

Titolo VI DELLE SERVITÙ PREDIALI

Capo I – DISPOSIZIONI GENERALI

1027

Contenuto del diritto

La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario.

IMPORTANZA ●●●● - Norma di rilievo centrale in materia di servitù. Contiene la definizione e le caratteristiche salienti dell'istituto. L'art. 1027 c.c. parlando d'un peso imposto ad un fondo per l'utilità d'un altro fondo, pone in prima linea i due beni, invece di considerare il rapporto dal lato dei soggetti. Non è necessaria la contiguità, in senso stretto, dei due predi ma basta che un rapporto di servizio si possa comunque instaurare.

CONTENUTO - La servitù è un diritto reale di godimento sul fondo altrui che spetta a chi abbia, a sua volta, un diritto di godimento d'un altro immobile, del quale godimento la servitù permetta la migliore attuazione. La servitù è, al pari di ogni altro diritto reale, espressamente prevista e regolata dalla legge, cioè tipica. Rientra, peraltro, nel potere dispositivo delle parti costituire delle servitù di contenuto atipico. Il fatto che si continui a parlare di servitù prediali non deve far credere all'esistenza di servitù personali.

FONTI E SISTEMA - Le servitù prediali si configurano, a partire dall'ultima età repubblicana dell'antica Roma, quali diritti (*iura*) che importano una utilizzazione parziale di un fondo (*praedium*), c.d. "servente", a vantaggio di altro fondo, c.d. "dominante". Sulla falsariga del Codice Napoleone il nostro codice attuale, come già, peraltro, quello del 1865, ha

abbandonato la terminologia giustiniana di «servitù personali» a indicare l'usufrutto e i diritti ad esso affini. Ne deriva, a rigore, la superfluità, in aggiunta alla denominazione di «servitù», della ulteriore qualifica di «prediale», che pur si conserva nel linguaggio legislativo ad indicare la caratteristica della servitù di essere relativa ad una situazione tra fondi.

QUESTIONI PRINCIPALI - Distinzione tra servitù apparenti e non apparenti; continue e discontinue; affermative e negative; coattive e volontarie. Servitù e obbligazioni *propter rem*. Le servitù atipiche; le servitù irregolari; le servitù di diritto pubblico.

Con la necessaria unilateralità della servitù non è incompatibile il riconoscimento ormai pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza dell'ammissibilità delle c.d. "servitù reciproche", e cioè della possibilità di porre a carico di un fondo una servitù di contenuto analogo a quella che viene contemporaneamente imposta a favore del medesimo fondo.

APPLICAZIONI - L'art. 1027 c.c. disciplina la categoria generale delle servitù, non le singole servitù -che se costituite volontariamente sono aperte nel contenuto concreto e nella denominazione- stabilendo la funzione del diritto di servitù, che caratterizza il rapporto, e che consiste nel peso imposto su un immobile per l'utilità di un altro immobile, costituendo per l'effetto un rapporto tra i rispettivi proprietari. Orientamento consolidato in giurisprudenza (fra le altre Cass. civ., Sez. II, 5 settembre 2000, n. 11684, *AL*, 2001, 417).

GIURISPRUDENZA ESSENZIALE

Cass. civ., Sez. U., 20 dicembre 2006, n. 27190

(*D&G*, 2007) - Nel contesto ermeneutico delle sentenze della Corte costituzionale (204/2004 e 191/2006), dichiarative della illegittimità costituzionale di nuove ipotesi legislative di giurisdizione esclusiva del g.a. in materia urbanistico-edilizia ed espropriativa, se estese a comportamenti non riconducibili nemmeno mediamente all'esercizio di un pubblico potere, devono ascrivere a tale giurisdizione le controversie in tema di risarcimento del danno da

comportamenti, causativi di danno ingiusto, che, pur se illegittimi, costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi e che quindi siano riconducibili all'esercizio della p.a., come nel caso di occupazione del suolo privato avvenuta oltre il termine trimestrale di efficacia del decreto che l'autorizza, ma comunque finalizzata alla costruzione di un impianto fognario (che venendo a costituire una servitù di fatto, non comporta l'occupazione appropriativa dello stesso), in presenza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità, per effetto della quale la

posizione soggettiva del proprietario è trasformata in interesse legittimo.

Cass. civ., Sez. II, 5 settembre 2000, n. 11684 (*GCM*, 2000, 1894; *D&G*, 2000, 35, 45; *RGE*, 2000, I, 1085) - Con il regolamento condominiale possono esser costituiti pesi a carico di unità immobiliari di proprietà esclusiva e a vantaggio di altre unità abitative, cui corrisponde il restringimento e l'ampliamento dei poteri dei rispettivi proprietari, o possono imporsi prestazioni positive a carico dei medesimi e a favore di altri condomini o di soggetti diversi, ovvero possono limitarsi il godimento o l'esercizio dei diritti del proprietario dell'unità immobiliare. Nel primo caso è configurabile un diritto di servitù, trascrivibile nei registri immobiliari; nel secondo un onere reale e nel terzo un'obbligazione *propter rem*, non trascrivibili. Il divieto di adibire l'immobile ad una determinata destinazione, ovvero di esercitarvi determinate attività è inquadrabile in quest'ultimo istituto, e il corrispondente diritto è prescrivibile se il creditore non lo esercita per il periodo predeterminato dalla legge.

Cass. civ., Sez. II, 5 settembre 2000, n. 11684 (*GI*, 2001, 446; *VN*, 2001, 239) - La clausola del regolamento condominiale con cui si ponga il divieto di esercitare negli appartamenti di proprietà esclusiva dei condomini l'attività scolastica integra un'ipotesi di obbligazione *propter rem*, suscettibile di estinzione per prescrizione.

Cass. civ., Sez. II, 16 ottobre 1999, n. 11688 (*GCM*, 1999, 2127) - Clausole del regolamento condominiale di un "villaggio" costituito da lotti di proprietà individuale e parti comuni, recepite

con la qualificazione di servitù reciproche nei singoli contratti di acquisto, danno luogo ai vincoli di carattere reale tipici delle servitù prediali e non a limitazioni di portata meramente obbligatoria -e quindi giustificano la condanna alla riduzione in pristino in caso di violazione- qualora le clausole stesse specificchino i limiti di carattere sostanziale delle innovazioni. (Nella specie era vietato per le innovazioni esterne unire le proprietà, costruire ad un'altezza superiore e superare determinate cubature e per quelle interne recare danno alle parti e agli impianti comuni, ledere diritti dei terzi e violare il regolamento; la pronuncia di merito, confermata in sede di legittimità, aveva ordinato la rimessione in pristino rispetto ad innovazioni come: ampliamento del seminterrato; costruzione di mansarde fuori esposte, di balconi, di camini con focolare esterno; ampliamento di finestre, ecc.).

Cass. civ., Sez. II, 14 giugno 1999, n. 5843 (*SI*, 2000, 86) - In materia di servitù prediali, fondo dominante ben può essere anche una costruzione o un edificio, non essendo il termine "fondo" usato dal legislatore limitato ai soli fondi agricoli.

Cass. civ., Sez. II, 11 gennaio 1999, n. 190 (*GCM*, 1999, 43; *SI*, 1999, 570; *RN*, 1999, 1215) - Il nostro sistema giuridico non prevede la facoltà, per i privati, di costituire servitù meramente personali (cc.dd. "servitù irregolari"), intese come limitazioni del diritto di proprietà gravanti su di un fondo a vantaggio non del fondo finitimo, bensì del singolo proprietario di quest'ultimo, sì che siffatta convenzione negoziale, del tutto inidonea alla costituzione del diritto reale limitato di servitù, va inquadrata nell'ambito del diritto d'uso, ovvero nello schema del contratto di

locazione o dei contratti affini, quali l'affitto o il comodato. (Nella specie, il giudice di merito aveva qualificato come costitutiva di una duplice servitù, di passaggio e di parcheggio, una convenzione tra privati con la quale il venditore di un appartamento aveva altresì concesso all'acquirente, in sede di stipula dell'atto pubblico di alienazione, il diritto d'uso di uno scantinato al fine di parcheggiarvi un'autovettura -nonché il diritto di passaggio sull'area che ne consentita l'accesso. La S.C., nel cassare la pronuncia, ha sancito il principio di diritto di cui in massima).

Cass. civ., Sez. II, 9 ottobre 1998, n. 9997 (GCM, 1998, 2045) - In tema di lottizzazioni di aree fabbricabili, l'accordo con cui i

proprietari dei terreni interessati all'urbanizzazione, allo scopo di conferire al territorio l'assetto giuridico conforme al progetto approvato dall'amministrazione, sottopongono le rispettive proprietà a divieti e limitazioni, assumendo su di sé, ciascuno *pro quota*, i diritti e gli obblighi che ne discendono, si verifica per effetto del suddetto accordo la costituzione di un complesso di reciproche servitù, la cui ragione d'essere sta nell'utilità che ciascun fondo ritrae dalla realizzazione per tale via, dell'obiettivo comune. La reciprocità tra le servitù da cui i fondi sono sin dall'origine gravati, comporta che ciascuno di essi è ad un tempo servente e dominante rispetto a tutti gli altri.

Commento

Sommario: 1. Nascita ed evoluzione storica della servitù. - 2. Definizione della servitù. - 3. Altri principi tradizionali in materia di servitù. - 4. Distinzione tra servitù apparenti e non apparenti; continue e discontinue; affermative e negative; coattive e volontarie. - 5. Servitù e obbligazioni *propter rem*. - 6. Servitù atipiche. - 7. Servitù irregolari. - 8. Servitù reciproche. - 9. Le servitù prediali pubbliche, i diritti di uso pubblico e i limiti legali alla proprietà. - 9.1. In particolare le servitù di uso pubblico. - 10. Le servitù militari.

1. *Nascita ed evoluzione storica della servitù.*

Legislazione: c.c. 532, 536-546, 548, 550

Bibliografia: Capogrossi Colognesi 1966 - Biondi 1967 - Caravale 1969

Le servitù prediali (*iura praediorum* o *servitutes* nella terminologia di età classica; *servitutes praediorum* in quella giustinianea) si configurano, a partire dall'ultima età repubblicana dell'antica Roma, quali diritti che importano una utilizzazione parziale di un fondo, c.d. "servente", a vantaggio di altro fondo, c.d. "dominante".

I più antichi tipi di servitù prediale, sorti per esigenze fondiarie della vita agricola, comportano essenzialmente il diritto

di passare o di condurre bestiame o acqua attraverso un fondo vicino.

A partire da quando l'*aquaeductus* iniziò ad essere concepito quale diritto di presa e di conduzione dell'acqua dal fondo altrui, dovette determinarsi il riconoscimento delle autonome servitù di attingere acqua nel fondo altrui (*aquae haustus*) e di portarvi ad abbeverare il bestiame (*pecoris ad aquam adpellendi*). Ulteriori tipi di servitù, anch'essi riconosciuti per bisogni della vita agricola, sono ancora la *servitus pascendi*, o diritto di pascolare il proprio bestiame nel fondo altrui, le *servitutes calcis coquendae, cretae eximendae, arenae fodiendae*, che permettono il diritto alla utilizzazione di minerali del fondo altrui, e altre minori.

Successivamente sono stati riconosciuti, per bisogni dell'edilizia cittadina, anche altri tipi di servitù:

1) la *servitus stillicidii*, o diritto di lasciare sgocciolare sull'altrui fondo l'acqua piovana;

2) la *servitus fluminis*, o diritto di incanalare l'acqua sull'altrui fondo;

3) la *servitus cloacae*, o diritto di deviare sull'altrui fondo gli spurghi;

4) la *servitus tigni immittendi*, o diritto di inserire il proprio trave nell'edificio altrui;

5) la *servitus oneris ferendi*, o diritto di appoggiare il proprio edificio sull'altrui;

6) le *servitutes prociendi protegendive*, o diritti di sporgere con il proprio edificio sull'altrui;

7) la *servitus altius non tollendi*, o diritto a che il vicino non sopraelevi;

8) la *servitus ne prospectui, luminibus officiatur*, o diritto a che il vicino non tolga prospetto o luce al proprio edificio, e altre minori.

Dal diverso modo in cui sono sorti e si sono sviluppati i due rispettivi gruppi, inizialmente riconosciuti per esigenze distinte rispettivamente agricole e urbane, trae origine la distinzione fra servitù rustiche (*iura o servitutes praediorum rusticorum*) e servitù urbane (*iura o servitutes praediorum urbanorum*).

Alla categoria generale delle servitù prediali (*servitutes*

praediorum), il diritto giustiniano contrappone poi la categoria delle servitù personali (*servitutes personarum*), comprensiva dell'usufrutto e dei tipi di diritti ad esso affini.

Gli statuti municipali, successivamente, introducono molti limiti alla proprietà fondiaria, solo in parte riconducibili alla categoria delle servitù romanistiche, e in tale periodo nascono le figure di servitù coattive di passaggio, acquedotto e scarico d'acqua (Caravale 1969).

Si deve quindi alla scuola francese dei Culti la teorizzazione della duplice origine delle servitù, per natura e per fatto dell'uomo: di qui la successiva formulazione dottrinarie della bipartizione tra servitù legali, naturali e convenzionali, accolta dall'art. 639 del Codice Napoleone e passata nel Codice albertino, agli artt. 548 e 550 c.c., con influenza sul codice civile unitario italiano del 1865. Quest'ultimo, dopo aver distinto all'art. 532 c.c. le servitù a seconda che derivino dalla legge o dal fatto dell'uomo, inserisce poi, agli artt. 536-546 c.c., tra le servitù legali quelle nascenti dalla situazione dei luoghi.

Diversamente i codici germanici di impronta romanistica, rifacendosi alla più genuina tradizione del diritto romano storico, riconoscono come servitù solo quelle convenzionali, tenute nettamente distinte dalle limitazioni legali della proprietà: esempio al quale si ispira il vigente codice civile italiano del 1942.

Sulla falsariga del Codice Napoleone il nostro codice attuale, come già quello del 1865, ha abbandonato la terminologia giustiniana di «servitù personali» a indicare l'usufrutto e i diritti ad esso affini (Biondi 1967).

2. Definizione della servitù.

Legislazione: c.c. 1033

Bibliografia: Barbero 1950 - Grosso 1963 - Branca 1987 - Arangio Ruiz 1994 - Tamburrino-Grattagliano 2003 - Burdese 2007

La dottrina è unanime nel ritenere la servitù un diritto reale limitato di godimento su cosa altrui. Sotto il profilo soggettivo, la servitù è un diritto reale di godimento sul fondo altrui che spetta a chi abbia, a sua volta, un diritto di godimento d'un altro immobile, del quale godimento la servitù permetta la migliore attuazione. Tale definizione, risalente ormai nel tempo,

(Cass. 20 gennaio 1933 nonché Barbero 1950, 66), riteniamo che tuttora sia rimasta la più felice sintesi per comprendere l'istituto in esame, tanto da essere riproposta dalla dottrina più recente.

« La servitù è un diritto reale limitato, a contenuto speciale e relativo a fondi, determinato dalla sua destinazione all'utilità del fondo dominante a scapito del fondo servente, e la cui titolarità è collegata alla titolarità di diritti che importano attribuzione della utilizzazione del fondo dominante »

(Burdese 2007, 9).

Si tratta:

1) di un diritto reale limitato, perché il suo titolare dispone di poteri di godimento e utilizzazione della cosa notevolmente ridotti rispetto a quelli spettanti al proprietario;

2) di un diritto reale a contenuto speciale, perché non assicura, comunque, una generale o generica utilizzazione o godimento del fondo servente tramite un generale o generico obbligo di astensione da parte dei terzi, ma una utilizzazione o godimento parziali e specificamente determinati del fondo, tramite l'obbligo dei terzi di non effettuare date ingerenze in ordine al *predium*;

3) di un diritto di godimento, perché i poteri esercitabili consentono al suo titolare di trarre da essa utilità e vantaggi che si prestano a soddisfare determinati suoi interessi;

4) di un diritto su cosa altrui, perché la cosa sulla quale esercitare la servitù deve necessariamente appartenere ad un soggetto diverso dal suo titolare. La dottrina, in modo pressoché unanime, considera caratteri essenziali della servitù:

a) L'assolutezza, in quanto diritto reale suscettibile di esser fatto valere e tutelato *erga omnes*, e non esclusivamente nei confronti del proprietario del fondo servente;

b) L'immediatezza, in quanto il suo titolare può soddisfare il proprio interesse senza che a tal fine si renda necessaria la mediazione positiva di altri soggetti;

c) L'opponibilità ai terzi, in particolare ai terzi acquirenti della cosa altrui;

d) L'accessorietà della servitù rispetto al diritto di proprietà;

e) La predialità, la quale comporta che la cosa altrui sulla quale la servitù cade deve necessariamente essere un fondo c.d. "servente", e che un fondo c.d. "dominante" deve altresì essere il

bene cui è destinata l'*utilitas* in funzione della quale essa viene costituita;

f) L'indivisibilità, se più soggetti sono contitolari del fondo dominante la servitù non compete a ciascuno di essi pro quota dovendo per contro ritenersi che i comproprietari del fondo dominante siano contitolari in solido della servitù;

g) L'unilateralità: il peso nel quale si sostanzia il suo contenuto dev'essere posto a carico di un fondo determinato, e deve tornare a vantaggio di un fondo determinato, diverso da quello gravato, sicché non è concepibile una servitù inerente ad un fondo che si trovi a rivestire contemporaneamente, in ordine alla medesima utilità oggettiva, la qualità di dominante e servente (Cass. 344/1964; Tamburrino-Grattagliano 2003, 33).

Secondo una autorevole dottrina (Branca 1987), la titolarità della servitù spetta anche a chi sia titolare di un diritto di godimento personale, nei casi previsti, dalla legge, ad es. dall'art. 1033 c.c. Da segnalare anche un'opinione dottrinale (Arangio Ruiz 1994), rimasta peraltro isolata, e da noi non condivisa, che contrapponendosi all'opinione dominante, nega che nella servitù si abbia a favore del titolare un potere diretto e immediato sulla cosa valevole *erga omnes* e sostiene che di fronte al soggetto attivo del rapporto non vi sia la massa dei consociati, ma, analogamente al rapporto di credito, un solo soggetto passivo e cioè il proprietario o il possessore del fondo servente, l'unico che verrebbe in considerazione e che potrebbe violare il diritto di servitù.

La servitù è, al pari di ogni altro diritto reale, espressamente prevista e regolata dalla legge, cioè tipica: la volontà dei costituenti può però, entro il tipo servitù, stabilire in concreto una serie indefinita di vincoli reali corrispondenti a diverse utilizzazioni purché sia rispettato il seguente requisito: presenza di due fondi, dei quali l'uno possa trarre obiettiva utilità dalla limitazione imposta sull'altro (Cass. 1936/1964).

3. Altri principi tradizionali in materia di servitù.

Bibliografia: Grosso-Deiana 1963 - Burdese 1970 - Vitucci 1974 - Comporti 1982

Di seguito elenchiamo ulteriori principi in materia di servitù:

a) «*Perpetua causa*» e onere. In conseguenza del venir meno, nel diritto moderno, del requisito della *perpetua causa*, si ammette che la servitù possa essere sottoposta a termine iniziale o finale e a condizione sospensiva o risolutiva (Cass. 6107/1981, 2413/1983; Grosso-Deiana 1963). La servitù può essere perpetua, e di norma, e tendenzialmente, si configurerà come tale. Non è però necessario che la sua durata sia indeterminata, come d'altra parte non è necessario che il vantaggio che essa è destinata ad arrecare al fondo dominante sia perpetuo. Tuttavia si deve ritenere che l'utilità per cui la servitù è costituita non potrà essere meramente momentanea ed effimera, ma dovrà presentare un certo carattere di durevolezza se non proprio di stabilità.

b) «*Vicinitas*». Tale requisito non ha più ragione d'essere nella sua rigidità. La collaborazione fondiaria è concepibile anche tra i predi che non sono vicini.

Vicinanza dei due fondi da intendersi, quindi, in senso relativo. Il requisito della contiguità non va inteso nel senso che il fondo dominante debba confinare con quello servente, ma nel senso che i due fondi debbano essere abbastanza vicini da permettere l'esercizio della servitù a favore dell'uno e a carico dell'altro.

« L'elemento della contiguità o vicinanza dei fondi, non stabilito espressamente in nessuna norma come requisito essenziale della servitù prediale, è un elemento di fatto più che di diritto, discendente dall'intima essenza della servitù, ossia dal criterio dell'uso e dell'utilità: esso non ha valore assoluto, né va inteso nel senso empirico di materiale contatto o aderenza immediata, ma nel senso di un rapporto tra due fondi che si trovino in tale reciproca situazione da rendere possibile la sussistenza di una relazione di servizio tra i medesimi. Pertanto, la circostanza che tra due fondi si trovi una striscia di terreno appartenente ad un terzo non esclude affatto la possibilità che tra gli stessi nasca e si eserciti una servitù di passaggio, ove si accerti che detta striscia non è mai stata di concreto ostacolo all'esercizio del passaggio »

(Cass. civ., Sez. II, 5 febbraio 1983, n. 965, *GCM*, 1983, f. 2).

c) «*Servitus servitutis esse non potest*». Antico broccardo: non si può costituire una servitù su una servitù.

d) «*Servitus in faciendo consistere nequit*». La servitù non può mai consistere in un *facere*, per cui non sarebbe concepibile una servitù che attribuisse al suo titolare il diritto di esigere che il proprietario del fondo servente tenga determinati comportamenti positivi, ovvero svolga certe attività che siano suscettibili di arre-

care vantaggio al fondo dominante, potendo al proprietario del fondo servente essere imposte soltanto prestazioni di *facere* meramente accessorie al *patis* o al *non facere* nel quale deve esaurirsi il contenuto fondamentale della servitù.

e) «*Nemini res sua servit*». L'espressione «appartenente a diverso proprietario» vale a ribadire il tradizionale principio in forza del quale la servitù non può gravare su di un fondo appartenente al suo titolare. Si ritiene però che tale principio trovi applicazione soltanto quando un unico soggetto sia titolare e del fondo dominante e del fondo servente, e non anche nell'ipotesi in cui il proprietario esclusivo di un fondo sia altresì comproprietario di un altro fondo (Cass. 587/1974, 5770/1985), oppure quando la servitù sia costituita su un fondo in comproprietà, a vantaggio di un edificio in condominio, in ipotesi di identità fra comproprietari e condomini (Cass. 734/1986), a patto che l'utilità tratta dalla servitù sia diversa da quella derivante dalla natura e destinazione della cosa comune (Cass. 434/1985). Il principio non opera nemmeno quando il proprietario di due fondi ne conceda uno in usufrutto o in enfiteusi, costituendo a favore (o su) di esso una servitù gravante (o favorente) il fondo conservato in piena proprietà (Cass. 2583/1975; Cass. 1410/1963). Si ammette la possibilità di costituire servitù reciproche, come avviene qualora i proprietari di due fondi vicini assumano obblighi che si traducano in un peso sopra ciascun fondo e a vantaggio dell'altro (Cass. 2619/1974, 1317/1980; Comporti 1982). Su queste ultime ci soffermeremo in modo approfondito nei prossimi paragrafi.

OMISSIS

1099

Sostituzione di acqua viva

Il proprietario del fondo soggetto alla servitù degli scoli o degli avanzi d'acqua può sempre liberarsi da tale servitù mediante la concessione e l'assicurazione al fondo dominante di un corpo d'acqua viva, la cui quantità è determinata dall'autorità giudiziaria, tenuto

conto di tutte le circostanze.

IMPORTANZA ●● - Norma di scarsissima applicazione pratica.

CONTENUTO - Essa attribuisce al proprietario del fondo servente il diritto di pretendere la costituzione di una nuova servitù (di presa o derivazione d'acqua viva) in sostituzione della servitù in origine esistente, la quale, ove questo diritto venga fatto valere, si estingue. Trattasi di un diritto potestativo imprescrittibile.

APPLICAZIONI - La norma dell'art. 1099 c.c., che secondo la dottrina prevalente ha natura eccezionale (Grosso-Deiana 1963, 1881), si applica sia alle servitù di avanzi d'acqua di cui all'art. 1097 c.c., sia alle servitù attive di scoli di cui all'art. 1094 c.c.

Commento

Sommario: 1. Ragione della norma. - 2. Accordo o sentenza costitutiva.

1. *Ragione della norma.*

Legislazione: c.c. 1068, 1094, 1097

Bibliografia: Barbero 1937 - Grosso-Deiana 1963 - Burdese 1970 - Branca 1987

L'articolo in commento attribuisce al proprietario del fondo servente il diritto di pretendere la costituzione di una nuova servitù (di presa o derivazione d'acqua viva) in sostituzione della servitù in origine esistente, la quale, ove questo diritto venga fatto valere, si estingue. La norma è dispositiva.

La dottrina è unanime nel ritenere che l'esercizio della facoltà riconosciuta nell'articolo in esame si risolve molto spesso in un vantaggio vero e proprio: è vero che con ciò il proprietario del fondo servente assume l'impegno di concedere una quantità d'acqua perenne, mentre sarebbe tenuto soltanto a non deviare gli scoli o gli avanzi (vale a dire, acque morte o già usate), ma è indiscutibile che, in tal modo, egli sarà libero di mutare le culture

o l'utilizzazione delle acque senza darne conto al vicino. Anche l'obbligo di restituzione (art. 1097 c.c.) come è ribadito implicitamente dall'articolo in esame («da tale servitù»), è una vera servitù.

Perciò non v'è niente di strano se gli si consente di convertire la servitù degli scoli in una servitù di presa d'acqua: anche qui siamo in presenza d'un'ulteriore manifestazione di quel *favor* che ha sempre ispirato il legislatore nei confronti del proprietario del fondo servente. Al quale (a differenza di quanto avviene nell'art. 1068 c.c., che attribuisce un potere discrezionale all'autorità giudiziaria), la norma in esame riconosce un vero e proprio diritto potestativo a cui corrisponde una soggezione della controparte.

Trattandosi d'uno di quelli che un tempo si chiamavano diritti facoltativi, è naturale che esso possa esercitarsi in ogni tempo, senza problemi di prescrizione («può sempre») e, una volta esercitato, il rapporto precedente (servitù degli scoli o degli avanzi) si converte in un nuovo rapporto (servitù di presa d'acqua).

2. Accordo o sentenza costitutiva.

Legislazione: c.c. 1068, 1080, 1085, 1093, 2643

Bibliografia: Grosso-Deiana 1963 - Burdese 1970

Per la conversione è necessario l'accordo sulla quantità d'acqua viva da sostituire agli scoli o agli avanzi; in mancanza di esso si ricorrerà al giudice, che, in proposito, ha un potere discrezionale. Le circostanze, di cui egli terrà conto sono diverse. Innanzi tutto dovrà accertare approssimativamente l'entità delle acque di scolo o d'avanzo alle quali il titolare della servitù ha diritto: poiché le acque vive, non usate, sono di maggior pregio, normalmente se ne darà in cambio una quantità minore. In secondo luogo terrà conto della durata della servitù, della qualità delle acque perenni, dell'uso a cui servivano gli scoli o le eccedenze, ecc. Si dice che il valore del corpo d'acqua viva deve corrispondere a quello che avevano gli scoli.

Noi riteniamo che si debba tener conto non già del valore di scambio, ma del valore d'uso, cioè dell'utilità che rappresentavano gli scoli e rappresenterà l'acqua viva per il proprietario

del fondo servente, che non deve incontrare pregiudizi: ecco un limite ai poteri del giudice. Poco importa che l'acqua data in cambio sia continua o no, estiva o no, ecc. (artt. 1080, 1085 c.c.).

Oltre a definire la quantità d'acqua e le modalità della nuova servitù, l'autorità giudiziaria deve poi accertare la concessione (che può aver luogo anche attraverso la costituzione della relativa servitù a carico di un fondo diverso dello stesso proprietario, ovvero di un fondo appartenente ad un terzo: Grosso-Deiana 1963, 1883) e, da parte del proprietario del fondo servente, per tutto il periodo per il quale era destinata a durare la servitù originaria, l'esistenza di un corpo d'acqua viva di entità corrispondente alla misura che essa stessa ha provveduto ad individuare.

Come s'è visto in altri casi (per es., art. 1093 c.c.), il provvedimento è costitutivo, a tutti gli effetti. Ed è inutile aggiungere che l'atto con cui si sostituisce all'antica la nuova servitù deve essere trascritto (art. 2643 c.c.).

Le spese eventualmente necessarie all'attuazione della nuova servitù (costruzione di canali, ecc.), sono a carico di chi le ha provocate (art. 1068 c.c.), cioè del proprietario del fondo servente.