



PROVINCIALE

BIBLIOTECA

Ente

D'Errico

4005

E. STIGLIANI

MATERA

13195

TRATTATO
DELLE
SERVITÙ FONDIARIE

DI
MATTEO DE AUGUSTINIS

AVVOCATO E PATROCINATORE PRESSO I TRIBUNALI
DI NAPOLI

SEGUITO

Dalla traduzione del trattato del Sig. P. LEPAGE intorno alla procedura
sui giudizi che ne derivano applicato alle attuali
nostre leggi, e regolamenti

DI

Giuseppe Marinelli.

~~~~~

VOLUME PRIMO.



**NAPOLI**

DALLA TIPOGRAFIA DI PORCELLI.

1830.







## INTRODUZIONE.



**L**e società civili non si son credute ben costituite fino a che non han veduto ammessa indistintamente al godimento ed alla disposizione libera delle immobiliari proprietà ogni classe di cittadino. Questo nobile desiderio sovente contrastato da classe privilegiata, e talvolta non senza ostacolo represso, a tali e tante vicende è andato incontro ch'è stato un tempo di civili discordie motivo, e sprone a gente straniera a spandere il germe dell'ignobile servaggio feudale. Ma l'incivilimento delle moderne nazioni, guidato dal bisogno dell'equilibrio sociale, ( bilancia su cui van sempre con giustizia librate le civili istituzioni ), si è spinto con tal rapida progressione al conseguimento di questa così desiderata meta, che giunto ormai può dirsi ad incalcolabili risultamenti avendo perfino rimossi ostacoli creduti fin ora insormontabili.

Come certa conseguenza di questa salutare innovazione deve considerarsi il prodigioso aumento dell'assoggettimento de'fondi a mutui *servigi*,



i quali crescendo e moltiplicandosi sempre in diretta proporzione del numero de' primi, sono andati formando la gran massa de' dritti e delle obbligazioni che ne risultano, di cui è difficile di presente il segnarne i confini. Può dirsi perciò, senza timore di errare, ch'è addivenuto delle proprietà e delle sue modificazioni nelle *servitù* quello stesso che si è veduto addivenir del commercio.

Il Codice civile, e le leggi che gli han fatto seguito non hanno, egli è vero, dimenticata questa parte della ragion civile; e per garantire agli uni il diritto, ed assicurare agli altri il giusto limite di tali obbligazioni, vi hanno all' uopo consacrate delle disposizioni che han distinte come *servigi di fondi*, o *servitù prediali*, conforme a ciò che nel senso di queste legislazioni è sembrato analogo all' uso ed ai costumi nazionali: ma sia per non derogare a questi medesimi usi, i quali rappresentano i veri bisogni e rapporti locali; sia per quella supposta impossibilità di discendere a positive e speciali disposizioni di cui fan parola le leggi 3, 5 e 10 dei Digesti nel titolo *de legibus*; certo egli è che nelle stesse leggi civili questo argomento è ristretto a pochi canoni i quali non per intero si prestano alla soluzione di gravi e continue quistioni che tuttora agitano le menti de' giurisperiti, e di tutti quelli che dal proprio od altrui interesse sono chiamati a prendervi parte.

Questo vuoto di legislazione avvertito da tutt' i popoli che complessivamente hanno adottato il codice civile francese, ha fatto sentire il bisogno e l'urgenza di un trattato capace di offrire, per quella parte dispositiva di legge, uno sviluppo che conduca a non dubbia applicazione, e tale da rimuovere quella incertezza che tiene sempre inceppate anche le menti non volgari; la qual cosa invano si attende dalla giurisprudenza de' tribunali prima che il corso di più lustri non abbia fatta raccolta di tal numero di giudizi da renderne la materia intelligibile affatto, ed estesa ed evidente l'applicazione della legge. Altronde la giurisprudenza del foro si diffonde ancor più lentamente per tutte le classi della società, e se pur vi arriva, ben tardi istruirà l'infimo proprietario di un orticello o di un tugurio. Ecco il motivo in Francia del trattato del Pardessus, e tra noi di quello del Morra.

E l'uno e l'altro però, secondo l'imparziale giudizio di molti, non hanno per intero riempito tal vuoto; cosicchè l'incerto e l'problematico vagano ancora in ciò che debb'essere di positiva evidenza. Ci è sembrato quindi che per soddisfare ai bisogni della classe tanto estesa quanto pregevole de' proprietari, un lavoro teorico-pratico potesse giunger grato, e tale da giovare egualmente agli uomini del foro, agli architetti, agl'intraprenditori, a tutti coloro in somma che si consacrano a nobile mestiere.



Frutto sottratto alle ordinarie nostre occupazioni, cotal lavoro, qualunque esso siasi, è diretto alla utilità de' nostri simili. Se essi vi troveranno cosa che si risolva in lor profitto, il nostro voto rimane esaudito. Questo è il solo motivo che ci ha consigliato a renderlo di pubblica ragione.

## PARTE PRIMA.

### DELLE SERVITÙ IN GENERALE.

#### TITOLO I.

##### NOZIONI PRELIMINARI, E DEFINIZIONE DELLE SERVITÙ.

Nel linguaggio legale di tutt' i tempi è stato chiamato libero quel fondo che tutto intero, e quant' esso è, si presta e risponde alle cure ed al dominio del solo proprietario.

Prende poi, al dir delle leggi e de' giureconsulti, la denominazione di servo, se, o dal cieco impero della sua medesima situazione, o dal dominio eminente della legge, o dalla volontà libera del proprietario, venga per avventura destinato a prestarsi in utilità di altro fondo, o di persona a cui non appartenga.

Quando questa modificazione della proprietà, relativamente al dritto di godere e di escludere, si riporta da fondo a fondo, assume il titolo di *servitù prediale*, e che noi adottando la idea del Piccioli, la chiameremo *fondiaria*; allorchè poi riguarda esclusivamente colui che non è il proprietario, prende il titolo di *servitù personale*.

Sotto il reggimento di antica legislazione vi furono de' giureconsulti, tra' quali il Cipolla, che



vollero appellar *miste* le personali servitù: e questa distinzione era una conseguenza dell' inumano servaggio di quei tempi che imponeva la mostruosa disparità fra gli uomini, in liberi e schiavi, in padroni e servi. Così l' epiteto di *servitù personale* venne applicato a quella di uomo ad uomo, per dar l'altro di *mista* a quella di fondo ad uomo. Copriremo di obbligo l'altra ancor più insultante per la umanità la ragione e la stessa religione, la servitù detta *glebae*, parto informe della barbarie, e dalla feudalità.

Adunque senza occuparci delle servitù personali, che hanno per obbietto l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, e di cui con elogio non mai degno abbastanza n'è stata perfino soppressa la voce ne' codici che onorano il secolo in cui viviamo, tratteremo esclusivamente delle sole *servitù fondiarie*. Offrono esse difficoltà varie e molte che di maggior sviluppo han d'uopo, perchè vengono più d'ordinario e generalmente comprese nella parola generica di *servitù*.

È maraviglioso come la romana legislazione che solea tutto definire presentasse positiva mancanza nel proposto argomento. All'incontro il codice civile francese supponendo tutto inteso e compreso nel linguaggio legale, per sistema dispone anzicchè definisce; forse perchè, secondo i principii del congresso legislativo da cui emana, il linguaggio della legge differir debbe da quello della sua interpretazione ed applicazione; od altrimenti,

perchè le definizioni appartengono alla giurisprudenza piuttosto che alla legislazione: questo codice, dicevamo, spinge invero a maggior sorpresa quando si osserva che abbandonando quì il suo favorito e costante sistema, offre al proposito la definizione seguente. *La servitù è un carico imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario* (art. 837).

Ne duole per altro che definizione siffatta, sancita dal concorso di tante opinioni, propria del tutto e precisa, degna d'un codice del più incivilito popolo di Europa, e che al dire del giurisperita Pardessus (parte 1. *principii generali delle servitù*) » riunisce in un picciol numero » di significati tutto ciò che può caratterizzare » questi dritti, sia che gravino i fondi, sia che » gli procurino qualche utilità « non sia stata fedelmente ritenuta nelle nostre leggi civili, le quali ce ne porgono il confronto nell'articolo 559, così concepito. *La servitù prediale s'impone sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario*.

Come corollario di questa dimostrazione non si ritenga che sia nostro avviso d'aver voluto il legislatore napolitano distruggere la definizione data dal legislatore francese, ma sibbene di metterne in veduta la differenza, come parte essenziale dell'assunto che ci siamo proposto. Noi in fatti veggiamo nel su citato articolo 559 di queste nostre leggi, la indicazione del come e dove s'im-



pone la servitù, e nommai la definizione della servitù medesima. Si è forse con ciò voluto scrupolosamente ritenere il sistema di non definire: ma noi eliminando da questa varianda l'intenzione di un cangiamento a quella semplice e bellissima definizione, di buona fede la riterremo in tutto il corso di questo trattato, come se stata fosse tal quale ripetuta.

Poichè la legge è sempre eguale, o che definisca, o che disponga, non dovremmo noi occuparci più oltre della definizione, quando abbiamo riportato quella che essa ha assegnata: nulla di meno crediamo essere non senza utilità per quei che di erudizione son vaghi, e per la gioventù che s'incammina alla carriera del foro, il riportare le definizioni rimasteci da' più valenti scrittori de' diversi tempi; anche pel motivo che nel metterle di accordo, maggiore evidenza ne risulta per quella della nostra legge. Tra le molte presceghieremo quelle di Bartolo, di Alciato, di Domat, di Garan di Coulon, e di Toullier.

Ecco come il BARTOLO la definì ne' suoi commenti al digesto, titolo delle servitù, *servitus est quoddam jus praedio inhaerens, quod ejus utilitatem respicit vicini diminuit.*

La servitù, che da per sè stessa vuol dire carico obbligazione peso, chiamarla dritto, è un travolgere il senso naturale delle parole: voler determinare questo dritto come inerente, mentre è del tutto accidentale; che risguardi la sola uti-

lità non il diletto, o altrimenti il fondo dominante; e che assolutamente restringa l'utilità del fondo serviente; non è questo un definir tutte le specie di servitù, ma una gran parte soltanto, e restringerne il significato. Del resto converremo tutti che nella dottrina del Bartolo evvi una concisione ed un acume assai pregevole.

ALCIATO pretende definir la servitù *accidentalis habitudo et extrinseca qualitas praedii*. Ma, pace alle di lui ceneri, questa scolastica definizione è altrettanto inesatta quanto inintelligibile. La idea di abitudine ne' fondi è del tutto bizzarra, e quella di qualità estrinseca è ancor più speciosa.

Il dottissimo DOMAT scrisse. *La servitù è un dritto che rende un fondo soggetto a qualche servizio, per l'uso di un fondo che appartiene ad un' altro padrone.* (Lib. I. Tom. XII. Sez. I.) Quantunque questa definizione abbia probabilmente dato luogo a quella del Codice, è non pertanto men concisa, men dignitosa, e meno esatta. Fissare per un dritto ciò che la parola stessa esprime come una obbligazione, è un mettere in controsenso il nome, la cosa, e la definizione. Egli è vero che nel linguaggio ordinario del foro la servitù si è distinta in attiva e passiva riguardo al fondo sul quale è annessa, o a quello a favor del quale è imposta; ma questa impropria distinzione è quasi del tutto caduta in disuso, nè merita essere in alcun modo sostenuta. Chi gode del servizio altrui non serve certamente a costui:



si rammenti che la improprietà del linguaggio trascina seco a poco a poco quella delle idee.

Per servitù s'intende, dice il sig. GARAN COULON nel suo dizionario legale, *l'assoggettimento di un fondo verso di un altro fondo o verso di una persona*. (Nuovo rep. voce *servitù*). Fermanoci a ciò che ci riguarda, osserviamo che comunque concisa, ed elegante sia la definizione del signor Garan, non è però compiuta abbastanza, sì perchè la parola assoggettimento è troppo vaga e di generalissimo significato, sì perchè manca di un carattere essenzialissimo, quale è la diversa pertinenza de' fondi. L'atrio del proprio palagio non può dirsi fondo serviente, sol perchè dà altrui luogo al transito per entrar nella propria villa; e viceversa, il viale d'un podere non serve al palagio o alla villa che vi è annessa. *Nulli enim res sua jure servitutis servit*, fu scritto nella *L. 25 Dig. de servit. praed. urb.* Ma di ciò avremo occasione di parlarne più a lungo.

TOULLIER, il grave e chiarissimo tra' moderni scrittori di dritto, nel titolo 3 del lib. 2 definisce la servitù *un dritto reale stabilito sulla cosa altrui, ed in virtù del quale, il proprietario è obbligato a soffrire, o a non fare qualche atto per l'utilità, o il piacere di una determinata persona, o di un fondo vicino*. Eppure qual differenza non scorgesi tra questa, e la definizione del codice? Tralascieremo ogni altra disamina sul merito di questa definizione onde possa farsi ap-

plicazione di quel che abbiamo osservato intorno alla definizione di Domat.

Da quanto si è in accorcio accennato, il lettore sarà al caso di giudicar come convenga della opinione data dagli autori de' comentarii alla prima parte del codice per lo regno delle due sicilie, circa la definizione del codice francese. *Il codice francese*, essi dicono, *volle definire la servitù, indicando di essere un carico imposto sopra un fondo per l'uso ed utilità di un altro*. Una tal definizione, come non esatta, si è nella nostra legge soppressa, poichè il dire che la servitù sia il carico d'un fondo, è lo stesso che dire in sostanza essere una servitù; onde omessa come inutile tal definizione, vi si è indicato solo l'oggetto a cui è diretta. Avvertiremo però, pria d'inoltrarci, che il provvido legislatore, zelante ad assicurare ai cittadini del suo stato che qualunque signoria feudale, o individuale debbe aversi come abolita per sempre, ha voluto solennemente dichiarare (art. 560) *che la servitù non induce alcuna preminenza di un fondo sopra l'altro*. Ecco dottrina e sanzione che deve intenerire ogni cittadino napoletano, e richiamare nel cuore di ciascuno la rimembranza e la gratitudine di un tanto beneficio.



## TITOLO II.

DE' CARATTERI DELLE SERVITU', E DELLE DIVERSE  
CLASSI NELLE QUALI SI DIVIDONO.

La definizione di un dato subbietto, ammessa una volta per vera e giusta, da questa sola debbonsi ripetere le qualità precise e caratteristiche che lo distinguono, e che lo fanno conoscere.

Or premessa tal definizione, a via di rigorosa analisi l'andremo riconoscendo ed esaminando la servitù in tutt' i suoi elementi, e ne rassomiglieremo i suoi caratteri agli angoli e punti più elevati di ciascuna figura. Ove questi caratteri li troveremo costanti e comuni a tutte le servitù, le assegneremo la denominazione di *generalì ed essenziali*: se in continuazione ne avremo di quelli che essendo attaccati agli effetti o all' esercizio di alcune servitù, presentino de' punti di contatto e di unità alla classe, tali da giovare al metodo ed alla chiarezza, e ad essere compresi in disposizioni comuni, li considereremo come *speciali ed accidentali*: e versando poi su ciascuno di essi separatamente con tutta la possibile accuratezza, terremo d' ogni classe ristretto, ma completo ragionamento.

## SEZIONE I.

DE' CARATTERI GENERALI ED ESSENZIALI  
DELLE SERVITU'.

Quasi tutta l' antica scuola, la vecchia giurisprudenza, e non pochi de' nuovi scrittori hanno considerato come caratteri essenziali delle servitù fondiariè la *indivisibilità*, e la *perpetuità*. Ma di essi, l' uno non è un carattere primitivo, nè proprio delle sole servitù fondiariè; l' altro è erroneo, ed ancor più, perfettamente condizionale alle servitù. È serbata a suo luogo la dimostrazione di questa verità.

Intanto in riassumere le già riportate diverse definizioni possiam ritenere.

1.º Che la servitù è un carico, un obbligo un peso.

2.º Ch' esso è imposto ed aggiunto, e non inerente ai fondi.

3.º Che può gravare ogni proprietà immobile.

4.º Che è diretta all' uso ed all' utilità di altro fondo.

5.º Che l' altro fondo deve appartenere a diverso padrone.



## ARTICOLO I.

*La servitù è un carico , un obbligo ,  
un peso.*

I dritti e le obbligazioni, secondo han dichiarato tutt' i giureconsulti , appartengono alla classe delle cose incorporali. Questi carichi o obbligazioni essendo maisempre annessi a' fondi , senza de' quali mancherebbero di base e non potrebbero esistere , costituiscono in tal guisa le servitù , vale a dire , quella modificazione della proprietà fondiaria , che al dir degli antichi forensi , non è nè *immobile* , nè *mobile* , *sed quaedam qualitas* , che diminuisce il dominio e 'l valore del fondo serviente , per aumentar quello del fondo dominante. Così Paolo : *servitutes praediorum rusticorum , etiamsi corporibus accedunt incorporales tamen sunt. Lib. 15 ad Sabin.*

Come qualità adunque non può stare godersi o prestarsi separatamente e senza dipendere dal fondo : nulla sarà perciò l'alienazione, locazione , o conduzione d' una servitù quando con questa non venga alienato, locato , o condotto il fondo che ne gode , ed a cui è inerente. Se questa massima non è consegnata nelle leggi civili, ne discende però da' principii da esse consacrati , e fu scritta nel §. 1 *D. communia praed. - Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest*

*servitutem acquirere vel urbani vel rustici praedii , nisi qui habet praedium ;* ed è riconosciuta concordemente da tutti gli scrittori.

L' uomo è senza dubbio quegli che risente gli effetti delle servitù , ma non altrimenti che in qualità di padrone del fondo servente , o dominante.

Se un tale che ha dritto d' inaffiare il suo fondo coll' acqua del fonte di un altro ne volesse disporre a favore di un terzo , di buon dritto potrebbe dal secondo negare l' acqua a quest' ultimo. Siffatta conseguenza risulterà anche più chiara nella continuazione di questo titolo.

Ne segue in secondo luogo da questo carattere delle servitù che il diritto attivo di esse sopra un fondo non può essere isolatamente ipotecato dal fondo dominante. L'ipoteca che può essere imposta sui soli immobili non la si potrebbe su d' un dritto di servitù , poichè è desso una semplice qualità incorporale. D'altronde, essendo l'ipoteca una specie d'alienazione , non potrebbe aver quella per compatibile colla servitù , quando è questa incorporale. (Vedi Cipolla cap. XII, Pardessus cap. 1 sez. 1 §. 1, Morra art. 559 n. 9).

Benchè sembri indubitabile , che la servitù come dritto non possa essere ipotecata , pure vi è stato qualcheduno , ( ed anche noi una volta ) , che ha creduto poter la servitù attiva essere capace di effetti ipotecarii. Questo parere si poggia sull' art. 2004 nel quale è detto. *Sono capaci*



*d'ipoteca i beni immobili che sono in commercio, ed i loro accessorii riputati come beni immobili. L'usufrutto degli stessi beni e de' loro accessorii pel tempo della sua durata.* Se dunque, dicesi, gli accessorii degl' immobili son capaci d'ipoteca, e il dritto attivo di servitù è un accessorio della proprietà immobile, n'è legittima la conseguenza, che la servitù sia per se stessa ipotecabile. Se l'usufrutto, che neppure è proprietà, e finanche i suoi accessorii sono ipotecabili, perchè nol potrebbe essere una servitù? Ma evvi differenza tra cose, e oggetti accessorii. I quadri a fresco, gli ornamenti in marmo, i parati, sono accessorii d'un edificio, ma formano da per essi stessi un obbietto, un bene, mentrechè il dritto attivo di servitù non è cosa, o obbietto fisico-materiale, nè fu mai al mondo riconosciuto questa sorta d'ipoteca. L'usufrutto, egli è vero, non è un immobile; ma è proprietà temporanea superficiale, non già semplice qualità: l'usufrutto è separabile, anzi è la separazione del pieno dominio del fondo, mentrechè la servitù è essenzialmente inseparabile dal fondo. Se reggesse il principio dell'effetto ipotecario della servitù, ne seguirebbe l'assurdo che, dandosi questa in proprietà presso de' terzi acquirenti senza fondo godente, essi ne goderebbero e la dividerebbero ancora. Allora la servitù cesserebbe d'essere *fondiarìa* e diverrebbe *personale*.

Se la servitù non è un immobile o un bene,

ma bensì un dritto ed una qualità che deteriora il fondo servente e migliora il dominante, e perciò una qualità che diminuisce o aumenta il valore il quale gli è intrinseco ed effettivo; a norma del principio così stabilito, colui che vende il suo fondo *uti optimus maximusque*, è chiamato verso il compratore alla *garentia pe' vizii occulti* preveduta e regolata dalle leggi civili. Così il compratore ha il diritto o di restituire la cosa e farsi rendere il prezzo, o di ritenerla, e farsi rendere una parte di esso a giudizio de' periti (art. 1490). Nel primo caso però, se il venditore conosceva la esistenza della servitù, oltre alla restituzione del prezzo, è tenuto ai danni ed interessi verso il compratore; se la ignorava, alla restituzione del prezzo va soltanto aggiunto il rimborso delle spese del contratto.

Le leggi romane concordano ad un dipresso con tali disposizioni, giacchè accordano l'azione *ex empto* nel caso di vendita con frode o senza dell'immobile conosciuto come sottoposto a servitù o sia dell'*id quod interest* (*Dig. L. 66 de contran. empt.*): e l'azione *extimatoria* del *quantum minimi*, se l'avesse ignorata, (*Dig. lib. 61 de aedilitio edicto*).

Infra qual tempo debb' essere presentata questa domanda? La disciplina n'è statuita dall'articolo 1494. Dove non vi è costumanza, il tempo sarà breve, e questa brevità sarà determinata dalla prudenza del magistrato, e dalla natura del



la servitù. Giova dunque non poco l'evitare ogni atto, o indizio di acquiescenza legale.

Vi è stato chi ha elevata la quistione, se mai per quella reciprocazione che costituisce l'essenza di tutt'i contratti bilaterali, abbia il venditore verso il compratore azione per la servitù attiva del suo fondo non mentovata nel contratto. Intorno a ciò crediamo, che laddove nel titolo siasi fatto cessione di tutt'i dritti in qualunque modo, e con qualsiasi frase o espressione, ciò basti ad escludere il compratore da ogni pretesenza d'indennizzazione, o altro; perciocchè sta contro di lui la presunzione che, conoscendo tutt'i dritti, e tutti gli accessorii del fondo, senza speciale riserba, e senza individuali esclusioni, non è credibile che altri abbia contro il suo titolo riserbato, precisamente in materia di servitù, la quale attaccata ed annessa a' destini del fondo è dal medesimo inseparabile. Ma se mai non è consegnata nell'atto di vendita alcuna espressione di cessione di dritti, azioni, ragioni ec., comunque i principii cardinali delle servitù sieno tali da far propendere anche per la negativa, la quale ha una pubblica ragione in sè, perchè tronca le quistioni, ed evita le eccezioni de' padroni de' fondi serventi; nulla di meno saremmo inclinati ad accordare l'azione *extimatoria quanti plurimi* quando si trattasse di *servitù discontinue* che non siano indispensabili al pieno godimen-

to del fondo dominante, ma costituite e dirette al solo suo miglioramento. Ciò però non induce divieto al venditore ad accordare e cedere la sua servitù al compratore, nè a questi toglie il diritto di godere della servitù offrendone il valore a regola d'arte. Così, suppongasì che dal signor N. si fosse al signor T. venduto un palagio senza alcuna espressione de' succennati patti generali e complessivi; e diasi ancora che accosto a questo edificio, siavi una casetta a livello d'un piano superiore di esso, coperta a lastrico; e che lo stesso signor N. avesse comprato dal padrone di questa casetta il diritto di aprire il suo muro contiguo, e formare un giardino pensile su quel lastrico per passeggiare e goderne in tutt'i modi; in questo caso avrà il signor T. il diritto che aveva il signor N., e non potrà il padrone del fondo servente opporgli la mancanza del titolo, ma dovrà quegli pagare a questi il valore di un tal diritto.

Tutta la definizione della servitù, e principalmente il suo primo carattere ci fa avvertiti di non confondere la servitù colla proprietà superficiale o sotterranea.

Evvi in ciò la stessa differenza che passa fra *qualità e sostanza*, fra *proprietà e diritto*. Sarà la proprietà superficiale o sotterranea una parte del fondo sopra o sotto cui giace, ma sarà sempre *pars aliqua fundi*; nè cesserà mai d'essere sostanziale, e proprietà: or noi abbiamo dimo-



to che di tal natura non è la servitù. Non si è mai messo in dubbio, potersi appellar proprietà indipendentemente dal fondo, un condotto sotterraneo, o un cammino coverto, una cava, una grotta, una cisterna e cose simili; e tanto meno un cammino superficiale con loggiato, una vasca ec.; si vendono tutto di separatamente, e il sotterraneo d'un palagio, e il lastrico solare; potrebbe solamente per diritto di accessione, o d'incorporazione avvenire che qualcuna di queste proprietà sia annessa al fondo a cui è attaccata; ma ciò non risolve nè distrugge la differenza. La gioja e l'anello saran sempre due cose, benchè legate ed unite insieme.

La differenza tra la comproprietà e la servitù, è anche più rilevante di quella che passa tra la servitù e la proprietà superficiale e sotterranea. La stessa parola ne offre chiara idea anche alla mente del men colto. Però nel fatto, la linea di separazione tra le azioni di condominio e di servitù, è difficile tanto, che non di rado vanno errati i più provetti legisti. Ed in vero è ben arduo il determinare nella mancanza de' titoli, se il pozzo appartenga ad ambo i condomini dell'edificio di Sejo e Cajo, nel cui atrio giace, o se Cajo vi abbia la semplice servitù d'attinger l'acqua. Le conseguenze essendo diversissime, e stando nel massimo interesse delle parti di farne scambio, vedesi giornalmente impiegata all'oggetto ne' tribunali una scaltrezza sopraffina, e tutta l'arte e l'acu-

me de' difensori. I tribunali adunque debbon essere sempre guardigni e riservati ne' loro giudizi. Una pruova, a ragion d'esempio, accordata a Cajo per aver asserita la inesistenza o dispersione del titolo, potrebbe metterlo nel caso di diventar condomino del pozzo, mentre forse non vi ha che una semplice servitù d'attinger acqua. La disposizione dell'art. 612 delle leggi civili si oppone ad una tal pruova, perchè la servitù d'attinger acqua è definita come una servitù *discontinua*.

Non crederemo mai di aver detto troppo, o peccare di prolissità nel raccomandare l'esatta segregazione del condominio dalla servitù: più volte si è da noi sperimentato in varii litigi di tal genere, che queste due cose sono andate confuse in una: danno grave alle proprietà, gravissimo alla giustizia! E poichè abbiám promesso di tener conto a parte del condominio, così rimettiamo il lettore al capitolo che vi abbiamo all'uopo consacrato, e nel quale abbiamo versata diffusa materia, onde risolvere agevolmente ogni qualunque quistione.



## ARTICOLO II.

*È un carico imposto o aggiunto, e non inerente a' fondi.*

La legge rispetta e garantisce egualmente le persone e le proprietà. Libero in ogni ben costituita società dicesi colui, che non conosce altra preminenza o assoggettimento, se non quello della legge tanto salutare. Libero dicesi del pari ogni fondo che non conosce altro arbitrio fuori quello del proprietario (salvo i casi della pubblica autorità) *quilibet rei suae est moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat Leg. 21. Dig. Mand.* Servo è quell'uomo che in sua ragion privata è astretto all'ubbidienza di un suo eguale; e servo si dirà pure quel fondo che prestar debbesi all'utilità ed all'uso qualunque di un'altro fondo. Questo pensiero è stato altrove accennato (sez. 1.), or n'è giovato il ripeterlo.

Quella medesima legge che garantisce la eguaglianza di ogni cittadino, e la sua libertà individuale verso di sè e dell'ordine costituito di ciascuna società, assicura eziandio al proprietario *il diritto di godere, e di disporre delle sue cose nella maniera la più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalla legge, o da' regolamenti* (art. 469). Per presunzione adunque di legge, libero e senza assoggettimento è ogni qualunque fondo, od immobile, che enfaticamente i nostri padri

dicevano *optimus maximus*: diventa servo *posteaquam jus suum diminuit, et alterius auxit*. Conseguenza traggasi da ciò, che la servitù è una qualità adjettiva, non sostantiva o propria de' fondi, per la qual cosa ha bisogno d'una pruova positiva della sua costituzione. In quanti modi poi, e come si possa costituire una servitù sui fondi, ne faremo ragionamento dopo la esposizione delle diverse specie di servitù che noi crediamo di proporre. Tratteremo in pari tempo del modo come le stesse si godono, cessano, o si estinguono, giacchè ogni cosa adjettiva si aggiunge e si toglie dal sobbietto senza che questo perda la sua essenza ed esistenza.

## ARTICOLO III.

*È imponibile sul fondo o sopra ogni proprietà immobile.*

Fra le nostre sociali convenzioni non vi è caso per cui un fondo non possa essere impiegato a qualche cosa od a vantaggio di altro fondo; come non v'è uomo che non sia capace di qualche impresa, e non possa prestarsi al vantaggio di un suo simile; quindi non v'è fondo, o immobile qualunque il quale non sia suscettivo di servitù, o in senso più generale, che sia refrattario ad ogni sorta di servitù.

Dicendo che ogni fondo sia suscettivo di servitù, non abbiamo al certo voluto intendere che



ciascun fondo debba averne, o che non ve ne siano di quelli che la legge ha sottratto da tal peso. L'interesse pubblico può ad alcuni fondi imporre delle servitù, come può impedire che ne sieno imposte su di altri. Svilupperemo altrove più ampiamente siffatta teoria: intanto non bisogna confondere la capacità, o la impossibilità coll'esistenza: pel contrario, come abbiamo dianzi avvertito, la legge considera tutt'i fondi come liberi, e la servitù come una modificazione accidentale non sostanziale o inerente alla proprietà.

Se la servitù è una modificazione de' fondi o della proprietà immobile soltanto, egli è manifesto che ogni proprietà mobile ne va esclusa. Le leggi civili hanno preso il significato di fondo per quello dell'immobile per natura, come il terreno, e l'edifizio: art. 441. Il significato di fondo per *capitale* nel senso degli economisti non entra per nulla nelle cose legali. Nelle nostre leggi la parola fondo è stata sostituita a quella di *predio* de' latini, che presso loro indicava le terre, e gli edificii. Chi è vago di conoscere l'origine di *praedium* potrà fra gli altri consultare Varrone *de ling. lat. lib. 4.* alla voce *praedia*.

Rivenendo adunque alla esclusione de' mobili, diciamo che questa non nasce dalla incapacità fisica, poichè il mobile e l'immobile ne sono suscettivi egualmente, ma dalla incapacità legale

soltanto. Le leggi di tutt'i tempi hanno con sano accorgimento sottratt'i mobili da ogni servitù reciproca per ampliarne il commercio ed il cambio, anche perchè impossibile sarebbe stato assicurarne con prescrizione positiva l'esercizio ed il godimento. Nulla di meno è indispensabile avvertire che possono i mobili diventar capaci legalmente di servitù, quando per volontà di taluno, o per disposizione della legge diventano anch'essi immobili: ne segue da ciò che se gl'immobili a cui i mobili sono addetti van soggetti a servitù, lo andranno egualmente e questi e quelli. Gli armenti alla istruzione di un podere soffriranno il peso e l'incomodo del passaggio di cui quello è servo a prò di un campo vicino; del pari che le statue infisse ed attaccate ad un loggiato sono con esso serve al prospetto o introspetto in favor del prossimo edificio.

#### A R T I C O L O IV.

*È diretta all'uso ed all'utilità di altro fondo.*

Convien prestare la maggior attenzione a questo carattere di servitù, altrimenti non sarà possibile garantirsi da una moltitudine di equivoci, ed anche di errori. *La servitù è diretta all'uso, ed all'utilità di altro fondo.*

Dall'applicazione di questo quarto carattere essenziale ed intrinseco della servitù, è facile il



dedurne come la servitù d' un fondo non possa in alcun caso distaccarsi dall' utilità, o dall' uso qualunque di altro fondo, e come debban essere escluse dalla categoria delle servitù *fondiarie*, quelle che si riferiscono semplicemente, come si è dimostrato altrove, all' uso ed all' utilità dell' uomo. Laonde ci rimase scritto Ulpiano *ne- mo enim potest servitutem acquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium* ( *L. 1 §. 1 Dig. comm. praed.* ). Questi ne gode per mezzo e come padrone del fondo dominante, e non già in un modo indipendente ed astratto da tal fondo, e dalla qualità di proprietario del medesimo. *È permesso* ( parole dell' art. 607 ) *a' proprietari di stabilire sopra i loro fondi, o a beneficio di essi qualunque servitù, purchè sia solamente imposta ad un fondo, e ad uso di un fondo; e purchè non sia imposta nè alla persona, nè a beneficio della persona; e purchè tal servitù non sia in alcun modo contraria all' ordine pubblico* ( art. 607 ).

Secondo tali principii una servitù può in diverse circostanze rifluire e prestarsi all' utilità ed all' uso di una o di molte persone, secondo che il fondo dominante appartiene ad uno od a molti proprietari. Il diritto di attinger l' acqua al pozzo di Cajo goduto finora dalla famiglia di Mevio padrone del fondo dominante, può essere pure esercitato da quattro famiglie, se, morto costui, quattro eredi siensi diviso il fondo stesso, o se

venduto lo abbiano a quattro persone. Per gli stessi principii potrebbe in seguito prestarsi a dieci, se ad altrettanti sarà dato il fondo in locazione.

Ma si può indurre da ciò che non possan esservi o che non vi siano de' carichi, e de' pesi reali i quali, lungi da essere stati imposti all' uso o all' utilità di altro fondo, siano stati in vece direttamente imposti all' utilità dell' uomo indipendentemente dal proprietario? Negazione assoluta. A prescindere dalle servitù personali di usufrutto, d' uso e d' abitazione, cento e mille casi possono darsi, mercè i quali il fondo serve direttamente all' uomo. Il diritto della caccia, per esempio, quello della pesca, l' altra del passeggio, quello di cuocere il pane nello stesso forno, di rinserare il gregge nello stesso ovile, e molti altri, sono de' carichi reali i quali possono andar meglio detti *concessioni personali*, o servitù *anomale*, perchè dalle leggi non distinte. Sian dunque rispettate queste concessioni, ma non come servitù *fondiarie*, nè per avventura dirette dalle regole delle servitù, nè con esse giudicate. Quindi Paolo diceva ( *L. 7 Dig. de serv.* ) *ut pomum decerpere liceat, et ut spatari, et ut coenare in alieno possumus servitus imponi non potest.*

La determinazione della differenza tra tutte queste servitù, è bella, al dir di Cipolla, ma difficile ed intralciata. Spesso l' imbarazzo e le dif-



ficoltà crescono per quanto tal differenza mena a conseguenze diversissime: non vi sono altre regole sicure fuori di quelle che derivano dall'applicare esattamente la definizione delle servitù *fondiarie* con i suoi caratteri di essenza.

Tullio fa il suo testamento, ed ordina che fosse lecito a Cajo, suo amico e vicino, di passeggiare a suo bell'agio nella di lui villa contigua al dicostui giardino. Nasce quistione tra 'l legatario e gli eredi, cioè, se siasi costituita una servitù mera a beneficio di Cajo come padrone del contiguo giardino, o se alla di lui persona soltanto sia stato accordato il dritto reale del passeggio per la villa. Nel primo caso la servitù del passeggio infissa a beneficio del giardino di Cajo sarà perpetua ed estensiva a tutti coloro che possono godere del giardino; nel secondo, ridotto ad un passeggio personale e vitalizio di Cajo, l'affare si riduce a peso poco gravoso.

L'acume del legatario di Tullio è diretto a dimostrare che la sua persona nelle parole del legato è associata inseparabilmente alla qualità di *vicino e di padrone del giardino contiguo*, quindi a queste qualità debbesi il legato, e per tal ragione il diritto di passeggiare s'appartiene al padrone *pro tempore ed in infinitum* del giardino medesimo: *beneficia non sunt restringenda*. L'erede all'opposto sostiene essersi dal testatore voluto contemplare il suo amico Cajo, il quale come proprietario del giardino contiguo alla villa,

può sentire il desiderio di passeggiarvi, senza che questo possa trasfondersi in altri. Chiunque non riunisca tutt' i dati specificati da Tullio non avrà dritto al passeggio.

Or quale sarà la norma che dovrà tenersi per giudicare in tal caso, o simili? Noi la troviamo nella volontà presunta delle parti, e nel dubbio, nella minor servitù de' fondi. *Servitus in dubio non praesumitur, sed quaelibet res libera praesumitur*. Qualora la parola servitù è taciuta, ed a preferenza del fondo è indicato tal uomo, e non a preferenza dell'uomo, o indipendentemente da lui il fondo, la servitù *fondiarie* non debba esser mai pronunziata.

E su tal quistione si opina da taluni, che il legato a favor di Cajo sia tanto condizionato al complesso di tutte le circostanze o indicazioni espresse nelle parole del legato medesimo, che se per avventura Cajo alieni il giardino, l'erede di Tullio possa negare il passaggio al compratore per mancanza di servitù *fondiarie*, e possa negarlo a Cajo per la perdita della proprietà del giardino. Ma non si può non dissentire da ciò, poichè in tal guisa si distrugge il legato a via di sottigliezze. Ritenuto una volta il peso reale a beneficio della persona, non se ne può da lei separare il godimento. La indicazione di una qualità accidentale non rende il legato in tal modo condizionato che, se questa cessa, il legato si estingue. Le teorie sul proposito de' legati son troppo note per



scinato a farsi fautore dell'assurdo, cioè, che patti di simil natura si estinguono colla vendita del fondo soggetto, perchè i patti personali non si trasfondono alle cose. Secondo lui, il compratore della casa, il cui primo padrone si era obbligato a favor di un terzo di non aprir balconi, non è legato dal patto del suo autore.

Nè molto lungi dal Cipolla si è arrestato il sensato autore del nuovo Desgodets (parte 1. cap. 1. art. 1) il quale ha assunto che il diritto di passaggio su di un fondo accordato al proprietario e sua famiglia per un altro fondo, fin tanto che dimorerà ne' contorni di esso, sarebbe perduto per questa famiglia al momento in cui il fondo servente fosse alienato: *non vi sarebbe servitù*, dice l'autore di quel libro, *la concessione avrebbe un altro carattere e prenderebbe il nome o di locazione, o di tutt' altro contratto secondo l'obbietto che vi sarebbe stipulato. In conseguenza il comprador del fondo sul quale questo diritto era stato accordato non sarebbe tenuto di lasciarlo sussistere, a meno che egli non vi fosse obbligato personalmente, ed allora questa obbligazione non si regolerebbe dalle leggi concernenti le servitù.* Dicansi per avventura plausibili se non legali queste teorie, e si potrà allora sostenere con miglior ragione che l'acquirente del fondo ipotecato non sia obbligato di pagare i debiti iscritti sul fondo comprato.

E sarà poi lo stesso nel caso in cui l'interdet-

to, o il divieto personale, abbia dato un prezzo a chi se lo ha imposto? Il prezzo sborsato da colui che ha stipulato questo divieto rende giustificato e garantito il diritto, ed appoggiato ad una causale quel patto che altrimenti riusciva ingiusto ed illegale. Non si potrebbe ritenere e prezzo e cosa.

Cambia d'aspetto la quistione, e con altra forza si sostiene, quando il fondo a cui può esser utile la servitù, comunque non nominata, esista di fatto. Quì la stipulazione ha una validità manifesta, giacchè una causale non menzionata non si decide inesistente (art. 1086): e d'altronde è sempre supposizione naturale e legale, che ciascuno agisca per un fine ancorchè taciuto o omissso.

Sarebbe però grave errore il credere che la inesistenza momentanea del fondo dominante all'epoca della costituzione della servitù trascini seco la nullità della medesima. Le leggi non restrinsero le contrattazioni alle cose presenti ed esistenti al momento della loro stipulazione; e quindi può benissimo il proprietario dell'orto, alienandone la metà, convenire col compratore che, volendo fabbricare in ciò che gli rimane, possa aprir de' balconi sporgenti sul suolo alienato: sotto tale aspetto sarà interpretata la legge 19 *Dig. de servit. Ei fundo quem quis vendit servitutem imponi, et si non sit utilis posse existimo: veluti si aquam alicui ducere non experiret, nihilominus constitui ea servitus possit.* Quaedam



*enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.*

E quivi avvertì benissimo il signor Pardessus (parte 1. n. 14) di potersi acquistare un diritto di passaggio benchè altri ne abbia la vicina proprietà, e possa per l'acquirente sembrare del tutto inutile al momento. Il signor Toullier poi si serve a questo proposito del seguente esempio. *Io posso stipulare in favor del mio campo A una servitù di passaggio sul campo C appartenente a Tizio, benchè tra i due siavi il campo B appartenente a Mevio, se, in facendo un giro, il passaggio sul campo C possa esser utile al campo A.* Però pare che nel suo condizionale vi sia una certa indebita restrizione. E noi soggiungiamo potersi egualmente acquistare il passaggio senza avere fondo al quale possa servire o in qualunque modo giovare. La ragione ne pare evidente: o si riporta il contratto alla possibilità di un fondo futuro, e la servitù è validamente stabilita; o si riporta al carico reale che può essere imposto sui fondi a beneficio dell'uomo indipendentemente da altro fondo, ciò che abbiamo chiamato *servitù personali o animali*, ed ancora in questo caso il contratto sarà valido, ed efficace l'acquisto.

Non sarà a dubitar poi della validità d'una servitù che al maggior piacere, o al lusso, alla magnificenza ed alle delizie sia diretta: il fondo godente vantaggerà a tal modo in valore, e l'

valore esprime meglio d'ogni altra cosa l'utilità della servitù. Quindi a ragione Pomponio rispondeva (lib. 34 ad Sabin.). *Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecuris causa, vel AMOENITATIS aqua duci possit.*

Da tali esposizioni emerge che l'acquisto d'un diritto di servitù diretto all'uso ed al vantaggio d'un fondo non esistente, ma semplicemente possibile, sarà efficace e valido, ma da godersi quando il possibile diverrà fatto; e sarà inutile se la stipulazione di servitù sarà accompagnata da impossibilità fisica, o legale. Il giureconsulto Paolo nel lib. 11 delle sue quistioni consacrò questa regola, da cui noi l'abbiamo tratta. *Si aedes meae a tuis aedibus tantum distent, ut prospectus non possint, aut medius mons earum conspectus aufert imponi non potest.* Non è però lo stesso allorchè altri costituisce una servitù per quel che la legge gliene permette: ne avremo in sostegno i principj generali di ragion civile, i quali riconoscono in ognuno la facoltà di privarsi a favor d'un terzo di quel beneficio che la legge in suo favor riconosce. Lucio che ha la sua villetta in fronte al palagio di Mevio, può farsi costituir da questi la servitù di non elevar le fabbriche, onde le piante non restino del tutto prive de' raggi solari del mezzogiorno.

Si è spesso fiate dubitato se un condomino d'un fondo servente possa essere anche godente della servitù da cui è gravato quel fondo. Comunque però questo argomento sia tratto dalla teoria *res*



*sua seipso non servit*, pure la considerazione della diversità delle persone e delle proprietà si è presentata alla mente di tutti, ed è stato d'unanime accordo ritenuto non esistervi ragione per la quale la servitù dovesse estinguersi anche riguardo agli altri condomini.

Quando ci occorrerà parlare del modo come si estinguono le servitù, daremo estesi ragionamenti sul merito di tal quistione. Intanto prima di terminar questo articolo ci è gradevol cosa il ricordare di non essere punto contrario alla natura delle servitù, che le si stabiliscano sopra diversi fondi a profitto di un solo, o per l'opposto che una stessa servitù sia stabilita su d'un sol fondo a profitto di molti, sia che ciò si faccia con un solo atto, sia con diversi e progressivi. Ciò è consegnato nella legge 16 *Dig. comm. praed. Qui per certum locum iter aut actum alicui cessit, eum pluribus per eundem locum vel iter, vel actum cedere posse verum est: quemadmodum si quis vicino suos aedes servos fuit nihilominus aliis (quot volet) multis easdem aedes servos facere potest.* Ed è lo stesso a riguardo delle servitù reciproche, per le quali due fondi possono ricambiarsi co' medesimi o diversi servigi, ed essere egualmente l'uno verso l'altro dominante e servente. La ragione, e l'agronomia sorridono giustamente a tali principii, mentre con essi fiorisce l'agricoltura; siccome il commercio si estende coll'ajuto e co' servigi delle arti e delle industrie nel cambio delle produzioni.

*Il fondo dominante deve appartenere a diversi padroni.*

Le cose testè dette guidano all'ultima qualità specifica assegnata dal legislatore alle servitù (art. 559), cioè alla diversità di padrone tra'l fondo dominante ed il fondo gravato. Con questo carattere vengono consolidati e messi in evidenza i due precedenti, e le servitù prendono una definizione completa, e dirò quasi una fisionomia tutta propria e rimarcabile. Così vanno con facilità e certezza spiegati i dubbii, e le quistioni elevate ed elevabili sulla materia.

Sarà del pari agevol cosa il convincersi che il dritto sulla servitù fondiaria non è una proprietà, nè parte od altra intrinseca modificazione di essa; poichè se lo fosse, potrebbe ognun disporne e goderne indipendentemente dalla proprietà; e con ciò non più necessità di due fondi e di due padroni, e quindi distrutta la essenza stessa della servitù.

Cade pur quì in acconcio l'applicazione della massima consacrata tra le scuole, cioè, che la servitù non si trova tra i beni del padron dominante, e molto meno in quelli del padrone servente: ne citeremo in sostegno l'autorità di Paolo, riportata nella *L. 1 dig. de usu et usufruct.* ove è detto che le servitù riputar debbonsi *neque ex bonis neque extra bona.*



Avremo nell' ammissione di questo principio una guida ben certa per emendare molte idee non giuste che circolano nel foro, ed in non pochi scritti sulle servitù, e soprattutto per rettificare quella relativa alla così detta *servitù per destinazione del padre di famiglia*. Infatti, un proprietario in distribuendo le diverse parti della sua proprietà non costituisce nè potrebbe costituire servitù nella cosa propria: *nemo ipso sibi servitutem debet*; e se per avventura tal destinazione (rispettata in progresso di tempo) nella divisione di un fondo da cui nascono più fondi e più padroni, o nel distacco di due fondi già assoggettiti reciprocamente, menerà indispensabilmente parziali o reciproche servitù, non deve già dirsi che queste stesse siano state fondate dal padre di famiglia, ma che da siffatta destinazione prende origine uno de' modi pe' quali si costituiscono le servitù. Questa idea si ritenga dal lettore pel maggior sviluppo a cui la destiniamo.

#### A R T I C O L O VI.

##### *Della divisibilità o indivisibilità delle servitù.*

Dopo di aver ammesso come canone esser le servitù *afficienze* incorporali de' fondi, *non pars sive substantia fundi sed accidens*, ci è facile il considerarle in riguardo alla divisibilità o indivisibilità.

Le obbligazioni, o pesi de' fondi non possono ragionevolmente aver privilegio o regole diverse dalle obbligazioni generali e personali; perciò si può con certezza dedurne che la indivisibilità non sia un carattere essenziale delle servitù, come maestrevolmente ha dimostrato il Sig. Pardessus (parte 1 sez. 1 §. IV), ma che la servitù, come ogni altra obbligazione, sarà *divisibile* o *indivisibile* secondocchè dessa sarà o no capace di divisione materiale, o intellettuale (art. 1170). Quindi si può altresì dire che tutte le regole consegnate nella sezione V, capitolo III, titolo 3 delle leggi civili, si riferiscono alle servitù.

Alcuni fautori del vecchio sistema della indivisibilità assoluta ed essenziale delle servitù, hanno invocato il principio consacrato dalla L. 8 §. 1 dig. *de servitutibus* per sostenere di essere dovuta o viceversa goduta la servitù dalla totalità del fondo e da ciascuna sua parte: tale argomento trae origine dalle LL. 2 §. 2, e 72 dig. *de verborum obligationibus*; e non si è mancato di farsi scudo della sanzione dell' art. 621, nel quale è stabilito che se il fondo dominante vien diviso, la servitù è dovuta per intera a ciascuna porzione. Se reggesse la divisibilità delle servitù, essi dicono, i principii testè riferiti sarebbero erronei o inapplicabili.

Ma una qualità essenziale non si dimostra, additandola in una specie, o negl' individui della



specie stessa : che le servitù fossero incapaci di divisione reale e mentale, ecco ciò che bisognava dimostrare, e giustificare per esempio che Servio padrone di un edificio col diritto d'aprir quattro balconi sul fondo di Decio, non potesse aprirne otto, sol perchè Sesto e Marco figli di costui se ne hanno divisa la proprietà e ciascuna parte del fondo gravato e servente quanto l'intero. Andava poi a questa aggiunta altra dimostrazione, cioè, che un fondo non possa essere soggetto parzialmente ad una servitù, per quindi conchiudere che a vuoto è detto nella L. 6 dig. *de servit. ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest.*

Se la indivisibilità delle servitù fosse di essenza, l'art. 629, ove è stabilito, che *il modo della servitù può prescriversi come la servitù medesima, e nella stessa maniera*, sarebbe in antinomia delle disposizioni fondamentali della materia; imperocchè la indivisibilità non comporterebbe che una servitù a molti modi, si riducesse ad uno o a pochi con una prescrizione separata. La servitù del passaggio a piedi, od a cavallo, con carri od armenti, senza la divisibilità non potrebbe, a via di prescrizione, esser ridotta a semplice passaggio dell'uomo a piedi.

Che sia erroneo il principio della indivisibilità apparisce evidente dalla lettura dell'art. 630, nel quale è statuito, che nel solo caso della comunione del fondo dominante, gli atti e l'uso

di un condomino salvano gli altri dalla prescrizione » *Se il fondo dominante appartiene a più persone in comune, l'uso fattone da alcune di esse impedisce la prescrizione riguardo a tutti* ». Val quanto dire, che ove non esiste comunione, l'uso di un solo non garantisce gli altri.

In conchiusione diremo col Sig. Pothier che *la maggior parte delle servitù prediali è indivisibile*, ma non già per un carattere intrinseco, e che tutte lo siano egualmente.

## ARTICOLO VII.

### *Della perpetuità delle servitù.*

La voce perpetuità ben spesso usata, e senza riserva ammessa e ripetuta in tutte le istituzioni di diritto, in special modo dell'antico, e ne' trattati delle servitù, è sparita affatto dal codice civile e dalle leggi patrie in vigore. Saviissima riforma, che ha messo argine a tante strane idee! La perpetuità non è qualità essenziale delle servitù, e qualora a difetto di logica legale se ne voglia anche per appendice farne l'applicazione, non lo si può mai senza cadere in difettoso linguaggio, ed in una confusione di pensamenti.

Le servitù non sono in perpetuo attaccate alla proprietà, per essersi già dimostrato ch'esse non sono attributi, ma gravami e smembramenti della proprietà fondiaria. Quindi sotto que-



sto rapporto l'addiettivo sostanziale di perpetuità è erroneo. Oltre a ciò, le servitù, come proveremo a suo luogo, si estinguono, ed i fondi possono in più modi ritornare allo stato primiero di libertà per servire esclusivamente a' loro padroni: doppio argomento per dir viziosa la qualificazione di perpetuità.

Questa mal digerita qualificazione, riconosciuta impropria da taluni scrittori di antico dritto, è stata da altri parafrasata in modo che nulla o poco si allontana dal primitivo suo senso: la perpetuità, si è detto, riposa sulla cagione della servitù, ed è riposta nella potenza più che nell'atto. Ma salvo il rispetto dovuto ad Einnecio, Cujacio, Cavallaro ed a molti altri istituzionisti di dritto romano, questa loro spiegazione sente delle scolastiche distinzioni. Convenghiamo che Paolo nella L. 27 del Dig. *de servit. praed. urb.*, lasciò scritto, *omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*; però da tutto il contesto della legge risulta che *perpetuas causas*, fu impiegato in luogo di *certas aut continuas causas*, altrimenti come spiegheremmo le seguenti parole: *et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest*? Secondo gli espositori, non potendo il lago e lo stagno che di loro natura non sono fluenti, alimentare l'acquidotto se non ne' soli casi accidentali delle alluvioni, mancherebbe in tali esempi la causa di *continuità*, il che non ren-

de nulla la servitù, stante che ne abbiamo delle *continue e discontinue*. Tutt'i diritti e le obbligazioni debbono avere una cagion certa e costante; se questa manca, quelle cessano o si estinguono del pari: ma la cagion certa o costante non può dirsi perpetua, e chi ha bevuto nel fonte della filosofia e delle lettere ne conosce la grandissima differenza.

Per lo meno, si soggiunge dagli scrittori medesimi, le servitù debbono essere perpetue in potenza, se non in atto; così, l'acqua piovana che la costituisce può cadere ad ogni istante, quantunque ciò avvenga a differenti intervalli. Ma ci è forza gridar nuovamente contro il cattivo uso delle voci, e delle idee; ed a ricordare contro voglia che un esempio non costituì mai regola: ciò posto, le servitù che son ristrette a certi tempi o a certe ore, avrebbero esse, nel senso de' seguaci di questo principio, la perpetuità in potenza, e potrebbero essere esercitate in tempi ed in ore diverse dalle stabilite. E ne' momenti di divieto, vi sarebbe per avventura la potenza senza l'atto? *Usus servitutum temporibus* (così è scritto nel Dig. L. via 5 *de servitutibus*) *secerni potest, forte ut quis post horam tertiam usque ad horam decimam eo jure utatur, vel ut alternis diebus utatur*. Ed in tal sentenza tutta intera apparisce la contraddizione e l'assurdo del carattere di *perpetuità* che volevasi attribuire alle servitù.



Che diremo poi del comento che ne fece all'uopo il Sig. Fravet? In suo giudizio ne decida il lettore, al quale ne sarà sufficiente il riferirne le parole: *La servitù è un continuato proposito di prestar sempre il comodo al fondo dominante*. Questo proposito nelle servitù ha veramente qualche cosa di più dello scolastico. Il proposito si può chiedere prescrivere o addire agli esseri intelligenti nel senso delle cose morali, e giammai ai fondi. Tristo effetto dello strano abuso delle voci e delle idee! Improprietà del linguaggio, sei tu che, al dir d'un vivente giureconsulto, del cui elevato ingegno a ragione fa vanto il nostro paese, e dal quale attendesi con giusta impazienza un'opera che sappiamo esser giunta al suo termine, e sottoposta alle sole cure del compimento; sei pur tu che costituischi la principal sorgente degli errori in materia legale!

## SEZIONE II.

*DELLE CLASSI SECONDO LE QUALI SI DIVIDONO  
E DISTINGUONO LE SERVITÙ.*

Taluni scrittori hanno esaminate le servitù anche ne' loro accidentali caratteri: siccome però questi possono essere infiniti, come infinite sono le forme d'un corpo, così ad enumerarli tutti sarebbe un lavoro tanto inutile, quanto impraticabile; perciò crediamo miglior consiglio seguir

le tracce del legislatore, il quale vedendone la impossibilità, ne ha autorizzata la libertà illimitata (art. 607), salvi i cancelli generalmente prescritti ed i caratteri essenziali, e si è ristretto ad una divisione che ne abbraccia il maggior numero e ne facilita sempre più la cognizione, e l'esame. Alle sei grandi categorie risultanti dagli articoli 608, 609 e 610, cioè *servitù rustiche ed urbane, continue e discontinue, apparenti e non apparenti*; noi pensiamo, almeno per la facilitazione ch'è dovuta ai tironi della materia, di aggiungervene altre quattro che distingueremo in *affermative e negative, nominate ed innominate*.

## ARTICOLO I.

### *Delle servitù rustiche ed urbane.*

Tutte le quistioni che per molti secoli hanno diviso gl'interpreti delle leggi romane, dalle quali questa prima grande divisione ci è derivata; le tante dispute e le incertezze de' dottori e de' tribunali intorno all'applicazione di queste due voci, scomparvero per sempre colla pubblicazione del codice civile, e dell'ultima nostra legislazione. Ogni ricerca adunque sul valore di tali voci può sola servire ad appagare il desiderio degli eruditi, il che non essendo del nostro scopo, basta per questo additar solamente quanto è consegnato all'uopo nell'art. 608 delle LL. CC.



*Le servitù sono stabilite per l'uso o delle fabbriche o de' terreni.*

*Le prime si denominano urbane tanto se le fabbriche alle quali appartengono siano situate in città, quanto in campagna; le seconde si denominano rustiche.*

Con questa definizione son cessate affatto le questioni che divisero Nerazio da Ulpiano e Florentino, ed i giurisperiti de' tempi posteriori; invocando gli uni la *L. 1. D. de servit. rust. praed.* e la *L. 4. §. 1. D. in quib. caus. pign. act. contrah.*, e gli altri citando le *LL. 169 e 211 D. de verb. signif.* Or chi dubiterà ulteriormente che la qualità di rustico o urbano debba darsi al fondo dall'origine o dalla destinazione del medesimo? Chi sarà colui che non riterrà come fondi urbani quelli di città, e per rustici tutti quelli sistenti in campagna; o che per urbani dovessero considerarsi i fondi destinati ad abitazione, e per rustici quelli addetti alla coltivazione? Ecco dileguata l'incertezza della classe che spetta alle cave, a' magazzini di campagna, agli strettoij, a' molini, gualchiere, ferriere, cartiere, ed altri simili stabilimenti. Ed ecco ancora nel nulla la viziosa distinzione di servitù di suolo e di superficie, da cui ne seguì questa di rustica ed urbana, quasicchè la terra ed i campi non avessero superficie, o il pavimento terraneo d'un fabbricato non fosse al suolo inerente e non si denominasse anch'esso suolo.

Tutte le volte in cui un'erronea dottrina

vien rettificata, si sarà inoltrato d'un passo verso il vero sapere e l' perfezionamento della scienza. Siano dunque resi tributi di grazie al nostro legislatore, il quale nel già trascritto art. 608 ha dichiarato che ogni fabbricato, sia di città sia di campagna, sarà sempre un fondo urbano. Tutto ciò che non è tra' fondi urbani entra nella classe de' rustici.

Non più differenze di opinioni, non più divergenze ed inutili contese: la legge ha dileguato i dubbj; e dal 1809 è cessato e fra gli scrittori e fra i tribunali ogni disparità. Intanto malgrado la giusta e precisa definizione delle rustiche ed urbane servitù, sol perchè nelle nostre leggi non è stata valutata la differenza relativa al modo di acquistarle di goderle e di perderle, quella è rimasta senza uso in pratica e quasi inaridita; cosicchè infruttuoso è l'ufficio che gli è stato assegnato a riguardo della materia alla quale si riporta. Quindi bene a proposito avvertiva Einnecio nelle *Pandette*, che fin dal tempo in cui l'imperator Giustiniano abolì la distinzione tra *res mancipi et non mancipi*, quest'antica divisione delle servitù restò di ben poca importanza.

Tal distinzione però divenne a buon diritto priva di applicazione, poichè essa nulla ha di fisso quando una medesima servitù può esser a vicenda e rustica ed urbana. Così, la servitù del passaggio, quella di attinger l'acqua, l'altra della distanza, e simili, saranno urbane se si riportano a' fab-



bricati, rustiche se si riferiscono a' campi. E quando uno de' fondi è rustico e l'altro urbano, a quale delle due classi si dirà appartenere? a quella, senza dubbio, del fondo dominante: le parole dell'art. 608 dianzi enunciato additano abbastanza che la denominazione delle servitù dipende dalla natura del fondo dominante. La servitù dell'introspecto di una casa nel fondo rustico o nel terreno sarà urbana, perchè nella specie il fondo dominante è l'urbano: quella dell'ombra del cipresso del giardino piantato alla distanza di 7 palmi dal limitrofo casino e suoi balconi sarà rustica, perchè rustico fondo è il giardino medesimo a cui il cipresso si appartiene: ugual norma si avrà in ogni altro caso.

## ARTICOLO II.

### *Delle servitù continue e discontinue.*

La definizione delle servitù continue e discontinue dilucidata da esempi, ci vien fornita egualmente dalle leggi civili in eccezione continuata del favorito sistema del non definire. E poichè dove parla la legge, vana e superflua si rende ogni altra osservazione, e specialmente quando il linguaggio di essa è chiaro e specifico, così ci gioveremo della sua voce, e diremo coll'art. 609. *Le servitù continue sono quelle il cui esercizio è o può essere continuato, senza che sia necessario*

*un fatto attuale dell'uomo: tali sono gli acquidotti, gli stillicidii, i prospetti, ed altre di questa specie.*

*Le servitù discontinue sono quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate: tali sono quelle di passaggio, di attinger acqua; di condurre le bestie al pascolo ed altri simili.*

Dalle parole adunque e dal senso di tal legge risulta che la continuità e discontinuità non vien considerata dall'effetto della servitù, ma dall'attuale presenza o assenza del fatto dell'uomo per usarne o giovarsene. Quindi la trave che poggia fissamente sul muro del vicino, l'acquidotto che scorre incessantemente pel fondo altrui, il prospecto che nella sua immobilità colpisce in tutti gl'istanti il fondo servente, sono servitù continue, egualmente che la servitù dello stillicidio, la quale comunque effettiva al solo cader dell'acqua, è nondimeno indipendente dal fatto attuale dell'uomo.

Ben vero non bisogna confondere la continuità coll'uso, o coll'effetto permanente delle servitù. Si ponga mente che ove esiste la potenza non interrotta del diritto nel fondo dominante, ed il gravame non ristretto o capace di restrizione ad istanti o ad epoche nel gravato, la servitù sarà continua. Tale è quella dell'acquidotto ancorchè nel suo esercizio vi sia il bisogno di aprire un tubo, alzare un portellone, fare una cateratta, toglier-



re altro ostacolo che ad arbitrio del godente ne sospende, o ne attenua l'esercizio e'l godimento.

Qui però cade in proposito l'avvertire che la legge ha impiegato l'epiteto *attuale* per non far sorgere equivoco sull'applicazione del fatto dell'uomo; imperocchè in tutte le servitù, eccettuate quelle che derivano dalla situazione de' luoghi, o dalla legge, il fatto dell'uomo le costituisce, le conserva, e le estingue. La voce *attuale*, con felice scelta adoprata come addiettivo, indica in massima, che dove il fatto, o l'opera dell'uomo *in atto* non occorra assolutamente per l'esercizio della servitù, sarà essa sempre una servitù continua all'occhio della legge.

Questa verità mena bensì ad una osservazione intorno agli esempi prescelti a distinguere le servitù *discontinue*. Quelle del passaggio, di attinger l'acqua, del pascolo, non sono tali da fissare la giusta idea della definizione: il passaggio può essere per l'uomo soltanto, o diunita a' suoi armenti: e tra questi vi sono i selvaggi ed i domestici che talvolta han bisogno della guida del custode, e tale altra senza di esso partono e ritornano in casa, nell'ovile, nella mandra. L'azione di attinger acqua può essere esercitata in molti casi dalle macchine di cui le arti hanno esteso l'uso, ed i lumi moltiplicate l'invenzioni, senza che l'opera attuale o immediata dell'uomo vi sia per nulla impiegata.

A prescindere dalla idea che la servitù del pa-

scolo non è mera *servitù fondiaria*, se non nel senso e nel caso che gli animali da pascolarvi siano quelli addetti alla coltivazione di altro fondo, spesso avviene che la stessa sia esercitata senza la guida dell'uomo. Non vi è agricoltore e custode di bestie che non ne posseda una, o più che non han bisogno di guida per esser menate e ritirate dal pascolo. Esempi di servitù discontinua son quelli dell'introspetto, del passeggio o passaggio a piedi.

Noi abbiamo messo special cura in rimarcare la differenza delle due classi di servitù, perchè avendo il legislatore diversamente disposto della maniera di acquistarle e di perderle, la confusione e l'equivoco ne avrebbe trascinati a conseguenze differentissime ed incalcolabili. Difatti vedremo in appresso, nell'esame del modo con cui si costituiscono le servitù, che per le *continue* apparenti basta anche il possesso trentenario, e per le *discontinue* non vi è che il solo titolo il quale le stabilisca (art. 612).

È pur bisogno di rammentare, almeno per utile erudizione, che gl'interpreti ed espositori del diritto romano, i quali dichiararonsi per la perpetuità delle servitù, rigettarono la distinzione ripristinata dal codice civile francese e derivataci da' più antichi glossatori e comentatori di quel diritto, non potendo, secondo essi, le servitù che intrinsecamente son perpetue nella loro causa, esser *discontinue* fuorchè nell'esercizio e nel pos-



sesso, i quali non influiscono affatto sulla natura delle servitù. Noi abbiamo altrove avvertito che in ciò andavano errati, ed ora giova ripetere che la legge ha ben altra virtù ch'essi non hanno: un linguaggio che sa imporre silenzio.

### A R T I C O L O III.

#### *Delle servitù apparenti e non apparenti.*

Allorchè una servitù si presenta all'occhio del riguardante ed attesta in una maniera visibile e permanente la sua esistenza, prende naturalmente la denominazione di *visibile*, o colla parola della legge, di *apparente*. *Le servitù apparenti sono quelle che si manifestano con opere esteriori, come una porta una finestra un acquidotto* (art. 610). Ma se alcun segno esteriore annunzi la di lui esistenza, se questa può essere ignorata fino a che non sia additata o reclamata da colui a prò del quale è costituita, naturalmente prende la denominazione inversa dell'altra, cioè di *occulta*, *invisibile*, o *non apparente*. *Le servitù non apparenti sono quelle che non hanno segni esterni della loro esistenza; come per esempio la proibizione di fabbricare sopra un fondo, o di non fabbricare oltre un'altezza determinata.*

Il signor Morra nel suo trattato delle servitù (p. 278 n. 2) al proposito delle servitù non apparenti si pronunzia così. *È da notarsi che ad ec-*

*cezione delle due esplicate servitù non apparenti, tutte le altre sono apparenti cioè visibili per mezzo di opere esistenti ne' fondi dominanti o serventi.* A noi però non pare che tal proposizione sia del tutto vera; stimiamo esser servitù quella con cui Pietro si sia obbligato di non piantare noci, castagni, o altri alberi che menano lungi la loro ombra tanto dannosa agli erbaggi, in grazia dell'orto di Antonio che è limitrofo al suo fondo: ma tal servitù è sicuramente nella categoria delle *non apparenti*.

Molti scrittori francesi ancorchè anteriori al codice civile (giacchè questa divisione in Francia era conosciuta e consuetudinaria anche prima della pubblicazione del codice) hanno trattato della differenza tra le servitù *continue* e le *apparenti* benchè entrambe abbiano la somiglianza dell'effetto non interrotto. Senza però rimandare i nostri lettori a *Buridan del costume del Vermandese*, al *Dargentrè della Bretagna*, a *Banellier del diritto ed uso di Borgogna*, al *Dunod Trattato de praescrip.*, ed al *Desgodets del costume di Parigi*, renderemo loro pratica la differenza con semplici esempj: un acquidotto sotterraneo non è visibile, ma continuo; e la sospesa elevazione di un muro di un edificio non è sempre l'effetto della servitù, ma ben spesso della volontà o impotenza del proprietario.

Ciò che abbiamo osservato per le servitù *continue* ed *apparenti* è applicabile eziandio alle ser-



vitù *discontinue* e *non apparenti*. Non di raro avviene che talune servitù senza essere occulte son pure *discontinue*. La porta del viale pel quale Decio s'introduce, attraversando il giardino di Lucio per entrar nella sua casa, è apparente per i suoi segni esteriori, e *discontinua* pel fatto attuale del passaggio di Decio.

#### A R T I C O L O IV.

##### *Delle servitù affermative e negative.*

Le nuove leggi non hanno ritenuta questa distinzione, non perchè inesistente nella natura delle servitù, ma piuttosto perchè da essa il legislatore non ha creduto farne dipendere principii e regole di particolare applicazione. Noi però la crediamo necessaria, e del tutto conforme a ciò ch'è scritto nella L. 15 §. 2 *D. de servit.* cioè di consistere le servitù *aut in patiendo*, *aut in non faciendo*. Facciamo voti perchè nel tempo in cui le leggi potessero essere rivedute non sia dimenticata tal distinzione: molte buone applicazioni ne potrebbero discendere.

Al presente non anderan perduti pochi momenti di attenzione per le contese di antiche servitù, specialmente in riguardo della prescrizione che ben altrimenti era valutata. Avremo argomento a conoscere la verità di questa distinzione: per ora ci limitiamo ad osservare che i dottori ed

i pratici di antico dritto intendono per *affermativa* quella servitù, mercè la quale il fondo servente non può impedire al dominante il diritto di fare, come si verifica nelle servitù del *prospetto* ed *introspetto*, del *passaggio*, dell'*attin-ger acqua*, dell'*appoggio*, e di ogni azione espressa con parole affermative: parimenti per servitù *negativa* ammettono quella interdizione che il fondo dominante può esercitare sul servente; vale a dire di *non edificare od innalzar oltre un muro*, di *non oscurare i lumi*, di *non distogliere il corso delle acque*, e tutto ciò che si enunzia nel senso di negazione.

Dobbiamo quì però protestare che tra le definizioni della servitù *affermativa* abbiamo amato seguire quella prescelta dal Sig. Delvincourt (L. 2 cap. III sez. 1.), anzicchè l'altra proposta dal Sig. Toullier (L. 2 tit. IV cap. 3 sez. 2.). Quest'ultimo insigne giureconsulto ha appellate *affermative* solamente quelle servitù le quali obbligano il proprietario a lasciar fare qualche cosa nel suo fondo; cosicchè quelle di *prospetto* ed *introspetto* non entrerebbero tra le *affermative*. In questa preferenza pel Delvincourt ci siamo fatti guidare dal convincente motivo che la di lui definizione mentre offre maggior latitudine, è più complessiva, e meglio corrisponde al senso della parola; imperocchè non si può, nelle servitù, deviare dalla idea che un fondo serve, o col non poterne fare tutto quel che si vorrebbe, o col non poter impedire che altri



faccia. E questa è appunto la vera distinzione tra le servitù negative ed affermative.

#### ARTICOLO V.

##### *Delle servitù nominate ed innominate.*

Avviene nelle servitù ciò che si verifica ne' contratti. I nostri padri avevano seguita la divisione fatta da' primi glossatori del diritto romano di *servitù nominate ed innominate*, e nel foro e ne' libri de' giureconsulti e de' dottori s'incontrava usata senza incertezza od ambiguità, nel modo come adopravasi l'altra di contratti *nominati ed innominati*. Quindi dicevansi *nominate* le servitù che il proprio nome ricevevano dalle leggi *iter, actus, via, aquaeductus*; ed *innominate* quelle che dall'atto dell'esercizio prendevano denominazione *jus calcis coquedae, arenae fodiendae, aquae haustus* ec.

Se, pe' motivi da noi esposti nell'articolo precedente, il codice civile e le leggi che gli sono succedute, non hanno tenuto conto de' caratteri di tali servitù, non debbono perciò riuscire noiose o non profittevoli le poche cose che si sono consegnate in questo articolo: utili ben spesso potran essere per la intelligenza de' contratti di epoche remote, o per consultare antichi scrittori. Ed or puranche non impiegherà male il suo tempo colui che se ne gioverà in grazia di una maggior chiarezza e precisione.

### TITOLO III.

DE' FONTI DA' QUALI DERIVANO LE SERVITÙ.

Da tre sorgentii derivar possono le servitù.

1.º Dalla natural situazione de' fondi.

2.º Dalla legge, indipendentemente da qualunque atto o convenzione.

3.º Dall'uomo, con uno de' modi permessi dal diritto.

Le prime vanno dette *naturali*, benchè nelle leggi civili sian chiamate *servitù derivanti dalla situazione de' luoghi*.

Le seconde *legali*.

Le ultime *volontarie*, e per antonomasia *convenzionali*.

Di tali servitù ritengasi per ora la sola nozione generica, riserbando di parlarne di proposito e più diffusamente a suo luogo. Consacreremo quì alcuni titoli intorno alla fondazione delle *volontarie* o *convenzionali* servitù; credendoci dispensati da ogni indagine preliminare intorno al come e da chi si possano fondare le servitù *naturali* e *legali*.



## TITOLO IV.

DELLE PERSONE CHE POSSONO COSTITUIR LE SERVITÙ.

Detto già abbiamo che le servitù sono una modificazione ed un gravame delle proprietà immobili, e potendo il solo padrone restringere, modificare ed aggravare la libertà, o la condizione primitiva de' fondi, è cosa ben evidente, ch'egli e non altri possa imporre servitù fondiarie: *servitutem praedio imponere solus dominus potest*. Da questo incontrastabile principio di diritto derivano le seguenti principali applicazioni, che, come conseguenze, possono essere estese a tutt'i casi capaci di discussione.

Il semplice possessore benchè di buona fede, non potrà imporre alcuna servitù, e l'proprietario effettivo riprenderà libero il suo fondo, ancorchè il possessore del diritto utile della servitù l'abbia pur egli in buona fede acquistato e goduto. La servitù può soltanto divenir efficace ed assicurata al concessionario, quando il concedente col suo possesso arrivi a prescrivere la proprietà: quegli divenuto proprietario troverebbe l'opposizione del fatto proprio che di poi gl'interdirebbe di denegarsi a ciò che prima aveva consentito. Le teorie generali di diritto ci obbligano a riconoscere questa massima da cui, come dimostreremo, non si può in alcun modo divergere.

Si è da qualcheduno osservato, che mal si conviene negar al possessore dopo dieci o venti anni l'acquisto della servitù ottenuta con giusto titolo e buona fede, mentre si accorda con tal tempo la prescrizione della proprietà intera, art. 2171. Si risponde però che ne' sensi di equità la servitù non potendo essere costituita *invito domino*, sarebbe ingiusto restituirla ad alcuno la sua proprietà non più libera qual era prima di perderne il possesso, ma soggetta, gravata cioè d'ipoteche di usufrutto e di altri consimili pesi.

Ed altronde fatto riflesso all'art. 611, il quale assegna il termine di trent'anni per prescrivere il godimento di una servitù, si comprenderà di leggieri quanto male a proposito siasi caduto nelle sottigliezze della contraria disciplina.

E poichè la succitata prescrizione della proprietà fatta dal possessore precario del fondo gravato consolida la servitù costituita da costui; nasce il dubbio, se nel caso in cui il concedente la servitù, avendo di buona o di mala fede o messo di opporre la prescrizione al padrone primitivo, possa il concessionario del dritto attivo farla in suo nome e reclamarne il beneficio.

Quelli che hanno ragionato per la negativa si sono poggiati alla teoria che la servitù, come modificazione della proprietà, deve seguire i destini di questa; tuttavia il contrario avviso sostenuto dal Cipolla e da altri scrittori, raccoglierà i suffragi di tutti coloro che di buon



animo si prestano a sentirsi rammentare gli articoli 1119 e 1120 così concepiti. *Non di meno* ( sono le parole del primo ) *i creditori possono esercitare tutt' i diritti, e tutte le azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali.*

*Possono pure* ( sono quelle del secondo ) *in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni. Debbono non di meno riguardo a' diritti enunciati nel titolo delle successioni e nel titolo del contratto di matrimonio, e de' diritti degli sposi, conformarsi alle regole che ivi sono scritte.*

Or l' avente diritto ad una servitù non essendo da meno di un creditore, perchè non debbe uguagliarsene la sorte quando in favor del primo concorre pure la circostanza del dritto fondiario? E perciò se il signor A che da più di venti anni si gode il possesso del fondo Pompejano di proprietà del signor B, e durante tal tempo ha concesso al signor C in forza di pubblico atto la servitù del fonte sorgente pel valore di ducati mille, se, dopo completati li trent'anni lo stesso signor B si presenti a reclamare la proprietà del fondo, quando anche il signor A ne faccia l' abbandono, sarà sempre il signor C nel grado di sostenere la servitù ottenuta, opponendo per suo conto e ne' modi designati dalle leggi sul rito civile quella prescrizione relativa alla proprietà in quanto però si riporta alla garanzia della servitù attiva solamente.

Colui che possiede la nuda proprietà mentre che altri è in possesso dell'usufrutto, potrà consentire benissimo una servitù, di cui l'uso incominci quando l'una sarà coll'altro consolidata, o anche istantaneamente, purchè l'usufruttuario non ne risenta alcun danno; invece quest'ultimo non potrà consentire che una rivocabile servitù. Tal dottrina è in più luoghi consacrata dalle leggi quirine.

Non sapremmo trovar ragione per esempio, perchè l'usufruttuario di una casa potesse impedire la servitù *altius non tollendi* a beneficio di altra in prospetto. Buona parte delle servitù negative posson entrare nella possibilità medesima.

Come per imporre una servitù fa d'uopo essere proprietario assoluto del fondo che si vuol gravare, così tutt' i proprietari a titolo precario van compresi nella interdizione, e con essi sono egualmente interdetti a fondar servitù i comproprietarii fin a che il consenso degli altri non giunga ad abilitarli. *Unus ex condominis communium aedium servitutem imponere non potest. L. 2. ff. de servit.* Ciò non vuol dire intanto che, se i comproprietarii non diano adesione, possa il costituente la servitù valersi della di loro eccezione.

In questo caso sorgerebbero a folla gl'inconvenienti legali: la eccezione del diritto altrui; l'impugnamento del fatto proprio; il dispregio delle convenzioni sacre quanto la legge stessa,



della quale esse n' eguagliano il valore : e se in luogo di ragioni si abbia voglia di autorità, citeremo quella tanto pregevole di Celso. *Perfundum qui plurium est, jus mihi esse eundi, agendi potest separatim cedi: ergo subtili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant: et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benigni tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos qui antea cessere, vetare uti cesso iure non posse. L. 11. Dig. serv. praed. rustic.*

Che anzi il comproprietario divenendo per avventura padrone dell' intero fondo , deve rispettare la servitù che per l' innanzi aveva consentita ; e ciò può accadere o per effetto di vendita all' incanto , o per contratti particolari. » Nel » primo caso , riflette benissimo il Pardessus , » la convenzione valida in se stessa diviene ob- » bligatoria per lui quando dipende da lui solo » di assicurarne la esecuzione « ; e l' art. 803 considera il comproprietario che riunisce la proprietà a sè coll' incanto , come se ne fosse stato sempre l' assoluto proprietario : nel secondo con frase viva e sentenziosa pur disse Paolo nella L. 18 D. *Communia praed. Ex novissimo actu etiam superiores confirmentur.*

AmMESSO che il consenso di fondare una servitù possa esser dato da un socio senza dipendere dagli altri, ne siegue che ciascuno potrà darlo separatamente. Quindi il vantaggiato col dirit-

to attivo della servitù potrà consolidarlo e renderlo efficace , ottenendo ad un prezzo qualunque il consentimento degli altri. La legge ha come indifferente il tempo e 'l titolo.

E neppur a questo solo si arrestano i giureconsulti : voglion tutti concordemente , e con giustizia , che il comproprietario il quale come assoluto padrone del fondo lo abbia gravato di servitù in favor altrui, vada soggetto in conformità del principio consacrato dall' art. 1444 a' danni ed interessi in tutta la pienezza del senso in favore di colui che aveva ricevuta in buona fede l' utile della servitù. Ed egual risarcimento è dovuto ancorchè si sia appalesato il condominio , ripromettendosi del consenso degli altri : l' art. 1074 sotto la parola *indennità* non contiene disposizione diversa dall' art. 1444. Parimenti, danni ed interessi saranno dovuti dal costituente la servitù , tutte le volte che il fondo gravato fosse di sua natura indivisibile ; giacchè in tal rincontro si unisce alla falsa assertiva espressa o presunta , la promessa del fatto altrui.

La licitazione accordata dagli art. 802 803 e 1119 potrebbe solamente portare tutta la proprietà al condomino promessore , e liberarlo dalla conseguenza che si è enunciata.

Vi è però un caso nel quale può esser fatto di manco del consenso de' condomini , quando cioè, la servitù sia stata restituita da un di essi sulla quota che gli spetterà, o l' indole della ser-



vitù sia tale da poter essere esercitata in una parte qualunque del fondo comune. Allora il proprietario del fondo godente soddisfa al voto della legge coll'interpellare il concedente o costituente la servitù a domandar la divisione del fondo comune, e nel caso di negligenza, rivestito di tal qualità può provocarla direttamente da sè con modi amichevoli, o colla intervenzione del magistrato. Le spese della divisione poi anderanno a carico della massa, ed il costituente la servitù vi sarà obbligato non oltre la sua tangente.

Importantissima quistione è stata promossa dagli scrittori di diritto intorno alla fondazione delle servitù per parte de' proprietari che hanno delle ipoteche sui loro fondi. Si è detto; posson essi consentir servitù? E nell'affermativa; quali ne saranno le conseguenze verso i creditori?

Ne' discordi pareri molte cose si sono dette, e ben a lungo si è ragionato sul proposito: vi uniremo il nostro, e c' impegneremo di dargli per guida i principii consacrati dalla nostra legislazione. Saremo brevi per essere più chiari.

È cosa dimostrata che la legge riconosce valida la vendita di un fondo ancorchè precedentemente ipotecato. Quindi per identità di ragione *a majori ad minus* non si potrebbe impugnar di nullità una costituzione di servitù, che è una specie di alienazione, sopra fondo già pria dato in ipoteca. Però sarà lecito a' creditori ipotecarii dedurre la diminuzione delle loro cautele

e dimandarè nel senso degli art. 1784, 1799, e 2017 la risoluzione de' rispettivi contratti. Si potrà da essi eziandio impugnare la servitù, se questa avrà diminuito il valor dell'immobile, o se il prezzo ritratto soddisfarà per intero il loro credito. Chi ha comperato con questo gravame è nel bivio o di pagare i creditori, o di rinunziare all'acquisto. Egli è vero che talvolta si consente una servitù nell'idea di vantaggiare più che di gravare il proprio fondo; ma se in ciò il vantaggio supera il danno, i creditori non hanno ragione a dolersi, poichè in tutt' i casi la loro azione parte dal danno che soffrono, o dal dolo che sarà stato usato.

Il proprietario revocabile o condizionale del fondo che si vuole assoggettare, può senza dubbio accordare una servitù; ma questa sarà pure revocabile e dipendente dalla condizione: *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*.

La qualità di proprietario di un fondo non è per intero sufficiente a ben costituire una servitù. In questo, come in qualunque altro contratto, è d'uopo che egli dimostri di essere o che si trovi nel pieno godimento de' suoi diritti. Quindi il minore, la donna maritata, l'interdetto, il condannato alla interdizione de' diritti civili non potranno consentire ad una servitù, a meno che non lo si faccia da' loro amministratori ne' modi e colle formole stabilite dalle leggi. I pubblici stabilimenti e tutt' i corpi morali trovano



dosi assimilati a' minori van compresi nella stessa regola anche in riguardo alle vendite, transazioni, ed altri atti che contengono alienazione.

Quello stesso principio fondamentale che accorda al solo proprietario assoluto il diritto di poter al suo fondo imporre una servitù, ci guida a dire che potrà egli aggiungervene delle altre ancora, quando però la prima non venga in alcun modo pregiudicata o ristretta. Il rispetto de' diritti altrui legalmente costituiti respinge una contraria applicazione. Può Marco permettere a cento proprietari diversi di prender acqua nel suo fonte perenne, ma non potrà distoglierne una porzione per far inaffiare il campo di Decio, se in precedente l'avesse conceduta a Tullio per animare una macchina idraulica la quale ne risentirebbe mancanza. In questo senso dev'esser interpretata la *L. 15 ff. de comm. praed. Qui per certum locum iter, aut actum aliqui cessisset, cum pluribus per eundem locum vel iter vel actum cedere posse verum est; quemadmodum si quis vicino suas aedes servas fecisset, nihilominus aliis quod vellet multis eas aedes servas facere potest.* Con tal teoria si spiegherà pure il divieto imposto ad un proprietario assoluto di poter utilmente costituire una servitù a favore del fondo altrui quante volte l'oggetto della servitù abbia bisogno del consenso di un altro proprietario per esser conseguito: la *L. 9 §. 2 Dig. de aqua et aquae plur.* ci offre un bel

risponso dello stesso giureconsulto Paolo il quale servirà nel tempo stesso di esempio e di spiegazione. *Non autem solius ejus ad quem jus aquae pertinebit voluntas exigit in aquae cessione; sed etiam domini locorum, et si dominus uti ea aqua non possit, quia recidere jus in solidum ad eum potest.* Laddove il consenso necessario per l'esercizio non sarà prestato, la obbligazione del concedente rimarrà inefficace, non già nulla; prenderà quindi intero vigore allorchè il consenso necessario all'esercizio si sarà ottenuto.

## TITOLO V.

DELLE PERSONE CHE POSSONO ACQUISTAR LE SERVITÙ.

Rimontando alla natura ed indole delle servitù, ci faremo tosto ad intendere come da soli proprietari di un immobile si possa acquistare il diritto attivo o il vantaggio delle servitù: semplicissima n'è la ragione. Una servitù attiva senza fondo, ed un fondo senza padrone sono possibili negativi nello stato attuale delle civili società; poichè posson essi soli e non altri deteriorare o vantaggiare la condizione delle loro proprietà.

Dalla esposta idea ne deriva che le sole persone le quali possono obbligarsi di una servitù sono quelle che hanno ancora il potere di stipularne il



diritto. Unica eccezione se ne offre in coloro che non hanno il godimento e l'esercizio de' diritti civili: posson costoro acquistare un diritto di servitù le sole volte che gli venga a titolo gratuito, e che non sia nel contratto intervenuta transazione, compenso, o alienazione. Se l'acquisto sia stato oneroso non è nullo *ipso jure*, ma può annullarsi colla loro restituzione in intero; imperciocchè la incapacità può giovare a quelli contro cui la legge la pronunzia, non mai alle persone che vi hanno contrattato; per conseguenza i minori, gl'interdetti, le donne maritate che acquistano diritto attivo di servitù potranno tranquillamente goderne, se i tutori col parere del consiglio di famiglia, i curatori, e i mariti prescelgano di non impugnarne l'acquisto; o se i minori stessi divenuti maggiori rispettino i loro contratti nel giro di dieci anni. Agli amministratori è del pari inibito acquistar servitù, ma irragionevole cosa sarebbe la invalidità di tali acquisti, quando da' medesimi si ottenga un vantaggio reale ed effettivo.

Il tutore nell'impiego de' capitali appartenenti a' minori non avendo d'uopo di autorizzazione del consiglio di famiglia omologato dal tribunale (argomento dagli art. 373, 380, e 381) può benissimo acquistar con essi un diritto di servitù, e questo dovrà essere rispettato dal minore prima e dopo la maggior età. Pe' corpi morali poi, i cui statuti vietano agli amministratori

temporanei gli acquisti, le accettazioni di legati e donazioni, e l'impiego di capitali senza speciale prescritta approvazione, convien riportarsene interamente agli statuti medesimi ed a' regolamenti che l'accompagnano.

Il diritto di acquistar servitù attive, come quello di migliorar il fondo fedecompresso appartiene a tutt' i gravati di restituire per causa di sostituzioni. Vi è però nella specie la condizione tacita della legge di non dover mai il sostituto essere obbligato a verun compenso o indennità verso del gravato e suoi eredi. Se nel godimento del diritto l'acquirente della servitù ha trovato un sufficiente compenso, non vi sarebbe ragione ed equità per imporre a discapito de' progressivi chiamati e del fondo medesimo, un debito che spesso ne trascina parte o tutta la proprietà.

Per quanto è giusto il denegare ad ogni persona che non sia il proprietario la facoltà di far innovazione anche vantaggiosa alla proprietà altrui senza averne ottenuta l'approvazione, è altrettanto equo e convenevole il non permettere a coloro che hanno contrattato co' supposti proprietari, qualunque essi siano di buona o di cattiva fede, di resilire da' loro contratti, dalle loro promesse, e per parlare del subbietto in cui versiamo, dalla consentita servitù, per lo frivolo motivo di non essere l'effettivo proprietario quegli col quale erasi contrattato.



Si è già premesso che le servitù sono fondate nell'interesse de' fondi, e non in quello delle persone a cui i fondi appartengono, pure da' principii generali del diritto risulta che l'obbligato della servitù deve a sè stesso imputare di non aver con certezza conosciuta la qualità di colui con cui ha contrattato.

Deve altronde ogni saggia legislazione impedire, per quanto è possibile, che non si riconoscono le proprie obbligazioni o promesse, sotto lo specioso pretesto della diversità delle persone, e deve soprattutto vietarlo allorchè le cose e non le persone costituiscono la materia ed il fine del contratto.

Nel titolo precedente abbiain detto che il proprietario solo, nell'assenza del quale siasi patteggiato della sua proprietà, può opporsi a tali contrattazioni: da ciò si deduce che se per avventura egli accetti la servitù attiva, riconoscer debbe le convenzioni e le clausole che vi sono apposte. I contratti, volontarii o giudiziarii che siano, non si possono *scindere*, e sarebbe antilegale, ed ancora antimorale il permettere che altri possa scegliere delle contrattazioni quel tanto che gli aggrada.

Che si dirà poi se taluno senza essere il proprietario del fondo nè l'avente causa, e senza che il rappresentante di questo abbia promesso il fatto, l'accettazione, o la di lui ratificazione, o anche, se nello stipulare il vantaggio del-

la servitù avesse dichiarato di fargli donazione del diritto che acquista?

Ne' principii generali delle leggi civili, e nel senso dell'art. 1075 delle medesime, la convenzione sarà obbligatoria pel promessore appena che il proprietario abbia dichiarato di accettarla. Ma se l'espressa dichiarazione mancasse, e lo stipulante avesse il diritto dell'uso sul fondo vantaggiato, vi sarebbe allora costituzione di diritto attivo di servitù? No certamente, ma invece sarebbe la costituzione di un diritto personale, di cui abbiain fatto parola nel titolo II.º; diritto durevole tanto, quanto la persona per la di cui considerazione o utilità erasi costituito.

Non è però così se il godente l'uso impiega la prescrizione, giacchè come vedremo nel titolo della *prescrizione*, la servitù attiva si acquista allora pel solo proprietario, facendoglisi salvo l'uso e l'godimento dell'immobile, alla cui utilità si è annessa la servitù.

Vi è ancora un'altra eccezione per l'acquisto del diritto di una servitù da chi non è proprietario del fondo dominante. Tal è il caso di un proprietario in isperanza: abbiain riportato nel tit. II.º sez. I art. 5 che la servitù può essere costituita non solo a vantaggio di un fondo del quale si è padrone, ma a favore di quello ancora, di cui si può divenire tale. In fatti la concessione di simil natura sarà valida, se si verifica il caso che si diventi proprietario del fondo a favor del qua-



le si è stipulato, non avendo in contrario il vero ed attuale proprietario diritto a giovarsene, essendo quì esclusa all'intutto l'idea e la supposizione che campeggia quando non è parola della futura proprietà. Settimio, ad esempio, che avesse acquistato il diritto di passaggio per attraversare il fondo di Decio ed andar al fondo di Ottavio che vuol comperare, ed a cui desidera condursi direttamente dalla sua casa; sperimenterà il beneficio del passaggio predetto allorchè avrà comperato il fondo di costui.

E poichè sarebbe vizio di legislazione il permettere che per via di contrattazioni le servitù rimanessero nell'incerto; e d'altra parte, le condizioni indeterminate potendo essere a termine ridotte dal magistrato, sembra naturale che possa il promessore della servitù Decio presentarsi al magistrato e dimandare, che sia designato allo stipulante Settimio un termine fra 'l quale debba effettuare l'acquisto, senza di che il diritto di servitù non potrà mai essere effettivo.

Abbiam già osservato per massima che il solo proprietario ha la piena facoltà di vantaggiare di una servitù attiva il suo fondo; nè s' incontra ostacolo nell'applicazione di questo principio: ma può egli essere esercitato tal diritto sul fondo comune da un proprietario non assoluto, ossia semplice comproprietario? Potrà egli vantaggiare dell'attiva servitù il fondo comune? No, risponde il signor Lepage (p. 1. cap. 4. art. 11.)

La servitù non è dovuta se tutt' i proprietari del fondo dominante non vi hanno prestato il consenso. Questo autore rammenta in appoggio della sua opinione la indivisibilità delle servitù e la *L. 11. Dig. de servit.*, e pretende che il condmino accettando una servitù attiva si obbliga per lo meno a non aggravarla, il che non può essere consentito fuor che da tutti i compadroni; e che la servitù destinata al vantaggio di tutto il fondo dominante non può essere goduta da chi ha appena una frazione della proprietà. Ma la indivisibilità della servitù non è così dogmatica come questo accurato scrittore la crede, nè l'indivisibilità ne resterebbe distrutta se un solo comproprietario la esercitasse attivamente. Un solo può godere l'esercizio della servitù nel modo stesso, come un fondo gravato può essere liberato verso tre comproprietarii, e rimanere intatto verso il quarto.

L'obbligo di non aggravare una servitù attiva è tanto estraneo a questo diritto, quanto è diverso il diritto stesso dall'obbligazione. Chi volesse per poco consultare la *L. 11 del Dig.* non la troverebbe favorevole affatto e neppur relativa alla quistione in disamina: ha quella legge altro oggetto come vedremo, ed è in vece la legge 19 *Dig. de servit. praed. rustic.* che per mezzo di Paolo così favella nel suo senso. *Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest. etc.* Ma salvo l'altissimo rispetto per lo giurecon-



sulto e per la legge, non si potrebbe oggimai adottarsi una massima così fatta. Il condominio sarebbe un tormentoso ed iniquo legame, interdiciendo a ciascun condomino qualsivoglia vantaggio, ancorchè in nulla danneggiasse gli altri, o si opponesse al libero esercizio del loro diritto; ed il pubblico come il privato interesse si oppongono insieme a cotal massima dannosa ne' suoi risultamenti, e di falso scopo morale nella sua istituzione. Allorchè ci occuperemo del *condominio* avremo agio di dar estensione e sviluppo a queste idee.

Ben altra opinione ci annunzia all'uopo il signor Pardessus, alla quale di buon grado ci sottoscriviamo, riportandone il seguente ragionamento. La  
 » concessione di una servitù sul fondo comune  
 » fatta da uno de' condomini, è valida in sè medesima, ed obbligatoria per colui che l'ha promessa: perciò può il condomino validamente  
 » stipulare un diritto di tal natura in favore di questo fondo «.

» Tutto ciò che un socio acquista per la cosa comune va pur a beneficio de' suoi consocii, ancorchè non abbia preso il loro consenso. La comunione ch' esiste tra essi impone a ciascuno la legge di rendere migliore e più vantaggioso la cosa comune. Questa maniera di decidere si applica per lo stesso principio e per la stessa ragione ai casi in cui non si trattasse di una società propriamente detta, ma della comunione di proprietà di un solo oggetto.

» Sarebbe ricondurre alle sottigliezze, che abbiamo combattute nella sezione precedente, il far dipendere la validità di una siffatta stipulazione dal consenso posteriore di profittarne o di usarne, e pretendere che un tal acquisto non è solamente un atto di amministrazione, ma una mera innovazione sull' immobile, che non debba essere fatta senza il loro consenso. Questa eccezione però è in loro favore, ed ha luogo tra essi; la sorte di colui che ha accordata la servitù non cambia o che un solo de' socii o tutt'insieme ne facciano uso; ei nulla soffrirà di più di quello che ha liberamente convenuto; il rifiuto de' socii non è affatto, come ne' casi della sezione precedente, un ostacolo all' esercizio, poichè questo esercizio non ha punto effetto su ciò che loro appartiene, e non produce alcun attentato ai loro diritti.

Or, se si permette l'acquisto di una servitù sulla speranza di un fondo futuro, per qual ragione si negherebbe al condomino il quale ha per certo di poter un giorno pretendere la divisione, e di acquistar colla proprietà il diritto di una servitù per giovarsene a quell'epoca? Con questo argomento intanto intendiamo afforzar sempre più l'opinione del Pardessus, senza però restringere l'idea che possa lo stipulante condomino giovarsene anche prima della divisione. Il giureconsulto Doumoulin che incorse in questo erroneo sentimento è stato con valide ragioni contraddetto da' posteriori autori.



Non credasi perciò che si voglia da noi negar al promissore della servitù in favor del condomino del fondo comune l'azione di risoluzione della medesima, sempre che fosse stata promessa con legge di dovere i condomini accettare tal condizione o patto, e si fosser poi negati all'adempimento. E però questa risoluzione lungi dal dimostrare invalido il contratto, ne suppone in cambio tutta la validità, essendo canone in diritto, che il contratto valido si rescinde o risolve, e l'invalido si annulla.

Vi sono delle circostanze, nelle quali la servitù acquistata da un compadrone per la sua porzione sul fondo comune indiviso, può da costui anche prima della divisione essere isolatamente goduta. In tali casi egli ne godrà solo: cosicchè nel diritto di transito per andar al fondo comune prima della divisione, il proprietario del fondo servente non potrebbe in verun modo negarlo a costui.

Ve ne sono delle altre, nelle quali la servitù acquistata dal non proprietario, necessariamente, ed ancorchè gli altri non l'abbiano accettata, si gode da tutti. Di fatti il proprietario il quale avesse acquistato dal proprietario del podere vicino la servitù attiva di non edificare, farebbe a suoi comproprietarii goder dell'orizzonte senza ostacolo, quando anche non avessero essi espressamente dichiarato di volerne approfittare. Il condominio estendendosi a tutt'i punti del fondo dominante, il van-

taggio stipulato è pur tutto in loro favore. Ma fatta la divisione? Allora la servitù rientra, come si è più volte avvertito, e si restringe nella sua porzione. E se per avventura lo stipulante condomino permettesse al proprietario del fondo servente atti contrarii alla servitù, potrebbero gli altri opporvisi? No certamente: prima di aver accettato il vantaggio non avrebber questi stessi da qual titolo a ricavare il loro interdetto. E se i condomini in luogo di sopportare o acconsentire alla servitù attiva del loro condomino, vi si opponessero apertamente, che addiverrebbe allora di tale servitù? Secondo i principii di equità, e per la massima tratta dalla ragione e dal diritto primitivo fondato sull'amore e sul vantaggio reciproco, sarebbe conservata col rigetto della domanda de' condomini, quando essi non giustificassero con validi mezzi il loro rifiuto. La misura della plausibilità e ragionevolezza del motivo di esso, è affidata alla prudenza e saviezza de' tribunali.

Ci piace prima di terminare questo titolo di chiamare ad esame, se un proprietario possa acquistare una servitù per una parte solamente del suo fondo. Modestino (lib. 7. Different.) la cui sentenza fu convertita in legge, risponde per la negativa. *Pro parte domini servitutem acquiri non posse vulgo traditur. Et ideo si quis fundum habens viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem, in eum ca-*



*sum deducendo a quo stipulatio incipere non possit. Pro parte quoque neque legari, neque adimi via potest, et si id factum sit, neque legato neque ademptio valet.*

Non sembraci per altro, che mentre una servitù possa essere consentita o confinata ad una sola parte di un fondo, non possa poi esser stipulata per una sola parte solamente del fondo godente: Se una parte di fondo può prestarla, una parte ancora può riceverla e goderne. Non vi è plausibile ragione per far condannare a nullità l'acquisto dell'acqua del fondo altrui per irrigar dieci moggia dal lato di mezzodì del proprio fondo che ne ha quaranta: nè si vede ragion sufficiente per sentenziar di *corrotta*, ( frase del giureconsulto ) una servitù attiva di via, sol perchè una parte di quel fondo a vantaggio del quale fu stipulata, è stata alienata di poi. Independentemente da tutto ciò, i principii dell'attuale legislazione respingono le sottigliezze, le quali a dir vero, vanno ordinariamente a confondersi negli assurdi.

Quistione ben grave può sorgere allorchè, nella vendita all'incanto della proprietà comune, divenga proprietario quel condomino che acquistata aveva la servitù attiva per la parte che gli sarebbe spettata. In questa ipotesi si è nel dubbio, se l'aggiudicatario volontario debba con giustizia pretendere la servitù per l'intero fondo, o invece, se il promissore della servitù possa trarne

motivo di risoluzione di obbligazione. Il Pardessus ( n. 265 ) sulle tracce del Doumoulin si pronunzia per l'estensione ed ampliamente del diritto a tutto il fondo già comune, riserbato però al padrone del fondo servente il poter domandare compenso nel caso che la servitù divenisse per tal modo più onerosa.

Noi crediamo che l'ampliamente della servitù non possa ammettersi indistintamente. Se la vendita all'incanto dipenda dall'indivisibilità del fondo comune, sarà valevole la opinione degli accennati scrittori, sol perchè il promissore della servitù non poteva farsi illusione sullo stato del fondo, e sulle conseguenze che ne risulterebbero in caso di vendita per incanto. Ma se il fondo era divisibile, e l'incanto sia stato fatto non pel motivo della sua indivisibilità; la ragione dell'ampliamente manca, dappoichè l'incanto può quì rassomigliarsi all'acquisto d'un fondo vicino piuttosto che alla dichiarazione di un diritto di proprietà che prima restava in condizione per la natura del condominio e dell'indivisibilità del fondo. Si dirà intanto, come mai conciliarsi il rispetto della già costituita servitù attiva colla cummulazione della proprietà? Volendosi giovare della primiera servitù, lo stipulante procurerà la divisione del fondo, ed in quella parte che diviene la quota del condominio, per la quale erasi stabilita la servitù, si conserverà nell'istessa guisa, come conservansi in generale le servitù. Si è al-



trove dimostrato che la servitù si estende alle accessioni naturali e fortuite, non alle addizioni le quali raddoppiano o fanno in qualsiasi modo cambiar la natura e le condizioni del fondo godente. Per la identità della ragione sono applicabili quegli stessi principii.

Inoltre la servitù può essere acquisita anche da chi non è padrone del fondo a cui vantaggio si costituisce, a condizione però che sia precisamente indicato il fondo medesimo, e che il vero proprietario dichiari di volersene giovare. Fino a che però l'accettazione non segua in conformità dell'art. 1074 delle leggi civili, il gravato della servitù può disdirsi, e revocare la sua promessa.

## TITOLO VI.

### DEGLI ATTI CO' QUALI POSSONO COSTITUIRSI LE SERVITÙ.

Tutti gli atti co' quali i diritti e le obbligazioni in generale si costituiscono, e pel cui mezzo la legge accorda di fare e di accettar promesse, di dar e di ricevere, tutti sono senza eccezione valevoli a fondare servitù fondiari. I contratti, come vendita permuta e transazione; le disposizioni per atti tra vivi e di ultima volontà, come la donazione il testamento; la destinazione del padre di famiglia prodotta dalla cosa, e dalla presunta volontà; il giudicato ritual-

mente pronunziato; ed infine la prescrizione, compongono la completa serie de' titoli, che valgono a stabilire le servitù.

E siccome per massima certa di legge il titolo è tale, quando sia stato formato ne' modi stabiliti dalla stessa, ed interceduto tra persone che godono il diritto di stipulare e la facoltà di promettere; e comechè circa la validità ed efficacia di tutti questi titoli, per non esservi eccezioni al proposito delle servitù, deve starsene alle regole generali di diritto; così ci crediamo autorizzati a non prender parte in quistioni del tutto eterogenee al nostro argomento. La opinione emessa da due valenti scrittori per la efficacia delle servitù in nulli titoli consegnate, essendo una aberrazione meteorologica e momentanea, e contraddittoria a tutt'i buoni principii non meno che alla sana ragione, ci dispensa dal farne una seria confutazione.

Ci permettiamo soltanto una osservazione generale intorno alla interpretazione de' titoli costitutivi, cioè che se in ogni altro titolo o contratto le obbligazioni non si presumono, nelle servitù ne sono esse del pari bandite, e non debbono giammai formare il tacito corteggio di altre stipulazioni se non ne' casi espressi di legge, e quando la servitù è affatto necessaria all'adempimento del contratto a cui deve darsi esecuzione. E per verità, Tizio che avesse legato a Cajo un appartamento della sua villa sita in mez-



zo delle terre rimaste a Mevio, gli avrebbe egualmente legato il diritto di reclamarne l'accesso a traverso di esse senza doverne indennizzazione. Quella ch'è prescritta dall'art. 603 riguarda la servitù che impone la legge, non mai quella che dipende dalla volontà dell'uomo, e che risulta da un titolo.

## SEZIONE I.

### DE' CONTRATTI.

Prestansi indistintamente alla costituzione delle servitù tutt'i contratti di compera e vendita, di transazione, di permuta, di divisione tra coeredi e condomini, purchè siano rituali, e si effettuiscano tra 'l padrone del fondo servente e quello del fondo dominante, se però sian capaci a costituire una servitù. In conseguenza non basta a fondare una servitù la sola dichiarazione di due contraenti i quali assicurino che un fondo altrui debba la tale, o tale altra servitù ad un fondo ch'è l'obbietto della loro contrattazione. Se, per esempio, in un contratto di vendita si dichiara che al fondo in alienazione si appartenga il diritto della servitù A o B, ciò a nulla può valere, ed anche dopo cento anni dalla sua data non si potrà trarre benchè menomo argomento di fondazione. L'art. 1274 delle leggi civili ha fissata la bella massima che l'enunciativa in un

atto non è pruova, e neppur principio di pruova, se non tra le parti ed i loro eredi. Pare adunque che siasi sbagliato il Pothier allorchè, riportando la regola generale che l'atto non fa fede di ciò che vi è enunciato contro un terzo il quale non è stato parte nel medesimo, ha soggiunta la eccezione nelle enunciazioni sostenute da lungo possesso; *in antiquis enunciativa probant.*

Ed in questa eccezione, che il chiarissimo ordinator delle pandette eleva a teoria, ci si propone un esempio relativo alle servitù. » Quantunque il » lungo uso non attribuisca diritto di servitù, » ciò nondimeno se la mia casa ha da lunghissimo tempo un diritto di prospetto sulla casa » vicina, e che negli antichi contratti di acquisto che ne han fatto i miei antenati sia stato » enunciato ch'essa ha un tal diritto, questi antichi contratti del possesso faranno fede del mio » diritto di prospetto contro il proprietario della casa quantunque egli sia un terzo, e che i » suoi antenati non abbiano mai avuto parte in » questi contratti ». *Trattato delle obbligazioni* n. 705. L'esempio però e la teoria urtano di fronte alla disposizione dell'art. 1274, e quel ch'è più all'art. 616 di cui amiamo ripetere le parole. *Mancando il titolo costitutivo delle servitù che non possono acquistarsi colla prescrizione, non si può supplire altrimenti che col mezzo di un titolo, il quale contenga la ricognizione della servitù fattane dal proprietario del fondo ser-*



*vente.* Egli è vero che Pothier ha preceduto il codice civile, ma da grande qual'egli era, doveva pure trovar nelle disposizioni delle leggi che ordinava, e nella ragion naturale, il vizio e la durezza della eccezione. Il tempo, fuor che nella prescrizione, non aggiunge nè toglie alla natura ed agli effetti de' titoli.

Un contratto relativo a servitù non solo è valevole ne' suoi effetti a fondare qualunque servitù, ma a modificarla e talvolta a distruggerla, purchè questa risulti dalla situazione de' luoghi, o sia fondata dalla legge nell'interesse privato, giusta l'art. 573, eccettuate sempre quelle stabilite per l'utilità pubblica e comunale, e la ragion de' terzi. È massima di diritto che ciascun possa rinunziare ad un beneficio che ad altri non pregiudichi, e che la legge gli accorda nel solo interesse privato.

Non si è ommesso di domandare se un titolo nullo, susseguito da atti di esecuzione e di fatto, dia efficacia ad un diritto di servitù quivi costituito. Un tal titolo durante il decennio, (numerato secondo le regole prescritte nel titolo 5. del lib. 3. cap. 3. sez. 7. relativa alle azioni di *nullità e risoluzione de' contratti*), può essere utilmente impugnato, e non dà alcun diritto sicuro, nè in conseguenza presenta alcuno addentellato agli atti di ricognizione di fatto. Se l'atto di ricognizione sia scritto nel senso e ne' modi stabiliti dalle leggi civili negli articoli compresi nel titolo

risguardante gli atti di ricognizione e conferma, costituirà titolo valevole di servitù, più come atto primordiale, che come vero atto suppletorio. Però l'atto di ricognizione può ben riportarsi ad un titolo antico, o altrimenti esprimere la servitù che si vuole riconoscere; ed in questo caso, ancorchè non n'esprima tutt'i particolari e la circoscrizione, apre non per tanto il campo ad una pruova di esercizio e di fatto o per mezzo di testimonii, o per altri atti d'istruzione.

## SEZIONE II.

### DELLE DISPOSIZIONI TRA VIVI E DI ULTIMA VOLONTÀ.

Con donazione per atti tra vivi, o anche riportantesi al tempo della morte, con testamento e con legato, le servitù possono essere imposte ad un fondo o acquisite ad utilità del medesimo, e ciò può farsi, sia che il fondo gravato o vantaggiato appartenga o pur no al donante, al testatore, al legante.

Alcuni esempi daranno chiarezza a queste proposizioni. Pietro dona a Paolo il suo podere, ed obbliga costui a non alzare le fabbriche della sua casa oltre il secondo piano, affinchè quella di Marcello non perda la veduta del mare. Antonio lega in testamento la sua campagna a Sesto e ad Ottavio con legge, che la sorte deciderà chi de' due aver debba il campo seminatorio col bosco,



e chi gli oliveti colle vigne; e che quello a cui spetterà la seconda parte possa cacciare nel bosco, e provvedersi in esso del legname per dar l'appoggio alle viti, e delle legna per l'uso de' coloni ed operai che vi dimorano. Tizio istituisce Cajo e Mevio eredi del suo palagio, ed assegna, all'uno il primo piano, e l'rimanente all'altro, prescrivendo però che il loggiato annesso al piano superiore, e quindi concesso a Mevio, sia soggetto al passeggio ed al diporto in favore del primo piano.

E perciò tosto che la donazione, il testamento, il legato siano stati accettati ed incominciano a sortire il loro effetto, vale a dire, appena che divengon titoli, lo saranno anche nel proposito della servitù, salvo nel primo caso, l'accettazione ed adesione che Marcello deve darvi nel modo stabilito dall'art. 1075.

Gratuita essendo l'indole degli atti surriferiti, e questa dovendo essere mai sempre interpretata nel senso dell'ampliamento anzi che no, e con regola inversa della interpretazione degli atti onerosi e de' contratti, egli è naturale di doversi ne' medesimi riguardare più l'intenzione che la espressione; e nell'una e nell'altra debbesi più di ogni altra cosa aver cura di non rendere in verun modo oziosa la munificenza del disponente: cosicchè dall'erede cui fosse stato imposto dal testatore un passaggio con vettura pel fondo rimastogli a beneficio di un altro fondo, non si

possa giustamente negare ogni sorta di passaggio, sol perchè il suolo non prestasi al transito di carri e di carrozze.

Di vantaggio, nelle disposizioni gratuite entrando sempre in prima considerazione le persone a preferenza delle cose e de' fondi, debbesi in tali titoli farsi eccezione alla regola generale, la quale ritiene per valida la costituzione di una servitù ancorchè siasi indicato come proprietario del fondo dominante colui che non lo era: imperocchè la differenza e l'errore sul proprietario è sostanziale, e per conseguenza sarà vietato all'effettivo proprietario di reclamarne il beneficio. In questa eccezione concorriamo ora tanto più fermamente nel parere di Doumoulin e Pardessus, in quanto che sulle prime avevamo molta ripugnanza ad ammetterla in derogazione di un principio cardinale della materia, ma la forza della riflessione vi ci ha indotti di pieno convincimento.

### SEZIONE III.

#### DE' GIUDICATI.

Le dichiarazioni de' magistrati, le quali non siano state impugnate da' litiganti, o essendolo state ne' modi di rito, abbiano riportata conferma dai magistrati e tribunali supremi, prendono, come niuno ignora oggimai, la denominazione di giudicati: e questi essendo considerati, in



senso filosofico politico e legale , come transazioni necessarie forzose , debbono e sono stati sempre rispettati come verità legali, rivestite di un carattere sacro ed imperativo quanto quello delle leggi; quindi posson ben dirsi, e lo saran sempre , i più sicuri titoli delle servitù , avuto riguardo all'autorità della cosa giudicata, ed agli effetti pronti ed esecutivi che ne derivano.

I giudicati però, di cui in termini generali abbiamo favellato , possono essere risguardati nel senso di quelli che sono stati pronunziati tra i proprietari di due fondi , o tra i rispettivi aventi causa , nelle dichiarazioni giudiziarie , e nelle procedure di espropriazioni forzose. Si contende tra Cajo e Sesto intorno ad opera nuova che il primo ha impreso di fare nel giardino sottoposto ai balconi del secondo : il magistrato pronunzia e dichiara , che non sia lecito a Cajo di mutare lo stato del giardino e di costruirvi opere di qualsivoglia natura. Divenuta giudicata questa sentenza , si eleva a titolo irrevocabile di servitù a cui debbono per sempre uniformarsi entrambe le parti, ed i rispettivi eredi e successori a titolo universale o particolare. Si fa un giudizio di divisione: una servitù si stabilisce nel ripartimento; questo, omologato dal tribunale, diventa il titolo e'l giudicato de' condividenti. Si espropria il podere A del signor F, e per la sua grande estensione se ne ordina la divisione: fatta questa si consegna per condizione nel

quaderno di vendita che il fonte perenne assegnato alla prima quota debba somministrare alle altre un tal volume di acqua , che col favor di una servitù gli aggiudicatarii di esse possono provvedersene con condotti coverti. Seguita l'aggiudicazione, i diversi proprietari troveranno nel quaderno stesso un giudicato ed un titolo per lo diritto attivo della servitù, e pel godimento che rispettivamente è dovuto.

Ma si domanderà , se in luogo di essere aggiudicate le diverse quote del latifondo a più persone lo siano ad una sola, che addiverrà di quella condizione inserita nel quaderno di vendita? Si risponde che tale condizione diverrà inutile , perchè mancata, e perchè dalla mancanza ne segue la confusione, ch'estingue la servitù. E se la quota nella quale è sita la sorgente venga aggiudicata ad uno, e le restanti porzioni ad un altro, sarà il secondo autorizzato a far costruire un solo condotto coverto capace di ricevere l'acqua che separatamente era stata assegnata a quelle quote? Senza dubbio ; perchè si diminuisce e si restringe così , invece di accrescere ed allargare la servitù del fondo gravato. E per l'opposto, se l'aggiudicatario di tutte le quote in collettiva voglia far tanti acquidotti per quante sono le quote che ha raccolte nell'aggiudicazione , potrà esser impedito dal proprietario primitivo , per lo motivo che un solo acquidotto basta a compiere il fine propostosi all'epoca della ripartizione? Ta-



luni si sono avvisati per l'affermativa, avendo riguardo che non è mestieri moltiplicare gravami senza necessità, e dar inceppamenti alla proprietà senza alcun vantaggio del fondo godente, vano essendo il conservare gli effetti mentre è cessata la causa. In questo senso è stato disposto ed è pur consegnata la massima in diverse leggi della romana legislazione.

Ma la quistione deve esser risolta con i principii della materia, e non si può in alcun modo violare il diritto collettivo dell'aggiudicatario il quale è tre o quattro volte tale, perchè in altrettante ha licitato. Egli ha cumulate più proprietà, che potrebbe un giorno, dopo l'aggiudicazione, vendere ad altri.

Si vorrebbe restringere il diritto di un proprietario il quale, conservando tanti acquidotti quanti sono i pezzi del terreno, non soffre nulla nel distaccarli o nell'alienarli.

La servitù di cui si fosse fatta menzione in una sentenza di aggiudicazione, non sarebbe conseguenza di giudicato, mentre l'essere stata nunciata a riguardo di coloro che non sono parte del giudizio, non rileva oltre di quello che potrebbe realmente spettare al fondo espropriato.

## SEZIONE IV.

### DELLA DESTINAZIONE DEL PADRE DI FAMIGLIA.

Fin dalle prime pagine di questo trattato abbiam detto che non si possono aver servitù fonciarie senza due fondi e due padroni. Ora ci conviene soggiugnere che quando un sol padrone avendo uno o più fondi, crederà in suo giudizio di doversene servire di maniera che l'uno, o porzione di un solo, sia assoggettito o che si presti all'altro, non s'intende con ciò imposta servitù su di una proprietà di cui n'è egli il libero disponente, ma si sarà solamente usato d'un atto dominicale che le leggi e gli scrittori di diritto han denominato *destinazione del padre di famiglia*. Adunque tal destinazione, come volgarmente e per errore suol dirsi o forse anche credersi, non è una servitù, ma può unicamente divenir titolo di servitù, quando uno de' fondi, o una delle due porzioni di esso avrà, ne' modi conosciuti, cambiato proprietario.

Il signor Pardessus (n. 288) chiama destinazione del padre di famiglia *lo stato in cui il proprietario ha disposti ed ordinati più fondi pel loro uso scambievole*. Questa definizione è precisa non vi ha dubbio, ma manca della idea che lo stato della disposizione può ancor riferirsi ad una parte o all'altra di un medesimo fondo. Destinazione del padre di famiglia è l'adito di due di-



visi appartamenti ad una medesima terrazza, come l'accesso dall'edifizio alla loggia del contiguo palagio. In conseguenza pare che potesse questa definizione esser completata così » La destinazione del padre di famiglia è lo stato in cui il » proprietario ha disposti ed ordinati più fondi, » o più parti d'un solo pel loro uso scambievolmente «; altrimenti la dichiarazione che ne fa il nostro signor Morra potrà reclamare a giusta ragione la preferenza. » Per questa, egli dice, s'intende l'uso ch'egli fa (cioè il padre di famiglia) d'un fondo di sua pertinenza rispetto a » quello che anche gli è proprio, o l'uso di una » porzione del suo fondo rispetto all'altra del » fondo medesimo « (art. 613, 614, e 615 n. 1.)

Questa destinazione però per elevarsi a titolo di servitù è necessario che non sia passeggera momentanea o variabile, ma che dipenda dalla natura o dalla inalterabile disposizione delle diverse parti di queste proprietà, dall'utilità positiva, o anche dal semplice piacere purchè non sia inutile affatto. » Sarebbe assurdo, (dice il signor » *Duparc Paullain*) il supporre che senza una » convenzione espressa si avesse voluto in una » divisione conservare i diversi passaggi di cui » faceva uso il padre di famiglia per suo vantaggio o piacere nel tempo in cui egli possedeva entrambi i fondi « (*Princip. di dirit. franc. vol. 3. pag. 303*). Non si potrebbe aver quindi per mera destinazione del padre di famiglia,

nel senso delle cose in cui versiamo, l'uso che un proprietario di due palagi contigui potesse fare dell'acqua dell'uno a preferenza di quella dell'altro, o perchè più fresca, o perchè più limpida e leggiera: egualmente la torretta di scoperta, o *belvedere*, che il padrone della casa col podere avesse costruito in mezzo di esso per l'uso della proprietà unita, non diverrebbe servo alla casa per semplice destinazione del padre di famiglia appena che la casa fosse separata dal podere e passata in proprietà altrui.

Si avverta però a non confondere la destinazione del padre di famiglia in linea di servitù, con quella in linea di accessione in proprietà. Tanto è necessaria questa distinzione, che senza di essa vanno spessissimo confuse cose diverse e disparate. Una stanza, per esempio, in mezzo a due laterali o sovrapposti appartamenti, può essere più facilmente oggetto di discettazione di proprietà che di servitù tra due diversi padroni posteriori. Chiamati a decidere in vertenze di tal fatta, i magistrati, consulteranno nel silenzio de' rispettivi titoli la più ragionevole plausibilità, e nel caso di quistione di proprietà o di appartenenza, (quando la comunione non è possibile), la maggior veemenza, l'utilità maggiore per uno de' due, l'uso più costante, ed altre circostanze concorrenti e decisive; ed avranno in ciò basi certe a pronunziare un giudizio esente da ogni taccia d'inavvertenza.



Ritengasi intanto che la destinazione di cui abbiamo parlato non deve credersi bastevole a costituir titolo di servitù ne' casi previsti ed additati, se non quando le servitù siano di natura *continue* ed *apparenti*: tale è il voto della legge nell' art. 613. Esso contiene una sapienza degna di vero elogio.

Voler ammettere che tutte le servitù, anche quelle che non hanno nè lasciano tracce, prendano nascimento da una destinazione a via di fatto del proprietario, ei sarebbe un aprir vasto campo ad innumerabili litigi ed abusi, e distruggere senza ragione i dettami della romana legislazione la quale non ammette servitù senza dichiarazione o disposizione espressa del proprietario: negare altronde alle opere ed a' segni parlanti di servitù continue e visibili gli effetti della volontà del padrone, è un voler imporre che si chiudano gli occhi al meriggio per negare impunemente la luce. Saggia e felice idea si è avuta nell' eguagliar la destinazione del padre di famiglia alla prescrizione, e di rispettar quella dove questa si rispetta ed a titolo si eleva.

Molti autori, per senno e mente pregiati, han creduto che la destinazione del padre di famiglia desse nascimento ad ogni sorta di servitù, allorchè fosse scritta nel titolo di trasferimento di uno de' due fondi o di una delle diverse parti; e qualcuno si è spinto a comentar siffattamente il canone dell' art. 613 e seguenti, da poterne inferi-

re che in mancanza di pruova scritta potesse farsi uso della pruova testimoniale. Ei pare che costoro siansi impegnati di portar complicazione inutile in un subbietto pel quale il francese legislatore ha impiegata tanta cura per renderlo semplice, che ha indotto il nostro a farvi eco del tutto. Qualora il padre di famiglia, disponendo o alienando una delle sue proprietà, ha prescritto il modo come intendea trasferirla, non è più la destinazione che costituisce la servitù, ma bensì il titolo, e sia pure per contratto oneroso o gratuito. Nel modo come tali autori la vogliono, incontrerebbersi la destinazione del padre di famiglia benanche nelle servitù per testamento, per donazione, e per legato, ed anche per vendita o permuta. Ed in questo senso erroneamente si sarebbero occupati di annoverar siffatti titoli tra quelli di fondazione di servitù; bastava dir soltanto *della destinazione del padre di famiglia*, e ridurre i titoli a questa ed alla prescrizione. Oltre a ciò, a noi sembra che gli art. 614 e 615 non contengano alcuna novella disposizione oltre di quella consegnata nel precedente 613 di cui son essi la spiegazione e lo sviluppo. Ed in fatti dopo aver messo l' art. 613; *la destinazione del padre di famiglia riguardo alle servitù continue ed apparenti tiene luogo di titolo*, nel quale par che dica il legislatore » io avrò nelle servitù continue ed apparenti per titolo costitutivo la destinazione del padre di famiglia « è facile il conchiudere



re che fuor di questa serie di servitù egli non conosce come titolo tal destinazione; cosicchè solamente ne' lumi fissi, nelle finestre o balconi di prospetto o intropetto, nell'acquidotto, nelle grondaje, ne' focolai e tubi fumarii, ne' ripigli per continuazione di fabbriche e cose simili, la destinazione trasforma i veri servigi fondiarii: e perciò soggiunge nell' art. 614. *non vi è destinazione del padre di famiglia, se non quando sia provato che i due fondi attualmente divisi appartenevano allo stesso proprietario, e che siano da lui state poste le cose nello stato dal quale risulta la servitù.*

Affinchè alcuno non creda che tali titoli di servitù si costituiscano per tutt' i fondi i quali abbiano altra volta appartenuto ad un sol padrone, si è quivi voluto additare, che l'articolo precedente, cioè quello della massima, si applica quando si avrà; 1. che i due fondi in seguito divisi appartenevano al medesimo padrone; 2. che da questi siano state poste, (secondo il Toullier *rimaste*) le cose nello stato dal quale dipenda indispensabilmente la servitù. Quindi la pruova reclamata dall'articolo surriferito, è la pruova del fatto materiale non mai quella della erezione in servitù, la quale può essere perciò raccolta e dalle scritture e da' testimoni, ed indistintamente da ogni sorta di pruova; tal essendo l'estensione e'l significato della parola generica PROVATA.

Allo stesso modo fu detto al tribunato dagli

espositori del progetto del codice civile, e fu pur in tal modo opinato dal Maleville: il solo Pardessus ha preteso, non si sà come, che la pruova per testimoni possa essere ammessa nella sola esistenza di un principio di pruova scritturale.

In ultimo, coll' art. 615 il legislatore passa ad indicare in qual guisa la destinazione del padre di famiglia si erge in titolo, e così si esprime: *Se il proprietario di due fondi, tra i quali esista un segno apparente di servitù, dispone di uno di essi senza che il contratto contenga veruna convenzione relativa alla servitù, questa continua ad esistere attivamente o passivamente in favore del fondo alienato, o pel fondo alienato.* Dalla lettera di questo articolo chiaramente apparisce che per divenir titolo è necessario che la disposizione d' uno de' due fondi, o delle parti del fondo unico sia consumata; che un segno apparente di servitù ne annunzii la esistenza; e che nel contratto o nella disposizione non siasene fatta spiegazione veruna. A questo modo la destinazione divenuta titolo continuerà ad esistere come attiva o passiva a favore o contro il fondo alienato.

Debbe invero presumersi che l' acquirente di questo fondo abbia veduto la reciprocazione ne' servigi de' due fondi e che siavisi uniformato; altrimenti non avrebbe dovuto contrattare o accettare: così legalmente hanno presunto le leggi romane in diversi luoghi de' titoli relativi alle servitù de' predii rustici, alla contrattazione della ven-



dita, ed all'acquisto del dominio delle cose; così presuppongono il senso comune e la ragione. Non è credibile in fatti che il signor A acquistando dal signor B un picciol casamento costruito del solo pian terreno, e coperto a tetti su de' quali cadono le acque dalle tettoje del grande edificio che gli è contiguo, non abbia consentito di conservarne lo stato; stante che nel senso contrario non avrebbe potuto comprar prima di far cambiare il gran tetto: e se il signor A vi si fosse opposto, il signor B non avrebbe forse venduta la casetta. Egualmente suppongasì che nell' atrio del grande edificio siavi una sorgente d' acqua la quale dopo essersi prestata agli usi di questo, vada non lungi a scaricarsi in una vasca destinata ad inaffiare il campo vicino, e che questo campo venga dal proprietario donato al suo figlio a titolo di prelegato e per assegnamento matrimoniale; se mai il padre, gli altri eredi o gli aventi causa da lui cercheranno di divergere il corso delle acque, e di negare al donatario il riempimento spontaneo della vasca, potrebbe questi a buon diritto pretendere d'esser mantenuto nel godimento già elevato a servitù attiva del campo donato.

Però in questa disposizione dell' art. 615 ciascun vede una derogazione manifesta ai principii consacrati dalle leggi romane le quali senza espressione riserba del venditore non ammettevano a di lui vantaggio alcuna servitù. In fatti la legge 15

*De comm. praed.* così si esprime: *Quidquid venditor servitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi oportet, nam illa generalis receptio. Quibus est servitus, ut ita sit, ad estraneos pertinet: nec ipsi venditori proficit ad jura ejus conservanda, nullam enim habuit: quia nemo ipse sibi servitutem debet, quinimo et si debita fuisset servitus, deinde dominium rei servientis pervenisset ad me, consequenter diceretur extinguere servitutem.*

Intorno alla destinazione del padre di famiglia si faccia pur la distinzione tra essa e la naturale situazione de' luoghi, e quindi tra essa e le servitù naturali o legali che ne sono di conseguenza; la destinazione del padre di famiglia entra nella classe delle servitù convenzionali enumerate fra le tacite o presunte. L' obbligo pel fondo inferiore di raccogliere le acque che decorrono dal superiore sarà una servitù che nasce dalla situazione rispettiva de' fondi, non una destinazione del padre di famiglia: il diritto di aprir luci, ne' modi spiegati dalla legge, ne' muri comuni, e quello dell' appoggio sul contiguo comprendone la metà, son compresi fra le servitù legali senza che la destinazione del proprietario vi entri per nulla o vi abbia parte veruna.

A ravvisare però tal differenza, che è pur seconda d' induzioni, basta l' osservare se il fondo godente o servente dipenda da un solo, o da più proprietari; e nel primo caso, se lo stato de'



luoghi o la posizione sarebbe divenuta la stessa ancorchè si fosse a due appartenuta. Sempre che i fondi non provengano da un medesimo proprietario, o in siffatta supposizione negativa non vi sia luogo a cambiamento nel loro stato o posizione, ancorchè a molti appartenessero; in entrambi i casi la destinazione del padre di famiglia sparisce nel senso della legge volendosi elevare a titolo, e fondare una servitù. Gli esempi additati facendo chiara questa nostra osservazione la rendono precisa ed applicabile. E per verità, senza che i fondi siano appartenuti ad un solo, la destinazione o disposizione del padre di famiglia sarebbe impossibile nella cosa altrui: quando il diritto dell'appoggio è intrinseco alla contiguità, ancorchè i fondi contigui avessero altra volta appartenuto ad un solo proprietario, ben potrebbe colui al quale il muro non appartiene (senza limitazione di tempo e sempre che il voglia) domandare l'appoggio ne' modi di legge, e indarno si ricorrerebbe alla destinazione del padre di famiglia per sostenerne la negativa.

Concluderemo quindi col dire che considerata la destinazione del padre di famiglia ne' casi dove può produrre servitù come titolo risultante da presunta convenzione, debb'essere sempre mai con riserba accordata, pel motivo già troppo noto che alle presunzioni non si ricorre se non raramente e quando ogni altro titolo rimane in silenzio o non suscettivo di applicazione.

## TITOLO VII.

### DELLA PRESCRIZIONE.

Nell'acquisto delle proprietà incorporali fu del tutto obbliata da' Romani la tanto applaudita ingegnosa invenzione che riconosciamo sotto il nome di prescrizione altre volte chiamata usucapione; nè se ne tenne ragione in stabilire i modi pe' quali potevasi acquistare il diritto delle servitù. Opportuna cosa non parve a quel popolo nascente di prescegliere quella dell'usucapione il quale, abbisognando assolutamente del possesso per costituire titolo di proprietà, non poteva a quell'epoca essere adattato all'acquisto delle servitù attive, perchè andavan queste annoverate allora tra le cose incorporali: e da siffatto principio fu senza dubbio dettata la legge 9 *de usucap., seu usurpat: Usucapionem recipiunt maxime res corporales exceptis rebus sanctis, publicis, populi romani, et civitatum item liberis hominibus*; nel qual senso debbe pure esser interpretato Ulpiano nella legge 10 dello stesso titolo: *hoc jure utimur ut servitutes per se nunquam longo tempore usucapi possint cum edificiis possint*.

E sotto questo punto di vista debbe pur essere risguardata la legge 3. §. 4. *Dig. de aqua quot: et estiva. Ductus aquae cujus origo memoriam excesserit jure constituti loco habetur*.

Le finzioni intanto de' giureconsulti, ed il qua-



si possesso fecero ne' tempi posteriori introdurre man mano l'usucapione anche nelle servitù: ma a tale innovazione successe la legge *scribonia*, la quale in conferma della primitiva legislazione vietò espressamente l'acquisto di servitù col mezzo delle prescrizioni: di tanto ne assicura il giureconsulto Paolo; *libertatem servitutum usucapi posse verius est; quia eam usucapionem sustulit lex scribonia quae servitutem constituebat, non etiam eam quae libertatem prestat, sublata servitute.* Ibid. legge 4.

Fu solo permessa, e con ottima antiveggenza, la prescrizione del diritto delle servitù, come accessione de' fondi e insiememente con essi. Usucapivasi però, o usurpavasi (nel senso del titolo 3. del lib. 41 del Dig.) il diritto della servitù di un fondo col fondo stesso. *Uti fructus et partus angillarum, et foetus pecorum si defuncti non fuerint usucapi possunt:* leg. ibid. §. 2.

Si è sostenuto da non pochi scrittori ed interpreti del romano diritto, che la legge *scribonia* faceva applicazione soltanto alle servitù urbane, ed in appoggio di tal parere si è tolto a ragione 1. che l'esempio riportato nella legge sia prescelto tra queste servitù; 2. che le servitù rustiche non hanno l'usucapione della libertà, vale a dire della liberazione dalla servitù. Altri ancora hanno opinato pel senso generale della legge, e fra i molti argomenti han riportato il responso di Paolo nella legge 14 *de servit. Servitutes praedio-*

*rum rusticorum et si corporibus accedunt incorporales tamen sunt: et idcirco usu non capiuntur vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem. Nemo tam perpetuo tamque continenter ire potest, ut nullo momento possessio ei interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.* Or se la legge *scribonia*, essi dicono, avesse regulate le sole servitù urbane, il responso di Paolo sarebbe in aperta contraddizione colla medesima.

Non giova più in dentro inoltrarsi sul merito di tale disputa, giacchè cosa ben certa ella è che la legge *scribonia* non rimase lungo tempo in vigore, e sotto il nome di quasi usucapione permettevansi e regolavansi gli acquisti delle servitù attive in generale a via di prescrizioni. Esempi non pochi anzi moltissimi, consegnati in diversi titoli del Digesto e del Codice, ce ne rendono testimonianza.

Intorno poi al tempo necessario per compiere ed esercitare questo diritto, non si abbia a discarare se rammenteremo che ne' primi tempi di Roma non era esso ristretto a prefissi termini, ma dipendeva del tutto dall'arbitrio del pretore, il quale per una certa consuetudine esigeva un tempo immemorabile onde coonestare la propria volontà colla circostanza de' luoghi de' tempi e delle persone: la legge 28 *D. de probationibus*, ha per compiuto questo periodo di tempo quando



non vi sia alcuno che possa ricordarlo, *cum etenim nemo sit eorum qui meminerit, quibus consulibus viderit.*

E seguendo queste idee hanno di poi gli scrittori valutato come tempo immemorabile il trascorrimento di un secolo. Questo periodo ebbe poscia delle restrizioni, e gradatamente venne stabilito a dieci anni tra' presenti, ed a venti tra gli assenti, purchè però fosse accompagnato da giusto titolo, o dalla scienza e pazienza del proprietario del fondo servente; prova di ciò è il responso del giureconsulto Ulpiano nella legge 10 *D. si servit. vindicetur: si quis diuturno usu et longa quasi possessione ejus aquae ducendae nactus sit, non ei necesse est docere de jure quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedissee*; appoggiato pure dalla costituzione dell'Imperatore Giustiniano riferita nella legge ultima *cod. de praescrip. long. temp.* ec. in fine della quale è detto che il possesso debba avere origine dal *buon principio* ch'è il titolo, senza del quale non evvi buona fede, *ut bono initio possessionem tenentis* . . . . anche pel motivo che racchiudesi nella convenzione espressa delle servitù, *eadem observando et si res non soli sint, sed incorporales quae in jure consistunt veluti usufructus, et caeterae servitutes.*

Più tardi e propriamente ne' tempi del basso

impero, ed anche dopo le barbarie da cui fu involto il colosso di Roma, al risorgimento de' lumi, in adottarsi la legislazione del gran popolo per effetto forse dell'analogia e degli usi, o per le teorie delle scuole e della giurisprudenza de' tribunali, la prescrizione di trent'anni fu ammessa generalmente anche senza il concorso del titolo, e neppure della scienza e pazienza del proprietario del fondo servente; cosicchè la prescrizione di dieci venti o trent'anni, secondo le circostanze ed i casi diversi, divenne alla fine il *jus comune*, o se si vuol meglio il *jus receptum* di Europa, il quale all'epoca della pubblicazione del codice civile regolava in Francia i paesi di diritto scritto, e tra noi tutte le province del regno. Nulla di meno una molteplicità di consuetudini derogava nella maggior parte di quel regno, incominciando dalla stessa capitale, alle disposizioni del diritto romano, or negando del tutto la prescrizione dove mancava il titolo, or ammettendo quella di trent'anni accompagnata dal pacifico possesso, ed or aggiungendo o togliendo alle condizioni richieste dal diritto romano.

Tra noi tre costituzioni vennero promulgate da Federico II sull'oggetto della prescrizione; un'altra fu emanata dall'illustre Ferdinando d'Aragona; una quinta dall'Imperatore Carlo VI; l'ultima dall'ottimo Carlo III di Borbone, confermativa della tanto lodata decisione presa a ruote giunte dal nostro già Sacro Regio Consiglio nel



1738: ma veruna di esse conteneva speciali risoluzioni intorno alle servitù. In quella soltanto conosciuta sotto il titolo di prammatica *terza de praescript.* è stabilito, conformemente alla prima di Federico, che non è sufficiente la buona fede al solo incominciare del possesso, ma necessaria in tutto il periodo di esso fino al totale acquisto della servitù; cosicchè l'erede non è solamente responsabile della sua mala fede, ma di quella ancora del suo autore.

Per la città di Napoli e suoi contorni esistevano ed avean vigore tre consuetudini sulle prescrizioni delle servitù, raccolte sotto il titolo *de aperturis non faciendis*: colla prima s'interdiceva la prescrizione a favore di coloro i quali vantassero lumi aperture appoggi o altre servitù attive incontro o sopra una casa diruta disabitata (casaleno): colla seconda si negava il beneficio della prescrizione pel *non uso* a' contraenti e loro eredi e successori anche a titolo particolare nell'esistenza d'un istromento o altro titolo di divisione (notizia) nel quale fosse stata fondata: (questa consuetudine non verrà ulteriormente mentovata perchè si riporta alla prescrizione di liberazione e non di fondazione di servitù): colla terza si stabiliva la massima di reciprocazione alla precedente, imperocchè si negava la prescrizione, ancorchè di lunghissimo tempo, a fondare le servitù, quando queste non si fossero giustificate nel titolo di divisione.

Le poche cose che abbiamo accennate intorno alle disposizioni legislative da cui eravam governati prima del 1809 le crediamo utili e necessarie: utili alla conoscenza storica delle nostre leggi patrie; necessarie alla giusta applicazione della parte dispositiva contenuta nell'art. 612 §. 2 il quale le chiama tuttavia in vigore nelle quistioni risguardanti la prescrizione delle servitù, qualora si fosse questa compiuta prima della promulgazione delle nostre leggi. Che se taluno, o per impazienza o perchè di estesa erudizione fornito, ci voglia accusar di prolissità o di oziose digressioni, noi soffriremo in pace questo rimprovero contenti di aver creduto di non meritarlo.

Or venendo all'attuale legislazione, dalla semplice lettura dell'art. 612 si raccoglie che la prescrizione non può elevarsi a titolo di acquisto in ogni sorta di servitù, ma solo nelle continue ed apparenti. *Le servitù continue ed apparenti si acquistano in forza di un titolo o col possesso di trent'anni.*

Non tutti però gli scrittori francesi son d'accordo intorno a questo principio: taluni, anche fra più stimati, han sostenuto che dove concorre il giusto titolo e la buona fede, possono ancora le altre servitù essere acquisite colla prescrizione.

La servitù è immobile, essi dicono, ed ogni immobile può essere in questa guisa acquistato: or se così per tutto l'immobile, a doppia ragione per la servitù la quale n'è una parte uno



smembramento. Chi possiede in forza di titolo; possiede *existimans se jus servitutis habere*; e sarebbe in contraddizione de' principii comuni a tutt'i diritti ed a tutte le proprietà il denegare alle sole servitù questo beneficio di tanta salutare invenzione nella ragion civile. Altronde soggiungono, tra noi (cioè in Francia) il principio della *prescrittibilità* delle servitù discontinue e non apparenti, nella esistenza del titolo e della buona fede, era costantemente ricevuto in tutt'i paesi ne' quali nella inesistenza di titolo non ammettevasi prescrizione: nè si saprebbe trovar ragione per supporre nella redazione del codice la proclamazione di principii contrarii a quelli professati dai d'Argentrè, Pothier, Lalande, Dunod ed altri insigni autori.

Secondo altri, alla opinione de' quali facciamo eco, è un volere introdurre nella legislazione una teoria che manca, anzi apertamente rifiutata dalle sue disposizioni; *inclusio unius est exclusio alterius*: il legislatore avendo ammessa la prescrizione di 30 anni, ne ha esclusa regolarmente o logicamente quella d'un periodo più corto: avendola stabilita per le sole servitù continue apparenti, l'ha esclusa per le altre: e perciò se voleva l'una più breve, e l'altra più generale lo avrebbe al certo dichiarato. In legge non è dato agl'interpreti ed a' comentatori di supplire ad una disposizione o crearne altra. Nè soli si rimangono gli argomenti di fatto poggiati sulle pa-

role della legge istessa; si può eziandio sostenere che non ostante il maggior rilievo della proprietà sulla servitù, vi è tutta la ragione ad escludere da queste la prescrizione del titolo e della buona fede, o sia di dieci e venti anni. Il possesso ed il godimento, in materia di servitù, non han quella pubblicità ed estensione colle quali si distingue il possesso d'un immobile: la ritenzione presso di sè, il pagamento de' pubblici pesi, la coltivazione, ed il raccoglimento de' frutti sono cose e fatti che tolgono luogo a far credere che il vero proprietario non siasi fatta la benchè menoma illusione; la qual cosa non può sicuramente presumersi in quel *semi possesso* del diritto di una servitù, il quale non lascia tracce, ed è spesso il risultamento d'una compiacenza, o d'una innocente tolleranza di cui si può facilmente abusare. La prescrizione nel senso di questi scrittori disseminerebbe la diffidenza tra cittadini, e questo solo motivo sarebbe stato pur sufficiente a farla interdire. La libertà de' fondi non isfuggì certamente dal calcolo de' savii compilatori della legge. Noi, in ogni caso ci faremo scudo della disposizione contenuta nell'art. 612.

Intanto Toullier, che con maggiore ingegno ha sostenuta la teoria della prescrizione delle servitù in generale a favor di colui che ha per sè il titolo e la buona fede, si è dipartito dal parere degli altri intorno al tempo necessario a compiere tal prescrizione. Questo autore conviene che



dovrebbe esser di dieci o venti anni, secondo la massima generale, ma rattenuto dall'art. 2264 (2170 delle leggi civili) in cui è detto, *le regole della prescrizione sopra altri oggetti diversi da quelli indicati nel presente titolo, sono spiegate ne' loro luoghi particolari*, si determina a prescegliere quella di trent'anni come l'unica riconosciuta nel titolo delle servitù prediali.

Tuttavolta, sia perchè il legislatore ha coll'articolo 2170 dichiarato che in que' titoli dove specialmente di prescrizione è stato disposto, ad essi soltanto e non alle regole generali fia d'uopo ricorrere; o sia perchè i compilatori del codice francese trovandosi forse in divergenza tra le diverse consuetudini ed il diritto comune, o pure tra queste e gli usi della capitale di quell'impero dove a rigore rispettavasi l'antica massima *nulle servitude sans titre*, adottarono il sistema di transazione consegnato in quel codice. E tale argomento è per noi il più saldo onde atternerci con maggior forza alla esposta opinione.

Non ometteremo però di dire che la quistione non manca d'implicare grandi difficoltà, e che sarebbe opportuna una dichiarazione legislativa, affinchè tutte svanissero e per sempre. Ove ciò addivenisse noi auguriamo per l'ammissione della opinione del Toullier, come quella che conciliar potrebbe tutti gl'interessi e tutt'i principii.

Or ritornando al proposito diremo, che il solo titolo può dar nascita ad un diritto di servitù,

all'infuori di quella degli acquidotti o condotti d'altro genere, degli stillicidii, de' prospetti o introspetti con finestre o baleoni, ed altre simili che van tutte comprese nella categoria delle servitù continue ed apparenti. Ed è talmente indispensabile la riunione della qualità apparente a quella continua, che una servitù discontinua o soltanto apparente non potrebbe esser fondata a via di prescrizione. L'uso del passaggio o di attinger acqua, ancorchè esercitato per quarant'anni, non costituirebbe giammai un diritto attivo di servitù. Quell'edifizio che per cento anni fosse rimasto incompleto, potrebbe al cominciar del secondo secolo essere innalzato e compiuto senza che il vicino potesse opporgli prescrizione.

Nè credasi che tali induzioni siano di semplice raziocinio; in preferenza di ogni altro scrittore son esse spiegate e sancite dall'articolo 612. *Le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi se non per mezzo di un titolo. Il possesso, benchè immemorabile, non basta a stabilirle: ma ciò non potrà pregiudicare alle servitù già acquistate per le leggi precedenti, rispettivamente ne' dominii al di quà e al di là del Faro.*

Malgrado ciò, il citato signor Toullier, il reputatissimo tra' comentatori francesi, ha sostenuto (lib. 2. tit. 4 cap. 3) che avvi de' casi in



cui anche nelle servitù discontinue può chiamarsi in soccorso la prescrizione, cioè semprechè le opere ed i segni permanenti le attestino in un modo continuo ed irrevocabile. Colui che avesse una porta d'ingresso ed una via selciata pel fondo altrui, potrebbe, secondo questo autore, sostenere dopo trent'anni di avere acquistato il diritto di passaggio.

Sulle tracce di varii scrittori di consuetudini, egli ricorre con ingegnosi argomenti meno all'acquisto d'una servitù che a quello d'una proprietà superficiale a via d'*incorporazione*, secondo ne induce dall'art. 712 del codice civile, ( 633 delle nostre leggi ).

Noi però concordemente all'avviso di altro oltramontano scrittore Sig. Lepage ( parte 1. cap. 4 art. 3 ) non possiamo adottare questa opinione: per quanto sia visibile la via che attraversa il nostro fondo, e durevoli le opere che vi fossero state fatte, non mai ne potrà risultar per conseguenza necessaria che esse attestino la esistenza di servitù fondiaria. E dove mancasse ogni altra ragione, diremmo sempre, che qualunque teoria che urta diametralmente colle parole della legge positiva, potrà essere ingegnosa sì, ma non legale.

I nostri tribunali hanno con uniformità costituita la giurisprudenza secondo i principii che da noi si sostengono, e qualora per eccezione sia stato diversamente giudicato, la Corte Suprema di Giustizia ne ha ben presto censurata la mas-

sima. Così, nella causa tra Spagnoletti e Porro a' 26 novembre 1822 con arresto di annullamento, ed in quella tra le Piane e Bianchi a' 28 agosto 1824 con arresto di *rigetto*, ha statuito o consolidata la massima che nelle discontinue servitù il possesso ancorchè immemorabile non supplirà giammai il titolo.

Dal già trascritto articolo se ne trae altresì una relevantissima disposizione in ordine alle servitù acquistate durante l'impero delle leggi anteriori per le quali debbono queste essere invocate ed applicate. Imperocchè lo stesso parla di servitù già *acquistate*, mentre per acquistarne è d'uopo che la prescrizione siasi completata ovvero che sia decorso l'ultimo istante del tempo assegnato da tali leggi in *usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus*: quindi ne siegue che, se la prescrizione sia stata sospesa nel suo corso prima della pubblicazione del codice civile, e poscia da quella delle nostre attuali leggi, le antiche cesseranno di applicarsi, e le cose ricaderanno sotto l'impero della vegliante legislazione. E questa teoria non solo discende direttamente dalle parole dell'art. 612, ma è compresa nella massima generale di giurisprudenza che i diritti non verificati sotto l'impero delle leggi abolite van regolati dalle leggi in vigore all'epoca in cui questo diritto diventi effettivamente tale. Per reciprocazione però, e pel canone fondato dall'articolo 2187, ultimo delle leggi civili, do-



ve l'antica prescrizione passava i 30 anni, come ne' beni pii e delle chiese, e trent'anni fossero stati compiuti o sul punto di esserlo alla pubblicazione del codice civile, il tempo rimaneva di diritto ristretto a questo periodo.

Lo stesso art. 611 ha determinato in modo certo ed irrevocabile il tempo per poter prescrivere. È questo il periodo di trent'anni. Il possesso di cui questo stesso articolo parla non è sicuramente quel possesso materiale delle cose mobili o immobili, ma quello proprio delle cose incorporali, cioè l'esercizio del diritto. *Il possesso* (dice l'art. 2134) *è la detenzione o il godimento di una cosa o di un diritto che abbiamo o esercitiamo per noi stessi, o per mezzo di un altro il quale lo tiene o l'esercita in nome nostro.*

Non è nostro disegno, nè comporta l'indole di questo lavoro di discendere a tutt'i particolari del possesso ed anche della stessa prescrizione nella quale hanno impiegato le leggi civili un lungo e finale titolo, e molti scrittori un esteso commento. Ampio e pregevole trattato n'è stato ancora in Francia pubblicato dal Sig. Vazeille di cui una versione italiana n'è stata fatta tra noi dal Sig. Ponticelli nostro amico: in questa opera la materia delle prescrizioni può dirsi quasi esaurita, e ad essa vanno rimessi coloro che ne han d'uopo. Noi quì ci limiteremo a quel tanto ch'è indispensabile per la materia in cui ver-

Se per principii generali risultanti dalle parole stesse del surriferito art. 2134, il possesso può essere esercitato non solo da noi medesimi, ma anche per mezzo d'altri che lo ritenga a conto proprio, o a nome nostro; e se è massima in materia di servitù che il diritto si acquista pel fondo e non pel padrone, in guisa che colui che l'esercita agisce di necessità nel senso del fondo e soltanto come per appendice e conseguenza in utilità del padrone di questo, ne risulta evidentemente, che la prescrizione d'una servitù attiva può essere esercitata e posseduta per noi, da' nostri fittuarii, usuarii, godenti a titolo precario, domestici, amici ed anche dagli estranei. Così Scevola rispondeva nel lib. 1 *Regul. Usu retinetur servitus, quum ipse cui debetur, utitur; cui in possessione ejus est, aut mercenarius, aut hospes, aut amicus, quive ad visitandum dominum venit, vel colonus, aut fructuarius.* Questo stesso possesso altronde deve aver con sè de' requisiti indispensabili (art. 2135); dev'essere cioè, *continuo, pubblico, pacifico, non equivoco, ed a titolo di servitù.*

*Continuo* quanto il comporta la natura della servitù, e non già limitato ad uno o pochi fatti isolati, in modo che non esprima il *conato il progetto o il tentativo*, ma l'esercizio ed il godimento effettivo e probante: ond'è che un canale pel quale giammai o una sol volta fosse passata l'acqua che inaffiar doveva il podere di Ser-



vio non darà a costui dopo 30 anni alcuna ragione all'acquisto di tal diritto. Per non cadere in errore si avverta che il possesso continuo non debb'esser confuso col *non interrotto*. La non interruzione è una circostanza anch'essa essenzialissima a costituire il possesso della prescrizione, ma richiede però un fatto materiale o legale che interdice o oppone al godente il suo possesso (art. 2148 a 2156 leggi civili), mentre che il momentaneo e passeggero, o anche l'arbitrario interrompimento si riferisce alla continuità e non all'interruzione. Così nell'esempio proposto, Servio il quale per lo riposo delle sue terre, o per cambiamento di coltura, abbia in alcuni anni cessato di fare uso dell'acqua del canale non sarà salutato da una interruzione capace ad alterare gli effetti della prescrizione.

*Pubblico* e non *equivoco*, cioè talmente visibile a tutti, e specificato in guisa o definito, da essere avvertito da chiunque a cui si offra dinanzi, e riconosciuto senza dubbio e senza molta indagine come causa di prescrizione, e come mezzo a costituire o a goder servitù. Da tali requisiti ciascun meglio apprezzerà la distinzione introdotta dagli art. 611 e 612 relativamente alla prescrizione.

Le servitù, ( giusta il Pardessus n. 280 ) lasciano delle tracce più o meno fuggitive, e si può esser giudicato di non aver messa alcuna importanza ad un fatto passeggero, o di avere avuto

per obbietto un vantaggio precario e personale anzi che l'acquisto d'un diritto inerente ad un fondo, o ad una servitù: per la qual cosa è necessario che il possesso sia abbastanza pubblico ed apparente onde non si possa dubitare d'essere stato conosciuto da colui al quale possa opporsi. E siccome sono caratteri intrinseci della pubblicità l'apparenza delle opere e la continuità del godimento, così per quest'altro motivo debba ognuno sempre più confermarsi nel principio che la prescrizione è patrimonio esclusivo di quelle servitù che uniscono o combinano i caratteri di continuità, apparenza, o visibilità.

*Pacifico* esser deve il possesso che mena all'acquisto d'un diritto; lo reclama la pubblica morale e l'interesse dello stato; debbe, cioè, esser scevro di molestie e d'impedimenti. Un possesso il quale fosse opera della forza, della concussione, o della violenza non potrebbe trovar sede, ed essere elevato a titolo in paesi ed in tempi in cui la ragion privata ha dovuto cedere il passo alla ragion pubblica: la forza in senso esteso è stata soppiantata dal diritto. Desso non troverebbe al certo confidenza tra gl'individui, e tanto meno ispirar potrebbe fiducia ad un legislatore.

*A titolo di servitù* o sia a titolo non precario, o risolutivo, non di locazione-conduzione, non d'uso o usufrutto, ed ancor meno a quello di proprietà, nel qual ultimo senso intendiamo non già la proprietà del diritto di servitù, ma quella del



fondo servente. Colui che, come proprietario di ambo i fondi, si giovasse o usasse nell'uno o nell'altro modo de' due suoi fondi, non potrebbe prescrivere contro di sè medesimo. Ciò importa che in un giudizio nel quale Tizio fosse obbligato al rilascio del fondo A verso Cajo che lo revindica, non potrebbe a titolo di servitù ritenere attivamente il vantaggio dell'assoggettimento che durante il possesso di quello che avesse imposto a prò del fondo B di sua vera ed assoluta proprietà. Tanto meno il possessore gravato di restituire, l'usuario o l'usufruttuario, il colono o l'inquilino potrebbero al rilascio de' fondi reclamar servitù imposte nel tempo del possesso. Vi è un caso però in cui anche questo possesso così vizioso ed inefficace può divenir utile e legale, la qual cosa si verifica quando sopravviene *cambiamento di titolo* nel senso dell'art. 2144, o sia quando il titolo del possedere si cambia in titolo di proprietà, o in altro che ammette l'acquisto del diritto attivo di servitù: in tal rincontro il primo possesso va calcolato e giova all'acquisto della servitù attiva mediante la prescrizione. Il Signor A per esempio, ha tolto dal Sig. B in fitto una casa contigua alla sua, e durante l'affitto di nove anni ha fatto cader le acque di questa nell'atrio di quella. Finita la locazione, il Sig. B continua a sopportare lo stillicidio per altri ventiquattro anni; or se a questa epoca si duole, il farà invano, mentre il cumulo de' due possessi ha fat-

to già costituire il diritto della servitù di stillicidio. Queste verità sono state altrove sviluppate; ma non si abbia come superflua la ripetizione.

A quanto si è detto sul proposito del possesso si aggiunga che debbe sempre presumersi che questo si eserciti a titolo di diritto, e giammai per concessione momentanea o di mera sofferenza: e finchè il contrario non venga dimostrato da colui che vuole impugnarlo, si riterrà costantemente per sospeso l'esercizio di servitù. Il Cipolla proclamò questa teoria che non si è osato in seguito di contraddire, ed è stata pur abbracciata con trasporto dal Pardessus (n. 261). Con egual trasporto l'abbiamo ancor noi adottata, perchè rende proficua la prescrizione, ed evita le liti e le quistioni che il capriccio umano potrebbe elevare.

L'epoca da cui si ha per incominciato il possesso è quella precisamente nella quale hanno avuto origine gli atti di esercizio della servitù. E come che tali atti nelle servitù continue ed apparenti han d'uopo assoluto di opere visibili e materiali, così dirassi incominciato il possesso quando l'opera sarà fatta, ed il godimento messo in uso. Nella servitù dell'acquidotto, non basta quindi la sola costruzione, ma occorre lo scolo dell'acqua per dar principio al possesso della prescrizione.

Affinchè non ci si accagioni, come ad altri scrittori si è fatto, di avere a disegno evitata



la più rilevante controversia che si possa promuovere in materia di prescrizione, noi ci affrettiamo a proporla con precisione e chiarezza accompagnandola col nostro qualunque siasi parere. Servirà se non altro a richiamarvi sopra le meditazioni de' saggi, le risoluzioni delle corti sovrane, o le disposizioni legislative: essa è la seguente.

In materia di servitù, la prescrizione rimane o pur nò sospesa allorchè i padroni del fondo che si assoggetta siano minori o interdetti?

Da molti guardasi con isdegno anche la sola enunciazione del dubbio. Perchè, essi esclamano, si dovrebbero affrancar le servitù dalle regole generali di prescrizione? Perchè le servitù avrebbero un privilegio, che le proprietà e tutta la gran categoria de' diritti non hanno? I minori e gl'interdetti avrebbero forse demeritato a questo proposito i riguardi che la legge accorda alla età ed allo stato loro? In somma non trovan essi nè scritta, nè plausibile la eccezione delle teorie generali relative all'utile trascorrimento del possesso contro i minori e gl'interdetti.

Tuttavolta, se egli è indubitato che per l'art. 2170 le regole relative ad obbietti non indicati nel titolo della *prescrizione* sono da raccogliersi ne' luoghi loro particolari; se è pur vero, per le cose dette fin dal principio di questo trattato, che le servitù al dir degli antichi giureconsulti sono delle *qualità accidentali* degl'immobili e come tali hanno meritato presso tutte le legislazio-

ni di essere specialmente contemplate ed han costituita materia a parte ne' codici legislativi; e se nelle nostre leggi civili, oltre di un titolo speciale vi son pure consegnate delle regole proprie di prescrizione, perchè non dovremmo a queste piuttosto che alle regole generali riportarcene?

Qualora non questa ma altra fosse stata la volontà del legislatore, ed il titolo della prescrizione avesse voluto impiegarsi per tutt' i casi e per tutte le materie senza eccezione, l'art. 2170 sarebbe stato ozioso, dicendo che le servitù continue ed apparenti si acquistano in forza d' un titolo, o col possesso di trent'anni giacchè poteva soggiungere o colla prescrizione (parola con accuratezza evitata) nel modo e colle regole in quel titolo additate. Se la prescrizione colle sue norme generali regolar dovesse l'acquisto o la liberazione delle servitù, tutte le servitù indistintamente sarebbero prescrittibili, e l'art. 612 si sarebbe fatto succedere inutilmente o in contraddizione al precedente, ed in egual vizio sarebbero pur caduti gli altri due art. 627 e 628 ne' quali nulla si dice di prescrizione.

Benchè nel dubbio fossimo fautori costanti de' principii tendenti alla libertà de' fondi, non sapremmo però in grazia di questi sacrificare il rispetto e l'ubbidienza dovuta alle chiari disposizioni della legge; per la qual cosa in questa controversia siam fermi nel dire che per acquistare le servitù continue ed apparenti, basta il possesso o



*l'uso di trent'anni*, egualmente che basta un *disuso* o *non uso* consimile, per liberare i fondi da tutte le servitù in generale.

In proseguendo i principii relativi alla prescrizione sia nostro debito di avvertire la differenza che passa tra il titolo scritto e la prescrizione: ehi ha il titolo che gli accorda un esteso diritto può goderne per più tempo in un senso più ristretto senza compromettere il diritto stesso, mentre nelle servitù acquistate colla prescrizione vale la regola *tantum praescriptum quantum possessum*. Chi avesse aperta e conservata una sola finestra di prospetto o introspetto per trent'anni, non potrebbe di poi aprirne due o quattro, mentre che chi con titolo scritto avesse acquistata la servitù attiva di aprir finestre potrebbe dopo cento anni aggiungerne un'altra o più a quella esistente. La ragion della differenza è semplicissima: il possesso è il solo titolo della prescrizione, e per principio non mai sconosciuto, e che sarà in seguito meglio spiegato, non è permesso cambiare il titolo della servitù aggravando la condizione del fondo servente.

È mezzo valevolissimo però la prescrizione ad estendere gli effetti di una servitù. Così chi ha acquistato un diritto di giovare dell'acqua altrui pel volume di un pollice può estenderlo al doppio a via di prescrizione: chi avesse il diritto di aprir quattro balconi a tal sito, e di tale larghezza e lunghezza, potrebbe averne otto in al-

tro luogo e di altro disegno dopo trent'anni di possesso. Ma non è valevole poi a cambiare la natura o ad aggiungere alla servitù esistente, ancorchè fondata sul titolo, altra diversa servitù che continua ed apparente non fosse. Chi avesse, ad esempio, la servitù del passaggio, non potrebbe aggiungervi quella dell'uso d'un fonte lungo il viale, a via di atti o di prescrizione. La ragione n'è sempre quella, *tantum praescriptum quantum possessum*; giammai però al di là della sfera delle servitù suscettive di prescrizione nell'acquisto.

Le leggi romane al proposito di colui che avendo il passaggio su di una determinata parte di fondo sia passato su di altra pel decorso di trent'anni, sanzionano questa teoria, cioè che perderà pel non uso il primo, senza aver acquistato il secondo.

Ed è notevole che in cambiando i modi dell'esercizio si estinguono col non uso i primi, mentre coll'uso si acquistano i secondi, per locchè neppure per questi si può vagare ad arbitrio; e nell'additato esempio di balconi colui che ne avesse traslocata la posizione e cambiata la forma non potrebbe dopo i trent'anni ritornare al titolo, ed a rimettergli dove e come questi erano stati conceduti.

Comunque dura e rigorosa sembrar possa questa massima, dipende tuttavolta direttamente dai principii della nostra legislazione e dal testo d'una



legge romana, e così è stata intesa ed anco commentata da' migliori scrittori, e specialmente dal valente professore decano di diritto in Parigi Delvincourt ( nota 135 al L. 2. tit. 4 ). Essa farà avvertiti intanto i proprietari a non abbandonarsi ad una inconsiderata o cieca fiducia in simili circostanze, cagione giornaliera di attentati e di disordini principalmente nelle campagne; ed a consegnare in vece in consensi scritti o in altre scritture tali variazioni e traslocazioni.

La prescrizione come mezzo d'acquistar talune servitù può, a più forte ragione, come bene avverte il Pardessus ( n. 286 ) modificar le naturali e le legali d'interesse privato. A tal modo, abbenchè il proprietario del fondo inferiore abbia il dovere di ricevere le acque che naturalmente decorrono dal superiore, senza che il proprietario di questo possa far atti o opere tali da farle discendere con precipitazione o in altro modo nocivo e dannoso pel fondo sottoposto ( art. 562 ); tuttavia se abbiale fatte come quelle comportano e che siano le acque decorse per più di trent'anni, non sarà più lecito al proprietario di questo stesso fondo di opporvisi o contraddirle. Colui che ha aperto delle luci nel senso degli art. 596, 597 e 598, dove siasene giovato senza le precauzioni in essi stabilite, o sia senza le invetriate fisse, o senza serbare tale o tale altra altezza, e ciò per un periodo di trent'anni; non potrà di poi essere astretto a

uniformarsi a quelle disposizioni che avrà legittimamente prescritte in liberazione.

Una quistione relativa alla prescrizione d'uso e non uso darà termine al presente titolo. Una servitù, non delle continue ed apparenti, appoggiata al titolo ed estinta col non uso di trent'anni, può per avventura esser ripristinata coll'uso di egual tempo? Gli antichi scrittori francesi erano su di ciò divisi: alcuni avevano la ripristinazione come una pruova di non essersi voluto trar vantaggio della prescrizione di liberazione, e non già come acquisto: altri pel contrario trovavano che come novello acquisto bisognava sottometterlo alle regole generali. E nel secondo avviso pienamente anche noi concorriamo di unita al prelodato signor Pardessus, perciocchè la servitù una volta estinta non più esiste, ed hassi come se non fosse esistita giammai; in conseguenza ancorchè simile affatto alla estinta, la servitù che si vuole acquistare è sempre una nuova, e non può esser costituita se non ne' modi voluti dalla legge.