

# **TI\_GERICHTE 11.2010.101 vom 16. November 2012**

TI Tribunale d'appello, 2012-11-16, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_11.2010.101](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_11.2010.101)

FR: TI\_GERICHTE 11.2010.101 du 16 novembre 2012

IT: TI\_GERICHTE 11.2010.101 del 16 novembre 2012

## **Regeste**

Cancellazione o riscatto di servitù inutilizzata per lungo tempo

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Alle decisioni comunicate dai Pretori fino al 31 dicembre 2010 continua ad applicarsi la vecchia procedura (art. 405 cpv. 1 CPC). In concreto la sentenza impugnata è stata notificata al legale dei convenuti il 21 luglio 2010. Il termine di 20 giorni per appellare (art. 308 cpv. 1 CPC ticinese), rimasto sospeso durante le ferie giudiziarie fino al 15 agosto 2010 (art. 133 cpv. 1 lett. b CPC ticinese), è cominciato a decorrere così il 16 agosto 2010. Introdotto il 26 agosto 2010, l'appello in esame è pertanto tempestivo.

### **E. 2**

Il Pretore ha determinato il valore litigioso dell'azione principale in fr. 15 000.–, pari ai costi stimati dal perito per rimuovere le opere che impediscono l'esercizio della servitù, e quello della riconvenzione in fr. 8000.–. In realtà il valore litigioso di un'azione di accertamento è quello del diritto o del rapporto giuridico di cui si chiede sia accertata l'esistenza o l'inesistenza (I CCA, sentenza inc. 11.2003.7 del 7 dicembre 2005, consid. 1 con rinvio a Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3<sup>a</sup> edizione, pag. 110 in alto e Olgiati, Le norme generali per il procedimento civile nel Cantone Ticino, Zurigo 2000, pag. 35). E il valore di una servitù è quello che essa ha per il fondo dominante o quello che essa ha per il fondo serviente, se è maggiore (art. 9 cpv. 3 CPC ticinese). Poco importa dunque, in concreto, il costo per l'eliminazione del muretto a confine tra le particelle n. 1645 e n. 870, tanto meno ove si pensi che l'importo stimato dal perito comprende anche la posa di una nuova recinzione (referto del 20 novembre 2008, allegato 1). Ben più significativo è l'accertamento per cui il fondo serviente non subirebbe una svalutazione apprezzabile dal completamento della stradina (perizia del 20 novembre 2008, pag. 9 risposta n. 2, confermata nella delucidazione scritta del 27 agosto 2009), mentre il valore venale del fondo dominante passerebbe da fr. 760 000.– a fr. 769 000.– (referto, allegato 3, pag. 9 posizione 642, pag. 11 posizione 842). Ne segue che la soglia di fr. 8000.– per l'ammissibilità dell'appello è senz'altro data. Ed è data anche per la riconvenzione volta alla cancellazione della servitù, senza dimenticare che in caso di riconvenzione determinante era in ogni modo – salvo ipotesi estranee al caso concreto – il valore litigioso della pretesa più elevata (art. 12 CPC ticinese; Cocchi/Trezzini, CPC ticinese commentato e massimato, Lugano 2000, n. 3 ad art. 12). Sotto questo profilo nulla osta quindi alla ricevibilità dell'appello (art. 13 vLOG).

### **E. 3**

Appurata l'ammissibilità dell'azione di accertamento, il Pretore ha riassunto i criteri che disciplinano l'interpretazione e la cancellazione di una servitù. Nella fattispecie egli ha ritenuto che la volontà dell'attore di costruire un percorso veicolare fino al confine con la ferrovia corrisponde a quanto pattuito al momento della costituzione della servitù e ha accertato che il diritto conserva interesse per il fondo dominante, poiché la strada consentirà di accedere a nuovi posteggi senza sacrificare una porzione edificabile del fondo stesso e agevolerà l'eventuale frazionamento del medesimo. Circa il mancato uso di quella porzione di fondo per cinquant'anni, il primo giudice ha rammentato che ciò non comporta estinzione della servitù, ma ne lascia presumere se mai la mancanza di utilità. Tuttavia – egli ha soggiunto – in concreto la servitù conserva interesse non solo per il fondo dell'attore, ma anche per quello dei convenuti, attualmente senza accesso veicolare, oltre che senza zona di carico e scarico. Per il primo giudice, poi, la costruzione da parte dei convenuti di un muretto di cinta non ha reso impossibile l'esercizio del passo, il perito avendo accertato che la strada può essere realizzata spostando la recinzione con una spesa attorno ai fr. 15 000.– e senza particolare disturbo fonico o di transito rispetto alla situazione attuale. In tali condizioni il Pretore non ha ravvisato nemmeno le premesse per il riscatto della servitù prospettato dai convenuti. Quanto alla richiesta di addebitare i costi di costruzione ai convenuti, il Pretore l'ha respinta poiché l'atto costitutivo della servitù nulla prevede al riguardo. Per di più, egli ha soggiunto, non risulta che l'obbligo di costruire la strada sia stato trasmesso ai nuovi proprietari del fondo serviente, mentre l'art. 741 cpv. 2 CC sul riparto dei costi di manutenzione non è applicabile per analogia alle spese per la costruzione di opere necessarie all'esercizio della servitù. In definitiva, pertanto, il primo giudice ha accolto parzialmente la petizione, nel senso che ha accertato l'esistenza del diritto di passo veicolare iscritto nel registro fondiario e ha respinto la riconvenzione volta alla sua cancellazione, foss'anche dietro riscatto.

#### **E. 4**

L'ammissibilità di un'azione volta ad accertare il contenuto di una servitù in alternativa a un'azione confessoria è già stata verificata con pertinenza dal Pretore (cfr. anche RtiD II-2008 pag. 658 consid. 3) e non è più contestata. Pacifica è anche l'estensione della servitù di passo, che il primo giudice ha appurato fondandosi sull'iscrizione e sul tenore dell'atto costitutivo. Litigiosa rimane invece l'estinzione della servitù per perdita d'interesse o, in subordine, il suo riscatto e la conseguente cancellazione dal registro fondiario. Ora, i criteri che presiedono alla cancellazione di una servitù sulla base dell'art. 736 cpv. 1 CC sono già stati illustrati dal primo giudice (sentenza impugnata, consid. 2.1; da ultimo: I CCA, sentenza inc. 11.2005.9 del 28 maggio 2010, consid. 5). Al riguardo non giova dunque ripetersi.

#### **E. 5**

Gli appellanti ricordano anzitutto che la servitù non è stata usata per cinquant'anni e che il muro di cinta a confine tra le due proprietà, situato sul tracciato del diritto di passo, non ha mai dato adito a contestazioni. A loro avviso, di conseguenza, il diritto è decaduto. E una servitù che si è estinta non può essere ripristinata, nemmeno per l'insorgere di un successivo interesse. a) Il mancato uso non determina l'estinzione di una servitù, il diritto svizzero non conoscendo né prescrizione estintiva né usucapio libertatis (Rep. 1998 pag. 202 consid. 7b con rimando; Petitpierre in: Basler Kommentar, ZGB I, 3<sup>a</sup> edizione, n. 3 e 4 ad art. 736; Steinauer, Les droits réels, vol. II, 4<sup>a</sup> edizione, pag. 428 n. 2246). Come ha ricordato il Pretore (sentenza impugnata, consid. 3.1), taluni autori reputano che si possa presumere la

mancata utilità di una servitù inutilizzata per lungo tempo (citazioni in: Rodondi , L'extinction des servitudes de par la loi, Losanna 1990, pag. 109). Altri autori sostengono invece che il mancato esercizio di una servitù non connota necessariamente una mancanza d'interesse ( Argul Grossrieder , Les causes d'extinction des servitudes foncières, Friburgo 2005, pag. 218 nota 799). Sia come sia, ai fini del l'art. 736 cpv. 1 CC è determinante valutare, secondo criteri oggettivi, se nelle circostanze concrete sussista ancora per il proprietario del fondo dominante un interesse all'esercizio della servitù e se tale interesse corrisponda allo scopo originario per cui l'aggravio è stato costituito (principio dell'identità: Steinauer , op. cit., pag. 437 seg. n. 2269; Petitpierre , op. cit., n. 15 ad art. 736 CC, entrambi con rimandi). La cancellazione va ordinata solo ove il proprietario non abbia più alcun interesse ragionevole al mantenimento del diritto reale limitato (Steinauer , op. cit., pag. 436 n. 2267). O ve l'interesse possa rinascere in un futuro prevedibile, la servitù va mantenuta (DTF 130 III 393 consid. 5.1 con riferimenti). La questione è di sapere, tutt'al più, quale sia il grado della prova che occorre recare per dimostrare il rinnovato interesse in un futuro prevedibile (v. Argul Grossrieder, op. cit., pag. 215 segg.). L'opinione degli appellanti, secondo cui un rinato interesse nella servitù non è mai sufficiente per giustificare il mantenimento del diritto reale limitato, non trova conforto in ogni modo nella giurisprudenza né nella dottrina. b) Nel caso in esame è pacifico che dalla sua costituzione, nel 1955, la servitù a cavallo del confine delle particelle n. 870 e 1645 non è stata esercitata nel suo tratto finale. Anche volendo supporre tuttavia – per ipotesi – che il mancato uso della servitù lungo quel troncone per oltre un cinquantennio faccia presumere una mancanza di utilità, AO 1 ha dimostrato in questa causa un ragionevole interesse attuale e concreto alla costruzione dell'accesso veicolare (formazione di nuovi posteggi: licenza edilizia del 19 gennaio 2006, nell'incarto “Ufficio tecnico del Comune di \_\_\_\_\_” richiamato). Tant'è che il perito ha valutato il maggior valore della proprietà dell'attore dopo l'edificazione del tratto di strada mancante in fr. 9000.–, sottolineando che tale accesso consentirebbe di ricavare un ulteriore posteggio (perizia del 20 novembre 2008, allegato 3, pag. 9 posizione 642, pag. 10 posizione 810 e pag. 11 posizione 842). Non fa dubbio d'altro lato che tale uso della servitù sia conforme al principio dell'identità, giacché lo scopo originario del diritto reale limitato era – come ha accertato il Pretore (sentenza impugnata, consid. 3) e non più contestato in questa sede – quello di consentire l'accesso veicolare fino al confine con la ferrovia anche al proprietario della particella n. 870 e non solo ai proprietari della particella n. 1645. Sussiste dunque un interesse chiaro e univoco al mantenimento della servitù, anche senza considerare il potenziale interesse a garantire un accesso veicolare alla parte del fondo dominante in prossimità della ferrovia nell'eventualità di un frazionamento.

## **E. 6**

Sostengono gli appellanti che la servitù si è estinta, nella fattispecie, anche per rinuncia da parte della precedente proprietaria della particella n. 870, quando si è deciso di formare l'accesso alla particella n. 1645 dove si trova oggi e di dividere i due fondi con un muro di recinzione, opera destinata a durare nel tempo. Né – essi pretendono – l'attore può essere considerato in buona fede, giacché egli sapeva che la proprietaria originaria aveva rinunciato alla servitù. a) Che un acquirente non possa invocare la propria buona fede nel registro fondiario allorché un'iscrizione sia incompatibile con lo stato fisico reale e visibile del fondo è vero (DTF 137 III 156 consid. 4.1.3, 149 consid. 3.3.3). È vero altresì che una servitù può estinguersi per rinuncia dell'avente diritto e finanche per atti concludenti, se chiari e univoci ( Steinauer, op. cit., pag. 430 n. 2253). Tale è il caso – ad esempio – di un beneficiario che conceda successivamente una servitù incompatibile con la prima (DTF 128

III 269 consid. 4, 127 III 442 consid. 2). La mera tolleranza di un'installazione che osta all'esercizio della servitù non è sufficiente invece per configurare rinuncia, tanto meno ove si pensi che in materia di diritti reali un abuso di diritto va ravvisato con estrema cautela (sentenza del Tribunale federale 5C.307/2005 del 19 maggio 2006, consid. 6.2 e 6.3 con rimandi, pubblicati in: ZBGR 88/2007 pag. 133). b) In concreto è pacifico che il muretto a confine tra le due proprietà risale a 40 o 50 anni or sono (verbale dell'8 ottobre 2007, pag. 1) e dagli atti non risulta che i precedenti proprietari della particella n. 870 ne abbiano mai preteso la rimozione. Quanto all'attore, gli fosse pur stata nota l'esistenza del muretto quando ha acquistato il fondo, ciò ancora non significa che avesse rinunciato alla servitù. Secondo giurisprudenza, non si può ritenere che un beneficiario abbia rinunciato in modo chiaro e univoco a un diritto di passo solo per avere lasciato posare dal proprietario del fondo serviente una rete metallica, la quale può essere facilmente tolta in ogni tempo (sentenza del Tribunale federale 5C.227/2004 del

#### **E. 10**

febbraio 2005, consid. 3.2, pubblicata in: ZBGR 87/2006 pag.161 ; analogamente: I CCA, sentenza inc. 11.2004.46 del 13 settembre 2007, consid. 8e). In concreto il fondo serviente è delimitato da un muretto sormontato da una rete metallica, ma non consta che l'eliminazione del manufatto comporti o neri sproporzionati: il perito ha stimato una spesa di fr. 2000.– per la demolizione e fr. 800.– per il trasporto del materiale in discarica (perizia del 20 novembre 2008, allegato 1). La situazione non muta nemmeno volendo considerare la spesa per la costruzione di un nuovo muretto e di una nuova recinzione (fr. 15 000.– complessivi: perizia, loc. cit.). Nelle circostanze descritte la servitù non può dunque definirsi estinta per rinuncia dell'avente diritto. Anche in proposito l'appello è destinato all'insuccesso. 7. Gli appellanti ribadiscono infine che la servitù ha scarsissimo interesse per il fondo dominante, l'attore potendo anche realizzare l'accesso ai posteggi interamente su fondo proprio, mentre la costruzione della strada priverebbe loro del poco terreno adibito a orto e ad area di svago. Sotto tale profilo la richiesta dell'attore configurerebbe finanche un abuso di diritto. Legittima sarebbe invece la loro richiesta di cancellazione della servitù o, in subordine, di riscatto contro un'indennità di fr. 2000.– complessivi. a) Come si è visto (consid. 5b), per il proprietario del fondo dominante in concreto la servitù non ha perduto ogni interesse. E se ai fini dell'art. 736 cpv. 1 CC non si ravvisano gli estremi per ordinare la cancellazione della servitù, non è dato a divedere come possa darsi abuso di diritto (sul rapporto fra i due istituti: Petitpierre, op. cit., n. 5 ad art. 736 CC; Hausheer/ Aebi-Müller in: Berner Kommentar, edizione 2012, n. 238 e n. 464 ad art. 2 CC con rimandi). b) Quanto al riscatto della servitù, l'art. 736 cpv. 2 CC richiede che dopo la costituzione la servitù abbia perduto interesse per il proprietario del fondo dominante o sia divenuta sproporzionatamente gravosa per il proprietario del fondo serviente, al punto da non giustificarsi la sua conservazione. Ciò implica una ponderazione d'interessi fondata sul principio per cui una servitù non può essere mantenuta per uno scopo diverso da quello per cui è stata costituita (principio dell'identità). Il riscatto non è destinato invece a correggere una sproporzione iniziale tra l'onere imposto al proprietario del fondo serviente e il vantaggio che deriva al proprietario del fondo dominante (RtiD II-2011 pag. 703 consid. 4 con rimandi). Nella fattispecie gli appellanti non pretendono che l'aggravio per il loro fondo sia aumentato rispetto al momento in cui è stata costituita la servitù né che il vantaggio per il fondo dominante sia diminuito dopo di allora. Quanto a un'eventuale sproporzione iniziale, essa non può essere corretta – come si è appena spiegato – attraverso l'istituto del riscatto. Per di più, la citata ponderazione d'interessi deve avvenire sulla base di criteri oggettivi (DTF 130

III 556 consid. 2 con rinvii; Steinauer, op. cit., pag. 436 n. 2267). L'importanza che i convenuti annettono, dal profilo soggettivo, a un orto o a un'area di svago non è determinante. E da un punto di vista oggettivo non risulta che il loro fondo, sul quale sorge un edificio di tre piani e otto appartamenti, non potrà più essere utilizzato in modo razionale dopo la costruzione della stradina in questione. Anzi, il valore venale della particella n. 1645 rimarrà immutato (perizia del 20 novembre 2008, pag. 8 risposta n. 2), la nuova opera non comportando maggior disturbo fonico o di transito (delucidazione scritta del 23 settembre 2009, risposta n. 1). Non si disconosce che l'arretramento del muretto di cinta costerà, secondo il perito, fr. 15 000.–, ma ci si può domandare se la spesa non sia riconducibile al comportamento degli stessi proprietari del fondo serviente (cfr. DTF 107 II 339 consid. 4 in fine; Rep. 1983 pag. 183; Steinauer, op. cit., pag. 447 n. 2275a).

Comunque sia, non basta che un intervenuto mutamento di situazione implichi un certo aggravio per il fondo serviente; per giustificare un riscatto della servitù occorre che tale fondo non possa più essere adoperato in modo razionale (Steinauer, op. cit., pag. 447 n. 2275a), ciò che in concreto – come si è visto – non è il caso. Le opere che il proprietario del fondo dominante dovrà costruire per l'esercizio della servitù, poi, saranno a carico suo (art. 737 cpv. 1 CC; Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4<sup>a</sup> edizione, pag. 342 n. 1286 con riferimento a DTF 115 IV 29 consid. 3a), senza che egli possa esigere contributi dal proprietario del fondo serviente (DTF 132 III 547 consid. 3.3.1; Steinauer, op. cit., pag. 444 n. 2283a). Privo di buon diritto, l'appello vede quindi la sua sorte segnata. 8. Gli oneri del giudizio odierno seguono la soccombenza (art. 148 cpv. 1 CPC ticinese). Gli appellanti rifonderanno inoltre alla controparte, che ha presentato osservazioni per il tramite di un patrocinatore, un'equa indennità a titolo di ripetibili. 9. Circa i rimedi giuridici esperibili contro la presente sentenza sul piano federale (art. 112 cpv. 1 lett. d LTF), il valore litigioso non raggiunge la soglia di fr. 30 000.– ai fini dell'art. 74 cpv. 1 lett. b LTF (consid. 2). Per questi motivi, vista sulle spese anche la tariffa giudiziaria, pronuncia: 1. L'appello è respinto e la sentenza impugnata è confermata. 2. Gli oneri processuali, consistenti in: a) taxa di giustizia fr. 950.– b) spese fr. 50.– fr. 1000.– sono posti solidalmente a carico degli appellanti, che rifonderanno alla controparte, sempre con vincolo di solidarietà, fr. 1500.– complessivi per ripetibili. 3. Notificazione a: – ; – .

Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio Sud. Per la prima Camera civile del Tribunale d' appello Il presidente La segretaria

Rimedi giuridici Nelle cause senza carattere pecuniario il ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, è ammissibile contro le decisioni previste dagli art. 90 a 93 LTF per i motivi enunciati dagli art. 95 a 98 LTF entro il termine stabilito dall'art. 100 cpv. 1 e 2 LTF (art. 72 segg. LTF). Nelle cause di carattere pecuniario il ricorso in materia civile è ammissibile solo se il valore litigioso ammonta ad almeno 30 000 franchi; quando il valore litigioso non raggiunge tale importo, il ricorso in materia civile è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 74 LTF). La legittimazione a ricorrere è disciplinata dall'art. 76 LTF. Laddove non sia ammissibile il ricorso in materia civile è dato, entro lo stesso termine, il ricorso sussidiario in materia costituzionale al Tribunale federale per i motivi previsti dall'art. 116 LTF (art. 113 LTF). La legittimazione a ricorrere è disciplinata in tal caso dall'art. 115 LTF.