



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



TRASFERIMENTO DI SERVITÙ: OCCORRE IL CONSENSO ESPRESSO DEL PROPRIETARIO DEL FONDO SERVENTE

Ai fini del trasferimento della servitù di passaggio su un fondo servente di proprietà di un terzo non è sufficiente una manifestazione implicita del proprietario, richiedendosi il consenso espresso e per iscritto. Lo ha ribadito di recente la Corte di Cassazione Sez. II con l'ord. 3 luglio 2019, n. 17869.

di Riccardo Lazzardi

IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Martedì 24 Settembre 2019

Sommario: 1. Introduzione; 2. Brevi cenni sul trasferimento della servitù; 3. Ord. della Corte di Cassazione 3 luglio 2019, n. 17869; 4. Decisione

1. Introduzione

La Suprema Corte si è recentemente pronunciata, con l'ordinanza a commento del 3 luglio 2019 n. 17869, circa la possibilità di configurare il trasferimento della servitù su un diverso fondo servente di proprietà di un terzo.

Con sentenza della Corte d'Appello di Roma era stata rigettata la pretesa del Condominio di riconoscimento della servitù avente ad oggetto il posizionamento di una cabina elettrica e di un autoclave e della servitù di passaggio attraverso la medesima area.

La Corte d'Appello aveva osservato che il giudice di primo grado aveva emesso una sentenza dichiarativa di riconoscimento della servitù per il posizionamento dell'impianto idrico e della servitù di passaggio nell'androne condominiale sul fondamento che l'area fosse asservita al condominio dal 1991.

In realtà, gli impianti all'atto di costituzione del Condominio si trovavano in un'altra area appartenente a terzi e solo nel 1991 erano stati spostati nell'area di risulta sulla base di accordi verbali. Il giudice d'appello aveva, dunque, rilevato l'erronea applicazione dell'art. 1068 cod. civ. giacché gli accordi verbali non erano idonei a costituire la servitù e, per giunta, non era decorso il termine per l'usucapione.

Il Condomino aveva, dunque, proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi.

2. Brevi cenni sul trasferimento della servitù

Prima dell'esame circa la fattispecie concreta, appare opportuno svolgere una preliminare analisi della disciplina codicistica.

La disposizione dell'art. 1068 cod. civ. contiene quattro commi ed è rubricata come «Trasferimento della servitù in luogo diverso^[1]».

In dottrina e in giurisprudenza si ritiene pacificamente che l'art. 1068, comma 1, cod. civ. sancisce il principio generale^[2] per cui «Il proprietario del fondo servente non può trasferire l'esercizio della servitù in luogo diverso da quello nel quale è stata stabilita

originariamente».

È, invece, controversa l'interpretazione dei primi tre commi dell'articolo in esame in relazione al quarto comma. In particolare, è di difficile comprensione l'utilizzo dei termini «luogo di esercizio» e «trasferimento dell'esercizio in luogo diverso» nei primi tre commi e «trasferimento della servitù dall'uno all'altro fondo» nel quarto e ultimo comma^[3].

In dottrina, sul punto, sono presenti opinioni discordanti.

In primo luogo, parte della dottrina^[4] ritiene che, premessa la piena identificazione tra fondo servente e luogo di esercizio della servitù^[5], il legislatore nei primi tre commi avrebbe parlato di trasferimento della servitù, distinguendo tra il caso, disciplinato dai primi tre commi, del trasferimento della servitù da una porzione di fondo ad altra porzione e l'ulteriore caso, disciplinato dall'art. 1068, comma 4, cod. civ., del trasferimento della servitù da un fondo a un altro.

La stessa parte della dottrina distingue, altresì, tra trasferimento della servitù e semplice mutamento del luogo normale di esercizio della servitù, ritenendo estintiva la vicenda attinente al trasferimento e modificativa la vicenda riguardante il mutamento del normale esercizio^[6].

In secondo luogo, altra parte della dottrina^[7], discernendo il fondo o la porzione di fondo su cui è costituita la servitù^[8] dal luogo di esercizio della servitù^[9], sostiene che il trasferimento del luogo di esercizio sarebbe regolato dai primi tre commi e che il trasferimento della servitù da un fondo all'altro ovvero da una porzione di fondo all'altra sarebbe, invece, disciplinato dall'ultimo comma.

Infine, un ulteriore orientamento^[10], condivide la ripartizione tra trasferimento della servitù da fondo a fondo o da parte di fondo ad altra parte di fondo e mero mutamento del luogo di esercizio.

Inoltre, questa posizione giunge ad osservare che, mentre nella prima vicenda ciò che risulta preminente concerne il trasferimento della servitù – rilevando, al contrario, poco nella pratica e nella disciplina legislativa l'inquadramento della vicenda come modificativa o estintiva^[11] – nella seconda appare, invece, ammissibile differenziare dal fondo servente il luogo di esercizio^[12], ritenendo, pertanto, modificativa tale vicenda.

Orbene, in base a quanto rilevato dall'ultimo orientamento^[13], i primi tre commi riguarderebbero solamente il mutamento del luogo di esercizio: dalla lettera della legge

sarebbe infatti presente il riferimento espresso al luogo di esercizio e al suo trasferimento.

Diversamente, l'art. 1068, comma 4, cod. civ., ammettendo esclusivamente il trasferimento da fondo a fondo o da parte autonoma a parte diversa del fondo, risulterebbe essere il solo caso in cui è ammesso il trasferimento della servitù^[14].

L'analisi risulta coerente con la disposizione: dopo aver posto la regola generale del divieto di trasferimento del luogo di esercizio all'art. 1068, comma 1, cod. civ., il legislatore ha ammesso delle eccezioni, rese tangibili mediante l'utilizzo degli avverbi «tuttavia», «del pari» e «anche» presenti nell'art. 1068, commi 2, 3, 4, cod. civ.^[15].

In conclusione, è rilevante, ai fini dell'esame, notare che l'art. 1068, comma 4, cod. civ. concerne una diversa specie di eccezione al principio generale del divieto di trasferimento della servitù e del suo esercizio. In quanto eccezione distinta e separata dalle ipotesi contenute nei due commi precedenti, la disposizione presenta degli specifici requisiti di applicazione: il primo richiede che si tratti di trasferimento della servitù su un altro fondo del proprietario del fondo servente ovvero di un terzo, salvo che vi acconsenta^[16]; il secondo postula la richiesta all'autorità giudiziaria da parte del proprietario del fondo servente; infine, il terzo requisito richiede che l'esercizio della servitù «riesca egualmente agevole al proprietario del fondo dominante».

Dunque, successivamente alla richiesta effettuata all'autorità giudiziaria e all'accertamento delle condizioni previste dalla disposizione^[17], il giudice di merito può pronunciare una sentenza costitutiva mediante la quale il trasferimento diviene efficace e definitivo.

3. Ord. della Corte di Cassazione 3 luglio 2019, n. 17869

Come anche anticipato, nella causa in oggetto il Condominio aveva agito al fine del riconoscimento sia della servitù a carico di un'area di risulta, in comproprietà, avente ad oggetto il posizionamento di una cabina idrica e dell'autoclave, sia della servitù di passaggio attraverso la stessa area, pertanto proponendo ricorso per cassazione.

Con il primo motivo di ricorso il Condominio aveva dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 132, n. 4, 156 cod. proc. civ. e dell'art. 111 Cost. per omissione di motivazione, motivazione apparente e per omesso esame della domanda volta alla costituzione della servitù coattiva e non, come erroneamente ritenuto, al riconoscimento della servitù volontaria.

Con il secondo motivo, il ricorrente aveva dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 1032, 1033, 1051, 1058, 1062 cod. civ. e 113 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. per avere la corte territoriale applicato la disciplina riguardante le servitù costituite volontariamente e non quella relativa alla costituzione delle servitù coattive.

Parimenti, lo stesso aveva dedotto, con il terzo motivo, la violazione e falsa applicazione degli artt. 1068 cod. civ., 113, 115, 116 cod. proc. civ. in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., per non avere la corte territoriale ritenuto applicabile l'art. 1068 cod. civ., nonostante dalla C.T.U. fosse emerso che già dal 1991 la cabina idrica era stata spostata nell'area di proprietà della proprietaria.

Infine, l'omesso esame circa l'assenza di spazi di proprietà dell'impianto – necessario a soddisfare i bisogni del Condominio – aveva costituito il quarto motivo di ricorso da parte del medesimo.

La seconda sezione civile della Suprema Corte si è pronunciata con ordinanza n. 17869 depositata il 3 luglio 2019.

4. Decisione

Per quanto ritenuto di interesse ai fini dell'analisi della questione, la Corte di Cassazione ha esaminato la problematica del trasferimento della servitù su un fondo di un terzo affrontando il terzo motivo.

La Suprema Corte ha, infatti, osservato preliminarmente che, ai sensi dell'art. 1068 cod. civ., il trasferimento della servitù in luogo diverso attiene al mutamento del luogo, inteso come mutamento del luogo di esercizio della servitù.

Ancora, ha rilevato la corretta interpretazione del giudice di seconde cure, il quale aveva applicato la giurisprudenza di legittimità che sull'ipotesi del trasferimento della servitù di passaggio su un fondo servente di proprietà di un terzo si era già pronunciata.

In questo senso, ha osservato che, in base a quanto disposto dall'art. 1068, comma 4, cod. civ., il trasferimento della servitù di passaggio su un fondo servente di proprietà di terzo è condizionato al consenso di questo che deve essere, vista la natura del diritto, necessariamente manifestato per iscritto.

In tal modo, il giudice di legittimità non solo ha fornito una effettiva tutela al terzo, destinatario del trasferimento, nonché titolare del fondo deputato a ‘sopportare’ il peso del fondo dominante, ma ha ulteriormente consolidato un principio giurisprudenziale già sancito, secondo cui il consenso di quest’ultimo non può ritenersi implicito nel fatto che il proprietario già consenta il passaggio a taluni, essendo invece necessario, al fine della costituzione del rapporto intersoggettivo tra il titolare del fondo dominante ed il titolare del nuovo fondo servente, che il consenso sia esplicito e scritto^[18].

Nel caso di specie, avendo il giudice di seconde cure accertato come la cabina idrica non si fosse trovata ab origine nell’area di comproprietà, bensì nell’area di proprietà di un terzo sino al 1991 la Corte ha correttamente ritenuto il terzo motivo infondato, rilevando come il mancato il consenso del proprietario del fondo servente ai fini della costituzione della servitù fosse condizione necessaria per il trasferimento in luogo diverso della servitù di passaggio, a nulla rilevando la sussistenza di accordi verbali.

Note e riferimenti bibliografici

^[1]Sotto la generica dizione della rubrica sono compresi diversi fenomeni dall’individuazione difficoltosa a causa della terminologia legislativa incerta. Vd. Burdese, *Le servitù prediali: linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007, 153.

^[2]Branca, *Servitù prediali: art. 1027-10996*, in *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, 1987, 375 ss.

^[3]Tamburino – Grattagliano, *Le servitù*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Bigiavi*, 2002, Torino, 400.

^[4]Grosso – Deiana, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile italiano sotto la direzione di Vassalli*, V, Torino, 1963, 919 ss.; Biondi, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto Cicu*, Messineo, Mengoni e Schlesinger, XII, Milano, 1967, 185 ss.; Burdese, *Le servitù*, 153 ss.

^[5]Triola, *Le servitù*, in *Il codice Civile. Commentario diretto da Busnelli*, Milano, 2008, 514.

^[6] La posizione di Grosso – Deiana, *Le servitù*, cit., 919 in base alla quale, con riferimento al mutamento del luogo, si ritiene comunque applicabile l’art. 1068, commi 2 e 3, cod. civ.

^[7]Branca, *Servitù prediali*, cit., 582 ss.; Comporti, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto privatodiretto* da Rescigno, VIII, t. II, Torino, 1982, 317 ss.

^[8]C.d. fondo servente. Vd. Tamburino – Grattagliano, *Le servitù*, cit., 401.

^[9]Zona su cui, in base a quanto disposto dal titolo esecutivo, si esercita la servitù. Vd. Tamburino – Grattagliano, *Le servitù*, cit., 401.

^[10]Tale posizione è stata condivisa dalla giurisprudenza. Sul punto Tamburino – Grattagliano, *Le servitù*, cit., 401 ss.

^[11]Tamburino – Grattagliano, *Le servitù*, cit., 401.

^[12]Quest'ultimo dato dalla zona del fondo servente o dalla parte del fondo gravata su cui si esercita la servitù concretamente e che rientra nella modalità di esercizio. Vd. Tamburino – Grattagliano, *Le servitù*, cit., 401.

^[13]Branca, *Servitù prediali*, cit., 582 ss.; Comporti, *Le servitù*, cit., 317 ss.

^[14]Tamburino – Grattagliano, *Le servitù*, cit., 402.

^[15]Tamburino – Grattagliano, *Le servitù*, cit., 402.

^[16]In quest'ultimo caso, essendo oggetto del trasferimento un diritto reale di godimento, il consenso deve essere manifestato per iscritto. Sul punto vd. Cass. civ. sez. II, 20 ottobre 2005 n. 20258; Cass. civ. sez. II, 19 aprile 2012, n. 6130.

^[17]In questa direzione si può richiamare Tamburino – Grattagliano, *Le servitù*, cit., 409. In senso difforme cfr. la teoria di Grosso – Deiana, *Le servitù*, cit., 956, secondo la quale pure nel quarto comma sussisterebbero entrambi i requisiti previsti dal secondo seppur non richiamati esplicitamente poiché sarebbe assurdo ammettere un potere più ampio all'autorità giudiziaria nell'ipotesi prevista dall'art. 1068, comma 4, cod. civ. rispetto all'ipotesi dell'art. 1068, comma 2, cod. civ.

^[18]Nella stessa direzione cfr. Cass. civ. sez. II, 19 aprile 2012, n. 6130; Cass. civ. sez. II, 20 ottobre 2005 n. 20258. Quest'ultima, pronunciandosi sul punto, ha affermato che «lo spostamento della servitù dal fondo servente (privato) al fondo servente (pubblico) – pur a volerne ammettere la possibilità – presupporrebbe, a maggior ragione, il consenso

dell'ente proprietario della strada, consenso che non può ritenersi implicito per il fatto che l'Ente pubblico territoriale consente il passaggio alla generalità dei cittadini, altra cosa essendo, rispetto all'uso pubblico, la creazione di un rapporto intersoggettivo tra l'ente ed il singolo, titolari, rispettivamente, del fondo servente e dominante, o del rapporto tra fondi, che deve instaurarsi attraverso un consenso non solo esplicito ma anche, considerata la natura del diritto, manifestato per iscritto».
