l'acquisto della servitù per usucapione.

GIURISPRUDENZA

● Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 2013, n. 3979 - È ammissibile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dal codice civile o dai regolamenti e dagli strumenti urbanistici, anche nel caso in cui la costruzione sia abusiva, atteso che il difetto della concessione edilizia esaurisce la sua rilevanza nell'ambito del rapporto pubblicistico, senza incidere sui requisiti del possesso ad *usucapionem*.

● Cass. civ., sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 26636 - La servitù di passaggio è, per sua natura, una servitù discontinua, in relazione alla quale ogni episodio di transito costituisce esercizio del diritto; ne consegue che qualora la servitù sia stata costituita in virtù di titolo idoneo, ai fini della prescrizione, non assumono rilievo, ove la situazione dei luoghi lo permetta, né la mancanza del requisito dell'apparenza — necessario per la costituzione della servitù per usucapione o per destinazione del buon padre di famiglia — né il carattere sporadico dell'esercizio.

● Cass. Civ., sez. II, 22 febbraio 2010, n. 4240 - In materia di violazione delle distanze legali tra proprietà confinanti, deve ritenersi ammissibile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dalle norme del codice civile o da quelle dei regolamenti e degli strumenti urbanistici locali.

SOMMARIO

1. Usucapione delle servitù.
2. Possesso delle servitù non apparenti.
3. I termini per l'usucapione.

1. Usucapione delle servitù.

Legislazione: c.c. 1064, 1073, 1076, 1095, 1102, 2° co., 1141, 1142, 1158, 1159

Bibliografia: Grosso-Deiana 1963 - Burdese 1970 - Branca 1987 - Comporti 1990 - Palazzolo 1992 - Bianca 1999 - Tamburrino-Grattagliano 2003

Qualunque servitù, purché sia apparente, può acquistarsi per usucapione e per destinazione del padre di famiglia.

La servitù si usucapisce in virtù del possesso continuato per vent'anni (art. 1158 c.c.) ovvero, nell'ipotesi in cui venga concessa una servitù da chi non sia proprietario del fondo servente ad un soggetto che l'acquista in buona fede e in forza di un titolo idoneo (e cioè un atto negoziale avente ad oggetto la costituzione della servitù a vantaggio del soggetto che assuma di averla usucapita: Cass. 12898/2003) debitamente trascritto, in virtù del possesso continuato per dieci anni (art. 1159 c.c.).

“L'acquisto della servitù apparente per usucapione decennale presuppone la sussistenza di un atto a titolo particolare astrattamente idoneo ad attuare il “trasferimento” del diritto che si assume usucapito, e tale atto deve consistere in un titolo col quale il soggetto, il quale si qualifichi -senza esserlo- proprietario del “fondo servente”, abbia costituito una servitù in favore del “fondo dominante” il cui titolare ne vanti, poi, l'acquisto per usucapione”

(Cass. civ., sez. II, 4 settembre 2003, n. 12898, *GCM*, 2003, 9; *GC*, 2004, I, 2721).

Se suscettibili di essere considerate apparenti, possono essere acquistate per usucapione o per destinazione del padre di famiglia non solo le servitù continue, ma anche quelle discontinue.

“Tenuto conto che, in virtù del principio *tantum praescriptum quantum possessum*, una servitù apparente viene acquistata per usucapione in esatta corrispondenza dell'utilizzazione delle opere visibili e permanenti destinate al suo esercizio protrattasi continuamente per il tempo necessario previsto dalla legge, la realizzazione di opere che abbiano ridotto l'estensione di una veduta, non incidendo sulla sua identità, non determina l'interruzione dell'usucapione e la decorrenza di un nuovo termine”

(Cass. civ., sez. II, 2 luglio 2003, n. 10460, *GCM*, 2003, 7-8).

È evidente come i cc.dd. “*admicula*” (per es., il diritto dell'ingresso *in alienum* per lo svuotamento della cloaca, nella servitù omonima: art. 1064 c.c.), essendo niente altro che elementi della stessa servitù