

Edizione NOVEMBRE 2014

---

Copyright © MMXIV  
KEY SRL  
VIA PALOMBO 29  
03030 VICALVI (FR)  
P.I./C.F. 02613240601

---

ISBN 978-88-96791-53-0

---

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione, di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Cendon / Book  
**DIRITTO CIVILE**  
*Professional*

# LE SERVITÙ COATTIVE

Giuseppe Spanò



# **INDICE**

## **Capitolo Primo**

### **I MODI DI COSTITUZIONE DELLE SERVITÙ VOLONTARIE**

1. Modi di costituzione: in particolare il contratto.
2. Il contratto a favore di terzo.
3. La trascrizione.
4. Il testamento.
5. La sentenza.

## **Capitolo Secondo**

### **FATTISPECIE PECULIARI**

1. Servitù concessa da uno dei comproprietari.
2. Natura giuridica ed evizione.
3. Servitù costituite dal nudo proprietario.
4. Il fondo gravato da ipoteca.
5. Rassegna degli orientamenti giurisprudenziali più significativi.
6. Conclusioni.

## **Capitolo Terzo**

### **PROFILI GENERALI**

1. Limitazioni del dominio e servitù coattive.
2. Servitù coattiva costituita per contratto o per testamento.
3. Sentenza costitutiva; indennità ed eccezione di inadempimento; conseguenze della coattività.
4. Costituzione per atto amministrativo.

## **Capitolo Quarto**

### **ASPETTI PARTICOLARI**

1. Il dibattito circa la possibilità di costituire servitù coattive atipiche.
2. Costituzione di servitù coattiva per usucapione e per destinazione del padre di famiglia.
3. Rassegna degli orientamenti giurisprudenziali più significativi.

4. Conclusioni.

### **Capitolo Quinto**

#### **ALCUNE SERVITÙ COATTIVE PECULIARI**

1. Appoggio e infissione di chiusa.
2. Atto costitutivo.
3. Contenuto della servitù e oneri.
4. Obblighi degli utenti.
5. Somministrazione coattiva di acqua ad un edificio.
6. Somministrazione di acqua ad un fondo.
7. Conclusioni.

## Capitolo Primo

### I MODI DI COSTITUZIONE DELLE SERVITÙ VOLONTARIE

■ *L'art. 1058 c.c. contempla i modi di costituzione della servitù ossia il contratto e il testamento. Dottrina e giurisprudenza hanno colmato alcune lacune. La legge non prevede un contratto tipico per la costituzione di servitù. Ne deriva che il contratto costitutivo della servitù non può essere tipico, perché può assumere l'aspetto di qualunque negozio traslativo idoneo, e non atipico, perché quel negozio è ulteriormente tipizzato da uno scopo ben definito e chiaro nella sua funzione economico-sociale, che è la costituzione di servitù.*

**APPLICAZIONI** - La giurisprudenza ha riconosciuto la necessità della forma scritta per un regolamento amichevole di confini nell'ambito del quale le parti avevano altresì provveduto a modificare l'originaria estensione di una servitù di passaggio esercitata su uno dei due fondi.

**ASPETTI PROCESSUALI** - L'attore che agisce in confessoria *servitutis* ha l'onere di provare l'esistenza del relativo diritto -presumendosi il fondo preteso come servente libero da pesi e limitazioni- mediante uno dei modi di costituzione o di acquisto (art. 1058 c.c.), non essendo all'uopo sufficiente la mera esistenza di opere visibili e permanenti, la cui esistenza non rappresenta, ipso facto, un modo autonomo di acquisto della servitù, ma solo il presupposto dell'acquisto per usucapione o per destinazione del padre di famiglia.

**ULTIME** - Secondo la sentenza Cass. n. 2922/2014, per il disposto dell'art. 1054 cod. civ., il quale riconosce al proprietario del fondo rimasto intercluso in conseguenza di alienazione a titolo oneroso o di divisione il diritto di ottenere coattivamente dall'altro contraente il passaggio senza corrispondere alcuna indennità, deve presumersi che la servitù di passaggio costituita con lo stesso atto di alienazione o di divisione, o anche con atto successivo che all'interclusione sia oggettivamente preordinato, abbia natura coattiva, salvo che dal negozio costitutivo non emerga, in concreto ed inequivocabilmente, l'intento delle parti di assoggettarsi al regime delle servitù volontarie.

### GIURISPRUDENZA

● Cass. civ., sez. II, 28 febbraio 2013, n. 5053 - Se è vero che le servitù volontarie sono convenzionali, nel senso che trovano la loro fonte nel contratto o nel testamento, non è esatta la proposizione inversa, cioè che tutte le servitù convenzionali si identificano con le servitù volontarie, giacché anche le servitù coattive possono essere costituite mediante contratto e non cessano, solo per questo, di essere coattive e soggette al relativo regime giuridico, con la conseguenza che in tale ipotesi dette servitù sono pur sempre suscettibili di estinguersi ai sensi dell'art. 1055 c.c.

- Cass. civ., sez. II, 30 ottobre 2006, n. 23343 - Il titolo costitutivo di una servitù prediale può rinvenirsi in un contratto scritto cui abbia partecipato anche solo il proprietario del fondo servente, rispetto al quale il proprietario del fondo dominante abbia assunto la posizione di terzo, non sussistendo, nel contratto a favore di terzo, limiti in ordine alla qualità ed al contenuto della prestazione a favore di terzo, la quale può consistere in un *dare*, in un *facere* o in un non *facere* presente o futuro ed anche nella costituzione di un diritto reale, purché esso corrisponda ad un interesse, anche non patrimoniale, dello stipulante.
- Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2004, n. 1328 - Nel caso di costituzione negoziale di una servitù prediale l'esistenza e il contenuto del diritto devono essere specificamente indicati nel titolo con cui viene costituita a carico del fondo servente la relativa servitù.

## SOMMARIO

1. Modi di costituzione: in particolare il contratto.
2. Il contratto a favore di terzo.
3. La trascrizione.
4. Il testamento.
5. La sentenza.

### *1. Modi di costituzione: in particolare il contratto.*

**Legislazione:** c.c. 1865 634 - c.c. 1032, 1058, 1060, 1061, 1062, 1064, 1065, 1350, n. 4, 1362, 1371, 1988, 2720, 2932

**Bibliografia:** Grosso-Deiana 1963 - Tamburrino 1968 - Branca 1987 - Palazzolo 1992 - Comporti 2002 - Triola 2008

“Le servitù prediali possono essere costituite per contratto o per testamento”  
(art. 1058 c.c.).

I modi di costituzione delle servitù volontarie previsti dalla legge sono soltanto il contratto e il testamento, ma, per le servitù apparenti, la costituzione può avvenire anche per usucapione o destinazione del padre di famiglia (artt. 1061-1062 c.c.); la costituzione può avvenire inoltre contro la volontà del proprietario con sentenza (nelle servitù coattive, ove non vi sia stata attuazione spontanea mediante contratto: il che non trasforma, se tanto non si vuole, la servitù coattiva in servitù volontaria) oppure con atto amministrativo (art. 1032 c.c.).

“La legge non prevede un contratto tipico per la costituzione di servitù. Ne deriva che il contratto costitutivo della servitù non può essere tipico, perché può assumere l'aspetto di qualunque negozio traslativo idoneo, e non atipico, perché quel negozio è ulteriormente tipizzato da uno scopo ben definito e chiaro nella sua funzione economico-sociale, che è la costituzione di servitù”  
(Palazzolo 1992).

Il contratto deve essere stipulato dai soggetti regolarmente legittimati e capaci di disporre dei propri diritti e la legittimazione spetta, com'è ovvio, al proprietario del fondo servente e (in base all'art. 1060 c.c.) anche al nudo proprietario, purché l'esercizio della servitù non pregiudichi il diritto dell'usufruttuario, o del superficiario (Comporti 2002, 216).

Il contratto costitutivo di servitù può essere a titolo oneroso (vendita, permuta, *datio in solutum*, etc.) o gratuito (donazione) e in quest'ultimo caso sarà necessario per la sua validità, naturalmente, l'atto pubblico.

“In una donazione, il cui oggetto è, oltre al diritto di sopraelevare sull'immobile del donante, la costituzione di una servitù di passaggio per accedere alla sopraelevazione, sempre a carico del fondo del donante, in cui le parti, dopo avere fissato gli elementi essenziali e costitutivi della servitù, abbiano riservato ad un secondo momento, e cioè alla redazione del progetto di costruzione della sopraelevazione, la determinazione delle mere modalità tecniche ed esecutive relative all'esercizio della servitù, ciò va inteso in senso ristretto e preciso, vale a dire che deve trattarsi di mere modalità tecniche esecutive, che non toccano l'essenza, gli elementi costitutivi e la determinazione dei requisiti sostanziali delle servitù, i quali devono essere precisati e fissati al momento della costituzione della servitù. Infatti non è ammissibile una liberalità senza la precisa determinazione, completa e definitiva, dell'oggetto della medesima, senza cioè che sia fissato definitivamente in che cosa consista lo spoglio del patrimonio del donante e l'arricchimento di quello del donatario”

(Cass. Civ. 14 maggio 1963, n. 1196).

Valgono i principi generali dei contratti e quelli specifici delle singole figure contrattuali di cui ci si serve per costituire la servitù.

Non si ritiene necessario che il contratto indichi espressamente la costituzione della servitù potendo questa risultare anche implicitamente (Cass. 35/1972), così come non è richiesto che i fondi dominante e servente siano precisamente individuati, essendo sufficiente la loro individuabilità (Cass. 10/1977).

Tuttavia, affinché la servitù possa aversi, è necessaria, per lo meno, l'indicazione del fondo che deve godere di essa, e naturalmente, di quello che ne resta gravato: i dati essenziali del rapporto devono risultare dallo scritto. L'atto scritto è richiesto a pena di nullità (art. 1350, n. 4 c.c.).

“Poiché i modi di costituzione delle servitù sono tipici, nel caso di costituzione negoziale delle servitù, pur non essendo necessario l'uso di formule specifiche, è necessario che risultino senza incertezze o siano determinabili in base a prefigurati elementi oggettivi, gli estremi idonei a dimostrare il reale intento delle parti, quali l'indicazione del fondo dominante e di quello servente, il peso e l'utilità costituenti il contenuto della servitù e la determinazione dell'estensione e delle modalità di esercizio della stessa”

(Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2002, n. 9741, *GCM*, 2002, 1164; *RGE*, 2003, I, 374).

La costituzione di servitù, oltre che essere l'oggetto di un contratto, può risultare anche da una modalità o da una clausola di un contratto diretto ad altro scopo, come ad es. accade quando l'alienante di un fondo si riserva la servitù sul fondo venduto a vantaggio di altro fondo suo proprio (*deductio servitatis*), ovvero la costituisca rispettivamente a carico e a vantaggio di due fondi che egli venda a persone diverse (Branca 1987).

In tutti questi casi, se non è necessaria una formale e specifica dichiarazione al riguardo, non basta, però, una clausola di stile, ad es.: «si vende il fondo con tutte le servitù attive e passive» ecc.

“Si sostiene in dottrina che, ove il contratto abbia ad oggetto esclusivo la costituzione di una servitù dietro corresponsione di una somma di denaro, si è in presenza di una vendita, dal momento che la stessa, in base all'art. 1470 c.c., può avere ad oggetto non solo il trasferimento della proprietà di una cosa contro prezzo, ma anche il trasferimento (e quindi la costituzione) di un diritto reale limitato sulla cosa di proprietà del venditore, sempre contro prezzo. Per quanto la questione abbia una scarsa rilevanza pratica, è dubbio che si possa equiparare il trasferimento di un diritto (già esistente) alla costituzione dello stesso”

(Tamburrino 1968, 219).

È bene ricordare che se il titolo costitutivo di una servitù volontaria indica le modalità di esercizio del diritto a questo non sono poi applicabili i criteri sussidiari di cui agli artt. 1064 e 1065 c.c. Ne consegue che qualsiasi innovazione rispetto ad esse è vietata, risolvendosi una tale innovazione non già in un aggravamento del peso preesistente, bensì in un'abusiva imposizione sul fondo servente di un peso diverso da quello originariamente costituito. La Corte di Cassazione, in applicazione di tale principio, ha ordinato di riportare alle dimensioni previste nell'atto costitutivo le aperture tramite cui si esercitava una servitù di veduta, ritenendo abusivi gli ampliamenti delle stesse realizzate successivamente dal titolare del fondo dominante (Cass. civ., sez. II, 16 gennaio 2008, n. 731, *GCM*, 2008, I, 46).

Contratti sono anche la transazione e la divisione amichevole.

Si ritiene che il riconoscimento unilaterale di una servitù non determina la presunzione di esistenza della stessa, stante l'inapplicabilità dell'art. 1988 c.c. ai diritti reali (Cass. 202/1978; *contra*: Branca 1987), ma serve unicamente come mezzo di prova circa l'esistenza e il contenuto del titolo (Cass. 2458/1977).

“L'atto ricognitivo unilaterale di servitù non vale a determinare alcuna presunzione di esistenza del diritto collegata all'atto di riconoscimento del debito, essendo la relativa norma inapplicabile ai diritti reali.

Non potendo, poi, essere costituita una servitù prediale mediante atto unilaterale *inter vivos*, è da escludere che detto effetto possa conseguire dalla dichiarazione unilaterale del venditore, il quale, nell'atto di alienazione dell'immobile, riconosca l'esistenza di una servitù sul fondo venduto a vantaggio del fondo di un terzo non partecipante al contratto.

Né il suddetto atto può configurare una ricognizione con gli effetti di cui all'art. 2720 c.c. in ipotesi di preteso acquisto della servitù per usucapione o, in alternativa, per destinazione del padre di famiglia, giacché in tali casi fa difetto il titolo costituito dal documento precedente di cui si prova l'esistenza ed il contenuto mediante il riconoscimento.

In dottrina si sostiene che avrebbe piena efficacia il contratto di accertamento circa l'esistenza di una servitù, il quale avrebbe il medesimo valore del contratto costitutivo e sarebbe opponibile ai terzi solo se trascritto” (Triola 2008, 355).

Diversamente era stabilito invece dall'art. 634 del codice del 1865, per il quale la ricognizione ivi prevista aveva la funzione sostanziale di sostituire il titolo costitutivo mancante.

Una servitù volontaria può anche essere costituita per sentenza, nell'ipotesi in cui un soggetto si obblighi, mediante contratto preliminare (o sia onerato in virtù di testamento) alla futura stipulazione di un contratto costitutivo di servitù: troverà applicazione in questo caso l'art. 2932 c.c. (Branca 1987).

Per accertare il contenuto e la portata di una servitù costituita convenzionalmente, il giudice di merito deve cogliere l'intenzione delle parti, fondandosi innanzitutto sulle espressioni letterali usate e, qualora permangano dubbi, deve fare ricorso alle altre regole legali di ermeneutica contenute negli artt. 1362 ss., che regolano l'interpretazione dei contratti, e ai principi dettati nella specifica materia delle servitù; in particolare, deve considerare le finalità che le parti hanno voluto raggiungere, tenendo conto dello stato dei luoghi, della consistenza e dell'ubicazione dei fondi, e deve tenere presente l'utilità del fondo dominante che si è voluta perseguire col peso imposto sul fondo servente, al quale va arrecato il minimo aggravio. La ricerca della comune volontà delle parti deve essere fatta, con riferimento agli elementi essenziali del contratto, soltanto attingendo alle manifestazioni di volontà contenute nel testo scritto, mentre non è consentito valutare il comportamento delle parti, anche successivo alla stipulazione del contratto, in quanto non può spiegare rilevanza, nei contratti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*, la formazione del consenso non incorporata nel documento scritto. Solo in via eccezionale il giudice può fare ricorso, nell'interpretazione della comune volontà delle parti, al comportamento delle medesime successivo alla conclusione del contratto, perché ciò presuppone che vi sia una disposizione negoziale da interpretare circa l'estensione e le modalità di esercizio della servitù, in quanto, in difetto di qualsiasi disposizione al riguardo, il comportamento (ossia il possesso del titolo) si trasformerebbe in titolo costitutivo del contenuto della servitù. In dottrina si è ritenuto che qualora, nonostante l'applicazione delle comuni regole di interpretazione, il contratto a titolo oneroso dovesse restare oscuro, non sarebbe applicabile l'art. 1371 c.c., il quale dispone che in tal caso il contratto si debba intendere nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi (Triola 2008, 353).

## **2. Il contratto a favore di terzo.**

**Legislazione:** c.c. 1411

**Bibliografia:** Triola 2008

Si è deciso che il diritto di servitù possa costituirsi, ove sussista un interesse dello stipulante, anche mediante contratto a favore di terzo (Cass. 829/1977, 104/1984).

Il titolo costitutivo di una servitù prediale può rinvenirsi in un contratto cui abbia partecipato soltanto il proprietario del fondo servente, rispetto al quale il proprietario del fondo dominante abbia assunto la posizione di terzo favorito, non sussistendo nel contratto a favore di terzo limiti in ordine alla qualità ed al contenuto della prestazione a favore del terzo, la quale può consistere in un *dare*, in un *facere* o in un *non facere* presente o futuro ed anche nella costituzione di un diritto reale, purché tale costituzione corrisponda ad un interesse anche non patrimoniale dello stipulante (Cass. civ., sez. II, 30 ottobre 2006, n. 23343, *GCM*, 2006, 10, *RGE*, 2007, 3, I, 965).

Infatti la Giurisprudenza ha chiarito che:

"in tema di contratto a favore del terzo, ai sensi dell'art. 1411 c.c., la relativa stipulazione non incontra il limite dell'effetto reale del negozio concluso tra stipulante e promittente, sicché è consentita sia la costituzione di una servitù a favore del terzo, che l'estinzione della servitù che gravi sul fondo di quest'ultimo"

(Cass. civ., sez. II, 27 giugno 2011, n. 14180, *GCM*, 2011, 6, 963).

ed inoltre

"si ritiene che il contratto deve adeguarsi alla struttura della servitù, per cui, mentre chiunque può stipulare a favore di un

terzo un contratto con effetti obbligatori, un contratto costitutivo di servitù a favore di un terzo può essere stipulato solo da chi abbia non solo interesse, ma un potere sul fondo, tale però che non legittimi la costituzione di servitù, in guisa che la servitù sia costituita a favore del terzo proprietario del fondo posseduto dallo stipulante.

Si richiede l'esistenza di un interesse, anche non patrimoniale, dello stipulante e tale interesse deve ritenersi sussistente qualora con l'atto di compravendita l'alienante convenga la costituzione di una servitù di passaggio sul fondo, di cui abbia conservato la proprietà, anche a favore di un terreno del terzo, allo scopo di assicurare una razionale sistemazione degli accessi nella zona e di evitare contrasti con i vicini.

Tuttavia, si è ritenuto che, dovendo dal contratto a favore di terzo trasparire inequivocabilmente la volontà diretta alla costituzione della servitù, qualora il costruttore di un fabbricato, negli atti di vendita delle porzioni di proprietà esclusiva e delle quote di proprietà condominiale, abbia garantito la libertà dei beni da vincoli, oneri e diritti, ad eccezione di "servitù di passaggio su parti condominiali a favore di immobile limitrofo", deve escludersi che tali atti possano essere invocati dal proprietario di tale ultimo immobile quale fonte della servitù, in quanto essi contengono una mera dichiarazione unilaterale di esistenza di un diritto di servitù già costituito e, quindi, non valgono come contratti a favore di terzo"

(Triola 2008, 354).

In conclusione, è necessario che: la stipulazione del contratto a favore di terzi avvenga per iscritto, il vincolo reale sia costituito a carico del fondo del promittente ed a favore di quello del terzo, la costituzione del vincolo ed il conseguente vantaggio per il terzo siano previsti e voluti dai contraenti, sia determinato (o determinabile con certezza) il fondo dominante (e quindi il proprietario) e lo stipulante abbia un interesse, pure non patrimoniale.

### 3. La trascrizione.

**Legislazione:** c.c. 1350, n. 11 e 12, 2643, n. 4 e 13, 2644, 2646

**Bibliografia:** Grosso-Deiana 1963 - Branca 1987

È controverso in dottrina se, per la trascrizione in caso di *deductio servitutis*, siano necessarie due note di trascrizione, una per la vendita e l'altra per la *deductio* (Branca 1987), o se ne basti una contenente menzione di entrambi i negozi (Grosso-Deiana 1963).

La servitù sorge con l'atto, ma, se questo non è stato trascritto, essa non può essere opposta ai terzi, che abbiano acquistato diritti sull'immobile servente e trascritto il relativo negozio (artt. 2643, n. 4, 2644 c.c.). Se è stata costituita in una clausola d'un contratto avente altro scopo (ad es., di compravendita, ed anche se si tratta di *deductio servitutis*), dottrina e giurisprudenza sono concordi nel dire che deve trascriversi espressamente, non bastando la sola menzione della compravendita: infatti, da un lato, essendo titolo costitutivo della servitù proprio quella clausola, è precisamente essa l'atto soggetto a trascrizione; dall'altro, se non fosse così, i terzi sarebbero costretti ogni volta a compiere indagini minuziose e accurate sull'atto, ciò che, in molti casi, finirebbe per rendere praticamente inutile la trascrizione.

Alcuni autori e una parte della giurisprudenza ritengono, peraltro, che l'acquirente di un fondo, qualora nell'atto di acquisto sia menzionata l'esistenza di una servitù a carico del medesimo, non possa disconoscerla, pur non essendo stato trascritto l'atto costitutivo della servitù anteriormente alla trascrizione dell'atto di acquisto del fondo, almeno in quanto tale menzione si possa interpretare come impegno a rispettare la servitù, con la relativa conseguenza che detto impegno varrà per l'acquirente ed i suoi eredi ma non per gli aventi causa a titolo particolare, il cui atto di acquisto non contenga a sua volta quella specifica menzione.

Sul punto, è stato però precisato che occorre un'espressa menzione della servitù nel titolo con cui la proprietà dell'immobile gravato è stata trasferita al terzo acquirente, non essendo sufficiente a tal fine che l'atto di trasferimento contenga frasi generiche ed indeterminate, ricorrenti nei formulari notarili, che restano prive di effetti giuridici (Trib. Salerno 30 dicembre 2004, *JD*, 2005).

Contratti sono, come abbiamo visto, anche la transazione e la divisione amichevole. Con l'una e con l'altra si possono costituire servitù; nell'una e nell'altra la necessità dell'atto scritto e della trascrizione nei confronti dei terzi è affermata espressamente nel codice civile (artt. 1350 n. 11 e 12, 2643 n. 13, 2646 c.c.).

### 4. Il testamento.

**Legislazione:** c.c. 651, 1055, 2648, 2932

## **Bibliografia:** Tamburrino-Grattagliano 2003 - Triola 2008

Il testamento è il solo negozio unilaterale attraverso il quale possa essere costituita una servitù (Cass. 3129/1956): si esclude infatti che a tal fine possa essere sufficiente un negozio unilaterale *inter vivos* (Tamburrino-Grattagliano 2003).

Il testamento può disporre la costituzione della servitù come oggetto di legato (es.: «Tizio abbia in mia morte il diritto di passare sul mio fondo»), nel qual caso il diritto è immediatamente acquistato dal legatario al momento dell'apertura della successione, ovvero, indirettamente, come imposizione rivolta all'erede (o legatario) di costituire la servitù a favore di altro soggetto: è evidente che, in quest'ultima ipotesi, la servitù prenderà vita dal contratto successivamente intervenuto tra gli interessati, e non già dal testamento. In caso di inadempimento dell'erede o del legatario, il terzo potrà agire *ex art. 2932 c.c.*

Superfluo dire che la servitù deve risultare dal testamento (la volontà di costituirla non si può desumere solo da elementi o fatti estranei ad esso) e il testamento deve indicare almeno i due fondi, dominante e servente.

Anche nel caso di servitù *ex testamento* la necessità della trascrizione per la opponibilità verso i terzi è consacrata espressamente nella legge (art. 2648 c.c.): si trascrive in tal caso un estratto autentico del testamento contenente la menzione della servitù (legato).

“La servitù di passaggio costituita con testamento a favore di un fondo lasciato ad un erede e divenuto intercluso a seguito di altre disposizioni dello stesso testamento, è soggetta al regime legale dell'estinzione per cessata interclusione, ai sensi dell'art. 1055 c.c., ove la costituzione della servitù risulti finalizzata ad ovviare a tale situazione”

(Cass. civ., sez. II, 5 dicembre 1988, n. 6595, *GCM*, 1988, f. 12).

Ove in uno stesso testamento siano contenute due distinte clausole istitutive di servitù diversamente formulate, il giudice non può interpretarle allo stesso modo, ma deve tener conto della volontà del testatore nel suo complesso, istituendo anche un rapporto fra le due clausole allo scopo di chiarire quale *utilitas* si sia voluta riconoscere al fondo dominante (Cass. 4333/1979).

Il legato di servitù soggiace oltre che alla disciplina della servitù a quella della successione per causa di morte, sicché è soggetto a riduzione che, però, dovrà conciliarsi con il principio di indivisibilità della servitù.

“A fini della valida costituzione di una servitù per testamento, il testatore deve indicare:

- a) il fondo servente;
- b) il fondo dominante;
- c) la persona del legatario;
- d) il tipo di servitù.

Se il testatore non è proprietario del fondo servente occorre distinguere il caso in cui sia comunque titolare di altro diritto reale che permetta la costituzione convenzionale di una servitù da quello in cui non abbia nemmeno uno di tali diritti.

Nel primo caso si ritiene che il testatore nudo proprietario o usufruttuario può costituire la servitù nei limiti in cui tale costituzione sarebbe consentita per contratto rispettivamente al nudo proprietario o all'usufruttuario; lo stesso discorso vale per il testatore che sia enfiteuta o superficiario. Anche volendo ammettere, peraltro, che l'usufruttuario sia legittimato a costituire servitù destinate ad estinguersi con la sua morte, non si vede come il titolare di un usufrutto possa costituire per testamento delle servitù che nello stesso momento (morte del testatore) diventerebbero efficaci e si estinguerebbero. Nel caso in cui il testatore nessun diritto reale vanti sul fondo servente, si è sostenuto che, in applicazione dell'art. 651 c.c., si dovrebbero distinguere tre ipotesi:

a) se il fondo servente appartenga all'onerato od al terzo ed il testatore non conosce tale circostanza, il legato di servitù è nullo;

b) se il testatore conosce che il fondo non è di sua proprietà, ma di proprietà di altri e ciò nonostante dispone il legato, quando tale conoscenza risulti non solo dal testamento, ma da altra dichiarazione scritta del testatore (la quale può essere anteriore o successiva al testamento), l'onerato è obbligato ad acquistare la proprietà del fondo dal terzo e trasferirla al legatario a meno che non voglia pagare al legatario il giusto prezzo;

c) se la cosa legata, pur appartenendo al terzo al momento della *testamenti factio*, rientra nel patrimonio del testatore al momento della morte dello stesso, il legato è valido.

Con riferimento alla seconda ipotesi, non si vede, però, per quale motivo il legato di immobile di proprietà di un terzo e il legato di servitù a carico di un fondo di proprietà di un terzo dovrebbero essere equiparati, nel senso che in entrambi i casi l'onerato sarebbe obbligato ad acquistare il fondo dal terzo o a pagare il giusto prezzo dello stesso al legatario, pur essendo stata disposta a favore di quest'ultimo solo una servitù. Sembra preferibile, pertanto, ritenere che l'onerato debba procurare la costituzione della servitù ad opera del terzo o indennizzare il legatario in misura pari al maggiore valore che avrebbe il fondo di proprietà dello stesso ove potesse godere della servitù disposta con il testamento”

(Triola 2008, 357).