

ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN

Scienze Giuridiche – PhD. in Legal Studies

Ciclo XXXI

Settore Concorsuale: 12/H1

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/18

Il principio *servitus in faciendo consistere nequit* e la categoria
dell'onere reale nella tradizione romanistica

Presentata da: Antonio Leo de Petris

Coordinatore Dottorato

Supervisore

Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Prof.ssa Fabiana Mattioli

Esame finale anno 2019

Prefazione.....	1
-----------------	---

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO *SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT* NELLE FONTI ROMANE

1. Analisi di Pomp. 33 <i>ad Sab.</i> D. 8.1.15 pr.-1 e del concetto di <i>natura servitutium</i>	12
2. Alcune riflessioni sulla possibilità di individuare altre eccezioni al principio <i>servitus in faciendo consistere nequit</i>	29
3. Impossibilità di escludere la sussistenza di diritti reali <i>in faciendo</i> in base a Scaev. 7 <i>dig.</i> D. 18.1.81.1 e Paul. 13 <i>resp.</i> D. 33.1.12.....	44
4. Cenni agli oneri reali nel diritto pubblico romano.....	59
5. L'onere reale nelle fonti del diritto privato romano.....	74
6. Alcune riflessioni conclusive sulla possibilità che la regola <i>servitus in faciendo consistere nequit</i> possa avere validità generale e sulla ammissibilità di archetipi della figura dell'onere reale in diritto romano.....	81

CAPITOLO II

IL PROBLEMA DELLA *REFECTIO PARIETIS* NELLA *SERVITUS ONERIS FERENDI*.

UNA IPOTESI ALTERNATIVA

1. Analisi e inquadramento della fattispecie considerata in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2..... 89
2. Se l'*onus refectio* nella *servitus oneris ferendi* sia di matrice giustiniana..... 97
3. Se possa accogliersi l'ipotesi circa la formula della *servitus oneris ferendi* proposta da Gino Segrè. Esame degli ulteriori argomenti addotti dalla storiografia a sostegno di questa congettura..... 117
4. Esame e obiezioni movibili alle diverse opinioni avanzate al fine di spiegare e conciliare l'*onus refectio* della *servitus oneris ferendi* con la regola *servitus in faciendo consistere nequit*..... 136
5. Una ipotesi alternativa circa la portata della regola *servitus in faciendo consistere nequit* e sulla sua relazione con l'*onus refectio* della *servitus oneris ferendi*..... 162
6. La natura della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* e del *facere* previsto in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5..... 171

CAPITOLO III

IL PRINCIPIO *SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT* NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA

1. Raggiugli sullo sviluppo degli oneri reali in diritto intermedio. Esame delle istanze in tema di proprietà fondiaria affermatesi a seguito della Rivoluzione francese. Accenni alla disciplina rivoluzionaria in materia di <i>rentes foncières</i>	188
2. La disciplina della <i>rente foncière</i> alla luce dell'art. 529 comma 2 del <i>Code civil</i> . Alcune riflessioni sulla rendita fondiaria nei codici preunitari, nel primo Codice civile unitario e nel vigente.....	242
3. Alcune osservazioni sui <i>Reallasten</i> e sulla disciplina del § 1105 del BGB.....	285
4. Se siano ammissibili figure riconducibili alla categoria dell'onere reale nella moderna sistematica dei rapporti proprietari. Considerazioni <i>de iure condendo</i>	292
Riflessioni conclusive.....	308
Bibliografia.....	345
Indice delle fonti.....	375

PREFAZIONE

Nella *servitus oneris ferendi* la *refectio parietis* – che consiste nella riparazione della parete o della *columna* a cui si appoggia l’edificio dominante – è a carico del proprietario dell’immobile servente. Il contenuto della servitù, quindi, non si sostanzia solo nel *pati*, cioè nel sopportare che il titolare del diritto appoggi il *paries* o la *columna* del proprio fabbricato all’edificio servente, ma a esso si accompagna un ‘onere’ *in faciendo* costituito, appunto, dalle riparazioni. È altrettanto risaputo che questo ‘onere’ mal si concilia con la regola, che sarebbe espressa in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, sinteticamente condensata nel brocardo *servitus in faciendo consistere nequit*¹.

Di conseguenza, la storiografia ha per lungo tempo tentato di risolvere questo presunto contrasto proponendo soluzioni volte a spiegare l’apparente particolarità enunciata in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 che, peraltro, si trova ribadita pure in Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33. Questa operazione si è svolta alla luce del rilievo assunto dalla testimonianza ulpiana e dall’eccezione in essa sancita in relazione alla possibilità di ipotizzare, anche per il diritto privato romano, l’esistenza di quelle particolari figure che poi la dogmatica riunirà nella categoria degli oneri reali. Di questi tentativi occorre, pertanto, che si dia brevemente conto, tenendo presente che essi possono suddividersi in quattro filoni principali.

¹ La regola è pacificamente ricordata negli stessi termini anche da Bas. 58.1.15.1 (= Scheltema, van der Wal, A VII, p. 2627): Οὐ συνίσταται δουλεία ἐπὶ τῷ ποιῆσαί τι, οἷον ἵνα δένδρα ἐκκόψῃς ἢ τόπον ἐπιτερπῆ ποιήσῃς, ἀλλ’ ἵνα μὴ ποιήσῃς τι ἢ ἵνα ἀνάσχη γενέσθαι. Si veda anche Bas. 58.5.6.2 (= Scheltema, van der Wal, A VII, p. 2639): Ἐπὶ πασῶν τῶν δουλειῶν οὐ τῷ δουλεύοντι, ἀλλὰ τῷ δουλευομένῳ ἢ φιλοκαλία ἐπίκειται, πλὴν τῆς περὶ τοῦ φέρειν τὰ βάρη τοῦ γείτονος. Ἐκεῖ γὰρ ὁ δουλεύων ἀναγκάζεται τὸν ἴδιον τοῖχον κτίσαι εἰς τὸ βαστάζειν τὰ βάρη μου· ἔξεστι δὲ αὐτῷ καταλιμπάνοντι τὸν οἶκον μὴ κτίσαι. Significativamente la testimonianza dei Basilici relativa a Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, si limita a ribadire il principio per cui la *refectio*, in ogni servitù, spetta τῷ δουλευομένῳ, rilevando come l’unica eccezione risulti essere quella costituita dalla *servitus oneris ferendi*.

Una prima soluzione, che avrebbe incontrato il favore di numerosi autori (nonostante il richiamo a motivazioni ulteriori ed eterogenee), fu prospettata già dalla Glossa. La sussistenza dell'onere della *refectio* si sarebbe dovuta spiegare, anche sulla scorta del passo tratto dall'Epitome di Paolo ai *digesta* di Alfeno Varo, in base al particolare patto che accompagnava la *lex aedium*². In questi termini, nonostante importanti dissensi già tra gli

² Cfr. il 'casus' ad D. 8.2.32 (ed. Lugduni, 1560, I, «Digestum Vetus», c. 793), nonché la gl. 'vellet' ad D. 8.2.32 (ed. cit., I, c. 793). Da quest'ultima si desume come per la Glossa fosse sempre necessaria l'espressa previsione contenuta nella *lex aedium*. La eco della dottrina della Glossa è rinvenibile anche nell'elaborazione di Bartolo da Sassoferrato, secondo cui, tuttavia, l'onere delle riparazioni sarebbe spettato in ogni servitù al proprietario del fondo servente ogni qual volta ciò fosse stato previsto dall'atto di costituzione della servitù, ma, contrariamente a quanto affermato nella gl. 'vellet' ad D. 8.2.32, anche nel caso in cui la riparazione fosse da tempo immemore a carico di quest'ultimo soggetto. Quanto alla *servitus oneris ferendi* si specificava però che alle riparazioni il *dominus* del fondo servente avrebbe dovuto attendere anche quando all'atto della costituzione nulla fosse stato previsto, conseguendo tale stato di cose al nome stesso della servitù e alla sua natura. Cfr. BARTOLUS A SAXOFERRATO... *In primam Digesti Veteris partem. Cur. Alexand. Barb. Paris. Claud. à Seissel. Poma. Ioan. Franc. Rueren. aliorumque Adnotationibus integris*, Lugduni, 1581, rubr. 'Si serv. vend. vel ad alium pert. neg.', ad l. VI, § *Etiam de servitute*, fol. 187r-b. L'opinione di Bartolo fu seguita anche da Paolo di Castro. Cfr. PAULI CASTRENSIS... *In Primam Digesti Veteris partem Commentaria... Recens insuper illustrata Franc. Curtij, Bernardi Landriani, aliorumque doctissimorum virorum additionibus*, Lugduni, 1583, rubr. 'De servitutibus urbanorum praediorum', ad l. XXXII, § *Eum debere*, fol. 225v-a. A conclusioni non dissimili, senza però accennare all'elemento temporale, giungeva anche Bartolomeo Cipolla esaminando la differenza tra la *servitus oneris ferendi* e la *servitus tigni immittendi*, che rinveniva appunto nel diverso contenuto della *lex aedium*. Così, per la prima specie, sarebbe sempre stato necessario un atto di costituzione espresso al fine di poter configurare l'onere delle riparazioni a carico del *dominus* dell'edificio servente. Cfr. D.D. BARTHOLOMAEI CAEPOLLAE... *Tractatus de servitutibus, Tam Urbanorum, quam Rusticorum Praediorum...*, Coloniae Allobrogum, 1759, pp. 109, 111 e 175. Anche Francesco Duareno, esponente dell'indirizzo critico della Scuola dei Culti, pur sottolineando la particolarità della servitù in parola rispetto alla regola enunciata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, individuava nella formula di costituzione della stessa la cagione della singolarità costituita dall'onere della *refectio*. Cfr. D. FRANCISCI DUARENI... *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt Opera... In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*, Lugduni, 1584, p. 259. Dal canto suo Donello, che in parte riconduceva alla singolare formula costitutiva l'onere della *refectio*, riteneva necessaria anche la sussistenza di una causa perpetua e cioè l'esistenza di un *paries* sempre idoneo a sostenere il peso

dell'edificio dominante. Cfr. HUG. DONELLI... *Commentariorum iuris civilis libri viginti octo... Scipio Gentilis IC. Recensuit, Edidit, posteriores etiam libros supplevit... Liber undecimus. De servitutibus rerum, sive praediorum tum urbanorum, tum rusticorum*, Francofurti, 1626, Cap. IV, p. 529. Sempre focalizzandosi sulle parole costitutive e sulla necessità di un *paries* idoneo a sostenere il peso dell'edificio dominante, spiega la particolare configurazione della *servitus oneris ferendi* François Connan. L'autore, riprendendo peraltro una motivazione addotta già da Alberico da Rosate (su cui *infra*, nt. 4), riteneva però che alla soluzione concorresse anche il fatto che l'integrità della parete avrebbe giovato pure al proprietario dell'edificio servente cui essa apparteneva. Cfr. FRANCISCI CONNANI... *Commentariorum Iuris civilis, Tomus prior, quinque libros complectens... Liber quartus, de servitutibus et pignoribus rerum*, Parisiis, 1553, Cap. VII 'Quid servitus praedialis', fol. 251r. Ulrich Zäsy, sempre facendo riferimento alle parole contenute nell'atto costitutivo, evidenziava come esse implicassero nella servitù in parola la perpetuità della parete. Cfr. DN. ULDARICII ZASII... *In primam Digestorum partem paratitla, sive titulariae annotationes...* Basileae, 1539, Tit. V 'Si serv. vindic. vel ad alium pert.', p. 232. Segue l'opinione di Zäsy anche Johann Schneidewein che torna a fare riferimento anche all'elemento della *vetustas*. Cfr. JOANNIS SCHNEIDEWINI... *In quatuor Institutionum imperialium D. Justiniani libros, Commentarii...* Coloniae Agrippinae, 1740, p. 168. Anche diversi giureconsulti dei secoli successivi si soffermarono sulla particolare servitù in parola e riprendendo precedenti dottrine considerarono nuovamente la clausola costitutiva per spiegare la particolarità della *servitus oneris ferendi*. Tra questi, Arnold Vinnen continuava a distinguere quest'ultima specie dalla *servitus tigni immittendi* proprio in funzione della clausola costitutiva e non mancava di sottolineare come la stessa servitù «*spuria esse agnoscitur*». Cfr. ARNOLDI VINNII J.C... *In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius...* Amstelodami, 1692, p. 188. Partendo da una prospettiva diversa, che, in particolare, esaminava i *facta contra ius civile* generalmente esclusi dalla *ratio decidendi* pretoria, Gerard Noodt riteneva che la clausola relativa alla *servitus oneris ferendi*, la quale importava l'esistenza di un muro perpetuamente idoneo a sopportare il peso, dovesse essere invece osservata per via della comune prassi giudiziale. Cfr. GERARDI NOODT... *Operum omnium Tomus II. Continens Commentarium in D. Justiniani sacratissimi principis, libros XXVII Digestorum, sive Pandectarum... editio secunda emendatior*, Lugduni Batavorum, 1735, p. 214. Alla *lex aedium* riferiva la soluzione del problema anche il giusnaturalista Christian Thomasius. Il giureconsulto, ancora una volta prendendo in considerazione la differenza intercorrente tra la *servitus oneris ferendi* e la *servitus tigni immittendi*, la individuava nella diversa formula costitutiva. Cfr. *Dissertationem juridicam, De servitute stillicidii... Sub praesidio*, DN. CHRISTIANI THOMASII... Lipsiae, 1689, § 59. Si trova la medesima spiegazione nell'opuscolo sulla vita e gli studi di Servio Sulpicio dell'Ottone, quando accenna della disputa con Aquilio Gallo. Cfr. EVERARDI OTTONIS... *De vita, studiis, scriptis et honoribus Servii Sulpicii...*, in *Thesaurus juris romani. Continens rariora meliorum interpretum opuscula... Cum praefatione Everardi Ottonis...* Tomus V, Trajecti ad Rhenum, 1735, c. 1588. Anche per P.J. HEISLER, *Erste Untersuchung der Rechtsfrage: Ob in der Servituten der Herr des*

dienstbaren Guths zu repariren schuldig sey?, in *Juristische Abhandlungen und Erörterungen einiger wichtigen und streitigen Fragen aus dem bürgerlichen, peinlichen und geistlichen Rechte, Erste Sammlung, welche die ersten sechs Abhandlungen enthält*, Halle, 1783, pp. 3-16, le riparazioni incombevano sul proprietario del fondo servente in forza del patto contenuto nell'atto costitutivo. Sempre alla pattuizione espressa dell'onere fa riferimento Johann Gottlieb Heinecke. Cfr. IO. GOTTLIEB HEINECCI... *Operum tomus quintum... Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum...* Genevae, 1768, p. 195. Una posizione non chiara sul punto assume Johann Strauch I. L'autore, infatti, rilevava come tale servitù non fosse realmente differente dalle altre e che dunque rimanesse pur essa caratterizzata da un *pati* («*Sed nihil singulare. Nam essentia hujus quoque, non in faciendo, sed patiando similiter consistit [...]*»). La particolarità dell'onere deriverebbe per Strauch da un patto accessorio, intervenuto però, sembrerebbe, e qui è la differenza, a servitù già costituita. In altri termini, l'autore non fa espresso riferimento alla formula costitutiva e dunque a una differenza strutturale della servitù stessa. Cfr. JOANNIS STRAUCHII... *Dissertationes ad jus Justinianum privatum... Curante Ephraimo Gerardo D. inst. imperial. in Acad. Altorffin. P.P.*, Jenae, 1718, Disp. VII, § 10, p. 164. Alla espressa formula costitutiva torna invece a fare riferimento Ulrich Huber. Cfr. ULRICI HUBERI... *Praelectionum juris civilis tomus tres secundum Institutiones et Digesta Justiniani... Quam recensuit variisque Annotationibus instruxit Judocus Le Plat... Tomus secundus*, Lovanii, 1766, p. 298. Allude chiaramente alla formula costitutiva, discorrendo della differenza tra la *servitus oneris ferendi* e la *servitus tigni immittendi*, Francesco Maria Pecchio. Cfr. FRANCISCI MARIAE PECCHII... *Tractatus de servitutibus urbanis... Tomus secundus*, Genevae, 1698, p. 89. L'ipotesi che la spiegazione dovesse risiedere nella formula costitutiva si faceva strada anche tra i giureconsulti del Secolo XIX. In questo senso C.F.L. JOHANKNECHT, *Exploratio quaestionis an servitus in faciendo consistat*, Gottingae, 1807, p. 15. Giovanni Francesco Arcasio non individuava nessuna particolarità nella servitù in parola, imputando l'onere della riparazione al patto costitutivo della servitù. Cfr. JOHANNIS FRANCISCI ARCASII... *Tractatus de servitutibus ex Commentariis juris civilis*, Augustae Taurinorum, 1826, p. 223. Sulla stessa linea si poneva anche A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten Rechts*, II, Jena, 1834⁸ [rist. Stockstad am Main, 1982, 2000], p. 272. La particolarità della *refectio* è ricondotta al momento della costituzione della servitù anche da A. HAIMBERGER, *Il diritto romano privato e puro*, trad. C. Bosio, Bellinzona, 1851³, p. 196. Ancora, alla clausola aggiunta al momento della costituzione della servitù faceva riferimento A. DOVERI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze, 1866², p. 562. Del pari M. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien avec le texte, la traduction en regard, et les explications sous chaque paragraphe*, II, Paris, 1870⁸, p. 327. Così P. NAMUR, *Cours d'institutes et d'histoire du droit romain*, I, Bruxelles, 1873², p. 240. Sempre alla *lex aedium* riconduce l'onere della *refectio* A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 [rist. Aalen, 1963], p. 479 (cui *adde*, ID., *Parerga*, II, *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechts zum Privatrechte*, in *ZSS* 5, 1884, pp. 93-98). Alla formula costitutiva imputa l'onere della *refectio* C. ACCARIAS, *Précis de droit romaine*, I, Paris, 1874², p. 606, nt. 1. Richiama la particolare clausola della *lex aedium* pure

interpreti medievali, si attribuiva natura obbligatoria (e accessoria al diritto reale) all'onere della *refectio*³.

J.P. MOLITOR, *Cours de droit romain approfondi*, III, *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romaine*, Paris, 1874², p. 544. Alla formula costitutiva si rifà altresì C. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain*, I, Paris, 1876³, p. 517. Pure C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, X.1, Erlangen, 1808, p. 72 (= *Commentario alle Pandette*, VIII, già sotto la direzione di F. Serafini, direttori P. Cogliolo e C. Fadda [II Libro VIII è stato tradotto e annotato da B. Brugi], Milano, 1900, p. 30), riconduce all'atto costitutivo l'onere delle riparazioni a carico del proprietario del fondo servente. Anche B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1900⁸, p. 954, nt. 3 (= *Diritto delle Pandette*, I.2, [con note e riferimenti al diritto civile italiano iniziate dai professori C. Fadda e P.E. Bensa e continuate da P. Bonfante], Torino, 1925 [rist. Torino, 1930], p. 283, nt. 3), riferiva a una disposizione speciale all'atto della costituzione l'onere di mantenere in stato da servire all'uso la parete dell'edificio. Anche in tempi più recenti, l'ipotesi fondata sul tenore della *lex aedium* è stata utilizzata al fine di spiegare il regime giuridico della *servitus oneris ferendi*. Per B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, Milano, 1954² [rist. Milano, 1969], pp. 116-117: «L'obbligo di reficere parietem da prima era assunto volontariamente nella costituzione della servitù; successivamente diventa obbligo legale, compreso nel contenuto stesso del rapporto». Altri studiosi hanno messo in luce i fondamentali legami tra la *lex aedium* e lo sviluppo storico, legato alla prassi negoziale, delle servitù urbane. Sul punto v. già C. BURZIO, *La servitus oneris ferendi ed il principio «servitus in faciendo consistere nequit» (Contributo allo studio degli oneri reali)*, I, in *AG* 54, 1895, pp. 325 e 329; cui *adde* G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, pp. 206-210, nonché A. RUSSO, *Servitù di appoggio e «refectio parietis»*, in *Labeo* 30, 1984, pp. 74-79.

³ In questo senso già Accursio nella gl. 'scribit' ad D. 8.5.6.2 (*ed. cit.*, I, c. 823) dove il giurista paragonava alla *servitus oneris ferendi* e specificamente alla possibilità di *rem derelinquere* accennata da Labeone (nonostante la constatazione per cui essa non sarebbe potuta sussistere quando fosse stata la persona a essere obbligata), il caso della nossalità. Anche in quest'ultima ipotesi, sebbene fosse il padrone dello schiavo o dell'animale a essere obbligato, a questi era concesso l'abbandono liberatorio, configurandosi in tale maniera una specie di obbligazione *in rem scripta*. Sul punto, concordemente, v. BARTHOLOMAEI CAEPOLLAE... *Tractatus de servitutibus, Tam Urbanorum, quàm Rusticorum Praediorum*, cit., p. 175, che si richiamava anche all'autorità di Bartolo da Sassoferrato. In proposito, però, si può ricordare come Baldo degli Ubaldi, pur non mostrando una univoca posizione – dato che comunque definisce l'*onus faciendi*, rispetto alla *servitus, obligatio personalis* – partendo dallo stesso rilievo di Accursio circa l'abbandono liberatorio discorresse di oneri reali. Cfr. BALDI UBALDI PERUSINI... *In primam Digesti veteris partem Commentaria...* Venetiis, 1577, rubr. 'Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur', ad l. VI, §§ *Etiam de servitute e Ait Labeo*, fol. 330r-a; cui *adde* ANGELI UBALDI... *In I. atque II. Digesti Veteris Partem Commentaria...* Venetiis, 1580, rubr. 'Si servitus vindicetur', ad l. VI, §

Ancora al diritto intermedio, precisamente ad Alberico da Rosate, risale una ricostruzione che avrà in seguito largo seguito grazie all'ulteriore lavoro interpretativo di Vittorio Scialoja. Secondo questa ipotesi, la particolarità della *refectio* si sarebbe dovuta spiegare alla luce del fatto che la maggiore utilità, proveniente dall'attività di riparazione della parete, avrebbe giovato principalmente al proprietario dell'edificio servente, sicchè sarebbe stato quest'ultimo a dovervi provvedere prestando l'opera e sostenendo le relative

Etiam, fol. 191r-b. Sul punto è particolarmente significativo riportare le parole di Cuiacio, dalle quali emerge tutta la difficoltà di inquadramento della *refectio*, ritenuta contraria alla natura della servitù. Cfr. IACOBI CUJACII... *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Continuatio Partis Tertiae. Tomus septimus*, Prati, 1839 [Recitationes solemnes in Tit. V. de servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur], coll. 728-729 [Ad l. VI, § 2. Etiam]: «Natura servitutum est, ut is, cuius res servit, non faciat aliquid, sed patiatur [...] Ergo haec servitus oneris ferendi proprie non est servitus, quia ejus est natura, ut reficere debeat is, cuius aedes serviunt, quod facere est», ribadendo poi che «Haec igitur actio non sequitur personam, sed rem: itaque non persona obligata est, sed res. Personales obligationes durant, etiamsi is qui obligatus est, rem, propter quam obligatus est, derelinquant [...]». Va notato, tuttavia, come per Cuiacio si tratti qui di un diritto reale. Il giurista culto basa la propria ricostruzione, ancora una volta, sulla facoltà di abbandono della cosa. Egli nota, infatti, che le obbligazioni, per loro stessa natura, permangono anche quando si procede a derelinquere la cosa per cui si è obbligati, diversamente quindi dal caso della *servitus oneris ferendi*. Interessante notare, altresì, come Scipione Gentili discorra nel suo *Tractatus de dividuis et individuis obligationibus*, accanto all'usufrutto, proprio della *servitus oneris ferendi*. Cfr. SCIPIONIS GENTILIS... *Tractatus, de dividuis et individuis obligationibus*, in *Opera omnia in plures tomos distributa. Tomus primus*, Neapoli, 1763, p. 150. Anche la critica meno risalente ha ritenuto di poter configurare la prestazione dell'*onus refectionis* alla stregua di una prima manifestazione di quella specie ibrida di rapporto obbligatorio *propter rem*. In questo senso v., peraltro limitatamente all'elaborazione bizantina, G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, in *Scritti in onore di Alfredo Ascoli. Pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931, p. 699; G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, 1944, p. 204; G. PROVERA, *Servitù prediali e obbligazioni «propter rem»*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano, 1971, p. 30, nt. 31. Si veda per il momento, in senso contrario, R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, in *Labeo* 47, 2001, pp. 81-86 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, Napoli, 2012, pp. 38-44).

spese e ciò, non solo per il caso della *servitus oneris ferendi*, ma in ogni situazione in cui si sarebbe potuto verificare un ingiusto arricchimento⁴.

Parimenti, particolare fortuna ha avuto l'ipotesi ricostruttiva formulata da Gino Segrè e secondo cui, in realtà, la disputa giurisprudenziale riferita in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 avrebbe riguardato solamente la clausola restitutoria – così predisposta per via del carattere che il *paries* o la *columna* avrebbero dovuto avere – compresa nella formula *de servitutibus* inerente il *quid victori officio iudicis debeat*⁵.

⁴ Cfr. ALBERICI DE ROSATE... *In Primam ff. Veter. Part. Commentarij... Venetiis*, 1585, rubr. '*De servitutibus urbanorum praediorum*', l. XXXII, § *Eum debere*, fol. 356v-a. L'elemento dell'utilità non è considerato però come l'unico motivo a cagione di tale particolarità. Il giurista, infatti, riferisce anche della necessità che al *paries* ormai distrutto se ne sostituisca uno nuovo, in conseguenza della natura perpetua della servitù. Tale ultima caratteristica, e dunque la necessità della *refectio*, deriverebbe a sua volta dalla formula costitutiva. La ricostruzione, imperniata sull'elemento – invero di carattere prevalentemente economico-equitativo (più che giuridico) – della maggiore utilità derivante dalla riparazione, fu ripresa e ulteriormente sviluppata, come detto, da V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, in *AG* 27, 1881, pp. 145-164 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, Roma, 1933, pp. 84-96); cui adde ID., *Diritto romano. Le servitù nel diritto romano*, Roma, 1920-1921, pp. 58-93, che riproduce senza varianti significative l'articolo apparso nell'Archivio Giuridico.

⁵ Cfr. G. SEGRÈ, *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formule delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, in *BIDR* 41, 1933, pp. 17-79 (già edito salvo non rilevanti modifiche, per la parte che interessa in questa sede, nel contributo dal titolo *Le formule delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., pp. 683-699), ove può leggersi la disamina completa del tema, che l'autore aveva avuto già modo di abbozzare in *La denominazione di «actio confessoria» in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e della servitù*, in *Mélanges P.F. Girard*, II, Paris, 1912, pp. 512-599. Alla ricostruzione di Segrè ha aderito un buon numero di studiosi. G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano. Le servitù prediali I. A.a. 1931-32*, Modena, 1932, pp. 178-180 (cui adde, dello stesso autore, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 126, 192 e *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, pp. 83-86, ove si argomentava riferendo della necessità che il *paries* fosse sempre idoneo a sostenere il peso, sicchè, pur non essendo la parete più idonea a questo scopo, la servitù, contrariamente alla regola generale, non sarebbe venuta meno e, per dirla con Grosso «[...] da questa perpetua idoneità che deve avere il *paries* a servire da sostegno, una parte della giurisprudenza avrebbe tratto l'illazione che doveva provvedere al restauro il proprietario del fondo servente»); A. GUARNERI CITATI, *Note critiche ed esegetiche sulle servitù prediali in diritto romano*, in *BIDR* 43, 1935, p. 106 e nt. 2, ne accenna discorrendo

A una soluzione diversa, che non considera la questione dal punto di vista della formula ma nega la classicità della regola ricordata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, fa invece riferimento la ricostruzione di Pietro Bonfante⁶. Specularmente, come conseguenza di una serrata critica di

dell'estinzione della servitù a seguito del perimento del fondo servente; G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1937, pp. 105-106; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942², p. 440, non manca di ricordare come la ragione della particolare clausola restitutoria debba rinvenirsi nelle molteplici utilità che il *paries* o la colonna recano anche al proprietario del fondo servente, facendo propria, dunque, almeno per questo aspetto, l'ipotesi avanzata da Scialoja. Alla spiegazione aderisce anche B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 118. Più recentemente, la tesi di Segrè è ripresa, con alcune varianti di cui si darà conto, da M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, in *AUPA* 45.1, 1998, pp. 183-220. Si tenga presente che in un primo momento aveva giudicato probabile la tesi di Segrè anche S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 19, nt. 20, per poi confutarne l'opinione in *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949, pp. 22-32. Sul punto, tuttavia, va anche ricordata la diversa ipotesi formulata da J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmung im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, pp. 21-24, che, rispetto alla ricostruzione della formula, si colloca in una posizione mediana tra quella di O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927³ [rist. Aalen, 1956 e 1974], p. 194 (v. nello stesso senso, A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, p. 79) e quella che risulta dalle argomentazioni di Segrè. In particolare, secondo Rainer, nell'originaria formula vi sarebbe stato sì un *cogere*, ma riferito solo all'*onus ferre*. La discussione, in sede giurisprudenziale, avrebbe riguardato il soggetto su cui doveva gravare l'onere della *refectio* al momento della *restitutio*. Perciò, essendo prevalsa la *Servi sententia*, nell'*intentio formulare* si sarebbe inserito il *reficere parietem* legato all'*onus ferre*. Sul punto, però, v. A. BURDESE, *rec.* a J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmung im klassischen römischen Recht*, in *Labeo* 35, 1989, p. 354, secondo cui sarebbe stato più plausibile che alla formula voluta da Aquilio Gallo (*ius Aⁱ. Aⁱ. esse ut aedes Nⁱ. Nⁱ. onus aedium Aⁱ. Aⁱ. ferant*), peraltro conforme all'ipotesi di Segrè, si fosse sostituita, proprio in conseguenza dell'opinione serviana, una formula come quella proposta da Lenel sulla base del commento di Ulpiano (*S. p. A^o. A^o. ius esse cogere N^m. N^m., ut Aⁱ. Aⁱ. onera sustineat et parietem reficiat ad onera ea sustinenda, quanti et rel.*).

⁶ Cfr. P. BONFANTE, *Servitù e obbligazione (nota a Cass. Roma 'Giampieri c. Società Molini e Pastificio Pantella', 31 dicembre 1917)*, in *Riv. dir. comm.* 16.2, 1918, pp. 488-489 (= *Scritti giuridici varii*, III, *Obbligazioni comunione possesso*, Torino, 1921 [rist. Torino, 1926], pp. 359-361); ID., *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931, p. 187; ID., *Corso di diritto romano*, III,

stampo marcatamente interpolazionista, Gerhard Beseler ha ritenuto invece che fosse l'onere della *refectio*, per come esso risulta configurato in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, a non essere di matrice classica⁷.

Al di fuori di queste ipotesi, che, come detto, possono ricondursi principalmente a quattro filoni d'indagine – il primo legato alla particolare clausola contenuta nella *lex aedium* (seppure con il concorso di altri argomenti); il secondo a una spiegazione di carattere equitativo volta a evitare il presunto ingiusto arricchimento conseguente a una diversa spettanza dell'*onus refectionis*; il terzo che sposta il problema sul piano processuale e respinge l'esistenza di una *intentio* formulare come quella risultante da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2; il quarto, infine, volto a negare l'operatività della regola *servitus in faciendo consistere nequit* – altri autori hanno avanzato ulteriori teorie poi del tutto abbandonate dalla critica successiva⁸. Meritano però di essere ricordate almeno le seguenti.

Così, non va dimenticato che la ragione della particolarità nella nostra servitù è stata ricercata nel fatto che il muro, la colonna o la cariatide, avrebbero dovuto essere sempre idonei a sostenere il peso del *paries* e ciò in ragione della natura perpetua della servitù⁹. Altri, sulla base del sintagma

Diritti reali, Milano, 1972 [rist. a cura di G. BONFANTE, G. CRIFÒ], pp. 29-36. È pur vero che, in precedenza, annotando le Pandette di Windscheid, Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa avevano già sostenuto che il diritto romano (ma ciò sarebbe valso anche per il diritto positivo) dovesse ammettere diritti reali *in faciendo*. Sul punto v. C. FADDA, P.E. BENSA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, Torino, 1926 [rist. Torino, 1930], pp. 81-86.

⁷ Cfr. G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, in *ZSS* 45, 1925, pp. 231-233. L'opinione è rimasta del tutto isolata, nonostante le testimonianze, come si avrà modo di vedere, non siano esenti da problemi di carattere testuale. Sul punto è sufficiente rimandare, per il momento, a P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., pp. 184-185.

⁸ Per quelle che non si è ritenuto qui di ricordare si v. anche per la critica che a esse può muoversi V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., pp. 152 e 154-155 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 89-90).

⁹ Cfr. *Commentarius ratio-regularis in librum II. Institutionum imperialium...* Authore CASPARO MANZIO... *Editio tertia*, Noribergae, 1701, p. 312; cui *adde* C.L. GOLDSCHMIDT, *Über den Rechtssatz: servitus in faciendo consistere nequit*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 1.3, 1818, pp. 386-392; C.J. GUYET, *Über die*

scriptum est che compare in Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33, hanno creduto che la costituzione della *servitus oneris ferendi* dovesse, a fini di pubblicità connessi alla trasmissione dell'*onus refectiois*, sempre farsi per iscritto¹⁰. Diversi autori, ancora, hanno invece fatto riferimento alla natura dei rapporti di vicinanza e all'anomalia riscontrabile in quello relativo alla nostra servitù, tanto che la pretesa del proprietario del fondo dominante sarebbe una semplice applicazione della *cautio damni infecti*¹¹. Si è poi pensato che nella *servitus oneris ferendi* l'onere della *refectio* non fosse punto speciale, e ciò perché il diritto di proprietà avrebbe ammesso, oltre al caso di specie, altre situazioni di carattere coattivo pur se non di natura obbligatoria¹².

Sono numerosi, come si vede, i tentativi di spiegazione che hanno riguardato il problema della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* e principalmente due i punti che devono essere affrontati. Da un lato, l'operatività della regola *servitus in faciendo consistere nequit* così come

Regel des Römischen Rechtes: servitus in faciendo consistere nequit, in *Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts*, I, Heidelberg, 1829, pp. 1-14; N. DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, I, Napoli, 1869², p. 522. Diversi altri autori, tra i molti già ricordati (v. *supra*, ntt. 2 e 3), hanno richiamato la perpetuità della causa accanto alla particolarità rappresentata dalla formula costitutiva della servitù.

¹⁰ Cfr. E. EMMERICH, *Zu fr. 33 D. de serv. praed. Urb. 8, 2. Form der Bestellung der servitus oneris ferendi*, in *ZCP* 19, 1862, pp. 469-472.

¹¹ Cfr. *De servitutibus praediorum... Auctore HENRICO CORDO STEVERO. Editio nova*, Rostochii, 1820, pp. 126-143, nonché, per una diversa opinione circa il contenuto del patto costitutivo della servitù, pp. 144-148; cui *adde* C.F. MÜHLENBRUCH, *Über servitus oneris ferendi*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 14.3, 1831, pp. 321-340; F. MACKELDEY, *Systema iuris romani hodie usitati*, II, *Pars specialis*, trad. lat. E.E. Hindenburg, Lipsiae, 1847, pp. 290, nt. a, che richiama, reputando l'opinione corretta, sia Stever, sia Mühlenbruch (v. però ID., *Corso di diritto romano*, II, trad. V. Ricci, Milano, 1866, pp. 70-71, ove precisa semplicemente che il proprietario del muro servente sarà costretto a mantenere e riparare il *paries* nel modo convenuto al momento della costituzione della servitù e, qualora nulla sia stabilito, dovrà premurarsi che la parete rimanga nello stato in cui si trovava al momento della costituzione stessa); K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg, 1863⁷ [rist. Marburg und Leipzig, 1876], p. 728; C. MAYNZ, *Cours de droit romain. Précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*, I, Bruxelles, 1876⁴, p. 823, nt. 3.

sembra essere stata formulata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1; dall'altro, la reale natura dell'*onus refectiois* nella servitù di appoggio che, a sua volta, implica una più generale riflessione sull'ammissibilità degli oneri reali e delle obbligazioni *propter rem* nel diritto privato romano.

¹² Cfr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlagen, 1884³, p. 764 e nt. 3.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO *SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT* NELLE FONTI ROMANE

1. Analisi di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr.-1 e del concetto di *natura servitutium*

La questione che si ritiene opportuno trattare preliminarmente all'analisi di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 e di Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33, è relativa alla portata e alla genuinità della regola riferita in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. La ragione di tale scelta è facilmente intuibile se si pone mente al fatto che, in generale, la *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* è ritenuta essere l'unica eccezione al principio che sarebbe enunciato in quest'ultima testimonianza¹³. A questo scopo è però di particolare utilità esaminare l'intera testimonianza:

Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr.-1 (Pal. 777): *Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas: et ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia. 1. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.*

Il brano di Pomponio costituisce un escerto dal trentatreesimo libro di commento al *ius civile* di Sabino, collocato dai compilatori sotto il titolo *De*

¹³ Ma sin da ora si tenga presente quanto afferma V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 155 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., p. 91), secondo cui: «Un principio che soffra eccezioni ingiustificabili, non è più un principio; ma solo una più o meno estesa accidentalità».

servitutibus (D. 8.1)¹⁴. Il *principium*, a una prima lettura, risulta avere il seguente contenuto. Si precisa subito che la costituzione di una servitù, qualora non sia a vantaggio di uomini o fondi, non possa che risultare invalida per mancanza di interesse («*Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet...*»)¹⁵, come nel caso

¹⁴ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889 [rist. Graz, 1969; Roma, 2000], col. 143. Occorre notare come lo stesso O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., coll. 187-188 e 193-194, non ricomprenda Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr.-1 né tra gli escerti appartenenti al terzo dei *libri iuris civilis* di Sabino, né tra quelli collocati sotto l'*Index locorum, quibus non indicato libro aut Sabinus aut Sabiniani laudantur*. La soluzione è riproposta anche nel successivo *Das Sabinussystem*, Strassburg, 1892, p. 88. Conformemente v. anche F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II.1, Lipsiae, 1898 [rist. Roma, 1964; Leipzig, 1985], p. 562. In entrambi i casi viene escluso anche Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.1.14 pr. (Pal. 1877), che invece F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianis Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, p. 95, per la parte '*Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur...*', attribuisce a Sabino, contrariamente al prosieguo del passo (da *Vel* sino a *videatur*) che sarebbe invece di Paolo. Sul punto, dubitativamente, R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 2001², pp. 54-55 e 278, ritiene probabile la prima ipotesi di Schulz, credendo però che la seconda parte del testo, attribuita a Paolo, possa invece costituire un'aggiunta successiva. In relazione al testo di Pomponio si noti, comunque, che la struttura argomentativa è la medesima che si individua nel brano di Paolo. In entrambi i casi, infatti, viene enunciata una particolare caratteristica del *ius in re aliena* – nel testo di Paolo la incorporeità propria delle servitù prediali rustiche e in quello di Pomponio la necessaria utilità che deve sempre recare la servitù affinché essa possa dirsi validamente costituita – e subito, tramite l'uso di *et ideo*, si trae dalla enunciata caratteristica una determinata conseguenza: in Paul. 15 *ad Sab.* 8.1.14 pr. la inusucapibilità delle servitù stesse, in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr. che *si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur*. Quanto ora precisato perderebbe di validità accettando le osservazioni di G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù e il problema della tipicità*, in *SDHI* 3, 1937, p. 300 (= *Scritti storico giuridici*, II, *Diritto privato. Cose e diritti reali*, Torino, 2001, p. 221), secondo cui potrebbe non essere genuino ciò che si legge da *et ideo* in poi. Sull'ipotesi di Grosso v. però, criticamente, S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 9.

¹⁵ La contrapposizione tra *servitutes hominum* e *servitutes praediorum*, secondo C. LONGO, *La categoria delle "servitutes" nel diritto romano classico*, in *BIDR* 11.1, 1898, pp. 330-331, non è classica. Pomponio non poteva possedere ancora il concetto di *servitutes hominum* e molto probabilmente egli si riferiva, come si desumerebbe da Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.3.20.3, a una distinzione tra *iura*. Per il carattere giustiniano della distinzione è anche C. FADDA, *Servitù. Lezioni*, Napoli, 1913, p. 62; cui *adde* G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù e il problema*

di una previsione in forza della quale il proprietario del fondo servente non si sarebbe dovuto recare o fermare presso il proprio predio («...*veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas...*»). Ancora, nessuna azione avrebbe potuto esperire il soggetto a cui fosse stato consentito di impedire l'*uti frui* da parte del *dominus* del fondo servente («...*et ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur...*»), contrariamente al caso in cui fosse stato quest'ultimo a concedere al proprietario del fondo dominante la possibilità di impedirgli di attingere acqua dal proprio fondo al precipuo scopo di non diminuire l'acqua al fondo dominante stesso («...*aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia*»). Il brano, così come lo si legge, non è chiaro e il discorso che ivi si svolge non è neppure coerente¹⁶.

della tipicità, cit., pp. 299-300 e nt. 72 (= *Scritti storico giuridici*, II, *Diritto privato. Cose e diritti reali*, cit., pp. 220-221 e nt. 72) ove si precisa che sarebbe interpolato anche il periodo '*quia nihil vicinorum interest*'; nonché P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, cit., p. 34, nt. 1. Sul punto, tuttavia, cfr. S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 9 e nt. 17. Si tenga presente in ogni caso che il contenuto di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr. è stato ritenuto indizio a favore dell'esistenza, per i giustinianeî, della c.d. *servitus personae*, da non confondere con l'usufrutto e l'uso (*servitutes personarum*), archetipo delle moderne servitù irregolari. In questo senso v. il fondamentale studio di P. CIAPESSONI, "*Servitus personae*" e "*usus personae*", in *Per il XIV centenario della Codificazione giustiniana. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Pavia*, Milano, 1938, pp. 879-1022 e, nello specifico, per il passo che qui si discute, pp. 923-930; cui *adde* B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 138-140. Diversamente si v. G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 126.

¹⁶ C. LONGO, *La categoria delle "servitutes" nel diritto romano classico*, cit., p. 330 precisava che «Se si considera poi il testo in se stesso, non si può [fare] a meno di osservare che il suo principio, dove appare la distinzione delle servitù, porta tutte le tracce di una vera devastazione». Per P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 27, 1914, p. 52 «[...] la prima parte del passo [...] offre una costruzione non poco barocca». G. BESELER, *Miszellen*, in *ZSS* 45, 1925, p. 460 ritiene tutto il *principium* «offenbar verunstaltet». Si noti che l'opinione di Beseler, incentrata sull'indizio costituito dall'uso di *et ideo*, è però in generale combattuta da O. LENEL, *Kritisches und Antikritisches*, in *ZSS* 49, 1929, pp. 21-23 (= *Gesammelte Schriften*, IV, Napoli, 1992, pp. 619-621); cui *adde* ID., *Wortforschung*, in *ZSS* 50, 1930, p. 3 (= *Gesammelte Schriften*, IV, cit., p. 639).

È plausibile la correzione ‘*iura*’ in luogo di ‘*servitutes*’. Di conseguenza, nella prima parte dell’escerto, si afferma che ogni qual volta nel rapporto di vicinanza tra due soggetti avesse fatto difetto uno *ius hominis* o *ius praedii*, allora esso, mancando ogni interesse, non si sarebbe costituito validamente¹⁷. Sono dunque giustificati dalla coerenza originaria del brano tanto i primi due esempi («...*veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas...*»), quanto quello relativo all’*uti frui* e sospetto invece, per come risulta formulato, l’ultimo relativo allo scavo d’acqua¹⁸. In buona sostanza,

¹⁷ C. LONGO, *La categoria delle “servitutes” nel diritto romano classico*, cit., p. 331. Non è condivisibile, invece, l’affermazione di P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, cit., p. 52, secondo cui: «[...] è certo indizio di rimaneggiamento il trovare affermato due volte, come se l’una affermazione fosse giustificazione dell’altra, che la servitù non può esistere nel caso d’assenza d’interesse [...]». Sebbene il periodo possa risultare eccessivamente ridondante, è da notare che si sta in realtà facendo riferimento a due diverse situazioni, pur se entrambe connesse e l’una conseguenza dell’altra. Infatti, è conseguenza della mancanza di *ius hominis* o *ius praedii* – ecco a cosa si riferisce la prima negazione – che la costituzione del rapporto risulti invalida per mancanza di interesse, e si comprende pertanto la necessità della seconda negazione. E quindi, nonostante la infelice formulazione della frase, la doppia negazione è giustificata dal rapporto conseguenza-effetto che sussiste tra la mancanza dei requisiti e l’invalida costituzione del rapporto. Che il riferimento della seconda negazione dovesse essere a un elemento poi soppresso, verosimilmente alla costituzione del rapporto, è confermato da *non valet*, perché altrimenti non si spiegherebbe l’uso del verbo al singolare (per quest’ultimo rilievo v. C. LONGO, *La categoria delle “servitutes” nel diritto romano classico*, cit., p. 331; cui *adde* P. CIAPESSONI, “*Servitus personae*” e “*usus personae*”, cit., pp. 925-926 e nt. 69). Sulla portata effettiva del principio affermato in Pomp. 33 *ad Sab. D.* 8.1.15 pr. con l’espressione *nihil vicinorum interest*, si v. però G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., pp. 71-72 (che riprende l’ipotesi formulata nel precedente *L’evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, cit., pp. 299-301).

¹⁸ Il terzo esempio, secondo C. LONGO, *La categoria delle “servitutes” nel diritto romano classico*, cit., p. 332, si riferiva all’usufrutto. Anche C. FADDA, *Servitù. Lezioni*, cit., pp. 62-63 sembra dare per presupposta la validità dei primi tre casi prospettati nel testo, mentre afferma giustamente che: «[...] il divieto di scavare nel fondo del nostro vicino imposto al suo proprietario mira a salvaguardare l’acqua che sgorga nel nostro e quindi dovrebbe essere indipendente dall’intenzione con cui si procede allo scavo. Invece, se si prende alla lettera il testo, bisogna concludere che il divieto vi è quando si cerca l’acqua per diminuire l’acqua nostra [...]». Secondo Fadda, dunque, la formulazione di questo esempio potrebbe

allora, il *principium* della testimonianza di Pomponio si riferisce all'utilità che deve sussistere affinché possa aversi la valida costituzione dei rapporti in parola e, sembrerebbe, anche al requisito della vicinanza («...*quia nihil vicinorum interest...*»)¹⁹. Rimane ora da comprendere il nesso che lega il *principium* al paragrafo immediatamente successivo, che conterrebbe l'originaria formulazione della regola *servitus in faciendo consistere nequit*.

Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 si apre, a ben vedere, con l'affermazione per cui non sarebbe nella natura della servitù che qualcuno facesse qualcosa («*Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis...*»). Anche qui, seguendo il modello espositivo già utilizzato nel *principium*, si passa a esemplificare attraverso il caso della rimozione di erbe, delle attività da intraprendere per rendere più amena la veduta e tra queste il ridipingere la facciata dell'edificio («...*veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat...*») e si conclude notando come, in realtà, la vera natura della servitù sarebbe consistita o in un *pati* o in un *non facere* («...*sed ut aliquid patiat aut non faciat*»).

Pure questo paragrafo risulta rimaneggiato. E in effetti non è molto chiaro il tentativo di esemplificazione che ivi si svolge²⁰. Anche volendone

derivare dalle innovazioni dei giustinianeî in relazione alla materia delle acque miranti a reprimere gli atti emulativi.

¹⁹ Cfr. per quest'ultimo rilievo P. CIAPESSONI, "*Servitus personae*" e "*usus personae*", cit., p. 923.

²⁰ TH. MOMMSEN, *Editio minor, ad h. l.* proponeva di emendare il periodo in questo modo: «...*veluti viridia [tollat aut] <attollat ut>, amoeniorem prospectum praestet aut in hoc (Momm. id est propter prospectum amoeniorem) ut in suo pingat...*». Anche O. LENEL, *Textkritische Miscellen*, in ZSS 39, 1918, p. 164 (= *Gesammelte Schriften*, IV, cit., p. 176) concorda sulla correzione del Mommsen ipotizzando, però, che quanto si legge da *aut* sino a *pingat* sia un esempio ulteriore aggiunto da un interprete. Più cauto S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 20, che in ogni caso nota i difetti formali, ma non sembra essere del tutto convinto del carattere glossematico della frase. Rileva P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 187 (ripreso in *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, cit., p. 33) che la spiegazione fornita dal Mommsen, nel tentativo di interpretare il testo, è corretta, ma afferma: «[...] il testo vorrebbe essere tale, ma la parola di chi non sa esprimersi non raggiunge quel senso, ed è poco probabile che chi non sa esprimersi fosse Pomponio». Sul punto v.

affermare la necessità dal punto di vista della tecnica espositiva di Pomponio – sebbene paia verosimile la natura glossematica dell'intero periodo – è da escludere che tali esempi possano costituire delle servitù in quanto, nelle particolari situazioni che essi rappresentano, manca invero qualsiasi utilità obiettiva per il fondo²¹. Non sono da accogliere, pertanto, sulla scorta della lettura integrale del testo, i rilievi di chi vorrebbe invece vedere nei casi prospettati una palese violazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit*²².

In questi termini, ben più limitati e strettamente connessi al concetto di *utilitas*, è necessario inquadrare dunque anche la perentoria affermazione che apre Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, e qualche riflessione più approfondita merita, senz'altro, l'uso del sostantivo *natura*²³. Pietro

anche V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992, p. 41;

²¹ In questo senso v. P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 187 (nonché *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, cit., p. 33).

²² Cfr. per questa opinione, come detto da respingere, B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 114. È il caso di osservare infatti, a ulteriore conferma della diversa ricostruzione proposta, sulla scorta di un'intuizione di V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del 'numero chiuso'*, cit., p. 42, che l'osservazione di Bonfante è ulteriormente corroborata dall'analisi della testimonianza nella sua interezza a partire dal *principium*. Come si è visto, ivi si precisa, sebbene in un contesto probabilmente corrotto, che per una valida costituzione della servitù sarebbe dovuto sussistere sempre un interesse (o, meglio, una utilità), formulando poi una serie di esempi volti a chiarire il senso dell'affermazione. È verosimile che Pomponio, continuando il proprio discorso, si fosse interrogato, avendo come punto di partenza il requisito dell'*utilitas*, sull'ipotesi che tra le possibilità di arrecare una utilità al fondo vi fossero anche una serie di comportamenti *in faciendo*. Aveva però escluso tale eventualità affermando che la *natura* della servitù, ogni qual volta fosse mancata una *utilitas* obiettiva per il fondo dominante, sarebbe sempre dovuta consistere in un *pati* o in un *non facere*. Un successivo lettore del primo paragrafo avrebbe tentato, poi, di spiegare quanto ivi rinveniva con una serie di esempi che, nonostante l'espressione certo involuta, a un esame attento contribuiscono a svelare la reale portata del discorso svolto.

²³ Di particolare rilievo sono le osservazioni di G. ROTONDI, *Natura contractus*, in *BIDR* 24, 1911, p. 51 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1922, p. 203), il quale afferma che: «[...] *natura, naturaliter*, ecc. possono bene indicare, anche per i classici, la struttura di un istituto, non in

Bonfante, peraltro, su questo specifico punto, si era limitato solo a sottolineare il sospetto di per sé ingenerato dall'uso del termine, senza fornire ulteriori spiegazioni in merito²⁴. Un'analisi in questo senso, limitata comunque a due soli brani in tema di servitù, veniva però effettuata da Siro Solazzi che esaminava, infatti, Paul. 13 *ad Plaut.* D. 33.2.13 e Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.2.1²⁵, concentrandosi specialmente su rilievi di carattere

quanto la si consideri come creazione del diritto positivo, bensì in quanto essa risulta così configurata obbiettivamente, per necessità materiale o logica. [...] *natura* è la costituzione del rapporto quale risulta ineluttabilmente dal complesso degli elementi, non già come per i bizantini, il complesso delle regole che il legislatore gli ha imposto [...]». Differenti le conclusioni a cui perviene C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 80, che, anche di fronte alla constatazione per cui determinate conseguenze si traggono dalla realtà fattuale delle cose, è portato a ritenere il termine *natura* comunque riferito allo stato dell'istituto così come configurato dalla legge.

²⁴ P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 187 (e anche *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, cit., p. 33), affermava solo che: «[...] la stessa *servitutium natura* eccita sospetti, come la *natura contractus*, la *natura actionis* e simili». Concorde sul punto S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 20. Diversamente C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, cit., p. 79, nt. 3, che dichiara a proposito dell'opinione di Bonfante: «Si tratta anche qui del sospetto sistematico su *natura*, che, come tale, cioè a prescindere da altri elementi di sospetto, non è giustificabile». Sull'uso del termine nel brano v. anche la posizione di G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., p. 53 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, cit., p. 205), il quale non sospetta sulla genuinità dell'uso stesso, ma ritiene che il lemma vada riferito al «[...] contenuto obbiettivo che la servitù può avere».

²⁵ Paul. 13 *ad Plaut.* D. 33.2.13: *Cum usus fructus alternis annis legatur, non unum, sed plura legata sunt. aliud est in servitute aquae et viae: viae enim servitus una est, quia natura sui habet intermissionem.* Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.2.1: *Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas: nam si Stichus pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest aut in pendentis est, donec alius detur. eiusdem condicionis est haec stipulatio: 'Stichum aut Pamphilum dari'?*

formale che avrebbero eliminato in entrambi i casi il riferimento alla *natura servitutis*²⁶.

Sfugge a questa disamina, tuttavia, una terza testimonianza in tema di *usucapio libertatis*, Iul. 7 dig. D. 8.2.32.1, dove pure si rinviene la locuzione *natura servitutum*²⁷. Per quanto interessa in questa sede è sufficiente rilevare, oltre al fatto che sulla base di argomenti invero non del tutto convincenti la chiusa è stata ritenuta spuria²⁸, l'intento, che si vorrebbe

²⁶ S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit., p. 198, per quanto riguarda Paul. 13 ad Plaut. D. 33.2.13, tenta di individuare il soggetto di *habet intermissionem*, escludendo però che possa essere *servitus*, dato che così facendo si sarebbe affermato, dicendo *quia natura sui habet intermissionem*, il falso, cioè che il diritto di servitù subisce interruzioni e intervalli. Diversamente, difatti, perderebbe di senso il rilievo per cui *servitus una est* e si ricadrebbe nel caso dell'usufrutto. Da escludere anche che il soggetto si possa rinvenire in *via*, dato che con tale termine si indica esclusivamente il diritto di passare. Lo studioso ne deduce allora che: «[...] il soggetto è stato cancellato o per breviloquenza o perché la preposizione acquistasse la generalità e la forza di un principio sulla natura della "servitus aquae et viae"». In relazione, invece, al secondo testo, Solazzi rileva come mediante stipulazione si creassero le diverse obbligazioni di prestare la *via*, l'*iter* o l'*actus* e non invece la servitù stessa. Da ciò sarebbe conseguito che l'indivisibilità dell'obbligazione non doveva derivare da quella della servitù, ma dall'oggetto dell'obbligazione stessa. Si tenga presente che G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., p. 52 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, cit., p. 204), non ritiene spurio l'uso del termine *natura*, ma anche in questi casi lo riferisce alla natura delle cose. *Contra*, C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, cit., p. 80.

²⁷ Iul. 7 dig. D. 8.2.32.1: *Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur: quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est. is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intellegatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.*

²⁸ L'intero § 1 è stato invero appuntato dalla critica. In particolare, P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, cit., pp. 41-42, ha posto in luce come i compilatori abbiano sostituito, nel brano giuliano, il riferimento al *biennium* con il nuovo termine (*per statutum tempus*) previsto anche per l'usufrutto. Sul punto, concordemente, v. anche S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit., p. 128, nt. 11; cui *adde*, dello stesso autore, «*Servitutum debere*», in *Iura* 2, 1951, p. 2, con riferimento al *principium* del testo; nonché, sempre con riferimento al *principium*, C. GARCÍA VÁZQUEZ, '*Precarium usus iuris*', in *BIDR* 96-97, 1993-1994, p. 283. Per l'inciso finale che rileva maggiormente ai fini qui in parola, dato che ivi si accenna alla *natura servitutum*, v. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der*

generalizzante, perseguito con l'affermazione per cui la natura della servitù è tale che esse non sono suscettibili di possesso («*natura enim servitutium ea est, ut possideri non possint...*»). E non deve sfuggire neppure che in questo caso specifico – diversamente da Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 – nell'uso del termine *natura* può cogliersi una diversa sfumatura, ricollegabile invero al carattere di *res incorporales* degli *iura* e alla conseguente impossibilità di conseguirne il possesso separatamente dal fondo²⁹, senza alcun riferimento pertanto al contenuto stesso del diritto come invece nella testimonianza di Pomponio³⁰. È da escludere, quindi, una qualche rilevanza del brano in esame per la questione affrontata in questa sede.

Il termine, nell'accezione di *natura rerum iuris*, in una prospettiva più ampia che consideri per intero i *Digesta* (escludendo i tre escerti ora ricordati ove il termine si riferisce comunque alla servitù), compare ventotto volte. Il numero totale delle occorrenze è invece di trentuno se si sommano i tre brani sopra esaminati³¹. Al di fuori dei *Digesta* e segnatamente nelle

römischen Rechtsquellen, IV, Tübingen, 1920, pp. 81-82; cui *adde* W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Iulianus*, Weimar, 1925, p. 31.

²⁹ Sul punto è sufficiente un rimando a P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, cit., p. 238; cui *adde* M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, p. 194.

³⁰ Cfr. per quanto interessa in questa sede Gai. 2.14 e Gai. 2 *inst.* D. 1.8.1.1. Sull'espressione, che compare rispettivamente nelle forme '*ea quae iure consistunt*' e '*ea, quae in iure consistunt*', si v. con ampia discussione della letteratura sul punto, G. FALCONE, *Osservazioni su Gai. 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA* 55, 2012, pp. 125-170. In questo caso, pertanto, si può seguire sul punto G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., p. 53 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, cit., p. 205) e non invece C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, cit., p. 80, dato che in questo brano è particolarmente evidente il legame tra la caratteristica della immaterialità dell'istituto e la conseguenza che se ne trae con l'utilizzo del termine in analisi.

³¹ Quelli ove compare la locuzione *natura servitutis* sono, pertanto, Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1; Iul. 7 *dig.* D. 8.2.32.1; Paul. 13 *ad Plaut.* D. 33.2.13; Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.2.1; e, separatamente, Gai 7 *ad ed. prov.* D. 7.1.45 relativo all'usufrutto ma dove l'uso di *natura* non presenta in alcun modo l'accezione di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. Proseguendo, occorre ricordare: Arc. Char. *l.s. de*

fonti pregiustiniane, il termine, nell'accezione qui esaminata, ricorre solo in due luoghi delle Istituzioni di Gaio: Gai. 3.149 e Gai. 4.33³².

Le testimonianze sono, tuttavia, particolarmente significative. Quanto alla prima, in cui si ricorda la celebre disputa e le diverse opinioni di Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo³³ in relazione alla possibilità di

test. D. 22.5.21.3 (*natura negotii*); Paul. 16 *ad Plaut.* D. 30.7.20.5 (*natura condicionis*) anche se in questo caso il termine non risulta essere stato impiegato per descrivere il carattere proprio di un istituto giuridico; Pomp. *l.s. reg.* D. 35.1.35 (*natura condicionis*); Maec. 2 *fid.* D. 35.1.91 (*natura condicionis*), Ven. 7 *stip.* D. 35.1.137.6 (*natura condicionis*). Ancora, si possono richiamare Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.5 (*natura contractus*); Pap. 9 *quaest.* D. 16.3.24 (*natura depositi*); Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr. (*natura acceptilationis*); Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.4 (*natura mandati*); Paul. 74 *ad ed. praet.* D. 34.7.44.1 (*natura obligationis*); Pap. 27 *quaest.* D. 35.2.9.1 (*natura obligationis*); Paul. 5 *ad Sab.* D. 37.2.16 (*natura furti*); Gai 2 *aureor.* D. 44.7.1.14 (*natura stipulationis*); Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.2.1 (*natura stipulationis*); Ulp. 22 *ad ed.* D. 45.1.75.4 (*natura stipulationis*); Paul. 72 *ad ed.* D. 45.1.83.5 (*natura stipulationis*); Ven. 6 *stip.* D. 45.1.139 (*natura venditionis*). Inoltre, Ulp. 25 *ad Sab.* D. 33.8.6.1 (*natura legati*). Sotto *natura criminis* possono ricordarsi Pap. 36 *quaest.* D. 4.8.5.39(38).3 (*natura incesti*); Ven. Sat. 2 *de iud. pub.* D. 48.2.12.4 (*natura parricidii*). Vengono poi in considerazione una serie di passi che il *VIR*, IV.1, Berolini, 1914, col. 24, s.v. '*natura*', segnala come possibili tribonianismi: Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.27.2; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.12.2; Ulp. 15 *ad ed.* D. 5.3.20.4; Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.14.13; Iav. 2 *ex Plaut.* D. 21.2.60.

³² Gai. 3.149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Q. Mucius <contra naturam societatis esse existimavit. Sed Ser. Sulpicius, cuius> etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.* Gai. 4.33: *Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus; nec ullam adiungimus conditionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.*

³³ Gli originari luoghi in cui le opinioni dei due giureconsulti venivano espresse sono ricordati in Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30. Quinto Mucio Scevola si era pronunciato in proposito nel quattordicesimo libro *de iure civili*, mentre l'insegnamento di Servio Sulpicio Rufo era contenuto nei *reprehensa Scaevolae capita*. Cfr. rispettivamente O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1899 [= rist. Graz, 1969; Roma, 2000], col. 758 e *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 323;

costituire validamente una *societas* in cui vi fosse una diversa partecipazione agli utili e alle perdite³⁴, il termine *natura* compare nell'integrazione proposta da Johann Friedrich Goeschen sulla base di I. 3.25.2³⁵. La testimonianza gaiana è per la questione qui trattata di

cui adde M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I*, Trento, 2010, pp. 316-322.

³⁴ Cfr. sulle diverse problematiche di carattere esegetico offerte dalla lettura del brano almeno V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1949-1950*, Napoli, 1950 [= rist. Napoli, 1965], pp. 95-103; A. GUARINO, «*Solutio societatis*», in *Labeo* 14, 1968, pp. 141-142; ID., *La società in diritto romano*, I, «*Societas consensu contracta*», Napoli, 1972 [= rist. Napoli, 1988], pp. 24-25; F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, pp. 24-34; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. GIARDINA, A. SCHIAVONE (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*, III, *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari, 1981, pp. 24-30; S. LONGO, *Naturalis obligatio e debitum servi in Gai. 3.119a*, *Iura* 46, 1995, pp. 78-79; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova, 1997, pp. 35-41; M. FUENTESECA, *La magna quaestio societatis y otros problemas del contrato de sociedad romano*, in *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 1998 7.1, pp. 43-49; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017², pp. 217-218 e 256.

³⁵ I. 3.25.2: *De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse rata habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat. damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.* Per la ricostruzione richiamata nel testo v. *Gaii Institutionum commentarii quattuor... eruit IO. FRID. LUD. GOESCHEN... Carolus Lachmannus ad schedas Goeschenii Hollwegii Blumii recognovit*, Berolini, 1842³, p. 272, nt. 4. Goeschen attribuisce l'omissione che interessa il testo nel citato luogo all'incuria del *librarius* che secondo P. COLLINET, *Le role de la doctrine et de la pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-empire. Essai de mise au point de la controverse (Suite et fin)*, in *RHD* 8, 1929, pp. 17-18 (cui adde F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., p. 24, nt. 43), potrebbe essere incorso

importanza notevolissima. E esso, insieme a Gai. 4.33, costituirebbe l'unico esempio di utilizzo del lemma nel senso di *natura rerum iuris*, e, più nello specifico di *natura contractus*, nelle fonti pregiustiniane. Tuttavia, occorre ricordare come – a dispetto degli ampi consensi incontrati dalla restituzione del Goeschen³⁶ – altra parte della storiografia, partendo peraltro dai risultati raggiunti da Carlo Longo relativi all'elaborazione bizantina di una categoria dommatica di *natura actionis*³⁷, ha ritenuto non fondata l'integrazione di Gai. 3.149 proposta sulla base delle Istituzioni giustiniane³⁸. Quest'ultima

nello sbaglio, saltando una linea del modello seguito, a causa dell'omoteleuto *Mucius-cuius* e incorrendo nel *saut du même au même*. La ricostruzione di Goeschen è stata comunque, in generale, ampiamente accettata dagli editori.

³⁶ Cfr. le argomentazioni di V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1949-1950*, cit., pp. 95-99, il quale ritiene di poter confutare, pur giudicandoli «non privi di suggestione», anche gli spunti offerti da G. v. BESELER, *Zu Gaius 3.149*, in *SDHI* 4, 1938, pp. 205-207, che proponeva di integrare il passo di Gaio in questi termini: '*Quod Q. Mucius <et Servius Sulpicius negabant. Cassius autem, cuius> etiam prevaluit sententia [...]*', attribuendo pertanto il medesimo pensiero tanto a Quinto Mucio Scevola che a Servio Sulpicio Rufo e ritenendo che invece dovesse essere di Cassio Longino la *sententia* poi prevalsa.

³⁷ C. LONGO, *Il criterio giustiniano della "natura actionis"*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XV anniversario del suo insegnamento*, I, Milano, 1905, pp. 607-641; ID., *"Natura actionis" nelle fonti bizantine*, in *BIDR* 17, 1905, pp. 34-95. Il concetto di *natura actionis*, secondo l'autore, avrebbe racchiuso tutti gli elementi atti a costituire la struttura giuridica positiva dell'istituto e avrebbe fornito un parametro di valutazione per individuare tanto il contenuto, quanto la stessa legittimazione all'azione.

³⁸ In questo senso G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., pp. 12-14 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, cit., pp. 166-168); cui *adde* F. PRINGSHEIM, *Natura contractus und natura actionis* (*Ἐκάστω τῶν συναλλαγμάτων φύσιν ἐξ ἀρχῆς ἐπιτεθείκασι οἱ σοφοί*), in *SDHI* 1, 1935, pp. 79-80 (= *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, pp. 385-386); nonché F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, pp. 158-165. Anche F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., p. 24, nt. 44 ritiene non del tutto priva di fondamento l'osservazione di Rotondi. E alcuni dubbi sono espressi anche da A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Roma-Bari, 1976, p. 143; ID., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 217, il quale precisa: «[...] (*natura societatis*: anche se non muciana, senza dubbio l'espressione coglieva perfettamente il pensiero del giurista repubblicano)»; cui *adde* E. STOLFI,

ipotesi, che non è significativa solo da un punto di vista formale³⁹, si fonda invero sull'esame di Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30⁴⁰ che secondo Rotondi conterrebbe una più verosimile base per procedere a una integrazione del testo istituzionale⁴¹. Tale opinione merita di essere valutata con più

Commento. Iuris civilis libri XVIII, in J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, p. 330 e nt. 746. Peraltro, seguendo la ricostruzione di Rotondi e le osservazioni di carattere paleografico formulate da P. COLLINET, *Le role de la doctrine et de la pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-empire. Essai de mise au point de la controverse (Suite et fin)*, cit., pp. 17-18, il quale ha ritenuto che l'integrazione fondata su I. 3.25.2 conterrebbe un numero di parole eccessivo rispetto alla lacuna presente nel manoscritto, C. BIZOUKIDES, *Gaius-Γαῖος*, I, Thessalonicae, 1937, p. 161 e *Gaius-Γαῖος*, II, Thessalonicae, 1938, p. 100, ha restituito così il testo: '*Quod Quintus Mucius || nec fieri posse putavit; || sed Servius Suplicius, cuius | etiam prevaluit sententia [...]*'.

³⁹ Riduce la portata dell'osservazione di Rotondi, V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1949-1950*, cit., p. 96. Tuttavia, l'opinione di quest'ultimo autore non può essere accolta nella sua interezza. Se è vero che Rotondi concorda sul contenuto sostanziale della testimonianza di Gaio, è pur vero che negare la paternità muciana del concetto di *natura contractus* varrebbe quantomeno a diminuire notevolmente l'importanza di Gai. 3.149 per la nostra questione.

⁴⁰ Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30: *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnus nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.*

⁴¹ G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., p. 14 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, cit., p. 168). Parecchio dubbioso si mostra sul punto A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in *BIDR* 42, 1934, p. 175, nt. 1, secondo cui la prova addotta da Rotondi – che si basa sul fatto che in Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30 non è fatto alcun riferimento alla *natura societatis* né da Quinto Mucio Scevola né da Servio Sulpicio Rufo e che della controversia i compilatori sarebbero stati edotti appunto grazie a quanto tramandava Paolo, tanto da doversi dedurre che in I. 3.25.2 il concetto di *natura* fosse stato introdotto proprio da questi ultimi per esprimere secondo l'uso delle scuole bizantine il pensiero muciano – non è in alcun modo persuasiva, dato che i compilatori avrebbero utilizzato anche altri testi per la formulazione del passo istituzionale, come si dovrebbe desumere dalle differenze tra I. 3.25.2 e Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30. In particolare, da un'opera di mole maggiore essi avrebbero tratto la notizia dei motivi per cui Quinto Mucio Scevola avrebbe ritenuto invalido il patto e, del pari, le ragioni addotte da Servio Sulpicio. Anche le obiezioni di Guarneri Citati però si espongono almeno a due rilievi. In primo luogo, appare essere una

attenzione, anche alla luce di un argomento non tenuto in gran conto dalla storiografia che ha respinto l'ipotesi ricostruttiva qui ricordata, vale a dire i rilievi di carattere paleografico formulati da Paul Collinet (già ricordati) che rendono quantomeno incerta l'integrazione proposta da Goeschen⁴². Valga

petitio principii addurre come elemento atto a confutare la tesi di Rotondi il fatto che in Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30 non vi è alcun riferimento ai motivi che avrebbero spinto Quinto Mucio Scevola a sancire l'invalidità del patto, dato che proprio sulla presenza o meno di tale motivazione, formulata utilizzando la categoria dommatica di *natura societatis*, qui si discute, considerando anche il fatto che tale assenza è invece assai significativa ed è posta a base dell'ipotesi formulata da Rotondi. Né ha poi molto senso pensare che i compilatori abbiano utilizzato un'altra opera più completa, dato che di essa non vi è traccia (C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR* 13 [1900], 1901, p. 180 [= *Opere di Contardo Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, p. 393], crede invero a una derivazione del par. 2 dalle *res cottidianae*, mentre, per una diversa e più plausibile opinione sul punto che invece considera il testo delle Istituzioni derivante da Gai. 3.149, si v. G. LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, p. 157 e nt. 121) e che, per altro verso, i compilatori potrebbero aver aggiunto per spiegare appunto l'orientamento di Quinto Mucio Scevola secondo il loro uso e in considerazione della natura anche didattica delle Istituzioni giustiniane. In ogni caso, l'opinione già avanzata da Rotondi è stata respinta nei suoi termini essenziali, come peraltro è apparso dai rilievi formulati in sede di analisi delle testimonianze che contengono il riferimento alla *natura servitutis*, anche da C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, cit., pp. 94-97; cui *adde* F. WIEACKER, *Rationes decidendi*, in *ZSS* 88, 1971, p. 346; nonché M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, cit., p. 329, nt. 93; O. BEHREND, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index* 12, 1983-1984, pp. 204 e 221, nt. 90 (= *Scritti «italiani»*, Napoli, 2009, pp. 74 e 91, nt. 90); TH. MAYER-MALY, *Natura contractus*, in *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Hakum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam, 1995, pp. 292-293.

⁴² E nemmeno C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, cit., pp. 95-97, che diffusamente si sofferma sull'ipotesi di Rotondi, ne fa cenno. In ogni caso, è vero, come sostiene Maschi, che in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.29 e in Paul. 6 *ad Sab.* 17.2.30, i quali pure parlano in modo dettagliato della questione, non si fa mai riferimento alla *natura societatis*. Tuttavia, non si può trarre da tale fatto la generale conseguenza (*op. ult. cit.*, p. 95) che «[...] se la nozione di *natura societatis* è di fattura giustiniana ed è così cara ai bizantini, è un dogma fondamentale nel loro sistema, perché mai essi non ne interpolano la nozione anche nei testi delle Pandette, così come avrebbero fatto nelle Istituzioni?». Non si può certo immaginare che i giustiniane, come pure segnala Maschi, sottoponessero a revisione ogni brano riguardante la questione inserendovi un riferimento alla *natura societatis*. E non si può nemmeno pensare a

comunque osservare che, pur volendo ritenere corretta la formula ricordata in I. 3.25.2, si dovrebbe più esattamente far riferimento a un concetto di *natura* non ancorato all'idea di struttura giuridica di un istituto, ma diretto a caratterizzare la *societas* da un punto di vista di necessità della forma societaria stessa⁴³.

Non rimane, pertanto, che Gai. 4.33⁴⁴. Per quanto interessa in questa sede, occorre ancora una volta soffermarsi sul fatto che alcuni dubbi sono

una modifica di I. 3.25.2, dato che in questo caso, come si è detto anche più sopra, il discorso doveva rispondere anche a esigenze di carattere didattico. Certo, bisogna consentire a una seconda osservazione di Maschi relativa all'assenza di qualsiasi riferimento alla *natura societatis* nei Basilici (che invece è presente in Teoph. 3.25.2), ma ciò non è sufficiente a ritenere che le Istituzioni restituiscano l'autentico pensiero muciano nei termini esatti in cui esso era stato formulato. E, naturalmente, cosa ben diversa è ritenere che sia genuino il nucleo del pensiero di Quinto Mucio Scevola e non la forma in cui esso risulta essere espresso nelle Istituzioni di Giustiniano. Peraltro, un ulteriore argomento dal quale Maschi trae spunto per confutare la tesi di Rotondi, si basa su un frustolo papiraceo delle Istituzioni gaiane, Gai. PSI XI 1182 corrispondente a Gai. 3.154, ove si trova scritto: *Item si cuius ex sociis bona publice aut privati(m) venierint, solvitur societas. Sed ea quidem societas, de qua loquimur, id e(st) q(uae) nudo (con)sensu (con)trahitur, iuris gentium e(st), itaque i(nter) omne[s] homines naturali ratione consistit*. Il papiro conferma l'uso di *natura* con specifico riferimento a *societas*, dato assai rilevante tanto più che la distanza tra Gai. 3.149 e Gai. 3.154 risulterebbe essere trascurabile. Ma come lo stesso Maschi sottolinea (p. 269), nel caso ora riferito, *natura* è certo impiegato con riguardo a *societas*, ma in una accezione del tutto particolare che, occorre specificare, non indica in alcun modo gli elementi formanti un istituto giuridico.

⁴³ V. in questo senso G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., p. 51 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, cit., p. 203). Comunque, l'autore non riferisce direttamente tale soluzione a Gai. 3.149.

⁴⁴ Gai. 4.33: *Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus; nec ullam adiungimus conditionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles*. La storiografia ha ritenuto per lungo tempo che qui Gaio volesse ribadire l'inesistenza di una *fictio conditionis*, ossia di una *fictio* che fosse costruita sulla base della *legis actio per conditionem* e anche delle motivazioni che, ancora vigente il processo formulare, ne avrebbe impedito l'esistenza. Sui complessi problemi interpretativi suscitati da tale lettura, che però non interessano in questa sede, si v. con ampia discussione della precedente letteratura E. BIANCHI, *Le «actiones, quae ad legis actionem exprimuntur» in Gaio. Una nuova ipotesi sulla «catégorie d'actions négligée par*

stati espressi in relazione alla portata generale del riferimento che il testo conterrebbe quanto alla *natura actionis*⁴⁵. Pertanto, nell'interpretazione del termine *natura* in Gai. 4.33 è più verosimile adottare una diversa accezione

les romanistes», in *Atti del convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di Arnaldo Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001*, Milano, 2011, pp. 10-37.

⁴⁵ Cfr. C. LONGO, *Il criterio giustiniano della "natura actionis"*, cit., pp. 607-609 che pone in relazione Gai. 4.33 con un passo delle Istituzioni giustiniane, I. 4.13.10. In particolare, Gaio non avrebbe alluso, utilizzando l'espressione *natura actionis*, al medesimo significato che essa doveva assumere nelle Istituzioni di Giustiniano. Mentre per i giustiniane, infatti, in I. 4.13.10 *natura actionis* avrebbe indicato lo stesso contenuto dell'azione, per dirla con Longo (*op. ult. cit.*, p. 609) «la sua struttura giuridica sostanziale», per Gaio il sintagma *natura actionis* non avrebbe fondato una divisione tra *actiones* basata sulla struttura giuridica dell'istituto. Egli si sarebbe invece riferito, nello specifico, alle azioni non riconducibili geneticamente alle *legis actiones nate per fictionem*, ma a quelle di origine diversa che avrebbero ottenuto validità per forza e autorità propria. Questa lettura è stata contestata da C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, cit., pp. 99-102, secondo cui invece in diverse fonti il termine *natura* verrebbe utilizzato per descrivere la struttura giuridica di certi istituti, con la conseguenza che non vi sarebbe alcun motivo per dubitare circa un simile impiego in Gai. 4.33. Tuttavia, è bene rilevare, che questa prima osservazione non inficia l'ipotesi di Longo e ciò proprio sulla base del discorso svolto dallo stesso Gaio. Quest'ultimo, infatti, non fa alcun riferimento alla struttura giuridica di quelle formule *quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus*, ma si limita a specificare che esse valgono appunto *sua vi ac potestate*. E continuando, mette in evidenza come anche un'altra serie di azioni *eiusdem naturae sunt*, dato che pure traggono forza *sua vi ac potestate*. Non vale nemmeno il rilievo di Maschi (*op. ult. cit.*, p. 100) per cui: «Se quindi Gaio non arriva al punto di parlare di *natura formulae*, pure considerando in questo caso la struttura della formula [...] può invece bene parlare di *natura* delle singole *actiones* riferendosi al contenuto di esse», proprio perché pur ammettendosi che Gaio stesse qui facendo riferimento alla *natura* della singola *actio* o di una serie di *actiones* verrebbe a mancare l'uso del lemma *natura* per descrivere la struttura giuridica di una intera categoria. E tale lettura trova conferma anche in Pomp. 33 *ad Sab. D.* 8.1.15.1 interpretato nel senso sopra prospettato. In entrambi i casi, infatti, i giureconsulti non fanno riferimento alla *natura* giuridica di un determinato istituto come tale caratterizzato da elementi atti a individuare ogni figura rientrante nella categoria generale e determinata *a priori* attraverso un processo di astrazione. Gaio e Pomponio considerano un ambito ben più limitato: il primo una serie di *actiones*, il secondo sì le servitù ma solo in riferimento al caso in cui l'*utilitas* derivante dal *facere* fosse soggettivamente intesa, ossia a giovamento del *dominus* del fondo dominante.

del lemma adatta a descrivere le sole azioni che *sua vi ac potestate valere*, senza alcun riferimento a una specifica categoria generale e astratta.

Le osservazioni ora formulate rendono più plausibile l'idea che in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 si debba respingere, pur a fronte di dubbi non del tutto sopiti, l'ipotesi di un utilizzo insitico del termine⁴⁶ e propendere invece, in un quadro che tenga in considerazione l'intera testimonianza, per una lettura organica del discorso di Pomponio che valorizzi la particolare sfumatura con cui il lemma viene impiegato. Se ne deduce, quindi, pur in un contesto per altri aspetti rimaneggiato, che alla base del discorso pomponiano vi fosse la necessità di limitare l'ambito di applicabilità del principio *servitus in faciendo consistere nequit* ai soli casi in cui il *facere* posto a carico del proprietario del fondo servente fosse diretto a soddisfare, non una obiettiva esigenza del fondo dominante, ma un bisogno soggettivo del suo proprietario⁴⁷.

⁴⁶ Perciò l'avvertimento formulato P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 187 (nonché Corso di diritto romano, III, *Diritti reali*, cit., p. 33) dovrà essere riconsiderato alla luce di una diversa prospettiva che tenga in conto la sostanziale genuinità del discorso di Pomponio ed essere limitato, pertanto, solo al caso in cui si volesse dare al termine una estensione non consona a quanto sostenuto dal giureconsulto.

⁴⁷ Sul requisito dell'*utilitas* si v. le lucide osservazioni di C. FADDA, *Servitù. Lezioni*, cit., pp. 68-69, che ben mette in evidenza come il contenuto del diritto di servitù sia diretto a recare una utilità al fondo dominante, e come le fonti facciano spesso riferimento alla contrapposizione tra le servitù e quei diritti che invece mirano a recare utilità alla persona «considerata in sé stessa». Dello stesso ordine di idee è anche S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., pp. 21-25, che sottolinea come il proprietario del fondo dominante riceva una utilità dalla servitù solo indirettamente, per mezzo del fondo e che invece, quando il vantaggio sia personale, diretto cioè a soddisfare bisogni riconducibili alla persona, si abbiano le diverse figure dell'usufrutto e dell'uso. E Solazzi ben mostra come all'inizio il requisito dell'*utilitas* fosse rigorosamente inteso attraverso l'esame di Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.11 e Pomp. 34 *ad Sab.* D. 43.20.3 pr. e mostrando, in particolare, come l'amenità del prospetto (in relazione per esempio alla *servitus ne prospectui officiantur*) fosse stata riconosciuta alla stregua di utilità molto più tardi. Sul requisito dell'*utilitas*, anche in riferimento al problema dell'utilità in concreto v. B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 174-176. Peraltro, sull'importanza dell'*utilitas* come canone interpretativo utilizzato dai giuristi al fine di prospettare soluzioni diverse da quelle

2. Alcune riflessioni sulla possibilità di individuare altre eccezioni al principio *servitus in faciendo consistere nequit*

Un *facere* è ammissibile, quindi, nel caso in cui esso sia diretto a recare una *utilitas* obiettiva al fondo. Non valgono a inficiare questa ricostruzione i rilievi mossi a una serie di testi che, al contrario, rafforzano questa lettura e confermano la non eccezionalità del *facere* previsto come contenuto dell'*onus refectionis* nella *servitus oneris ferendi*⁴⁸. In primo luogo, occorre considerare la seguente testimonianza:

Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1: *Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiendum.*

Il brano, tratto dal quinto libro del commentario di Pomponio ai *libri iuris civilis* di Sabino⁴⁹ e collocato dai giustinianeisti sotto il titolo *De usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur* (D. 7.1), è relativo al seguente caso. Si discorreva dell'ipotesi in cui il proprietario non avesse rimosso alcuni alberi sradicati dal forte vento («*Si arbores vento deiectas dominus non tollat...*»), sì da rendere *incommodior* l'esercizio dell'usufrutto o del passaggio («...*per*

conseguenti all'applicazione della regola generale e che appaiano, quindi, contrarie al sistema, v. M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, pp. 2-3.

⁴⁸ È merito di R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856, p. 64 aver sottolineato l'importanza di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 come chiaramente riconosciuto da V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 158 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 92-93) che ha però approfondito lo studio della testimonianza e le implicazioni a proposito della questione qui affrontata. Sul punto v. anche i rilievi di C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., pp. 84-86 limitatamente al diritto privato. Sullo scopo perseguito da Scialoja nell'individuazione delle ulteriori eccezioni v. le osservazioni di R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 88, nt. 66 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 47, nt. 66), il quale sottolinea come intento dello studioso fosse quello di dimostrare, più che la presenza di casi non rientranti nella regola, quello di giustificare la diversa ripartizione dell'*onus refectionis*.

⁴⁹ V. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 97.

*quod incommodior is sit usus fructus vel iter...»). Se ciò fosse accaduto, il titolare dell'usufrutto o dell'*iter* avrebbe potuto esperire un'azione reale per costringere il *dominus* a rimuovere gli arbusti caduti («...*suis actionibus usufructuario cum eo experiundum*»)⁵⁰. Anche in questo caso, pertanto, il proprietario – nonostante parte della storiografia abbia avanzato ipotesi eccessivamente artificiali per spiegare e ricondurre tale onere positivo alla regola generale – può essere costretto dall'usufruttuario o dal titolare della*

⁵⁰ Si è ritenuto che il testo in esame, per via anche della collocazione nell'opera di Pomponio – il quinto dei libri di commento al *ius civile* di Sabino riguardava infatti l'usufrutto – dovesse riferirsi precipuamente a quest'ultimo e accennare solo indirettamente al caso della *servitus*. Esplicito in questo senso R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 88, nt. 68 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 47, nt. 68). Precedentemente, anche P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 183 basandosi sull'incongruente uso di *incommodior* e G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., p. 183 avevano rilevato come il riferimento all'*iter* potesse essere non genuino. Questa osservazione non inficia, comunque, l'importanza del brano per la nostra questione. E non bisogna peraltro dimenticare che Pomponio stesso, nel *principium*, richiama pure il caso della servitù ricordando un parere di Proculo relativo alla possibilità di lasciare una *insula* in legato in modo che essa fosse gravata da servitù nei confronti di una seconda *insula* trasmessa per successione, discorrendo invece del legato di usufrutto a proposito della possibilità di ammetterne la costituzione sugli edifici già gravati da servitù di non sopraelevare. Si potrebbe ipotizzare, al più, che sulla scorta del *principium*, si fosse deciso di aggiungere anche il riferimento alla servitù di via inserendo *vel iter*, e ciò anche in considerazione del fatto che la particolare fattispecie che si illustrava nel § 1 ben si sarebbe potuta adattare al caso dell'*iter*. Peraltro, il tratto da *suis* sino a *experiundum* è ritenuto interpolato da E. ALBERTARIO, *Contributi allo studio della procedura civile giustiniana*, in *RISG* 52, 1912, p. 36 e ntt. 1 e 2, che partendo dall'idea di una origine giustiniana dell'uso del plurale *suis actionibus* anziché *sua actione* in riferimento alla petizione di usufrutto ha ritenuto che il periodo sospettato nascondesse l'ormai superata distinzione tra *actiones* e *interdicta*. È comunque vero che la chiusa non è esente da sospetti. A ben vedere ivi, pur accennandosi agli impedimenti recati all'esercizio dell'usufrutto e della servitù di passaggio («...*per quod incommodior is sit usus fructus vel iter...*»), *suis actionibus* viene riferito solo al titolare dell'usufrutto («...*suis actionibus usufructuarius cum eo experiundum*»). Su quest'ultima osservazione v. anche G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., p. 183. Sul punto v. anche R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 93, nt. 82 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 54, nt. 82).

servitù a un *facere* mediante *actio confessoria* che è evidentemente azione reale («...*suis actionibus*...»)⁵¹.

⁵¹ V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 158 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 92-93) ne ravvisava la ragione in quella medesima da lui trovata per il caso della *servitus oneris ferendi*; C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 84, seguendo sul punto Scialoja dichiaravano che: «Ora qua coll'azione della servitù (*suis actionibus*), il proprietario, precisamente come nella *servitus oneris ferendi* è costretto ad un *facere* in forza della servitù». Così P.E. BENZA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, Siena, 1899, p. 56, poteva concludere affermando che, sebbene in via di eccezione, anche il diritto romano ammise situazioni in cui un diritto reale poteva avere contenuto *in faciendo*. Sul punto però, L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, Macerata, 1897, pp. 10-11 osservava: «[...] era il non rimuovere gli alberi caduti e il lasciarli a ingombrare il fondo o la via che nel suo concetto costituiva, da parte del proprietario, un *facere contra servitutem*». E il particolare obbligo del *tollere arbores* sarebbe derivato, a detta dell'autore, dal generale principio secondo il quale non si sarebbe dovuto frapporre alcun ostacolo all'esercizio del diritto (come nel caso degli alberi divelti dal vento appartenenti, evidentemente, al proprietario del fondo servente). G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 183-184 (nonché *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 85), credeva poi di chiarire la portata del *tollere arbores* rilevando che: «una posizione di antitesi ad un diritto reale, cioè un atteggiamento contrario, può talora con la qualifica delle circostanze concorrenti consistere anche nel tenere una cosa in date condizioni, anche in casi in cui ciò derivi da fatto naturale». Infatti, nella particolare situazione descritta da Pomponio, il fatto che il proprietario del fondo gravato si rifiutasse di rimuovere gli alberi caduti, si sarebbe configurato come «un atteggiamento di antitesi all'usufrutto o alla servitù». E dunque, in questo caso, come anche in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5, il *tollere arbores* si sarebbe inquadrato come «[...] un'intrusione in contrasto coll'esclusione che importa il diritto». Nella ricostruzione di Grosso si può quindi scorgere una certa continuità con l'idea avanzata già da Tartufari in virtù della quale le situazioni descritte da Pomponio e Ulpiano andrebbero a qualificarsi alla stregua di particolari casi, strettamente legati a esigenze contingenti, in cui il comportamento negativo del proprietario del fondo servente (*non tollere arbores*), si sarebbe dovuto inquadrare alla stregua di un fatto positivo *contra servitutem*. Mentre B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 119, ipotizzava che anche per il caso ora esaminato dovesse valere la medesima spiegazione che egli formulava per la *servitus oneris ferendi*, ossia che eccezionalmente «[...] per ragioni particolari, ed in via puramente accessoria, il soggetto passivo del diritto reale sia tenuto a fare positivamente qualche cosa», ma si dovesse in ogni caso escludere il *facere* quale contenuto stesso del diritto reale. Infine, per P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., pp. 183-184, la testimonianza non avrebbe riguardato un'ipotesi di obbligo alla riparazione incombente sul proprietario del fondo servente. Esso si sarebbe riferito,

Il testo appena richiamato è da mettere in relazione con un secondo brano questa volta di Ulpiano:

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5: *Si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiat, Pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum: nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter invium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam. sed de refectione viae et interdico uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit: non tamen si silice quis sternere velit, nisi nominatim id convenit.*

La testimonianza è particolarmente complessa. Essa è tratta dal diciassettesimo libro ulpiano di commento all'editto e collocata dai compilatori sotto il titolo *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* (D. 8.5)⁵². Ulpiano vi discorre del seguente caso. Senza che fosse mossa alcuna controversia riguardante la titolarità della *viam*, dell'*iter*⁵³ o

al contrario, al più generale obbligo di rimuovere o abbandonare gli oggetti «[...] propri caduti, trascinati, esistenti in qualunque modo in un fondo vicino [...]».

⁵² Conviene riportare per una maggiore chiarezza anche Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.2-3-4: 2. *In confessoria actione, quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt: et est verius id demum fructuum nomine computandum, si quid sit quod intersit agentis servitute non prohiberi. sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium: et hanc sententiam et Pomponius probat.* 3. *Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio, et ita et Pomponius libro quadragensimo primo scribit: sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod eius interest, qui experietur. itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest revocabitur, quamvis per unum acquiri servitus non possit.* 4. *Sed et si duorum fundus sit qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi et, ut Pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit.* Sulla collocazione palinogenetica del brano nel commentario ulpiano, v. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., col. 517.

⁵³ Va tenuto presente che G. SEGRÈ, *La denominazione di «actio confessoria» in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e della servitù*, cit., pp. 596-598; cui adde S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit., p. 30; ID., *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 5 e 60-61, ha ritenuto che la soluzione prospettata dal giureconsulto si riferisse solo all'*iter*. Sull'opinione di Solazzi v. i rilievi di O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus" e "via"*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, V, Milano, 1984, p. 270, nt. 3 che, pur aderendo alle conclusioni prospettate, respinge le argomentazioni su

dell'*actus* («...*Si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat...*»), si impediva al titolare di lastricare e restaurare il luogo dove egli esercitava materialmente le facoltà derivanti dalla titolarità di questi diritti («...*sed reficere sternere non patiatur...*»). Pomponio, nel libro quarantunesimo all'editto, riteneva che nel caso prospettato spettasse al titolare del diritto l'*actio confessoria* («...*Pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum...*»)⁵⁴. Si passava poi a illustrare il caso in cui il *vicinus* avesse un albero pendente che minacciasse di rendere inutilizzabile la strada o il passaggio («...*nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter invium vel inhabile facit...*»). Marcello osservava *apud Iulianum* che si potesse *iter petendum vel viam vindicandam* («...*Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam*»)⁵⁵. E si rilevava come oltre all'azione confessoria al fine di

cui esse si basano. F. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della refectio delle servitù di passaggio*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997, p. 620), reputa il testo non privo di interpolazioni anche sostanziali, ma comunque, condivisibilmente, ritiene che l'originario riferimento all'*iter* debba essere letto in senso atecnico: i giureconsulti ricordati da Ulpiano (nonché egli stesso), si sarebbero voluti riferire infatti al sentiero e alla strada in senso esclusivamente materiale, senza invece considerare il *ius eundi agendi*, vale a dire il contenuto del diritto stesso. Va pure ricordato che una lettura in senso conservativo della testimonianza di Ulpiano veniva proposta, per quanto riguarda la genuinità del riferimento alla legittimazione passiva alla *vindicatio servitutis*, da G. GROSSO, *Le servitù prediali in diritto romano*, cit., p. 294.

⁵⁴ Per ora basti sottolineare la notevole importanza dell'affermazione di Pomponio in vista della possibilità di considerare il *reficere* come rientrante nel contenuto stesso della servitù. In questo senso v. per esempio O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus" e "via"*, cit., p. 271 e nt. 4.

⁵⁵ Cfr. sulle opinioni giurisprudenziali ricordate da Ulpiano, con riferimento a quelle di Pomponio e Marcello, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, p. 359 il quale mette ben in evidenza come Ulpiano stia qui partendo dalla particolare prospettiva di Pomponio, di cui poi rinveniva un riscontro ulteriore nelle parole di Ulpio Marcello *apud Iulianum*, sicché: «Tanto le posizioni di fondo quanto le particolari fattispecie rinviano quindi al nostro giurista, e consentono di vedervi il protagonista di quest'innovativo e atipico utilizzo della *vindicatio servitutis* [...]». S. MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, Napoli, 2009, pp. 88-90 ha rilevato come

ottenere la *refectio viae* si potesse impiegare anche l'*interdictum de itinere actuque privato reficiendo* («*sed de refectione viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit...*»), specificandosi però che *non tamen si silice quis sternere velit, nisi nominatim id convenit*⁵⁶.

l'esposizione dottrinale venga qui richiamata con riferimento a una fase già particolarmente avanzata, che illustra cioè la soluzione adottata al tempo dello stesso Ulpiano.

⁵⁶ E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, cit., p. 360 ha ritenuto di poter attribuire paternità ulpiana all'ultima parte dell'escerto, affermando che da essa: «[...] emerge il profilo forse più controverso, attinente alla relazione (di concorso elettivo o più probabilmente di alternatività) tra la *vindicatio servitutis* e l'*interdictum de itinere actuque privato reficiendo* [...] Una problematica, quest'ultima, che nessun elemento consente di immaginare come già affrontata da Pomponio, ma che certo trovava la sua ragion d'essere proprio nelle ardite innovazioni che in quest'ambito egli aveva introdotto». Dal punto di vista della relazione sussistente tra i due rimedi ricordati poi si nota una evidente diversità di vedute tra O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus" e "via"*, cit., pp. 281-283 (che per certi versi ha qualche punto di contatto con l'opinione a suo tempo avanzata da G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 298 [v. sul punto E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, cit., p. 360, nt. 198]) e F. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica delle della reffectio delle servitù prediali*, cit., pp. 622-625 e 667-675. In particolare, secondo Pistolesi, sussisterebbe qui una possibilità di scelta alternativa in capo al titolare del diritto che dipenderebbe tanto dalla sussistenza di specifici requisiti, quanto dagli obiettivi da raggiungere. Così, dal punto di vista dei requisiti per l'esperibilità dell'interdetto, si sarebbe dovuto provare l'*usus* nell'ultimo anno (oltre che il *ius reficiendi*). Quanto agli obiettivi perseguiti invece, attraverso l'interdetto si sarebbe potuto provvedere direttamente e in tempi ben più brevi alle necessarie opere di manutenzione e ripristino, mentre, nel caso di utilizzo della *vindicatio servitutis*, tali operazioni sarebbero state subordinate all'effettiva volontà del proprietario del fondo servente di realizzarle. Al contrario, Zuccotti ritiene che la possibilità di ricorrere a uno o all'altro dei rimedi sia determinata dalla presenza, nel caso della *vindicatio servitutis*, di un *ius reficiendi*, assente invece nel caso dell'interdetto *de itinere actuque privato reficiendo*. Sull'opinione ora ricordata si v. anche E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, cit., p. 360, nt. 198, il quale pur giudicando tale ricostruzione plausibile sotto diversi punti di vista, soggiunge che essa sarebbe però determinata dalla necessità di «[...] evitare in ogni modo una sovrapposizione tra i due tipi di tutela che, spiegabile su basi storiche, non sarebbe affatto sorprendente nell'esperienza giuridica romana». A una soluzione che propende per l'alternatività della *vindicatio servitutis* e dell'interdetto ancorata alla sussistenza dei diversi presupposti richiesti per l'esperibilità dei due mezzi di tutela si rifà S. MASUELLI, *La reffectio nelle servitù prediali*, cit., p. 91. Respinge invece tanto la ricostruzione di Pistolesi, quanto

Anche in questo caso, dunque, un'azione reale quale la *vindicatio servitutis* veniva utilizzata per costringere il proprietario del fondo servente a effettuare la *refectio* (e a sopportare, pertanto, un onere ulteriore di contenuto positivo) nella servitù di passaggio⁵⁷.

Occorre tornare adesso sul problema relativo alla relazione, di cui si è accennato poco sopra, tra Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5⁵⁸ che risulterebbe anche dall'utilizzo nei due passi di una

l'ipotesi avanzata da Zuccotti, A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, pp. 71-74.

⁵⁷ Sul punto ha dubitato la storiografia meno recente, avendo diversi autori ritenuto invece che l'onere della *refectio* incombesse sul proprietario del fondo dominante. Così G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit., p. 102 ha pensato che l'*actio confessoria* spettasse a quest'ultimo anche qualora il proprietario del fondo servente impedisse con molestie al *dominus* del fondo dominante di effettuare le opere necessarie alla *refectio*. Sulla questione v. anche A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 71 il quale rileva come gli infiniti *sternere* e *reficere* non siano accompagnati dall'indicazione del soggetto, ma che esso potrebbe essere un *me* caduto nella tradizione manoscritta o forse sottointeso. A ogni buon conto, una diversa interpretazione potrebbe valere anche per il caso dell'*arbor impendens*, ove pure non è certo che le opere necessarie a ripristinare la viabilità dovessero essere necessariamente intraprese dal *dominus* del fondo servente, ma il giudice avrebbe potuto imporre a quest'ultimo, in sede di *iudicium de restituendo*, di permettere al proprietario del fondo dominante di effettuare il taglio dei rami. Non molto chiaro sul punto riguardante la ricostruzione di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5, specie con riguardo al caso dell'albero pendente, è invece G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 294, che pure rientra tra quei casi in cui il proprietario del fondo servente è costretto a *reficere sternere*. Concordano invece nell'attribuire l'onere della *refectio* al proprietario del fondo servente O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus" e "via"*, cit., pp. 276-277; nonché F. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in *SDHI* 60, 1994, p. 241 e ID., *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica delle della reffectio delle servitù prediali*, cit., pp. 619 e 624-625. Né si può dimenticare come l'ipotesi prospettata nella testimonianza costituisca un rilevante esempio di onere reale *in faciendo* per A. BUTERA, *Delle servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo*, in P. FIORE (a cura di), *Il diritto civile italiano*, Napoli-Torino, 1926, p. 188.

⁵⁸ Nonché con Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.40: *Si ex fundo tuo arbor in viam publicam sic ceciderit, ut itineri sit impedimento, eamque pro derelicto habeas, non teneri Labeo scribit: si tamen, inquit, actor sua impensa arborem tollere paratus fuerit, recte tecum acturum interdicto de via publica reficienda.*

terminologia non del tutto dissimile per descrivere i rispettivi casi⁵⁹. In base a una diversa lettura del passo di Ulpiano rispetto a quella ora prospettata⁶⁰, infatti, si è contestata la soluzione sopra ricordata per la testimonianza di Pomponio, secondo cui il proprietario del fondo servente avrebbe avuto l'onere (di contenuto positivo) consistente nella rimozione degli alberi divelti dal vento che si sarebbe potuta pretendere con azione reale. Ma se anche tale ipotesi può certo essere avvalorata dal rilievo di natura terminologica ora ricordato, è pur vero che le fattispecie illustrate da Pomponio e Ulpiano si differenziano sotto un profilo ben più rilevante. Tale assunto si rende evidente ponendo mente al fatto che i casi presentano una differenza sostanziale quanto al profilo causale degli eventi impeditivi. In Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 il ruolo di agente nel rapporto causale evento-danno è assunto dal vento («*Si arbores vento deiectas...*»), mentre in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 dal proprietario del fondo servente («*...nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter inivium vel inhabile facit...*»). Se ne deve pertanto dedurre l'inapplicabilità secondo analogia della regola espressa in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5⁶¹. Non si può invece

⁵⁹ Sul punto v. con particolare riferimento alla ricordata somiglianza E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, cit., p. 359 e nt. 196. L'autore osserva in proposito come tale fatto, pur contribuendo a consolidare la comune prospettiva visuale di Pomponio e Marcello, non possa autorizzare a credere che la medesima fattispecie considerata da Pomponio nel quinto libro del suo commento a Sabino dovesse apparire identica anche nel libro quarantunesimo del commentario all'editto «[...] e che in D. 8.5.4.5 Ulpiano registrasse una sua concordanza con la *nota* di Marcello, se non addirittura una sua utilizzazione da parte di quest'ultimo».

⁶⁰ La diversa lettura veniva proposta, come accennato, da L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, cit., pp. 9-15.

⁶¹ Sotto questo profilo può ancora rilevarsi come l'applicazione analogica del principio espresso in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 concretizzerebbe, in realtà, una operazione di interpretazione in senso proprio che, invece, deve essere esclusa in base al presupposto da cui generalmente scaturisce. Essa, infatti, si utilizza ove si configuri una reale o supposta lacuna nella normazione di un fatto di rilevanza giuridica, in modo da lasciarne la regolamentazione all'opera dell'interprete. E dunque, per tornare al caso che qui si discute, è abbastanza evidente che in Pomp. 5

escludere che una interpretazione analogica possa investire il punto della tutela accordata al proprietario del fondo dominante⁶². Infatti, pur essendo diverse le cause da cui scaturiscono gli impedimenti all'esercizio del diritto, medesimo è il risultato: in entrambi i casi gli ostacoli impediscono al titolare il concreto esercizio del diritto. E perciò, sempre con azione reale o interdetto, potrà chiedersi la rimozione dell'ostacolo⁶³.

ad Sab. D. 7.1.19.1, sotto il profilo della fattispecie illustrata, manca il presupposto stesso per operare attraverso l'interpretazione analogica, vale a dire una lacuna nell'ordinamento. Riguardando al contenuto dei brani considerati, infatti, può osservarsi come il caso considerato nel testo di Pomponio sia semplicemente diverso rispetto a quello di cui si discute in *Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.4.5*. Per una differente interpretazione sul punto v. però O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus", e "via"*, cit., p. 278, che basa la propria ricostruzione sul dato, a suo dire parallelo, emergente dai due passi, e in particolare dai periodi «...*si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter invium vel inhabile facit...*», e «*Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter...*». Tuttavia, a ben vedere, come peraltro già ribadito, questa ricostruzione si scontra proprio con il dato che si trae dall'esame dei due testi. È vero che in entrambi i casi l'ostacolo che impedisce al titolare del diritto di fruirne è costituito da alcuni alberi caduti. E in entrambe le situazioni si configura una omissione, da parte del proprietario del fondo servente, costituita dalla mancata rimozione di questi ultimi. Ma Pomponio, scorrendo della fattispecie, non omette di riferire la causa a cagione della quale si configura quell'impedimento, vale a dire il vento che ha divelto gli alberi che ostruiscono ora i luoghi e che il *dominus* del fondo servente si rifiuta evidentemente di rimuovere. Al contrario in *Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.4.5*, Pomponio, stando almeno al modo in cui Ulpiano ne riferisce, si limita a segnalare che un albero pende tanto che *viam vel iter invium vel inhabile facit*. Il giureconsulto, come risulta subito evidente, non accenna minimamente alla causa che rende l'albero pendente, e non è forse troppo azzardato ritenere, specie se si considera *Pomp. 5 ad Sab. D. 7.1.19.1*, che invece egli in quest'ultima testimonianza attribuisse particolare rilevanza all'elemento causale.

⁶² In questo senso v. A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 189, secondo cui l'identità della tutela concessa al proprietario del fondo dominante non può automaticamente condurre all'individuazione di un inconsistente parallelismo nelle cause che determinano l'impedimento.

⁶³ A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 189. Si rende opportuno a questo punto qualche rilievo in relazione all'opinione di L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto civile vigente*, cit., pp. 10-11, il quale ha sostenuto che l'onere di rimozione degli alberi abbattuti dal vento non costituisca una servitù, ma, come si è accennato, il dovere che incombe in capo a ogni proprietario di non frapporre ostacoli all'esercizio dell'altrui diritto. Tale osservazione non è priva,

Ancora una volta, dunque, in due distinte situazioni, si ricordano casi in cui un *facere* incombeva in capo al proprietario del fondo servente. E questa constatazione non è confutata da una diversa ricostruzione, che si è già avuto modo di ricordare⁶⁴, basata sul dato per cui la non rimozione degli ostacoli da parte dell'onerato, più che costituire un *facere* in capo a quest'ultimo soggetto, costituirebbe in realtà una ingerenza in senso positivo nella sfera di facoltà derivanti dalla titolarità del diritto reale e sostanziata dal *non tollere arbores*. Tale interpretazione è per più ragioni inaccettabile. In primo luogo, come peraltro una parte della storiografia ha rilevato⁶⁵, ciò è frutto di una aprioristica e, diremmo, anche preconcepita visione per cui a un diritto reale non potrebbe accompagnarsi (o, aggiungiamo, costituirne il contenuto) un *facere*. Ma ancora di più risulta essere artatamente concepita l'idea di una ingerenza positiva costituita dal comportamento del proprietario del fondo dominante che si rifiuti di *tollere arbores*, dettata, evidentemente, dalla necessità di aggirare il problema concreto che invece la testimonianza chiaramente prospetta⁶⁶. Non si può infatti negare, e ciò è stato pure messo innanzi da una risalente dottrina, che in questo caso il *tollere arbores* possa essere preteso *suis actionibus*, cioè, come si è più

invero, di ragione sotto due differenti profili, pur non potendo essere ricavata da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 e da una irrealizzabile interpretazione analogica riferibile a Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1. Certamente, in via generale, incombe in capo al proprietario del fondo servente il dovere di non impedire, attraverso comportamenti che si sostanzino in atti oppure omissioni, l'esercizio del diritto da parte del titolare di esso. Ma a ben vedere nei casi prospettati tale principio generale non si può ritenere immediatamente operante, dato che nelle situazioni prospettate viene in considerazione, in prima battuta, l'impedimento all'esercizio di uno specifico diritto da cui consegue l'esperibilità di una determinata forma di tutela.

⁶⁴ Dettagliatamente *supra*, nt. 51.

⁶⁵ Cfr. O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus", e "via"*, cit., pp. 278-279.

⁶⁶ Sul punto è particolarmente chiaro O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus", e "via"*, cit., p. 279, che rileva come, se si dovesse sposare tale ordine di idee, ne conseguirebbe necessariamente che «[...] qualunque omissione si presenterebbe, ciò che è palesemente assurdo, come azione positiva e non solo in questa fattispecie: ogni *non facere* può infatti vedersi come *nihil facere*, onde verrebbe meno la peculiarità che si ravvisa a proposito di D. 7, 1, 19, 1».

volte detto, tramite azione reale⁶⁷. E dunque, per questa via, non si può negare che tale onere derivi direttamente dalla posizione passiva che assume il proprietario del fondo servente in ragione (e specularmente) della titolarità in capo ad altro soggetto del diritto stesso.

Peraltro, nonostante ogni tentativo più o meno articolato volto a spiegare l'apparente anomalia di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1⁶⁸, è pur sempre vero che l'azione di *tollere arbores* costituisce senz'altro un comportamento attivo dell'onerato. Sotto questo profilo, ritenere che l'omessa rimozione dell'ostacolo si risolva in una ingerenza positiva nella sfera del titolare del diritto, non condiziona il dato fattuale dell'effettiva rimozione che può essere pretesa *suis actionibus*.

⁶⁷ In questo senso v. V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 158 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 92-93); nonché P.E. BENZA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 56; cui *adde* anche C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 84. È altresì da rilevare come G. CLAPS, *Le cosiddette obbligazioni reali e l'abbandono obbligatorio nel diritto civile italiano*, in *RISG* 21, 1896, pp. 322-324 abbia evidenziato il parallelo tra il caso della *servitus oneris ferendi* e quello ricordato in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1. Più recentemente l'ipotesi già avanzata da Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa è stata ripresa da O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus", e "via"*, cit., p. 279, che ha peraltro confutato la ricostruzione di C. BURZIO, *Appunti sugli oneri reali*, Roma, 1903, p. 11 il quale ha invece ritenuto che l'onere di *tollere arbores* non derivi dalla sussistenza dell'usufrutto o della servitù, ma scaturisca dalla responsabilità per danni causati dalle cose appartenenti al proprietario del fondo servente (e valga, più in generale, per ogni accidente causato dalle cose appartenenti a un soggetto determinato). Sotto questo profilo Pistolesi ha rilevato come sarebbe del tutto inconcepibile l'idea di una responsabilità da cui possa sorgere un obbligo e, ancor più, dell'impossibilità di escludere per questa via che l'azione del rimuovere gli alberi possa, di fatto, costituire un *facere* incombente sul *dominus* del fondo servente.

⁶⁸ Ma il medesimo discorso potrà valere anche per il caso prospettato in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 poiché, nonostante sussista, come si è mostrato, una diversità di fattispecie rispetto a quella illustrata da Pomponio, è pur vero che in relazione alla tutela apprestata anche nel caso prospettato da Ulpiano si potrà costringere il proprietario del fondo servente a rimuovere l'ostacolo che impedisce di fruire del diritto mediante azione reale o interdetto. Anche in quest'ultimo caso, pertanto, sarà possibile pretendere un *facere* dal proprietario del fondo servente.

Le due situazioni – da un lato, la positiva ingerenza della non rimozione nella sfera del titolare del diritto e, dall’altro, il *tollere arbores* – vanno tenute separate, costituendo, in realtà, due segmenti del medesimo problema che non si escludono vicendevolmente. Qualora si voglia interpretare il discorso di Pomponio nel senso ora prospettato, potrà anche ammettersi che la non rimozione si atteggi a modo di ingerenza positiva. Ma è innegabile che poi, come conseguenza materialmente percepibile di questa situazione, si pretenda con azione reale l’effettiva rimozione, che costituisce però contegno fattualmente positivo inscindibile rispetto alla titolarità del diritto.

Ciò detto, occorre soffermarsi sui motivi che hanno spinto i giureconsulti a prospettare una soluzione così articolata. Sotto questo profilo, è bene prendere nuovamente in considerazione il requisito dell’*utilitas* di cui si è più sopra parlato. Si deve subito spiegare, però, che nel caso ora esaminato l’*utilitas* non è la giustificazione del contenuto immediato del diritto reale (usufrutto o *servitus itineris*)⁶⁹, dato che in questo caso ben diversa è l’utilità immediata che si richiede quale requisito strutturale del diritto stesso⁷⁰. Si potrà parlare, invece, di utilità mediata del comportamento attivo

⁶⁹ Cosa che invece è vera, come si avrà modo di vedere, per il caso della *servitus oneris ferendi*.

⁷⁰ Che recherà dunque una obiettiva utilità (per sé) al titolare indipendentemente dall’ulteriore *facere* a cui andrà incontro il soggetto passivo. Ma A. CORBINO, *Servitus oneris ferendi e refectio parietis*, in *Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich, 1999, p. 31, a proposito del contenuto *in faciendo* della servitù così si esprime «Non il *facere* in assoluto contraddice la natura della servitù, ma quel *facere* che si configura come elemento necessario al suo esercizio», riconducendo, in relazione ai passi esaminati, l’onere di contenuto positivo ai limiti connessi al *dominium* e derivanti dall’esistenza della stessa servitù. Sembrerebbe dunque doversi escludere ogni prestazione *in faciendo* che renda possibile l’esercizio della servitù e che non sia contenuta entro i confini dettati dal *dominium*. A ben vedere, però, questa ricostruzione non contraddice quella basata sul concetto di utilità mediata. La servitù, infatti, reca una utilità oggettivamente intesa al titolare del diritto tramite l’intermediazione del fondo. Tuttavia, qualora ciò fosse impedito da fatti esterni che non rientrino nella sfera di controllo del soggetto passivo (*arbores vento deiectas*), o da sue omissioni, il *facere*, pur sostanzandosi in una azione necessaria all’esercizio della servitù, non

dell'onerato, nel senso che esso diventa necessario e utile obiettivamente nel momento in cui l'omissione ingiustificata di un *facere*, che risulta essere direttamente collegato alla posizione passiva di quest'ultimo soggetto, impedisce al titolare l'esercizio stesso del diritto⁷¹. Ecco, dunque, che la scelta prospettata dai giureconsulti si rivela nel suo fondamento giuridico. Attraverso l'azione reale si ottiene di poter fruire non solo dell'utilità che il diritto normalmente apporta ma, quando ciò sia impossibile per cause imputabili (o meno) al soggetto passivo, anche di profittare di una utilità mediata (vale a dire la rimozione dell'ostacolo) che consenta di tornare a godere dell'usufrutto o del passaggio.

Non si vede la ragione, pertanto, di scelte volte a negare quanto risulta evidente dalle testimonianze, ossia che, in alcuni casi, si poteva pretendere un comportamento positivo dal soggetto passivo mediante azione reale e

esorbiterebbe dai limiti imposti dal *dominium* e, inoltre, recherebbe appunto una *utilitas* mediata (ma oggettivamente intesa) al titolare del diritto.

⁷¹ Sul punto v. anche V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 158 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 92-93). Va precisato che la ricostruzione di Scialoja è per un aspetto sostanziale differente rispetto a quella ora proposta. E infatti, se si pone mente a quanto egli afferma, che, cioè, con riferimento non solo alla situazione esaminata da Pomponio ma più in generale, «L'usufruttuario o qualunque altro abbia una servitù, il cui esercizio sia reso incomodo dall'albero caduto, non possono essere costretti, per giovare a sé, a provvedere anche all'utile del proprietario», si rende evidente che la spiegazione proposta ha certo il merito, come peraltro è stato già rilevato, di prospettare una soluzione che renda più equo l'effettivo carico incombente sul soggetto passivo. Ma tale spiegazione, sebbene non si possa escludere che come ulteriore motivazione fosse stata comunque tenuta presente dai giureconsulti che avevano prospettato le soluzioni esaminate, non mette in luce la *ratio* giuridica alla base della scelta stessa. Anche in questo caso, difatti, l'ulteriore *facere* che incombe sul proprietario del fondo servente ha come scopo e giustificazione proprio la necessità di apportare una utilità mediata al proprietario del fondo dominante. Quest'ultimo si giova, nella normalità dei casi, dell'utilità immediata che il diritto gli arreca. E però, quando gli venga impedito di fruirne per cause a lui non imputabili – come in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 o in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 – potrà agire con azione reale affinché l'ostacolo venga rimosso (utilità mediata) e possa così tornare a fruire di tutte le utilità immediate che costituiscono l'oggetto proprio del diritto.

che, di conseguenza, il *facere* finiva per atteggiarsi quale contenuto stesso (o, altre volte, accessorio) del diritto⁷².

⁷² Tenendo altresì presente che senza il *facere* verrebbe meno la possibilità stessa di godere del diritto. Vale qui accennare, in breve, anche a un'altra questione che verrà affrontata *ex professo* più oltre. La connessione strutturale tra il *facere* e il diritto reale da cui esso deriva è evidente, oltretutto, se si considera la possibilità di abbandonare gli alberi divelti dal vento evitando di conseguenza di dover *tollere arbores*. Tale possibilità non è prevista direttamente in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, ma è risolutiva – come peraltro ha messo in evidenza anche V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., pp. 158-159 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., p. 93) – la dottrina della Glossa (v. gl. '*suis actionibus*' ad D. 7.1.23.1 [ed. cit., I, c. 710]) che in base al parallelo con Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.40 ha esteso la possibilità di fruire dell'abbandono liberatorio anche al caso esaminato da Pomponio. Una serie di ulteriori argomenti – che si prenderanno in considerazione qui solo quando direttamente riferiti a Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e a Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 – in senso contrario rispetto alla ricostruzione qui prospettata, che comunque, è bene sottolinearlo, non si discosta dai risultati raggiunti da Scialoja quanto alla non eccezionalità della previsione della *refectio* nella *servitus oneris ferendi*, vengono adottati da R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 89-98 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 49-61). In primo luogo, in riferimento alla *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*, lo studioso fa notare come in questo caso si possa ben affermare l'eccezionalità della previsione in quanto nel caso specifico della servitù il proprietario del fondo servente, omettendo la *refectio*, si sottrarrebbe a un obbligo «[...] nato – forse dapprima per via convenzionale, quindi automaticamente – in sede di costituzione del vincolo reale [...]», mentre in relazione alla fattispecie illustrata da Pomponio il soggetto verrebbe semplicemente meno al più generale obbligo volto a rendere possibile l'esercizio del diritto, che rappresenterebbe «[...] il riverbero logico della realtà del diritto, ovvero la 'proiezione dinamica' del generale contegno passivo da assumere di fronte alla preminenza accordata dal *ius civile* al titolare di ogni situazione subiettiva assoluta». Così, dato che gli alberi caduti avrebbero costituito un ostacolo all'esercizio del diritto *in re aliena*, in ogni caso sarebbe spettato al proprietario del fondo servente l'obbligo o di eliminare direttamente l'impedimento o di permettere al titolare del diritto di provvedervi da sé. A ben vedere, tuttavia, quest'opinione si impernia ancora una volta su un ragionamento astratto che con l'idea della "proiezione dinamica" di un contegno che sarebbe in realtà passivo, tenta di spiegare un dato che inequivocabilmente, entrando nell'ordine di idee prospettato dall'autore, riuscirebbe difficile conciliare. In altri termini, il contegno che dovrebbe caratterizzare il lato passivo del diritto reale – vale a dire il *non facere* e il *pati* – non ammetterebbe, in questa rigida costruzione dommatica, il contegno essenzialmente positivo che invece, secondo l'insegnamento dei brani in esame, può essere preteso *suis actionibus*, cioè con azione reale. E tale ultimo dato, è bene ribadire, fornisce la prova migliore che per i giureconsulti romani, in determinate occasioni che però non si possono definire eccezionali, il soggetto passivo potesse essere costretto ad assumere un contegno realmente positivo qualora esso recasse un'utilità oggettiva, immediata o mediata,

al titolare del diritto e nei limiti di esso. Ancora, è bene evidenziare che con il concetto di “proiezione dinamica” non si risolve in alcun modo la questione, dato che, seppure nell’ambito di un preteso contegno esclusivamente passivo, l’idea stessa di dinamicità implica un’azione concretamente positiva che evidentemente, e questo è il punto, non si può in alcun modo conciliare con il *non facere* e il *patis* del diritto reale. E d’altra parte Basile afferma chiaramente che, in riferimento, rispettivamente, a Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 e a Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, «I brani in questione – nel tratto iniziale il primo, integralmente il secondo – sanzionano entrambi, ancorché in maniera differente, la stessa generale regola per cui il soggetto passivo di un rapporto assoluto parziario deve rendere in concreto esercitabile il diritto altrui: quello ulpiano [...] riferendosi alla più immediata eventualità in cui egli consenta al vicino le necessarie operazioni, quello pomponiano accennando al suo, meno frequente ed alternativo, intervento diretto». E a questo proposito è bene sottolineare che proprio dal tenore di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 si arguisce come non ripugnasse di considerare valida la soluzione prospettata nel caso del soggetto passivo che impedisse di *reficere sternere* anche per il caso in cui, proprio tramite azione reale, si costringesse quest’ultimo a un contegno positivo e che dunque, evidentemente, un intervento positivo (quantunque come vuole l’autore solo a guisa di alternativa) doveva essere ben ammissibile al di là della concreta motivazione alla base. Pertanto, anche volendo ritenere che nel caso di specie quest’ultima sia effettivamente da rinvenirsi nel fatto che il soggetto passivo debba rendere in concreto esercitabile il diritto, rimane pur sempre vero che per raggiungere tale obiettivo gli viene richiesto di esplicitare una attività concretamente positiva che, ove necessario, può essere pretesa tramite azione reale. Più rilevanti sono invece i dubbi nascenti dalla possibile natura insitica del riferimento all’*iter*, che nell’opinione dell’autore dovrebbe risultare una aggiunta bizantina. Tale ipotesi è avvalorata, in effetti, dall’analisi di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1. Sul punto si è già avuto modo di formulare qualche rilievo. Ma qui preme sottolineare che l’ipotesi interpolazionistica viene adottata dall’autore come ulteriore prova per confutare la tesi di Scialoja. In particolare, i giustinianeî avrebbero deciso di inserire il riferimento alla *servitus itineris* in conseguenza della prassi negoziale, già consolidatasi in età classica, volta ad attribuire al proprietario del fondo servente le spese per le riparazioni nella servitù di passaggio «[...] assecondando al contempo anche quella nota tendenza alla generalizzazione categoriale che rappresenta precipua prerogativa giustiniana in tema di *servitutes*». Se quest’ultimo rilievo è certamente condivisibile – come peraltro si sta cercando di dimostrare proprio in relazione alla presunta regola contenuta in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 – è pur vero che contro l’ipotesi interpolazionistica relativa a Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 si possono opporre i seguenti argomenti. A uno di essi si è già fatto cenno. Si è infatti mostrato come, in realtà, Pomponio avesse fatto riferimento (ma alla servitù di non sopraelevare) proprio nel *principium* del testo. Una connessione tematica con il più generale tema della servitù, pertanto, potrebbe non essere stata del tutto avulsa dall’originario contenuto della testimonianza. Ma forse, più pregnante, è il secondo argomento. In effetti, un riferimento esplicito all’*iter* (oltre che alla *via*) lo si incontra proprio in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 con riguardo al caso dell’albero pendente che impedisca il passaggio (tuttavia v. per alcuni dubbi sul non felice accostamento F. ZUCCOTTI,

3. Impossibilità di escludere la sussistenza di diritti reali *in faciendo* in base a Scaev. 7 dig. D. 18.1.81.1 e Paul. 13 resp. D. 33.1.12

Una parte della storiografia, poi, ha ritenuto di poter negare l'ammissibilità di diritti reali *in faciendo* anche in base a Scaev. 7 dig. D. 18.1.81.1 e a Paul. 13 resp. D. 33.1.12. Conviene partire proprio da quest'ultimo brano:

Paul. 13 resp. D. 33.1.12: *Gaius Seius praedia diversis pagis Maeviae et Seiae legavit et ita cavitt: 'praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia': quaero, an id legatum defuncta legataria extinctum sit. Paulus respondit servitutem iure constitutam non videri neque in personam neque in rem: sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia Lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri.*

La testimonianza in esame, escerpita dal tredicesimo libro dei *responsa* di Paolo⁷³, è collocata dai giustinianeii sotto il titolo *De annuis legatis et fideicommissis* (D. 33.1). Il giureconsulto tratta del seguente caso. Gaio Seio aveva disposto mediante legato che si attribuissero a Mevia e Seia alcuni fondi situati *diversis pagis* («*Gaius Seius praedia diversis pagis Maeviae et Seiae legavit...*»), manifestando altresì la volontà che venissero fornite annualmente *ex praediis Potitianis praediis Lutatianis* milletrecento canne e mille libbre di salice mondato («*...et ita cavitt: 'praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia'...*»). Si domandava se il legato così predisposto si estinguesse a seguito della morte della legataria («*...quaero, an id legatum defuncta legataria extinctum sit*»). Paolo

Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica delle della refectio delle servitù prediali, cit., pp. 619-625; cui adde anche A. BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 70, che però ritiene il testo nella sostanza genuino). Non sembra, quindi, nonostante le riserve espresse da Basile, che si possa pervenire a una dimostrazione non scevra da dubbi in merito alla natura insiticia del richiamo alla *servitus itineris* in Pomp. 5 ad Sab. D. 7.1.19.1.

⁷³ In proposito v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 1243.

rispondeva che nel caso prospettato non sembrava essersi validamente costituita alcuna servitù, né personale né, tantomeno, reale («*Paulus respondit servitutem iure constitutam non videri neque in personam neque in rem...*»)⁷⁴, ma che spettasse a chi avesse ricevuto i *praedia Lutatiana* la

⁷⁴ Come ha messo in evidenza C. LONGO, *La categoria delle "servitutes" nel diritto romano classico*, cit., pp. 333-334 (cui *adde*, tra i molti, G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., p. 178), il brano di Paolo reca l'uso della formula *servitus in rem et in personam*. Ma la frase che si riferisce, appunto, alla distinzione è considerata dallo studioso una glossa giustiniana proprio in ragione del fatto che il rapporto, per come si presentava nel caso concreto (implicante appunto un *facere*), avrebbe ripugnato alla stessa natura della servitù e, di conseguenza, non sarebbe stato in alcun modo possibile che Paolo avesse creduto che nel caso concreto si fosse instaurata validamente. Il riferimento all'istituto, nell'ottica del giureconsulto, si sarebbe reso necessario però in considerazione della struttura del rapporto, imperniato su una relazione tra fondi e pertanto riferibile, al massimo, a una servitù prediale, e non a una personale. Il secondo argomento addotto da Longo si basa invece sull'opinione effettivamente sostenuta da Paolo, e cioè che nel caso prospettato si avesse un legato estinguibile a seguito della morte della legataria. Pertanto, tutto il ragionamento di quest'ultimo avrebbe avuto come obiettivo quello di eliminare ogni possibile dubbio sulla possibilità che si fosse costituita una servitù, affermando *servitutem iure constitutam non videri* in quanto, se fosse stato altrimenti, si sarebbe avuto un rapporto suscettibile di trasmissione agli eredi. Ma, sottolinea il Longo, Paolo non avrebbe mai potuto soggiungere *neque in rem neque in personam* dato che: «[...] se anche si fosse avuta una *servitus in personam*, si sarebbe estinta con la legataria, e Paolo avrebbe costruito un impedimento alla sua decisione, che non esiste». Lo studioso citato concludeva ritenendo che Paolo avesse, in realtà, affermando *servitutem iure constitutam non videri*, tenuto presente che ognuno avrebbe ben compreso si trattasse di uno *ius praedii*. L'opinione è certamente corretta nelle conclusioni a cui giunge. E in effetti la formula *servitus in rem et in personam* deve considerarsi una aggiunta giustiniana. Non del tutto condivisibile è però uno dei presupposti su cui essa si basa. In particolare, qualche rilievo si può muovere alla considerazione per cui nel fornire il proprio *responsum* sul caso prospettato «[...] se Paolo si riferisce alla servitù, non è che creda alla possibilità di esistenza di essa nel caso fatto dal testo, poiché qui si trattava di una prestazione positiva imposta ad un fondo verso un altro, e ciò ripugna alla natura della servitù». E precisamente il presupposto su cui si basa questa affermazione, come si è cercato di dimostrare, non regge a una critica del testo fondamentale da cui esso dovrebbe derivare, Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. In altri termini, l'affermazione di Longo è viziata nel suo presupposto, dato che parte da un assunto non dimostrato. Peraltro, come si dirà, Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12 offre una serie di elementi di riflessione ulteriore che potrebbero portare a escludere la sussistenza di una servitù in base a indizi del tutto diversi dalla contrarietà al principio *servitus in faciendo consistere nequit*.

petitio fideicommissi («...sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia Lutatiana legata sunt...»). Allo stesso modo, aggiungeva il giureconsulto, *cum annua legata fuerint*, il legato si sarebbe estinto a seguito della morte della legataria («...et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri»).

Il problema principale che il testo suscita è legato all'affermazione di Paolo secondo cui *servitutum iure constitutam non videri neque in personam neque in rem*. Ora, anche ammettendo la natura di glossa giustiniana della precisazione *neque in personam neque in rem*⁷⁵, l'intelligenza stessa della frase suscita non poche difficoltà a intendersi, specie nella motivazione giuridica alla base del *responsum* paolino.

Per quanto interessa in questa sede, va rilevato che una parte della storiografia ha ritenuto che Paolo avesse qui motivato la propria risposta in base alla regola *servitus in faciendo consistere nequit*⁷⁶.

⁷⁵ Cfr. in proposito *supra*, nt. 74.

⁷⁶ Ma le motivazioni addotte dagli autori non sono sempre del tutto uniformi. Così, C. LONGO, *La categoria delle "servitutes" nel diritto romano classico*, cit., p. 334 si limita a richiamare la contrarietà del particolare rapporto giuridico intercorrente fra le parti al principio *servitus in faciendo consistere nequit*. Dal canto suo, C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', in *EGI*, XII.1, Milano, 1900, p. 372 prende in considerazione, oltre alla regola appena richiamata, anche un altro elemento che, come si avrà modo di vedere, assume in realtà ben altra rilevanza nell'economia della fattispecie, vale a dire il fatto che i fondi risultavano essere collocati *diversis pagis*. G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 177-179 (nonché, più in breve, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 82), fa rientrare la testimonianza di Paolo nell'ambito di applicazione della regola enunciata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, precisando altresì che probabilmente la specificazione *neque in personam neque in rem* dovesse aver sostituito un più lungo discorso del giureconsulto relativo agli effetti dei differenti tipi di legato o fedecommesso. Quest'ultimo avrebbe affrontato, dunque, il problema del rapporto costituitosi tra i fondi proprio in relazione alla durata e agli effetti dello stesso, e quindi, per tale motivo, sarebbe stato necessario discorrere anche della servitù e dei motivi per cui essa non si sarebbe potuta ritenere sussistente. B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 115 si limita invece a considerare come ostativo alla sussistenza della servitù solo la prestazione positiva a cui una parte doveva adempiere in conseguenza del rapporto instauratosi, sostenendo, al contempo, che astrattamente quest'ultimo dovesse invece avere tutte le caratteristiche proprie della servitù e

Tuttavia, questa conclusione è stata respinta a ragione da altri autori che hanno evidenziato come alla base della risposta di Paolo vi fosse ben altro motivo, non riguardante però in alcun modo la presunta violazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit*⁷⁷. E lo stesso giureconsulto,

ritenendo che il testatore volesse esattamente che essa si costituisse a favore dei fondi Lutaziani. La contrarietà al principio *servitus in faciendo consistere nequit* sarebbe valsa, secondo Biondi, a escludere parimenti l'usufrutto o l'uso. Va inoltre sottolineato che in più risalente lavoro dell'autore (*La categoria romana delle servitutes*, Milano 1938, pp. 371-372 [nonché pp. 395-397, ove egli evidenzia anche la poca chiarezza dell'esposizione ed espone una ragione formale e una sostanziale che avrebbero portato Paolo ad affermare *servitutem iure constitutam non videri*, vale a dire il fatto che tramite il fedecommesso i classici non avrebbero ammesso la costituzione della servitù e, appunto, la prestazione di contenuto positivo contraria alla regola che sarebbe espressa in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1]), la testimonianza di Paolo viene inclusa tra i passi dei *Digesta* che attestano l'esistenza di concessioni con valore obbligatorio e solo precario su fondi con una struttura simile alla servitù. Più recentemente, si segnala l'opinione di A. TORRENT, *Estudios sobre la servitus oneris ferendi*, I, *Utilitas, tipicidad*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano, 2002, pp. 420-421, il quale richiamando l'argomento della contrarietà della prestazione al principio *servitus in faciendo consistere nequit*, sottolinea, peraltro, come: «Si tuviéramos que explicarlo hoy con terminología moderna – germánica – diríamos que el testador ha creado una carga real sobre los predios Potizianos en favor de los Lutazianos, figura que si bien está admitida en el Derecho alemán, no tiene claros contornos en el Derecho positivo español, ni tampoco lo tiene en Derecho romano». Su quest'ultima ipotesi si avrà modo di tornare nel corso del presente lavoro. Ancora, sul concreto svolgersi del ragionamento di Paolo nel quadro della prassi giurisprudenziale v. G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit., p. 215, il quale evidenzia come i giureconsulti vagliassero volta per volta ogni rapporto che si era sviluppato nella prassi contrattuale al fine di includerlo o meno tra quelli rientranti nello schema della servitù, come nel caso esposto in Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12. Infine, è significativo che diversi autori i quali pure affrontano il problema della *servitus oneris ferendi* e della presunta validità generale del principio enunciato in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, non prendano in considerazione il brano qui esaminato. Cfr. V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., pp. 156-164 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 92-96), ciò che in questo caso dipende però dal particolare angolo prospettico che l'autore utilizza per inquadrare il problema della *servitus oneris ferendi*; L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, cit., pp. 7 e 9-15; nonché, più recentemente, R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 87-98 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 45-61).

⁷⁷ Sul punto v. assai significativamente IACOBI CUJACII... *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora*

in verità, fornisce implicitamente la soluzione illustrando il caso sul quale si era pronunciato. Infatti, egli precisa immediatamente che i fondi erano situati *diversis pagis*⁷⁸. Per questo motivo, dunque, Paolo aveva sentito la

atque emendatiora. Pars prior. Tomus tertius, Venetiis, 1788 [Observationum et emendationum liber XXIV], coll. 653-654 [Cap. XXII Ad initium l. 7. D. de servitutib. & aliquot alias leges.], secondo cui: «Eadem vero ratio intervenit & servatur in specie l. 12 D. de ann. leg. ex praediis longe dissitis certo pondere annuo salicis & arundinis relicto aliis praediis, quia & si nec servitus personalis jure constituta videatur, propterea quod non usumfructum reliquit testator, sed ex fructu praediorum libras pondo aliquot, nec servitus praedialis, quae inter praedia tantum adfinia aut adsita proxime locum habere potest, obligatur tamen ex testamento is, qui rogatus est praestare arundinis & et salicis quae dicta sunt supra». Il punto è stato esaminato anche da A. PERNICE, *Parerga*, II, *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechts zum Privatrechte*, cit., p. 98, nt. 4. Gli autori ora richiamati hanno posto in evidenza come, nel caso discusso da Paolo, la ragione per cui si dovesse escludere la servitù prediale fosse stata trovata dal giureconsulto nella distanza che separava i fondi, collocati addirittura *diversis pagis*. Concordemente v. P.E. BENZA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 57; cui adde C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., pp. 84-85; A. BUTERA, *Sulla regola di diritto «servitus in faciendo consistere nequit» (nota a Cass. 'Tosi c. Giovagnoli-Collacchioni', 6 novembre 1928)*, in *Foro it.* 54, 1929, col. 13; nonché P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 185.

⁷⁸ E non mi sembra di secondaria importanza il fatto che Paolo avesse sentito il bisogno di collocare la precisazione circa la collocazione dei fondi proprio in apertura. L'aggettivo *diversus* assume una coloritura assai forte nell'economia del discorso paolino. È chiaro che il suo utilizzo vale a sottolineare la particolare rilevanza che doveva avere l'elemento spaziale nel condizionare la risposta del giureconsulto. Sul problema della vicinanza quale requisito della servitù v. diffusamente S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., pp. 29-35, che evidenzia come essa non vada comunque intesa nel senso di contiguità, ma che debba essere considerata, per ogni specie di servitù, in funzione dell'utilità. Di speciale rilievo è l'affermazione dell'autore relativamente alla constatazione per cui alle volte *vicinus* debba avere funzione di pronome e secondo cui «[...] la vicinanza non sia un requisito autonomo delle servitù. Essa è il criterio in pratica più efficace per assodare che la servitù è utile al fondo e non alla persona». In proposito si può rilevare, quanto al caso esaminato da Paolo, che la precisazione di Solazzi non solo trova una conferma nella decisione del giureconsulto, ma contribuisce, a sua volta, a confutare l'ipotesi di quanti vorrebbero la risposta di Paolo motivata dalla effettiva sussistenza di una prestazione positiva. Non solo, ma il concetto di utilità che vale anche a spiegare l'affermazione contenuta in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 torna nuovamente proficua in Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12 qualora si dovesse comunque ritenere applicato il principio *servitus in faciendo consistere nequit*. Ammesso che Paolo ne avesse fatto uso per motivare la propria risposta, è necessario pur sempre che esso

necessità di escludere la sussistenza di una servitù prediale, tanto più che dubbi potevano sorgere in proposito vista la particolare configurazione tra fondi («...*ex praediis Potitianis praediis Lutatianis...*») del rapporto. E non sembra si possa sostenere che il giureconsulto affermasse *servitutem iure constitutam non videri* proprio in applicazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, e che alla base della risposta negativa vi fosse la prestazione *in faciendo* gravante su alcuni dei fondi⁷⁹. Pertanto, la testimonianza non può essere addotta a sostegno dell'operatività della regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Da una analisi del passo, infatti, si desume come esso non riguardi in alcun modo, o almeno non in prima battuta, l'applicazione di essa.

Rimane allora da considerare la seconda testimonianza di cui si è accennato al principio di questo paragrafo:

Scaev. 7 dig. D. 18.1.81.1: *Lucius Titius promisit de fundo suo centum milia modiorum frumenti annua praestare praediis Gaii Seii: postea Lucius Titius*

si inquadri nel più ristretto ambito di applicazione che si è delineato a proposito del brano di Pomponio. In questo caso, infatti, è del tutto evidente che l'*utilitas* della prestazione esorbita da quella che si rivolge obiettivamente al fondo.

⁷⁹ Peraltro, A. BUTERA, *Sulla regola di diritto «servitus in faciendo consistere nequit» (nota a Cass. 'Tosi c. Giovagnoli-Collacchioni', 6 novembre 1928)*, cit., col. 13, ha giustamente evidenziato che, essendo evidentemente la prestazione che si richiedeva a carattere positivo, qualora fosse stata esatta e generalmente valida la regola sancita in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, allora il giureconsulto avrebbe dovuto certamente farne formale applicazione nel caso di specie. Il rilievo è significativo. A esso potrebbe però opporsi il fatto, già ricordato, che nella testimonianza paolina la formula che compare dopo *servitutem iure constitutam non videri*, ossia la precisazione *neque in personam neque in rem*, potrebbe aver sostituito un periodo più lungo in cui Paolo avrebbe anche potuto riferirsi alla regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Questa ipotesi però è del tutto congetturale. In ogni caso, dato che la formula *servitus in rem et in personam* costituisce un'aggiunta dei giustinianeî – a cui si deve anche il tentativo di attribuire valore generale al principio di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 – parrebbe strano che essi, adottata la prima, dimenticassero di riferirsi a quest'ultimo. Probabilmente, la fattispecie doveva loro risultare assai chiara, così come la sufficienza della spiegazione di Paolo e sentirono perciò esclusivamente il bisogno di precisare che la servitù non si era validamente costituita *neque in personam neque in rem*.

vendidit fundum additis verbis his: 'quo iure quaque condicione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt itaque habebuntur': quaero, an emptor Gaio Seio ad praestationem frumenti sit obnoxius. respondit emptorem Gaio Seio secundum ea quae proponerentur obligatum non esse.

Il testo, tratto dal settimo libro dei *digesta* di Scevola⁸⁰, è collocato dai compilatori sotto il titolo *De contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt* (D. 18.1). Lucio Tizio aveva promesso che dal proprio fondo si fornissero annualmente ai fondi di Gaio Seio centomila moggi di frumento («*Lucius Titius promisit de fundo suo centum milia modiorum frumenti annua praestare praediis Gaii Seii...*»). In seguito, Lucio Tizio alienava il proprio *praedium* aggiungendo che il fondo sarebbe stato venduto e, di conseguenza, acquistato nelle condizioni in cui esso si trovava al momento della vendita stessa («*...postea Lucius Titius vendidit fundum additis verbis his: 'quo iure quaque condicione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt itaque habebuntur'...*»). Si chiedeva quindi se l'acquirente sarebbe stato obbligato alla prestazione nei confronti di Gaio Seio («*...quaero, an emptor Gaio Seio ad praestationem frumenti sit obnoxius*»). Al quesito il giureconsulto rispondeva che l'acquirente, *secundum ea quae proponerentur*, non dovesse considerarsi obbligato nei confronti di Gaio Seio («*respondit emptorem Gaio Seio secundum ea quae proponerentur obligatum non esse*»).

Anche nel caso discusso da Scevola viene in considerazione, a prima vista, il problema di una evidentissima prestazione positiva a cui era tenuto Lucio Tizio nei confronti del predio di Gaio Seio, vale a dire la fornitura di una certa quantità di frumento. Ma pure in questo caso occorre che il brano venga analizzato tenendo in giusta considerazione gli elementi che compaiono nella descrizione della fattispecie, per accertare, precipuamente, quale fosse la natura della prestazione *in faciendo* e la volontà di Lucio

Tizio. In primo luogo, è necessario distinguere tra l'obbligazione mediante cui il promittente si era vincolato a fornire l'annua prestazione, la cui sussistenza è confermata dall'utilizzo del verbo *promitto*, dalla *lex venditionis*⁸¹. Per quanto riguarda invece quest'ultima, è opportuno

⁸⁰ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 223.

⁸¹ È assai significativo in proposito quanto si legge in IACOBI CUJACII... *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Continuatio Partis Tertiae. Tomus septimus*, cit. [Recitationes solennes ad Tit. I. Lib. XVIII. De contrahenda emptione, et de pactis inter emptorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt], coll. 1169-1170 [Ad l. LXXXI, § 1. Lucius Titius], ossia che: «Jura quaedam rebus cohaerunt quaedam personis. Jura rebus cohaerentia res ipse comitantur quoscumque possessores pervenerint. Ejus generis sunt bonitas, salubritas, servitutes [...] Hoc jus rei cohaeret, ad quemcunque possessorem venerit, ut supra. Personae cohaerentia sunt, quibus quis promisit se aliquid daturum facturumque veluti daturum 100. aureos aut aedificaturum insulam, ejus generis est obligatio praestandorum 100000. modiorum frumenti singulis annis. Hac in obligatione nulla est imposita servitus, nec omnino onus aliud, sed tantum promissori. Itaque vendito fundo, emptor non tenebitur praestare hos modios, etiamsi in contrahendo adjecta fuerit haec formula, quo jure, qua conditione: nam haec formula non significat jura personalia, quae personas non egrediuntur, transire in emptorem, sed jura realia, quales sunt servitutes». Peraltro, in precedenza, già la Glossa aveva rilevato come la testimonianza sancisse esclusivamente l'intrasmissibilità dell'obbligo contratto mediante *stipulatio* (v. gl. 'non esse' ad D. 18.1.81.1 [ed. cit., I, c. 1435] ove si afferma che: «Scilicet personaliter, cum personalis obligatio non sequatur fundum [...]»). Questa interpretazione ha trovato altri sostenitori. In particolare, P.E. BENSA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 58, rileva come, indipendentemente dal problema circa la sussistenza effettiva di un onere reale, l'affermazione in senso negativo che si riscontra nel passo riguarda solamente la trasmissibilità dell'obbligo di Lucio Tizio, mentre nulla si dice nel senso che, data la particolare configurazione *in faciendo* della prestazione, l'onere non potesse che essere personale e avere, pertanto, natura solo obbligatoria; C. FADDA, P.E. BENSA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 85, ove si sottolinea che se in effetti la possibilità di onerare il fondo fosse stata ritenuta giuridicamente impossibile, è assai verosimile che la questione non sarebbe stata risolta implicitamente, ma Scevola avrebbe fatto espresso riferimento a una norma generale; A. BUTERA, *Sulla regola di diritto «servitus in faciendo consistere nequit» (nota a Cass. 'Tosi c. Giovagnoli-Collacchioni', 6 novembre 1928)*, cit., coll. 13-14, oltre a propendere per la natura meramente obbligatoria della prestazione, ritiene che comunque dovesse trattarsi in realtà di un onere di contenuto positivo con cui si sarebbe inteso gravare il fondo e che la risposta del giureconsulto non sarebbe conseguita all'applicazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit* ma alla particolare volontà manifestata dai contraenti, che avrebbero in verità voluto far sorgere un rapporto di

precisare che trattandosi di obbligo meramente personale parrebbe che intenzione del venditore dovesse essere solo quella di far sopportare agli acquirenti futuri ogni peso insistente sul fondo, tanto che essi si sarebbero così obbligati per tutto ciò che avesse costituito *condicio fundi*⁸². Assodato

tipo meramente obbligatorio; P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 186, rileva ugualmente come dovesse trattarsi nel caso di una mera promessa. Occorre anche considerare che, seppure da un diverso angolo visuale volto comunque a confutare la possibilità di diritti reali con contenuto *in faciendo*, attribuisce natura obbligatoria al rapporto discusso in Scaev. 7 dig. D. 18.1.81.1 anche L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, cit., p. 7, focalizzando l'attenzione sull'elemento della trasmissibilità solo personale dell'obbligo così contratto.

⁸² D'altra parte, B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 126 (in precedenza, anche P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 186 aveva espresso la medesima opinione su questo punto specifico) ha creduto di poter scorgere nel tenore del brano la vera intenzione delle parti, che sarebbe stata appunto quella di onerare in senso proprio i *praedia* con una prestazione periodica da fondo a fondo. A tal proposito può venire in soccorso, in effetti, anche il già esaminato Paul. 13 resp. D. 33.1.12, che per comodità si riporta nuovamente nella parte che interessa: *Gaius Seius praedia diversis pagis Maeviae et Seiae legavit et ita cavit: 'praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundaie annua librarum singula milia': quaero, an id legatum defuncta legataria exstinctum sit [...]*. Se si analizza con più attenzione il caso emerge chiaramente come esso sia simile, rispetto a quello risolto da Paolo, nel concreto svolgimento fattuale. Infatti, Gaio Seio disponendo il legato stabiliva espressamente che la dazione delle milletrecento canne e delle mille libbre di salice mondato dovesse effettuarsi *ex praediis Potitianis praediis Lutatianis*, e che dunque la prestazione si sarebbe potuta considerare astrattamente come sussistente tra fondi, tanto che Paolo si era premunito di avvertire, per sgomberare il campo da possibili fraintendimenti, che *servitutem iure constitutam non videri*. Del pari, se si prende in considerazione Scaev. 7 dig. D. 18.1.81.1 apparirà come il rapporto sia costruito anche qui essenzialmente rispetto al fondo di Lucio Tizio («*Lucius Titius promisit de fundo suo centum milia modiorum frumenti annua praestare praediis Gaii Seii...*»), che si obbligava verso Gaio Seio a prestare una certa quantità di frumento. È chiaro come i due giureconsulti avessero ben compreso la reale natura dei rapporti su cui si erano pronunciati decidendo, pertanto, di evidenziare nei termini esatti i principali elementi caratterizzanti le fattispecie. Paolo si premura, come si è veduto, di specificare immediatamente che i *praedia* si trovavano *diversis pagis*, ma anche che la prestazione si doveva *ex praediis Potitianis praediis Lutatianis*; Scevola dal canto suo, oltre a evidenziare che anche qui i moggia di frumento per i quali Lucio Tizio si era obbligato dovevano provenire *de fundo suo* e a vantaggio del predio di Gaio Seio, utilizza il verbo *praestare*. E non si può addurre per confutare la ricostruzione qui esaminata il fatto che sarebbe stato implicito, vista la particolare

ciò, potrebbe tuttavia sorgere il dubbio sul fatto che, effettivamente, Lucio Tizio avesse l'intenzione di onerare il fondo facendo gravare su di esso una prestazione periodica a favore dei *praedia* di Gaio Seio. Ciò si intuisce peraltro dalla formulazione della *lex venditionis*, in base alla quale l'acquisto del fondo sarebbe dovuto avvenire alle stesse condizioni in cui esso si trovava al momento della vendita, vale a dire, nelle intenzioni del venditore, gravato da quel particolare onere⁸³.

Si potrebbe prospettare, dunque, la seguente ipotesi ricostruttiva. Innanzi tutto, è da escludere che la risposta fornita da Scevola si basasse sulla considerazione per cui nel caso concreto, essendo la prestazione *in faciendo*, e operando con validità generale la regola *servitus in faciendo consistere nequit*, la particolare situazione si configurasse appunto come onere reale contrario al precetto ora ricordato. Scevola escludeva che l'acquirente del fondo dovesse fornire quella data quantità di frumento a Gaio Seio non perché ciò, sostanziandosi in una prestazione positiva, fosse contrario a Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, ma perché, a ben vedere, il particolare rapporto giuridico a cui si era addivenuti costituiva una mera promessa, non suscettibile di instaurare fra le parti un rapporto di tipo reale, anche se la

natura della prestazione di Lucio Tizio, che il frumento si dovesse ricavare dal suo fondo e non invece da altre fonti (per esempio acquistandolo presso terzi) e che dunque la precisazione di Scevola non avesse alcun valore sotto il profilo giuridico. Diviene chiaro, pertanto, che anche in Scaev. 7 *dig.* D. 18.1.81.1 la configurazione *in faciendo* della prestazione non dovesse avere alcuna rilevanza nella risposta del giureconsulto.

⁸³ È significativo che C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 86 si chiedessero retoricamente «E se in generale l'onere del fondo fosse stato considerato come un'impossibilità giuridica, si sarebbe posta, nel modo con cui si è fatto, la questione, e la si sarebbe risolta senza accennare alla norma generale? O l'essersi appunto proposta la questione, non lascia supporre, che il dubbio derivava dall'indole, che in concreto aveva la prestazione? E il modo stesso con cui risponde Scevola non pare presupponga, che, dati altri elementi di fatto, la risposta sarebbe stata diversa?». Anche A. BUTERA, *Sulla regola di diritto «servitus in faciendo consistere nequit» (nota a Cass. 'Tosi c. Giovagnoli-Collacchioni', 6 novembre 1928)*, cit., col. 13 ha ritenuto che Scevola non avesse disconosciuto, fornendo quella particolare risposta, la possibilità di onerare il fondo di Lucio Tizio.

prestazione, come nel caso di Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12, avrebbe potuto intendersi come da fondo a fondo⁸⁴.

Occorre però anche considerare come nel caso concreto si sarebbe potuta articolare la volontà di Lucio Tizio, specie alla luce, come già si è avuto modo di dire brevemente, della *lex venditionis*⁸⁵. E probabilmente non è del tutto da escludere che in realtà, nel caso concreto, le parti volessero effettivamente giungere all'obiettivo di onerare il fondo in senso proprio. Sul punto è significativo notare che la mancata costituzione di un onere reale potrebbe essere dovuta a un errore nella scelta del mezzo giuridico a ciò destinato, tanto che la natura solo obbligatoria dell'impegno assunto si rendeva evidente nell'impiego, da parte del proprietario-alienante, del verbo *promitto*⁸⁶. Depone in questo senso anche il fatto che, in effetti, lo stesso

⁸⁴ Cfr. P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 186.

⁸⁵ Si noti che S. RANDAZZO, *Leges Mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, p. 128 e nt. 132, mette in evidenza come – pur con qualche dubbio legato al fatto che non necessariamente le *leges venditionis*, comunque contenenti formule non troppo dissimili da quelle delle *leges Mancipii*, debbano appartenere al gruppo delle *leges Mancipio dictae* – la particolare clausola relativa alla *emptio* del fondo che viene ricordata da Scevola potrebbe richiamare, anche vista la simile terminologia rispetto ai *verba* impiegati nel caso delle servitù urbane, quella delle *leges Mancipio dictae* di più antica origine.

⁸⁶ Sul punto è opportuno notare che non vi è concordia tra gli autori nel ritenere che solo in epoca postclassica si ammise come mezzo di costituzione delle servitù anche quello per *pactio et stipulatio* e che prima di tale innovazione si annoverassero tra i modi di costituzione solo la *Mancipatio* e la *in iure cessio*. La ricostruzione della storiografia tradizionale traspare bene dal discorso svolto sul punto da S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., pp. 92-105. È opportuno ripercorrere brevemente i tratti salienti della ricostruzione. In particolare, andrebbero letti in questi termini i rimaneggiamenti che possono riscontrarsi su Pomp. 32 *ad Sab.* D. 8.6.19: *Si partem fundi vendendo lege caverim, uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum tempus intercesserit, antequam rivum facerem, nihil iuris amitto, quia nullum iter aquae fuerit, sed manet mihi ius integrum: quod si fecissem iter neque usus essem, amittam*. Nello specifico si può notare come risulti essere stato eliminato dal testo l'elenco dei negozi solenni mediante i quali sarebbe stato possibile costituire la servitù, sancendo pertanto l'immediata efficacia del contratto di compravendita per la costituzione di quest'ultima. Un ulteriore indizio in questo senso si può ricavare da Iul. 7 *dig.* D. 8.5.16: *Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas*

stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptiois immisum habeam, quaero, an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim. respondi utroque auxilio me usurum. Qui si era proceduto a sopprimere il riferimento all'*actio empti* affinché si intendesse come il solo adempimento della vendita fosse autonomamente in grado di far sorgere in capo all'acquirente il diritto di servitù. Secondo questa ricostruzione, dunque, la novità postclassica era stata definitivamente recepita e consolidata dai compilatori giustiniane, come proverebbero appunto le alterazioni individuate nei testi di Pomponio e Giuliano. Una ricostruzione differente è proposta da G. PROVERA, *Servitù prediali e obbligazioni «propter rem»*, cit., pp. 15-47. Lo studioso, riscontrata l'impossibilità che per *mancipatio* e *in iure cessio* si costituissero l'usufrutto e la servitù su fondi provinciali (dato che l'impiego di tali mezzi avrebbe presupposto il *dominium ex iure Quiritium*), credette utilizzabile allo scopo il modo per *pactio et stipulatio*. Secondo Provera da Gai. 2.31 si potrebbe però desumere il criterio guida per il superamento dell'antinomia sussistente fra la tesi secondo cui si sarebbe avuta esclusivamente la costituzione di un rapporto di natura meramente obbligatoria e quella di segno contrario che ne rimarcava la natura reale. In questi termini allora, si sarebbe potuta intendere la *stipulatio in non faciendo* ponendo mente al fatto che la *pactio* a essa collegata avrebbe potuto dar vita un diritto di servitù o usufrutto. La ricostruzione ora per sommi capi accennata deve essere al contempo letta anche considerando la *communis opinio* che propende per l'inammissibilità dell'obbligazione *propter rem*, nonostante il fatto che i romani non fossero del tutto riluttanti nell'ammettere particolari figure rientranti in questa categoria, come nel caso delle *actiones noxales* o dell'*actio aquae pluviae arcendae*. Si rendeva necessario trovare una soluzione in relazione alla sancita non trasmissibilità del *vinculum iuris*. Non si può escludere che proprio per aggirare questo problema siano stati ammessi rapporti riconducibili all'obbligazione *propter rem*. Ciò, secondo Provera, si sarebbe potuto desumere dal tenore di Ulp. 49 *ad Sab.* D. 45.1.38.10 relativo alla trasmissione ereditaria di uno *ius* di *uti frui*. Si potrebbe addurre a ulteriore conferma di questa ipotesi anche Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.27.4 relativo ad una *servitus stipulatione debita*, e in merito al quale l'autore notava come Ulpiano, avendo prospettato quella soluzione, doveva presupporre un rapporto obbligatorio in luogo della fattispecie reale. Ancora, soccorrerebbe a questo proposito anche Iul. 52 *dig.* D. 45.1.56.4. Sono peraltro convincenti i dati addotti da Provera e volti a escludere che nel caso di specie si dovesse trattare di una *servitus* costituita per *in iure cessio*. E non priva di fondamento sembra essere l'idea dell'autore che possa trattarsi, nel caso di specie, di una servitù costituita su fondo provinciale nella forma di una obbligazione con soggetti variabili. Oltretutto, è assai significativo che relativamente a fattispecie così costituite si parli esclusivamente di servitù o usufrutto, con la conseguenza che non si sarebbe potuto trattare di rapporti solo obbligatori o solo reali. Provera ipotizza pertanto che nei casi sino a ora esaminati si possano individuare particolari obbligazioni ambulatorie scopo delle quali doveva essere quello di aggirare il divieto di costituire servitù e usufrutto su fondi provinciali. In questi termini si può anche meglio inquadrare il nesso che legava la *pactio* e la *stipulatio*. Così, la prima doveva essere manifestazione dell'intenzione di costituire una servitù in forma obbligatoria, mentre la seconda sarebbe risultata idonea a produrre tale effetto. È

proprietario alienante aveva ritenuto di dover specificare che la fornitura di frumento sarebbe dovuta avvenire *de fundo suo*, sancendo in questo modo l'inerenza del rapporto direttamente al fondo che, stante la *lex venditionis*, sarebbe stato acquistato gravato dall'onere.

Non sembra che nella fattispecie ora esaminata abbia avuto qualche rilevanza il principio *servitus in faciendo consistere nequit* e né tantomeno che esso sia stato in qualche maniera tenuto in conto da Scevola. Non vi sono elementi che possano far propendere per una diversa ricostruzione. Non è assolutamente probante il fatto che la prestazione incombente sul proprietario-alienante avesse contenuto *in faciendo*, dato che, come è stato notato, se l'inammissibilità di essa fosse conseguita a una effettiva violazione della regola, Scevola vi avrebbe certamente dovuto fare riferimento, allo stesso modo in cui ne avrebbe dovuto accennare Paolo nella testimonianza più sopra esaminata. In nessuno dei due testi invece si fa alcuna allusione al fatto che esso sia stato effettivamente applicato per risolvere le questioni ivi prospettate. E anzi, è forse opportuno domandarsi se effettivamente nei casi sottoposti ai due giureconsulti si dovessero individuare delle figure assimilabili agli oneri reali⁸⁷. La domanda deve

pur vero che in età postclassica sarebbero mutati i termini della questione, e del pari, essendo anche venuta meno la distinzione tra fondi provinciali e italici, variarono del pari i presupposti per estendere l'uso dell'*obligatio propter rem*. Sulla particolare questione v. più recentemente anche F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, Milano, 2011, pp. 355-363.

⁸⁷ La questione è particolarmente complessa. Le maggiori difficoltà derivano da problematiche di carattere dogmatico e ricostruttivo in relazione a questa particolare figura, alle quali ora si accennerà soltanto e che verranno affrontate *ex professo* nel corso della trattazione. L'analisi dei particolari rapporti giuridici che le fonti esaminate prospettano, si scontra infatti con una prima questione relativa alla distinzione tra oneri reali e *obligationes propter rem*, e dunque all'individuazione di una serie di caratteristiche atte a differenziare eventualmente le due fattispecie. Per procedere a tale studio, con ogni cautela possibile, si potrebbe partire facendo riferimento all'elaborazione che sul punto si è avuta per merito della dottrina civilistica, nonostante le molte difficoltà manifestate dagli autori che hanno affrontato la questione e che non hanno permesso di giungere a risultati del tutto soddisfacenti. Non si può peraltro dimenticare che la difficoltà di cui si è ora detto

è legata tanto al concetto stesso di diritto reale – dato che l’attribuzione del carattere della realtà a rapporti che prevedano, nella loro struttura e a carico dell’onerato, prestazioni consistenti in un *facere*, è in contraddizione con la tradizionale configurazione del diritto reale – quanto alla complessa questione relativa alla non chiara e sfuggente distinzione che dovrebbe intercorrere tra l’onere reale e l’*obligatio propter rem*. Per il diritto romano si può accennare al fatto che per una corrente di pensiero l’operatività di questa seconda categoria (a cui apparterebbe anche la *refectio* nella *servitus oneris ferendi*) è posta in relazione da G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell’impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 258-261, con quelle particolari azioni *in personam* in cui la legittimazione, tanto attiva che passiva, sarebbe dipesa dalla titolarità di un diritto o dalla sussistenza di una particolare situazione di fatto sulla *res*, e che si sarebbero differenziate rispetto a quelle reali per la previsione di un *oportere* a carico del convenuto conseguente al rapporto con la cosa. Tale ricostruzione individua in questa maniera una specifica e chiusa categoria di azioni a soggetto variabile ricomprendenti anche quelle situazioni (che prevedono particolari prestazioni periodiche di contenuto positivo a carico di un soggetto) passibili di essere qualificate alla stregua di *obligationes propter rem*. In ogni caso, rimarrebbero distinte e separate le categorie dei diritti reali e di obbligazione e, conseguentemente, le *actiones in rem* e *in personam*. Come si accennava poc’anzi, non più chiara si presenta la situazione nel panorama della civilistica moderna. Sul punto, per un inquadramento generale del problema, si può rimandare alla lettura di G. GANDOLFI, s.v. ‘Onere reale’, in *ED*, XXX, Milano, 1980, pp. 127-128; cui adde A. FUSARO, s.v. ‘Obbligazione «propter rem» ed onere reale’, in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995, pp. 390-392. È però il caso di segnalare, sin da ora, come non siano mancati i tentativi volti a tracciare in modo definito i contorni del “tipo” onere reale, e diretti a distinguere da esso le obbligazioni *propter rem*. È opportuno segnalare lo studio di G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950, pp. 34-50 (fautore comunque della natura obbligatoria di entrambe le fattispecie), che per queste ultime individuava le seguenti caratteristiche. All’interno della categoria delle *obligationes propter rem* sarebbero ricompresi diversi rapporti di natura meramente obbligatoria ma caratterizzati da prestazioni a scadenza periodica, di contenuto positivo, con soggetto passivo individuabile nel proprietario, possessore del fondo o titolare di un diritto reale di godimento. La tutela di tali prestazioni periodiche sarebbe stata implementata grazie a una garanzia reale (con diritto di prelazione), sorta automaticamente al momento della costituzione del rapporto obbligatorio e non legata quanto alla sua operatività e ove non diversamente previsto, a obblighi di trascrizione o pubblicità. L’adempimento si sarebbe potuto pretendere dal proprietario, dal possessore o dal titolare del diritto attuale o da colui che fosse stato tale al momento della scadenza e l’onerato avrebbe avuto diritto di abbandono. Balbi riteneva che la configurazione originaria degli oneri reali avesse, in realtà, la funzione di ovviare alla mancanza di una garanzia di tipo ipotecario priva del necessario adempimento inerente all’aspetto della pubblicità (*contra*, v. già A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni “ob rem”*, Roma, 1915, pp. 9-11). In relazione invece all’onere reale, si sarebbero potute enumerare le seguenti differenze. In primo luogo, la prestazione sarebbe stata legata al diritto di proprietà o al possesso solo al fine di tutelarne l’adempimento, e pertanto sul fondo si

necessariamente essere posta, tanto più che nell'ambito pubblicistico la questione è stata risolta, come si vedrà, in senso affermativo⁸⁸.

È quindi necessario un breve accenno allo sviluppo degli oneri reali nel diritto pubblico.

sarebbe potuto rivalere il creditore rimasto insoddisfatto. Inoltre, il proprietario attuale del fondo, nel caso di onere reale, non sarebbe responsabile (al contrario del precedente *dominus*) per tutte quelle prestazioni ormai scadute e relative al periodo in cui egli ancora non vantava diritti di sorta sul fondo. Infine, andrebbe segnalata l'ultima differenza che intercorrerebbe per quanto riguarda la derelizione. Nel caso di onere reale, tramite abbandono, il derelinquente non avrebbe conseguito la liberazione per le prestazioni scadute risalenti al periodo in cui era proprietario. Come si è ricordato, il risultato a cui giungeva Balbi prospettava per entrambe le figure natura obbligatoria. Su quest'ultimo punto, particolarmente proficua è la lettura di V. MARICONDA, *Vincoli alla proprietà e termini di durata*, in *Corr. giur.* 9, 1987, pp. 964-966, ove l'autore ha ben evidenziato come l'orientamento teso a ricondurre entrambe le figure al rapporto obbligatorio (in altri termini la conclusione a cui perviene pure, come si è visto, Balbi), sia il portato della concezione classica del diritto reale, che vede quest'ultimo come potere del soggetto *erga omnes* immediatamente esercitabile sulla *res*. Quest'ultima concezione, per un verso già posta in discussione da una risalente monografia di M. GIORGIANNI, *Contributo allo studio dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milano, 1940, *passim* e pp. 135-173, sarebbe ormai in via di superamento in conseguenza dell'emersione di nuovi e differenti criteri volti a individuare la categoria dei diritti reali: l'inerenza passiva e il diritto di sequela.

⁸⁸ Senza dimenticare, peraltro, l'opinione di molta parte della dottrina che ha comunque negato la possibilità di individuare, già per il diritto romano, casi che fossero riconducibili a situazioni assimilabili (e dunque provviste delle caratteristiche a essi proprie) agli oneri reali. Su questo punto specifico è sufficiente per ora rimandare alla lettura di A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, cit., pp. 9-33.

4. Cenni agli oneri reali nel diritto pubblico romano

Come si è brevemente accennato nel corso del presente studio, la possibilità che il diritto pubblico romano avesse conosciuto figure assimilabili a quelle che la moderna civilistica chiama oneri reali non è affermazione nuova e si ricollega, principalmente (ma non solo), alla discussa questione riguardante la proprietà dei fondi provinciali⁸⁹ e alle imposte che su di essi gravavano: lo *stipendium* e il *tributum*⁹⁰.

Sotto questo profilo è bene evidenziare come in entrambi i casi si

⁸⁹ Per un primo inquadramento del problema v. J.W. KUBITSCHKEK, s.v. 'Ager', in *RE*, I, Stuttgart, 1894, coll. 791-793; A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., pp. 11-12; C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', cit., p. 376.

⁹⁰ Quanto, invece, alle prestazioni tributarie, in relazione cioè al *tributum* e allo *stipendium*, va subito segnalato che il *tributum*, nonostante l'uso alternativo del termine per indicare lo *stipendium*, si differenzia rispetto a quest'ultimo poiché con il termine *stipendium* si usava individuare ogni tipo di reddito ricavabile dai beni demaniali. Per quanto interessa in questa sede, è opportuno segnalare come tenuti alla prestazione fossero i possessori *pro tempore* del predio che rispondevano anche per eventuali arretrati (cfr. su questo punto C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', cit., p. 377; nonché C. FADDA, P.E. BENSA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 78). Altre province erano invece soggette allo *stipendium*. È bene ribadire, seguendo G.I. LUZZATTO, s.v. 'Tributum', in *NNDI*, XIX, Torino, 1973, p. 852, che la scelta di una differente forma di imposizione fiscale rispecchiava una ben precisa scelta di carattere politico. In particolare, riflettendo sul fatto che lo *stipendium* diversamente dal *tributum* fornisce una prova in merito all'autonomia della comunità soggetta circa l'esazione e del pari in relazione alla ripartizione dei carichi fiscali, diviene chiara la ragione per cui si decise di assoggettare a *tributum* solo la Sicilia e le province asiatiche. In ogni caso è bene tenere presente, come specifica G.I. LUZZATTO, s.v. 'Stipendium', in *NNDI*, XVIII, Torino, 1957, p. 444, che lo *stipendium* in età repubblicana costituiva un'imposta a cui erano soggette le comunità vinte, che comunque conservavano piena libertà quanto a ripartizione e a esazione, che però venne meno, come è stato rilevato da A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 13, a seguito dell'instaurarsi dell'Impero. Bisogna notare infatti che, nonostante le comunità locali continuassero a riscuotere lo *stipendium* e fossero anche responsabili per la riscossione, l'ammontare di esso veniva determinato con riferimento al singolo fondo. Fu per tale motivo che la nozione di *stipendium* venne in progresso di tempo a confondersi con quella di *tributum*. Sui punti qui brevemente accennati v., oltre agli autori già richiamati, anche F. GRELLE, *Stipendium vel tributum. L'imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo*, Napoli, 1963, *passim* e pp. 19-21.

trattasse di situazioni caratterizzate dal fatto di essere prestazioni di tipo periodico, connotate da perpetuità, oltre che da una forma di responsabilità del possessore *pro tempore* per gli arretrati⁹¹.

L'attenzione non deve essere rivolta però solo a queste forme di imposizione di carattere fiscale. È rilevante notare come per la questione affrontata in questa sede vengano in considerazione anche il *vectigal*, le fondazioni alimentari, nonché gli oneri di contribuzione relativi alle opere di manutenzione delle cloache, delle strade e degli acquedotti. Proprio in riferimento al *vectigal* si può esaminare la seguente testimonianza:

Pap. Iust. 2 *de const.* D. 39.4.7 pr.: *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere eoque exemplo⁹² actionem, si ignoraverint, habituros.*

Il breve testo è tratto dal secondo dei libri *constitutionum* di Papirio Giusto⁹³ e collocato dai compilatori giustinianeî sotto il titolo *De publicanis et vectigalibus et commissis* (D. 39.4). Il brano, sebbene assai conciso, è di notevole importanza. In esso si tramanda, infatti, un rescritto dei *divi fratres*⁹⁴ che definisce espressamente la prestazione *obligatio rei*. In buona sostanza, da una parte, era il fondo a essere considerato debitore («...in

⁹¹ Cfr. sul punto C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 78.

⁹² Cuiacio ritenne di dover emendare in luogo di ‘*exemplo*’, ‘*ex empto*’. In questo senso infatti v. IACOBI CUJACII... *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Pars Prima. Tomus primus*, Prati, 1836 [Observationum et emendationum Liber I], col. 8 [Cap. V. Aliud ex Papirio Justo rescriptum emendatum], ove il giureconsulto di Tolosa così afferma: «Credo legendum esse: ex empto, non exemplo: atque libri mei scripti habent. Ideoque recte subicit: si ignoraverint: constat enim scientibus actionem ex empto non dari. Possessores igitur in eo rescripto, id est, emptores». La proposta di emendazione venne segnalata, ma non accolta, da TH. MOMMSEN, *Editio maior, ad h.l.*, nt. 6.

⁹³ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 949.

⁹⁴ G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano, 1963 [rist. Bologna, 2012], p. 112.

vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri...»), dall'altra, però, l'attuale possessore del fondo risultava responsabile per gli eventuali arretrati («...et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere...»)⁹⁵.

⁹⁵ A. PERNICE, *Parerga*, II, *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechts zum Privatrechte*, cit., pp. 72-83, aveva posto in evidenza come il diritto pubblico romano riconoscesse figure particolari di *obligatio rei*, pur ritenendo che i giureconsulti romani di età imperiale avessero intuito l'anormalità di tali figure che non potevano rientrare negli schemi previsti dal diritto privato. Diversamente e assai significativamente P.E. BENZA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 54, segnala come la testimonianza abbia il merito di sottolineare fortemente il carattere della realtà dell'onere, tanto da affermare che ciò: «[...] contribuisce a dimostrarci che l'indole della servitù non può essere esclusivamente in non facere, giacché allora in qualunque altro diritto reale si dovrebbe riscontrare questa esclusività del carattere del contenuto»; cui *adde* A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 13; C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 79; P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., pp. 186-187, il quale peraltro fa notare l'evidente parallelismo dell'affermazione *ipsa praedia non personas conveniri* rispetto a quanto si legge in Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.6.2*, ossia, in riferimento alla *servitus oneris ferendi*, che *hanc servitutem non hominem debere sed rem*. Di oneri reali, pur limitando l'esistenza della figura al solo diritto pubblico e attribuendo alla legge la forza di imporre pesi di tal genere, parla B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 124-125, che si riferisce a una «responsabilità in faciendo con effetti reali». Diversamente, riconduce alla categoria dell'*obligatio propter rem* il complesso di figure che si rinvengono nell'esame delle testimonianze del diritto pubblico, di cui si dirà più oltre, G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, cit., pp. 111-124; nonché, nello stesso senso, G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 181-181 (opinione ribadita anche in *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., pp. 81-82). Nella letteratura più recente L. MAGANZANI, *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico*, in *Iuris antiqui historia. An international journal on ancient law* 3, 2011, p. 169, nt. 3, occupandosi del brano in esame, ritiene che «Il passo, dunque, non documenta la figura del cd. 'onere reale' o '*obligatio propter rem*' in base alla quale l'*obligatio* si considera inerente immediatamente al fondo anziché alla persona del titolare», dimostrando di accostare – secondo una corrente dottrinale della civilistica moderna che oblitera la categoria dell'onere reale facendola confluire in quella dell'*obligatio propter rem* (sul punto v. i rapidi ragguagli di A. FUSARO, s.v. '*Obbligazione «propter rem» ed onere reale*', cit., p. 390) – le due figure, mentre in un successivo contributo l'autrice parla genericamente di oneri che gravano direttamente sui fondi (cfr. infatti *L'obligatio praediorum nella Tabula Alimentaria veleiate: profili tecnico-giuridici*, in *Atti del*

Ai fini che qui ci si propone di raggiungere è opportuno focalizzarsi sull'elemento principale che si ricava dalla testimonianza, vale a dire l'inerenza al fondo della prestazione, tanto che, come si desume dallo stesso brano, a essere gravato era il predio pur a fronte della responsabilità del possessore attuale quanto agli arretrati.

Un discorso del medesimo genere può farsi anche per le fondazioni alimentari⁹⁶. In proposito, si può notare come per mezzo di una fondazione

IV Convegno Internazionale di Studi Veleiati. Veleia-Lugagnano Val d'Arda, 20-21 Settembre 2013, Bologna, 2014, p. 162). Sotto questo profilo sarebbe forse più opportuno continuare a mantenere distinte le due figure sulla base di alcuni punti e nonostante una serie di sovrapposizioni di elementi comuni a entrambe le categorie. Sempre in riferimento alla teoria generale del diritto civile, è stato rilevato, in particolare, che varrebbe a distinguere l'onere reale dall'*obligatio propter rem* il fatto che nel primo caso la responsabilità dell'onerato non potrebbe mai eccedere il valore del bene su cui insiste l'onere, mentre nel caso dell'*obligatio* il soggetto passivo sarebbe illimitatamente responsabile. Si rileva, ancora, che nel caso dell'onere reale varrebbe a liberare l'onerato tanto il perimento del bene quanto l'abbandono liberatorio. Si è ancora ipotizzato che la distinzione andrebbe individuata anche nel differente tipo di prestazioni che, nel caso di onere reale, consisterebbero solo in prestazioni di carattere positivo (che si risolverebbero in un *facere*), mentre tra le *obligationes propter rem* rientrerebbero anche una serie di situazioni con prestazioni di carattere eminentemente negativo. Sul punto può certo rilevare, sia detto qui *per incidens*, anche un certo pregiudizio – già messo in luce da A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., pp. 36-37 – di carattere storico che vorrebbe la categoria degli oneri reali assente nel diritto romano e pertanto difficilmente inquadrabile negli schemi concettuali che l'odierno ordinamento civilistico ha da esso ricevuto (v. in questo senso G. GANDOLFI, s.v. '*Onere reale*', cit., p. 129).

⁹⁶ Così C. FERRINI, s.v. '*Obbligazione*', cit., pp. 377-378; A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., pp. 14-15; C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 78. Sul generale tema degli alimenti v. G. SEGRÈ, *Sulle istituzioni alimentari imperiali. Nota ad una monografia del Brinz*, in *BIDR* 2, 1889, pp. 78-106 (= ripubblicato con il titolo, *Sulle istituzioni alimentari imperiali. A proposito di una monografia del Brinz*, e una *Addizione*, in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, pp. 36-96); ID., *Nuove osservazioni in tema di istituzioni alimentari imperiali*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, I, Padova, 1935, pp. 349-366; F. LANFRANCHI, "*Ius exponendi*" e *obbligo alimentare nel Diritto romano-classico*, in *SDHI* 6, 1940, pp. 5-69; R. ORESTANO, s.v. '*Alimenti (diritto romano)*', in *NNDI*, I.1, Torino, 1957, pp. 482-484; G. LAVAGGI, s.v. '*Alimenti (diritto romano)*', in *ED*, II, Milano, 1958, pp. 18-21; M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR* 73, 1970, pp. 323-355; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo* 47, 2001, pp. 28-62.

alimentare si onerasse un fondo affinché prestasse una rendita annua a favore di una città e per scopi di carattere solidaristico. Le fonti usano indicare le fondazioni come *obligationes praediorum*⁹⁷. La costituzione delle fondazioni poteva avvenire in diversi modi. Un privato cittadino poteva trasferire a questo scopo un predio alla città, la quale avrebbe

⁹⁷ Si consideri espressamente quanto si legge nella Tavola di Veleia (in K.G. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, II, *Leges et negotia*, ed. O. Grandewitz, Tübingen, 1909⁷ [rist. Aalen, 1969], § 145, pp. 346-347): *Obligatio praediorum ob HS deciens quadraginta quattuor milia, ut ex indulgentia optimi maxime principis imp. Caes. Nervae Traiani Aug. Germanici Dacici pueri puellaeque alimenta accipiant [...]*. Sulla *Tabula alimentaria* di Veleia v. almeno A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991, pp. 101-102; cui adde L. MAGANZANI, *L'obligatio praediorum nella Tabula Alimentaria veleiate: profili tecnico-giuridici*, cit., pp. 162-163 (e della stessa autrice, più in breve, il precedente studio, *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico*, cit., p. 169), ove si ipotizza come per lo sviluppo dell'*institutio alimentaria* si guardò, quale esempio di onere gravante sul fondo, proprio al modello degli *agri vectigales*. Pure interessante è la Tavola Bebiana (la si v. in *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, III, *Negotia*, edidit Vincentius Arangio-Ruiz, Editio altera. *Appendice aucta*, Florentiae, 1969, p. 381, nt. 1), dove si riscontra sempre la medesima terminologia: *Qui i(nfra) s(cripti) s(unt,) ex praecepto optimi maxime principis obligarunt prae[di]a, ut ex em]pto Ligures Baebiani / [usuras semestres i(nfra) s(criptas) percipiant e]t ex indulgentia eius pueri puellaeque alimenta accipiant*. Per l'analisi relativa al contenuto della *Tabula* v. A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, cit., pp. 101-102; nonché J.M. BLANCH, *La tabula de los Ligures Baebiani: un testimonio epigráfico de la Administración de Trajano*, in *Revista digital de Derecho Administrativo* 17, 2017, pp. 21-37. La terminologia testimoniata dalle fonti epigrafiche è usata anche in Cic. *leg. agr.* 3.2.9: *Optimo enim iure ea sunt profecto praedia quae optima condicione sunt. Libera meliore iure sunt quam serva: capite hoc omnia quae serviebant non servient. Soluta meliore in causa sunt quam obligata: eodem capite subsignata omnia, si modo Sullana sunt, liberantur. Immunia commodiore condicione sunt quam illa quae pensitant: ego Tusculanis pro aqua Crabra vectigal pendam, quia mancipio fundum accepi; si a Sulla mihi datus esset, Rulli lege non penderem*. Inoltre, essa si rinviene nell'uso dei gromatici: v. Hyg. *de cond. agr.* 5: *Vectigales autem agri sunt obligati [...]*. Sulla testimonianza di Cicerone e sul brano tratto dal *de condicionibus agrorum* di Igino, v. in breve L. MAGANZANI, *L'obligatio praediorum nella Tabula Alimentaria veleiate: profili tecnico-giuridici*, cit., p. 163; cui adde J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Acerca de las obligationes praediorum en la tabula veleias*, in *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*, III, Madrid, 2016, pp. 167-168. Possono ancora ricordarsi, all'interno dei *Digesta*, i seguenti brani: Pap. 17 *resp.* D. 2.14.2; Ulp. 1 *opin.* D. 2.14.52.2; Cels. 18 *dig.* D. 7.1.7.2; Paul. 7 *brev.* D. 25.1.13; Paul. 33 *resp.* D. 33.2.28; Hermog. 1 *iur. epit.* D. 50.5.11.

provveduto a far sì che esso venisse gravato appunto tramite *vectigal* e, successivamente, lo avrebbe restituito all'originario proprietario. Poteva invece accadere che i proprietari, avendo ricevuto una somma di denaro messa loro a disposizione dall'imperatore, onerassero i propri fondi in modo che essi fornissero prestazioni periodiche e perpetue⁹⁸. Alcune incertezze sussistono in relazione alle conseguenze del mancato pagamento del canone. Verosimilmente, comunque, si può ipotizzare che il fondo ritornasse alla città che lo avrebbe poi reso nuovamente gravato dal canone periodico⁹⁹.

⁹⁸ Proprio del primo modo di costituzione, ossia quello tramite *vectigal* imposto dalla città, si dà notizia in Plin. *epist.* 7.18: *C. Plinius Caninio suo s. 1. Deliberas mecum quemadmodum pecunia quam municipibus nostris in epulum optulisti post te quoque salva sit. Honestam consultatio, non expedita sententia. Numeres rei publicae summam? verendum est ne dilabatur. Des agros? ut publici neglegentur. 2. Equidem nihil commodius invenio quam quod ipse feci. Nam pro quingentis milibus nummum, quae in alimenta ingenuorum ingenuarumque promiseram, agrum ex meis longe pluris actori publico mancipavi: eundem vectigali inposito recepi, tricena milia annua daturus. 3. Per hoc enim et rei publicae sors in tuto nec reditus incertus, et ager ipse propter id quod vectigal large supercurrit semper dominum, a quo exerceatur, inveniet. 4. Nec ignoro ne me plus aliquanto quam donasse videor erogavisse, cum pulcherrimi agri pretium necessitas vectigalis infregerit. 5. Sed oportet privatis utilitatibus publicas, mortalibus aeternas anteferre, multoque diligentius muneri suo consulere quam facultatibus. Vale.* Nell'epistola a Caninio, Plinio illustra il trasferimento alla città del proprio fondo per *mancipatio*, in modo poi da riceverlo nuovamente ma gravato da un *vectigal* annuo. Sull'importanza delle fondazioni alimentari nella politica imperiale a partire dall'età di Nerva, con particolare riferimento alle notizie dettagliate in merito tramandate da Plinio, v. C. SOLIMÈNA, *Plinio il Giovane e il diritto pubblico di Roma*, Napoli, 1905, pp. 156-161. Con specifico riguardo all'Epistola 7.18, si v. C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', cit., p. 378; nonché A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 15.

⁹⁹ Come si può desumere da alcuni passi, nel caso di regolare corresponsione del canone, il fondo sarebbe stato trasmesso agli eredi e aventi causa del concessionario. Così Paul. 21 *ad ed.* D. 6.3.1 pr.: *Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. vectigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro is vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat: non vectigales sunt, qui ita colendi dantur ut privatim agros nostros colendos dare solemus.* A questo brano si può aggiungere anche Ulp. 17 *ad Sab.* D. 6.3.2: *ita tamen si vectigal solvant.* In storiografia si è evidenziato quanto poi al mancato pagamento del canone (cfr. C. FERRINI, 'Obbligazione', cit., p. 378; A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 16; cui *adde* nella letteratura più recente L. MAGANZANI, *L'obligatio praediorum nella Tabula Alimentaria veleiate: profili tecnico-giuridici*,

Infine, sono da prendere in considerazione gli ultimi casi che si rinvencono in ambito pubblicistico e che possono ricondursi alla categoria degli *onera realia*: le contribuzioni per le opere di manutenzione relative alle cloache, alle strade e agli acquedotti.

È opportuno considerare, prima di tutto, il caso degli oneri di contribuzione per il mantenimento delle opere stradali. In particolare, in base a una testimonianza che risale alle XII Tavole, la Tab. VII.7¹⁰⁰, si

cit., pp. 162-163) che nel caso di fondi appartenenti al *populus romanus* o al *princeps*, il predio sarebbe stato in conseguenza del *commissum* confiscato mentre, quanto agli agri municipali, in forza, però, di una particolare clausola contrattuale (*lex commissoria*) che si usava inserire al momento della stipula dei contratti di concessione, essi sarebbero dovuti essere restituiti al *municipium* stesso. A tal proposito cfr. Scaev. 1 *resp.* D. 20.1.31 pr.-1: *Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat: postea is fundus a possessore pignori datus est: quaesitum est, an recte pignori datus est. respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. 1. Item quaesit, si, cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent et propterea pronuntiatum esset fundum secundum legem domini esse, cuius potior causa esset. respondit, si ut proponeretur vectigali non soluto iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius evanuisse.*

¹⁰⁰ Fest. *verb. sign.* s.v. 'viae' (Lindsay, p. 508 [nonché *Roman Statutes*, II, ed. M.H. Crawford, London, 1996, p. 580]): *Viae sunt et publicae, per <quas ire ager>e omnibus licet, et privatae, quibus neminem uti ... praeter eorum quorum sunt. Et ita privatae VIII pedes in latitudine iure et lege, publicae quantum ratio utilitatis permittit. lex iubet XVI <in anfracto fle>xuque pedes esse vias ut qui 'vias muniunt: ?onisam? dilapidassunt, qua volet, iumento ageto'.* In relazione al dettato della disposizione decemvirale occorre precisare che G. GROSSO, *Le servitù prediali in diritto romano*, cit., pp. 24-26; cui adde L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, pp. 250-253, ha creduto che il *viam munire* dovesse essere relativo, più in generale, alle vie private che attraversavano diversi fondi e che dunque fossero utilizzate da tutti i proprietari di questi ultimi. Di conseguenza, la *via* sarebbe appartenuta a tutti, e nel caso in cui uno dei proprietari non avesse adempiuto all'onere di *munire* la *via*, agli altri, a cui era attribuito il diritto di *agere iumentum*, sarebbe stato permesso il passaggio attraverso il fondo dell'inadempiente. L'ipotesi ricostruttiva proposta da Giuseppe Grosso sarebbe avvalorata – oltre che dall'impiego del verbo al plurale (*muniunt*) – anche dall'uso, al singolare, del sostantivo *via*, dato che la norma decemvirale viene riportata dall'autore nella forma *viam muniunt*. Tuttavia, a questo proposito, F. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, cit., pp. 184 nt. 125 e 211 nt. 230 ha rilevato che la lezione adottata da Grosso non ha alcun riscontro negli editori del *de verborum significatu*, che invece recano *vias muniunt*. Se ne deve

dimostra come la manutenzione spettasse ai frontisti, i quali dovevano prestare determinate opere per il mantenimento e la manutenzione delle *viae*¹⁰¹. Solo in una fase successiva le opere che questi ultimi avrebbero dovuto compiere personalmente furono appaltate e si provvide, pertanto, a ripartire le spese tra coloro che in precedenza avrebbero dovuto materialmente provvedervi. È proprio in questa seconda fase che tali spese divennero un *munus publicum*, vale a dire un vero e proprio onere gravante sui fondi, come peraltro si può desumere dalla *lex Iulia municipalis* che rimonta al 45 a.C.¹⁰². La natura di *munera* di tali riparazioni contribuisce a rendere più chiaro anche il tenore di Call. 1 *de cogn.* D. 50.4.14.2¹⁰³. Nel testo infatti si specifica che le *viarum munitiones*, cioè come si è avuto modo di vedere le riparazioni delle strade, e le *praediorum collationes*, ossia i contributi necessari a intraprendere le opere indispensabili ai fondi, *non*

pertanto dedurre che l'utilizzo del sostantivo al plurale renda meno probante l'ultimo argomento avanzato da Grosso.

¹⁰¹ E come ha messo in evidenza C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', cit., p. 378, in età più risalente gli edili esigevano la prestazione di questo onere in natura. Tale dato si può desumere dalla previsione, di età successiva, relativa alle province. Cfr. Arch. Char. *l.s. de mun. civ.* D. 50.4.18.15: *Si aliquis fuerit electus, ut compellat eos, qui prope viam publicam possident, sternere viam, personale munus est.*

¹⁰² Cfr. *Roman Statutes*, I, ed. M.H. Crawford, London, 1996, pp. 363-364: *vacat/ quae viae in urbem Rom(am) propiusve u(rbem) R(omam) p(assus) m(ille) ubei continente habitabitur sunt erunt, quouis ante aedificium earum quae/ viae erunt, is eam viam arbitrato eius aed(ilis), quoi ea pars urbis h(ac) l(ege)/ obvenerit, tueatur; isque aed(ilis) curato uti quorum/ ante aedificium erit quamque viam h(ac) l(ege) quemque tueri oportebit, ei omnes eam viam arbitrato eius tueantur, neve eo/ loco a<q>(ua) consistat, quo minus conmode populus ea via utatur. vacat/ aed(iles) cur(ules) aed(iles) pl(ebei), quei nunc sunt <in diebus (quinque) proxumeis/ post hanc legem rogatam>, queiquomque post h(anc) l(egem) r(ogatam) factei createi/ erunt eumve mag(istratum) inierint, iei in diebus (quinque) proxumeis/ quibus eo mag(istratu) designatei erunt eumve mag(istratum) inierint inter se paranto aut sortiunto, qua in partei urbis quisque/ eorum vias publicas in urbem Roma<m> propiusve u(rbem) R(omam) p(assus) m(ille) reficiundas sternendas curet, eiusque rei procurationem/ habeat. quae pars quoique aed(ilei) ita h(ac) l(ege) obvenerit, eius aed(ilis) in eis locis quae in ea partei erunt viarum reficien-/ darum tuemdarum procuratio esto, utei h(ac) l(ege) oportebit.*

¹⁰³ In Call. 1 *de cogn.* D. 50.4.14.2 si legge infatti che: *Viaram munitiones, praediorum collationes non personae, sed locorum munera sunt.*

personae, sed locorum munera sunt. Da tale ultimo assunto si desume come tanto le *viarum munitiones*, quanto le *praediorum collationes*, fossero oneri gravanti sui *praedia* e non sui possessori dei fondi. Proprio la natura di oneri reali determina la trasmissibilità dei pesi ai possessori futuri¹⁰⁴.

Sebbene il discorso non possa essere approfondito in questa sede, è quantomeno opportuno accennare alle opere di riparazione e manutenzione degli acquedotti pubblici, a cui erano tenuti i proprietari dei fondi da essi attraversati¹⁰⁵. In proposito si può anche rilevare come nelle fonti sia testimoniato il parallelismo di tali oneri con le *collationes viarum*¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cfr. infatti, a dimostrazione di quanto affermato, Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.6: *Idem Iulianus dolum solere a venditore praestari etiam in huiusmodi specie ostendit: si, cum venditor sciret fundum pluribus municipiis legata debere, in tabula quidem conscripserit uni municipio deberi, verum postea legem consignaverit, si qua tributorum aut vectigalis indictionisve quid nomine aut ad viae collationem praestare oportet, id emptorem dare facere praestareque oportere, ex empto eum teneri, quasi decepisset emptorem: quae sententia vera est.*

¹⁰⁵ Sul punto v. C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', cit., p. 379; cui adde A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 18.

¹⁰⁶ Cfr. infatti Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.27.3: *Si quid cloacarii nomine debeatur vel si quid ob formam aquae ductus, quae per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit: sed et si quid ad collationem viae, puto hoc quoque fructuarium subiturum: ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus: sed et si quid municipio (nam solent possessores certam partem fructuum municipio viliori pretio addicere: solent et fisco fusiones praestare), haec onera ad fructuarium pertinebunt.* In relazione al quale, peraltro, è stato evidenziato da A. PETRUCCI, 'Fistulae aquariae' di Roma e dell'ager Viennensis, in *Labeo* 42, 1996, p. 189 come, pur essendovi incertezza sul fatto che le acque fossero effettivamente dedotte dal *castellum*, ammettendo tale ipotesi si sarebbe avuta una concessione di *ius aquae ducendae* a carattere reale. Ancora, una seconda testimonianza a conferma dell'affermazione del parallelismo tra oneri di manutenzione degli acquedotti pubblici e *collationes viarum* è Pap. 3 *resp.* D. 19.1.41: *In venditione super annua pensitatione pro aquae ductu infra domum Romae constitutum nihil commemoratum est. deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit: itaque, si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur.* In relazione a questo testo, A. PETRUCCI, 'Fistulae aquariae' di Roma e dell'ager Viennensis, cit., p. 189, ipotizza come dall'elemento della *deductio aquae* a favore di una abitazione situata a Roma, si possa ipotizzare una probabile derivazione di tale acqua dal *castellum*. A ben vedere, tale ultima conclusione contribuisce a illuminare la natura dell'*annua pensitatio*, dato che essa, essendo dovuta in conseguenza della derivazione d'acqua dal *castellum*, deve avere natura di onere reale derivante da uno *ius aquae ducendae*. C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', cit., p.

La disamina che si è qui brevemente offerta limitatamente al diritto pubblico, conferma un dato di particolare rilievo per la tematica che si è deciso di affrontare. Infatti, i casi che sono stati esaminati, relativi al *vectigal*, alle fondazioni alimentari, alla manutenzione e riparazione delle strade e degli acquedotti, nonostante una diversa ricostruzione che prospetta una serie di gravi obiezioni contro l'ipotesi qui prospettata, implicano che il fondo sia onerato da un peso di natura reale risolvendosi in una prestazione positiva, vale a dire in un *facere*¹⁰⁷.

379 e A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 18, hanno creduto che il *vectigal* dovuto da Cicerone *pro aqua Crabra* si sarebbe dovuto appunto identificare con un onere di carattere reale e pertanto insistente sul fondo Tuscolano acquistato a titolo particolare.

¹⁰⁷ Diversamente però G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, cit., pp. 111-124, di cui occorre ripercorrere le argomentazioni. In particolare, l'autore vorrebbe ricondurre queste figure entro lo schema obbligatorio. A tale scopo esamina la questione distinguendo l'età classica da quella giustiniana. Nel primo periodo, quanto al soggetto attivo, si rilevarebbe sempre la qualità di organo del diritto pubblico (lo Stato, il fisco o l'erario a seconda dei casi, o anche un municipio), da ciò deducendosi come conseguenza la natura pubblicistica del rapporto. Come ulteriore conseguenza di questo carattere a tali figure non sarebbero applicabili, se non per approssimazione e a titolo di mera esemplificazione, gli schemi del diritto privato. Passando poi all'esame delle diverse figure di oneri reali, l'autore considerava primariamente i *munera civilia*, nella forma di *munera personarum* e *patrimoniorum*. Quanto ai *munera patrimoniorum*, varrebbe l'ulteriore subdistinzione basata sul soggetto passivo. Si distinguerebbero pertanto quelli imposti ai possessori e quelli imposti ai municipi. Prendendo in considerazione i casi di *munera quae rei proprie cohaerent* o di *munera locorum* se ne troverebbero di appartenenti sia alla categoria dei *munera patrimoniorum*, sia dei *munera personarum*. Se ne desumerebbe secondo Scherillo che: «[...] la qualifica di *munera quae rei proprie cohaerent* o di *munera locorum* concerne il criterio col quale la pubblica amministrazione distribuisce l'onere; qui non si ha tanto riguardo alle qualità personali del cittadino cui si vuole imporre l'onere, quanto piuttosto al fatto che egli si trova in relazione con una determinata cosa». Alle fattispecie appartenenti a una delle categorie ora ricordate, quindi, non si potrebbe attribuire né la natura di diritti reali né di diritti di obbligazione. E dunque, «Eliminati i *munera*, restano come figure tipiche del diritto classico il *tributum*, lo *stipendium*, il *solarium*, il *cloacarium*, la *pensio* per l'acqua pubblica e altre figure del genere». Ma per quanto riguarda il *tributum*, lo *stipendium* e il *vectigal*, si tratterebbe pur sempre di casi in cui l'ente pubblico figurerebbe quale proprietario del bene e dunque, anche in questi casi, il contributo versato avrebbe natura di corrispettivo per l'utilizzazione di un bene di proprietà dell'ente stesso. E il medesimo discorso varrebbe del pari per il *solarium*, il *cloacarium* e la *pensio*. In

tutti questi casi non sarebbe perciò possibile parlare di diritti reali, perché se tali fossero stati, essi sarebbero dovuti gravare su cosa altrui, mentre nel caso di specie essi insistevano sul bene dell'ente a cui vantaggio queste prestazioni erano rivolte. Si tratterebbe, invece, di rapporti obbligatori, come dimostrato peraltro da ulteriori elementi. Prima di tutto la configurazione alla stregua di una locazione della concessione degli *agri vectigales*, che non sarebbe ammissibile se si trattasse di un diritto reale. Inoltre, tale natura sarebbe esclusa «[...] dalla costruzione, non prevalsa in giurisprudenza, della concessione come vendita, perché il diritto al prezzo non è mai un diritto reale, ma sempre un diritto di credito». Ancora, tale conclusione si dovrebbe raggiungere anche considerando la *lex agraria* del 106 a.C. dove si discorre di *dari oportere*, con linguaggio tipico delle obbligazioni. Mentre richiamerebbe la nota definizione di obbligazione contenuta in I. 3.13 pr. quanto si legge in Pap. 17 *resp.* D. 2.14.42 ove si parla, in riferimento al *tributum*, di *necessitas solvendi*. A ciò si aggiungerebbe il fatto poi che in Pap. 19 *resp.* D. 50.15.5.2 si menziona un pegno a garanzia del pagamento del tributo, dato che mediante pegno non si potrebbe che garantire una obbligazione. Maggiore importanza avrebbe poi l'argomento per cui se si trattasse di diritti reali deriverebbe da essi una *actio in rem*. Ma nell'editto non vi è alcuna traccia di siffatto genere di azioni, e, difficoltà ancora maggiore secondo l'autore, non si comprenderebbe in che modo potrebbe esserne strutturata l'*intentio*. E in proposito non sarebbe neppure da accogliere l'ipotesi avanzata da Carlo Fadda e secondo la quale ciò dipenderebbe da uno stadio ancora poco avanzato della cultura giuridica. La ricostruzione proposta da Scherillo non verrebbe confutata neppure dal rilievo per cui, quando si concede azione ai possessori del fondo gravato contro terzi, tale *actio* sia effettivamente *in rem* con la conseguenza che il *vectigal*, il *tributum* e lo *stipendium* ben potrebbero configurarsi come diritti reali. Infatti, tralasciando il fatto che questa conclusione non varrebbe per il *cloacarium*, il *solarium* e le altre figure simili, a confutare quest'ultima obiezione sarebbe sufficiente il rilievo per cui non sarebbe affatto sicuro che a seguito della concessione di una *actio in rem* si potesse effettivamente discorrere di proprietà pretoria. Non si dovrebbe tralasciare, poi, nemmeno il permanere del dualismo tra diritto civile e diritto pretorio. A quest'ultimo proposito, infatti, anche volendo ammettere che nei casi esaminati si potesse parlare di proprietà pretoria, in ogni caso essa non avrebbe fatto venire meno la proprietà degli enti statali. Rimangono da considerare le ultime obiezioni, ossia il passaggio dell'obbligo del pagamento a seguito del trasferimento del fondo, la responsabilità dell'attuale possessore per gli arretrati e la possibilità di abbandono liberatorio. In primo luogo, secondo Scherillo, non è detto che il diritto classico abbia sempre consentito ognuna di queste possibilità. In secondo luogo, sarebbero comunque sempre facoltà ammesse nell'ambito del diritto pubblico. Nemmeno poi varrebbe il fatto che le fonti considerano il fondo alla stregua di convenuto e discorrono di oneri che gravano sulla cosa. Queste espressioni varrebbero solo a indicare la trasmissibilità dell'azione a seguito di passaggio del fondo ai possessori successivi. Di conseguenza, si dimostrerebbe per questa via la natura di obbligazioni c.d. ambulatorie di queste fattispecie. Tali conclusioni varrebbero anche per il diritto giustiniano ove, alla scomparsa di alcune figure (è il caso del *vectigal* per gli *agri vectigales*), si sarebbe affiancato l'obbligo del pagamento del canone enfiteutico e del *solarium*. Passando all'esame delle singole

E in effetti, in ognuno dei casi esaminati, ricorrono le caratteristiche della figura qui in parola che si possono individuare con più sicurezza. In primo luogo, essi assumono la configurazione di prestazioni di carattere periodico e, almeno potenzialmente, perpetuo. In secondo luogo, tali prestazioni gravano sul e sono dovute dal fondo, tanto che Papirio Giusto affermava che *in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri*. Ancora, dal carattere della inerenza al fondo consegue che esse seguono il predio in ogni negozio che lo interessi e pertanto si estinguono con il venir meno dell'oggetto su

ipotesi, vengono in considerazione prima di tutto il *cloacarium*, la *pensio* e ogni ulteriore figura assimilabile. In questi casi varrebbero le medesime conclusioni prospettate per il diritto classico, in quanto non si registrerebbe alcun mutamento di sorta. In relazione, invece, al diritto dell'enfiteuta, esso verrebbe a essere in diritto giustiniano un vero e proprio *ius in re aliena*, mentre il diritto del proprietario di percepire il canone sarebbe pur sempre una obbligazione ambulatoria, come dimostra anche la terminologia adottata dalle fonti e la disciplina applicata (v. C. 4.56.2.1 che richiama C. 8.37.12, nonché C. 4.66.2.2). Anche per il pagamento del *solarium* da parte del superficiario, varrebbe il medesimo discorso e la figura potrebbe dunque rientrare tra le obbligazioni ambulatorie. Confermerebbe queste ipotesi il fatto che l'*actio in rem* concessa al superficiario è detta *utilis*, fatto che nel processo giustiniano confermerebbe esclusivamente che l'obbligato non è in alcun modo proprietario perché, altrimenti, avrebbe la *vindicatio directa*. Inoltre, sebbene sulla superficie possano costituirsi l'uso, l'usufrutto e la servitù, in ogni caso «[...] nel linguaggio dei testi si tratta di un *quasi ususfructus*, di un *quidam usus* difesi da azioni utili, di servitù costituite praetorio iure in antitesi alle servitù costituite *ipso iure*, e parimenti difesi da azioni utili e da interdetti utili (cfr. D. 43, 18, 1 §§ 6 e 9)». Si dovrebbe concludere, pertanto, che se il superficiario fosse effettivamente proprietario non vi sarebbero azioni utili ma azioni dirette. L'ultimo impedimento che consentirebbe di considerare il pagamento del *solarium* alla stregua di un vero e proprio obbligo è costituito da quanto si legge in Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.4. Nella testimonianza ora ricordata, infatti, si concede al proprietario del suolo la possibilità di esperire la *rei vindicatio* nei confronti del superficiario. Ma sarebbe da non accogliere l'ulteriore ipotesi secondo cui si potrebbe del pari chiedere tramite l'azione *in rem* il pagamento del *solarium*, dato che con tale azione il proprietario rivendicherebbe la *superficies* esclusivamente se il *solarium* non dovesse essere pagato. E infatti, dato che anche in diritto giustiniano si fa riferimento alla *superficies* parlando di vendita e di locazione, il proprietario potrà esperire contro il superficiario l'*actio venditi* o *locati*, che però sono *in personam* e tramite le quali potrà pretendere che gli venga corrisposto il *solarium*. Infine, anche per il caso del pagamento dell'imposta fondiaria si potrà ripetere, secondo l'autore, il ragionamento fatto per il diritto classico. Allora, dopo questa disamina, Scherillo poteva affermare che «Gli elementi fondamentali di struttura – quelli, in definitiva, che contano – sono pur sempre quelli delle obbligazioni».

cui gravano o a seguito di abbandono liberatorio. Infine, a marcare la differenza per un verso rispetto alla servitù e per l'altro rispetto all'obbligazione, varrebbero il contenuto *in faciendo* e la mancanza di un vincolo esclusivamente personale.

Occorre però soffermarsi, sia pure brevemente, sulle serie argomentazioni addotte per confutare l'ipotesi che tali particolari figure possano considerarsi oneri reali, e formulare qualche rilievo su quelle tra esse che sembrano meno probanti¹⁰⁸.

Prima di tutto, non si può attribuire valore eccessivo al fatto che tutti questi oneri si costituissero per mezzo di una legge o di un negozio giuridico avente natura pubblica. Sebbene questo dato sia inconfutabile, è pur vero che essi creano comunque oneri che gravano sul bene e si trasmettono con la circolazione del fondo gravato. E il particolare modo di costituzione va letto come conseguenza degli accresciuti bisogni a cui lo Stato doveva provvedere. Non può sorprendere, pertanto, che l'imposizione di tali oneri avvenisse mediante legge o negozio con natura pubblica. Anche per gli oneri di più antica costituzione, quelli ricordati nelle XII Tavole e riferiti alle opere necessarie per la manutenzione stradale, che prevedevano, in capo ai frontisti, l'onere delle riparazioni e che pure erano imposti con legge, ciò può spiegarsi alla luce del fatto che le strade costituivano beni *extra commercium humani iuris*, vale a dire beni sottratti alla disponibilità dei privati per ragioni di pubblica opportunità.

Inoltre, non convincente è la lettura che si vorrebbe dare al fatto che i *munera quae rei propriae cohaerent* e i *munera locorum* non si dovessero considerare né diritti reali né diritti di obbligazione solo in conseguenza del fatto che il criterio dell'inerenza veniva utilizzato per determinare esclusivamente la relazione tra il contribuente e la *res* e in modo quindi da individuare il soggetto tenuto alla prestazione *in faciendo*. Anche volendo

¹⁰⁸ Cfr. *supra*, nt. 107.

ammettere la correttezza di tale ragionamento, occorre pur sempre rilevare come il criterio di ripartizione dei carichi non poteva non tener conto del rapporto tra il soggetto e il fondo e ciò proprio in considerazione della natura reale dell'onere. Esso, infatti, insisteva sul predio e il soggetto avrebbe dovuto versare il contributo in conseguenza del legame giuridico instauratosi con il fondo e in proporzione agli iugeri di cui era in possesso.

Qualche rilievo può anche formularsi poi in merito al fatto che al concedente pubblico, nel caso del *vectigal*, del *tributum*, dello *stipendium*, del *solarium*, del *cloacarium* e della *pensio*, si dovesse sempre riconoscere la qualità di proprietario e che di conseguenza la contribuzione si sarebbe configurata alla stregua del corrispettivo per l'uso della cosa. Si è infatti rilevato come, in realtà, queste particolari tipologie di concessione fossero state modellate, a partire dall'età imperiale, in modo da rendere certo che si corrispondesse a intervalli regolari il canone e che i concessionari fossero adeguatamente tutelati contro possibili ingerenze della pubblica autorità. Si giunse in tal modo, anche grazie all'interpretazione dei giureconsulti, a rendere perpetue le concessioni (naturalmente fino a che il canone venisse regolarmente versato) e trasmissibili *mortis causa* o per atto tra vivi, tanto che in storiografia si discorreva in relazione a esse come di un peculiare tipo di proprietà tutelata da *actio in rem*¹⁰⁹. Qualora si accettasse questa ricostruzione verrebbe meno, quindi, l'obiezione per cui non essendo individuabile per tali concessioni alcun legame con la proprietà i pesi imposti non potrebbero essere diritti reali.

Non sembra poi che il fatto di rinvenire nelle fonti che riguardano queste particolari figure la terminologia delle obbligazioni possa spingere a ritenere, come conseguenza, che esse siano necessariamente appartenenti

¹⁰⁹ Sul punto v. in questi termini L. MAGANZANI, *L'obligatio praediorum nella Tabula Alimentaria veleiate: profili tecnico-giuridici*, cit., p. 162 (ma cfr. anche il precedente *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico*, cit., p. 168).

alla categoria delle obbligazioni. Ammesso ciò, sarebbe probante in questo senso anche il fatto che le fonti quando indicano rapporti di tal genere utilizzano l'espressione *obligationes praediorum*. Ma è evidente che quando ciò accade è solo per mettere in evidenza proprio quel particolare aspetto relativo alla inerenza al fondo della prestazione e della funzione di garanzia che esso svolgeva per il pagamento del canone¹¹⁰.

I dubbi sulla natura reale di tali figure non paiono essere del tutto infondati. Al contempo, tuttavia, non sembra che i rilievi adottati a sostegno della tesi contraria siano assolutamente univoci. Probabilmente, la questione deve essere affrontata anche in una prospettiva che tenga in giusta considerazione il profilo dell'evoluzione storica, attenta a cogliere le trasformazioni, più che l'affermazione, di figure che avrebbero funto da archetipi per quelli che sarebbero poi diventati, in progresso di tempo, i modelli su cui basare la categoria degli oneri reali.

Prima di terminare il discorso qui intrapreso è opportuno soffermarsi, nel prossimo Paragrafo, su alcune figure del diritto privato che potrebbero rientrare nel novero di quelli che abbiamo appena definito archetipi della figura dell'onere reale.

¹¹⁰ Per quest'ultimo rilievo v. L. MAGANZANI, *L'obligatio praediorum nella Tabula Alimentaria veleiate: profili tecnico-giuridici*, cit., p. 163; cui adde J.M BLANCH NOUGUÉS, *Acerca de las obligationes praediorum en la tabula veleias*, cit., pp. 167-168. Mentre, per esempio, Cic. *leg. agr.* 3.9 si riferisce in questi termini alla distinzione che intercorre tra i *praedia obligata* e i *praedia libera, soluta o immunia*. Si vede, pertanto, come una fonte più risalente testimoni a favore di un uso atecnico dell'espressione, che pertanto non richiama in alcun modo la categoria delle obbligazioni.

5. L'onere reale nelle fonti del diritto privato romano

Nel paragrafo che precede si è brevemente affrontato il problema dell'ammissibilità degli oneri reali nel diritto pubblico romano. Per un verso, sono stati ritenuti non del tutto probanti gli elementi addotti per confutare la tesi che vorrebbe considerare quelle particolari figure esaminate come oneri reali. Per l'altro, sono stati pure segnalati casi in cui la particolare configurazione di alcune situazioni giuridiche alla stregua di pesi insistenti sui fondi presenterebbe alcune delle caratteristiche degli *onera realia*. La questione deve essere ora considerata nell'ambito del diritto privato¹¹¹. A questo riguardo è di particolare interesse il seguente brano:

Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.4: *Apud Ateium vero relatum est eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, sive extet fossae memoria sive non extet: quod et ipse puto probandum.*

La testimonianza è tratta dal quarantanovesimo libro del commentario all'editto di Paolo¹¹². Essa, collocata dai compilatori sotto il titolo *De aqua et aquae pluviae arcendae* (D. 39.3) è relativa alla seguente fattispecie. *Apud Ateium*¹¹³ si trovava detto che il vicino dovesse essere costretto a

¹¹¹ In cui come è noto tale possibilità è stata ammessa esplicitamente da C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 79; nonché da A. BUTERA, *Sulla regola di diritto «servitus in faciendo consistere nequit»* (nota a Cass. 'Tosi c. Giovagnoli-Collacchioni', 6 novembre 1928), cit., coll. 13-14; P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., pp. 186-187; e da A. PALERMO, *Enfiteusi – superficie – oneri reali – usi civici*, in W. BIGIAMI (Diretta da), *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1965, p. 519, ove l'autore è portato ad ammettere esplicitamente l'esistenza nel diritto romano classico di diritti reali di contenuto non meramente negativo, ma che potevano implicare anche un comportamento positivo a carico del possessore del fondo onerato.

¹¹² O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 1058.

¹¹³ Dubbi sussistono sull'identificazione del giureconsulto ricordato da Paolo. Occorre segnalare che O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 72 colloca la testimonianza tra quelle appartenenti a Caio Ateio, che probabilmente fu *Servii auditor* (v. Pomp. *l.s. enchiridii* D. 1.2.2.44, il quale ricorda peraltro tra i *Servii*

ripulire («...*cogendum esse vicinum purgare...*») il canale attraverso il quale spontaneamente le acque rifluivano sul fondo situato più in basso («...*eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit...*»). Ciò sarebbe dovuto avvenire *sive extet fossae memoria sive non extet*, ciò che anche Paolo avrebbe ritenuto corretto («...*quod et ipse puto probandum*»). Il proprietario del fondo inferiore era pertanto tenuto a effettuare la pulizia del canale, affinché esso non si ostruisse e l'acqua potesse discendere senza ostacoli verso il fondo inferiore¹¹⁴.

Deve certamente escludersi che nel caso prospettato l'onere incombente sul proprietario del fondo presso cui si trovava il canale possa qualificarsi alla stregua di una servitù. E in effetti tale ipotesi può essere scartata per almeno due ragioni. Vale a questi fini, in primo luogo, la collocazione del testo che, come si è detto, è inserito sotto il titolo *De aqua et aquae pluviae arcendae* (D. 39.3) relativo ai limiti legali della proprietà. In secondo luogo, sembra più plausibile che nel caso in esame intenzione dei vicini non fosse stata quella di costituire un rapporto di sudditanza del fondo superiore a vantaggio del fondo inferiore, sibbene tutelare il diritto di proprietà attraverso l'imposizione di una prestazione positiva e periodica¹¹⁵.

auditores anche Affidio Namusa) e che non è da identificare con Caio Ateio Capitone (sul punto v. nella letteratura più recente A. GONZÁLEZ BUSTELO, *Cayo Ateio Capitón (Caius Ateius Capito)*, in R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales, I, Juristas antiguos*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 150). Ma a questo proposito va anche ricordato il rilievo di V. ARANGIO-RUIZ, s.v. 'Ateio, Caio', in *Enciclopedia italiana, Appendice I*, Roma, 1938 [rist. Roma, 1949], p. 181, il quale ha fatto notare come il manoscritto fiorentino delle Pandette rechi *Antaeus* e non *Ateius*.

¹¹⁴ Già la Glossa (cfr. gl. 'vicinum' ad D. 39.3.2.4 [ed. cit., II, c. 103]) percepiva come anomalo questo particolare onere *in faciendo* e per tale ragione interpretava il *fossam purgare* nel senso di *pati fossam purgare*. Ma questa diversa lettura, come evidenziato da A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 187, deriva dalla asserita non ammissibilità di diritti reali con contenuto positivo.

¹¹⁵ A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 187. La conseguenza è che l'*actio aquae pluviae arcendae* (su cui cfr. E. SCHÖNBAUER, *Die actio aquae pluviae arcendae. Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Agrarrechts*, in *ZSS* 54, 1934, pp. 233-257; M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano, 1940, *passim* e pp. 41-46; ID., *Actio aquae pluviae arcendae*,

servitù, obbligazioni ambulatorie, in *Foro pad.* 5.III, 1950, coll. 90-104; F. SITZIA, *Ricerche in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'*. *Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano, 1977, *passim* e pp. 41-70; F. SALERNO, «Aqua pluvia» ed «Opus manu factum», in *Labeo* 27, 1981, pp. 218-241; J.F. GERKENS, *Exégèse de Paul. D. 39, 3 [de aqua et aquae pluviae arcendae]*, 2, 6, in *TR* 63, 1995, pp. 11-26; F. SITZIA, *Acqua pluvia e natura agri. Dalle XII Tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999, pp. 11-70 e U. AGNATI, *Le Dodici Tavole: il versetto VII, 8 e l'actio aquae pluviae arcendae*, Cagliari, 2000, pp. 55-66) che il proprietario di un predio poteva esperire contro il vicino ogni qual volta quest'ultimo, con opere intraprese sul proprio fondo, avesse provocato un aumento dell'afflusso di acque verso il fondo dell'attore, tutelava l'integrità dei luoghi, in modo che l'appezzamento ricevente le acque non venisse danneggiato dal maggiore afflusso di esse. L'azione, pertanto, poteva essere impiegata solo per costringere il soggetto a che ripristinasse l'originario stato dei luoghi. Ma le conclusioni che si traggono da Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.4 devono essere lette alla luce del quadro ben più problematico dipinto in Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.6: *Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari: hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint. Labeo contra Namusam probat: ait enim naturam agri ipsam a se mutari posse et ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior sive deterior eius condicio facta sit. idcirco et si terrae motu aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinam locum condicionem redigi. sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus.* Il testo, infatti, sembra spingere verso ipotesi differenti per ciò che concerne i presupposti di concedibilità dell'azione. Per M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla teoria della responsabilità per danno nel diritto romano*, cit., pp. 41-42, l'esperibilità dell'azione non avrebbe presupposto necessariamente il requisito dell'*opus manu factum*. Tale conseguenza si sarebbe potuta raggiungere anche considerando la ricostruzione della formula decenvirale, sprovvista di riferimenti al *manu nocere*. Ciò trasparirebbe dalla dottrina di Affidio Namusa illustrata appunto in Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.6 (il brano è collocato da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 76, *ex eiusdem operis libris incertis*), secondo cui l'azione si sarebbe ugualmente dovuta ammettere anche nel caso in cui il danno minacciato non fosse derivato da un *opus manu factum*. L'opinione di Affidio Namusa, che era in contrasto con quella di Labeone, avrebbe dunque avvalorato la tesi di una specie di responsabilità oggettiva incombente sul proprietario del fondo ove si trovava l'opera idraulica. A ulteriore sostegno di questa ricostruzione si adduceva poi proprio Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.4. Secondo Sargenti (*op. cit.*, p. 114) infatti, nel caso ivi prospettato, il proprietario del fondo su cui era collocata l'opera avrebbe dovuto obbligatoriamente *purgare* il canale affinché si evitasse che un afflusso di acqua anomalo verso il fondo inferiore potesse recare qualche danno. E ciò anche se tale nocimento non fosse conseguenza diretta dell'attività del *dominus fundi*. In altre parole, alla semplice minaccia del danno sarebbe immediatamente corrisposto il necessario spurgo del canale. Va però ricordato che F. SITZIA, *Ricerche in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'*, *dalle XII Tavole all'epoca classica*, cit., p. 44 ha

È chiaro, pertanto, che l'interesse perseguito dai vicini non doveva essere quello di arrecare una qualche utilità al fondo inferiore (che sarebbe certo potuta consistere astrattamente nel ricevere il giusto volume di acqua), ma primariamente quello di evitare che a causa di un anomalo e maggiore afflusso di acqua provocato dai detriti accumulatisi nel canale a cagione del mancato spurgo, si producesse un danno tanto grave da mutare lo stato dei luoghi.

Il contenuto del testo è, poi, di notevole interesse perché l'analisi di esso permette altresì di precisare un aspetto relativo alla differenza che intercorre fra la servitù e l'onere reale quanto ai limiti legali del diritto di proprietà. Infatti, affinché possa validamente ritenersi costituita una *servitus*, è necessario che essa arrechi una utilità (si badi, in senso oggettivo) al fondo dominante. E tuttavia, come peraltro già fugacemente osservato, nel caso che qui si sta analizzando non pare che l'obiettivo perseguito fosse quello di accrescere l'utilità del fondo dominante gravando il predio percorso dal canale con una servitù¹¹⁶. Sul punto è opportuno precisare che certo lo

reputato di dover connttere l'elemento della *voluntas*, di cui a Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.6, al proprietario del fondo *unde aqua nocet*. Affidio Namusa avrebbe quindi inteso riferire l'*opus manu factum* a tutte quelle ipotesi in cui l'opera del proprietario avesse volontariamente causato un danno conseguenza dell'afflusso maggiore di acqua. Mentre, in relazione a Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.4, resterebbe in ogni caso assai problematica la ricostruzione di Sargenti quanto alla possibilità di individuare nella testimonianza esaminata una ulteriore conferma del carattere oggettivo della responsabilità. Per concludere, si segnala intorno alla nostra questione anche B. BIONDI, *Limitazioni legali della proprietà, servitù, oneri reali, obbligazioni «propter rem»*, in rapporto all'art. 913 cod. civ. (nota a Trib. Melfi, 9 febbraio 1950), in *Foro it.* 73.I, 1950, coll. 617-620 (= *Scritti di diritto moderno*, Milano, 1967, pp. 219-201, solo in estratto), con un interessante parallelismo rispetto all'art. 913 del Codice civile.

¹¹⁶ Come si è già precisato dalle fonti emerge come il requisito dell'utilità sia inteso in senso tanto ristretto quanto rigoroso. E ciò è particolarmente evidente se si considera la servitù di acquedotto. Il primo testo che interessa è Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.11: *Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quae ad usum quoque et commodum nostrum. et hoc iure utimur, ut haec quoque contineatur. propter quod etiam si in urbana praedia quis aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere potest*. Il secondo è invece Pomp. 34 *ad Sab.* D. 43.20.3 pr.: *Hoc iure utimur, ut*

spurgo del canale arreca una “utilità” al proprietario del fondo inferiore, dato che egli, essendo il canale libero dall’eventuale sedime, è in grado di ricevere il corretto afflusso di acqua. Ma, a ben considerare la questione, il proprietario del fondo superiore, avendo provveduto allo spurgo del canale, non avrebbe che adempiuto al dovere che consegue all’onere, potendo evitare in tale maniera di contravvenire alle previsioni di cui al titolo *De aqua et aquae pluviae arcendae* (D. 39.3) e dunque alle conseguenze pregiudizievoli dell’*actio*¹¹⁷.

In effetti, se si prende in considerazione quale obiettivo si persegue attraverso le c.d. limitazioni legali al diritto di proprietà, si vedrà che esso consiste nello stabilire carichi e vantaggi comuni affinché l’esercizio del

etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit. Specie dalla testimonianza di Pomponio emerge la circoscritta interpretazione del concetto di utilità. Infatti, l’acqua risulta essere utile in primo luogo ai fini dell’irrigazione, per poi degradare quando si tratti di abbeverare il bestiame o di implementare l’*amoenitas* del luogo.

¹¹⁷ E parimenti non si può non considerare il vantaggio che egli, effettuando tutte le opere necessarie per ripulire il canale, apporta al proprio fondo, che, senza dubbio, avrebbe potuto certamente subire danni se, per il mancato spurgo, il canale si fosse intasato e l’acqua avesse esondato. Da ciò deriva che il proprietario dell’appezzamento onerato consegue una doppia utilità: egli, infatti, per un verso non subisce le conseguenze negative dell’esperienza dell’azione e, per l’altro, evita altresì che il proprio predio sia invaso dalle acque. Ma è chiaro, del pari, che pure il proprietario del fondo inferiore trarrà una utilità dallo spurgo del canale. Egli infatti, a seguito dello spurgo e della corretta manutenzione, riceverà il giusto afflusso di acqua. Ciò, però, non significa che l’onere avesse quale obiettivo primario quello di arrecare una *utilitas* del tipo di quella prevista per la servitù, essendo esso diretto esclusivamente a tutelare l’altrui proprietà. E in questi termini si spiega la possibilità di esperire l’*actio aquae pluviae arcendae*. Infine, occorre anche tenere in considerazione che la servitù, in generale, crea uno squilibrio a favore del fondo dominante da cui il proprietario potrà trarre un maggiore godimento. A esso, quindi all’accresciuta utilità, corrisponde necessariamente una posizione di soggezione del fondo servente a cui fa seguito una compressione del diritto di proprietà e perciò una diminuzione dell’utilità che da esso si trae. Ma nel caso prospettato, come si vede facilmente, di tale squilibrio non vi è che una minima traccia. Ma se si considera quanto detto in Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.4, si vedrà che l’utilità non è recata al solo proprietario del campo che riceve le acque, ma, del pari, anche al *dominus* del fondo su cui insiste l’*opus*.

diritto possa avvenire secondo la legge¹¹⁸. È chiaro che nel momento in cui il proprietario del fondo su cui insiste l'*opus manu factum* non effettua lo spurgo, oltre a recare un danno al proprio fondo, rende nocivo anche a quelli al suo contigui o che comunque potrebbero essere danneggiati dal non corretto o sovrabbondante afflusso d'acqua. Si intuisce, quindi, il motivo per cui il *facere* debba sussistere in capo al proprietario del fondo servente¹¹⁹.

Si rende necessaria ancora una precisazione in merito alla trasmissibilità dell'onere. Si può certo pensare che, in caso di trasmissione del fondo per atto tra vivi o *mortis causa*, il fondo sarebbe passato all'acquirente gravato dal peso che ivi insisteva. Sono due gli elementi sui cui tale ricostruzione si basa. In primo luogo, nel brano si legge chiaramente che lo spurgo sarebbe dovuto avvenire *sive extet fossae memoria sive non extet*. Tale precisazione del giureconsulto si spiega proprio alla luce del fatto che essendo l'onere gravante sul fondo (essendo provvisto, cioè, della natura reale), lo spurgo sarebbe dovuto avvenire indipendentemente da qualsiasi altro fattore legato alla possibilità di ricordare quando l'*opus manu factum* fosse stato realizzato. E la precisazione è fatta anche per un ben preciso obiettivo, vale a dire specificare che l'onere sarebbe gravato anche sul successivo acquirente del fondo che, ragionevolmente, avrebbe ben potuto non avere alcuna memoria circa la realizzazione dell'*opus manu factum*. Il secondo elemento è, poi, conseguenza della realizzazione del canale. Lo spurgo, infatti, sarebbe dovuto avvenire finché fosse esistito l'*opus*, di tal che l'onere si sarebbe dovuto necessariamente trasmettere ai successivi acquirenti o possessori del predio. Da ciò consegue anche che avrebbe potuto operare l'abbandono liberatorio e che l'onere si sarebbe estinto anche

¹¹⁸ A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 187.

¹¹⁹ È certamente vero che le acque avrebbero dovuto scorrere *naturaliter*. Con tale avverbio si vuole far riferimento alla predisposizione che per natura avevano i luoghi in cui esse fluivano. Il flusso delle acque si sarebbe potuto anche determinare attraverso la *lex agro dicta* o per effetto della *vetustas* che avrebbe ricompreso le opere esistenti sul fondo da tempo immemore.

nel caso in cui il canale fosse venuto meno per una certa ragione¹²⁰.

In buona sostanza, si è cercato di dimostrare come nel caso ricordato da Paolo si possano riconoscere tutti gli elementi che sopra si sono elencati come propri della categoria dell'onere reale. Valga oltretutto osservare che in questo caso non vi può essere dubbio alcuno sul fatto che la fattispecie debba inquadarsi nel novero dei rapporti di natura reale, visto che qui manca quel fondamentale rapporto tra soggetti che caratterizza l'obbligazione. Il *facere*, infatti, incombe sul proprietario del predio per il solo fatto di essere legati a quest'ultimo da un rapporto dominicale. E non possono valere le obiezioni che pure si sono mosse per tutte quelle fattispecie esaminate nel precedente paragrafo, dato che non vi è alcun dubbio sul fatto che si sta parlando di fondi appartenenti a privati e che non vi sarebbe stata alcuna necessità di particolari espedienti che legassero il soggetto al fondo per determinare la ripartizione di carichi di natura fiscale di qualche genere. Rimane certo la questione nell'*actio aquae pluviae arcendae*, che è *actio in personam*. Non è però il caso di attribuire eccessivo peso a questo rilievo, giacché l'analisi della fattispecie non può lasciare dubbi sul fatto che alla figura di cui si occupava Paolo possono attribuirsi tutti i crismi della realtà. Senza peraltro dimenticare che alla distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam* non consegue automaticamente la ripartizione dei diritti in reali e di obbligazione¹²¹. Forse, come pure è stato rilevato¹²², si potrebbe spiegare la natura dell'azione in ragione dello stadio ancora non ben sviluppato a cui si trovava il pensiero dei giureconsulti quando si iniziarono a prendere in considerazione tali forme di rapporti¹²³.

¹²⁰ Come per esempio nel caso di disseccamento della fonte da cui proveniva l'acqua che ivi scorreva o di distruzione del canale stesso.

¹²¹ In questo senso si veda la ricostruzione in C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 74.

¹²² Cfr. C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 81.

¹²³ Si noti, a margine, che se il giurista ricordato da Paolo verrà effettivamente a identificarsi con Caio Ateio allora si potrà pensare con qualche fondamento a un

6. Alcune riflessioni conclusive sulla possibilità che la regola *servitus in faciendo consistere nequit* possa avere validità generale e sulla ammissibilità di archetipi della figura dell'onere reale in diritto romano

Si pone adesso la necessità, prima di passare a considerare nel Capitolo successivo il problema della *servitus oneris ferendi* e di quale natura attribuire alla *refectio parietis*, qualche considerazione conclusiva.

Conviene partire dal primo problema affrontato, svolto nel Paragrafo introduttivo, vale a dire se sia possibile ritenere che in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 si trovi affermato un principio generale valevole per ogni figura rientrante nella categoria dei diritti reali. Dall'analisi della testimonianza di Pomponio, non limitata esclusivamente al paragrafo ora ricordato ma estesa anche al *principium*, si è desunto che in realtà il giureconsulto non ebbe alcuna intenzione di affermare una regola generale.

Infatti, fugati i dubbi che erano stati avanzati quanto alla possibilità che il termine *natura* potesse risultare insiticio, si è stabilito che l'uso del lemma si inseriva invece nel quadro tracciato da Pomponio il cui obiettivo era quello di limitare (e, tuttavia, implicitamente ammettere in relazione a quei determinati casi) l'applicazione della regola *servitus in faciendo consistere nequit* solo ove il *facere* avesse quale obiettivo non la soddisfazione di un bisogno obiettivo del fondo, non recasse, cioè, una utilità intesa in senso oggettivo al proprietario di esso, ma fosse volto all'appagamento di un bisogno soggettivo del proprietario del predio dominante.

È d'uopo concludere, pertanto, che, ammessa l'operatività della regola, essa non fosse intesa quale principio generale applicabile a ogni figura rientrante nel novero della categoria dei diritti reali, e dunque non

processo di sviluppo ancora embrionale in relazione alla difesa di questi particolari rapporti. È bene ricordare, infatti, che proprio tra Labeone e Servio Sulpicio (di cui Caio Ateio, se si presta fede a Pomp. *l.s. enchiridii* D. 1.2.2.44, era stato *auditor*) era insorta la disputa circa la *refectio* nella *servitus oneris ferendi*. Questo potrebbe forse aggiungere un ulteriore elemento di credibilità all'ipotesi prospettata nel testo.

costituisse necessariamente una caratteristica della stessa. Il giureconsulto, infatti, intendeva, esprimendo quel concetto, porre un limite alla possibilità di richiedere una prestazione positiva con inerenza al fondo ogni qual volta l'esigenza da soddisfare fosse esclusivamente personale, e per tale via tracciare una differenza rispetto al fine e all'impiego delle figure rientranti nel novero delle obbligazioni.

Che la regola non avesse una validità generale, e che invece ancora una volta venisse in considerazione il requisito dell'*utilitas*, è stato messo in luce anche nel secondo Paragrafo attraverso l'esame di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5. Dal confronto delle fattispecie che Pomponio e Ulpiano riferivano, ne è emersa la sostanziale differenza. Si è tuttavia constatato che, nonostante tale diversità, in entrambe le situazioni sempre attraverso un'azione di natura reale (o, alternativamente, con l'interdetto) si poteva pretendere dal soggetto passivo la rimozione dell'ostacolo.

Si è anche mostrato come non debba essere invece accolta quella ricostruzione secondo cui la non rimozione dell'ostacolo (e, dunque, il fatto che esso continuasse a impedire l'esercizio del diritto) avrebbe costituito, non un *facere* in senso proprio, ma una ingerenza positiva nella sfera di esclusività derivante dalla titolarità del diritto reale che si sarebbe sostanziata nel tenere gli alberi sul proprio fondo in modo da rendere impossibili o non agevole tale esercizio. Tuttavia, è stato anche mostrato come tale ipotesi costituisca, in realtà, il portato di una preconcreta idea secondo cui non si potrebbero ammettere diritti reali il cui contenuto (e la stessa conclusione dovrebbe valere, si badi, per il contenuto di un qualsiasi onere accessorio) possa consistere in un *facere*. Ma come si è detto, non solo la nota regola *servitus in faciendo consistere nequit* non ha quella portata generale che pure le si attribuisce ma, a ben vedere, l'ipotesi qui combattuta non tiene in giusta considerazione il fatto che la rimozione dell'ostacolo, come viene esplicitamente ammesso appunto in Pomp. 5 *ad*

Sab. D. 7.1.19.1 (e implicitamente si desume per *Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.4.5*) poteva essere preteso *suis actionibus*, vale a dire mediante azione reale. Il *tollere arbores*, quindi, costituisce un comportamento attivo dell'onerato. Per le ragioni ora esposte si deve concludere che la teoria dell'ingerenza positiva si scontra con due ostacoli difficilmente superabili: la possibilità di pretendere la rimozione dell'ostacolo con azione reale e il fatto che essa costituisce, in ogni caso, una condotta effettivamente positiva a carico del soggetto passivo.

Nonostante questa ricostruzione possa essere respinta nelle conclusioni a cui giunge è pure necessario formulare qualche ulteriore considerazione. A ben vedere, infatti, le due teorie ricostruttive esposte potrebbero anche costituire una speculare faccia della stessa vicenda. Si ammetta pure che la non rimozione, vale a dire il tenere gli alberi in modo da impedire o rendere ben più difficoltoso l'esercizio del diritto, costituisca una ingerenza positiva. Ciò concesso, è sempre vero che la conseguenza di tale situazione è la possibilità di esperire l'azione reale (o l'interdetto) per costringere il soggetto passivo a effettuare la rimozione e che essa debba necessariamente esplicarsi attraverso un *facere* posto a carico dell'onerato.

Rimane da vedere quale sia la ragione giuridica alla base di questa diversa ricostruzione. E anche in questo caso occorre far riferimento al requisito dell'*utilitas*. Si è precisato, preliminarmente, come nei casi esaminati non dovesse però intendersi per *utilitas* quella che deriva direttamente dal contenuto del diritto, ma si faccia piuttosto riferimento all'utilità mediata che deriva dal comportamento attivo dell'onerato. Tale *facere* diventa infatti necessario e utile obiettivamente nel momento stesso in cui l'omissione di una azione positiva, direttamente connessa alla posizione passiva del soggetto, impedisce al titolare l'esercizio del diritto. Diventa in questi termini più chiara, a parere di chi scrive, la base giuridica della soluzione prospettata nei due brani. Attraverso l'azione reale si ottiene non solo di poter fruire dell'utilità normalmente derivante dal diritto, ma

qualora ciò non fosse più possibile per cause imputabili al proprietario del fondo su cui insiste il diritto reale dell'attore, attraverso la medesima azione quest'ultimo potrà anche profittare dell'utilità c.d. mediata che si sostanzia nella rimozione dell'ostacolo che impedisce di godere del diritto.

È stato accertato, pertanto, che esistono situazioni in cui effettivamente un *facere* poteva essere preteso mediante azione reale, incombendo sul soggetto passivo in qualità di proprietario del fondo gravato dallo *ius in re aliena* dell'attore.

Nel terzo Paragrafo sono stati esaminati Scaev. 7 *dig.* D. 18.1.81.1 e Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12, in base ai quali taluno ha creduto di poter escludere l'esistenza di casi in cui un diritto reale implicasse una qualsiasi prestazione di carattere positivo. In particolare, per quanto concerne il secondo dei passi ora ricordati, si è cercato di dimostrare quale fosse, in realtà, la ragione posta a base dell'affermazione di Paolo secondo cui, nella fattispecie esaminata, *servitutem iure constitutam non videri [neque in personam neque in rem]*. Tale decisa risposta, contrariamente a quanto vorrebbe una parte degli studiosi, non conseguiva però all'applicazione della regola *servitus in faciendo consistere nequit*. E lo stesso giureconsulto forniva, nel descrivere la fattispecie, la vera ragione alla base della decisione. E infatti, esponendo il caso, Paolo precisava un elemento di fondamentale importanza, vale a dire che i fondi si trovavano *diversis pagis*. Come è stato sostenuto dunque, è per questa ragione che venne esclusa nel caso di specie la possibile costituzione di una servitù prediale, tanto più che in effetti dubbi in merito sarebbero potuti sorgere vista la particolare articolazione tra fondi del rapporto.

Passando al primo dei brani esaminati, Scaev. 7 *dig.* D. 18.1.81.1, si è posto in luce come il problema affrontato dal giureconsulto riguardasse la prestazione positiva a cui era costretto Lucio Tizio nei confronti di Gaio Seio. Nel caso considerato, tuttavia, come aveva già precisato una risalente dottrina, si sarebbe dovuta tenere distinta l'obbligazione attraverso cui il

promittente si era vincolato alla prestazione annua, che risulta peraltro confermata dal verbo impiegato (*promitto*), dalla *lex venditionis*. In relazione a essa, si è cercato di dimostrare la plausibilità della ricostruzione di quanti vi avrebbero scorto, in considerazione peraltro della stessa sua formulazione, l'effettiva volontà del soggetto di onerare il fondo gravandolo con una prestazione periodica di contenuto positivo. Che la volontà del proprietario-alienante dovesse essere questa si può intuire anche, come detto, dalla formulazione della *lex*. E in effetti, anche in questo caso, il rapporto è strutturato in modo da intercorrere tra i fondi, e la mancata costituzione dell'onere potrebbe in realtà derivare da una errata scelta del mezzo giuridico impiegato che non avrebbe potuto provocare alcun effetto se non meramente obbligatorio. Si è dimostrato, pertanto, come nemmeno in questo caso vi fosse stata alcuna applicazione pratica della regola che si vorrebbe affermata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. E infatti, se l'impossibilità di diritti reali di contenuto positivo derivante dalla regola *servitus in faciendo consistere nequit* fosse stata effettivamente tenuta presente e anzi applicata nei casi esaminati, i giureconsulti vi avrebbero fatto certamente un esplicito riferimento che, però, non si rinviene in nessuno dei testi considerati.

La questione è stata poi brevemente affrontata, nel quarto Paragrafo, anche in relazione alla sfera prettamente pubblicistica, ove una parte della storiografia ritenne di poter individuare una serie di fattispecie che sarebbero potute rientrare tra gli archetipi degli oneri reali. A questo scopo sono stati considerati, in prima battuta, il *tributum* e lo *stipendium*. Tali figure, come è stato possibile desumere dall'esame delle fonti, sono caratterizzate dall'essere prestazioni periodiche e potenzialmente perpetue, che implicano anche una responsabilità del possessore attuale del fondo per gli arretrati. L'analisi è poi proseguita prendendo brevemente in considerazione il *vectigal*, le fondazioni alimentari, gli oneri di contribuzione per le opere di manutenzione delle cloache, delle strade e

degli acquedotti. In particolare, con riferimento al *vectigal* si è visto, analizzando Pap. Iust. 2 *de const.* D. 39.4.7 pr., che le fonti ribadiscono fortemente il lato dell'inerenza della prestazione positiva al fondo.

Il medesimo discorso svolto per il *vectigal* risulta valido anche nel caso delle fondazioni alimentari che, nelle fonti, vengono appunto indicate quali *obligationes praediorum*.

In relazione, poi, agli oneri per la manutenzione delle opere stradali, è stata considerata primariamente la Tab. VII.7. Dall'analisi della norma decemvirale si apprende come le suddette opere fossero imposte in una prima fase ai frontisti e che, successivamente, esse, ripartite sempre tra questi soggetti, divennero un vero e proprio *munus publicum*, tanto che le *viarum munitiones* e le *praediorum collationes* si atteggiarono in progresso di tempo alla stregua di veri e propri oneri gravanti sui *praedia*.

E per quanto riguarda le opere di riparazione e manutenzione degli acquedotti, sono le stesse fonti che suggeriscono il parallelo rispetto alle *collationes viarum*.

Dopo aver concluso questa analisi con la convinzione che tali figure possano atteggiarsi a veri e propri archetipi, sebbene nel diritto pubblico, di oneri reali, sono state formulate alcune osservazioni in relazione alla ricostruzione di una parte della storiografia che avrebbe voluto invece attribuire a tali fattispecie natura obbligatoria. Sono sorte delle perplessità per quanto riguarda il punto della costituzione di tali oneri attraverso leggi o negozi di natura pubblica. A questo rilievo si è obiettato che, nonostante la genesi nell'ambito del diritto pubblico, tali oneri per loro stessa natura, vale a dire per i caratteri a essi intrinseci, non possono che gravare sui fondi e trasmettersi ai successivi possessori di essi, indipendentemente dal fatto che tali caratteristiche possano o meno derivare dal carattere pubblicistico del mezzo di costituzione. Inoltre, come precedentemente già detto, il modo di costituzione risentiva certo delle necessità derivanti dagli accresciuti bisogni a cui lo Stato, per mezzo di tali figure, doveva far fronte mentre, per il

periodo più antico, la costituzione attraverso strumenti pubblicistici si potrebbe anche spiegare alla luce del fatto che le strade rientravano tra i beni *extra commercium humani iuris*.

Si è poi rilevato come non avesse una particolare rilevanza il fatto che il criterio della inerenza al fondo potesse essere teoricamente utilizzato al solo fine di determinare la distribuzione dei carichi. L'onere, infatti, non avrebbe potuto insistere se non sul fondo, tanto che il contributo doveva necessariamente essere versato proprio in virtù di tale rapporto e in proporzione agli iugeri posseduti.

Si è poi formulata qualche considerazione sull'ipotesi che il concedente, in ognuno dei casi esaminati, sarebbe rimasto pur sempre proprietario del fondo e che, pertanto, le prestazioni del concessionario altro non sarebbero state se non il corrispettivo per il godimento di esso. Da questo punto di vista si è rilevato che, anche grazie all'elaborazione giurisprudenziale, tali concessioni divennero in progresso di tempo definitive, sino a essere caratterizzate da principi assimilabili a quelli della proprietà. A fronte di questa situazione, dunque, ben sarebbe potuta corrispondere in capo al concedente una condizione assimilabile alla titolarità di un vero e proprio *ius in re aliena*.

Infine, si è rilevato contro la combattuta tesi che la terminologia utilizzata dalle fonti – la quale altro non sarebbe se non quella propria di istituti appartenenti al novero delle obbligazioni – non può automaticamente deporre a favore della medesima natura anche per le prestazioni qui esaminate. Infatti, tale utilizzo è giustificato esclusivamente dall'obiettivo di rimarcare l'inerenza della prestazione al fondo e la garanzia che esso forniva per il pagamento del canone.

A conclusione, pertanto, di questo primo capitolo, si può affermare che la ben nota “regola” enunciata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 non ha per i classici quella valenza generale che le è stata attribuita. Essa conosce, anzi, diverse eccezioni che si possono inquadrare, con buona probabilità, tra

quelli che sono stati definiti nel corso di questo lavoro “archetipi” degli oneri reali. La figura – e questo discorso è valido tanto per il diritto pubblico, quanto per il diritto privato – non ha raggiunto una matura elaborazione per opera della giurisprudenza romana. Tuttavia, un buon numero di casi presenta le caratteristiche individuate per la categoria dell'onere reale.

Alla luce di queste conclusioni è necessario esaminare, nel prossimo Capitolo, il problema della natura della *refectio* nella *servitus oneris ferendi*.

CAPITOLO II

IL PROBLEMA DELLA *REFECTIO PARIETIS* NELLA *SERVITUS ONERIS*

FERENDI. UNA IPOTESI ALTERNATIVA

1. Analisi e inquadramento della fattispecie considerata in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2

Occorre adesso – essendo stato accertato che anche il diritto privato non aveva disconosciuto la possibilità che in alcune situazioni un *facere* fosse imposto a carico del proprietario del fondo servente e che la configurazione giuridica data a questi rapporti rispondeva a quelle caratteristiche che vengono a definire la natura reale dell’istituto – soffermarsi sull’analisi di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2:

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2-3: 2. *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitutum imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutum adserit, non ad eum, cuius res servit. sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutum non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. 3. Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio.*

Il brano, tratto dal diciassettesimo libro del commentario all’editto di Ulpiano¹²⁴, è sistemato dai commissari giustinianeî a commento del titolo *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* (D. 8.5). Come è stato messo in evidenza in Prefazione, quanto ivi si afferma ha suscitato

vastissimi dibattiti nella storiografia di ogni secolo e persino tra gli stessi giureconsulti romani. Per cominciare, non meglio definibile è il reale punto sul quale si era incentrata la discussione tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo che parrebbe riguardare, a una prima lettura della fonte, il problema dell'*actio* che si poteva accordare al titolare della *servitus oneris ferendi* e mediante la quale si sarebbe costretto il proprietario del fondo servente a un *facere*, vale a dire alla *refectio parietis*¹²⁵.

Il testo, prima di accennare al dibattito, si apre con il rilievo di Ulpiano che sottolinea come nel caso della *servitus oneris ferendi* competa al proprietario dell'edificio dominante l'*actio confessoria*, di natura reale, volta a costringere il proprietario dell'edificio servente non solo a

¹²⁴ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 519.

¹²⁵ E non si può credere che la discussione tra i *veteres* risulti artatamente creata dai compilatori nella forma in cui la si legge. Sul punto specifico è opportuno ricordare, infatti, la diversa ricostruzione dell'escerto proposta da G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, cit., p. 231: [*Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est.*] et Gallus <recte scripsit> [putat] non posse ita servitute imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus reffectio ad eum pertinet, qui sibi servitute adserit, non ad eum, cuius res servit. [sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere] ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitute non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. L'opinione dell'autore tedesco che, come peraltro già precisato, tende ad attribuire la soluzione prospettata nel brano ai compilatori, vorrebbe di completa fattura giustiniana il primo periodo (da *Etiam de servitute* fino a *comprehensus est*). Mentre, per quanto concerne più in particolare le diverse opinioni dei giureconsulti, nell'originario testo si sarebbe trovato scritto *Gallus recte scripsit*, anziché *Gallus putat*. Invece, in merito alla dottrina di Servio Sulpicio Rufo, l'autentico testo di Ulpiano l'avrebbe riportata pur senza affermarne la prevalenza. Sul punto è per ora sufficiente un rimando a quanto rileva P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., pp. 184-185, secondo cui, pur volendo supporre che la diversa opinione di Servio Sulpicio non fosse prevalsa, per la questione qui affrontata ben più importante risulta il fatto che essa fosse stata comunque effettivamente proposta. Su questo punto si può certo convenire. Ciò dimostra infatti, in ogni caso, che una diversa prospettiva suscitava consensi. Proprio alla luce di questo dato non si può considerare generalmente valida, almeno nei termini in cui si è soliti intenderla, la regola secondo cui *servitus in faciendo consistere nequit*.

sopportare il peso della trave («*Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat...*») ma anche a *reficere* il *paries* nel modo che si era stabilito quando era stata imposta la servitù («*...et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est.*»). E a questo proposito il giureconsulto di Tiro ricordava l'opinione di Aquilio Gallo, poi non prevalsa, secondo cui non si sarebbe potuta ammettere una servitù che costringesse il *dominus* del fondo gravato a fare alcuna cosa («*et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur...*»), ma solo a che non impedisse al proprietario dell'immobile dominante di esercitare le facoltà rientranti nel proprio diritto («*...sed ne me facere prohiberet...*»), soggiungendo, a motivo del proprio orientamento, che in ogni servitù la *refectio* dovesse incombere sull'asserito titolare del diritto e *non ad eum, cuius res servit* («*...nam in omnibus servitutibus reffectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit*»)¹²⁶.

Ma Ulpiano precisava che sulla questione era prevalso un diverso orientamento, facente capo a Servio Sulpicio Rufo («*sed evaluit Servi sententia, in proposita specie...*»)¹²⁷. E infatti, quest'ultimo aveva ritenuto che si potesse invece costringere il proprietario dell'edificio servente al restauro del *paries*, affinché esso fosse in grado di sostenere il peso («*...ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*»)¹²⁸. Il giureconsulto di Tiro sentiva immediatamente

¹²⁶ Sulla collocazione paligenetica del tratto di Aquilio Gallo v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 55.

¹²⁷ Sulla palingenesi del testo di Servio Sulpicio Rufo v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 324, che sistema il brano tra i *loci incerti*.

¹²⁸ Si può leggere qui, seguendo la ricostruzione generalmente accolta e nonostante importanti dissensi in proposito, l'*intentio* della formulare. Una formula di questo tenore è accolta come detto da O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, cit., p. 194 (cui adde A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, cit., p. 79). Sul punto v. poi in questo senso la storiografia maggioritaria: V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 145 e nt. 1 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., p. 84 e nt. 1);

la necessità di richiamare anche Labeone, il quale aveva precisato che anche nel caso della *servitus oneris ferendi* non sarebbe stata la persona a essere onerata, bensì l'edificio su cui la servitù insisteva («...*Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem...*») sicché, nel caso in cui il *dominus* dell'edificio servente non avesse voluto provvedere alle necessarie opere di riparazione, avrebbe potuto *derelinquere* il *paries* («...*denique licere domino rem derelinquere scribit*»).

Il paragrafo terzo reca la precisazione, a chiusura di questo *excursus*, che tale azione, nonostante la sua particolarità, *in rem magis est quam in*

C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., pp. 83-84, i quali si limitano invero a precisare che la *refectio* può essere pretesa in via principale mediante l'*actio* confessoria; L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, cit., p. 17; P.E. BENZA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 51; A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, cit., p. 25; S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 22; O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus" e "via"*, cit., p. 271, nt. 4; A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*, Milano, 1992, p. 186; A. CORBINO, *Servitus oneris ferendi e refectio parietis*, cit., pp. 26 e 33; R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 74 e nt. 34 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 28 e nt. 34); A. TORRENT, *Estudios sobre la servitus oneris ferendi*, I, *Utilitas, tipicidad*, cit., p. 426; A. BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 64. Ma v. in senso opposto G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., pp. 691-692 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., pp. 64-65), sulla cui opinione si ritornerà *ex professo* in questo Capitolo; cui *adde* G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., p. 192 (ID., *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 83); B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 118; M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 185. Sul punto v. anche S. MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, cit., pp. 186-200, propenso a ritenere che il testo in esame non contenga alcun indizio relativo al tenore della formula e che per il raggiungimento del medesimo risultato non sarebbe necessario richiamarsi a una formula provvista di *intentio* che prevedesse il *cogere adversarium a onera sustineat e aedificia parietem reficiat*, essendo sufficiente la formula della *vindicatio servitutis*. Va ancora precisato che A. RUSSO, *Servitù di appoggio e «refectio parietis»*, cit., p. 73 e nt. 12, pur dichiarando suggestiva la ricostruzione

personam e che pertanto sarebbe spettata al proprietario contro il titolare del diritto dominicale sul fondo servente, *sicuti ceterarum servitutium intentio* («*Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio*»)¹²⁹.

È poi necessario illustrare anche il contenuto di Paul. 5 *epit. Alf. dig. D.* 8.2.33 che aiuterà a meglio comprendere il problema della *refectio*:

Paul. 5 *epit. Alf. dig. D.* 8.2.33: *Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege aedium ita scriptum esset: 'paries oneri ferundo*

di Segrè pur fondandosi su una indimostrabile alterazione dell'*actio* dovuta ai bizantini, non prende ulteriormente posizione sul problema formulare.

¹²⁹ È assai probabile che il periodo da *sicuti* sino a *intentio* non sia genuino. In questo senso v. C. LONGO, *La categoria delle "servitutes" nel diritto romano classico*, cit., p. 300; W.W. BUCKLAND, *The protection of servitudes in Roman Law*, in *LQR* 46, 1930, p. 455 per via del singolare *intentio*; G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, cit., p. 683, nt. 4 (= *La clausola restitutiva nelle azioni "de servitutibus" e le formule delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 53, nt. 1); M. BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle "actiones negative"*, in *BIDR* 46, 1939, p. 152, nt. 18; G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 126 e 146, nt. 1; S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 15 e 17, nt. 80; E. BUND, *Begriff und Einteilung der Servituten im römischen Recht*, in *ZSS* 73, 1956, pp. 196-198; R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 85 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 44); S. MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, cit., pp. 197-198, che sembra orientato a ritenere il discorso che si svolge nella chiusa del brano come il frutto di una semplificazione troppo profonda effettuata dai compilatori, cosa che forse spiegherebbe a detta dello studioso anche l'assenza di un qualche riferimento al *possessor* pure legittimato alla *vindicatio*. Sul punto è sufficiente notare che, effettivamente, una generalizzazione del tenore di cui al periodo appuntato risulta superflua e banale nell'economia del discorso che Ulpiano sta svolgendo. Peraltro, la mancanza di un riferimento al *possessor* potrebbe anche spiegarsi, oltre che con l'ipotesi avanzata da Masuelli, pure in considerazione della originaria limitazione del discorso al solo caso della *servitus oneris ferendi* e di conseguenza, rispettivamente, al *dominus* dell'edificio dominante e a quello dell'immobile servente. La genuinità della chiusa è stata però difesa da V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti su cosa altrui in diritto romano*, I, in *AG* 81, 1908, p. 407, nt. 3 (= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 183, nt. 3, corrispondente alla p. 51, nt. 3 dell'estratto); B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 352-352.

uti nunc est, ita sit', satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitatem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res quae servit et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat.

Che le opere necessarie al ripristino della colonna debbano essere a carico del proprietario dell'edificio su cui insiste la servitù viene specificato anche in questo brano («*Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet*»). Ma si aggiunge un elemento assai rilevante che invece viene solo rapidamente accennato in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2-3. E infatti, al fine di giustificare questa affermazione, il giureconsulto fa riferimento alla *lex aedium*. In essa veniva stabilito che la parete dell'edificio sarebbe dovuta rimanere nelle condizioni in cui si trovava al momento dell'alienazione dell'edificio («*nam cum in lege aedium ita scriptum esset: 'paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit' ...*»)¹³⁰. Immediatamente veniva anche chiarito il portato di una siffatta formulazione, specificandosi che *in perpetuum idem paries aeternus*¹³¹ *esset*. Ciò, però, non nel senso che il *paries* avrebbe dovuto durare eternamente («*...non enim hoc his verbis dici, ut in*

¹³⁰ La storiografia riferisce generalmente tale *lex* alla *mancipatio*. Sul punto v. in questo senso G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 50 che collega il caso discusso nella testimonianza all'ipotesi in cui un soggetto, avendo innalzato due o più edifici, avesse deciso di alienarli stabilendo, appunto attraverso una *lex mancipi* di quel tenore, che si serbasse quanto da lui in precedenza stabilito in tema di appoggio; G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit., pp. 209-210, il quale specifica come attraverso tale modalità «La servitù da regolamento convenzionale si obiettivizza fino a costituire parte integrante dello "statuto" del fondo [...]»; S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, cit., p. 101.

¹³¹ TH. MOMMSEN, *Editio maior, ad h. l.*, nt. 2 ritiene che l'aggettivo sia da espungere. Del medesimo ordine di idee sono anche F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, p. 21; nonché L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940, p. 75; S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 27 (nella restituzione del testo); M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971² [rist. Napoli, 1984], p. 96. Non si esprime sul

perpetuum idem paries aeternus esset...»), ma che vi sarebbe dovuta essere sempre una parete idonea a sopportare il peso («...*sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret...»*) come se qualcuno avesse assunto appunto una servitù di tale genere e la cosa deputata a ciò fosse poi perita («*quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitatem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res quae servit et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat*»).

Ancora, che la *refectio parietis* fosse certamente a carico del proprietario dell'edificio servente traspare, oltre che dai testi ora ricordati, anche da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.2¹³²:

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.2: *Distant autem hae actiones inter se, quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum, haec vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat, quod non est contra genera servitutium.*

Ulpiano, in questa testimonianza tratta dal diciassettesimo libro del commentario all'editto¹³³, illustra quale sia la differenza tra l'*actio* che compete nel caso della *servitus oneris ferendi* e quella concessa nel caso della *servitus tigni immittendi* («*Distant autem hae actiones inter se...»*)¹³⁴.

punto R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 68, nt. 17 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 20, nt. 17).

¹³² Ma cfr. anche Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7: *Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut actio. res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque ne neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit; Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr.: *Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita futura aedificiorum vicini cui servitus debetur, quamdiu paries reficitur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est ius tibi non esse me cogere.**

¹³³ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 519.

¹³⁴ Che il paragone sia rispetto all'azione relativa alla *servitus tigni immittendi* si deduce da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.1: *Competit mihi actio adversus eum, qui cessit*

E proprio in questa occasione ribadisce che nel primo caso («...*quod superior quidem locum habet...*») l'azione è diretta *ad compellendum vicinum reficere parietem meum*, mentre nel secondo a far sì che il proprietario dell'edificio servente *tigna suscipiat* («...*haec vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat...*»). A conclusione del discorso si specifica, rispetto alla *servitus tigni immittendi, quod non est contra genera servitutium*¹³⁵.

mihi talem servitatem, ut in parietem eius tigna immittere mihi liceat supraque ea tigna verbi gratia porticum ambulatoriam facere superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant.

¹³⁵ Va in primo luogo segnalato che TH. MOMMSEN, *Editio maior, ad h.l.*, nt. 1, ha ipotizzato che invece di *genera* dovesse leggersi qui *regulas*. Tale osservazione è assai significativa. In essa si percepisce, infatti, la difficoltà di dover inquadrare l'onere della *refectio* entro gli schemi ormai prevalenti in epoca giustiniana. Deve essere accolta, infatti, l'opinione di quanti credono che tale ultima aggiunta sia di matrice compilatoria. In questo senso v. G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, cit., p. 232, che peraltro ritiene non genuino l'intero periodo da *distant* sino a *servitutium*; cui *adde* P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 187 il quale nota, a proposito della correzione di Mommsen, come sebbene la sostituzione di *regulas* a *genera* renda più classico e intellegibile il periodo, ciò lo allontanerebbe dallo stile bizantino che si manifesta nell'uso del secondo termine; G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 692, nt. 24 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 66, nt. 1), ritiene, seguendo sul punto Beseler, l'intero paragrafo opera dei giustiniani; mentre S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 21, nt. 26 scorge un glossema nella frase *quod non est contra genera servitutium*; ID., *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit., p. 64 e nt. 131 ove l'uso della locuzione *genera* è ritenuto «impossibile». Al contrario G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., p. 190, pone in evidenza l'intenzione di Ulpiano di sottolineare con quella particolare espressione (accogliendo o meno la correzione di Mommsen) la «particolarità della *servitus oneris ferendi* contro i *genera* (o le *regulae*?) delle servitù». Va segnalato, inoltre, che anche l'uso poco perspicuo dell'aggettivo possessivo (nel testo è detto infatti «...*ad compellendum vicinum reficere parietem meum...*») rende meno chiaro il discorso svolto da Ulpiano. In particolare, v. B. BRUGI, *L'ambitus e il paries communis nella storia e nel sistema del diritto romano*, in *RISG* 4, 1887, pp. 388-389, secondo cui si tratterebbe comunque di una espressione mal riuscita dello stesso giurista da leggersi nel senso di *parietem mihi servientem*; cui *adde* anche R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 69, nt. 22 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 22, nt. 22). Occorre spendere qualche altra parola sull'ultima parte della testimonianza, in particolare sul periodo *quod non est contra*

2. Se l'*onus refectionis* nella *servitus oneris ferendi* sia di matrice giustiniana

Si è avuto modo di illustrare, seppure in breve, lo svolgimento delle

genera servitutium. È complesso accertare se esso sia frutto di una aggiunta operata dai giustiniani o da un anonimo glossatore postclassico. Ma a ben vedere il concetto che si vuole esprimere con quella repentina affermazione non è coerente, se non a una lettura superficiale, con l'idea che il giureconsulto sta sviluppando nell'intero escerto tratto dal diciassettesimo libro del commentario all'editto. Il discorso si svolge essenzialmente in questi termini. Nel principio del brano Ulpiano specifica che la riparazione della parete spetta al vicino proprietario dell'edificio su cui la servitù grava. Nel par. 1, poi, precisa che *competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem*, vale a dire la *servitus tigni immittendi*. Ecco che, giunti al secondo paragrafo, il giureconsulto sente la necessità di chiarire al lettore quale doveva essere la differenza tra la prima azione, vale a dire quella di cui aveva parlato nel principio del paragrafo e relativa alla *servitus oneris ferendi*, e quella di cui aveva accennato nel par. 1, concernente invece la *servitus tigni immittendi*. Ciò detto, occorre chiedersi per quale ragione Ulpiano abbia sentito il bisogno di specificare che l'*actio* mediante cui si costringeva il soggetto a ricevere la trave nella *servitus tigni immittendi*, *non est contra genera servitutium*. E ciò specialmente alla luce della considerazione per cui la *natura* delle servitù, secondo quanto insegna Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, non sarebbe potuta consistere in un *facere*. La *servitus tigni immittendi*, infatti, sarebbe rientrata senza particolari problemi nel *genus servitutis*. Tramite l'azione infatti, come si vede, si sarebbe solo costretto il soggetto a sopportare l'inserimento della trave nel *foramen*. Mentre nessun particolare comportamento positivo poteva essere preteso tramite l'esperimento dell'*actio*. È chiaro, pertanto, che una precisazione come quella appuntata non sarebbe certo potuta venire da Ulpiano. Gli era ben nota la disputa intercorsa tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo, la vittoria riportata dall'opinione di quest'ultimo giurista e, infine, la precisazione di Labeone. Ammesso che l'*onus refectionis* nella *servitus oneris ferendi* fosse una eccezione alla regola *servitus in faciendo consistere nequit*, tale dato doveva essere ormai acquisito al tempo in cui il giureconsulto scriveva. E se ciò è vero, a che scopo ribadire che l'azione della *servitus tigni immittendi non est contra genera servitutium*? Non si può certo attribuire a Ulpiano una affermazione dal tono tanto impreciso e dalla dubbia utilità. Rimane da accertare, per quanto possibile, se essa sia da riferire ai commissari giustiniani o a qualche glossatore postclassico, come ipotizzato da Solazzi. E forse questa seconda ipotesi è la più verosimile. Partendo dal dato che ai giustiniani si deve l'estensione dell'invero ristretto ambito di applicazione della regola enunciata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, non è plausibile che essi avessero sentito il bisogno di precisare che la *servitus tigni immittendi* non costituisse del pari una eccezione alla regola che loro stessi avevano reso generale, sancendo in questo modo l'unica eccezione costituita dalla *servitus oneris ferendi*. È assai probabile che invece un glossatore, a cui non doveva essere ben chiaro il discorso svolto da Ulpiano e che aveva equivocato la

testimonianze che, al di fuori di ogni problematica di carattere testuale, i testi offrono circa la *servitus oneris ferendi* e l'onere della *refectio*. Occorre adesso valutare quella posizione, per quanto del tutto isolata, che sul punto ha assunto Gerahrd Beseler¹³⁶. Ha significativa importanza, infatti, esaminare gli elementi che hanno spinto lo studioso ad affermare *tout court* la non classicità dell'*onus refectio* nel modo in cui esso è configurato nella nostra servitù. Secondo Beseler, che a supporto della propria ricostruzione adduce prevalentemente elementi di carattere formale, i compilatori avrebbero totalmente alterato, aggiungendo quanto ora si legge, il periodo iniziale di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, precisamente da *etiam* sino a *comprehensus est*¹³⁷. Secondo Beseler nell'originario brano di Ulpiano il giureconsulto avrebbe manifestato la propria adesione all'opinione di Aquilio Gallo. Si sarebbe trovato scritto, infatti, *Gallus recte scripsit*, nel luogo ove ora compare il verbo *puto*. Di conseguenza, sebbene il brano in origine riportasse effettivamente nei medesimi termini l'insegnamento di Servio Sulpicio, nell'autentico testo ulpiano non se ne sarebbe affermato il prevalere.

Ancora, proseguendo nell'esposizione della propria ricostruzione, Beseler passa a esaminare Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7¹³⁸. In questo caso, invece,

reale portata di ciò che egli andava affermando, abbia sentito la necessità di affermare quanto si legge nella chiusa del brano.

¹³⁶ G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, cit., pp. 231-233.

¹³⁷ G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, cit., p. 231, si chiedeva infatti quale dovesse essere il soggetto di *onera ferat e aedifica reficiat* e se esso potesse essere uno solo e, nello stesso tempo, il medesimo per entrambe le situazioni. Peraltro, secondo lo studioso tedesco, appartenendo il periodo da *nam* fino a *servit* a Ulpiano, egli, che quindi approvava la dottrina di Aquilio Gallo, non avrebbe mai potuto affermare la prevalenza di quella opposta sostenuta da Servio Sulpicio Rufo. Infine, sempre in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, secondo lo studioso tedesco *evalescere* costituirebbe un ἄπαξ, mentre *evaluit* un δις εἰρημένον.

¹³⁸ Il passo di Paolo è relativo all'*officium iudicis* con riguardo tanto alla prestazione della *res*, quanto della *cautio*.

sarebbe l'intera testimonianza a essere opera dei compilatori¹³⁹.

Mentre, per quanto concerne Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr.1-2, lo studioso tedesco crede di poter dimostrare come nella prima parte del testo si sarebbe affermato l'opposto di quanto si legge. Così, non solo della *refectio* si sarebbe dovuto occupare il titolare della servitù, ma a questi sarebbe anche spettato puntellare l'edificio. E l'immobile da *fulcire* poi, non sarebbe quello a favore del quale è costituita la servitù, ma il servente. Inoltre, la formula dell'*actio negatoria* che si legge nel brano sarebbe frutto di una sostituzione operata dai compilatori a scapito di quella classica. Ancora, di fattura giustiniana sarebbe l'intero periodo da *distant* sino a *servitutium*, vale a dire tutto il paragrafo secondo¹⁴⁰.

E anche Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33, che si esprime palesando un

¹³⁹ G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, cit., p. 231. Prova di tale ipotesi sarebbe la poca chiarezza nelle espressioni che caratterizzano l'andamento della testimonianza («*res haec est...*» e «*cautio haec est...*»); il fatto che in essa si discorra al contempo tanto della *cautio de reficiendo pariete* che di quella da prestarsi nel caso della *servitus altius tollendi*; che *condemnet* non sia accompagnato da alcun soggetto; infine, la particolare disposizione dei termini nella frase «*...iubeat adversarium iudex emendare...*».

¹⁴⁰ G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, cit., pp. 231-232. A fondamento di questa radicale critica lo studioso tedesco adduce i seguenti argomenti. Per quanto riguarda il par. 1 rilevarebbe in questo senso la combinazione tra *servitus tigni immittendi* e *oneris ferendi* testimoniata dall'uso di *competit* e *sustineat* e dunque «[...] für deren zweiten Teil man von Konsequenz wegen die Refektionsreallast fordert, wenn eine solche überhaupt irgendwo zugelassen ward». Di conseguenza, anche per la *servitus tigni immittendi* si sarebbe dovuto prevedere un onere reale che ponesse a carico del proprietario dell'edificio dominante la *refectio*. Ecco quindi la testimonianza di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr.-1 secondo la restituzione del Beseler: *Sicut autem refectio parietis [ad vicinum pertinet,] ita fultura aedificiorum [vicini cui servitus debetur], quamdiu paries reficitur, ad <eum pertinet, cui servitus debetur> [inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus.] [et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est ius tibi non esse me cogere.] 1. Competit mihi <haec> actio adversus eum, qui <in iure> cessit mihi talem servitutem, ut in parietem ius tigna immittere mihi liceat supraque ea tigna verbi gratia porticum ambulatoriam facere superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant. 2. [Distant autem hae actiones inter se, quod superior quidem locum*

orientamento non dissimile da quello esposto nella testimonianza appena considerata, avrebbe subito modificazioni tali da dire l'opposto rispetto a ciò che in origine avrebbe detto¹⁴¹.

La serrata critica testuale applicata alle testimonianze non giunge però a risultati condivisibili. Il fatto che i testi presentino mende di carattere formale è un dato comunque non sufficiente a provare la diversa ricostruzione proposta da Beseler. Al di là di quanto Bonfante aveva sottolineato, cioè che sarebbe poco importato, in fin dei conti, che l'opinione di Servio Sulpicio Rufo non fosse risultata quella vittoriosa, essendo più che sufficiente che essa fosse stata sostenuta da tale giureconsulto¹⁴², è altresì importante evidenziare la non ragionevolezza di una soluzione come quella prospettata dal Beseler.

Anche Segrè, che, come si avrà modo di vedere, giudica accoglibili alcuni argomenti dello studioso tedesco, esprime diverse riserve su tale posizione. In particolare, egli dice, sarebbe poco logico che avendo

habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum, haec vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat, quod non est contra genera servitutium.]

¹⁴¹ G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, cit., pp. 232-233. I motivi sono i seguenti. Sarebbe comunque inspiegabile l'utilizzo di *nam*, pur se si volesse considerare la prima frase priva di mende. Ciò anche solo per il fatto che nella prima parte del testo si fa riferimento a una colonna, mentre nella seconda a una parete. Infine, sarebbero da censurare anche le forme *servitatem qui*, *servit et, ferret*. Conviene riportare, per maggiore chiarezza, il brano così come ricostruito dal Beseler. Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33: <Non> *Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, <sed> [non] eum, qui <onus> imponere vellet. [nam] cum in lege aedium ita scriptum esset: 'paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit', satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cavisset, ut <parietem> [servitatem] praeberet, qui onus [suum] sustineret, si ea res quae [servit et tuum] onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat <deberet?>*.

¹⁴² P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 184. Certamente, sul punto, è ben più importante (come peraltro lo stesso autore qui citato sottolinea) domandarsi come mai i giustinianeî avrebbero dovuto coniare, *ex novo*, un principio sconosciuto per diritto classico.

consentito all'esistenza di una *intentio* del tipo testimoniato in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 per la *servitus oneris ferendi*, e che, di conseguenza, una disputa tra giureconsulti si fosse effettivamente consumata sul punto, seppure rimasta priva di seguito, essa fosse poi tornata in auge con i postclassici o con Giustiniano¹⁴³.

Ma quello che, a discapito delle argomentazioni di Beseler, sembra assai significativo, è proprio il dibattito giurisprudenziale di cui Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 fornisce una vivida testimonianza. E, certo, è condivisibile il rilievo per cui, essendo la dottrina di Servio Sulpicio Rufo condivisa dallo stesso Labeone, e data l'autorevolezza dei due giureconsulti, difficilmente si sarebbe potuto ammettere che essa fosse stata efficacemente contrastata dalla giurisprudenza posteriore. Così anche la frase «...*nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit*», non potrebbe che attribuirsi più logicamente ad Aquilio Gallo e non a Ulpiano come vorrebbe Beseler, salvo che non costituisca una più tarda glossa¹⁴⁴.

¹⁴³ G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 686 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 57).

¹⁴⁴ Così G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 687 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 58). L'ipotesi della natura glossematica del periodo che va da *nam* sino a *servit* fu avanzata già da S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Milano, 1947², p. 768, nt. 2. Segrè, che comunque crede verosimile la ricostruzione di Perozzi, evidenzia come in alternativa nel testo originario si sarebbe potuto trovare un *pertineat* o, ancora, che la frase avrebbe potuto recare la costruzione dell'infinito con l'accusativo, senza contare poi la possibile caduta di un *inquit* o di un *ait*. Va subito precisato comunque che, se non si volesse accedere all'ipotesi del glossema, il periodo qui esaminato, che in ogni caso andrebbe riferito ad Aquilio Gallo e non a Ulpiano, dovrà essere letto in considerazione della diversa e più ristretta estensione del principio *servitus in faciendo consistere nequiti* di cui si è detto e alla luce del quale si tenterà una diversa spiegazione dell'onere della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*. Certo, anche in questo caso occorre evidenziare, sulla scorta di un intento generalizzante che ben si scorge nelle parole presumibilmente attribuibili ad Aquilio Gallo («...*nam in omnibus servitutibus*...»),

Senza dubbio questi argomenti sono ben più verosimili di quelli proposti dallo studioso tedesco. Vale anche la pena notare comunque, sulla scorta di un rilievo di Bonfante, che tutto il percorso argomentativo che si svolge nel brano, anche nelle parti non appuntate, è assolutamente coerente nel giungere al risultato che ivi si legge. Infatti, si desume dal tenore del passo come Ulpiano stia effettivamente prendendo in considerazione la *sententia* di Servio Sulpicio Rufo, a cui coordina poi la precisazione di Labeone¹⁴⁵.

Peraltro, qualche considerazione si può formulare proprio in merito a quanto dice Labeone. In particolare, se si volesse accogliere la restituzione di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 proposta da Beseler, l'ulteriore precisazione per cui «...*hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit*», sarebbe del tutto superflua. Di conseguenza, essa dovrebbe essere del pari espunta e si dovrebbe spiegare per quale ragione i compilatori avessero di sana pianta inserito, ciò che è più importante attribuendola a Labeone, la dottrina dell'abbandono liberatorio. Infatti, se si pone mente a quanto quest'ultimo sta affermando, che, cioè, la *servitus* è dovuta dalla cosa e non dall'uomo, e che di conseguenza *licere domino rem derelinquere*¹⁴⁶, si comprende come la ragione a fondamento di

che esse non sembrano accordarsi con il tenore originale del brano. Sorge spontaneo domandarsi per quale ragione quest'ultimo giureconsulto avesse sentito la necessità di precisare che in ogni servitù la *refectio* doveva spettare al titolare del diritto se, come pure generalmente si crede, il principio di cui a Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 doveva operare in termini generali (tanto da aver avuto un ruolo fondamentale nella risposta negativa fornita dallo stesso Aquilio Gallo). Se la disputa era intercorsa proprio perché la *refectio parietis* risultava contraria al principio *servitus in faciendo consistere nequit*, doveva essere talmente chiaro che in ogni altra servitù la *refectio* sarebbe spettata al proprietario dell'edificio dominante da rendere superflua qualsiasi altra specificazione in merito. Acquista, pertanto, ancora più credito l'ipotesi di non genuinità.

¹⁴⁵ Cfr. infatti P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 185. E secondo l'autore, non solo la coerenza è interna alla testimonianza esaminata, ma anche rispetto agli altri testi considerati.

¹⁴⁶ Per quanto l'espressione sia stata ritenuta assai sospetta. Per la genuinità sostanziale è R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 80, nt. 51 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 36, nt. 51), il quale giustamente nota (pur ponendo in evidenza le opinioni difformi di A. BERGER, *In tema di*

tale appunto sia proprio l'*onus refectionis* a cui doveva far fronte il proprietario dell'edificio servente. Quale motivo vi sarebbe stato di affermare che è la cosa a dovere la servitù e non l'uomo, se della *refectio* si fosse dovuto occupare il proprietario dell'edificio dominante? Se, in altri termini, nessun *facere* fosse stato richiesto al proprietario dell'edificio gravato dalla servitù? A questi interrogativi non fornisce alcuna risposta la tesi di Beseler.

Ancora, è certamente da escludere la totale fattura giustiniana di Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7. Come è stato rilevato, infatti, anche se il passo parla, con riguardo alla *cautio*, sia della clausola restitutoria relativa alla *servitus altius tollendi* che di quella pertinente alla *servitus oneris ferendi*, ciò non è necessariamente dovuto a un intervento consapevole dei compilatori. Ben potrebbe essere che Paolo avesse originariamente accennato, in effetti, alla clausola restitutoria per entrambe le azioni e che l'accostamento delle due fattispecie nel medesimo brano sia causato piuttosto da un difetto di coordinamento attribuibile ai giustiniani. Essi cioè, sistemando l'escerto nel luogo in cui ora si rinviene, avrebbero tralasciato di eliminare il riferimento alla clausola restitutoria per la *servitus altius tollendi*¹⁴⁷.

derelizione. Osservazioni critico-esegetiche, in *BIDR* 32, 1922, p. 137; J.J. MEYER-COLLINGS, *Derelictio. Die Dereliktion im römischen Recht bis zum Corpus Iuris Civilis*, Kallmünz, 1932, p. 88; S. ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padova, 1933, pp. 50 e 114-115), come sia rilevante il fatto che al pensiero di Labeone faccia esplicito riferimento proprio Ulpiano. Sul punto si può concordare.

¹⁴⁷ Così G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 687 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., pp. 58-59). Peraltro, l'autore giunge a questa conclusione adducendo anche un altro argomento. Egli infatti afferma: «In ogni modo, prova contro la tesi del Beseler che il passo appartenga per intero ai compilatori, la menzione nel fr. 7 dell'*officium iudicis* anche per l'azione *de servitute a. t.*, poiché era contro il loro programma di parlare qui di altra servitù, oltre quella *o. f.* [...]». Per raggiungere lo scopo i compilatori interruppero la serie di testi ulpiani per inserirvi quello di Paolo, causando così l'anomalia che si riscontra nell'andamento del discorso. Sempre su questo punto, in precedenza, anche V. ARANGIO RUIZ, *La struttura dei diritti su cosa altrui in diritto romano*, I, cit., p. 407, nt. 3 (= *Scritti di diritto*

Proseguendo, occorre considerare Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33. Sebbene il brano non sia illibato¹⁴⁸ sono persuasivi gli argomenti addotti per

romano, I, cit., p. 183, nt. 3, corrispondente a p. 51, nt. 3 dell'estratto) aveva ipotizzato che nella stesura attuale del testo potesse essere stato omissivo qualche elemento e che Paolo, nella redazione originale, operasse invero un confronto tra la *cautio* relativa alla *servitus oneris ferendi* e quella della *altius tollendi*. A questa ipotesi consente anche S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 23 e nt. 102 (ove si richiama del pari l'opinione di Segrè), e p. 43, nt. 168. Secondo Solazzi, il motivo per cui si sarebbe appunto operato un confronto di tal genere si può rinvenire nel fatto che, per quanto riguarda la *servitus oneris ferendi* sarebbe sussistita la possibilità, alternativa, o di *reficere parietem* o di promettere l'esecuzione del restauro; nella *servitus altius non tollendi*, al contrario, il convenuto altro non avrebbe potuto fare che promettere di non vietare la sopraelevazione. Ancora, altri dubbi sono stati espressi circa l'interpretazione del periodo «...neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere». In particolare, gli autori sono concordi nel ritenere il tratto interpolato. Segrè (*op. loc. ult. cit.*) crede che qui si prospetti il caso di una azione confessoria *de servitute oneris ferendi* e anche, specularmente, di una *vindicatio servitutis altius tollendi*. G. GROSSO, *Sulla servitù «altius tollendi» e «stillicidii non avertendi»*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, I, *Diritto romano e bizantino*, Padova, 1935, pp. 465-466 (= *Scritti storico giuridici*, II, *Diritto privato. Cose e diritti reali*, cit., pp. 61-62 [cui adde A. RODGER, *Owners and neighbours in roman law*, Oxford, 1972, p. 110]), dal canto suo è propenso invece a credere che il testo accenni solo della negatoria con riguardo alla *servitus altius non tollendi*. Solazzi, (*op. loc. ult. cit.*), ha ipotizzato che il periodo considerato sia frutto di un errore commesso all'atto del rimaneggiamento del brano. In ogni caso, secondo lo studioso, anche se Paolo avesse riferito esclusivamente della *vindicatio servitutis oneris ferendi*, la frase appuntata, seppure frutto di mano compilatoria, costituirebbe la manifestazione di un concetto classico. Infine, L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, pp. 179-181 (cui adde R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 70, nt. 23 [= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 22, nt. 23]), ritiene che qui si possa scorgere sì un intervento compilatorio, ma diretto a rendere più ampio il possibile contenuto della *cautio*, in modo tale che non solo il titolare della servitù si vedesse garantita la possibilità di effettuare il restauro, ma anche di sopraelevare nei limiti della servitù stessa. Ciò precisato, occorre tornare brevemente alla critica delle posizioni di Beseler. Segrè, proseguendo le proprie argomentazioni, sottolinea come nel brano si sarebbe letto non *condemnet* ma *condemnetur*. Senza contare poi che la frase «...iubeat adversarium iudex emendare...» ove si rinviene una tale disposizione di termini, potrebbe essere dovuta all'incuria degli amanuensi. Parimenti, non minore sorpresa dovrebbe suscitare, a causa del ripetersi della lettera 'u', il periodo ricostruito come «...ut iudex iubeat adversarium...» o «...ut iudex adversarium iubeat...». In ogni caso, occorre ammettere con Segrè come non sia in alcun modo provata la fattura totalmente compilatoria della testimonianza.

¹⁴⁸ Come segnala unanimemente la storiografia. Infatti, v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 51, nt. 2, crede che il periodo da *ut* sino a *sustineret* possa

contrastare la tesi di Beseler. In particolare, l'attenzione si deve focalizzare sulla *lex aedium* ivi riferita. Non vi è alcuna stranezza nel fatto che la *lex* si fosse riferita al *paries* e poi, nell'applicazione concreta, Alfeno avesse considerato il caso della *columna*. Come difatti ha precisato Segrè ciò a cui mirava il giureconsulto era dimostrare che la disciplina prevista per il *paries* valesse anche per la *columna*. Inoltre, proprio l'ultima parte (da *quemadmodum* fino a *debeat*) assume un particolare significato nell'equilibrio del brano. Avuto riguardo alla fattispecie di cui in esso si discute, infatti, qualora si accogliesse la tesi di Beseler, verrebbe a scomparire il nesso (appunto costituito dal *nam* che lo studioso tedesco elimina) tra la prima parte del testo e la seconda. In particolare, secondo quanto si legge in apertura, al restauro della colonna deve provvedere appunto il *dominus* dell'edificio gravato dalla servitù. Se, come si desume dalla *lex aedium* riportata, sussiste la necessità di un *paries* sempre *idoneus* a sostenere il peso, allora si comprende perché essendosi promesso di

essere una glossa, sebbene G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, cit., p. 688, nt. 14 (= *La clausola restitutiva nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 60, nt. 1) abbia sottolineato come tale ipotesi sia però improbabile, nonostante la corruzione della frase. Secondo Segrè, infatti, qualora si decidesse di sopprimere la frase imputata, rimarrebbero in sospeso *cavisset* o *debeat*. Egli, dunque, crede piuttosto di dover o espungere *debeat* oppure mantenere *ut* appresso a *cavisset*. Ancora, secondo l'autore anche il periodo successivo («...*si ea res quae servit et tuum onus ferret...*») sarebbe da appuntare. Egli ritiene probabile la congettura di Beseler, vale a dire che in questo caso l'ipotesi si riferisse, in realtà, alla promessa di fornire un *paries* idoneo a sopportare il peso. L'accento alla *servitus oneris ferendi*, pertanto, non sarebbe affatto genuino. In ogni caso, è anche da segnalare che in relazione al periodo iniziale, formato da una proposizione principale retta però dall'infinito, M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, cit., p. 96, ha ritenuto probabile che fosse stato soppresso un *respondit* o una forma verbale simile, per poi continuare con la frase «...*ut in perpetuum idem paries aeternus esset...*». Dubbi sulla genuinità del testo esprime anche B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 117, nt. 1, il quale segnala, in particolare, le difficoltà che genera il paragone introdotto da *quemadmodum* avuto riguardo al principio affermato nella prima parte del testo. Sulle mende presenti nella

prestare la *servitus oneris ferendi* e perito il *paries* che serve a tale scopo, esso debba essere sostituito con un altro *paries* a ciò idoneo¹⁴⁹.

Agli argomenti addotti da Segrè si può ancora aggiungere un rilievo di carattere generale, già accennato, che dimostra come i testi ora considerati, sebbene non esenti da mende, siano del tutto coerenti, tanto nella sistemazione che essi trovano nel Digesto così come nelle opere da cui essi provengono, nell'attribuire l'onere della *refectio* al proprietario del fondo servente.

È opportuno partire dalla collocazione dei passi nel Libro VIII dei *Digesta*.

Forma parte del Titolo *De servitutibus praediorum urbanorum* (D. 8.2):

Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33: *Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege aedium ita scriptum esset: 'paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit', satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitatem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res quae servit et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat.*

Sono invece a commento del Titolo *Si servitus vindicetur vel ad alium*

testimonianza cfr. pure R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 68, nt. 17 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 20, nt. 17).

¹⁴⁹ G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 688 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., pp. 60-61). L'autore segnala, peraltro, come Beseler abbia tralasciato di occuparsi di un altro testo. Si tratta di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.7: *Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriorem si facit, aut per hanc actionem aut per operis novi nuntiationem prohibetur*. Secondo Segrè la testimonianza non si occuperebbe di un *paries* ancora da costruire, dando già per presupposta l'esistenza di una parete atta allo scopo preposto. A tale conclusione si può certamente aderire. L'analisi del testo ora richiamato, difatti, conferma ulteriormente la coerenza del discorso svolto dalle fonti in merito alla *refectio* nella *servitus oneris ferendi*. È certo possibile effettuare interventi di carattere migliorativo sul *paries*, non però operazioni che possano influire sull'idoneità dello stesso a sopportare il peso.

pertinere negetur (D. 8.5):

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2-3-5-7: 2. *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitute imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitute adserit, non ad eum, cuius res servit. sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitute non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.* 3. *Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio. [...]*¹⁵⁰. 5. *Modus autem refectiois in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est. [...]*¹⁵¹. 7. *Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriore si facit, aut per hanc actionem aut per operis novi nuntiationem prohibetur.*

Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7: *Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibuituros altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.*

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr.-1-2: *Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita futura aedificiorum vicini cui servitus debetur, quamdiu paries reficitur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est ius tibi non esse me cogere.* 1. *Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitute, ut in parietem eius tigna inmittere mihi liceat supraque ea tigna verbi gratia porticum ambulatoriam facere superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant.* 2. *Distant autem hae actiones inter se, quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum, haec vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat, quod non est contra genera servitutium.*

Occorre ora vedere la disposizione dei testi rispettivamente negli *Alfeni*

¹⁵⁰ Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.4: *Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, Papinianus libro tertio quaestionum tractat: et ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus excepto usu fructu. sed non idem respondendum inquit, si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent.*

¹⁵¹ Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.6: *Veniunt et fructus in hac actione, id est commodum quod haberet, si onera aedium eius vicinus sustineret.*

*digesta a Paulo epitomata*¹⁵², e nelle opere di commento all'editto di Paolo e Ulpiano.

In particolare, Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33, appartiene al quinto libro dell'opera di Alfeno ove egli si sarebbe occupato, in generale, della servitù¹⁵³. Venendo a Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7, si trova che esso appartiene al libro XXI, dove si tratta della *vindicatio servitutis*¹⁵⁴:

Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33 (Pal. 68);
Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7 (Pal. 354);

Più complesso il discorso relativo al commento ulpiano. La sequenza è così ricostruita da Lenel¹⁵⁵:

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2-3-4 (Pal. 598): 2. *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitutum imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutum adserit, non ad eum, cuius res servit. sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutum non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.* 3. *Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio.* 4. *Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, Papinianus libro tertio quaestionum tractat: et ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus excepto usu fructu. sed non idem respondendum inquit, si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent.*

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.1.2: *Unus ex dominis communium aedium servitutum imponere non potest.*

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.5-6-7: 5. *Modus autem refectionis in hac actione ad eum*

¹⁵² Naturalmente O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 1098 rimanda, per quanto riguarda la palingenesi dell'*epitomae Alfeni digestorum* a quella dell'opera epitomata di Alfeno.

¹⁵³ Va segnalato, però, come O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 51, nt. 1, non sia certo di tale collocazione. Egli ipotizza che l'escerto possa invece appartenere al Libro IV dell'opera di Alfeno relativo alle *leges Mancipi aut venditionis*.

¹⁵⁴ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 1009.

¹⁵⁵ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 519.

modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est. 6. Veniunt et fructus in hac actione, id est commodum quod haberet, si onera aedium eius vicinus sustineret. 7. Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriore si facit, aut per hanc actionem aut per operis novi nuntiationem prohibetur.

Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.8 pr.: Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita futura aedificiorum vicini cui servitus debetur, quamdiu paries reficitur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est ius tibi non esse me cogere.

Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.8.1-2-3 (Pal. 599): 1. Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitute, ut in parietem eius tigna inmittere mihi liceat supraque ea tigna verbi gratia porticum ambulatoriam facere superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant. 2. Distant autem hae actiones inter se, quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum, haec vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat, quod non est contra genera servitutum. 3. Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitute sibi debere ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat.

Cosa si può desumere, dunque, da un confronto tra la collocazione delle testimonianze nei *Digesta* e nelle opere dei giureconsulti? In buona sostanza, nel primo caso la successione dei brani è la seguente:

Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33;
Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2-3-4-5-6-7;
Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7;
Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr.-1-2-3-4-5-6-7.

I giustinianeî hanno inserito sotto il titolo *De servitutibus praediorum urbanorum* Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33. In particolare, essi hanno creduto necessario precisare, facendo ricorso peraltro al ricordo della *lex aedium* ivi menzionata, che l'onere della *refectio* nella *servitus oneris ferendi* sarebbe spettato al proprietario dell'edificio servente. Che questa dovesse essere una regola di carattere generale, sia nella trattazione di Alfeno che nelle intenzioni dei commissari, è testimoniato appunto dalla sistemazione dell'escerto nei *Digesta* e nell'opera del giureconsulto. Nel

testo, oltre alla breve enunciazione di questo principio, si precisa anche che dovrà sempre esservi un *paries* idoneo a sopportare il peso. Ecco che in questo modo vengono accennati, in un brano tutto sommato breve, i principali punti che saranno ampiamente sviluppati in D. 8.5.

E in effetti, si nota che tutte le altre testimonianze che riguardano l'onere della *refectio* sono sistemate sotto il titolo *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*. In particolare, per sviluppare ulteriormente il discorso, i commissari fanno ricorso, oltre a un escerto di Paolo (Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7), a una lunga catena tratta dal Libro XVII del commentario editale ulpiano che, come si è già precisato, Lenel così ricostruisce:

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2-3-4;
Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.1.2;
Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.5-6-7;
Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr.

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.1-2-3

Dunque, i giustinianeî tornano nuovamente a discorrere della *servitus oneris ferendi* proprio con Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2-3-4. E nella testimonianza, precisamente al par. 2, ove i compilatori, anche con l'intenzione di giustificare la scelta di mantenere in tema di *refectio* quella che per loro doveva costituire una eccezione, decidono di non eliminare la notizia riportata da Ulpiano e relativa alla disputa intercorsa tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo, con la vittoria di quest'ultimo, oltre che la precisazione di Labeone circa la natura dell'*actio* e l'accento all'abbandono liberatorio.

Ecco, quindi, che dopo una sorta di introduzione storica al tema Ulpiano, al par. 3, evidentemente anche sulla scorta di quanto poco prima aveva ricordato essere stato detto da Labeone, crede utile precisare che comunque la natura dell'*actio* sarebbe rimasta reale. Proseguendo, al par. 4, si affronta

il caso dell'edificio appartenente a più proprietari e si specifica che nel caso della *servitus oneris ferendi* l'azione non si sarebbe potuta esercitare contro uno solo dei condomini¹⁵⁶.

A questo punto si nota una discrepanza tra le scelte dei giustinianeî e quanto invece Lenel ipotizza contenesse il *liber* ulpiano. Infatti, quest'ultimo crede che prima di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.5 vi fosse Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.1.2. In ogni caso, subito dopo questo brevissimo testo, si ritorna, con il par. 5, a discorrere della *refectio parietis*. E proprio in questo paragrafo, si affronta una questione già accennata in Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33, vale a dire in che modo debba effettuarsi la *refectio*. Nella testimonianza di Paolo, infatti, si precisa che, avuto riguardo al contenuto della *lex aedium*, un *paries* sempre *idoneus* sarebbe dovuto sussistere in modo da poter sopportare il peso dell'edificio dominante. Nulla però si dice a proposito del *modus refectionis*¹⁵⁷. Ecco quindi che i giustinianeî decidono

¹⁵⁶ B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 347, attribuisce la particolare configurazione della legittimazione passiva nella *servitus oneris ferendi* alla facoltà *rem derelinquere* al fine di liberarsi dall'*onus refectionis*. Egli, infatti, ritiene che sarebbe stato troppo attribuire la facoltà di abbandono al singolo condomino. Va però anche detto che sulla testimonianza sono stati adombrati sospetti quanto alla genuinità. Sul punto cfr. G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 699, nt. 37 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 77, nt. 1); cui adde G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 291, specialmente per la corruzione del periodo «*sed non idem respondendum inquit, si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent*».

¹⁵⁷ Riserve sono state comunque espresse sul periodo «*...forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitutum dictum est*». Cfr. in proposito i dubbi sollevati da G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 684, nt. 5 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 54, nt. 1); S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., pp. 103-104; ID., *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 26, nt. 115. Gli autori citati, al fine di sostenere la loro ipotesi, si richiamano al fatto che gli esempi addotti andrebbero a riguardare tutte le ipotesi, alla mancanza del soggetto nella proposizione e infine, per quanto riguarda il periodo «*...in servitutum dictum est*», al fatto che un giureconsulto classico avrebbe piuttosto detto «*in constituenda servitute*» o «*in*

di riferire il contenuto del par. 5, ove si precisa che a essa si sarebbe potuto dar corso *lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere*, come stabilito all'atto di costituzione del *ius in re aliena*.

Si prosegue dunque con il par. 6. In esso si specifica che sono ricompresi nell'azione, come in ogni altra servitù, pure i frutti che possono finanche essere costituiti dal vantaggio derivante dalla sopportazione del peso da parte del vicino¹⁵⁸.

servitutis cessione». Non sembra tuttavia che questi rilievi, per quanto certamente corretti da un punto di vista formale, siano comunque in grado di scalzare la sostanza del testo, che rimane classica. Così, l'esemplificazione che ivi si svolge deve essere limitata al solo caso della *refectio* nella *servitus oneris ferendi*, come si deduce dal fatto che l'ambito applicativo dell'esemplificazione è certo circoscritto dal discorso che si sta svolgendo, relativo alla sola *servitus* in parola. In particolare, la precisazione di Ulpiano è diretta a dare contenuto al *modus* di cui egli discute nel testo. Proprio riguardo al *modus* si impone qualche precisazione. Secondo B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 50, esso «[...] è l'aggiunta alla costituzione di servitù, per cui risulta comunque modificato il tipo riconosciuto dalla legge». E di conseguenza, il *modus* si presenterebbe come un elemento distinto dalla servitù, sebbene a essa giuridicamente legato. In questi termini il esso andrebbe a qualificarsi alla stregua di un mezzo per superare la rigida determinazione del contenuto della servitù dovuta al principio della tipicità. In questo senso v. anche G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 160; F. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, cit., p. 207, nt. 218. Per una trattazione specifica del *modus* nelle servitù urbane – con speciale riguardo a Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.5 – v. M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, pp. 244-255, che specifica come, anche per il caso della *refectio* nella *servitus oneris ferendi*, le modalità con cui essa deve attuarsi rientrino nel contenuto del *modus*, determinato al momento della costituzione della servitù. L'autrice mette in evidenza, in particolare, come Ulpiano, parlando appunto del «*Modus [...] qui in servitute imposita continetur*», faccia riferimento proprio al momento costitutivo della *servitus*, all'atto del quale le parti «[...] si preoccupano di caratterizzare secondo le proprie esigenze il modello astratto della servitù [...]».

¹⁵⁸ Cfr. M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der in iudicium deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht*, München, 1932, p. 18; S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 37, ove si mette in evidenza come i *fructus* consistessero per il giureconsulto nel pacifico godimento del diritto di servitù oppure nel *commodum* che da essa fosse derivato; G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 296, dal canto suo, specifica come nel caso concreto non si parli di *fructus* in senso tecnico, dato che per il caso della *servitus* ciò non sarebbe stato possibile. Ulpiano, secondo Grosso, sentiva necessario un tale

Nel par. 7, invece, si torna nuovamente a discorrere delle modalità della *refectio parietis*. Così, si dice che al proprietario dell'edificio servente sarebbe stato concesso di effettuare la *refectio* anche migliorando il *paries*, rendendolo cioè più solido di quanto non fosse stato previsto all'atto della costituzione della servitù. Al contrario, *deteriorem si facit*, il titolare della servitù si sarebbe potuto opporre o mediante la *vindicatio servitutis* o con la denuncia di nuova opera¹⁵⁹.

A questo punto i compilatori inseriscono un escerto di Paolo, Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7. Attraverso tale testo essi discorrono, nel quadro della trattazione sviluppata fino a questo momento, della *res* e della *cautio* per il caso della *vindicatio* inerente alla *servitus oneris ferendi*, nonché della *cautio de amplius non turbando* relativa all'azione negatoria della *servitus altius non tollendi*.

Dopo questa digressione, essi tornano a utilizzare il commentario editale di Ulpiano. In particolare, in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr. si ribadisce, ancora una volta, come spetti al vicino che deve la servitù effettuare il restauro del *paries*. Ma, si aggiunge, quello in possesso della parte inferiore dell'edificio non sarà costretto a puntellarlo in attesa delle necessarie riparazioni¹⁶⁰.

I compilatori poi passano a utilizzare Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.1-2-3-4¹⁶¹-5-6-7¹⁶². Non tutti i paragrafi sono inerenti alla questione qui affrontata. Solo i primi quattro riguardano direttamente il regime della servitù di

appunto in considerazione del parallelismo tra la *rei vindicatio* e la *vindicatio usus fructus*.

¹⁵⁹ M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, cit., pp. 247-248, evidenzia come il regime del rifacimento del *paries*, che in questo specifico caso avrebbe previsto anche la possibilità di apportare dei miglioramenti, sarebbe ben potuto derivare dalla più generale possibilità di miglioramento concessa al proprietario del muro servente.

¹⁶⁰ Cfr. sulla possibilità che la seconda parte del brano, ove sembra darsi per presupposto il permanere della *servitus oneris ferendi* anche a seguito del crollo dell'edificio, sia una glossa, G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 263, nt. 12, ove altra letteratura sul punto.

¹⁶¹ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 520, n. 600.

¹⁶² O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 520, n. 601.

appoggio. Così, dopo un breve accenno nel par. 1 all'*actio* che compete a colui che sia titolare della *servitus tigni immittendi*, si passa nel par. 2 a tracciare la differenza che sussiste tra essa e l'azione nella *servitus oneris ferendi*¹⁶³. E nell'ambito del discorso fin qui svolto, si rendeva necessario precisare a chi spettasse la qualità di attore e convenuto. Appunto nel par. 3 si risponde a tale quesito, tracciando una differenza a seconda che la trave fosse immessa o meno. Nel primo caso, infatti, possessore sarebbe stato colui che avesse affermato di essere titolare della servitù; nel secondo caso, invece, chi avesse negato la servitù¹⁶⁴. Infine, il par. 4, l'ultimo della lunga catena ulpiana che interessa in questa sede, specifica che qualora dopo la *litis contestatio* a causa del trascorrere del biennio di *non usus* si fosse perduta la servitù, attraverso la *restitutio* si sarebbe provveduto pure a ricostituire il diritto, sebbene in generale con la *restitutio* non fosse possibile costituire la *servitus*¹⁶⁵.

È venuto il momento di trarre qualche conclusione da questa disamina. E in effetti, come si è avuto modo di vedere, dalla sequenza dei passi esce rafforzata l'ipotesi di una coerenza interna delle disposizioni relative alla

¹⁶³ Va precisato che S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 25-26 e nt. 111, pur segnalando (sulla scia di Beseler e Segrè) che la frase «... *locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum*» potrebbe essere di fattura compilatoria, la adduce quale ulteriore elemento atto a corroborare la tesi per cui la formula della *vindicatio* nella *servitus oneris ferendi*, contrapposta a quella della *tigni immittendi*, avrebbe costretto il proprietario dell'edificio gravato a effettuare le necessarie riparazioni. Senz'altro questa ricostruzione, come si avrà modo di vedere, è accoglibile.

¹⁶⁴ Cfr. sul punto G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., pp. 184 e 292-293, ove lo studioso precisa come nel caso della *servitus tigni immittendi* illustrato nel testo, fosse ben visibile la contrapposizione tra *possessor* e *petitor*. Va precisato che diversi rilievi sono stati mossi alla genuinità del brano da S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 124-125, nonché, con precipuo riferimento alla frase «...*servitutem sibi deberi ait...*», p. 169; contra, tuttavia, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, cit., p. 201, nt. 10.

¹⁶⁵ Sulla testimonianza v. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA* 24, 1955, pp. 400-404; cui adde G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 296.

nostra servitù. Ammettere che tale disegno sia, in realtà, opera dei giustinianeî che avrebbero voluto, mediante tutta una serie di tagli e inserimenti nel tessuto dei *Digesta*, per qualche motivo attribuire l'onere della *refectio* al proprietario del fondo servente, vorrebbe dire pervenire alla assurda conclusione che ogni testimonianza, non solo quelle che Beseler appunta, siano state artatamente manomesse dai giustinianeî per raggiungere la coerenza che essi effettivamente possiedono. Ma ciò non è. Si è visto come i giustinianeî, nella scelta dei brani da utilizzare, abbiano tratto il materiale prevalentemente dal XVII Libro del commentario editale ulpiano. Ciò se si esclude Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33 e Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7. Tale ultima scelta si spiega però facilmente. Nel primo caso, infatti, il testo, che probabilmente anche nell'opera di Alfeno doveva avere una collocazione generale e relativa al tema della servitù (*De servitutibus*), è utilizzato dai commissari giustinianeî in un titolo altrettanto generale, ricomprendente norme relative sia alle servitù prediali che alle urbane. E come si è detto, questo passo ha appunto la funzione di "introdurre" la disciplina della *servitus oneris ferendi*, il cui completo delinearsi avverrà poi grazie alla lunga catena di testimonianze ulpiane in D. 8.5. Difatti, se si ripercorre in breve il contenuto della testimonianza, si potrà scorgere l'intento di accennare a singoli punti che i giustinianeî svilupperanno poi facendo ricorso a precisi luoghi del commentario editale di Ulpiano.

Così, se si aderisse all'ipotesi di Beseler, perderebbe di ogni significato questa coerenza interna, che si riscontra non solo nei riguardi delle scelte dei commissari, ma anche rispetto alla coesione che mostra il commento editale di Ulpiano relativo alla *servitus oneris ferendi*. E non si può negare che il discorso svolto dal giureconsulto di Tiro doveva essere ben più completo di quanto appaia dai resti conservati, come dimostra, peraltro, il fatto che egli avesse deciso di riferire anche della disputa che sul punto si era avuta tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo. E, certo, è assai significativo che i compilatori avessero comunque deciso di serbarne memoria. E, difatti,

contribuisce ancora di più a confermare quel senso di coerenza che si riscontra nell'enunciazione delle regole riguardanti la servitù in parola. Non solo si delinea un vero e proprio "regolamento" della *servitus oneris ferendi*, ma si decide anche, in conformità alla scelta di Ulpiano, di ricordare come presso la giurisprudenza più antica fosse sorta una questione, sul contenuto della quale le opinioni erano state divergenti, riguardante tale *ius in re aliena*.

Ma quale peso ha il problema formulare e, più precisamente, quello relativo alla clausola restitutoria nella questione qui affrontata? A questa domanda si cercherà di rispondere nel prossimo Paragrafo.

3. Se possa accogliersi l'ipotesi circa la formula della *servitus oneris ferendi* proposta da Gino Segrè. Esame degli ulteriori argomenti addotti dalla storiografia a sostegno di questa congettura

Una ricostruzione che ha trovato particolare fortuna è, come noto, quella di Gino Segrè¹⁶⁶, il quale pure ha tentato di dimostrare come Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 sia stato oggetto di alterazione da parte dei bizantini. E con particolare riguardo al contrasto giurisprudenziale ivi riferito lo studioso ha creduto di potervi scorgere, in realtà, opinioni difformi solamente sul punto della clausola restitutoria.

Più in dettaglio, la *vindicatio* della *servitus oneris ferendi* non avrebbe contenuto nell'*intentio* formulare alcuna affermazione inerente il *ius* di *cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*¹⁶⁷. Secondo l'autore una *intentio* di questo genere, che avrebbe appunto costretto il vicino a restaurare il *paries*, non si sarebbe accordata con il discorso svolto in Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Cfr. in breve *supra*, p. 7 e nt. 5.

¹⁶⁷ G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 690 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., pp. 63-64); cui adde G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., pp. 83-84; M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 185. La posizione dell'autrice verrà discussa *ex professo* più oltre.

¹⁶⁸ Che fa riferimento alla necessità, come si è visto, derivante dalla formulazione della *lex aedium*, di un *paries* sempre idoneo a sostenere il peso dell'edificio dominante. Appare sin da subito come questa obiezione sia in realtà priva di effettivo fondamento. Giova precisare sin da subito come il contenuto di Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33 non contrasti in alcun modo con l'ammettere una *intentio* contenente il *ius* di *cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*. Quanto si afferma nella testimonianza ora ricordata infatti – ove si specifica che il bisogno del *paries in perpetuum* va inteso nel senso che il muro di sostegno deve essere idoneo, secondo quanto previsto nella *lex aedium*, a sopportare il peso come il *paries* esistente all'atto della imposizione della servitù – presuppone che periodicamente siano effettuate delle opere di riparazione sul muro dell'edificio servente il quale è, evidentemente, soggetto a un naturale e inesorabile deterioramento. Tali lavori di manutenzione, come si intuisce, sono direttamente collegati alla possibilità di esercitare il diritto, nel senso che mancando verrebbe

Anche il ricordo stesso della disputa intercorsa tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo sarebbe a ben vedere privo di utilità o avrebbe, comunque, tutta l'aria di un arcaico ricordo, se l'*actio* concepita nei termini che si leggono era ormai entrata stabilmente a far parte dell'editto¹⁶⁹. Ancora, altro elemento addotto a conforto di questa tesi è costituito dal *putat* che compare in relazione alla dottrina di Aquilio Gallo. Dubbi susciterebbe pure il collegamento tra la prima parte del brano (cioè da *ut-comprehensus est*) e la seconda, che sarebbe dovuta avvenire non tramite la congiunzione *et*, ma con una avversativa. Tale fatto indicherebbe una alterazione del testo che sarebbe invece cominciato con l'indicazione della *intentio* formulare¹⁷⁰. Sempre in favore di una non genuinità di quanto ivi si afferma testimonierebbero anche le numerose incongruenze nel tenore della formula, specialmente con riguardo alla *intentio* contenente il *cogere*.

Secondo Segrè, pertanto, non sarebbe certo da credere che effettivamente potesse menzionarsi nella formula un *cogere* o *compellere* a che il convenuto fosse costretto a *ferre* o *sustinere l'onus*. Senza considerare,

meno la possibilità stessa di appoggiarsi a causa della sopravvenuta distruzione del *paries*. Appare dunque evidente, dallo stesso tenore di Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33 che Segrè vorrebbe considerare ostativo alla formulazione di una *intentio* per vero suggerita esplicitamente dallo stesso Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, come il brano tratto dall'epitome non sia in alcun modo in contrasto con quest'ultima testimonianza. Al contrario, il discorso che svolge Paolo presuppone direttamente la necessità che il proprietario dell'edificio servente, per i motivi che si vedranno, provveda alle necessarie e periodiche opere di manutenzione.

¹⁶⁹ G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 690-691 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 64), aggiunge peraltro che «[...] anche se fosse stata introdotta (il che non si può escludere) in tempo posteriore ai giuristi ivi indicati, uno dei quali, Servio, si vorrebbe che l'avesse suggerita al pretore; chè se fosse stata anteriore a Gallo Aquilio, non vi sarebbe stata più ragione di discutere del punto tra di essi».

¹⁷⁰ L'*intentio* secondo G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 691 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 64), avrebbe avuto la forma «ius A. A. esse ut aedes... onera ferant (o sustineant)» e a sua volta sarebbe stata seguita dalla clausola «neque ea res (a. i.) restitatur».

peraltro, che nessun altro testo deporrebbe a favore di una duplice *intentio*¹⁷¹. A prescindere da come si voglia considerare la questione, vi sarebbe sempre una sconnessione tra le notizie fornite per quanto concerne l'*officium* o *iussum iudicis* da Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7 e una *intentio* che trasformerebbe il *cogere* in vero e proprio diritto dell'attore¹⁷².

Lo studioso, proseguendo, pone l'accento su un aspetto particolarmente interessante legato alla distinzione tra le servitù e le obbligazioni. Proprio in virtù del fatto che le *obligationes* si caratterizzano per la prestazione a cui il soggetto obbligato è tenuto nei confronti del creditore, Paolo non avrebbe mai potuto ammettere una *intentio* del tipo qui combattuto¹⁷³. Per Segrè,

¹⁷¹ Una duplice *intentio* che comunque per G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, cit., p. 692 e nt. 25 (= *La clausola restitutiva nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 66 e nt. 2) da un lato sarebbe stata esclusivamente relativa all'*onus aedium A' A' ferre*, mentre dall'altro avrebbe contemplato anche il *cogere reficere parietem*. L'autore vorrebbe anche confutare l'opinione avanzata da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, *Privatrecht und Zivilprozess. Strafrecht und Strafprozess*, Leipzig, 1901, pp. 523-524, che invece inquadrava l'obbligo della *refectio* come contenuto non della servitù, sibbene della *lex aedium*. Peraltro, secondo Karlowa, il fatto che l'*onus refectio* fosse appunto un onere reale verrebbe testimoniato altresì dal tenore della *intentio* nell'*actio negatoria*, come avrebbe peraltro rilevato lo stesso Labeone. Tuttavia, secondo Segrè, il tentativo dello studioso tedesco non riuscirebbe a spiegare in che modo attraverso la *lex aedium* si potesse costituire un onere di natura reale e, d'altra parte, nemmeno come mai esso non entrasse in contrasto con la regola *servitus in faciendo consistere nequit*. E rimarrebbe in ogni caso il punto della impossibilità di una *intentio* con *cogere*. Valga qui solo notare come i rilievi mossi dal Segrè, che invocano la presunta contrarietà dell'*onus refectio* alla massima di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, danno per presupposto che il principio affermato da Pomponio abbia carattere assoluto. Tale affermazione, tuttavia, non è diretta in generale a escludere un *facere* a carico dell'onerato, quanto, piuttosto, a impedire che il soggetto passivo possa essere costretto a un *facere* che non sia diretto ad arrecare una *utilitas* obiettiva al fondo dominante.

¹⁷² G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, cit., p. 692 (= *La clausola restitutiva nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 66).

¹⁷³ G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, cit., p. 693 e nt. 27 (= *La clausola restitutiva nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., pp. 67-68 e nt. 1). A detta dell'autore «[...] una *intentio*

oltretutto, Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7 non varrebbe a confermare il fatto che un onere reale consistente nella *refectio* fosse dichiarato nell'*intentio*, mentre a tale affermazione si opporrebbe nettamente Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33. I passi ora ricordati, invece, deporrebbero nel senso che tale onere fosse legato in realtà all'*officium iudicis* e non alla formula¹⁷⁴.

Nei dati richiamati, quindi, si dovrebbe appunto trovare la conferma che ciò su cui si disquisiva presso l'antica giurisprudenza non avrebbe riguardato in alcun modo la struttura dell'*intentio*, diversamente da quanto si legge in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, tanto che neppure Servio Sulpicio Rufo avrebbe mai pensato a una *intentio* che concepisse il *cogere adversarium*¹⁷⁵.

In ogni caso, in relazione alla disputa giurisprudenziale di cui al passo appena richiamato, lo studioso afferma che comunque, quale che fosse l'effettiva ragione del disquisire, essendo stata esclusa la possibilità di una

concepita nella forma «*ius A. A. esse cogere (o compellere)... N. N. reficere*», che sarebbe stata, se non un travestimento, qualche cosa di assai poco diverso dalla formola di un'azione personale in *facere oportere*». E dunque, stando così le cose, qualora si fosse ammessa una *intentio* di questo genere, i giureconsulti altro non avrebbero inteso se non quanto si vuole indicare con l'*intentio* di una azione *in personam*, vale a dire che il proprietario del fondo servente sarebbe stato obbligato a un *facere* nei confronti dell'altro *dominus*. E ciò, allo stesso modo di quanto accade per l'*actio ad exhibendum*, per le azioni nossali, e così discorrendo.

¹⁷⁴ G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 693 e nt. 28 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 68 e nt. 2) precisa inoltre che a favore di questa differente ricostruzione militerebbe anche Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, sebbene particolarmente dubbia sia tanto la genuinità dell'espressione *suae actiones*, quanto il significato che a essa deve attribuirsi.

¹⁷⁵ Più probabilmente secondo G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 694 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 68), Servio Sulpicio avrebbe potuto ammettere al massimo che attraverso l'azione il proprietario dell'edificio servente fosse forzato a *reficere parietem*, non avendo purtuttavia mai potuto far riferimento a una *intentio* concepita nel modo in cui il testo suggerisce. Infatti, non ogni *intentio* avrebbe implicato necessariamente un *ius esse*, e quanto si legge in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, che parrebbe esattamente ammetterne una di questo genere, potrebbe ben essere conseguenza dell'intervento dei bizantini.

intentio del tipo *ius esse cogere adversarium reficere parietem*¹⁷⁶, i giureconsulti non avrebbero potuto che discutere circa la clausola restitutoria, come testimonia anche Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7. E dunque la posizione poi prevalsa presso i giureconsulti romani – per cui la *refectio parietis* sarebbe dovuta spettare al proprietario dell’edificio gravato dalla servitù – non era in contrasto con la regola *servitus in faciendo consistere nequit* proprio perché non si sarebbe mai ammessa una *intentio* nella forma che tramanda Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, che anzi non fu mai concepita¹⁷⁷.

Come si è precisato, l’opinione di Segrè ha trovato sostenitori anche in tempi più recenti. In particolare, occorre ricordare gli ulteriori indizi addotti a conferma di tale ipotesi da Monica De Simone. Vediamo in breve il percorso argomentativo svolto dalla studiosa.

E così Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, precisamente dall’*etiam* iniziale e fino a *est*, farebbe riferimento alla clausola arbitraria della *vindicatio de servitute oneris ferendi*, con specifico riguardo tanto alle modalità con cui si sarebbe dovuta realizzare tanto al contenuto della *restitutio arbitrio iudicis*. A ben vedere, facendo riferimento ai verbi *ferat* e *reficiat* che compaiono in questa parte del brano, il soggetto per essi individuabile sarebbe costituito dall’*adversarius* del precedente par. 1. Ma tale soluzione porterebbe alla conclusione per cui il convenuto non sarebbe soggetto solo del *reficere aedificia* ma, il che parrebbe assurdo, anche dell’*onus ferre*. Se, dunque, effettivamente il giureconsulto stava commentando proprio l’*intentio* della

¹⁷⁶ La quale, in ogni caso, avrebbe fatto venir meno qualsiasi motivo di dissenso circa la possibilità di ammettere tale obbligo.

¹⁷⁷ G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 698 (= *La clausola restitutoria nelle azioni “de servitutibus” e le formole delle azioni relative alla “servitus oneris ferendi”*, cit., p. 75-76), precisa dunque che il fatto che il soggetto passivo non avrebbe dovuto provvedere alla *refectio* in forza di un obbligo dipendente dalla *servitus*. Ciò sarebbe conseguenza, in verità, delle stesse qualità che avrebbe dovuto possedere il *paries*. Tanto che, per dirla con Segrè, nel caso della *servitus oneris ferendi* «[...] la *restitutio rei cum sua causa* ordinata dal giudice trovava

formula, se ne conclude che il convenuto avrebbe dovuto svolgere un'altra attività consistente nell'*onus ferre*, ma tale ipotesi verrebbe scartata in conseguenza di quanto si legge in I. 2.3.1 e in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.¹⁷⁸.

luogo anche quando il convenuto nulla avesse fatto per impedire l'esercizio della servitù [...].».

¹⁷⁸ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 185-190. Per comodità si riportano i testi considerati dalla studiosa. I. 2.3.1: *Praediorum urbanorum sunt servitutes, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellantur, etsi in villa aedificata sunt. item praediorum urbanorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem eius liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non recipiat: et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiatur*. Il brano delle Istituzioni di Giustiniano andrebbe letto alla luce di Gai 2.14: [...] *Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum. Praediorum urbanorum iura sunt velut ius altius tollendi aedes et officendi luminibus vicini officiatur. Item fluminum et stillicidiorum ius, id est ut vicinus flumen vel stillicidium in aream vel in aedes suas recipiat: item cloacae immittendae et luminum immittendorum*. [...]. L'altra testimonianza, che per comodità si cita nuovamente, è costituita da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.6: *Veniunt et fructus in hac actione, id est commodum quod haberet, si onera aedium eius vicinus sustineret*. In particolare, per quanto riguarda i primi due brani citati, viene rilevato quale elemento di particolare interesse per la questione affrontata in questa sede, la differente prospettiva utilizzata dai giustinianeî e da Gaio nell'analisi del tema della servitù. Infatti, per quanto riguarda la visione prospettica che emerge nelle Istituzioni gaiane, va detto che ivi il giureconsulto analizza l'istituto dal punto di vista del titolare della *servitus* e in questa guisa considera l'istituto sotto il profilo della sua realtà. Al contrario, i giustinianeî prediligono la visuale che parte dal soggetto che deve la servitù, perciò il diritto sarà inquadrato sotto il profilo prettamente personale. La studiosa (*op. ult. cit.*, pp. 189-190) tra da queste considerazioni la conclusione per cui «[...] è la prospettiva gaiana quella che più rispetta la visione del fenomeno della servitù dal punto di vista processuale, perciò è lecito pensare che sia la terminologia gaiana a rispecchiare il tenore formulare delle *vindicationes* poste a tutela delle singole servitù». E infatti, la prospettiva della realtà del diritto sarebbe riflessa nella *intentio* formulare, mentre nessun legame con il lato processualistico si riscontrerebbe in quella adombrata dalle Istituzioni giustiniane, tutte rivolte a sottolineare il lato passivo del rapporto. Da questo rilievo deriva che la definizione della nostra servitù data dai giustinianeî non proverebbe nulla circa la possibile *intentio* formulare. Ugualmente privo di rilievo per quanto concerne la possibile formulazione della *intentio* sarebbe anche Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.6. Il brano, contrariamente a I. 2.3.1, è relativo a un argomento di carattere processuale. Secondo De Simone, partendo dalla considerazione per cui nelle altre azioni *in rem* i frutti rientrerebbero tra gli oggetti della *restitutio*, allora anche per la *vindicatio servitutis* essi sarebbero stati presi in considerazione in sede

Infatti, in base a I. 2.3.1, si dovrebbe escludere la possibilità che nella *conceptio* della *intentio* si riflettesse una visione della servitù come rapporto tra i soggetti proprietari dei rispettivi edifici. Mentre, in considerazione del tenore di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.6, sarebbe altresì da concludere che il riferimento di Ulpiano al convenuto quale soggetto che avrebbe dovuto *onus ferre* sarebbe conseguito al fatto che il giureconsulto si doveva occupare – come peraltro in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 ove si discorre dell’*adversarius* quale soggetto che avrebbe dovuto *onera ferre* e *aedificia reficere* – appunto della *restitutio*¹⁷⁹. Di conseguenza, in quest’ultimo testo, la frase «...*actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat...*», sarebbe da riferire a tutte quelle attività dovute dall’*adversarius* in sede di *arbitrium de restituendo*¹⁸⁰.

Tale ipotesi verrebbe ulteriormente suffragata dalla constatazione per cui la particolare espressione ‘*actio competit ut*’ – come tutte le espressioni equivalenti introdotte da *ut* che si riferiscono allo scopo dell’azione – farebbe coincidere il fine di essa con quanto contenuto nella *restitutio arbitrio iudicis*¹⁸¹.

di *arbitrium de restituendo*, tanto che pure il testo di Ulpiano farebbe riferimento alla clausola arbitraria.

¹⁷⁹ L’ipotesi è stata però efficacemente confutata da A. BURDESE, *Sulla refectio parietis nell’actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 60, che mette in evidenza come il modo traslato di esprimersi che l’autrice individua nei testi ricordati sia comune anche a I. 2.3.1, ove si richiama il generico contenuto della *servitus*. Inoltre, l’autore nota efficacemente come il *parietem reficere*, essendo attività di carattere positivo, come oggetto di *iussum iudici* avrebbe potuto essere imposto alla parte convenuta ben più ragionevolmente che l’*onera ferre* o *sustinere*. Tutto ciò anche in considerazione del fatto che in Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7 si specifica come contenuto della *restitutio* o della *cautio* sarebbe stato l’*emendare vitium parietis et idoneum praestare*.

¹⁸⁰ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell’actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 193-194.

¹⁸¹ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell’actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 194-198, porta a sostegno di questa ipotesi diversi testi. In particolare, Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.1 (relativo alla *vindicatio de servitute tigni immittendi*); Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.2.10 pr. (inerente l’*actio quod metus causa*); Paul. 11 *ad ed.* D. 4.3.18.4 (per quanto riguarda l’*actio de*

Sempre in relazione alla prima parte di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 la studiosa dirige la propria attenzione sull'espressione *ad eum modum*, che avrebbe indicato come la *vindicatio* fosse concessa al fine di far sì che il convenuto ottemperasse correttamente al *modus servitutis*. Così, al di là delle teorie che hanno tentato di dare una risposta al quesito circa la natura del *modus*, la De Simone precisa come il vero contenuto essenziale della servitù sarebbe stato esclusivamente quello rilevabile nell'*intentio* che contribuisce anche a rendere tipica l'azione e il diritto che mediante essa si protegge. Di conseguenza, attraverso il *modus* non si sarebbe potuto in alcun modo apportare una modifica al contenuto stesso della servitù, sicché esso non sarebbe potuto entrare nella *intentio* formulare mediante cui si tutela lo *ius in re aliena*. Al *modus*, al contrario, avrebbe fatto riferimento il giudice all'atto dell'*arbitrium de restituendo* e quando avesse dovuto stabilire il modo in cui si fosse dovuta effettivamente realizzare la *restitutio*¹⁸².

La studiosa passa poi a considerare la seconda parte di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, precisamente da *et Gallus* sino a *scribit*. Soffermandosi sulle parole di Servio Sulpicio Rufo («...*defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*»), la De Simone esclude che esse possano indicare una *intentio* di quel tenore in ragione del fatto che non solo

dolo); Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.1 (in tema di *actio aquae pluviae arcendae*); Iul 68 *dig.* D. 43.24.14 (per ciò che concerne l'*agere ex interdicto quod vi aut clam*). Ma A. BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 61, ha posto in luce come, pur se nel caso di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 l'espressione '*actio competit ut*' sia riferibile allo scopo dell'azione come in ogni *actio arbitraria*, anche in questo caso il richiamo è all'azione nel suo complesso. E infatti, dal punto di vista della formula, quanto contenuto nella *restitutio* è determinato appunto in relazione alla *intentio*. Così nella frase iniziale del testo potrebbe essere adombrata esclusivamente una «[...] preliminare generica individuazione delle caratteristiche dell'azione in oggetto, che ben potrebbe essere ricalcata sul contenuto della relativa formula».

¹⁸² Ma, come rileva A. BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 61, il fatto che la *refectio* debba avvenire seguendo quanto specificato nel *modus* o determinato al momento della costituzione del rapporto, non depono necessariamente nel senso di un riferimento da parte di Ulpiano all'*arbitratus de restituendo*.

essa violerebbe il principio *servitus in faciendo consistere nequit*, ma risulterebbe anche poco conforme ai criteri con cui si redigevano le formule delle *actiones in rem*¹⁸³. Da ciò, e da quanto detto a proposito della prima parte di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, sarebbe evidente come Servio Sulpicio Rufo avesse in realtà elaborato una modalità di tutela per la *servitus oneris ferendi* basata sulla *restitutio arbitrio iudicis*, prendendo in considerazione il punto della *refectio* solo all'atto dello *iussum de restituendo*. Questo rilievo troverebbe conferma altresì nell'accezione del verbo *cogere* nel periodo «...ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda», dato che prendendo in considerazione passi relativi alle azioni arbitrarie generalmente tale verbo è impiegato, con uniformità di significato, sempre in luoghi che riferiscono della *restitutio* e nel senso di 'indurre' e non di 'costringere'¹⁸⁴.

¹⁸³ Ma anche questo rilievo è stato efficacemente confutato da A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 61-62. Lo studioso si sofferma in particolare su quanto viene riferito da Aquilio Gallo. Le parole del giureconsulto sarebbero dovute alla impossibilità da lui sostenuta di ammettere una azione mediante la cui *intentio* si potesse costringere il proprietario dell'edificio servente a un *facere*, in violazione della regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Sarebbe ben strano, dunque, che Aquilio Gallo si fosse riferito solo e nello specifico all'interpretazione di quanto ottenibile mediante l'*arbitratus de restituendo*. La posizione di Burdese però non può essere accolta se non con un correttivo. Infatti, si può anche ammettere che Aquilio Gallo stesse ragionando avendo presente il principio espresso in Pomp. 33 *ad Sab.* 8.1.15.1. Tuttavia, e questo è il punto, non è da credere che egli intendesse tale regola come avente una portata generale. Piuttosto, è ben più probabile che stesse ragionando tenendo presente sì il principio ricordato, ma ben delimitato dal concetto di *utilitas* oggettiva rivolta, in questo caso, all'edificio dominate. E la dimostrazione di questo assunto la si può ricavare dalla prevalenza della risposta di Servio Sulpicio Rufo, a cui è accordata la vittoria. È da credere che se la regola fosse intesa tanto rigidamente e in termini assoluti, assai difficilmente l'opinione prevalente sarebbe stata quella di Servio Sulpicio Rufo.

¹⁸⁴ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 203-206, perciò non vi sarebbe stata alcuna violazione della regola *servitus in faciendo consistere nequit*, né la menzione nella *intentio* di alcuna specie di obbligo di *facere*. A questo proposito vengono considerati i seguenti testi. In Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.5 e in Alf. 2 *dig.* D. 8.5.17.2, il *cogere*, alla stessa maniera che in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, verrebbe utilizzato in forma attiva, con soggetto individuabile nell'attore e complemento

Dunque, se ne dovrebbe dedurre che anche in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 il verbo *cogere* debba avere il medesimo significato. Anche qui, infatti, il potere in capo all'attore di cogere l'*adversarium* andrebbe letto nel senso di attribuire al colui che agisce la facoltà di indurre il convenuto a che, con gli appositi mezzi, appresti la *restitutio*¹⁸⁵.

Viene poi analizzato Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7 ove si discute della *restitutio* relativamente alla *refectio* prevista per la *servitus oneris ferendi*. Secondo la studiosa, nonostante i rimaneggiamenti subiti dal passo, rimarrebbe comunque vero che qualora si fosse avuta una *pronuntiatio*

oggetto, invece, nel convenuto. Nel primo passo, dunque, come peraltro nel testo di Ulpiano, il verbo *cogere* verrebbe in considerazione «[...] solo come possibilità di ottenere giudizialmente che il *vicinus* “reponat” o “reponi sinat”, grazie al meccanismo dell'*arbitrium de restituendo*». Anche nella seconda testimonianza occorrerebbe intendere l'espressione *ut sterculium tolleret* nel senso che l'attore o mediante l'*agere ex interdicto* o per mezzo dell'*agere de servitute*, avrebbe potuto ottenere che il convenuto ripristinasse lo stato precedente dei luoghi in virtù della *restitutio*. Ma anche in altri casi il verbo *cogere*, sebbene impiegato al passivo e con riguardo al convenuto, assumerebbe il medesimo significato ora visto. I brani sono Pap. 2 *resp.* D. 6.1.65 pr.; Iul 9 *dig.* D. 10.4.8; Pap. 11 *resp.* D. 20.1.1.2; Paul. 5 *resp.* D. 21.1.58 pr.; Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.1.2; Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.4.2. Secondo la studiosa dunque: «[...] anche in queste fonti il verbo “cogere” appare utilizzato non nel suo significato forte di “costringere”, bensì in quello di “indurre”». Si possono poi ancora rinvenire casi in cui il verbo, questa volta in forma attiva con soggetto individuabile nel giudice e complemento oggetto nel convenuto, assumerebbe sempre il medesimo significato. Le testimonianze sarebbero Alf. 4 *dig. a Paul. epit.* D. 39.3.24.2 e Paul. 3 *epit. Alf. dig.* D. 6.1.58. Anche su questo punto, tuttavia, sono assai seri gli argomenti addotti in contrario da A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 62. Infatti, nonostante la ricognizione delle fonti effettuata dalla studiosa, permane inalterato il dubbio che in effetti Servio Sulpicio Rufo possa aver ritenuto ammissibile, con specifico riguardo alla *servitus oneris ferendi*, la possibilità di pretendere un *facere* tramite l'azione relativa alla servitù. Egli difatti ben potrebbe aver suggerito al pretore di prevedere direttamente nella *intentio* la possibilità che la parte attorea pretendesse la *refectio parietis* (*'Ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda'*). Sul punto v. anche R. BASILE, *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 66-67.

¹⁸⁵ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratu de restituendo e reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 212, afferma dunque che: «Attraverso l'esperimento della *vindicatio servitutis*, in altre parole, l'attore può ottenere che il convenuto, in sede di *arbitrium de restituendo*, su invito del giudice, accetti di compiere la *refectio* [...]».

favorevole alla parte attorea, ed essendosi giunti al momento dell'*arbitrium de restituendo*, sarebbe spettato al giudice determinare tanto il contenuto quanto appunto le modalità della *restitutio* o quale oggetto dovesse avere la *cautio*. Sia la *restitutio* che la *cautio* avrebbero avuto quale contenuto proprio la *refectio parietis*¹⁸⁶.

Tornando a considerare Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, sulla scorta di quanto già precedentemente affermato a proposito di Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.5 e Alf. 2 *dig.* D. 8.5.17.2 ove *cogere ut* sarebbe collegato al verbo *posse* senza nessun ulteriore riferimento a qualsiasi *ius* attoreo, dovrebbe ipotizzarsi la medesima assenza anche nel brano ulpiano. Inoltre, si potrebbe anche congetturare che il periodo «...*cogere adversarium reficere parietem, ad onera sua sustinenda*...» dovesse ricollegarsi direttamente a «...*ut possit quis*...», così restituendosi il testo: «...*ut possit quis cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*»¹⁸⁷.

¹⁸⁶ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 213-214 e nt. 92, evidenzia poi come nella testimonianza siano prive di qualsiasi collegamento le parole «*Harum actionum*...», nonché il periodo «...*neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere*...». Secondo l'autrice i tratti appuntati potrebbero essere resti di un discorso generale riguardante la *restitutio* nella *vindicatio servitutis* e le modalità con cui essa si sarebbe atteggiata rispetto alle diverse tipologie di servitù. Va peraltro sottolineato come sia plausibile, secondo quanto dice la studiosa, che le incongruenze del brano siano dovute all'azione dei giustinianeî che avrebbero operato al fine di collegare l'escerto con il discorso che si svolgeva nel testo precedente di Ulpiano relativo alla *servitus oneris ferendi*.

¹⁸⁷ Secondo M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 215, il fatto che i compilatori abbiano inserito il tratto «...*defendere, ius sibi esse*...» avrebbe tratto in inganno quanti si sono occupati del brano, dato che, secondo la De Simone, «[...] tramontato il lungo tempo il processo formulare, non dovette apparire più necessario continuare a concepire la *refectio parietis* come interesse del titolare della servitù realizzabile in concreto in sede processuale solo per mezzo della *restitutio*», sicchè quanto si diceva a proposito dell'*arbitrium de restituendo* avrebbe subito l'influenza del nuovo sistema processuale in cui l'attore poteva veder realizzato il diritto vantato anche di contro alla volontà del convenuto grazie alla condanna *in ipsam rem*. Sul punto è tuttavia opportuno richiamare nuovamente A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 63-64. Lo studioso ha messo infatti in luce come la particolare espressione che la De Simone vorrebbe di

Un intervento del medesimo tipo l'autrice lo ipotizza anche per Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.8 pr.* e in particolare per quanto riguarda la parte da *hoc* sino a *cogere*¹⁸⁸.

Dunque, in base alle considerazioni fin qui esposte, la De Simone crede di aver ulteriormente suffragato l'ipotesi di Gino Segrè per una *intentio* del tipo '*Si paret ius A^o A^o esse aedes Nⁱ Nⁱ onus aedium Aⁱ Aⁱ sustinere*'. Come si vede, l'attore avrebbe dunque potuto pretendere esclusivamente che l'edificio servente sostenesse il peso di quello dominante a favore del quale era stabilita la servitù, mentre non vi sarebbe alcun riferimento alla possibilità di costringere il convenuto a effettuare la *refectio parietis*. Ma per quanto più interessa, sarebbe da evidenziare, rispetto a ogni altra *vindicatio servitutis*, il particolare atteggiarsi della *intentio*. Infatti, quest'ultima, sarebbe caratterizzata dalla mancanza di una qualsiasi previsione di una attività di carattere positivo riferita al del titolare del

matrice giustiniana, è «[...] troppo adeguata alla realtà del processo formulare per potere essere facilmente attribuita [...] alla mano dei compilatori», i quali, se si accogliesse questa ipotesi, si sarebbero riferiti alla possibilità di ottenere, nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, la condanna *in ipsam rem*. E così, nel caso in cui la parte convenuta avesse rifiutato di sottostare spontaneamente alla condanna, sarebbe occorso l'impiego di mezzi a ciò deputati e sciolti dalla necessità di una collaborazione della parte soccombente, per indicare i quali sarebbe possibile impiegare l'espressione *cogere adversarium*.

¹⁸⁸ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 216-217 e nt. 100, esamina anche il periodo «*Et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est ius tibi non est me cogere*». Qui i compilatori avrebbero voluto concedere al convenuto la possibilità di agire, nei confronti della parte attorea che avrebbe preteso la *refectio*, mediante l'azione negatoria della *servitus oneris ferendi* in modo da evitare di dover *fulcire* l'edificio. Di contrario avviso è però A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 64-65, il quale nota come non è certo che l'ultima frase di Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.8 pr.* sia di matrice compilatoria, nonostante la redazione di essa non sia immune da vizi. In particolare, è assai plausibile che possa essere genuino l'inciso «*...ius tibi non est me cogere*», mediante cui il giureconsulto si sarebbe riferito proprio alla *intentio* dell'*actio negatoria* nel caso della *servitus oneris ferendi*. Nello specifico si sarebbe trattato appunto del caso in cui il proprietario dell'edificio a vantaggio del quale era prevista la *servitus*, si fosse rifiutato di *fulcire* l'edificio in modo da permettere al proprietario dell'edificio gravato di effettuare la *refectio parietis*.

diritto. Il contenuto del *ius* attribuito alla parte attorea, dunque, sarebbe stato esclusivamente quello di poter pretendere che l'edificio gravato dalla servitù sostenesse il peso dell'edificio dominante¹⁸⁹.

Ecco delineato, seppure in breve, il quadro di questa corrente dottrinarica. Va tuttavia sottolineato che tale ricostruzione ha incontrato, peraltro a ragione, autorevoli dissensi. La posizione di Gino Segrè (e quella di Monica De Simone¹⁹⁰) è stata difatti validamente contrastata da Siro Solazzi e, più recentemente, con seri argomenti da Raffaele Basile¹⁹¹.

Procedendo alla disamina della posizione di Segrè, Solazzi ha evidenziato a favore della propria ipotesi, relativa all'esistenza di una *intentio* simile a quella già congetturata da Otto Lenel¹⁹², una serie di argomenti che qui si richiameranno brevemente.

In particolare, lo studioso si sofferma prima di tutto su Paul. 21 *ad ed. D.* 8.5.7, sottolineando come la *cautio* «...neque se neque successores suos

¹⁸⁹ M. DE SIMONE, *D.* 8.5.6.2: *arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 218-219 e nt. 102, respinge l'ipotesi avanzata da A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*, cit., pp. 185-191, secondo cui, almeno inizialmente, tale servitù si sarebbe identificata con una *servitus* negativa e che poi, essendo stato attribuito l'*onus refectiois* al proprietario dell'edificio gravato dalla servitù, essa fosse stata inquadrata nel tipo della servitù positiva. Peraltro, la De Simone riferisce la particolare natura della *intentio* alla origine stessa della *servitus oneris ferendi* collegata alle disposizioni in materia di *paries communis*.

¹⁹⁰ In relazione ai quali invece v. le ragioni opportunamente opposte da A. BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 59-65. In precedenza, v. nello stesso senso anche le brevi considerazioni di R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 71, nt. 27 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 25, nt. 27), che ha sottolineato come all'ipotesi ricostruttiva proposta da Monica De Simone possano opporsi le medesime considerazioni svolte per confutare la tesi di Segrè.

¹⁹¹ Peraltro, lo stesso S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 19, nt. 20 aveva ritenuto, in un primo momento, che la ricostruzione di Segrè fosse probabile, per poi procedere a una riconsiderazione della questione e alla confutazione della tesi in *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 22-32; cui *adde* R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 66-67 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 18).

¹⁹² O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, cit., p. 194.

prohibituros altius tollere sublatumque habere...» soddisfi la pretesa attorea cristallizzata nell'*intentio* 'Si paret A° A° ius esse altius tollere invito N° N°'. E così, parallelamente, per far sì che nella *vindicatio* della *servitus oneris ferendi* il convenuto potesse ottenere di essere assolto, la *cautio* «...*de reficiendo pariete...*» avrebbe dovuto soddisfare la pretesa attorea e di conseguenza una *intentio* che prevedesse necessariamente il dovere della *refectio parietis*¹⁹³. Pertanto, la formula si sarebbe dovuta foggare nella forma di quella adombrata dalle parole di Servio Sulpicio Rufo in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2¹⁹⁴.

Peraltro, la medesima formula veniva richiamata pure in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr. E ponendo mente a quanto si dice nel par. 2 dello stesso brano, vale a dire «*Distant autem hae actiones inter se, quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum...*», la formula ipotizzata per la *vindicatio* della *servitus oneris ferendi* ne esce confermata¹⁹⁵.

¹⁹³ S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 24.

¹⁹⁴ S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 24-25, che appunta il brano in diversi luoghi, riprendendo alcuni spunti offerti dal Beseler. Solazzi però giustamente sottolinea il fatto che Labeone, affermando «...*hanc servitutum non hominem debere, sed rem...*», non volesse punto ricusare una formula del tipo 'Si paret A° A° ius esse cogere N^m N^m ut parietem reficiat, qui onera Aⁱ Aⁱ ferat'. Egli, infatti, l'avrebbe accolta, ma precisando nello stesso tempo che pur affermandosi il *cogere* del convenuto, la *refectio* non si sarebbe qualificata alla stregua di una obbligazione personale. Lo studioso (*op. ult. cit.*, p. 25, nt. 109) inoltre, precisa, con riguardo all'incertezza che aveva manifestato O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, cit., p. 194 sulla possibilità che nella formula fosse utilizzato *ferat* e non *sustineat*, come lo stesso nome della servitù, *oneris ferendi* appunto, avrebbe portato a escludere l'impiego del verbo *sustinere*.

¹⁹⁵ S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 25, nt. 111, ritiene che l'espressione «...*ad compellendum vicinum reficere parietem...*» pur essendo nella forma compilatoria, esprima un concetto classico. Giustamente l'autore, contro l'opinione di Segrè che vorrebbe la frase riferita allo scopo dell'azione e dunque priva di qualsiasi legame con l'*intentio*, sottolinea come quest'ultima fosse, in realtà, essa stessa conforme allo scopo dell'azione. Inoltre, arguisce come l'*etiam* che compare all'inizio della testimonianza indichi che alla *refectio parietis* si sarebbe unito anche l'*onus ferre*. Sul punto v. anche R. BASILE,

Ancora, rispetto alle diverse critiche mosse a Segrè, è assai opportuno notare come Solazzi si soffermi sull'interpretazione data in riguardo a Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.33 e al fatto che, con il riferimento al *paries idoneus*, si vorrebbe dire che *in perpetuum parietem esse debere*, rilievo quest'ultimo adatto a rendere inutile qualsiasi ulteriore riflessione sull'*onus refectiois*. Ma come ha opinato Solazzi, il testo di Paolo non è inerente al problema del *reficere*, ma a quello del *restituere*. E infatti si discute del problema inerente alla perpetuità del *paries* e del caso in cui fosse necessario il rifacimento completo di esso o della *columna*¹⁹⁶. Non è peraltro inutile aggiungere a questo rilievo che, anche volendo aderire alla tesi di Segrè, la specificazione che vi sarebbe sempre dovuto essere un *paries idoneus* a sopportare il peso non necessariamente esclude che l'*intentio* potesse atteggiarsi in guisa di quella adombrata dalle parole di Servio Sulpicio Rufo e anzi la conferma. E ciò si spiega, come già fugacemente sottolineato, oltre che per la ragione addotta da Solazzi, anche perché la stessa necessità di un *paries idoneus* avrebbe comportato il bisogno di effettuare delle riparazioni dirette proprio a fare sì che il muro fosse sempre in grado di sostenere il peso dell'edificio dominante. Naturalmente, a tali lavori di manutenzione avrebbe spontaneamente dato corso il proprietario dell'immobile gravato a cui, si può immaginare, sarebbe certamente importato di non dover ricostruire *ex novo* il muro crollato in conseguenza della propria incuria. Tuttavia, se ciò non fosse accaduto, se, cioè, egli non avesse dato corso alle necessarie

In tema di «servitus oneris ferendi», cit., p. 69 (= Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali, cit., pp. 21-22), il quale nota come il fatto che Segrè creda il testo di matrice compilatoria sia, in realtà, dovuto alla «[...] palese prevenzione di fondo nei riguardi della (si è visto, ben più) probabile struttura della formula recante il ius cogendi adversarium reficere parietem [...]».

¹⁹⁶ E come precisa lo stesso S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 27-28 e nt. 119 in merito all'affermazione di G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., p. 199 per cui una *intentio* del tenore di quella ipotizzata dal Segrè si sarebbe ben adattata alla interpretazione offerta da Alfeno Varo e Paolo, la medesima cosa si

riparazioni, si sarebbe provveduto a ottenerle coattivamente¹⁹⁷.

Solazzi si sofferma poi sulla disputa giurisprudenziale che si rinviene in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2. Secondo l'autore Ulpiano avrebbe deciso di inserirne il ricordo al fine di illustrare non solo il limite dell'*onus refectio* (e dunque quanto si dice in Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.33) ma, aggiungiamo, nonostante i segni evidenti di rimaneggiamento¹⁹⁸, anche la stessa natura della *refectio*, come si deve dedurre dalle parole di Labeone¹⁹⁹.

sarebbe ben potuta dire per una *intentio* del tipo '*Ius esse cogere N^m N^m ut parietem reficiat, qui onera Aⁱ Aⁱ ferat*'.

¹⁹⁷ R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 68 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 21) ha posto ben in evidenza come in Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.33 si provveda a specificare che il *paries* avrebbe dovuto essere sempre idoneo a sostenere il peso dell'edificio dominante anche in ossequio al principio della perpetuità della causa. E che, anzi, il tenore della testimonianza potrebbe manifestare un orientamento interpretativo volto appunto a precisare che l'*intentio* nella propria formulazione avrebbe fatto ossequio a questo principio che, per questioni di essenzialità della stessa, non veniva però ivi esplicitamente accennato.

¹⁹⁸ Sul punto v. anche S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 28 e nt. 120, il quale peraltro si sofferma pure sul rilievo di Segrè per cui i compilatori avrebbero ricordato, in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, una disputa intercorsa su fatti oramai non più attuali e avrebbero del pari creato una formula del tenore suggerito nel brano ora richiamato. L'autore, in proposito, si domanda a che scopo sarebbe dovuto avvenire tutto ciò, specie in considerazione del fatto che ormai il processo formulare era stato abbandonato. E secondo Solazzi non sarebbe sufficiente come risposta a tale quesito affermare che l'*intentio* di cui a Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 si sarebbe rivelata una costruzione teorica bizantina. Egli precisa (*op. ult. cit.*, pp. 28-29), giustamente, che: «Qualunque concetto di diritto sostantivo sarebbe riuscito più limpido e più utile per i contemporanei e per i posteri, se i giustinianeî non l'avessero ragionato in termini formulari».

¹⁹⁹ Sul punto v. i rilievi di R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 80-81 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 36-39). Secondo lo studioso, a ragione, non sarebbe possibile ravvisare nell'*onus refectio* una *obligatio propter rem*, come vorrebbe invece B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 131. Infatti, tralasciando l'argomento contrario desumibile dall'affermazione labeoniana relativa alla possibilità di *rem derelinquere*, non si rinvengono altri appigli che inducano a qualificare l'*onus refectio* alla stregua appunto di una *obligatio propter rem*. E ciò sarebbe ancora più evidente considerando il carattere non permanente o, per meglio dire, occasionale, dell'*obligatio propter rem* in contrapposizione alla natura permanente dell'onere reale. Quest'ultimo carattere è proprio della *refectio* con riferimento alla necessità di un *paries* sempre idoneo a sopportare il peso dell'edificio dominante, come appunto si evince da Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.33. Il problema riguardante la natura della *refectio parietis* sarà oggetto di apposita trattazione in questo Capitolo.

Ancora, tra gli argomenti addotti da Solazzi²⁰⁰, merita di essere ricordato quello per cui si evidenzerebbe uno iato tra l'*intentio* ove il *cogere* si atteggierebbe quale diritto in capo alla parte attorea e le indicazioni riguardanti l'*officium* o lo *iussum iudicis* che si ricavano da Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7.

Di particolare importanza è poi il rilievo mosso contro l'argomento di Segrè basato sulla distinzione tra *obligatio* e *servitus*. Solazzi sottolinea che, nella formula da lui congetturata (*Ius esse cogere N^m N^m ut parietem reficiat, qui onera Aⁱ Aⁱ ferat*), il *facere* dell'*onus refectionis* risulta diretto all'*onera ferre*, ciò che a sua volta importa una situazione permanente di soggezione della parete e dunque esclude ogni riferimento all'obbligazione²⁰¹.

Sin da ora può tuttavia rilevarsi l'importanza fondamentale della testimonianza paolina per la problematica ora accennata. E infatti, se si pone mente al discorso svolto da Labeone e alla precisazione di Paolo circa la sussistenza di un *paries* sempre idoneo, si comprende come il carattere della permanenza e periodicità della *refectio* sia necessario alla stessa *servitus oneris ferendi*. Se, infatti, il *paries* deve essere permanentemente in condizione da servire all'uso previsto, allora è chiaro che la *refectio* dovrà essere prestata a intervalli regolari al fine di evitare un deterioramento della parete. È sotto questo profilo che si spiega la stessa facoltà dell'abbandono liberatorio, dato che, qualora il proprietario dell'edificio servente si rifiuti di prestare la propria opera e non voglia soccombere di fronte alla *vindicatio*, potrà appunto *rem derelinquere* così liberandosi dall'*onus refectionis*.

²⁰⁰ Cfr. S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 29-30.

²⁰¹ S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 30. Sul punto è stato oltretutto ben sottolineato da R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 68, nt. 19 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 21, nt. 19) come il celebre testo paolino invocato dal Segrè (Paul. 2 *inst.* D. 44.7.3 pr.) nulla provi circa la tesi dell'autore. Basile, infatti, rileva come Paolo nel citato luogo delle sue Istituzioni, stesse svolgendo un discorso di carattere più generale che mirava a distinguere la servitù dall'obbligazione. Egli, al contrario, non avrebbe avuto alcuna intenzione di riferirsi alla particolarità costituita dalla *servitus oneris ferendi*. E il testo di Paolo, in effetti, si riferiva esclusivamente all'*obligatio* e alla sua tutela. Per tornare ai rilievi di Solazzi, è anche opportuno ricordare come l'autore (*op. loc. ult cit.*) prenda posizione sull'argomento di G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., p. 195, fondato su Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.3, che vorrebbe la frase «...sicuti ceterarum servitutium intentio» riferita a un discorso ben più ampio che si faceva nel brano, ove Ulpiano avrebbe alluso alla similitudine tra l'*intentio* relativa alla *vindicatio*

Un altro argomento di rilievo contro l'ipotesi addotta da Segrè è stato, più recentemente, messo innanzi da Raffaele Basile. Secondo lo studioso, infatti, la non accoglibilità della tesi di Segrè deriva dalle conclusioni stesse a cui essa giunge. In particolare, data per assodata l'effettiva assenza nella *intentio* di qualsiasi riferimento al necessario rifacimento del *paries*, ma credendo che a questo risultato si sarebbe ugualmente giunti dando esecuzione all'*arbitrium de restituendo* contenuto nella formula della *vindicatio*, ciò avrebbe comunque rappresentato una contraddizione in termini. Non si scorge, a ben vedere, alcuna differenza tra una formula munita di doppia *intentio* e una formula con previsione di una clausola restitutoria di quel tipo²⁰².

Non può pertanto che respingersi il tentativo di interpretazione delle fonti proposto da Gino Segrè, così come gli ulteriori argomenti addotti da Monica De Simone, che sono stati confutati dai rilievi, rispettivamente di Siro Solazzi e Alberto Burdese. E infatti, come nota quest'ultimo studioso,

nella *servitus oneris ferendi* e quella delle altre servitù, tanto che se ne sarebbe dovuto arguire che la prima mai avrebbe potuto prevedere il *cogere*. Ma Solazzi rileva come non sia possibile stabilire alcun rapporto della frase ora ricordata con il discorso che originariamente si svolgeva nel brano, senza peraltro considerare i difetti da un punto di vista di forma che l'inciso denuncia.

²⁰² R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 66-68 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 18-20). E non si può non accogliere l'ulteriore rilievo dello studioso per cui: «Spostare semplicemente l'anomalia della *intentio* alla *restitutio* significa pervenire allo scontato risultato di cumulare l'*onus refectiois* al canonico *pati* rappresentato dalla sopportazione del peso del fabbricato dominante ai fini dell'individuazione del contenuto della *servitus*». E, aggiungiamo, non varrebbe a conciliare il sostanziale *facere* che comunque incomberebbe sul soggetto passivo (sia pure per effetto della *restitutio*), con l'assolutezza che si vorrebbe dare alla regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Tanto più che, come peraltro lo stesso Basile ribadisce, la previsione della *refectio parietis* a opera della clausola restitutoria in capo al convenuto, avrebbe del pari influito sul rapporto strutturale della *servitus* rendendolo anomalo. E ciò è lampante proprio ponendo mente al fatto che, come si avrà modo di vedere più oltre, il *facere* è necessario per la stessa esistenza della *servitus*. E lo studioso a ragione evidenzia come non sarebbe possibile cogliere «[...] alcuna discrasia effettuale (ed effettiva) tra un dovere sanzionato formalmente nell'*intentio* e un dovere di fatto previsto solo nella clausola restitutoria, ma che comunque può farsi valere in via di azione».

rimane assai probabile che quanto si legge in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr. sia effettivamente indizio, come voleva Lenel, dell'esistenza di una *intentio* (anomala) mediante cui costringere la parte soccombente alla *refectio parietis* e dunque a una attività di carattere positivo²⁰³. Tuttavia, rispetto alla formula proposta da Otto Lenel, si ritiene più opportuno adottare quella ricostruita da Solazzi, che ha anche il merito, come si è detto, di dissipare ogni possibile dubbio su una non meglio specificata commistione tra *obligatio* e *servitus*. Dunque, la formula che qui si accoglie ha il seguente tenore: '*Ius esse cogere N^m N^m ut parietem reficiat, qui onera Aⁱ Aⁱ ferat*'.

È quindi assai probabile che la *refectio parietis* e, di conseguenza, il *facere* che a essa è connaturato, fosse stata essa stessa oggetto del *ius* fatto valere nella *intentio* della *vindicatio* della *servitus oneris ferendi*. Non è dunque possibile dubitare sul fatto che anche in materia di servitù potesse essere ammessa una prestazione di carattere positivo a carico del soggetto proprietario del fondo gravato dalla *servitus*.

Rimane da vedere in che termini conciliare questa presunta eccezione con il principio stabilito in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 e come possa qualificarsi onere reale la *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*.

²⁰³ Cfr. sul punto A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris*

4. Esame e obiezioni movibili alle diverse congetture avanzate al fine di spiegare e conciliare l'*onus refectionis* della *servitus oneris ferendi* con la regola *servitus in faciendo consistere nequit*

Prima di poter formulare alcune considerazioni sulla questione oggetto di questo paragrafo, occorre affrontare e risolvere in via preliminare tre principali punti.

In primo luogo, era necessario che si prendesse in esame il problema derivante dalla interpretazione di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 in modo da valutare se il principio ivi adombrato avesse validità generale e fosse, pertanto, una delle caratteristiche che sempre connotano la servitù e, più in generale, il diritto reale. Esclusa la giustizia di tale conclusione, si è visto come in realtà una corretta interpretazione del testo di Pomponio debba spingere verso una diversa lettura del principio *servitus in faciendo consistere nequit* che scorga nella sua formulazione la necessità di limitare (ma non vietare) le situazioni in cui il soggetto proprietario della *res* gravata possa essere costretto a un *facere*.

Tale limitazione, come si ricava dalla lettura della medesima fonte, è costituita dalla *utilitas* per il fondo a vantaggio del quale il diritto reale è posto e deve essere intesa in senso oggettivo: il *facere* cioè non può essere preteso e, del pari, non può estendersi se non nei limiti di quanto effettivamente necessario al fondo stesso.

Corollario di questa prima conclusione è che, come si è pure avuto modo di vedere, non deve essere accolta l'opinione di quanti vorrebbero escludere che il diritto romano avesse ammesso, tanto nell'ambito del diritto privato quanto nella sfera pubblicistica, figure di natura reale che potevano prevedere in capo al soggetto passivo proprietario del fondo gravato, in determinate situazioni, comportamenti di carattere positivo a beneficio del fondo dominante.

ferendi, cit., p. 65.

In secondo luogo, passando a considerare nello specifico la *servitus oneris ferendi*, si è ritenuto necessario sottoporre nuovamente al vaglio la congettura avanzata da Beseler secondo cui la regola per cui l'*onus refectiois* imposto al proprietario dell'edificio servente fosse di matrice giustiniana. Si è avuto modo di ricordare gli argomenti addotti contro questa tesi e, oltre a essi, è stato rilevato come la stessa coerenza interna delle fonti che riguardano la servitù di appoggio deponga nel senso della genuinità di quello che si è denominato "regolamento" della *servitus oneris ferendi*.

Ultimo punto affrontato, quello relativo al profilo processuale della *refectio parietis* con specifico riguardo alla tesi di Gino Segrè. Al riguardo, si sono ripercorsi gli argomenti dell'insigne romanista e della storiografia che successivamente ne ha ripreso le conclusioni, dimostrano però come sia più plausibile l'ipotesi tradizionale con l'adozione, tuttavia, della formula proposta da Siro Solazzi.

Se queste conclusioni sono corrette, se ne deve dedurre che anche il caso della *refectio parietis* non debba costituire, in realtà, una vera eccezione al principio di cui a Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. Ma occorre comunque che si inquadri la fattispecie, e i tentativi di spiegarla, nel più ampio discorso sin qui svolto.

Uno dei più autorevoli, che affonda le radici in una intuizione di Alberico da Rosate, è stato certamente quello di Vittorio Scialoja. Secondo la congettura qui in parola, occorrerebbe concentrare l'attenzione sul punto dell'utilità derivante dalla riparazione. Difatti, la particolarità della *refectio* si sarebbe potuta esplicitare in considerazione del fatto che la maggiore utilità, proveniente appunto dall'attività di riparazione del *paries*, avrebbe giovato principalmente al proprietario dell'edificio servente. Sarebbe stato naturale, pertanto, che fosse quest'ultimo a dovervi provvedere e ciò, non solo per il caso della *servitus oneris ferendi*, ma in ogni situazione in cui si

sarebbe potuto verificare un ingiusto arricchimento²⁰⁴. Ma questa

²⁰⁴ Occorre ripercorrere brevemente il discorso svolto da V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., pp. 156-164 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 91-96). In particolare, lo studioso ritiene che per comprendere la particolarità della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* sia necessario volgere lo sguardo alle conseguenze derivanti dalla applicazione delle regole generali riguardanti la servitù. Si ponga mente al fatto che il *paries*, la *columna* o la cariatide arrecano tutta una serie di utilità anche al loro proprietario. E infatti se così non fosse, egli certamente preferirebbe alienarli e non concedere invece che su di essi si stabilisca una servitù. Tuttavia, è pure necessario domandarsi a quali conseguenze si sarebbe pervenuti qualora il *paries* si fosse trovato in procinto di crollare. Naturalmente, nota Scialoja, se si fosse applicata la regola generale la riparazione del muro sarebbe spettata al proprietario dell'edificio dominante che profitta del *paries* altrui quale sostegno per il proprio stabile. Di conseguenza, egli non solo avrebbe eseguito il restauro, ma anche periodicamente le opere di manutenzione atte a evitare la rovina del proprio edificio che sul *paries* si appoggia. Tale fatto, come si vede, porterebbe a risultati assai ingiusti. E il proprietario dell'edificio a favore del quale è costituita la servitù non potrebbe nemmeno esimersi dall'effettuare i lavori di manutenzione. Il *dominus* dell'edificio servente difatti, nel caso in cui il muro avesse minacciato di crollare e il suo edificio fosse stato per tale ragione in pericolo, avrebbe comunque potuto domandargli la *cautio damni infecti*. Perciò, dice Scialoja, essendo in ogni caso necessari i lavori di restauro, non rimaneva che addossarli al proprietario dell'edificio servente, ossia il maggiore beneficiario della restaurazione del *paries*. Di conseguenza, si tratterebbe qui di evitare l'ingiusto arricchimento del *dominus* dell'edificio servente, che avrebbe altrimenti tratto vantaggio dalla servitù gravante sul suo stabile. Pertanto, sulla scorta peraltro di Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.33, il proprietario dell'edificio gravato sarà costretto ad affrontare quelle spese strettamente connesse con la *refectio parietis*, ma non quelle utili esclusivamente al fondo dominante. Al proprietario che non voglia effettuare le riparazioni, stando a quanto dice Labeone in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 sarà concesso di *rem derelinquere*. Ancora, non sarà possibile agire *in solidum* qualora la proprietà del *paries* servente sia divisa tra più soggetti. Inoltre, il proprietario dell'edificio a favore del quale è costituita la servitù, dovrà limitarsi a provare da un lato la sussistenza del diritto reale, dall'altro il fatto che il soggetto è proprietario dell'edificio servente. Lo studioso, dopo aver esaminato gli altri casi in cui verrebbe ad applicarsi il medesimo principio e già considerati, passa a confutare alcune obiezioni che potrebbero muoversi alla ricostruzione proposta. In primo luogo, Scialoja precisa che le riparazioni, pur essendo fatte a spese del proprietario dell'edificio servente, non possono essere eseguite secondo il suo capriccio, ma nel modo stabilito all'atto della costituzione della *servitus*, come indicano Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.5 e 7. Ciò in considerazione del fatto che il *modus refectionis* aveva riguardo all'utilità da arrecare all'edificio dominante. Il diverso regime poi che riguarda la *servitus tigni immittendi* è spiegato in ragione del fatto che in questa servitù il restauro non riguarderà l'intero *paries*, ma esclusivamente quella porzione deputata all'inserimento del *tignum*. L'autore si sofferma poi a esaminare

spiegazione non può accogliersi nei termini in cui risulta essere formulata. Certo, come è stato rilevato da più parti²⁰⁵, essa avrebbe il merito di proporre una soluzione equitativa alla questione. Tuttavia, oltre ai diversi argomenti che si oppongono alla cennata ricostruzione²⁰⁶, ve ne è uno che

il principio che governa la redazione dell'art. 641 c.c. 1865. Secondo tale articolo, qualora l'uso della cosa su cui insiste la servitù è comune tanto al proprietario del fondo dominante, quanto al proprietario del fondo servente, le opere dirette all'utilizzo e alla conservazione della servitù saranno eseguite in comune e ripartite in base ai vantaggi che si ricavano. Scialoja ritiene che il contenuto di tale articolo rispecchi il medesimo principio che presso i romani avrebbe governato lo svolgersi della *servitus oneris ferendi*. E alla obiezione per cui l'unica conseguenza di questo stesso principio avrebbe dovuto essere appunto la ripartizione delle spese tra i proprietari (e non il fatto che esse dovessero gravare solo sul soggetto passivo), rispondeva notando come, anche presso i romani, non tutti gli oneri gravavano sul proprietario del fondo servente. Inoltre, il proprietario riceve una utilità dalla servitù stessa, vale a dire la possibilità di potersi appoggiare su un *paries* in grado di sostenere il peso dell'edificio dominante.

²⁰⁵ La storiografia ha da sempre rilevato, accanto alla bontà della soluzione proposta da Scialoja sotto il profilo equitativo, come essa non fosse in realtà idonea a spiegare in che termini si dovesse conciliare l'*onus refectiois* con il principio enunciato in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. Cfr. C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 83; C. BURZIO, *La servitus oneris ferendi ed il principio «servitus in faciendo consistere nequit» (Contributo allo studio degli oneri reali)*, II, in AG 54, 1895, pp. 543-548; L. TARTUFARI, *Intorno alla regola «servitus in faciendo consistere nequit» con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, cit., pp. 33-34; P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., pp. 182-183; nonché G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 188-189; S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit., pp. 63-64; A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*, cit., p. 187, nt. 67; M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, cit., p. 246, nt. 142; R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 88-94 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 47-56). Consente tuttavia all'opinione di Scialoja, B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 117.

²⁰⁶ Cfr. già C. BURZIO, *La servitus oneris ferendi ed il principio «servitus in faciendo consistere nequit» (Contributo allo studio degli oneri reali)*, II, cit., pp. 543-548, che rileva come, in realtà, non sia di per sé accoglibile il dato da cui parte Scialoja, vale a dire che in applicazione delle regole generali, le riparazioni sarebbero sempre spettate al proprietario del fondo dominante, ove nelle fonti che di tali riparazioni parlano, invece, non si accenna mai alla obbligatorietà che le caratterizzerebbe (con l'esclusione del solo caso riguardante l'usufrutto). Senza peraltro sottovalutare che, anche volendo ritenere che alle riparazioni non dovesse

dimostra come, in realtà, nemmeno la soluzione fondata sulla ragione equitativa sia invero realmente tale²⁰⁷. Si ponga mente al ragionamento dello studioso. Si è detto che il punto centrale nella ricostruzione di Scialoja è costituito dalla constatazione delle inique conseguenze a cui avrebbe portato l'attribuzione dell'*onus refectio* in capo al proprietario dell'immobile dominante, anziché al *dominus* dell'edificio gravato dal peso e, dunque, dall'indebito arricchimento che quest'ultimo avrebbe conseguito se a dover provvedere fosse stato il titolare della servitù. E così, al fine di evitare questa ingiusta situazione, la *refectio* veniva a essere onere del proprietario dell'edificio servente.

Non può esservi dubbio sul fatto che, certamente, un considerevole vantaggio lo avrebbe conseguito il proprietario dell'edificio servente se fosse stato quello dell'immobile dominante a dover provvedere alle riparazioni. Egli, infatti, a dispetto del peso gravante sulla cosa, avrebbe periodicamente ricevuto senza dover affrontare alcuna spesa le opere necessarie a mantenere il *paries* idoneo all'uso.

È però assai significativo notare quali indubbi vantaggi avrebbe tratto il proprietario dell'edificio dominante, tali che, se effettivamente la ragione equitativa fosse stata alla base della ripartizione dell'*onus refectio*, egli avrebbe certamente dovuto provvedere alla manutenzione del muro di sostegno. In primo luogo, a ben vedere, egli profitta della possibilità di appoggiare il proprio edificio sulla parete del vicino. Tale vantaggio, si

provvedere il proprietario dell'edificio dominante, non necessariamente esse sarebbero ricadute sul *dominus* dell'edificio servente. Ma in particolare, argomento dirimente secondo Burzio sarebbe da ravvisare nel diverso regime della *servitus tigni immittendi*. Più recentemente v. anche R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 88-94 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 47-56), con particolare riguardo alla possibilità che il caso della *servitus oneris ferendi* non sia in realtà unico e su cui si è già formulata qualche osservazione.

²⁰⁷ Argomento a cui, in verità, aveva fatto brevemente cenno lo stesso V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., pp. 163-164 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 95-96) con riferimento alla disciplina

potrebbe dire, deriva direttamente dalla sussistenza della servitù di appoggio. E certamente ciò non può che essere vero perché, in caso contrario, non vi sarebbe alcuna *utilitas* a giustificare la costituzione della servitù.

Ma adesso rivolgiamo lo sguardo al momento patologico del rapporto, vale a dire all'atto del crollo del *paries* dovuto alla mancanza delle necessarie riparazioni. È assai plausibile che a esso sarebbe conseguito il ben più disastroso collasso dell'intero immobile a favore del quale la servitù era costituita²⁰⁸. Ragioni di equità, dunque, avrebbero piuttosto spinto ad attribuire l'*onus refectiois* a quest'ultimo soggetto, che in tal modo avrebbe non solo potuto continuare a godere della servitù ma, e di conseguenza, avrebbe evitato di dover ricostruire per intero l'edificio crollato²⁰⁹.

dell'art. 641 c.c. 1865, tentando di confutare la possibile obiezione che a esso si sarebbe potuta muovere.

²⁰⁸ E una indiretta conferma della gravità delle conseguenze per l'immobile dominante che sarebbero derivate dalla omessa manutenzione, si possono intravedere in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr. ove si specifica che colui che deve la servitù non dovrà tuttavia provvedere anche a puntellare l'immobile dominante. Si specifica, pertanto, che a essere puntellato sarebbe stato l'immobile del vicino a favore del quale risultava costituita la servitù. E tale fatto induce a immaginare che il mancato restauro avrebbe compromesso la statica dell'intero edificio, che sarebbe potuto crollare rovinosamente. Ciò peraltro viene esplicitamente lasciato intendere nel prosieguo della testimonianza ove si dice che – probabilmente a parlare è un ignoto glossatore – se il proprietario dell'immobile in procinto di rovinare non voglia provvedere a puntellare la struttura, potrà ben lasciare che essa crolli.

²⁰⁹ Non vale a confutare questa ricostruzione l'obiezione, già messa innanzi da Scialoja, per cui al proprietario dell'edificio servente non erano demandate tutte le spese per eseguire i lavori di restauro, come peraltro si deduce proprio da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr. Infatti, è chiaro che non si poteva domandare a questi ogni spesa che anche solo indirettamente potesse arrecare una certa utilità al fondo. A escludere che dovesse provvedere alla puntellatura dell'edificio il proprietario dell'immobile servente doveva concorrere primariamente il *modus refectiois* stabilito al momento della costituzione della servitù. Ma il contenuto del *modus*, a ben vedere, era diretta conseguenza della *utilitas* che la servitù doveva arrecare al proprietario dell'edificio dominante, ed essa non si sarebbe certo potuta rinvenire in ciò che non era direttamente collegato all'*onus ferre*, dato che il puntellare l'edificio sarebbe divenuto necessario proprio in conseguenza di un *paries* non più in grado di espletare questa funzione, vale a dire sostenere il peso.

È chiaro, pertanto, che non può essere la ragione equitativa il motivo alla base della scelta di attribuire l'*onus refectiois* al proprietario dell'edificio servente.

Si è creduto di poter risolvere la questione in virtù della differenza che intercorrerebbe tra la *servitus oneris ferendi* e la *servitus tigni immittendi*. Difatti, nel caso della *servitus tigni immittendi*, il titolare effettuando il foro nel *paries* dell'edificio servente al fine di inserirvi il *tignum*, manifesterebbe in tal guisa l'esercizio su quella porzione di muro di un dominio che comporterebbe l'incorporazione di tale parte del *paries* alla sua proprietà, a cui conseguirebbe il diverso riparto delle spese di restauro del *paries*. Infatti, nel caso della *servitus oneris ferendi*, ove la servitù si estenderebbe esclusivamente sulla parte di muro effettivamente interessata dall'*onus ferre* (cioè la sola superficie), il restauro della restante parte non potrebbe che essere onere attribuito al suo proprietario.

Al contrario, nella *servitus tigni immittendi*, essendo l'intera parete passata sotto il dominio del proprietario dell'edificio a favore del quale la servitù è costituita, le opere di restauro non potrebbero che spettare a quest'ultimo soggetto²¹⁰.

²¹⁰ È la ricostruzione proposta da C. BURZIO, *La servitus oneris ferendi ed il principio «servitus in faciendo consistere nequit»* (Contributo allo studio degli oneri reali), II, cit., pp. 548-572. Lo studioso parte dunque dal presupposto per cui, al fine di spiegare il particolare regime della *servitus oneris ferendi*, occorrerebbe individuare la differenza tra essa e la *servitus tigni immittendi*. Sarebbe però da escludere che questa differenza possa derivare dalla *lex aedium*. Infatti, non solo tale patto fu successivamente sempre omesso o comunque sottinteso, ma non si riuscirebbe nemmeno a comprendere per quale ragione, alla fine, esso divenne parte stessa del contenuto della *servitus oneris ferendi* (tanto da far sì che la tutela di detta servitù potesse esplicarsi mediante *actio in rem*) e non della *tigni immittendi*. Ancora, oscura sarebbe rimasta pure la ragione per quale avrebbero dovuto provvedere alle riparazioni anche soggetti estranei al patto intercorso al momento della costituzione della servitù. Risulta chiaro, allora, che la *servitus oneris ferendi* avrebbe dovuto presentare per sé qualche caratteristica che giustificasse il diverso regime rispetto alla *servitus tigni immittendi*. In particolare, per quanto concerne la servitù di appoggio, dalle fonti si apprende come essa avesse causa esclusivamente nell'*onus ferre* e nessun cenno invece si faceva all'immissione del *tignum*. Così, i giureconsulti disquisirono sul punto della

Questa spiegazione si rivela però non soddisfacente. Occorre

spettanza delle riparazioni nella *servitus oneris ferendi*, mentre tale problema non si pose per la *servitus tigni immittendi*. Di conseguenza, secondo l'autore (*op. ult. cit.*, p. 549), «[...] una *servitus oneris ferendi* esiste indipendentemente dal modo come si regolino le riparazioni e se in essa l'obbligo delle riparazioni è regolato diversamente che nella *servitus tigni immittendi*, ciò è effetto, non causa della loro diversa natura». Dalle fonti, però, non traspare con chiarezza quale dovesse essere la differenza tra le due servitù. Certo è che la *servitus tigni immittendi* sarebbe consistita nella possibilità data al proprietario dell'edificio dominante di praticare un foro nel muro dell'edificio servente per immettervi una trave o altro materiale da costruzione o, anche, che egli facesse gravare un peso sul *paries* servente. Dopo avere esaminato in dettaglio lo sviluppo che avrebbe portato alla creazione delle due servitù, Burzio (*op. ult. cit.*, p. 553) conclude che nella *servitus tigni immittendi* si avrebbe «[...] una modificazione e quasi si direbbe una incorporazione del muro servente nel fondo dominante [...]», dovuta in buona sostanza al fatto che il *paries*, al fine di poter immettere il *tignum*, avrebbe dovuto essere materialmente forato e dunque modificato. Al contrario, nella *servitus oneris ferendi*, di tale modificazione non vi sarebbe stata traccia alcuna, dato che essa si esplicherebbe nel semplice appoggio al *paries* servente, tanto da consistere appunto nel solo *onus ferre*, ove la *servitus tigni immittendi* avrebbe importato anche l'immissione di materiali da costruzione. L'autore arriva a concludere che, in realtà, si avrebbe *servitus oneris ferendi* solo nel caso in cui l'appoggio avvenisse verticalmente e non orizzontalmente, come nel caso della superedificazione. E quale esempio si adduce il caso dell'arco che per sostenere il peso dell'edificio dominante si separi da esso andando a poggiare sul *paries* o la *columna* dell'edificio servente. Proprio la differenza nella struttura delle due servitù riuscirebbe anche a spiegare il fatto che nella *servitus oneris ferendi* l'*onus refectionis* gravi sul proprietario dell'edificio servente. E infatti, diversa era la condizione giuridica in cui versava il *paries* nelle due servitù. Nella *servitus tigni immittendi* sul *paries* si sarebbe esercitato una sorta di dominio del titolare della servitù tanto che secondo Burzio (*op. ult. cit.*, p. 556) «[...] e colla rottura del muro e colla immissione dei *tigna* estrinseca e manifesta questo suo diritto su tutto il muro incorporandolo in certa guisa alla sua proprietà [...]». Al contrario, nella *servitus oneris ferendi*, ove appunto si ha solo l'appoggio dell'edificio, il *paries* rimarrebbe escluso dal dominio esercitato dal proprietario dell'edificio dominante sicché non sarebbe rinvenibile alcuna modificazione del diritto di proprietà in capo al titolare, il quale avrebbe semplicemente pattuito che il proprio *paries* sostenesse in perpetuo il peso dell'edificio dominante. Inoltre, rispetto alla *servitus tigni immittendi*, nella *oneris ferendi* il *paries* non potrebbe considerarsi il soggetto passivo della servitù, in quanto essa si eserciterebbe esclusivamente sulla facciata di esso. E di conseguenza, la parete non potrebbe considerarsi alla stregua di fondo servente in senso proprio, ma diverrebbe tale solo essendo la superficie necessaria a sostenere il peso. Ne conseguirebbe che, iniziando la servitù esclusivamente su quella parte del *paries* ove si attua concretamente l'appoggio, solo su questo punto si dovrebbero concentrare le opere di restauro del proprietario del fondo

domandarsi, infatti, quale ragione avrebbe spinto le parti a costituire a favore di un immobile e a detrimento dell'altro una *servitus tigni immittendi* se comunque la situazione di fatto si sarebbe risolta ugualmente nell'instaurazione di una sorta di proprietà del *dominus* dell'edificio dominante sul *paries* interessato all'immissione del *tignum*. Sarebbe stato più logico, a quel punto, che si trasferisse effettivamente in proprietà la parete su cui materialmente si sarebbe dovuto realizzare il foro per l'immissione della trave.

Pertanto, è più logico pensare che attraverso la costituzione di una servitù i proprietari avrebbero risposto a interessi reciproci e contrapposti che non si sarebbero al contrario potuti realizzare con una cessione del *dominium* sul *paries*. Grazie alla servitù, difatti, il *dominus* dell'edificio a favore del quale essa era costituita avrebbe potuto immettere il *tignum*, e del pari il proprietario dell'edificio servente avrebbe conservato la proprietà del muro senza alcun inutile frazionamento del suo diritto.

Peraltro, tale congettura non è esclusa solo riguardando alle conseguenze pratiche a cui le parti avrebbero di fatto mirato con la costituzione della servitù. Ancora più importante è sottolineare come sia per la *servitus tigni immittendi* che per la *oneris ferendi*, non possa parlarsi in alcun senso di dominio del proprietario del fondo a favore del quale la servitù è costituita sul *paries* ove si realizza il foro per l'immissione del *tignum* o sulla porzione di muro o *columna* ove si esplica l'*onus ferre*²¹¹.

dominante, mentre la restante parte del *paries* dovrà essere restaurata dal suo proprietario originario, vale a dire colui che deve la servitù.

²¹¹ E la storiografia è concorde nel ritenere non applicabile, in relazione alle servitù urbane, il medesimo schema valido per gli *iura praediorum rusticorum*. Esso si risolveva fondamentalmente nell'appartenenza al titolare del diritto di una parte del fondo ben determinata e pertanto soggetta da un lato alla *potestas* e, sotto il profilo processuale, al *meum esse*. Sulla questione v. G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit., pp. 195-197 e ntt. 51-52, che per quanto qui maggiormente interessa precisa, parlando rispettivamente della *servitus tigni immittendi* e poi della *servitus oneris ferendi*, che: «[...] né la *vindicatio* può riferirsi al *paries* del vicino, e neppure allo stesso *foramen* che, se individuato nel suo bordo materiale, fa parte

Va ancora sottolineata l'inaccogliabilità dell'opinione qui discussa che vorrebbe considerare la *servitus oneris ferendi* esercitata esclusivamente sulla superficie del *paries*, dal che se ne trarrebbe la conclusione che le riparazioni sarebbero spettate al proprietario dell'edificio dominante a partire dal punto in cui egli poteva esercitare il proprio diritto, mentre la restante parte del muro avrebbe dovuto essere riparata dal soggetto passivo.

Tale tentativo di individuare l'oggetto della servitù si rivela però inadeguato. Oltre a un frazionamento di cui le fonti non fanno parola – e specialmente la *lex aedium* che certamente avrebbe dovuto indicare questa diversa ripartizione – non si comprende per quale ragione si debba separare il *paries* in due distinte entità: la superficie e la struttura effettiva.

È chiaro che da un punto di vista strutturale la superficie non è che il punto ove il *paries* dell'edificio dominante visivamente poggia. Ma l'effettivo sostegno non potrebbe aversi senza la struttura portante del muro, atto a opporsi staticamente al peso del *paries* dominante.

Riflettendo su questa separazione tra superficie e struttura effettiva del *paries* si comprende, peraltro, come la congettura qui combattuta non faccia altro che aggirare il problema. Infatti, dato che la superficie (cioè il punto dal quale le riparazioni spetterebbero al titolare della servitù) da sola non sarebbe in alcun modo in grado di sostenere il peso, la riparazione della struttura portante del muro sarebbe comunque attribuita al proprietario dell'edificio servente che, rifiutandosi o abbandonando il *paries*, provocherebbe per ciò solo il crollo dell'immobile dominante che sulla parete si appoggia. Non si vede pertanto il motivo di operare una tale separazione, che comunque non risolverebbe il problema.

dello stesso *paries* o della *columna*, se inteso come spazio vuoto non può costituire oggetto di diritti [...] il *paries* o la colonna o il pilastro portante non possono costituire oggetto di revindica da parte del titolare del fondo dominante»; cui *adde* A. CORBINO, *La distinzione delle servitù in rustiche ed urbane nel diritto romano*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, IV, *Scritti vari*, Milano, 1991, p. 225; V.

Peraltro, se la questione si fosse effettivamente svolta nel senso prospettato da Burzio, perderebbe di significato la stessa disputa intercorsa tra i giureconsulti e testimoniata da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, così come la precisazione di Labeone che ivi si rinviene. Il nocciolo della discussione, infatti, riguardava proprio il punto se l'*onus refectiois* dovesse spettare al proprietario dell'immobile servente o meno. Se si accoglie l'opinione di Burzio verrebbe meno qualsiasi ragione per cui i giureconsulti avrebbero dovuto disquisire, dato che a costui non sarebbe stato imposto alcun onere: egli avrebbe infatti atteso alle riparazioni di una cosa sua e sulla quale non gravava alcuna servitù²¹².

Dunque, anche questa ricostruzione deve essere respinta e lo sguardo deve volgere altrove. Si è creduto da più parti che la particolare configurazione dell'*onus refectiois* derivasse dalla *lex aedium* relativa alla nostra servitù. E non sono mancati i tentativi in difesa di tale ipotesi²¹³.

GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del 'numero chiuso'*, cit., pp. 124-125.

²¹² Sulla ricostruzione di Burzio v. anche B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo II, II, Intorno all'elenco delle servitù urbane*, in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, cit., p. 241, secondo cui l'autore avrebbe finito per giungere alla medesima conclusione cui pervenne Scialoja, vale a dire che, essendo il muro (o per meglio dire la superficie di esso) in proprietà di colui che deve la servitù e che pertanto esso non potrà che essere da questi restaurato, se fosse stabilito diversamente non si farebbe altro che rivolgere la servitù contro il proprietario del fondo dominante.

²¹³ Cfr. infatti L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, cit., pp. 18-25, il quale, adducendo Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, evidenziava come l'ipotesi principale illustrata nel testo fosse appunto quella della costituzione di una *servitus oneris ferendi* nel cui titolo costitutivo era stato determinato puntualmente in quale modo il proprietario del fondo servente, in caso di necessità, avrebbe dovuto effettuare le riparazioni. Al par. 5 del medesimo brano si specificava poi in cosa dovesse effettivamente consistere tale *modus* e come esso si sarebbe dovuto rettamente intendere. E a proposito dei due paragrafi ricordati l'autore così si esprime (*op. ult. cit.*, p. 20): «E qui torna per ben due volte ad affermarsi la speciale importanza del titolo costitutivo, come la fonte a cui è d'uopo risalire per determinare, quanto alla *refectio*, il contenuto e la portata della servitù». Prendendo infatti in considerazione l'opinione di Aquilio Gallo, lo studioso riteneva di poter mostrare la contraddizione sussistente tra il principio *servitus in faciendo consistere nequit* e il fatto che invece

Certamente, non si può negare l'importanza che ebbe per la iniziale determinazione della configurazione e del contenuto della nostra servitù quanto si usava stabilire nella relativa *lex aedium*²¹⁴. Non sembra, tuttavia,

le parti avessero deciso di derogare a tale regola in modo che l'*onus refectio* venisse a incombere sul proprietario dell'immobile servente. E proprio in merito a tale diversa regolazione degli interessi privati si sarebbe scagliato Aquilio Gallo affermando la propria dottrina. Ma prevalse quella di Servio Sulpicio Rufo *in proposita specie*. E proprio in queste ultime parole Tartufari avrebbe incontrato una ulteriore riprova del fatto che con tale espressione non si volesse punto indicare la *servitus oneris ferendi*, ma solo l'ipotesi di cui il brano aveva già accennato e che si riferiva a quella particolare servitù il cui titolo avrebbe imposto l'onere della *refectio* in capo al proprietario dell'immobile servente. A questo punto l'autore si sofferma a confutare le obiezioni che già erano state mosse a tale congettura da V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., pp. 149-151 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 87-88). In particolare, risolutivo secondo Tartufari (*op. ult. cit.*, p. 22) sarebbe rilevare come ben diverso rispetto al discorso affrontato da Scialoja dovesse essere «[...] il ricercare se l'obbligo della *refectio* incombesse al proprietario *ipso iure*, ovvero in forza di una speciale clausola inserita nel titolo costitutivo della servitù [...]». In ogni caso, che la particolarità della *servitus oneris ferendi* dovesse rinvenirsi nella *lex aedium* sarebbe ulteriormente confermato da Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.33. Non solo, ma all'obiezione di Scialoja per cui la formula che si rinviene nel citato escerto ('*paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit*') non sarebbe pertinente alla sola servitù di appoggio ma varrebbe a delineare quali limiti dovesse avere la servitù, Tartufari oppone l'osservazione per cui ciò non varrebbe comunque a togliere importanza a Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.33. E infatti, dal tenore di tale formula si potrebbe al più dedurre che essa veniva utilizzata al fine di caratterizzare le diverse servitù a seconda delle esigenze di volta in volta in gioco. Non dovrebbe pertanto sorprendere che all'atto della costituzione della *servitus oneris ferendi* si impiegasse appunto tale formula per imporre al proprietario dell'edificio servente l'obbligo di eseguire le riparazioni. Peraltro, soggiunge lo studioso, occorre anche considerare che di questa particolare formula non si possiede che una parte, essendo assai probabile che ve ne fosse un'altra relativa al *modus refectio*.

²¹⁴ Sul punto v. M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, cit., p. 249, la quale esaminando Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.5 rileva come il giureconsulto stesse facendo riferimento a quella particolare regolamentazione voluta dalle parti all'atto della costituzione della servitù e che avrebbe ricompreso anche il *modus refectio*. Attraverso tali atti di autonomia, infatti, le parti adattavano alle loro particolari esigenze l'atteggiarsi concreto dello *ius in re aliena*. Peraltro, la studiosa precisa come, per quanto concerne la differenza tra *servitus oneris ferendi* e *servitus tigni immittendi*, sulla scorta di un rilievo già formulato da V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 161 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., p. 95) che aveva evidenziato come nella servitù di appoggio la causa andasse trovata nell'*onus ferre* mentre nella *servitus tigni immittendi* nella occupazione

che gli ulteriori argomenti addotti a conferma di questa lettura siano tendenzialmente riusciti a scalfire le obiezioni che le erano state mosse già da Scialoja²¹⁵. A esse però è possibile ancora aggiungere qualche ulteriore rilievo. Certo è plausibile che l'autonomia privata avesse contribuito a configurare il modo di operatività nella *servitus oneris ferendi* dell'*onus refectiois*. È assai probabile, inoltre, che la diversa ripartizione delle spese inerenti ai lavori di restauro fosse determinata dalle differenti esigenze alla base della costituzione dell'una specie invece che dell'altra. Tuttavia, rispetto ai rilievi di Tartufari, non sembra si possa attribuire troppa importanza alla *lex aedium* e a quanto si usava in essa stabilire.

Bisogna difatti considerare la questione anche sotto il profilo

dello spazio ove si inserisce il *tignum*, si potesse ritenere verosimile l'ipotesi avanzata da A. RUSSO, *Servitù di appoggio e «refectio parietis»*, cit., p. 78 (sul punto v. pure R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 103, nt. 111 [= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 68, nt. 114]), secondo cui la differenziazione delle due figure, che si esplica appunto nella diversa ripartizione dell'*onus refectiois*, debba essere ricondotta all'azione dell'autonomia privata in seno alla costituzione dello *ius in re aliena*. Più in dettaglio, secondo Corsi (*op. ult. cit.*, p. 254), anche per il caso della *servitus oneris ferendi* si potrebbe ipotizzare un processo di trasformazione simile a quello che aveva interessato le due figure dell'*aquaeductus* e dell'*aquae haustus* in conseguenza dell'impiego appunto del *modus*. Infatti, anche per il caso che qui ci occupa, proprio grazie all'esplicazione dell'autonomia privata, che si rispecchiava nella formulazione delle *leges mancipii*, da una specie di *servitus* sarebbe poi derivata l'altra. Di conseguenza, afferma la studiosa (*op. ult. cit.*, p. 255): «Lo stesso criterio di operatività del *modus* ravvisato nelle più antiche servitù rustiche potrebbe funzionare anche in queste più recenti, portando alla creazione di servitù, leggermente diverse da quelle originarie». Pure B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 51-54, che riconnetteva l'operatività del *modus* al problema della tipicità delle servitù, aveva osservato come quest'ultimo sarebbe consistito in una addizione effettuata al momento della costituzione dello *ius in re aliena* tramite la quale si operava una modificazione del tipo legale. Infine, per alcune considerazioni sull'importanza dei formulari relativi alle servitù urbane v. anche B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo II, III, Gli antichi formulari romani delle servitù urbane*, in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, cit., pp. 263-264.

²¹⁵ V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., pp. 149-151 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 87-88); cui adde M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, cit., pp. 252-253.

dell'evoluzione storica che ha interessato le servitù urbane²¹⁶. Se la spiegazione fondata sulla *lex Mancipi* poteva essere corretta in principio, vale a dire quando ancora non ben delineata doveva essere la figura della *servitus oneris ferendi* rispetto alla *servitus tigni immittendi* quando, cioè, il processo di elaborazione della figura doveva ancora delinearsi su un piano pratico di tutela degli interessi delle parti, altrettanto non potrebbe credersi già per il tempo in cui operavano Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo. Essendo prevalsa la *Servi sententia*, è lecito credere che già nel I secolo a.C. tale processo di sviluppo si fosse cristallizzato per la *servitus oneris ferendi* nella forma che le fonti tramandano²¹⁷.

Peraltro, anche volendo aderire alla ricostruzione qui criticata, rimarrebbe un punto critico non risolto. E infatti, ravvisare una tale importanza nella *lex aedium*, significa in un certo qual senso aggirare il problema fondamentale che qui si discute: conciliare l'innegabile *facere* che consegue all'*onus refectiois* con il principio che sarebbe stabilito come regola valevole per ogni servitù in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. In altri termini, credere che il principio *servitus in faciendo consistere nequit* avesse validità generale e, al contempo, ritenere che la volontà delle parti potesse operare in deroga a esso, verrebbe a significare che in realtà tale principio non doveva poi avere alcuna validità pratica. Ancora, se così fosse, cioè se le parti avessero potuto autonomamente decidere di far gravare l'*onus refectiois* sul proprietario del fondo servente, ciò avrebbe anche potuto significare che la regola di cui a Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 (e che secondo Tartufari avrebbe spinto Aquilio Gallo a quella sua affermazione),

²¹⁶ In proposito v. G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù e il problema della tipicità*, cit., pp. 265-304 (= *Scritti storico giuridici*, II, *Diritto privato. Cose e diritti reali*, cit., pp. 186-225); G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit., pp. 185-218; G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., pp. 49-52; A. CORBINO, s.v. 'Servitù (diritto romano)', in *ED*, XLII, Milano, 1990, pp. 245-247; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del 'numero chiuso'*, cit., pp. 124-139.

²¹⁷ Sul punto v. G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit., pp. 209-210.

non dovesse essere ancora operante o comunque non intesa in senso tanto rigido e restrittivo, di tal che le parti avrebbero potuto decidere diversamente rispetto all'onere del restauro.

È dunque ben possibile che inizialmente le parti, in virtù di tale autonomia e in vista degli interessi che di volta in volta venivano in considerazione, decidessero di caratterizzare lo *ius in re aliena* con una particolare articolazione del *modus* quanto alla *refectio*.

E tuttavia, non è accoglibile l'opinione di Biondi, perlomeno con riguardo al caso della *servitus oneris ferendi*, per cui dovesse considerarsi quale elemento rientrante nel *modus* anche la *refectio parietis* come tale, oltre al modo in cui essa doveva eseguirsi²¹⁸. Difatti, nel caso della servitù di appoggio, il *modus* non doveva ricomprendere in sé l'*onus refectiois*, come sembra voler dire con una espressione poco perspicua Biondi, ma

²¹⁸ B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 51-52. Gli argomenti addotti dallo studioso sono i seguenti. Partendo dalla considerazione per cui la servitù ha un contenuto legale e pertanto invariabile, egli (*op. ult. cit.*, p. 51) ritiene essere il *modus* «[...] l'elemento volontario e variabile, stabilito dalla volontà delle parti, che modifica il contenuto legale senza però alterarne il tipo». Si adduce quale esempio il caso della *servitus actus* ove, attraverso il *modus*, si sarebbe potuto diversamente regolare il passaggio del titolare della *servitus*. E così il *modus* avrebbe rappresentato la modalità per aggirare le strettoie del sistema basato sulla tipicità. Lo studioso ipotizzava dunque che, a fronte di un sistema tipico di servitù ove ciascuna di esse presentava un contenuto legale, la giurisprudenza avesse ammesso l'operare del *modus* come mezzo mediante cui la volontà delle parti avrebbe potuto mitigare l'operatività di tale contenuto predeterminato adattando e commisurando la *servitus* agli effettivi bisogni del fondo. Di conseguenza il *modus*, come già detto, sarebbe diventato elemento distinto rispetto alla *servitus* ma da essa inscindibile. E di quest'ultima caratteristica si farebbe evidente applicazione quanto al regime dell'estinzione del diritto. Infatti, come si dice in Paul. 15 *ad Plaut.* D. 8.6.10.1 – *Si is, qui nocturnam aquam habet, interdium per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutum, qua usus non est. idem est in eo, qui certis horis aquae ductum habens aliis usus fuerit nec ulla parte earum horarum* – qualora il titolare della *servitus*, essendo stabilito nel *modus* che l'acqua si dovesse derivare esclusivamente nelle ore notturne, abbia invece esercitato il diritto nelle ore diurne e pertanto difformemente rispetto a quanto stabilito nel *modus*, vedrà estinguersi la servitù. Al contrario, sottolinea Biondi, se la difformità nell'esercizio sia relativa esclusivamente a elementi di carattere quantitativo, l'esistenza della servitù non sarà messa in discussione.

esclusivamente le effettive modalità mediante cui esso si sarebbe eseguito²¹⁹. Oltretutto, è facile vedere come la *refectio parietis* sia talmente connaturata alla struttura della servitù che senza la servitù di appoggio verrebbe a caratterizzarsi esclusivamente per l'*onus ferre*.

Ma tale ipotesi è del tutto inverosimile se si pensa al fatto che, per poter sussistere l'*onus ferre*, è necessario un *paries* sempre idoneo. E affinché quest'ultimo possa essere sempre in condizione da servire allo scopo, occorre che periodicamente vengano effettuate delle opere di restauro che, nella nostra servitù – ma non solo in essa, come si è avuto modo di vedere per esempio nel caso della rimozione degli alberi che ostruiscono la via impedendo il passaggio – hanno natura di onere reale incombente sul proprietario del fondo servente per le ragioni che si avrà modo di esporre *ex professo* più oltre.

In ogni caso, per tornare al punto che si sta trattando nello specifico in questa sede, occorre respingere anche la congettura che vorrebbe spiegare come conseguenza della formulazione della *lex aedium l'onus refectiois* nella *servitus oneris ferendi*.

E qualche rilievo è anche formulabile per quanto concerne la ricostruzione non dissimile tentata proprio da Biondo Biondi²²⁰. È già stato

²¹⁹ B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 50 infatti, precisando come già più volte ripetuto che attraverso il *modus* si usava mutare il contenuto stesso della servitù, afferma «Così, ad es., viene stabilito *quo genere vehiculi agatur vel non agatur* [...]»; rientra nel *modus* la determinazione della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*, se cioè debba farsi *lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere* [...].»

²²⁰ B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 116-122. Occorre brevemente ripercorrere l'*iter* argomentativo dello studioso. Egli parte dall'analisi di Ulp. 17 *ad ed. D.* 8.5.6.2, affermando che la particolare previsione riguardante l'*onus refectiois* aveva suscitato il dibattito presso l'antica giurisprudenza. Questa circostanza avrebbe dimostrato l'effettivo operare della regola *servitus in faciendo consistere nequit* perché, diversamente, non si sarebbe spiegato per quale ragione i giureconsulti avessero disquisito sul punto. E tale obbligo, secondo lo studioso, come peraltro fugacemente già precisato, dovette discendere dall'apposizione di specifiche clausole all'atto costitutivo della *servitus* e dirette appunto a far gravare la *refectio* sul proprietario del fondo servente.

rilevato, infatti, come non possa considerarsi una valida spiegazione, se non limitatamente alla fase genetica della *servitus oneris ferendi*, l'apposizione di una particolare clausola che prevedesse l'onere della *refectio* a carico del proprietario del fondo servente, il che è dimostrato peraltro dal tenore dei passi sin qui esaminati. E non è strano, come si è visto prendendo in considerazione tutti i testi che nelle fonti delineano il “regolamento” della *servitus oneris ferendi*, come precipuo scopo di alcuni di essi fosse chiarire i principali punti di sviluppo della *servitus* in parola. Ma, ormai, che la *refectio* fosse posta a carico del proprietario del fondo servente doveva essere dato acquisito.

Peraltro, un punto ben più rilevante, che è già stato sottolineato, deve essere qui ancora una volta rimarcato. Il fatto che le parti potessero prevedere come atto di autonomia, al momento della costituzione della servitù, una clausola accessoria al fine di far gravare la *refectio parietis* in capo al soggetto passivo, non vale in alcun modo a conciliare il *facere* a cui

Questa clausola, e il patto che con essa si soleva aggiungere, sarebbe tuttavia risultato contrario alla struttura della *servitus*, ciò che appunto rilevava lo stesso Aquilio Gallo sottolineando come non fosse possibile concepire una servitù che ammettesse un *facere* in capo al proprietario del fondo servente. In ogni caso, il prevalere dell'opinione di Servio Sulpicio Rufo avrebbe dissolto ogni dubbio sulla ammissibilità di tale particolare patto aggiuntivo. Quale ulteriore riprova del fatto che inizialmente l'obbligo della *refectio* era assunto in questo modo e che successivamente esso sarebbe rientrato nel contenuto legale della servitù, viene addotto Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.33. Paolo infatti, secondo Biondi (*op. ult. cit.*, p. 117), «[...] ricava tale obbligo non da una speciale clausola dell'atto ma dalla stessa costituzione [...]». Lo studioso, dopo aver chiarito in questi termini l'origine dell'obbligo della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*, respinta la tesi di Beseler già esaminata, ammette quale spiegazione valida quella proposta da Scialoja. Quindi il reale contenuto della *servitus oneris ferendi* non sarebbe stato altro che un *pati*, vale a dire la sopportazione del peso. Mentre, appunto, la *refectio* avrebbe costituito una obbligazione accessoria alla servitù che da volontaria si sarebbe poi trasformata in legale. E ciò sarebbe ancora più certo perché di tale obbligo non si farebbe alcuna menzione nella formula, così come vorrebbe la congettura di Segrè. Qualora, poi, il proprietario dell'edificio servente non voglia adempiere al proprio obbligo, potrà abbandonare la cosa, in conformità ai principi generali della responsabilità in tema di diritti reali, come peraltro si desumerebbe anche da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5.

avrebbe dovuto fare fronte il soggetto onerato rispetto alla regola *servitus in faciendo consistere nequit*, tanto più che, come pure si è visto, a tale comportamento positivo il soggetto passivo poteva essere obbligato mediante azione. E non è da credere che la sola prevalenza dell'opinione di Servio Sulpicio Rufo, qualora essa fosse stata ritenuta valida in generale, avrebbe potuto scalzare un principio rientrante nella *natura servitutium*.

Altrettanto inaccettabile è il rilievo per cui il vero contenuto della *servitus oneris ferendi* si risolverebbe, in realtà, nel normale *pati* costituito dall'*onus ferre*. A questa ricostruzione si oppone un dato che deve essere pure tenuto presente quando si discorre della servitù di appoggio. Immaginare, difatti, che il *paries* possa essere in grado di sostenere il peso dell'edificio dominante senza che la parete subisca regolari opere di restauro, significherebbe ipotizzare l'esistenza di un muro appunto *aeternus*. Ma tale eventualità, inammissibile per se stessa, è decisamente respinta proprio in Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.33, ove si precisa che il *paries* dovrà essere sempre idoneo a svolgere la propria funzione (vale a dire a sopportare il peso), come stabilito all'atto della costituzione della servitù. Se ciò è vero, e non vi è alcun motivo per dubitarne, vuol dire che connaturato alla stessa struttura della *servitus oneris ferendi* non è solo l'*onus ferre*, ma anche la imprescindibile *refectio parietis*. Sul problema poi della natura della *refectio*, che Biondi considera essere un archetipo delle obbligazioni *propter rem*, si tornerà più oltre²²¹.

Anche più di recente sono state avanzate ipotesi originali dirette a spiegare la presunta anomalia della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*. Di interesse è il tentativo esperito da Alessandro Corbino²²². In

²²¹ Cfr. *infra*, pp. 172-188.

²²² A. CORBINO, *Servitus oneris ferendi e reffectio parietis*, cit., pp. 27-35. Vediamo gli argomenti addotti dallo studioso. Corbino parte dal constatare la differenza intercorrente tra gli *iura praediorum rusticorum* e gli *iura praediorum urbanorum*. Il titolare di una servitù rustica avrebbe potuto, infatti, esplicitare una serie di facoltà aggiuntive rispetto a quelle a lui attribuite dal *dominium* sul proprio fondo. Al

contrario, nel caso di una servitù urbana, il proprietario dell'immobile dominante avrebbe concretizzato la propria pretesa in una serie di facoltà rientranti però già nel diritto di proprietà a lui facente capo. Al fine di attuare una delle facoltà derivanti dalla servitù rustica, il titolare avrebbe dunque proceduto per mezzo del fondo del vicino mentre, qualora il *dominus* fosse stato titolare di una servitù urbana, egli avrebbe esercitato il proprio diritto per mezzo del fondo in sua proprietà. Da ciò consegue che nel primo caso, vale a dire quello delle servitù rustiche, il soggetto passivo sarebbe stato tenuto esclusivamente al *pati* e invece, nel secondo, a *non facere*. Proprio nella differenza ora delineata risiederebbe, dunque, la ragione della risposta di Servio Sulpicio Rufo. Ma occorrerebbe per Corbino (*op. ult. cit.*, p. 29) partire dal presupposto logico per cui «[...] Servio spiegava l'onere di *reficere* come una conseguenza della esistenza della *servitus oneris ferendi* che non contraddiceva il generale principio. Se così non fosse, non si capirebbero le ragioni per le quali Ulpiano ricorda l'argomentazione di Aquilio Gallo, né la prevalenza accordata all'opinione di Servio dagli altri giuristi (compresi Labeone e lo stesso Ulpiano)». E le modalità con cui si esprime Ulpiano, e la prevalenza dell'opinione di Servio Sulpicio Rufo, si comprenderebbero solo ammettendo che alla base della risposta di Aquilio Gallo si annidasse un errore. Esso non avrebbe riguardato il principio *servitus in faciendo consistere nequit*, che pertanto risultava già operante e valido, ma il fatto che quest'ultimo non dovesse ritenersi applicabile a quel determinato caso specifico. Per comprendere la genesi dell'errore di Aquilio Gallo occorre, secondo l'autore, tener presente tre dati. Il primo, relativo alla constatazione per cui mediante la costituzione di una servitù urbana si lega l'immobile servente allo stato in cui i luoghi si trovano in quel dato momento. Il secondo, invece, inerente al rilievo per cui a partire da ogni modificazione di tale stato, sia essa volontaria o meno, inizia a decorrere il tempo necessario affinché il diritto possa estinguersi, essendosi in quel modo interrotto l'*usus servitutis*. Il terzo, infine, consegue a quello immediatamente precedente: si potrà rivendicare la *servitus* anche avverso il *dominus* del fondo servente che a seguito di modifiche sullo stato dei luoghi impedisca l'esercizio effettivo della servitù. Dunque, in considerazione di tali dati, si vede come il contenuto *in faciendo* non sia per i giureconsulti romani inaccettabile. Esso è tollerabile quando sia diretta conseguenza dei limiti derivanti dalla titolarità del *dominium* direttamente connessi alla titolarità dello *ius in re aliena*. E così, non ogni *facere* sarebbe ammesso, ma solo quello necessario affinché possa esservi esercizio del diritto. E anche nella *servitus oneris ferendi*, come si desume da Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.33, il proprietario del fondo servente sarebbe tenuto a non modificare lo stato dei luoghi mediante una propria azione che appunto renda il *paries* inidoneo all'*onus ferre*. Rimane da mostrare la non contrarietà della *refectio* al principio *servitus in faciendo consistere nequit*, dato che anche in questo caso il *facere* parrebbe essere necessario all'esercizio stesso della *servitus*. Però, nel caso della *servitus oneris ferendi*, sostiene Corbino, non solo la servitù sarebbe gravata su tutto l'immobile, ma quest'ultimo sarebbe necessariamente risultato adiacente all'edificio dominante. Così, il *dominus* dell'edificio avrebbe dovuto in ogni caso, a prescindere cioè dal fatto che il proprio immobile fosse gravato dalla servitù, evitare che l'edificio del vicino potesse soffrire un danno derivante da un *vitium aedis*. Pertanto, sostiene lo studioso (*op. ult. cit.*, p. 33), «L'onere di *reficere*

buona sostanza, secondo lo studioso, non vi sarebbe alcun contrasto tra il *facere* nella *servitus oneris ferendi* e il principio *servitus in faciendo consistere nequit*, visto che la *refectio* non sarebbe diretta in alcun modo a rendere possibile l'esercizio della servitù – caso in cui il *facere* non sarebbe mai ammesso – ma solo a fare in modo che non siano mutati i presupposti per l'esercizio stesso del diritto. Pertanto, nel caso della servitù di appoggio, che non potrebbe esservi se non tra due immobili contigui, l'*onus refectionis* sussisterebbe *iure dominii*. Ne conseguirebbe, quindi, che il titolare dell'immobile, in caso di omissione della *refectio parietis* da cui poi scaturisse una minaccia nei confronti dell'altro edificio, sarebbe tenuto a subire le conseguenze derivanti dalla *cautio damni infecti*. Tuttavia, come è stato giustamente rilevato²²³, non necessariamente il fatto che l'edificio appoggiasse sull'immobile contiguo avrebbe determinato, anche volendosi ammettere da parte del proprietario di quest'ultimo un qualsiasi segno di tolleranza, conseguenze come quelle ipotizzate da Corbino. E infatti, le parti avrebbero provveduto alla costituzione di una servitù di appoggio in conseguenza della quale, e solo di essa, sarebbe appunto sorto l'onere della *refectio*. Non risulta possibile credere, dunque, che unico obiettivo della

parietem, nel caso di immobili urbani contigui, grava già sul proprietario di esso direttamente «*iure dominii*», sicchè l'eventuale costituzione della servitù non può ritenersi in alcuna misura causa del medesimo». Tuttavia, il fatto che fosse costituita una *servitus oneris ferendi*, avrebbe fatto sì che si instaurasse un particolare regime, di tal che il *periculum* derivante dal *vitium aedis* causato a sua volta dalla omessa *refectio*, avrebbe riguardato direttamente la sussistenza della servitù. A tale situazione sarebbe conseguito che una adeguata protezione non poteva scaturire dalla applicazione delle regole sul *damnum infectum*. Infatti, mediante la *cautio* il proprietario dell'edificio dominante avrebbe potuto chiedere e ottenere esclusivamente il risarcimento del danno subito. Al contrario, mediante la *vindicatio*, egli avrebbe potuto pretendere la *refectio* e dunque salvaguardare la sussistenza stessa della servitù. In buona sostanza, quindi, non vi sarebbe alcun contrasto tra il *facere* imposto dalla *refectio parietis* e la regola enunciata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, visto che diretto obiettivo delle opere di restauro non è assicurare l'esercizio del diritto, ma far sì che vi siano le condizioni che fungono da presupposto per detto esercizio.

²²³ A. BURDESE, *Sulla refectionis parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 68.

refectio fosse quello di permettere la sussistenza delle condizioni di fatto che avrebbero consentito l'esercizio della servitù stessa²²⁴. Quest'ultima esiste indipendentemente dall'esecuzione delle opere di restauro e il rispetto della *servitus* consiste esclusivamente nel non frapporre ostacoli all'esercizio della stessa²²⁵. Affinché non sia impedito l'esercizio del diritto allora, occorrerà far fronte all'onere della *refectio* in modo che il *paries* possa sempre risultare idoneo a sopportare il peso dell'edificio servente²²⁶. Anche l'ipotesi di Corbino deve essere respinta.

Di particolare importanza è poi la ricostruzione proposta sul punto da Raffaele Basile²²⁷. In particolare, secondo lo studioso, si potrebbe ipotizzare

²²⁴ Valga ancora un rilievo a questo proposito. Ritenere che normalmente la *refectio* fosse a carico del proprietario dell'immobile dominante e che invece il *facere* divenisse ammissibile solo quando non risultasse diretto a rendere possibile l'esercizio della servitù, verrebbe nuovamente a separare due entità necessariamente interdipendenti, dato che senza *refectio* (e dunque senza *facere*) sarebbe venuto a mancare il *paries* idoneo all'*onus ferre*.

²²⁵ Ciò che secondo A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 69, potrebbe avvenire o direttamente o indirettamente a mezzo della mancata *refectio parietis*.

²²⁶ A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 69.

²²⁷ R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 98-104 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 62-69). In particolare, lo studioso, dopo aver confutato la posizione di Segrè in merito alla formula della *vindicatio* della *servitus oneris ferendi*, nonché l'opinione di Biondi circa la presunta natura obbligatoria della *refectio parietis* e, infine, la possibilità di ravvisare altre eccezioni al principio *servitus in faciendo consistere nequit*, giunge alle seguenti conclusioni. In primo luogo, che la particolare *vindicatio*, fornita di duplice *intentio* e mediante cui si colpiva anche la mancata esecuzione delle opere di restauro del *paries*, vale a delineare una eccezionale servitù di cui gli stessi giureconsulti discorrevano in Ulp. 17 *ad ed.* 8.5.6.2. Ancora, lo studioso ipotizza che la *refectio parietis* non costituisca un archetipo delle obbligazioni *ob rem*, ma una particolarità propria della *servitus oneris ferendi*. Di conseguenza, essendo gli altri testi adottati per provare il contrario a ciò non idonei, si rafforza ancora di più la conclusione per cui il *facere* nella servitù di appoggio debba inquadrarsi invero come eccezione. Basile si sofferma poi su Paul. 21 *ad ed.* 8.2.33, la cui analisi porta lo studioso ad asserire come l'onere della *refectio* nella *servitus oneris ferendi*, almeno nelle prime fasi di sviluppo della figura, avrebbe avuto natura esclusivamente pattizia per poi divenire successivamente parte della stessa struttura del diritto. E dunque non sarebbe strano che il pretore, seguendo le indicazioni della giurisprudenza, avesse deciso di inserire nell'editto la particolare formula con duplice *intentio*. In

l'esistenza di una duplice *intentio* mediante cui punire anche l'omessa *refectio parietis*. La *servitus oneris ferendi* si inquadreerebbe allora in una cornice di eccezionalità, ove la *refectio* (che non potrebbe avere natura di *obligatio ob rem*) si atteggierebbe alla stregua di una particolarità propria esclusivamente di questa servitù, come dimostrerebbe l'assenza di ulteriori testimonianze in cui poter ravvisare il medesimo regime quanto alla *refectio*.

La ricostruzione di Basile non può essere però accettata *in toto*. Infatti, come si è diffusamente cercato di dimostrare, è inaccoglibile il rilievo, che ha portata assorbente rispetto alle ulteriori osservazioni formulate dallo studioso, per cui non vi sarebbero ulteriori casi in cui un onere caratterizzato

questo modo, quindi, si sarebbe venuta affermando una servitù dalle caratteristiche eccezionali. Essa, infatti, accanto al *patis* comune alle altre specie di servitù, avrebbe ammesso anche un *facere* configurato alla stregua di un ulteriore elemento necessario in vista della richiamata idoneità del *paries* a sorreggere il peso dell'edificio dominante. Il *facere*, pertanto, secondo la ricostruzione qui ricordata, pur presentandosi alla stregua di una conseguenza logica accessoria derivante dalla richiamata idoneità della parete a fungere da sostegno all'edificio dominante, varrebbe altresì a caratterizzare lo stesso contenuto del diritto. Ciò detto, lo studioso aderisce alla congettura di Scialoja sulla *ratio* che avrebbe portato all'attribuzione dell'*onus refectionis* in capo al proprietario del fondo servente. A essa, tuttavia, aggiunge una precisazione. E infatti, egli constata come la necessità di evitare l'ingiusto arricchimento eventualmente derivante da una diversa ripartizione delle spese per le riparazioni, si sarebbe presentato anche in altre situazioni che tuttavia non avevano ricevuto una regolamentazione nel senso della servitù di appoggio. Sarebbe dunque opportuno, a questo proposito, un inquadramento della questione volto a ricondurre il discorso a un momento storico in cui la figura dello *ius praedii* fosse abbastanza lucidamente individuato. In questi termini, e per quanto concerne nello specifico le servitù rustiche che si manifestarono come una concreta espressione del *dominium*, si potrebbe congetturare che la mancata previsione di un onere concernente la manutenzione del *locus servitutis* sarebbe potuta dipendere appunto dalla caratterizzazione della situazione come riflesso della logica potestativa e alla conseguente ostilità verso situazione che potessero aggravare la posizione del proprietario del fondo servente. Ma diverso è lo sviluppo per le servitù urbane, sciolte dai vincoli a cui risultavano legate le servitù rustiche. In questi termini, difatti, sarebbe stato ben possibile che si ammettesse una *servitus* ove il riparto delle spese per la manutenzione fosse diversamente distribuito. Una differente ripartizione che però non avrebbe interessato la *servitus tigni immittendi*, ove, seguendo Scialoja, non si sarebbe potuta intravedere alcuna ipotesi di ingiusto arricchimento. Ciò sarebbe altresì confermato dallo sviluppo storico delle due figure, che avrebbe visto l'affermarsi della *servitus tigni immittendi* precedentemente rispetto alla *oneris ferendi*.

dal *facere* fosse addossato al proprietario del fondo gravato da uno *ius in re aliena*, discendendo da ciò l'asserita specialità della *servitus oneris ferendi*. Non solo le fonti presentano casi che possono accostarsi alla *refectio* nella servitù di appoggio, ma risultano pure difficilmente accoglibili gli argomenti addotti da Basile e volti a negare una somiglianza tra l'ipotesi della *refectio parietis* e quella della rimozione degli alberi che in varia guisa impediscono il passaggio²²⁸. Come è stato sottolineato, è inammissibile una

²²⁸ Si tratta, più in particolare, dei casi relativi alla rimozione degli alberi divelti dal vento o inclinati di cui si discute in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5. Questa obiezione è stata formulata anche da A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 75, il quale ha creduto non doversi ritenere ammissibile l'ipotesi di Basile che aveva congetturato una distinzione sussistente tra la *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* – che si sarebbe atteggiata quale elemento strutturale alla servitù – e le ipotesi a vario titolo relative appunto alla rimozione degli alberi che avrebbero ostacolato o reso più gravoso l'esercizio del diritto e che non sarebbero state oggetto di una espressa pattuizione all'atto della costituzione dello *ius in re aliena*, essendo invece conseguenza dell'obbligo immanente a qualsiasi servitù di non impedirne in qualche modo l'esercizio. Come giustamente sottolinea Burdese, infatti, anche nelle ipotesi ora ricordate, ammettere che si debba comunque operare la rimozione (o, diversamente, non impedire che essa fosse operata dal proprietario del fondo dominante) al fine di poter esercitare le facoltà connesse alla titolarità dello *ius in re aliena*, significa riconoscere la possibilità che un *facere* diretto a rendere in concreto possibile l'esercizio fosse imposto in capo al proprietario del fondo servente. È giusto pertanto convenire con Burdese che afferma (*op. ult. cit.*, p. 75): «[...] a rigore di logica la crescita spontanea (o la caduta per forza di natura) degli alberi che rende inagibile o difficoltà il passaggio non differisce dall'usura naturale subita dal muro di appoggio che fa venir meno o rende precario l'appoggio stesso [...]». A ciò, come lo studioso precisa, consegue che in ogni caso in cui si attribuisce al proprietario del fondo servente l'onere o obbligo di eseguire le opere dirette a rimettere in pristino stato i luoghi, il *facere* deve necessariamente riguardarsi quale elemento strutturale del diritto stesso, rientrando pertanto nel contenuto della *servitus*. A questi rilievi ha replicato però lo stesso R. BASILE, *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 79-81. Per lo studioso, in verità, non sarebbe condivisibile la tendenza di Burdese ad accostare tra loro tutte queste fattispecie richiedenti l'intervento del proprietario del fondo servente, vale a dire il ben più certo fenomeno di deterioramento del *paries* di contro al caso ben meno probabile, e che secondo Basile (*op. ult. cit.*, p. 80) risulterebbe pertanto «[...] almeno astrattamente sfornito di eguale prerogativa [...]», di alberi divelti dal vento o cresciuti in modo da impedire l'esercizio del diritto. Ma ancor più, andrebbe respinta la tendenza di Burdese a ritenere similari negli effetti le ipotesi ora richiamate. In particolare, secondo Basile (*op. loc. ult. cit.*), non bisognerebbe «[...] accostare cioè la vera e propria fatiscenza del muro di sostegno, che

distinzione basata sulla constatazione secondo la quale le ipotesi di cui a Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 – ove si fa riferimento rispettivamente alla rimozione di alcuni alberi abbattuti dal vento e all'*arbor impendens* – non discenderebbero da una espressa pattuizione in sede di costituzione dello *ius in re aliena* ma andrebbero inquadrare nel più generale obbligo di non frapporre ostacoli all'esercizio del diritto, ove invece l'*onus refectiois* avrebbe costituito parte della struttura stessa della *servitus oneris ferendi*.

Non solo, infatti, come è stato rilevato da Burdese²²⁹, in tutte le situazioni ora richiamate il *facere* è diretto a rendere possibile l'esercizio del diritto in capo al titolare di esso, rientrando pertanto nel contenuto strutturale dello *ius in re aliena*, ma non si può nemmeno aderire alla replica di Basile secondo cui, in realtà, sarebbe corretto diversificare il *facere* della *refectio parietis* in base alla diversa e ben più considerevole probabilità con cui potrebbe occorrere il deterioramento del *paries* rispetto alla solo eventuale caduta o crescita di alberi che impediscano il passaggio.

Nelle situazioni appena descritte, come è facile intuire, medesimo è il risultato cui in astratto si potrebbe pervenire qualora si omettesse, per esempio, di potare in modo conveniente gli alberi o di eseguire le necessarie opere di restauro sul *paries* servente. In entrambe le ipotesi ora richiamate si arriverebbe alla impossibilità di esercitare il diritto.

Né sembra che si possa con più fiducia accogliere l'opinione per cui, in

costituisce il 'cardine' dell'asservimento immobiliare posto in essere dalla *servitus oneris ferendi* e che esige la riparazione [...] al più blando intralcio all'esercizio del passaggio [...]», quest'ultimo causato però da accidenti, mere eventualità, che non rientrano nella struttura stessa del rapporto. A essi, pertanto, conseguirebbe non la necessità di porre in essere interventi di manutenzione propriamente tali, ma la semplice rimozione degli impedimenti all'esercizio del diritto. Ciò, peraltro, trasparirebbe dall'analisi delle testimonianze sopra ricordate. In entrambe, difatti, sarebbe significativa la mancanza tanto del termine *refectio* quanto di una diversa forma per indicare le opere di manutenzione, dato che tale assenza varrebbe a dimostrare la differenza intercorrente tra le opere relative alla rimozione o potatura degli alberi e la *refectio parietis*.

verità, sarebbe il muro decrepito a costituire il punto focale della soggezione dell'immobile servente nella *servitus oneris ferendi*, mentre le ipotesi degli alberi abbattuti dal vento o dell'*arbor impendens* avrebbero costituito solo un limitato impedimento all'esercizio del diritto.

A questi rilievi si possono opporre alcune constatazioni. Da una parte, difatti, non è il *paries* cadente a costituire l'oggetto asservito all'*onus ferre*, il che se ben si considera la questione è impossibile, ma il muro sempre idoneo a sostenere il peso. In altri termini, la prospettiva dell'asservimento non può avere come punto centrale il *paries* ormai non più atto allo scopo, ma deve necessariamente partire da un muro che sia in condizioni tali da poter assicurare un sostegno effettivo all'edificio dominante, il che peraltro si accorda con una prospettiva che tenga in considerazione la fisiologia del rapporto.

Ancora, sul punto della, per così dire, differente gradazione negli impedimenti, è bene sottolineare la relatività di una tale prospettiva. È chiaro che, sebbene la mancata *refectio* possa avere conseguenze ben più rilevanti quanto alla impossibilità di godimento del diritto, è anche vero che per le altre ipotesi non necessariamente l'impedimento sarà meno grave sì da arrecare al titolare del diritto un aggravio minore.

Peraltro, se gli argomenti contro la tesi dell'ingiusto arricchimento avanzata da Scialoja e fatta propria da Basile per giustificare il fondamento di una scelta come quella in tema di *refectio* nella *servitus oneris ferendi* sono già stati esposti, merita ancora di essere rilevato un punto comune, peraltro, a tutte le ricostruzioni sino a ora esaminate e di cui si è già fatto cenno all'inizio di questo lavoro.

Ognuna di esse, tranne quella di Bonfante e, sotto un certo profilo, quella di Fadda e Bensa, come è facile constatare, parte da un dato che sembra sul punto acquisito: la portata generale della regola *servitus in faciendo*

²²⁹ Cfr. *supra*, nt. 228.

consistere nequit. È conseguenza di tale preconetto se la *servitus oneris ferendi* e l'*onus refectiois* siano sempre stati riguardati come eccezioni a una regola che in questi termini non risulta essere invero mai formulata nelle fonti. E sempre a tale logica rispondono i tentativi volti a giustificare la diversa ripartizione dell'onere delle riparazioni nella servitù di appoggio.

Ma questo modo di riguardare la questione deve essere abbandonato, tanto più che si ritiene dimostrata la non generale ma limitata validità della regola enunciata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1²³⁰.

²³⁰ Cfr. *supra*, pp. 82-89.

5. Una ipotesi alternativa circa la portata della regola *servitus in faciendo consistere nequit* e sulla sua relazione con l'*onus refectiois* della *servitus oneris ferendi*

Si è detto nel paragrafo precedente che devono essere respinti i tentativi avanzati in storiografia al fine di conciliare la *refectio parietis*, e di conseguenza il *facere* che con essa viene imposto al proprietario del fondo servente, con la regola enunciata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 e che si suole sintetizzare con il brocardo *servitus in faciendo consistere nequit*.

Tale necessità, come pure è stato accennato, nasce dalla convinzione che il principio ora ricordato avesse per i giureconsulti romani portata generale, rientrando cioè tra quelle caratteristiche proprie della categoria non solo delle servitù, ma dei diritti reali in generale.

Questa convinzione, però, nasce da una interpretazione del passo di Pomponio che non tiene in giusta considerazione il complessivo significato del testo, astraendo da esso ed esaminando esclusivamente il contenuto del par. 1. Come tuttavia si è cercato di dimostrare, non solo nelle fonti non si rinviene alcun utilizzo del termine *natura* nel senso che gli interpreti generalmente sono soliti attribuire alla parola pure impiegata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, ma l'analisi delle testimonianze in cui si rinviene (specialmente Gaio) ha contribuito da un lato a respingere l'ipotesi di un uso non genuino, e dall'altro a chiarire ulteriormente il significato del discorso svolto dal giureconsulto. Ciò in modo da attribuire al lemma la portata che esso doveva avere nel contesto delineato dall'intero brano di Pomponio²³¹.

Giova qui richiamare, in breve, le conclusioni a cui si è giunti a questo riguardo. In primo luogo, si è esaminato Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr. Da esso si è desunto come Pomponio stesse discorrendo del requisito della *utilitas* che deve sempre sussistere qualora si voglia validamente costituire uno dei rapporti di cui si discute nel testo.

²³¹ Sul punto v. *supra*, pp. 82-89.

Proseguendo il discorso, si è chiarito quale nesso leghi il *principium* della testimonianza con il par. 1. In particolare, si è dimostrato, aderendo peraltro a una ipotesi che sul punto era stata formulata da una risalente storiografia, come gli esempi che ivi sono ricordati al fine di dimostrare come il contenuto della *servitus* non possa consistere in un *facere* ma solo in un *pati* o in un *non facere*, non si rivelino essere, in realtà, applicazioni della regola *servitus in faciendo consistere nequit*.

Infatti, nei casi ora richiamati, sui quali pende peraltro un probabile giudizio di non genuinità, ma in armonia, tuttavia, con quello che Pomponio aveva precisato nel *principium* del brano²³², non è da credere che vi sia alcuna applicazione della regola *servitus in faciendo consistere nequit*. È assai più probabile, e coerente con il pensiero manifestato dal giureconsulto, che le esemplificazioni non costituissero servitù perché in quei casi mancava una *utilitas* intesa in senso obiettivo – e non declinata quindi in senso esclusivamente subiettivo e pertanto riferibile direttamente al proprietario del fondo a vantaggio del quale invece dovrebbe essere rivolta la servitù – per il fondo dominante²³³.

²³² Quindi, visto che si è giudicata probabile la natura glossematica del periodo, è da credere che l'anonimo annotatore avesse colto il significato che realmente aveva il testo nel suo complesso, decidendo, invero in modo non proprio limpido e rendendone contro le sue intenzioni ben più oscuro il dettato, di chiarire ulteriormente il discorso di Pomponio.

²³³ È opportuno ricordare che l'*utilitas*, quale elemento idoneo a giustificare l'onere della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*, è stato valorizzato anche da A. TORRENT, *Estudios sobre la servitus oneris ferendi*, I, *Utilitas, tipicidad*, cit., pp. 428-430, peraltro sulla scorta di un rapido rilievo formulato in tempi più remoti da B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo II, II, Intorno all'elenco delle servitù urbane*, in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, cit., p. 241, il quale così precisava: «Sull'indole della *servitus oneris ferendi* in diritto romano le dispute continueranno e forse con magro risultato: un gran passo lo ripeto, secondo me, è fatto quando si argomenta dall'indole stessa della servitù, magari *utilitatis causa*, non da caratteri estrinseci». Lo studioso spagnolo, in particolare, ha ben posto in luce la funzione di limite che l'*utilitas*, declinata nella sua forma obiettiva e di esclusivo vantaggio per il fondo dominante, avrebbe avuto all'atto dell'imposizione convenzionale della *refectio parietis* in capo al proprietario dell'edificio servente. Va segnalato, tuttavia, che pur cogliendo bene la sfumatura

Ecco dunque che attraverso questa lettura si chiarisce la reale portata dell'affermazione, invero poco intellegibile, di Pomponio nel par. 1. E ciò contribuisce a confutare la diversa interpretazione che la maggior parte della storiografia fornisce di questa vessata testimonianza. Pertanto, in tale maniera, non solo si è racchiuso entro i giusti confini un principio che per i giureconsulti romani doveva sicuramente considerarsi applicabile e valido, almeno per una fase più matura della riflessione giuridica sugli *iura in re aliena*, ma non certamente con quella portata generale che gli viene normalmente riconosciuta, ma si è pure evidenziato il criterio della *utilitas* oggettiva che deve guidare nell'analisi degli altri casi in cui le fonti stesse testimoniano come un *facere*, a certe condizioni, potesse gravare sul proprietario del fondo servente.

Si capisce, dunque, la particolare sfumatura che lo stesso Pomponio aveva attribuito al termine *natura*, nonché gli effettivi intenti da lui perseguiti. E infatti, non è da credere che il principio *servitus in faciendo consistere nequit* sia di conio giustiniano. È più probabile, invece, che gli stessi giureconsulti ne fossero convinti assertori²³⁴, non però nel senso, e questo è il passaggio fondamentale, che mediante la sua stringente applicazione essi intendessero respingere ogni situazione in cui un *facere* pure poteva gravare sul soggetto passivo. Essi, invece, e nella specie Pomponio, intendevano precisare in quale situazione un onere di questo tipo potesse effettivamente ritenersi ammissibile e quale dovesse essere il termine oltre il quale il *facere* non avrebbe potuto essere validamente

che caratterizza il requisito dell'*utilitas* nel caso della *servitus oneris ferendi*, Torrent non accenna al possibile sviluppo ulteriore legato al più generale tema della regola *servitus in faciendo consistere nequit*.

²³⁴ Cio, naturalmente, non esclude che intenzione dei giustinianeî fosse stata quella di sancire la portata generale della regola enunciata da Pomponio. Tale considerazione, difatti, non è in contrasto con la ricostruzione qui offerta. E anzi, è probabile che i compilatori avessero appunto mirato a conseguire questo obiettivo di politica legislativa, impiegando un principio che per i giureconsulti romano però non aveva quella portata generale.

imposto: l'*utilitas* intesa in senso esclusivamente oggettivo. In altri termini, il *facere* si sarebbe dovuto ritenere inammissibile ove diretto ad arrecare una utilità meramente soggettiva e voluttuaria al proprietario del fondo dominante. E si è visto, infatti, come vi siano altre situazioni, e non solo nella sfera prettamente pubblicistica, in cui effettivamente un certo comportamento positivo (del tutto assimilabile all'onere della *refectio* nella *servitus oneris ferendi*) veniva a incombere a certe condizioni ben delimitate sul proprietario del bene gravato.

Peraltro, è bene tener presente che se rettamente intesa la portata di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, scompare la maggiore difficoltà relativa proprio alla *servitus oneris ferendi*. Non solo, infatti, essa non andrà più riguardata alla stregua di eccezione a una regola generale che effettivamente non è tale, ma si troverà anche la giustificazione del diverso riparto delle spese per il restauro rispetto alla *servitus tigni immittendi*.

È opportuno a questo riguardo considerare Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 e la disputa intercorsa tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo. Come si è avuto modo di vedere, il passo non offre alcuna espressa giustificazione circa l'effettivo prevalere dell'opinione di quest'ultimo giureconsulto. Ma nemmeno la contraria dottrina di Aquilio Gallo trova nella redazione attuale del testo una chiara motivazione. Non è improbabile, però, che effettivamente la *disputatio*, almeno inizialmente, dovesse avere a oggetto la possibilità di riconoscere che pattiziamente si attribuisse un *facere* in capo al proprietario dell'edificio servente, consistente nella *refectio parietis*. Le stesse fonti sembrano confermare questa ipotesi, dato che in esse si rinviene esplicitamente e in più luoghi il richiamo alla *lex aedium*.

Fino a questo punto, dunque, nulla di particolarmente rilevante. Ma ecco che Aquilio Gallo nega l'ammissibilità di una tale eventualità. Si è creduto, come detto, che il giureconsulto avesse applicato, al fine di risolvere la questione, la regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Ma una tale ricostruzione, a ben vedere, si rivela errata se non si tiene in giusto conto

entro quali confini il principio di cui a Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 era inteso dai giureconsulti.

Infatti, l'applicazione brutta della regola genera almeno due inconvenienti. Il primo, naturalmente, è relativo alla impellente necessità di trovare un fondamento alla diversa risposta di Servio Sulpicio Rufo; il secondo, invece, di giustificare il diverso regime della *servitus tigni immittendi*. Ma a questo proposito soccorre la diversa interpretazione della regola enunciata da Pomponio. E, più in particolare, il concetto, in verità valido per ogni servitù, di *utilitas*. Quest'ultimo, come ora si vedrà, contribuisce a risolvere entrambi i punti oscuri che si sono richiamati poc'anzi.

Partiamo dal primo, vale a dire quale fondamento avesse la risposta di Servio Sulpicio Rufo. Per fare ciò occorre muovere dalla obiezione di Aquilio Gallo. Non si può escludere, e anzi è plausibile, che il giureconsulto avesse sì applicato il principio di cui a Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, ma considerando la questione sotto il profilo della *utilitas* obiettiva che sarebbe potuta derivare al proprietario dell'edificio dominante nella eventualità in cui si fosse ammesso un *facere* a carico del proprietario dell'edificio servente²³⁵. E così egli, avendo altresì riguardo al caso della *servitus tigni immittendi* ove verosimilmente l'onere della *refectio* veniva addossato al titolare della servitù – evidentemente perché in questo caso particolare non si riteneva che la diversa ripartizione dell'*onus refectionis* potesse arrecare una obiettiva utilità al proprietario dell'immobile a vantaggio del quale la

²³⁵ Un cenno in questo senso lo si rinviene anche in A. TORRENT, *Estudios sobre la servitus oneris ferendi*, I, *Utilitas, tipicidad*, cit., p. 428, il quale ricollega, più in generale, il discorso relativo all'*utilitas* con il particolare patto mediante cui si sarebbe potuta far gravare la *refectio parietis* in capo al proprietario dell'immobile servente e che sarebbe stato al centro della discussione tra giureconsulti di cui informa Ulpiano. La *disputatio*, secondo Torrent, avrebbe pertanto riguardato l'ammissibilità di questa deroga pattizia che successivamente si sarebbe convertita in obbligo legale tipico della *servitus oneris ferendi*.

servitù era costituita²³⁶ – potrebbe aver creduto che anche nella *servitus oneris ferendi* non vi fosse alcun motivo per ammettere una diversa ripartizione delle spese di restauro.

Ecco che invece Servio Sulpicio Rufo, tenendo certo in conto le esigenze che avevano spinto le parti a una pattuizione di quel tipo e reputandole meritevoli di accoglimento, aveva utilizzato il correttivo costituito dal concetto di *utilitas* obiettiva per interpretare e ritenere ammissibile alla luce del principio *servitus in faciendo consistere nequit* la particolare previsione contenuta nella *lex aedium*.

E questa ipotesi contribuisce a rispondere in maniera chiara anche al secondo quesito sopra ricordato: in cosa debba consistere la differenza tra la *servitus tigni immittendi* e la *servitus oneris ferendi*. È ben possibile, come è stato sostenuto, che sotto il profilo della preminenza temporale debba accordarsi prevalenza alla prima servitù. Ma le esigenze della prassi che si andavano sviluppando potrebbero aver sollecitato la nascita di una nuova figura, la *servitus oneris ferendi*, ove si prevedeva la possibilità di una diversa ripartizione delle spese per le opere di restauro. E questa eventualità, esaminata dai giureconsulti, segnatamente da Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo, fu ritenuta ammissibile alla luce dell'utilità che in quella determinata situazione (e in quelle che da quel momento a essa si sarebbero assimilate) la *refectio parietis* a carico del proprietario del fondo servente

²³⁶ E sotto questo profilo, sono vari i motivi per cui le parti avrebbero potuto prevedere pattiziamente una diversa ripartizione dell'*onus refectionis* dando così vita alla diversa figura della *servitus oneris ferendi*. Ciò sarebbe potuto dipendere, per esempio, dalla necessità di evitare un possibile aggravio per il proprietario dell'edificio dominante. Tuttavia, la ricostruzione qui proposta non può essere accostata a quella classica di Scialoja. È bene notare come l'ipotesi dello studioso partisse da un dato meramente economico: l'ingiusto arricchimento che sarebbe potuto derivare dal far gravare l'*onus refectionis* sul proprietario del fondo dominante. Al contrario, la lettura che qui si sta proponendo ha come obiettivo quello di evidenziare la ragione giuridicamente rilevante alla base della diversa ripartizione dell'*onus refectionis* nella *servitus oneris ferendi*. E tale ragione la si rinviene nell'*utilitas* obiettivamente intesa a cui le parti stesse avrebbero riguardato all'atto della costituzione dello *ius in re aliena*.

avrebbe potuto arrecare al fondo dominante e tramite esso al suo proprietario.

L'*utilitas* obiettiva fungeva, quindi, da filtro per l'ammissibilità di un particolare onere consistente in un comportamento positivo (*facere*) che sarebbe gravato sul proprietario del fondo servente. Esso sarebbe stato tollerabile, e perciò non avrebbe violato la regola *servitus in faciendo consistere nequit*, solo ove a un attento esame si fosse determinata quale obiettiva utilità poteva trarre il fondo dominante dall'azione richiesta al soggetto passivo.

E che l'*utilitas* così declinata fosse il criterio guida che aveva orientato Servio Sulpicio Rufo nella propria risposta, lo si può intuire anche se si considerano alla luce di questa precisazione alcuni testi già più sopra esaminati. In proposito, è significativo Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr.²³⁷. Nel brano, infatti, si vede come Ulpiano stia facendo ulteriore applicazione del concetto in un contesto volto proprio a precisare i limiti della *refectio*, oltre i quali il *facere* non sarebbe più stato tollerabile.

Specificato che la *refectio parietis* debba spettare a colui che deve la servitù, si afferma che egli tuttavia non sarà pure tenuto a puntellare l'edificio dominante in attesa che vengano eseguite le riparazioni. Questo ulteriore *facere*, quindi, non solo non rientra nel contenuto della servitù, ma non potrebbe nemmeno rientrarvi, dato che l'ulteriore attività del puntellamento che certo si potrebbe in astratto richiedere al proprietario del fondo servente, trascenderebbe l'*utilitas* obiettiva per cui la stessa servitù risultava costituita²³⁸.

²³⁷ Che si riporta nuovamente per maggiore comodità. Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr.: *Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini cui servitus debetur, quamdiu paries reficitur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est ius tibi non esse me cogere.*

²³⁸ In questo senso v. anche A. TORRENT, *Estudios sobre la servitus oneris ferendi*, I, *Utilitas, tipicidad*, cit., pp. 428-429.

Ancora, *a contrario* la medesima conclusione la si può raggiungere prendendo in considerazione quanto si dice in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.7²³⁹. Qui il giureconsulto precisa come sia certamente possibile che l'onerato, eseguendo i lavori di restauro, possa decidere di rendere il muro del proprio edificio più solido di quanto era stato convenuto al momento della costituzione della servitù. Tuttavia, solo se egli avesse deciso di operare il restauro in modo tale da rendere il *paries* meno solido il proprietario dell'edificio dominante si sarebbe potuto a ciò opporre. L'*utilitas* obiettiva, anche in questo caso, vale a stabilire quale sia il limite al *facere* cui può essere costretto il proprietario dell'immobile servente.

L'opposizione del proprietario dell'edificio dominante, infatti, può riguardare solo il caso di un intervento peggiorativo sul *paries*, ma non è contemplata l'eventualità che possa richiedersi un *facere* volto a migliorare la struttura del muro. Ciò perché al momento della costituzione dello *ius in re aliena* le parti dovevano aver valutato come obiettivamente utile alla corretta sussistenza del diritto quel particolare "grado" di solidità presente al momento della costituzione del diritto stesso.

A questo punto, però, è necessaria una ulteriore precisazione. Non è da credere che l'*onus refectiois* nella *servitus oneris ferendi*, così come il *facere* che negli altri casi poteva essere previsto a carico del proprietario del fondo gravato, risulti strutturalmente altro rispetto alla *servitus*, come pure ha ritenuto parte della storiografia. Si è già detto, difatti, che tanto nel caso della *servitus oneris ferendi* come negli altri presi in considerazione in questo lavoro, si potrebbe credere che il *facere* costituisca una obbligazione o un onere accessorio rispetto al diritto²⁴⁰.

In altre parole, secondo questo orientamento il *facere* andrebbe

²³⁹ Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.7: *Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriore si facit, aut per hanc actionem aut per operis novi nuntiationem prohibetur.*

²⁴⁰ Ciò sarà precisato *infra*, pp. 172-188.

riguardato come qualcosa di separato rispetto al reale contenuto della servitù, individuato esclusivamente nell'*onus ferre*. Ma se anche si volesse addurre a fondamento di tale ricostruzione l'iniziale natura pattizia dell'*onus refectio*, ciò varrebbe solo per il periodo di consolidamento della nuova figura.

Oltretutto, in queste situazioni il *facere* diventa necessario al fine di poter godere del diritto stesso, sicché non avrebbe senso concepire una *servitus oneris ferendi* senza l'*onus refectio*.

Rimane adesso da vedere quale natura sia effettivamente attribuibile alla *refectio* nella *servitus oneris ferendi* e al *facere* che nelle altre situazioni eventualmente possa essere previsto in capo al *dominus* o al titolare di altro diritto reale sul fondo gravato.

6. La natura della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* e del *facere* previsto in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5

Si è avuto modo di vedere, ancorché fuggacemente, come la storiografia sia tendenzialmente oscillante quanto all'individuazione della natura attribuibile alla *refectio* del *paries* che è carattere strutturale della *servitus oneris ferendi*. È necessario soffermarsi, pertanto, su questo punto specifico, nonché sulle ulteriori ipotesi di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5.

Sono principalmente due le motivazioni che hanno causato tale stato di confusione. Da un lato, la non chiara individuazione degli elementi atti a distinguere gli oneri reali dalle le c.d. obbligazioni *propter rem*. Dall'altro, e più in generale, il punto riguardante la stessa possibilità di individuare, nell'elaborazione dei giureconsulti romani, gli archetipi dell'una o dell'altra specie. È noto, infatti, che in dottrina gli oneri reali sono stati spesso considerati un prodotto del diritto germanico tanto da guadagnarsi l'appellativo di *servitutes iuris germanici*²⁴¹.

²⁴¹ Sono molti gli sforzi compiuti per tentare di individuare con maggiore precisione i confini tra le due figure. Sul punto è stato rilevato da G. GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., p. 127 (cui *adde* anche A. FUSARO, s.v. 'Obbligazione «propter rem» ed onere reale', cit., p. 390, con riguardo particolare alla tendenza mostrata dagli studiosi ad accomunare la trattazione delle fattispecie in parola, che per alcuni aspetti presentano evidenti punti di contatto; nonché A. TORRENT, *Estudios sobre la 'servitus oneris ferendi'*, III, 'Obligaciones propter rem', in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, pp. 203-227), come la dottrina civilistica contemporanea, nello studio dell'onere reale, non abbia raggiunto risultati univoci. Peraltro, è stato anche proposto (v. per ora, in questo senso, G. BALBI, s.v. 'Obbligazione reale', in *NNDI*, XI, Torino, 1965, pp. 667-668), di attribuire, tanto agli oneri reali quanto alle obbligazioni *propter rem*, comune natura obbligatoria. In ogni caso è bene ricordare come, in effetti, oltre alla non univoca terminologia impiegata al fine di descrivere l'onere reale, dato che spesso si fa uso di quella tipica delle obbligazioni (si è visto che questa commistione terminologica è riscontrabile anche nelle fonti romane), assai problematica risulta essere del pari l'individuazione dei soggetti coinvolti nel rapporto. Infatti, per l'individuazione della parte attiva, si passa dal designare come tale il proprietario del fondo, a considerare in questa veste anche colui che,

immesso nel solo godimento di esso, sia però titolare di uno *ius in re aliena* sull'immobile. In ogni caso, come pure Gandolfi ha tenuto a precisare (*op. ult. cit.*, p. 129), è necessario riguardare al problema anche da un punto di vista prettamente storico. Non è infatti trascurabile la ricostruzione, di cui peraltro lo stesso autore si fa seguace, per cui le problematiche individuative della categoria degli oneri reali derivino dal fatto che, non essendo l'onere reale figura sviluppata nel diritto romano, gli schemi concettuali che generalmente si utilizzano e che da esso derivano, non sono in grado di rispondere alle esigenze di categorizzazione e inquadramento sistematico di questa particolare figura. Alla accennata e più generale questione di carattere dogmatico sarà dedicata una trattazione specifica, come detto, nel successivo Capitolo. Qui basti notare, da un punto di vista eminentemente diacronico, come l'orientamento brevemente richiamato abbia riguardato, attribuendo a esse notevole rilievo, alle mutate condizioni economiche del periodo medievale per spiegare la nascita della figura degli oneri reali. Questa conclusione, che si incentra sull'elemento del condizionamento economico, ha una validità di certo innegabile, ma suscita al contempo una serie di perplessità. E infatti, appare invero eccessivamente restrittivo riguardare al fenomeno economico come solo responsabile dell'affermazione della figura qui in esame. Soprattutto, come si avrà modo di vedere proprio in relazione alla *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*, appare errato e troppo restrittivo sostenere che il diritto romano non abbia conosciuto figure assimilabili a prime forme di oneri reali. Peraltro, rimane altrettanto vero che delle importanti modificazioni economiche di epoca altomedievale occorrerà tener conto quando si affronti il tema qui accennato, specialmente in considerazione della maggiore rispondenza che la struttura stessa dell'onere reale doveva avere rispetto alle mutate esigenze del regime agricolo medievale. Quest'ultimo, infatti, se in una prima fase risultava caratterizzato da una forte presenza di terre incolte (affianco peraltro alla proprietà prettamente colonica), risulta successivamente imperniato su un nuovo regime del fondo agricolo, incentrato sull'incrementare esponenzialmente la produzione cerealicola. E tale nuova necessità non poteva che palesarsi specialmente nella modificazione degli strumenti giuridici a disposizione dei soggetti parte di questi rapporti giuridico-economici. Proprio per far fronte a queste nuove esigenze, nei contratti di locazione vennero introdotte clausole più rispondenti ai bisogni dei coloni, accompagnate spesso da dettagliate previsioni sulla quantità di prodotto da ricavare e sulle tecniche da adottare per la coltivazione dei cereali. Sui temi ora richiamati, che in questo studio non possono che essere solo accennati, v. diffusamente V. FUMAGALLI, *L'evoluzione dell'economia agraria e dei patti colonici dall'alto al basso medioevo*, in B. ANDREOLLI, V. FUMAGALLI, M. MONTANARI (a cura di), *Le campagne italiane prima e dopo il mille*, Bologna, 1985, pp. 18-23; cui adde P. GROSSI, *L'ordinamento giuridico medievale*, Roma-Bari, 2007³, pp. 106-108. Peraltro, ancora sotto il profilo dell'evoluzione storica, occorre ricordare come secondo parte della dottrina sull'origine della categoria abbia pesato pure il particolare concetto di proprietà sviluppato dal diritto germanico. E assai significativo è richiamare sul punto B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 122, il quale per definire il concetto di onere reale fa riferimento al BGB, precisamente al § 1105 e al titolo che in esso si rinviene, relativo appunto ai *Reallasten*. Questo atteggiamento, però, se ben si riguarda la

questione, è ancora una volta frutto di una visione troppo ristretta del problema. E infatti, non è del tutto corretto parlare di origine germanica dell'istituto. Piuttosto, si dovrebbe discorrere di ulteriore sviluppo della categoria intesa pur sempre in senso piuttosto lato, anche in considerazione dell'evoluzione stessa del concetto di dominio (cfr. sul punto F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Città di Castello-Roma, 1915, p. 10). Proprio con riguardo a questa nozione è necessario un breve cenno alla figura della *Gewere*. Con il termine *Gewere* (sul lemma v. in breve E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2010, p. 195, nt. 569, il quale ritiene che probabilmente la radice del termine possa rinvenirsi in *Rot.* 225 nelle parole di origine longobarda *Andigawere* e *Arigawere*, che si riferiscono rispettivamente al peculio derivante dal lavoro manuale e al servizio militare) si è soliti rappresentare il rapporto inteso in senso materiale che intercorre fra il soggetto e la *res*. Quest'ultimo, sebbene consideri esclusivamente l'*animus* del possessore, attribuisce una vera e propria posizione di vantaggio in sede processuale. La *Gewere* (che si attua peraltro mediante il mero atto di apprensione della *res*) rappresenta dunque una estensione del concetto stesso di 'possesso' che trascende i confini della nozione romana, dato che mediante questo termine si suole indicare null'altro se non il mero godimento del bene che tuttavia non è proprio del solo *dominus*. Esso, difatti, si estende pure a tutte quelle situazioni che, pur non potendosi inquadrare nella nozione di proprietà, procurano al titolare una certa forma di godimento che consegue allo sfruttamento dell'immobile. In relazione a quest'ultimo punto è ancora necessario formulare alcune considerazioni. È impossibile trascurare il legame che sussiste tra il progressivo degenerare dell'originario concetto di proprietà e il conseguente consolidamento, e si badi non nascita, della categoria dell'onere reale. Questa situazione, infatti, può aver certo contribuito al sorgere di vincoli e oneri gravanti sulla proprietà, che erano tanti e tali da provocare un allargamento dell'originaria categoria degli *iura in re aliena*. Come ha messo in evidenza A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, IV, *Storia del diritto privato*, Torino, 1893² [rist. Bologna, 1966], p. 431, proprio la crescita numerica delle figure appartenenti alla categoria dell'onere reale aveva spinto a considerare erroneamente, se si esclude la sfera del diritto pubblico, del tutto inammissibili nell'ambito del diritto romano figure che potessero dirsi oneri reali in senso proprio. Tutto ciò, naturalmente, senza dimenticare che differenti erano, come si è cercato di illustrare brevemente, le esigenze a cui doveva rispondere l'elaborazione della categoria nelle diverse epoche storiche. Per il diritto romano privato, per esempio, si è visto come per un verso si potesse aver riguardo alla tutela dell'integrità della proprietà fondiaria. Mentre, per altro verso, l'elaborazione del diritto germanico sviluppava la figura per far fronte alla necessità di superare le rigide limitazioni conseguenti all'applicazione dei dogmi elaborati dal diritto romano. In ogni caso, questi dati non depongono nel senso di una totale rottura con schemi e archetipi già rinvenibili nell'elaborazione del diritto romano. A questo riguardo, infatti, è anche da segnalare come proprio nelle fondazioni alimentari si era individuata l'origine, come ha ben messo in luce A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 16, dei censi riservativo e costitutivo, note figure di oneri reali. Infine, a chiusura di questa nota, è anche opportuno segnalare come l'idea unitaria di

Tuttavia, pure nell'incertezza che questa situazione genera, per quanto concerne il particolare della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*, secondo quanto si è venuto sin qui dicendo, è possibile individuare una serie di caratteristiche che sono atte a caratterizzare il *facere* e la stessa *refectio* alla stregua di archetipo della figura dell'onere reale²⁴².

proprietà, che specialmente la Pandettistica tenterà di rinvenire nell'elaborazione del concetto romano di *dominium* – tanto come idea emergente dai *Digesta*, quanto anche come frutto di particolari correnti risalenti al secondo secolo a.C. poi riprese dai commissari giustiniani – sia, a ben vedere, come peraltro ha sottolineato L. SOLIDORO MARUOTTI, '*Abstraktes Eigentum*' e forme di appartenenza fondiaria nell'Impero romano, in *SDHI* 67, 2001, pp. 135-201, il frutto di particolari correnti sviluppatesi a seguito della Rivoluzione francese, il cui fine era quello di conferire il carattere dell'assolutezza al diritto in aperta reazione alla frammentazione e al sorgere di tutta una serie di vincoli alla proprietà, fenomeni questi ultimi che venivano considerati tipici dell'epoca medioevale. Questa parte della storiografia ha individuato, infatti, già per l'epoca tardoantica, un certo distacco dalla concezione classica del *dominium* e ciò, ancora una volta, come conseguenza dell'affermazione di una serie di nuove figure connesse con l'evoluzione della proprietà fondiaria. In ogni caso, è pur vero che la possibilità di individuare un punto che congiunga la concezione classica del *dominium* con le elaborazioni successive, e in special modo con il dominio utile dei Glossatori e poi con il modello proprietario affermato a seguito della elaborazione dei Pandettisti, può essere individuato seguendo P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, *passim* e pp. 77-80, nella riaffermazione del massimo potere esercitabile sulla *res*, insito nel concetto stesso di *dominium*. E così per queste nuove fattispecie le quali si risolvono in un fascio di attività esercitabili sul bene, che peraltro dipendono dalla tipologia di diritto da ciascuno vantato e rispecchiano il riflesso dei nuovi bisogni di una società in evoluzione, si pone il problema – che però non risulta essere avvertito quando la nozione di proprietà venga elaborata a partire dal soggetto e in special modo in culture giuridiche caratterizzate da un marcato individualismo – di individuare quel contenuto minimo del diritto di proprietà. Tale questione può risolversi identificando quest'ultimo nel potere sulla cosa, senza peraltro alcuna dipendenza rispetto all'intensità di esso. Per una sintesi che tenga in considerazione il profilo storico e le caratteristiche dei rapporti costituenti oneri reali in diritto intermedio v. C. FADDA, P.E. BENZA, Note a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., pp. 86-95. Valga comunque notare, per tornare alla dizione di *servitutes iuris germanici*, come la particolare espressione che si vorrebbe utilizzare per indicare gli oneri reali sia stata dichiarata a ragione erronea da A. TORRENT, *Estudios sobre la "servitus oneris ferendi"*, II, *Cargas reales*, in *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a. Reimundo Yanes*, II, Burgos, 2000, p. 542.

²⁴² Nonostante, è bene ripeterlo, gli importanti dissensi che sotto il profilo dell'ammissibilità di tale figura in diritto romano ha espresso la storiografia, la quale ha fatto riferimento per negarne l'operatività alla già considerata portata

La risoluzione della questione ora prospettata, se cioè la *refectio* costituisca un archetipo di onere reale o di obbligazione *propeter rem* – che si presenta particolarmente complessa se non si tiene in giusta considerazione la portata della regola *servitus in faciendo consistere nequit* – assume una importanza rilevante con riguardo alla stessa teoria dei diritti reali. E infatti, alla luce della estensione ben più limitata che questo

generale che avrebbe la regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Cfr. in proposito G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 175-186; cui adde anche G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, cit., pp. 124-126; nonché più recentemente A. TORRENT, *Estudios sobre la "servitus oneris ferendi"*, II, *Cargas reales*, cit., p. 542, il quale tuttavia precisa: «El concepto de carga real y la s. on. f. presentan un punto en común: que ambas tienen un contenido *in faciendo*». Questo atteggiamento deriva, a ben riflettere, dalla concezione stessa di diritto reale e segnatamente della proprietà, come potere immediato del titolare sulla *res*. Esso si attegga, come è noto, rispetto ai terzi che con il bene possono interagire, in termini di mera esclusione. Da ciò consegue che questi ultimi soggetti, rispetto al titolare del diritto, dovranno assumere un comportamento di mera astensione. Per converso, al fine di realizzazione quelle attività che sono conseguenza della titolarità del diritto reale, mai si sarebbe potuto pretendere un contegno attivo da parte di un altro soggetto in violazione del carattere dell'immediatezza. Peraltro, questa concezione del diritto reale corrisponderebbe, come ha evidenziato Grosso (*op. ult. cit.*, p. 176), alle formule e alle *intentiones* di *ius civile* ove si ragiona in termini di *rem meam esse*, *ius mihi esse*, *ius tibi non esse invito me*. A questa visione tradizionale, tuttavia, sono stati contrapposti validi argomenti. È stato giustamente evidenziato da P.E. BENSA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 46, come alla classica ricostruzione ora accennata debba necessariamente conseguire che, essendo gli *iura in re aliena* una frazione della proprietà, pure essi dovranno presentare di fronte ai terzi il medesimo carattere poco sopra accennato. E così, in nessun caso, nella servitù si sarebbe potuto pretendere che un soggetto, attraverso s'intende un comportamento positivo sul fondo servente, potesse procurare al fondo dominante una certa utilità. Come però Bensa ha evidenziato (*op. ult. cit.*, p. 47), il carattere della absolutezza si evidenzerebbe nei diritti reali frazionari, dato che rispetto a essi si potrebbe ben ammettere il caso di un comportamento attivo da parte del soggetto passivo. Assai significativo, come nota Bensa, è che il diritto reale frazionario si presenti, per le sue intrinseche caratteristiche, alla stregua di un rapporto di tipo attivo a vantaggio del titolare di esso e contro il proprietario del fondo gravato. Il carattere della absolutezza rispetto ai terzi, pertanto, si manifesta in queste ipotesi in modo molto meno marcato rispetto a quanto avviene nel diritto di proprietà. Pertanto, nel caso degli *iura in re aliena* e segnatamente della servitù, pur in quadro che non può trascurare il carattere dell'absolutezza, occorre anche

principio doveva avere – coniato come si è visto per far fronte alla necessità di limitare ai soli casi in cui ricorreva una *utilitas* obiettiva del fondo dominante la possibilità di ammettere situazioni in cui un *facere* veniva a gravare sul fondo servente – le resistenze mostrate dalla storiografia circa l'ammissibilità di figure che possano costituire effettivamente archetipi dell'onere reale già nel diritto romano privato sembrano, però, non del tutto giustificate.

Vi sono, comunque, prima di passare a esaminare nello specifico il problema del *facere* nelle opere di restauro previste per la servitù di appoggio, alcuni punti che devono essere chiariti.

In primo luogo, occorre tenere ben presente che la possibilità di limitare l'estensione del principio *servitus in faciendo consistere nequit* per mezzo del concetto di *utilitas* obiettiva, non può non tenere in giusta considerazione lo sviluppo storico che ha interessato questa regola, specie quando si discorra di essa con riguardo alle elaborazioni della dottrina civilistica poi trasfuse nella redazione dei moderni codici civili. Naturalmente, come si avrà modo di vedere, la stessa validità generale del principio ora ricordato che si è creduto di poter scorgere nelle parole di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, ha determinato il particolare modo di concepire la struttura stessa del diritto reale.

E proprio a questo proposito si rende necessaria la seconda precisazione. Alla volontà di limitare la portata del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, mediante il “correttivo” dell'*utilitas* obiettiva, non consegue anche una recisa negazione della caratteristica dell'assolutezza che generalmente è considerata essere il principale carattere degli *iura in re aliena*. Piuttosto, vi è in questa ricostruzione l'intenzione di mostrare come l'interpretazione delle fonti romane consenta di meglio comprendere i particolari sviluppi in seno alla categoria dei diritti reali, senza dover

evidenziare il particolare della relatività che, pur non essendo tra i caratteri del

necessariamente concludere per l'inammissibilità di certe figure che pure potrebbero avere nella prassi odierna, come si avrà modo di vedere, la loro utilità.

Per esaminare il discorso svolto nella seconda parte di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 e i casi ricordati da Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5, che più nello specifico interessano in questa sede, occorre che si tengano presenti le caratteristiche che, seppure nella cornice di incertezza di cui si è ora detto, sono state ritenute proprie della categoria degli oneri reali e non, invece, delle obbligazioni *propter rem*²⁴³.

In primo luogo, è necessario individuare il soggetto tenuto materialmente al *facere*. E a tale fine occorre richiamare il rapporto che deve sussistere tra quest'ultimo individuo e il fondo gravato. Questo legame risponde, sotto il profilo attivo, al fatto che il soggetto tenuto alla prestazione è in una posizione di vantaggio rispetto al fondo su cui insiste il peso, potendo egli vantare su di esso il diritto di proprietà o altro diritto reale. Sempre per quanto riguarda il soggetto che deve, è necessario ricordare come l'onere continui automaticamente a gravare su colui che subentri nel rapporto attivo con il fondo, per successione o in altro modo²⁴⁴.

È necessario poi richiamare il limite alla responsabilità gravante sull'onerato. Egli, infatti, non può essere tenuto a effettuare prestazioni che superino il valore del fondo. Questa caratteristica varrebbe a distinguere l'onere reale dall'obbligazione *propter rem*, ove il soggetto risponderebbe

diritto, deriva dalla stessa esplicazione di esso.

²⁴³ Per un breve ragguaglio v. B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 122-124; cui *adde* G. GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., pp. 127-129; A. FUSARO, s.v. 'Obbligazione «propter rem» ed onere reale', cit., p. 390.

²⁴⁴ Con riferimento alla caratteristica dell'inerenza passiva cfr. A. TORRENT, *Estudios sobre la "servitus oneris ferendi"*, II, *Cargas reales*, cit., p. 543.

invece senza limiti²⁴⁵.

Ancora, punto di fondamentale importanza, direttamente connesso con quello appena accennato, è il principio dell'abbandono liberatorio. Il soggetto gravato, difatti, può decidere di *rem derelinquere* abbandonando il fondo gravato in modo da non dover effettuare le prestazioni che sono previste come conseguenza dell'onere che su di esso insiste²⁴⁶.

Particolarmente importante al fine di operare una distinzione tra onere reale e obbligazione *propter rem* è poi il contenuto stesso della prestazione dovuta. E infatti, per quanto riguarda l'onere reale, si evidenzia come esso debba consistere esclusivamente in prestazioni *in faciendo* che abbiano inoltre i caratteri della periodicità e della perpetuità. Al contrario, nell'obbligazione *propter rem*, può essere prevista una prestazione di contenuto positivo o negativo o, ancora, che attenga alle limitazioni o alle modalità con cui si gode del bene. Queste sono, dunque, le principali caratteristiche che la civilistica ha individuato per la categoria dell'onere reale²⁴⁷.

²⁴⁵ La ricostruzione proposta e relativa alle limitazioni della responsabilità incombente sul soggetto gravato non è però pacifica. E nemmeno è certo che tale caratteristica valga a distinguere l'onere reale dalle obbligazioni *propter rem*.

²⁴⁶ Quanto all'abbandono liberatorio A. TORRENT, *Estudios sobre la "servitus oneris ferendi"*, II, *Cargas reales*, cit., p. 544 afferma: «Per no son conceptos idénticos carga real y *obligatio propter rem*; una nota importante diferenciadora entre ambas figuras es que las cargas reales se distinguen por la posibilidad de abandono liberatorio del predio sobre el que recaen». L'osservazione va senza dubbio condivisa.

²⁴⁷ B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 123-124, individua due ulteriori caratteri idonei a differenziare l'obbligazione *propter rem* dall'onere reale. In primo luogo, il fatto che l'onere si potrebbe costituire anche a favore di un soggetto sprovvisto di qualsivoglia rapporto di proprietà con un fondo, tanto da potersi considerare una figura intermedia tra le servitù prediali vere e proprie e le servitù personali. In secondo luogo, al contrario delle servitù propriamente dette, che comprimono il diritto di proprietà sino a limitarlo, gli oneri reali agirebbero sulla sfera della libertà personale del soggetto, dato che questi sarebbe tenuto a una attività positiva nei confronti del titolare del diritto. E infatti, secondo lo studioso, tale caratteristica dell'onere reale sarebbe evidente proprio in rapporto alle servitù. Queste ultime, dovendo consistere strutturalmente solo in un *pati* o in un *non facere* in accordo con la teoria classica dei diritti reali, non

È necessario valutare, a questo punto, se esse possano dirsi proprie anche della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* e del *facere* che si richiede al proprietario del fondo servente nei casi ricordati in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5.

A questi scopi riprendiamo prima di tutto Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2. E consideriamo per ora la prima delle caratteristiche individuate per l'onere reale, ossia il rapporto che, al fine di individuare colui che materialmente è tenuto alla prestazione, dovrà insistere tra il soggetto passivo e il fondo gravato. Non è dubbio, infatti, che anche nel caso della servitù di appoggio debba sussistere un rapporto di tipo reale tra il soggetto tenuto materialmente alla prestazione e il fondo gravato. E tale dato si evince dal fatto che qui gli antichi giureconsulti stavano disquisendo precisamente della *servitus oneris ferendi*, la cui esistenza non può che presupporre un rapporto di tipo proprietario tra il soggetto passivo e l'immobile servente.

A ben vedere, poi, anche in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, come pure in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5, si discute di casi in cui tra il soggetto tenuto alla prestazione positiva e il fondo gravato sussiste un rapporto di tipo dominicale atto a individuare il soggetto effettivamente gravato. Nel primo caso infatti, quello esaminato da Pomponio, la rimozione degli alberi divelti dal vento incombe sul *dominus* del fondo («*Si arbores vento deiectas dominus non tollat...*»). Che quest'ultimo debba concretamente realizzare il *facere* si deduce poi dal fatto che il soggetto a favore del cui fondo la prestazione è dovuta sia qualificato espressamente usufruttuario o, ma sul punto vi sono dubbi²⁴⁸, titolare di *iter*.

Il medesimo discorso vale anche per la seconda delle testimonianze

potrebbero richiedere per la loro realizzazione la collaborazione del proprietario del fondo servente. Invece, per quanto concerne l'onere Biondi, accedendo alla ricostruzione per cui quest'ultimo pure avrebbe in realtà natura obbligatoria, specifica come esso non potrebbe che realizzarsi per il tramite del soggetto passivo tenuto alla prestazione.

²⁴⁸ Cfr. *supra*, pp. 29-37.

richiamate, Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5. In questo caso, infatti, la rimozione degli alberi che impediscano al proprietario del fondo dominante di godere dell'*iter* o della *via* può essere pretesa nei confronti del vicino il cui fondo risulta essere appunto servente. Ma se così è, non vi può essere dubbio che tra colui che deve rimuovere l'ostacolo e il fondo sussista ancora una volta un rapporto di tipo reale.

Ecco dunque che la prima delle caratteristiche richiamate si rinviene anche nelle fonti romane analizzate. In tutti e tre i casi, per quanto concerne il lato passivo dell'onere, vale a dire quello mediante cui si individua chi sia effettivamente tenuto alla prestazione essendo in rapporto con il fondo gravato, il soggetto che deve il *facere* è sempre legato al fondo da un rapporto di tipo reale.

Peraltro, sebbene le fonti in questi casi nulla dicano, è ipotizzabile senza molte difficoltà che onerato si sarebbe dovuto considerare anche il successore a titolo particolare o universale del proprietario del fondo gravato. Per quanto riguarda il caso della servitù di appoggio tale conclusione è desumibile dalla stessa configurazione del *ius in re aliena* e in particolar modo dal carattere di essenzialità e necessità che possiede la *refectio parietis*. Come più volte ribadito, l'*onus refectiois* concretizza l'esercizio della servitù di appoggio la quale, a sua volta, si rende indispensabile per l'esistenza stessa dell'edificio dominante che poggia sul *paries* servente che periodicamente deve subire il restauro.

D'altra parte, non è pensabile che nei casi ricordati in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 il successore si sarebbe potuto considerare diversamente che onerato. In entrambi i casi il *facere* che incombe sul proprietario del fondo servente riveste pure il carattere di essenzialità, dato che in mancanza di questo comportamento positivo risulterebbe impossibile per il proprietario del fondo dominante godere del diritto.

E così è chiaro per quale ragione nelle fattispecie esaminate il *facere*

risulti imposto al soggetto passivo mediante un rapporto di tipo reale. In tutti i casi considerati, difatti, il comportamento positivo deriva da oggettive necessità del fondo dominante, legate segnatamente alla possibilità di esercitare in concreto il diritto, ed è dovuto dal soggetto passivo come conseguenza della titolarità di un rapporto di natura reale che questi ha sul fondo servente. Si può pertanto concludere che anche il punto della trasmissibilità dell'onere è rinvenibile nelle fonti esaminate, essendo conseguenza del carattere di necessità che il *facere* possiede.

Ciò detto, è il momento di passare all'analisi del principale argomento che può addursi come prova nel senso di considerare i casi esaminati alla stregua di oneri reali. Con riferimento al profilo della responsabilità è necessario sottolineare come il soggetto passivo possa, qualora non voglia adempiere alla prestazione *in faciendo* a cui è tenuto, abbandonare il fondo gravato. Questa possibilità è espressamente prevista da Labeone in Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.6.2* con riferimento alla *servitus oneris ferendi* («*Labeo autem hanc servitutem non hominen debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit*»). Peraltro, come già segnalato²⁴⁹, la medesima

²⁴⁹ Qui è opportuno richiamare, nuovamente, l'insegnamento che risale alla gl. '*suis actionibus*' ad D. 7.1.23.1 (*ed. cit.*, I, c. 710) e che ammette tale possibilità come conseguenza di quanto previsto in Ulp. 68 *ad ed. D. 43.8.2.40*. Conviene spendere qualche altra parola sul già segnalato parallelismo tra quanto si afferma nella testimonianza appena ricordata e il contenuto di Pomp. 5 *ad Sab. D. 7.1.19.1*. E in effetti si può ancora sottolineare come in tutti e due i casi l'impedimento sia costituito da alberi accidentalmente divelti che rendano impossibile l'esercizio effettivo del diritto. Sotto questo profilo, va ancora specificato come esplicitamente Pomponio ammetta la possibilità di pretendere la rimozione dell'ostacolo a mezzo di azione reale. Nessun riferimento in questo senso si rinviene invece per il caso prospettato da Ulpiano. Il giureconsulto di Tiro, difatti, fa cenno esclusivamente all'interdetto *de via publica reficienda*. Questo richiamo è forse spiegabile con la specifica collocazione sistematica del testo nei *Digesta*, oltre che con l'impellente bisogno di risolvere una controversia in via d'urgenza. Peraltro, non è possibile negare verosimilmente che anche nel caso descritto da Ulpiano risulti esperibile la stessa azione prevista per il caso prospettato da Pomponio. Per tornare brevemente al discorso della *derelictio* che qui più direttamente interessa, può trarsi da Ulp. 68 *ad ed. D. 43.8.2.40* un dato ulteriore di particolare rilevanza per la nostra questione. Come si è visto, anche nel passo di Ulpiano è ricordata e ammessa la

possibilità, pur non esplicitamente ricordata in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, è certamente ammissibile anche in quest'ultimo caso. E non è affatto improbabile, sebbene la testimonianza nulla dica in proposito, che l'abbandono liberatorio potrà operare finanche nel caso di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5, qualora il proprietario preferisca non rimuovere l'arbusto che renda impossibile o difficoltoso l'esercizio del diritto.

Da quanto detto, pertanto, appare chiara l'ammissibilità, con un insegnamento che doveva risalire perlomeno a Labeone (secondo Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2), dell'abbandono liberatorio qualora il soggetto proprietario del fondo gravato avesse deciso di non provvedere alla riparazione del *paries* o alla rimozione degli arbusti per varie cause caduti o non debitamente curati.

Peraltro, proprio Labeone, a cui appunto si deve la precisazione secondo cui *hanc servitutem non hominem debere, sed rem* e da cui discende la possibilità di *rem derelinquere*, avvalora l'idea che nel caso della *refectio*

possibilità di abbandonare la via pubblica («...*eamque pro derelicto habeas*...»). Il brano non lascia pertanto alcun dubbio sull'oggetto della *derelictio*. Quest'ultimo non sarà costituito dagli alberi ma dalla pubblica via, dato che il pronome è in questo caso sintatticamente riferibile solo all'accusativo femminile. Ma se questo rilievo è corretto, e non sembra possibile ipotizzare una conclusione diversa, l'abbandono interesserà la porzione di strada su cui evidentemente grava il diritto del proprietario del fondo servente. E però in Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.40 il giureconsulto definisce la via come pubblica, ma ne ammette ugualmente l'abbandono liberatorio. Nonostante, infatti, il diverso parere di A. BERGER, *In tema di derelizione. Osservazioni critico-esegetiche*, cit., pp. 131-139, il quale ritiene che l'espressione *pro derelicto habeas* non indichi l'abbandono in senso tecnico, va comunque segnalato che proprio l'impiego di questa locuzione specifica milita nel senso opposto all'opinione dello studioso ora ricordato. E qualora si volesse accedere a questa diversa ipotesi sarebbe comunque necessario valutare il dato per cui al fine di poter *rem derelinquere* validamente, sarebbe necessaria la piena titolarità del diritto sul bene da derelinquere. Di conseguenza, ammettere la *derelictio* di una via pubblica implicherebbe necessariamente che su di essa il derelinquente possa esercitare il diritto di proprietà, il che, è bene dirlo, non è un dato del tutto pacifico. Va comunque segnalato che con riguardo al testo di Ulpiano non sembra possa parlarsi di alterazioni che ne abbiano stravolto il significato e i principi in esso affermati, che paiono genuinamente classici. Probabilmente quell'aggettivo riferito alla via potrebbe essere stato utilizzato, forse non del tutto a proposito, per indicare una strada comune a più fondi.

parietis si fosse in presenza di una vera e propria figura archetipica di onere reale. Egli, infatti, sottolinea due punti fondamentali. Da una parte, che nel caso di specie si ha di fronte una vera e propria servitù a cui non può in alcun modo ritenersi connesso un rapporto di tipo obbligatorio. E ciò viene detto esplicitamente dallo stesso giureconsulto, il quale specifica che *hanc servitutem*, vale a dire la *servitus oneris ferendi*, è dovuta dall'immobile e non dal proprietario dello stesso²⁵⁰.

Dall'altro lato, e come conseguenza diretta della natura reale riconosciuta al diritto, si ammette che il proprietario dell'immobile servente possa abbandonarlo per sottrarsi alle conseguenze dell'*actio* concessa al proprietario dell'immobile dominante.

Va ancora precisato un punto di notevole importanza. L'onere della *refectio parietis*, come si è più volte detto, non può essere considerato un *quid pluris* accessorio rispetto alla *servitus*. Qualora si propendesse per una diversa opinione non si terrebbe in giusta considerazione, invero, il dato per cui, in realtà, il comportamento positivo consistente nelle riparazioni risulta necessario alla stessa esistenza della servitù, il cui esercizio diverrebbe impossibile qualora non si effettuassero le appropriate opere di restauro sul *paries*. Ciò, tuttavia, non significa che almeno inizialmente, come pure si è visto, la *refectio* che veniva prevista a mezzo della *lex aedium* potesse essere considerata alla stregua di una figura che con terminologia moderna si potrebbe certo definire onere reale²⁵¹.

Tali caratteri – segnatamente il *facere* e l'inerenza di esso all'immobile con la conseguente possibilità di abbandono liberatorio – avrebbero costituito in progresso di tempo le principali caratteristiche su cui si sarebbe

²⁵⁰ Come ben sottolineano C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 83. In ogni caso, è assai probabile che l'accenno alla dottrina labeoniana dell'abbandono liberatorio sia genuino almeno nella sostanza. Sul punto, da ultimo, v. R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 80, nt. 51 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 36, nt. 51).

costruita con contorni più definiti la categoria stessa dell'onere reale.

Ancora, da quanto detto discende l'inammissibilità dell'opinione, pure avanzata, secondo cui l'*onus refectio* costituirebbe in realtà una specie di responsabilità di tipo reale accessoria alla *servitus* che tuttavia, essendo ammessa la *derelictio*, non si potrebbe configurare come una vera e propria obbligazione ma costituirebbe, a sua volta, l'archetipo di quella categoria poi detta dell'*obligatio propter rem*²⁵². Tale ricostruzione, che risente peraltro della concezione che vorrebbe anche l'onere come partecipe della natura obbligatoria, non può essere accettata. Oltre agli argomenti che si possono trarre dallo stesso tenore dei passi ricordati ove, come si è visto più volte, si insiste nello specificare che è solo ed esclusivamente il fondo a

²⁵¹ Sul punto v. A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, cit., p. 26.

²⁵² In questo senso v. G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, cit., p. 699 (= *La clausola restitutiva nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 77), limitatamente però al solo periodo bizantino; G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., p. 204 (nonché *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., pp. 86 e 88), secondo cui anche in considerazione del tenore di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.3 («*Haec autem actio in rem magis est quam in personam...*»), si potrebbe ipotizzare appunto una fattispecie ove l'elemento personale sarebbe risultato prevalente rispetto a quello reale avente carattere prevalentemente accessorio, cosa che darebbe vita a una sorta di *actio mixta*, categoria di elaborazione bizantina; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1953⁴, p. 378; B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 117-118, 121 e 130-131, ove lo studioso specifica come una particolare forma di responsabilità di contenuto positivo possa talvolta accompagnare il diritto reale. Questa responsabilità secondo lo studioso, nonostante l'impiego della terminologia propria dell'obbligazione, non si potrebbe configurare alla stregua di una *obligatio* vera e propria, dato che sarebbe sempre prevista la possibilità di usufruire dell'abbandono liberatorio; G. PROVERA, *Servitù prediali e obbligazioni «propter rem»*, cit., p. 30, nt. 31; F. PASTORI, *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 53. Diversamente però, con riguardo alle specifiche opinioni di Segrè e Grosso, v. A. TORRENT, *Estudios sobre la 'servitus oneris ferendi'*, III, '*Obligaciones propter rem*', cit., pp. 244-246, che ben mette in evidenza l'incompatibilità sussistente tra il dettato delle fonti e la paventata natura di obbligazione *propter rem* dell'*onus refectio*.

essere gravato²⁵³, mentre il soggetto funge solo da strumento per l'esecuzione della prestazione²⁵⁴, si può addurre anche una considerazione di carattere più generale.

Se ben si considera la questione, difatti, ritenere la *refectio parietis* alla stregua di una forma di responsabilità che sarebbe potuta rientrare nel novero delle obbligazioni *propter rem*, dato appunto che al soggetto era concessa la possibilità di *rem derelinquere*, genera un circolo vizioso inaccettabile. Come si vede, al fine di ovviare alla palese dottrina di Labeone circa l'abbandono liberatorio – che impedisce evidentemente di qualificare la *refectio parietis* alla stregua di una normale obbligazione – si è costretti a ipotizzare una non meglio definita forma di responsabilità che però, se fosse realmente tale, dovrebbe certo avere pure essa natura

²⁵³ Perciò, come ben mette in evidenza P.E. BENZA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 52, lo stesso principio dell'abbandono liberatorio dovrà essere letto come conseguenza del fatto che il particolare rapporto per cui il proprietario è costretto a una prestazione positiva nasce *ex re*. E così, qualora si consideri obbligata la cosa, allora il proprietario di essa sarà tenuto a un *facere* in conseguenza del possesso della *res* da cui trae una certa utilità. Di conseguenza, i mezzi che saranno necessari al *facere* si trarranno presumibilmente dalla cosa gravata dall'onere.

²⁵⁴ Sul punto cfr. C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 83, i quali rilevano come dal tenore di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 si debba desumere la natura del rapporto, senza considerare poi che la *refectio* può essere ottenuta in via principale mediante l'*actio* confessoria; L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, cit., p. 17, del medesimo ordine di idee nell'attribuire all'*onus refectionis* natura di onere reale in conseguenza del tenore del brano poco sopra ricordato; A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, cit., p. 26, pure ritiene che la *refectio* debba avere natura di onere reale. Nella più recente storiografia la posizione qui criticata è stata oggetto di ulteriori obiezioni da parte di R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 80-86 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 36-44), che tra le altre cose rileva come alla *refectio parietis* mancherebbe un requisito fondamentale per poter essere qualificata obbligazione *propter rem*, vale a dire il carattere della non periodicità. Al contrario, che la *refectio* possieda quest'ultima caratteristica è stato più volte evidenziato. D'altra parte, come pure si è sottolineato, la stessa necessità che il *paries* risulti sempre idoneo a sostenere il peso richiede che le riparazioni siano effettuate periodicamente, dato che il muro è soggetto a un deterioramento naturale costante.

obbligatoria, vanificando a sua volta la chiara affermazione labeoniana secondo cui il soggetto passivo si sarebbe potuto valere dell'abbandono liberatorio.

E così, proprio per aggirare questo ostacolo insormontabile, si preferisce, stando anche la prevenzione di fondo nell'ammettere diritti reali *in faciendo*, ricondurre la *refectio* a questa categoria intermedia delle obbligazioni *propter rem* che ricomprenderebbe tale specie di responsabilità a cui il soggetto potrebbe però sottrarsi mediante la *derelectio* della cosa.

Quest'ultima conclusione è tuttavia inaccettabile. Meglio è invece considerare la *refectio parietis* della *servitus oneris ferendi* come provvista delle principali caratteristiche che sono state individuate per qualificare la categoria dell'onere reale.

Ecco dunque che l'analisi delle testimonianze relative alla *servitus oneris ferendi* e di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5, ha consentito di chiarire alcuni aspetti che saranno utili nella trattazione del tema in ambito civilistico. È bene pertanto ricordare la ricostruzione che si è offerta nelle pagine precedenti e mediante cui si è tentato, peraltro, di confermare, isolando i principali caratteri che contraddistinguono la *refectio parietis* e gli oneri di contenuto positivo ricordati da Pomponio e Ulpiano, la validità dei principali requisiti che sono stati ritenuti propri della categoria degli oneri reali.

Peraltro, a questo proposito, occorre anche che si sottolinei nuovamente, in considerazione dell'asserita operatività nell'ambito del diritto romano privato di archetipi dell'onere reale, la funzione svolta in quest'ambito dal requisito dell'*utilitas* obiettiva. E infatti, come pure si è accennato, credere che in determinate situazioni si potesse riconoscere validità a un onere di contenuto positivo provvisto altresì di natura reale, non può in alcun modo spingere verso la conclusione per cui ciò dovesse avvenire in ogni situazione provvista anche solo di una parvenza di utilità per il fondo dominante.

Al contrario, proprio il requisito ora ricordato deve fungere da rigido limite alla possibilità di ammettere figure di tal genere che siano sprovviste però di *utilitas* obiettiva. Come infatti confermato anche dalle fonti, in tutti i casi esaminati il *facere* veniva imposto a esclusivo interesse del fondo dominante e mai del proprietario dello stesso. E tale caratteristica vale anche a giustificare la terminologia impiegata nei testi per sottolineare l'inerenza al fondo servente dell'onere e il fatto che si sarebbe dovuto considerare onerato il fondo servente stesso, in modo da legare la prestazione in *faciendo* alla cosa da cui si dovevano trarre i mezzi per provvedere alla prestazione.

Dopo queste precisazioni si può passare a trattare del principio *servitus in faciendo consistere nequit* nella tradizione civilistica.

CAPITOLO III

IL PRINCIPIO *SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT* NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA

1. Raggiugli sullo sviluppo degli oneri reali in diritto intermedio. Esame delle istanze in tema di proprietà fondiaria affermatesi a seguito della Rivoluzione francese. Accenni alla disciplina rivoluzionaria in materia di *rentes foncières*

Il primo tema che verrà brevemente affrontato in questo Paragrafo, riguardante il problema dello sviluppo dell'onere reale in diritto intermedio, è stato già fuggacemente accennato nel corso di questo lavoro²⁵⁵. Qui verrà offerto solo un rapido *excursus* necessario alla successiva trattazione che si intende svolgere.

È stato già evidenziato che le fonti romane avevano offerto esempi di fattispecie in cui un *facere* poteva essere imposto al titolare di un diritto reale. E come pure si è avuto modo di ribadire, queste ipotesi risultavano possedere – seppure non è da credere che i giureconsulti romani avessero proceduto a una costruzione dogmatica in questo senso – i principali caratteri individuati per la categoria dell'onere reale²⁵⁶.

D'altra parte, un discorso organico sul tema non può prescindere dal considerare il fiorire di vincoli di natura reale – originati da una caratteristica elaborazione del diritto comune in tema di proprietà – che assai spesso comportavano per il possessore del fondo gravato

²⁵⁵ Infatti, v. *supra* nt. 241.

²⁵⁶ Per un ulteriore rapido raggiuglio nell'ambito del diritto pubblico v. anche A.L. DE PETRIS, *Sulla categoria degli oneri reali in diritto romano e nella tradizione romanistica*, in *RDR* 14, 2014, pp. 6-8.

l'assoggettamento a un onere con prestazione di contenuto positivo²⁵⁷. Questa seppure limitata attenzione all'elaborazione dei giuristi e della prassi del diritto intermedio per l'argomento qui svolto è ulteriormente giustificata in considerazione del fatto che, come ha messo in evidenza una accorta dottrina²⁵⁸, il rifiuto della categoria nell'ordinamento italiano deriva piuttosto da ragioni di ordine storico legate alle istanze della Rivoluzione

²⁵⁷ È assai significativo richiamare sul punto i fondamentali studi di P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Jus* 18, 1967, pp. 255-285 e *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, 1968, *passim* e almeno le pp. 103-160, poi confluiti e ulteriormente sviluppati in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, *passim* e per quanto interessa in questa sede pp. 57-122, e di cui è stato pubblicato un *Estratto ad uso degli studenti*, Milano, 2000, contenente i Capitoli: *Ideologia e tecnica di una definizione giuridica* (pp. 217-246) e *La categoria del dominio utile e gli homines novi del quadrevio cinquecentesco* (pp. 247-280); è da ricordare inoltre, sempre di Paolo Grossi, la relazione *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà. Pontignano, 30 settembre - 3 ottobre 1985*, Milano, 1988, pp. 205-272 (= *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 17, 1988, pp. 359-422 [= ripubblicata poi nella Collana 'Pensiero giuridico e politico. Magistralia' già in precedenza ricordata [v. *supra*, nt. 241]), da cui si citerà nel prosieguo.

²⁵⁸ G. GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., p. 129. Sul punto è anche significativo richiamare C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 86, i quali hanno sottolineato, naturalmente in riferimento al Codice civile del 1865, quale fosse l'importanza dell'elaborazione del diritto germanico non solo sul diritto comune italiano ma anche sui concetti propri del diritto consuetudinario francese certamente derivante dal germanico e, nonostante le idee della Rivoluzione, confluiti nel *Code civil* che, a sua volta, tanta parte ebbe nella formazione del primo Codice unitario italiano. Sulla genesi del Codice civile del 1865 e sull'influenza nella sua formazione della codificazione francese v. G. ASTUTI, *Il code napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, in *Atti del convegno sul tema: Napoleone e l'Italia (Roma, 8-13 ottobre 1969)*, I, Roma, 1973 [rist. Torino, 2015], pp. 192- 216 [= pp. 27-63 della rist.], per una panoramica che tenga in considerazione tutti i codici civili regionali e *praecipue* pp. 208-211 [= pp. 50-55 della rist.] con specifico riguardo all'influenza della codificazione francese sul regime dei beni, della proprietà e dei diritti reali]; R. BONINI, *Dal Code civil ai codici della Restaurazione. Il diritto privato nella prima metà dell'Ottocento*, I, *Fra Settecento e Ottocento*, Bologna, 1997, pp. 53-57 con riguardo particolare al Codice civile del Regno d'Italia del 1805-1806; U. PETRONIO, *La lotta per le codificazioni*, Torino, 2002, pp. 326-335 in riferimento ai progetti di codici prerivoluzionari francesi; infine, A. SPINOSA,

francese in tema di proprietà che vedeva nelle diverse specie di oneri il portato di una società, quella feudale e poi di *Ancien régime*, che si era avvalsa largamente di queste figure e che i rivoluzionari, sebbene con limiti e incongruenze, avevano deciso di smantellare²⁵⁹.

Peraltro, è significativo porre l'accento su una seconda conseguenza di questo sviluppo storico, vale a dire l'impostazione in pressoché tutti gli ordinamenti occidentali – con particolari accorgimenti quando si parla dei sistemi di *common law* caratterizzati dalla c.d. *fragmentation of ownership*²⁶⁰ – della categoria dei diritti reali alla luce del *numerus clausus*,

“Civili in diversissimo modo”. *Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento*, Milano, 2017, pp. 237-269.

²⁵⁹ Per un primo inquadramento del tema v. P. LAFARGUE, *Origine ed evoluzione della proprietà*, Palermo, 1896 [rist. Milano, 1983], pp. 199-282 per una specifica trattazione della proprietà in epoca feudale; cui adde F. CHALLAYE, *Histoire de la propriété*, Paris, 1967⁶, pp. 74-81 che si occupa anche delle teorie in tema di diritto di proprietà sviluppate dai fisiocrati, da Locke, dell'emersione e lo sviluppo del concetto di *état de nature*, delle elaborazioni di Rousseau e Robespierre; P. GARNSEY, *Thinking about Property. From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge, 2007, pp. 177-203. Particolarmente significativo è anche il problema relativo alle forme di *propriétés collectives* e *droits d'usage* nella Francia rivoluzionaria. Su questo punto v. P. ALVIZZI DEL FRATE, G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, in *Le proprietà. Dodicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers dedicate alla memoria di Jean Beauchard, Roma 13-14 giugno 2014*, Napoli, 2015, pp. 34-39.

²⁶⁰ Sullo sviluppo della disciplina dei diritti reali nel *common law* inglese v. B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 387-396, il quale sottolinea bene le peculiarità in esso riscontrabili – peraltro in un sistema interessato, contrariamente ad altre aree di *common law*, da importanti riforme modernizzatrici, su cui v. in breve F.H. LAWSON, B. RUDDEN, *The Law of Property*, Oxford, 2002³, pp. 101-109 – in riferimento al problema del *numerus clausus*. Più in dettaglio, Akkermans sottolinea come lo sviluppo degli schemi proprietari sia strettamente legato da un lato all'evoluzione storica del diritto inglese e alla forte adattabilità di quest'ultimo alle mutate esigenze della società e dall'altro all'assenza di un codice civile. Dunque, al fine di chiarire se ivi operi pure il principio del *numerus clausus*, occorrerà considerare il problema della definizione dei criteri atti a stabilire quali relazioni tra le parti debbano essere incluse tra i *property rights* e quali, al contrario, non vi rientrino. Tutto ciò senza dimenticare le profonde modificazioni dovute in primo luogo all'*equity* e poi agli *statutes*. Il punto verrà ripreso al momento opportuno in questo stesso Capitolo. È bene comunque rimarcare sulla

governata dunque dal principio di tipicità²⁶¹.

scia di L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in G. ALPA, M.J. BONELL, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2012, pp. 47-49, la fondamentale importanza di un'analisi che tenga sempre in considerazione lo sviluppo storico del *common law* inglese con speciale riguardo alle origini feudali del regime dei diritti immobiliari. Sul punto specifico appena accennato v. diffusamente E.H. BURN, J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's Modern law of real property*, Oxford, 2006¹⁷, pp. 11-38. Per una comparazione tra diritto italiano e statunitense v. invece J.H. MERRYMAN, *Policy, autonomy, and the numerus clausus in italian and american property law*, in *The American Journal of Comparative Law* 12, 1963, pp. 224-231.

²⁶¹ Per un inquadramento generale v. A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, 1988², pp. 31-48, in prospettiva storica; V. MANNINO, *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto uniforme europeo*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, Padova, 2008, pp. 213-239; C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la Legge sui diritti reali. Convegno internazionale, Roma, 29-30 novembre 2007-1° dicembre 2007*, Roma, 2009, pp. 155-161; C. COSENTINO, *Forme di appartenenza e interessi protetti. Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, Napoli, 2010, pp. 9-28. Per alcuni accenni relativi al problema del *numerus clausus* negli ordinamenti di *civil law* v. G. GARCÍA CANTERO, "Numerus clausus et numerus apertus" dans la modèrne théorie des droits réels (un aperçu sur le droit espagnol), in M.E. SÁNCHEZ JORDÁN, A. GAMBARO (eds.), *Land Law in Comparative Perspective*, The Hague-New York-London, 2002, pp. 97-100, ove con riguardo al diritto spagnolo, nonostante resistenze mostrate dalla dottrina, l'autore rileva l'importanza dell'art. 2 num. 2 della *Ley Hipotecaria* del 1946 (su cui v. anche A. DOMÍNGUEZ LUELMO, s. 'Art. 2 num 2', in A. DOMÍNGUEZ LUELMO [Director], *Commentarios a la Ley Hipotecaria*, Cizur Menor, 2016², pp. 63-65) inerente i diritti reali che possono iscriversi nel *Registro de la Propiedad – Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquieras reales* – per sostenere l'operatività del *numerus apertus* in tema di diritti reali; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, cit., pp. 5-11, 161-168, 244-252, 320-329, ove vengono esaminati rispettivamente il *Code civil*, il BGB e il NBW. In particolare, Akkermans partendo dal sistema del *Code civil* e dall'analisi del sistema francese, sottolinea come accanto alla persistenza del tradizionale *numerus clausus* si possa anche scorgere lo spazio per una certa autonomia delle parti «[...] to create new property rights, in respect to real obligations». Uno spazio di autonomia in capo alle parti che invece, nel sistema del BGB, risulta essere di portata ben più ristretta, sebbene non del tutto assente. Tale autonomia si esplica, in particolare, rispetto alla c.d. *Typenfizierung*, vale a dire nel momento in cui le parti riempiono di contenuto il diritto reale mediante facoltà che esso non potrebbe avere. In questo caso, ben inteso, il contenuto ulteriore, come per esempio un obbligo di carattere positivo gravante su

Sebbene, come appena veduto, sia abbastanza agevole rinvenire la ragione del discorso che si sta per svolgere nelle ragioni storiche sottese all'elaborazione delle normative codicistiche in materia, non altrettanto semplice è individuare il punto esatto da cui partire per tentare una ricostruzione della materia.

Uno spunto assai significativo è certo offerto, per un verso, da quella estesa concezione germanica di dominio che si esplicava nel concetto di *Gewere* e, per l'altro, dalla elevata rispondenza delle figure rientranti nella categoria degli oneri reali alle mutate esigenze dell'economia medievale²⁶². E infatti va considerato che anche una volta attenuatisi i rapporti di vassallaggio tipici di un'epoca caratterizzata dalla concentrazione della terra e delle risorse produttive nelle mani dei grandi feudatari²⁶³ – da cui discendevano pure tutta una serie di obblighi di carattere personale ed economico che legavano il vassallo al signore (o *suzerain*) e che reciprocamente quest'ultimo aveva verso il primo, usualmente indicati nel

una delle parti, non costituirà parte del diritto reale, essendo privo dei tipici effetti di opponibilità nei confronti dei terzi. In ogni caso, come l'autore sottolinea (*op. ult. cit.* p. 247) e a dispetto della operatività del *numerus clausus* come limite all'autonomia delle parti, «[...] legislation and case law are not restricted to adapt the system of property law to modern developments». In relazione, poi, al NBW, l'autore rileva come, nonostante una travagliata discussione in dottrina e in giurisprudenza in proposito, l'operatività del principio della tipicità non possa essere messa in discussione. Il punto, tuttavia, per il nuovo Codice civile olandese, rimane strettamente legato alla possibilità per le parti, naturalmente rimanendo nei confini dettati dal principio del *numerus clausus*, di decidere in merito al contenuto dei loro rapporti che, quando propriamente caratterizzati, potranno ricevere anche effetti nei confronti di terze parti.

²⁶² Sul punto v. anche C. FADDA, P.E. BENSA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., pp. 87-88.

²⁶³ Cfr. con specifico riguardo allo sviluppo dell'economia curtense V. FUMAGALLI, *Introduzione del feudalesimo e sviluppo dell'economia curtense nell'Italia settentrionale*, in *Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen (X^e-XIII^e siècles). Bilan et prospectives de recherches. Colloque international organisé par le Centre national de la Recherche scientifique et l'École française de Rome (Rome, 10-13 octobre 1978)*, Rome, 1980, pp. 313-325; B. ANDREOLLI, M. MONTANARI, *L'azienda curtense in Italia. Proprietà della terra e lavoro contadino nei secoli VIII-XI*, Bologna, 1985, pp. 15-23 e 147-158.

diritto feudale con il termine *suzeraineté*²⁶⁴ – le prestazioni che a tale rapporto facevano riferimento continuarono a gravare, anche dopo gli interventi normativi seguiti alle istanze dei rivoluzionari francesi, come oneri reali sulle terre ex feudali, e ciò almeno fino alle successive leggi di affrancamento dalla feudalità²⁶⁵. Peraltro, dal punto di vista del diritto comune, la Glossa stessa aveva ammesso l'onere dei fondi con prestazioni perpetue protette da azioni reali²⁶⁶.

L'impiego di queste figure, assai utilizzate nei rapporti riconducibili al diritto feudale, si diffuse pure nella pratica del diritto canonico²⁶⁷, nel cui ambito è opportuno ricordare le decime dominicali e quelle sacramentali²⁶⁸. In questa sede interessano quelle rientranti nella prima specie, dato che in conseguenza del carattere positivo della prestazione e dell'inerenza di essa

²⁶⁴ Cfr. sul punto F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1949², pp. 72-75, il quale mette in evidenza la funzione fondamentale del *beneficium*, ossia la terra concessa al vassallo, quale fattore di stabilità nel rapporto personale di *vassaticum* e quale elemento materiale da cui trarre l'effettivo sostentamento per fronteggiare gli obblighi di natura personale che il *vassus* aveva contratto nei confronti del *senior*; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, I, *L'alto medioevo*, Roma, 1995, pp. 255-286.

²⁶⁵ Su cui v. R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, Milano, 1909, pp. 173-210.

²⁶⁶ In questo senso v. C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit. p. 93, i quali si oppongono anche alla teoria per cui in questi casi si tratterebbe in realtà di una ipoteca costituita in via tacita per il tramite dell'imposizione dell'onere sull'immobile. Peraltro, alla più generale visione per cui i diritti reali altro non sarebbero se non semplici diritti di credito garantiti da ipoteca legale o convenzionale stabilita tacitamente, si è opposto anche A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, cit., pp. 34-35. E così, secondo lo studioso, non si potrebbe mai parlare di un diritto reale posto a garanzia di un semplice credito. Infatti, se ben si pone mente alla questione, nell'onere reale il credito e il diritto reale stesso sono uniti in una figura giuridica unica provvista di natura immobiliare, che pertanto non si può identificare con la diversa specie del credito garantito per il tramite del diritto reale.

²⁶⁷ Così C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., pp. 91-92, i quali ricordano come anche il diritto canonico, pur applicando nella propria elaborazione gli schemi del diritto romano, in considerazione delle mutate condizioni economiche e sociali non poté fare a meno di ricorrere a figure rientranti nella categoria degli oneri reali.

al fondo, la dottrina non ha esitato ad affermare che pure il diritto canonico aveva ammesso l'operare di diritti reali *in faciendo* riconducibili alla categoria dell'onere reale²⁶⁹. È bene ricordare, infatti, che per *ius decimandi* i capitoli ecclesiastici²⁷⁰, in conseguenza di un diritto universale esercitato

²⁶⁸ Cfr. A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, cit., pp. 96-97.

²⁶⁹ C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 92; A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, cit., pp. 96-97, che riferisce questa soluzione esclusivamente alle decime dominicali. Come giustamente nota De Luca, infatti, le decime sacramentali non costituivano veri e propri oneri reali, dato che esse non insistevano su un fondo ma venivano generalmente tratte dal guadagno che il fedele percepiva a seguito della propria attività lavorativa (decime personali), o da quanto prodotto in parte naturalmente e in parte grazie al lavoro manuale (c.d. decime sanguinali o miste) o, infine, dal prodotto stesso della cosa (decime prediali). Fadda e Bensa, sul punto della natura da attribuire alle decime, richiamano anche l'autorità del Cardinal De Luca. In particolare, v. JO. BAPTISTAE DE LUCA... *Theatrum veritatis & justitiae, sive decisivi discursus per materias, seu titulos... Libri Decimi quarti Pars Tertia, De decimis, et oblationibus...*, Venetiis, 1716, p. 32 [Disc. XVI], ove così si afferma: «Attamen in petitorio sufficit possessori pro obtinendi absolutoria ab onere fructuum sola intentatio actionis negatoriae, donec ille, qui praestationem vel aliam servitutem pretendit [...]», paragonandosi dunque le decime, anche quanto al profilo della tutela, alle servitù. E così, il possessore, al fine di far dichiarare inesistente il *ius decimandi*, potrà procedere per mezzo dell'*actio negatoria*. Viceversa, il titolare di questo *ius* avrebbe potuto esperire contro il possessore l'*actio confessoria*. Peraltro, non bisogna dimenticare, sempre in riferimento alle decime ecclesiastiche, come altra dottrina abbia rimarcato la non applicabilità ad esse di tutte le regole proprie della categoria dell'onere reale: v. in questo senso A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, IV, *Storia del diritto privato*, cit., p. 440. E ciò si può affermare nello specifico per le decime sacramentali, sebbene tra queste ultime, distinte in personali, miste e prediali, l'ultimo tipo ora accennato meriti qualche ulteriore precisazione. Esse, infatti, si distinguono rispetto agli oneri reali poiché, gravando sui frutti del fondo e non su quest'ultimo, si caratterizzano per la non permanenza e la mobilità. Al contrario dell'onere reale, l'entità della prestazione nelle decime prediali muta a seconda della rendita del fondo vale a dire in base alla quantità di frutti che da esso si ricavano. Ne deriva, secondo De Luca (*op. ult. cit.*, p. 97), che le decime ecclesiastiche di questa specie debbano rientrare nella categoria delle obbligazioni *ob rem*, derivante o dalla legge o dalla consuetudine. Più in generale, relativamente alle decime nel diritto canonico v. invece C. JANNACCONE, s.v. *Decima (diritto ecclesiastico)*, in *NNDI*, V, Torino, 1960, pp. 258-267; cui *adde* P. CIPROTTI, s.v. *Decima*, in *ED*, XI, Milano, 1962, p. 806.

²⁷⁰ Sulla struttura, la formazione storica e la disciplina del capitolo è sufficiente un rimando a M. FERRABOSCHI, s.v. '*Capitolo*', in *ED*, VI, Milano, 1960, pp. 217-223.

su tutte le terre poste a coltura, traevano dai fondi la decima parte del loro prodotto lordo.

Se dunque dal punto di vista della prassi era stata ammessa la possibilità che una prestazione di carattere positivo finisse per gravare su un fondo, fu certo nell'ambito della sistematica proprietaria sviluppata dai giureconsulti di età intermedia che le numerose figure accomunate da questa particolare configurazione della prestazione trovarono giustificazione. Sul punto, è stato giustamente sottolineato come il peculiare affastellarsi di questi *iura in re* sia il frutto di un allargamento delle maglie di detta sistematica dovuto all'affermarsi di una differente concezione del sistema fondiario e dei rapporti a esso legati²⁷¹.

Sono due i fenomeni che hanno inciso prepotentemente sugli assetti fondiari dell'età di mezzo. In primo luogo, il sostituirsi, al sistema classico e chiuso dei rapporti reali, di una categoria assai elastica e indefinita atta a ricomprendere le più svariate figure prodotte dalle consuetudini e accomunate esclusivamente dal legame con la *res*²⁷². In secondo luogo, il diverso obiettivo perseguito dai giureconsulti medievali, vale a dire il

²⁷¹ P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, cit., p. 257; ID., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., p. 104, ove lo studioso nota come, sebbene il concetto di proprietà rimanga formalmente il centro dell'elaborazione sistematica riguardante i diritti reali, esso resti «[...] apparentemente intatto, ma assume sempre più l'aspetto di un vaso vuoto, sonoro ma scarso di contenuto, assume sempre più l'aspetto di una titolarità formale spesso non sorretta da potenzialità economica».

²⁷² P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., p. 104, e come Grossi non ha mancato di sottolineare in *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, cit., pp. 258-259, proprio la necessità di adattamento ai mutevoli condizionamenti di una società in continua evoluzione, spinse i giureconsulti medievali a superare i rigidi schemi che emergevano dalla compilazione giustiniana. Sono assai significative in proposito le parole di Grossi (*op. ult. cit.*, p. 259): «Nasce da qui quella singolare dissonanza, che domina tutta l'elaborazione romana dei diritti reali, tra una scelta di superficie che è di adesione ai postulati giustinianeî e un lavoro in profondità, fitto, scalzante, incisivo, che parte da diversi e forse antitetici presupposti e muove verso diverse finalità».

tentativo di dare rilievo giuridico a tutta una serie di rapporti che esorbitavano dalla sfera proprietaria ma che era necessario far rientrare nella cornice della realtà²⁷³. Tutto ciò, peraltro, senza dimenticare che l'epoca altomedievale deve essere letta alla luce di quel processo di "volgarizzazione del diritto romano" già intrapreso nell'età di Costantino e in conseguenza del quale, per l'ambito che qui interessa, si manifestò quell'ampliamento del concetto di *dominium*, già sperimentato con l'affermarsi del concetto germanico di *Gewere*, a cui si affiancò la nozione di *firma possessio*²⁷⁴.

Proprio in conseguenza di questo mutato assetto la prassi giunse a considerare il concessionario quale figura principale nei rapporti fondiari al contrario, invece, del *dominus*²⁷⁵. E così, per quanto concerne più direttamente i limiti al diritto di proprietà, è stata rilevata la tendenza dei giureconsulti medievali a concentrarsi piuttosto sulle sue modalità di esercizio. Senza apparentemente incidere sulle facoltà concesse al *dominus*, si esaminava e valorizzava la posizione di quanti venivano in rapporto con

²⁷³ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., p. 105.

²⁷⁴ La letteratura su questi temi è assai vasta. È sufficiente in questa sede un richiamo ad A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero*, II, *Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei rapporti reali*, in *Studi senesi* 54, 1940, pp. 276-324; ID., *Studi sulla legislazione del Basso Impero*, III, *La nuova proprietà*, in *Studi senesi* 56, 1942, pp. 275-345; E. LEVY, *West roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia, 1951, *passim* e pp. 32-34, 55-59, rispettivamente con riguardo alla nozione di *dominium* e alla categoria delle *servitutes*; C.A. CANNATA, *'Possessio' 'possessor' 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica*, Milano, 1962, *passim* e pp. 51-144 e il punto di vista di M. BRETONE, *Volgarismo e proprietà postclassica*, in *Labeo* 11, 1965, pp. 193-206; P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., pp. 105-107; A. BISCARDI, *Proprietà e possesso nell'indagine positiva sul diritto del tardo Impero*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. IX Convegno internazionale*, Napoli, 1993, pp. 91-120; L. SOLIDORO MARUOTTI, *'Abstraktes Eigentum' e forme di appartenenza fondiaria nell'Impero romano*, cit., pp. 135-201.

²⁷⁵ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., p. 108.

la *res*²⁷⁶. Mutava così quella visione, pervasa da notevole disvalore, delle limitazioni alla proprietà. Esse, infatti, per l'epoca altomedievale, rientravano nel fisiologico rapporto tra il *dominus* e la *res* e ciò proprio per volontà di quest'ultimo che negozialmente poteva decidere di regolare la propria attività agricola facendo ricorso a censi, livelle, enfiteusi²⁷⁷.

E così, proprio grazie alla particolare configurazione data ai contratti agrari in epoca altomedievale, una serie di rapporti prima certamente riconducibili alla sfera esclusivamente personale (e, dunque, obbligatoria) vennero a configurarsi, in conseguenza del carattere dell'inerenza della prestazione alla *res*, alla stregua di oneri reali²⁷⁸.

In tal modo, come pure è stato assai opportunamente evidenziato, i contratti agrari vennero ad affiancarsi a tutta quella serie di fattispecie che andranno a incidere e gravare sulla proprietà fondiaria fino agli stravolgimenti dovuti alla Rivoluzione francese²⁷⁹.

È naturale quindi che contro la assai larga diffusione di questi oneri –

²⁷⁶ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., pp. 109-110.

²⁷⁷ Fondamentale sul punto P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., p. 110. Sull'importanza dei contratti agrari nella prassi altomedievale si è già fuggacemente soffermata l'attenzione. In proposito è anche da ricordare P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., pp. 220-223, specialmente per gli spunti di carattere metodologico e la critica rivolta alle ricostruzioni che tendono a ricondurre a un rapporto di tipo deterministico i fenomeni relativi allo sviluppo dei rapporti agrari in età intermedia. Occorre abbandonare, secondo lo studioso, la tendenza a considerare il particolare assetto dei rapporti fondiari come semplicisticamente riconducibile a situazioni contingenti di bisogno. Al contrario, come Grossi ha rilevato, gli assetti prevalenti nell'organizzazione dell'impresa agraria altomedievale devono leggersi alla luce del costume e della mentalità dell'epoca.

²⁷⁸ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., pp. 111-112, mette in risalto tre caratteri fondamentali di questi rapporti. Essi si caratterizzano, difatti, per il fatto che implicano il miglioramento del fondo, oltre che per il tratto della continuità nel tempo (ciò che, come si è veduto, vale a differenziare l'onere reale dall'obbligazione *propter rem*), e dal fatto che tendono a configurarsi come negozi traslativi del diritto reale.

²⁷⁹ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., pp. 120-121.

inizialmente espressione di una società dinamica alla ricerca di strumenti confacenti alle esigenze produttivistiche che si andavano affermando e poi divenuti in progresso di tempo espressione di una concezione proprietaria legata esclusivamente agli schemi dei rapporti di vassallaggio – si scagliassero gli strali dei rivoluzionari francesi, in un più generale clima pervaso da istanze derivanti dalle elaborazioni dei fisiocratici²⁸⁰ che investiva il punto stesso della legittimità di questa visione economica e giuridica dei rapporti fondiari.

Sul punto appena accennato, che costituisce il secondo dei temi da affrontare in questo Paragrafo, occorre pertanto soffermare l'attenzione. Non può sorprendere il fatto che in area francese, all'alba dei moti rivoluzionari, il dibattito fosse particolarmente acceso in considerazione del fatto che proprio in Francia la terra si presentava soggetta a un numero elevatissimo di rapporti di signoria facenti capo a soggetti tanto laici quanto ecclesiastici²⁸¹.

²⁸⁰ Sul punto v. D. FIOROT, *La filosofia politica dei fisiocrati*, Padova, 1954, pp. 223-239; P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, cit., p. 255; J. DODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, 1989⁴, p. 30. Per una trattazione specifica del pensiero fisiocratico in relazione al problema della *rente foncière*, v. J.-L. GUIGOU, *La rente foncière. Les théories et leur évolution depuis 1650*, Paris, 1982, pp. 61-104, ove anche estratti dalle opere di François Quesnay e Anne Robert Jacques Turgot.

²⁸¹ Cfr. in proposito l'opera pionieristica di N.I. KARÉIEW, *Les paysans et la question paysanne en France dans le dernier quart du XVIIIe siècle*, trad. franç. de C.W. Woynarowska, Paris, 1899 [rist. Genève, 1974], pp. 1-102 (per un inquadramento storiografico del pensiero dello studioso russo v. A. MASOERO, *Nikolaj Ivanovič Kareev*, in *L'albero della Rivoluzione. Le interpretazioni della Rivoluzione francese*, Torino, 1989, pp. 323-326); nonché M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, Paris, 1958, pp. 7-9 e 153-165 con specifico riguardo alle discussioni insorte in merito all'abolizione della feudalità. Peraltro, come ha ben sottolineato É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, Paris, 1923², pp. 72-90, non solo vi erano forme di soggezione della terra comuni a tutte le zone della Francia ma: «Chaque province avait en général des tenures préférées, des démembraments particuliers de la propriété foncière [...]»; G. MASSA-GILLE, *Les rentes foncières sous le Consulat et L'Empire*, in

In particolare, accanto a posizioni marcatamente conservatrici che difendevano la giustizia dei diritti vantati dai feudatari sulle terre²⁸², si iniziarono a registrare reazioni che vedevano nelle usurpazioni e nella tolleranza forzata della monarchia l'unica vera origine del regime feudale e dei diritti a esso connessi²⁸³. Su questa scia si inserivano, come accennato, le teorie formulate dai seguaci della scuola fisiocratica che reclamavano con forza l'abolizione dei privilegi feudali²⁸⁴. Tra gli esponenti di questa corrente è certo da ricordare Turgot il quale, oltre a ritenere necessaria una abolizione dei diritti feudali che fosse graduale e in determinati casi priva di qualsiasi forma indennitaria, ebbe probabilmente grande influenza sull'elaborazione dell'opuscolo di Pierre François Boncerf, *Inconvénients*

Bibliothèque de l'École nationale des chartes 133, 1975, pp. 60-61; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1989, pp. 37-52; A. CASTALDO, *Introduction historique au droit*, Paris, 2003², pp. 404-408, il quale purtuttavia non manca di sottolineare come, accanto alle terre soggette al regime feudale, vi fosse comunque una seppure minima presenza di terre allodiali, cioè libere dal giogo feudale. Come peraltro si vedrà *infra*, il risultato a cui si giunse con la *Loi générale concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rechetables* del 15 marzo 1790, legge attuativa delle disposizioni di cui al *Décret général du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges*, fu soltanto la soppressione di quei pesi fondiari che venivano percepiti alla stregua di atti di violenza signorile. Sul punto, per un breve ragguaglio, v. intanto M. AGULHON, in É. JUILLARD (volume dirigé par), *Apogée et crise de la civilisation paysanne. 1789-1914*, in G. DUBY, A. WALLON (sous la direction de), *Histoire de la France rurale*, III, Paris, 1976, pp. 28-29.

²⁸² Infatti, è particolarmente significativa, come nota M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 154 e nt. 3, l'intransigente posizione di Jean François Chapsal secondo cui la regola *nulle terre sans seigneur* avrebbe dovuto essere mantenuta in vigore in forza del lungo possesso esercitato secondo buona fede dai feudatari.

²⁸³ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 155, che si richiama in particolare le affermazioni di René Louis de Voyer de Paulmy marchese d'Argenson. Sulla figura e l'opera del marchese d'Argenson v. R. TUMINELLI, *Il sangue e la ragione. Il progetto politico del marchese d'Argenson*, Milano, 1992², *passim*.

²⁸⁴ Sull'importanza delle teorie fisiocratiche nel contesto dell'Illuminismo v. L. VILLARI, *La fisiocrazia nel dibattito illuministico*, in *Studi storici* VI.1, 1965, pp. 25-39; cui *adde* F. CHALLAYE, *Histoire de la propriété*, cit., pp. 72-73; nonché gli autori ricordati *supra*, nt. 280.

*des droits féodaux*²⁸⁵. È significativo riportare qualche passaggio tratto dall'operetta ora ricordata per cercare di esaminarne il contenuto:

*Una loi sur cette metiere seroit donc juste, elle est donc possible; mais comme elle n'existe pas, il convient d'examiner si sans cette loi vous pouvez atteindre votre but en établissant que le domaine et les seigneurs, ainsi que leurs vassaux trouveroient des avantages immenses à consentir réciproquement au rachat des servitudes féodales*²⁸⁶.

Qui l'autore, dopo aver difeso la giustezza di una legge volta ad abolire i privilegi feudali sostenendone peraltro la fattibilità, si soffermava sui vantaggi che avrebbero ricevuto finanche i signori e i vassalli se avessero consentito al riscatto delle *servitudes féodales*²⁸⁷:

²⁸⁵ Sul punto v. N.I. KARÉIEW, *Les paysans et la question paysanne en France dans le dernier quart du XVIIIe siècle*, cit., pp. 322-340; É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 95, nt. 1 che sottolinea come Tourgot, il quale nel proprio programma aveva incluso anche la riforma dei diritti feudali, incaricò proprio Boncerf di comporre l'opuscolo ricordato quale atto prodromico alla riforma stessa; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 155-156, che invece si mostra più cauto nell'attribuire una influenza tanto rilevante di Tourgot sull'elaborazione dello scritto di Boncerf.

²⁸⁶ P.F. BONCERF, *Inconvénients des droits féodaux. Nouvelle édition, à laquelle on a joint ce que Montesquieu a écrit sur les Fiefs, dans les Livres XXX et XXXI de l'Esprit des Loix*, Paris, 1776, pp. 12-13.

²⁸⁷ Peraltro, il discorso svolto nell'escerto riportato si ricollega anche, come sottolinea M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 157, alla speculare situazione di conflitto che sarebbe potuta intercorrere tra vassalli e signori. E infatti, poco più avanti P.F. BONCERF, *Inconvénients des droits féodaux. Nouvelle édition, à laquelle on a joint ce que Montesquieu a écrit sur les Fiefs, dans les Livres XXX et XXXI de l'Esprit des Loix*, cit., pp. 24-25 affermava: *Le vassal est assujetti, suivant la qualité du fonds, à des foi et hommage, aveux et dénombrement, reconnoissance au terrier, aux cens, aux corvées, aux lods et ventes, au relief, à la bannalité, à l'assistance aux plaids, aux amendes, à la saisie féodale, etc. etc. La plupart de ces droits sont d'un très-petit produit pour le seigneur; plusieurs n'en rapportent aucun, et sont néanmoins une charge considérable au vassal*. E ancora, Boncerf (*op. ult. cit.*, p. 25) elencava a quali gravosi oneri fosse tenuto il signore desideroso di profittare dei propri diritti: *Le seigneur, pour recueillir et exercer ces droits, est obligé à des frais considérables; il lui faut des archives, des terriers immensément coûteux à former et à renouveler, des rôles, des receveurs, des collecteurs, des sergents, et des compres très-étendus; tantôt le droit, la quotité ou la maniere de le*

*A l'égard des seigneurs, ce n'est qu'une affaire de calcul, ils sont les maîtres d'aliéner les droits de leurs fiefs, et la plupart le feront volontairement, s'ils y trouvent, comme je vais le démontrer, le moyen de tripler, et même de quadrupler leurs revenus, sans rien perdre des droits honorifiques*²⁸⁸.

Ma al di là di queste riflessioni Boncerf, dopo aver per sommi capi accennato alla genesi storica del feudo, afferma:

*Tal est, Messieurs, le sommaire de l'histoire du droit féodal sous lequel vous gémissiez; il est né dans les camps, il s'est développé dans l'anarchie, il s'est affermi par la tyrannie, il a fait taire les loix et l'autorité légitime qu'il avoit usurpée*²⁸⁹.

Boncerf poi si preoccupava di individuare con toni enfatici quale interesse avesse lo Stato nel promuovere tale operazione:

*L'esclavage des personnes fit regner avec lui l'ignorance; il bannit les arts, rendit la nature sauvage, et plongea la France dans le chaos, d'où elle n'a commencé à fortir qu'à l'époque des affranchissements: les affranchissements ont créé les villes, les citoyens, les arts, les lettres et les bonnes loix; les succès des premiers en déterminèrent d'autres, imités par les seigneurs, et bientôt Libre et François furent synonymes*²⁹⁰.

payer, sont contesté; tantôt la mouvance est prétendue par d'autres seigneurs; les énormes procès qu'engendrent les contestations, passant de pere en fils, dévorent les seigneurs, les vassaux et les terres où ils se sont élevés.

²⁸⁸ P.F. BONCERF, *Inconvénients des droits féodaux. Nouvelle édition, à laquelle on a joint ce que Montesquieu a écrit sur les Fiefs, dans les Livres XXX et XXXI de l'Esprit des Loix*, cit., p. 13.

²⁸⁹ P.F. BONCERF, *Inconvénients des droits féodaux. Nouvelle édition, à laquelle on a joint ce que Montesquieu a écrit sur les Fiefs, dans les Livres XXX et XXXI de l'Esprit des Loix*, cit., p. 22.

²⁹⁰ P.F. BONCERF, *Inconvénients des droits féodaux. Nouvelle édition, à laquelle on a joint ce que Montesquieu a écrit sur les Fiefs, dans les Livres XXX et XXXI de l'Esprit des Loix*, cit., pp. 23-24. Come è stato evidenziato da M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 157, l'opuscolo di Boncerf con una forza di persuasione assai rilevante non solo si sofferma a elencare quali vantaggi lo Stato avrebbe ricevuto dall'abolizione del regime feudale, ma individua assai bene anche il principale inconveniente che una tale situazione di pesi gravanti sui fondi generava. In particolare, lo stato di proprietà che veniva a crearsi sui fondi.

Era dunque avvertita l'urgenza di provvedere all'abolizione di un tale regime fondiario, che veniva percepito come il prodotto della prepotenza e delle angherie dei signori feudali a danno dei contadini. I tempi, tuttavia, non erano ancora maturi. Il libello di Boncerf venne tacciato dall'*avocat général* Antoine Louis Séguier di essere uno strumento volto ad aizzare gli abitanti del contado contro i signori²⁹¹. Il Parlamento di Parigi, il 23 febbraio del 1776, condannò alle fiamme lo scritto sul presupposto che esso fosse:

[...] *injurieuse aux loix et coutumes de la France, aux droit sacrés et inaliénables de la Couronne, et aux droit des propriétés des particuliers, comme tendant à ébranler toute la Constitution de la Monarchie, en soulevant tous les Vassaux contre leurs Seigneurs et contre le Roi même, en leur présentant tous les droits féodaux et domaniaux comme autant d'usurpation, de vexations et de violences également odieuses et ridicules, et en leur suggérant les prétendus moyens de les abolir, qui sont aussi contraires au respect dû au Roi et à ses Ministres, qu'à la tranquillité du Royaume*²⁹².

L'autore stesso della *brochure* scampò alla condanna soltanto in conseguenza dell'intervento di Luigi XVI su sollecitazione di Turgot e Malesherbes²⁹³. Come si vede il Parlamento, mediante il proprio *arrêt*, additò all'*Inconvénients des droits féodaux* di essere perfino contrario, nelle argomentazioni ivi contenute, non solo *aux droit des propriétés des particuliers*, ma anche agli stessi interessi della Corona di Francia. E assai interessante è, infatti, l'uso del verbo *ébranler* – scuotere o far vacillare – con riferimento alla *Constitution de la Monarchie*. È evidente come le

²⁹¹ Sul punto v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 95, nt. 1; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 156.

²⁹² *Mémoires secrets pour servir a l'histoire de la République des Lettres en France, depuis MDCCLXXII jusqu'a nos jours; ou Journal d'un observateur ... Tome neuvieme*, Londres, 1778, p. 63.

²⁹³ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 156.

pretese di riforma condensate nel libello di Boncerf fossero considerate sovversive rispetto allo stesso ordine costituzionale monarchico²⁹⁴.

All'opera di Boncerf si ispirarono tuttavia anche diversi altri scrittori alla vigilia degli Stati Generali aperti il 5 maggio del 1789²⁹⁵.

È nota la catena di eventi che portò alla presa della Bastiglia: la formazione dell'Assemblea nazionale, il 17 giugno 1789; il c.d. giuramento della Pallacorda, avvenuto il 20 giugno; l'ordine di Luigi XVI ai nobili e al

²⁹⁴ Nonostante il rilievo attribuito da P.F. BONCERF, *Inconvénients des droits féodaux. Nouvelle édition, à laquelle on a joint ce que Montesquieu a écrit sur les Fiefs, dans les Livres XXX et XXXI de l'Esprit des Loix*, cit., p. 12, alla corona, quale garante della restituita libertà sui fondi, come in passato delle libertà personali: [...] *mais il est au pouvoir du monarque, chéri, bien-faisant, et bien servi qui nous gouverne, d'établir la liberté réelle comme les plus glorieux d'entre ses prédécesseurs ont établi la liberté personnelle* [...]. Sul punto v. anche M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 158.

²⁹⁵ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 159, ricorda in particolare l'opera di G.F. LETROSNE, *De l'administration provinciale, et de la réforme de l'impôt*, Basilea, 1779, contenente anche una *Dissertation sur la féodalité* che ricalca i medesimi argomenti già esposti da Pierre François Boncerf ne l'*Inconvénients des droits féodaux*, nonché lo scritto *Observations d'un républicain sur les différents systèmes d'Administrations provinciales, particulièrement sur ceus de MM. Turgot et Necker, et sur le bien qu'on peut en espérer dans les Gouvernements monarchiques*, stampato in appendice a *Des administrations provinciales, mémoire présenté au Roi, par feu M. Turgot*, Lusanne, 1788, pp. 113-168. Peraltro, Garaud ricorda come nonostante si fosse ormai alla vigilia degli Stati Generali per l'anno 1789 – convocati a distanza assai notevole rispetto agli ultimi che si erano tenuti tra l'ottobre del 1614 e il febbraio del 1615 a Parigi – furono piuttosto modeste e di tono generale le rimostranze relative all'abolizione del regime feudale. Lo studioso crede che la cagione di questa particolare situazione sia da rinvenire nel fatto che la borghesia, particolarmente interessata alla conquista delle libertà civili e politiche, avesse distolto l'attenzione rispetto alla difficile condizione delle masse contadine sommerse dai pesi che insistevano sul suolo provinciale. In ogni caso, va comunque ricordato lo scritto di S. CLICQUOT DE BLERVACHE, *Mémoire sur les moyens d'améliorer en France la condition del Laboueurs, des Journaliers, des Hommes de peine vivans dans les campagnes, et celle de leurs Femmes et de leurs Enfants*, Paris, 1789. L'autore, come rileva Garaud (*op. ult. cit.*, p. 160, che si sofferma brevemente anche sulle vicende editoriali dello stesso), rispetto alle opere di Boncerf e Letrosne si focalizza, oltre che sugli svantaggi legati allo stato di comproprietà del suolo su cui insistevano i pesi, anche sulla condizione dei contadini, aspetto che invece gli altri scrittori ricordati avevano tralasciato di ricordare.

clero di riunirsi al Terzo Stato, il 9 luglio; la formazione dell'Assemblea nazionale costituente; il licenziamento di Jacques Necker, 11 luglio, a cui conseguì la sollevazione popolare del 14 luglio che terminò finalmente proprio con la presa della Bastiglia²⁹⁶.

Non è obiettivo specifico di questo lavoro esaminare minuziosamente gli avvenimenti ora ricordati. È però assai importante, per gli scopi perseguiti in questo studio, ricordare gli accadimenti del 4 agosto 1789²⁹⁷.

Per meglio comprendere i risultati a cui si giunse in quest'ultima giornata è bene rammentare come le *paroisses* e i *bailliages* vennero sollecitati, essendo stati appunto convocati gli Stati Generali, alla redazione di *cahiers de demandes*. Particolarmente significativi furono, nello specifico, quelli provenienti dalle parrocchie. Essi, infatti, opera di curati che li formarono e discussero alla presenza dei contadini, vale a dire di fronte a coloro che avrebbero tratto i maggiori vantaggi dal rovesciamento del sistema feudale, contenevano fieri attacchi ai privilegi dei signori²⁹⁸. È l'evidente contenuto dei *cahiers* provenienti dal Terzo stato fece sì che il problema dei diritti feudali si presentasse durante le discussioni dell'assemblea in tutta la sua importanza. Ciononostante, a fronte della constatazione per cui la questione dell'abolizione del regime feudale avrebbe costituito uno dei nodi centrali

²⁹⁶ La bibliografia generale relativa a questi episodi è assai vasta. È sufficiente, per quanto interessa in questa sede, la sintesi di J. MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, I, Paris, 1979, pp. 95-156; cui adde M. VOVELLE, *Breve storia della Rivoluzione francese*, Roma-Bari, 1979, pp. 13-20.

²⁹⁷ Su quest'ultimo punto v. intanto É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 94-99.

²⁹⁸ In questo senso v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 93-94, che al contempo rileva come i *cahiers des baillages*, opera invece di borghesi, seppure più moderati dal punto di vista del linguaggio impiegato, non riuscirono a «[...] travestir complètement les doléances des paroisses, et l'aversion de la féodalité s'y faisait encore vivement sentir». Nello stesso senso anche M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 161, il quale rimarca come le particolari formulazioni dei *cahiers* parvero talmente veritiere nel dipingere la difficile situazione dei contadini che sulla necessaria riforma agraria non si sarebbe più potuto temporeggiare senza che ciò provocasse sommosse nel Terzo stato.

su cui si sarebbero contrapposti gli ordini privilegiati e il Terzo Stato²⁹⁹, il Re nella *séance royale* di martedì 23 giugno affermava:

*Toutes les propriétés sans exception seront constamment respectées, et Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriétés les dimés, cense, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux, et généralement tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques, attachés aux terres et fiefs, ou appartenant aux personnes*³⁰⁰.

Il testo è emblematico e lapidario nella sua affermazione e nella onnicomprensività dei diritti che vengono inclusi sotto la nozione di proprietà, andando a includere anche *tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques* che fossero direttamente collegate alla titolarità di terre e feudi così come di quei privilegi direttamente connessi alla persona³⁰¹.

La data del 23 giugno 1789, considerata l'estremo tentativo operato dalla monarchia per imporsi sulle rivendicazioni del Terzo stato³⁰², è peraltro importante per via degli eventi e delle conseguenze che seguirono alla *séance* e alle resistenze mostrate dalla Corona. Non bisogna dimenticare, infatti, che alle dichiarazioni di Luigi XVI si oppose fermamente il Terzo stato. Venne dunque formata l'Assemblea nazionale a cui si unirono anche clero e nobiltà.

Va comunque ricordato che, nonostante il precipitare degli eventi seguiti

²⁹⁹ Cfr. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 96.

³⁰⁰ Precisamente all'art. 12 della *Déclarations des intents du Roi*, in *Déclaration du Roi concernant la tenue des États généraux, lors de la séance royale du 23 juin 1789*, a sua volta contenuta negli *Archives parlementaires de 1787 a 1860, Première série (1787-1799), Tome VIII, Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789*, Paris, 1875, p. 144. Sul contenuto della dichiarazione del Re v. anche J. MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, I, cit., pp. 122-126.

³⁰¹ Assai significativo è che P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, cit., p. 255, abbia richiamato proprio la *séance royale* ricordata per evidenziare il carattere del regime fondiario durante l'*Ancient régime*.

³⁰² Così, M. VOVELLE, *Breve storia della Rivoluzione francese*, cit., p. 14.

alla dichiarazione di Luigi XVI e al licenziamento di Necker e a dispetto dei toni impiegati nei *cahiers* per denunciare la miserevole condizione di servaggio in cui versavano coloro che attendevano alla coltivazione delle terre signorili, le richieste avanzate dal Terzo stato non presupponevano che si procedesse esclusivamente all'abolizione dei pesi fondiari senza alcuna forma di indennizzo³⁰³.

Per comprendere il corso degli eventi è dunque necessario accennare brevemente al diverso atteggiamento che le classi privilegiate tennero di fronte alle richieste del Terzo stato. E non sorprenderà il fatto che nessuna delle istanze prospettate dai ceti più bassi avesse trovato riscontro effettivo nelle rivendicazioni contenute nei *cahiers* provenienti dal clero e dalla nobiltà³⁰⁴. E a questo riguardo è opportuno anche evidenziare il parallelo tra

³⁰³ Sul punto v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 161-162, il quale rileva come dall'esame dei *cahiers* emerga un diverso orientamento a favore invece dell'abolizione *tout court* di tutti quei pesi e benefici feudali che apparivano agli occhi dei componenti del Terzo stato ben più odiosi. E in effetti, come l'autore ricordato mette in evidenza, sono poche le richieste formulate nel senso di una semplice abolizione del regime feudale priva di qualsiasi indennità. Ma ancora più interessante, sotto questo profilo, è il fatto che molti *cahiers* fondavano la distinzione e dunque il diverso regime abolitivo in ragione della diversa modalità di costituzione del peso. In particolare, sulla scorta delle proposte di Turgot e Boncerf, sarebbe stata la natura e l'origine delle rendite a fornire il criterio discrezionale principale. Si sarebbero pertanto distinte le rendite stabilite per libera convenzione delle parti e quelle che invece venivano imposte per effetto della tirannia feudale e che avrebbero gettando gli uomini in uno stato di servaggio personale o reale.

³⁰⁴ Con alcune distinzioni, come sottolinea M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 162, in relazione alle richieste formulate dal clero. Il Primo stato, infatti, sposando una linea volta alla riforma del regime feudale, riteneva doversi differenziare ancora una volta tra i diritti da abolire senza alcun riscatto e quelli che invece avrebbero richiesto che si procedesse a una compensazione. Anche tra i *cahiers* presentati dalla nobiltà, invero, vi erano alcune concessioni dirette alla soppressione delle forme di servitù personale e alla cessazione degli abusi che ne conseguivano, così come al riscatto di alcuni diritti a un tasso vantaggioso. Peraltro, come nota sempre Garaud (*op. ult. cit.*, p. 162, nt. 4), la nobiltà di alcune zone della Francia (in particolare di Nomény) aveva persino consentito alla soppressione della manomorta mobiliare o immobiliare, dei censi, delle rendite e di ogni altro diritto

le affermazioni del Re – il quale, come si è avuto modo di chiarire poco sopra, giustificava il permanere del precedente regime alla stregua di una specie di tutela delle “forme di proprietà” sotto cui venivano incluse le più svariate tipologie di servaggio reale e personale a cui erano sottoposti contadini e vassalli – e la medesima giustificazione addotta della nobiltà di alto lignaggio³⁰⁵.

Non va neppure dimenticato che la questione feudale aveva contribuito ad acuire ulteriormente il conflitto tra i primi due Stati e il Terzo anche sotto il profilo della rappresentatività dei ceti in assemblea. Infatti, al fine di conservare le prerogative e i privilegi acquisiti, il clero e la nobiltà avevano insistito sulla necessità che si procedesse a un voto per ordini e non per capi, come invece avrebbe voluto il Terzo stato³⁰⁶.

In questo quadro di forte conflittualità – in cui peraltro si erano registrati nelle campagne diversi focolai di *jacquerie* – l’Assemblea nazionale nel frattempo costituitasi si mostrava assai turbata e incerta nell’applicazione della repressione pubblica³⁰⁷. La situazione continuava tuttavia a peggiorare.

che rendesse evidente la situazione di sottomissione a cui erano pure sottoposti i vassalli rispetto al signore.

³⁰⁵ Sul punto v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 162-163, il quale fa rilevare peraltro come emergano significative differenze tra la nobiltà e il clero in relazione, per esempio, al diritto di caccia, sulla cui soppressione il Primo stato non dubitava ma che vedeva compatto il Secondo stato nel rifiutare quest’ultima soluzione. Naturalmente, come lo studioso ricordato non manca di evidenziare, il vero punto di interesse è costituito dal fatto che in risposta agli atteggiamenti del clero il Secondo stato rivendicava l’abolizione o comunque la possibilità di riscattare le decime. Emerge da questa contrapposizione, come si vede facilmente, che né il Primo né il Secondo stato erano disposti a rinunciare alle loro prerogative, sebbene, per dirla con Garaud (*op. ult. cit.*, p. 163), «Ainsi, chacun des ordres privilégiés est enclin à sacrifier, le cas échéant, les privilèges de l’autre et c’est là une tendance qui s’accusera plus tard dans la nuit du 4 août».

³⁰⁶ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 163.

³⁰⁷ In proposito v. l’efficace sintesi di É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 96, il quale rileva come i popolani avessero assaltato i castelli al fine di distruggere gli archivi contenenti le prove degli antichi diritti feudali vantati dai signori.

E così, la sera del 4 agosto, una parte dei deputati propose di adottare misure estreme per affrontare il precipitare degli eventi, nonostante il fatto che alcuni nobili avessero intuito il fondamento delle richieste avanzate dal Terzo stato e avessero pertanto proposto che tutti i diritti feudali fossero resi riscattabili³⁰⁸.

Finalmente, dopo svariate discussioni e ancora una volta a fronte di coloro che volevano reprimere con la forza le proteste scoppiate nei Dipartimenti, intervenne Guy Le Guen de Kerengal con un discorso in cui si insisteva sulla necessità di abolire il regime feudale, vera causa dei disordini che nel frattempo stavano scoppiando nelle campagne³⁰⁹. L'Assemblea plaudì alle conclusioni presentate dal deputato, tanto che i rappresentanti degli Stati privilegiati sfilarono innanzi alla tribuna rinunciando ai propri diritti e privilegi. Non è quindi un caso che la notte del 4 agosto sia considerata, almeno sotto il profilo teorico, come il raggiungimento degli obiettivi della borghesia, che consistevano più in generale nella rivendicazione di un vero e proprio diritto borghese fondato

³⁰⁸ È significativo quanto riferisce É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 97, sull'opinione del Visconte de Noailles. Quest'ultimo aveva infatti precisato come, seppure l'intento dell'Assemblea fosse quello di sedare i disordini che nel frattempo erano scoppiati nei Dipartimenti, tale obiettivo non si sarebbe potuto perseguire senza tenere in giusta considerazione le rivendicazioni del Terzo stato e il fondamento che esse dovevano avere. In particolare, come si è visto, tra le richieste la più pressante riguardava proprio il regime fondiario sotto il giogo del diritto feudale. Un altro nobile, il Duca d'Aiguillon, seguendo de Noailles, evidenziava come precipuo scopo delle rivolte contadine contro il regime feudale non fosse tanto quello di distruggere i castelli simbolo del potere feudale, ma di impadronirsi degli archivi o direttamente dei titoli su cui i privilegi dei signori si fondavano e che in essi risultavano custoditi. È anche interessante notare, rimanendo al discorso del Duca d'Aiguillon, come quest'ultimo ponesse l'accento, quasi a voler trovare una giustificazione alle miserevoli condizioni dei contadini sottoposti al giogo feudale, come molta parte della nobiltà di alto lignaggio non fosse direttamente responsabile delle angherie perpetrate dai vassalli e da quelli che lui non esita a chiamare *gens d'affaires*.

³⁰⁹ Su cui v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 98; cui *adde* M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 177.

sull'uguaglianza e la libertà di impresa³¹⁰. Si pervenne in questa maniera alla redazione di un primo progetto di decreto contenente le istanze e le posizioni manifestate nel corso delle discussioni dai deputati.

Fu però solo l'11 agosto 1789 che si giunse, dopo diversi giorni di serrata e non sempre coerente discussione³¹¹, all'adozione di un *Décret général* in materia di abolizione e riscatto degli oneri reali che gravavano sulla proprietà³¹². È necessario pertanto richiamare gli articoli del *Décret général du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges*³¹³ che maggiormente interessano in questa sede:

Art. 1: *L'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal. Elle décrète que, dans les droits et devoirs tant feudaux que censuels, ceux qui tiennent à la main-morte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle, et ceux qui les représentent, sont abolis sans indemnité, tous les autres sont déclarés rachetables, et le prix et le mode du rachat seront fixés par l'Assemblée nationale. Ceux desdits droits qui ne sont point supprimés par ce décret continueront néanmoins à être perçus jusqu'au remboursement.*

Art. 5: *Les dîmes de toute nature, et les redevances qui en tiennent lieu, sous quelque dénomination qu'elles soient connues et perçues, même par abonnement,*

³¹⁰ Sul punto v. in breve J. MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, I, cit., pp. 188-198; M. VOVELLE, *Breve storia della Rivoluzione francese*, cit., p. 17.

³¹¹ In proposito, è sufficiente un rimando a N.I. KARÉIEW, *Les paysans et la question paysanne en France dans le dernier quart du XVIIIe siècle*, cit., pp. 452-456, anche con riferimento agli ulteriori progetti di decreto elaborati nel corso delle sedute.

³¹² Sul punto v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 99-101; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 177-178. Come è stato rilevato dall'ultimo studioso ora ricordato, la redazione finale del testo venne rinviata. In ogni caso, la lista delle mozioni approvate dall'Assemblea la notte del 4 agosto 1789 conteneva già alcuni spunti assai interessanti che vennero ripresi nel testo definitivo del decreto. In primo luogo, si procedeva a sancire l'abolizione della qualità di servo e della manomorta in qualunque forma essa si atteggiasse. In secondo luogo, si prevedeva la possibilità di un rimborso per i diritti vantati dai signori. Ancora, si aboliva anche la giurisdizione signorile, nonché i diritti *de chasse, des colombiers* e *des garennes*. Infine, si rendevano riscattabili tutte le decime, indipendentemente dal tipo.

³¹³ Negli *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787-1799)*, Tome VIII, *Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789*, cit., pp. 397-398.

possédées par les corps séculiers et réguliers, par les bénéficiers, les fabriques, et tous gens de mainmorte, même par l'ordre de Malte, et autres ordres religieux et militaires, même celles qui auraient été abandonnées à des laïcs, en remplacement et pour option de portion congrue, sont abolies, sauf à aviser aux moyens de subvenir d'une autre manière à la dépense du culte divin, à l'entretien des ministères des autels, au soulagement des pauvres, aux réparations et reconstructions des églises et presbytères, et à tous les établissements, séminaires, écoles, collèges, hôpitaux, communautés et autres, à l'entretien desquels elles sont actuellement affectées. Et cependant jusqu'à ce qu'il y ait été pourvu, et que les anciens possesseurs soient entrés en jouissance de leur remplacement, l'Assemblée nationale ordonne que lesdites dîmes continueront d'être perçues suivant les lois et en la manière accoutumée. Quant aux autres dîmes, de quelque nature qu'elles soient, elles seront rachetables de la manière qui sera réglée par l'Assemblée; et jusqu'au règlement à faire à ce sujet, l'Assemblée nationale ordonne que la perception en sera aussi continuée.

Art. 6: Toutes les rentes foncières perpétuelles, soit en nature, soit en argent, de quelque espèce qu'elles soient, quelle que soit leur origine, à quelques personnes qu'elles soient dues, gens de mainmorte, domaines apanagistes, ordre de Malte, seront rachetables; les champarts de toute espèce, et sous toutes dénominations, le seront pareillement, au taux qui sera fixé par l'Assemblée. Défenses sont faites de plus à l'avenir créer aucune redevance non remboursable.

Art. 18, seconda parte: L'Assemblée nationale s'occupera, immédiatement après la constitution, de la rédaction des lois nécessaires pour le développement des principes qu'elle a fixé par le présent arrêté, qui sera incessamment envoyé par MM. les députés dans toutes les provinces, avec le décret du 10 de ce mois, pour l'un et l'autre y être imprimés, publiés même au prône des paroisses, et affichés partout où besoin sera.

Notevoli sono già le parole di apertura dell'art. 1 ove l'Assemblea nazionale proclamava, enfaticamente, la distruzione totale del sistema feudale. In realtà, i deputati avevano creduto opportuno introdurre una importante differenza tra quei diritti aboliti *tout court*, vale a dire senza alcuna forma di indennità, e gli altri benefici resi al contrario solo riscattabili. Tra i primi rientravano la manomorta, tanto reale quanto personale, e le situazioni di servaggio personale³¹⁴. Invece, alla seconda categoria appartenevano tutti

³¹⁴ Questa parte della disposizione ricalca la prima delle mozioni che erano state approvate nella notte del 4 di agosto 1789. Essa, come si è brevemente accennato, prevedeva l'abolizione di ogni forma di manomorta e della condizione di servo. L'art. 1 del *Décret général* risulta più preciso sul punto, specificando la tipologia di manomorta, reale o personale, nonché adottando la più generale locuzione di

gli altri diritti, in relazione ai quali le modalità e il prezzo del riscatto sarebbero state fissate successivamente dalla medesima Assemblea.

Assai importanti al fine di riempire di contenuto le espressioni programmatiche usate nell'art. 1 per indicare i benefici soggetti a riscatto sono gli artt. 5 e 6. L'art. 5 è relativo alle decime e ai canoni di qualunque natura a favore di *corps séculiers et réguliers*, nonché di *bénéficiaires* e *fabriques*, come pure di *tous gens de mainmorte, même par l'ordre de Malte, et autres ordres religieux et militaires* anche qualora tali benefici fossero concessi a laici.

Come si vede la norma, la cui redazione finale fu assai sofferta³¹⁵, prende in considerazione nella prima parte esclusivamente i benefici ecclesiastici e quelli di cui risultavano titolari l'Ordine di Malta e gli *autres ordres*

servitude personnelle. Sul punto v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 179, il quale precisa che alla redazione dell'art. 1 operata dal Visconte de Noailles, il *Comité de rédaction* aveva anche aggiunto il caso della manomorta reale che, nonostante alcune opposizioni, trovò cittadinanza nella redazione finale della norma che include anche le prestazioni pecuniarie che risultano dovute in conseguenza della manomorta stessa.

³¹⁵ Cfr. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 179-180, il quale precisa come numerosi deputati avevano ritenuto la riforma relativa alle decime ancora insufficiente. Le posizioni mostrate risultavano eterogenee. Da un lato, quanti domandavano la soppressione delle decime senza alcuna forma di indennità; dall'altro, con una posizione che intaccava la stessa appartenenza dei beni ecclesiastici ritenuti di proprietà dello Stato, alcuni deputati, specie appartenenti al Terzo stato, avevano creduto di poter ricondurre la natura delle decime a quella di semplici contribuzioni pubbliche. Molti rappresentanti del clero, invece, difesero ardentemente la possibilità di riscattare le decime, sul presupposto che la soppressione senza alcuna indennità avrebbe costituito una ingiusta menomazione dei diritti del Primo stato. Tale diversa ricostruzione si basava sulla constatazione per cui le decime sarebbero appartenute senza dubbio al Primo stato, non certo alla Nazione. A questa prima motivazione si univa anche la necessità di non privare il clero del sostentamento per la cura dei poveri. La nobiltà, che avrebbe potuto approfittare dell'eventuale riscatto, sostenne le rivendicazioni del Terzo stato. E così il clero, facendo sfoggio di generosità, rinunciò a qualsiasi ulteriore rimostranza. L'articolo venne pertanto approvato.

religieux et militaires che operavano in quel momento in Francia³¹⁶. Dalla redazione finale dell'articolo, quanto all'ipotesi delle decime ecclesiastiche, traspare anche la preoccupazione di salvaguardare la principale fonte di approvvigionamento di cui disponeva il clero per le opere religiose e caritatevoli a favore della popolazione. Da qui l'ulteriore precisazione per cui l'abolizione sarebbe dovuta avvenire solo a seguito dell'individuazione dei mezzi alternativi per fronteggiare non solo le spese derivanti dall'amministrazione del culto, ma anche a quelle che fossero necessarie per provvedere alle opere pie, alla ricostruzione dei luoghi sacri e al sostentamento delle istituzioni culturali ecclesiastiche. E così, finchè ciò non fosse stabilito, gli antichi possessori avrebbero continuato a percepire queste rendite *suivant les lois et en la manière accoutumée*.

Il medesimo articolo poi, quanto alle altre decime, *de quelque nature qu'elles soient*³¹⁷, sanciva la possibilità di pervenire a un eventuale riscatto secondo un regolamento che sarebbe stato predisposto dalla medesima Assemblea. Finchè esso non fosse divenuto vigente, però, la riscossione sarebbe continuata ad avvenire regolarmente.

³¹⁶ Per una ricognizione dei c.d. *privilèges utiles* di cui risultava beneficiare il clero v. É. CHÉNON, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, I, *Période gallo-romaine période franke période féodale et coutumière [Sources du droit, Droit public]*, Paris, 1926, pp. 785-794; nonché per una sintesi ID., *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, II.1, *Période féodale et coutumière (du X^e au XVI^e siècle), Période monarchique*, Paris, 1929, pp. 10-11. Per alcune riflessioni specifiche riguardanti la soppressione delle decime a beneficio dell'Ordine di Malta, v. A. BLONDY, *L'Ordre de Malte au XVIII^e siècle. Des dernières splendeurs à la ruine*, Paris, 2002, pp. 285-286.

³¹⁷ La vaga espressione, come puntualizzava già uno dei primi commentatori, M. GARNIER, *De la destruction du régime féodal. Ou Commentaires sur les nouvelles Loix relatives aux droits ci-devant féodaux et censuels, à leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles*, Paris, 1791, p. 12, deve essere riferita, non alle decime ecclesiastiche, ma esclusivamente alle decime da infeudamento, dato che alle prime si sarebbe applicato il regime della diretta soppressione senza alcuna forma di indennizzo o possibilità di riscatto; nello stesso senso v. anche M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 180.

L'art. 6 si occupa invece delle *rentes foncières perpétuelles*³¹⁸. Esse, tanto se percepite in natura o in denaro, indipendentemente dalla specie, dall'origine o dal beneficiario, vengono dichiarate riscattabili. La stessa soluzione sarebbe valsa anche per le decime sul raccolto, soggette parimenti alla riscattabilità a un tasso che sarebbe stato anch'esso fissato sempre dall'Assemblea.

Infine, nell'art. 18 seconda parte, posto a chiusura del *Décret général*, l'Assemblea precisa che avrebbe proceduto celermente alla redazione delle necessarie leggi, più volte richiamate negli artt. 5 e 6, dirette a dare attuazione ai *principes qu'elle a fixé par le présent arrêté*.

Ma la realtà fu ben altra, oltre alle difficoltà intrinseche alle scelte dell'Assemblea, gli ulteriori sviluppi dei principi fissati nel *Décret général* avrebbero incontrato resistenze proprio da parte della Corona³¹⁹.

Effettivamente, le stesse previsioni del *Décret* presentavano aporie e soluzioni che la dottrina non ha mancato di giudicare assai severamente³²⁰. Come si è avuto modo di vedere esaminando il contenuto degli artt. 5 e 6, difatti, i deputati avevano ritenuto che fosse opportuno introdurre una distinzione tra i diversi oneri insistenti sulla proprietà. Da un lato, si collocavano i diritti feudali connessi alla manomorta o alla servitù personale; dall'altro, i rapporti propriamente fondiari ma comunque sempre

³¹⁸ M. GARNIER, *De la destruction du régime féodal. Ou Commentaires sur les nouvelles Loix relatives aux droits ci-devant féodaux et censuels, à leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles*, cit., p. 13, così definisce la figura della rendita fondiaria: «Rente fonciere, ou réelle est une rédevance fixe en argent ou en fruits, constituée directement et principalement sur un fonds, et qui n'est due par le possesseur qu'à cause du fonds». Per un inquadramento relativo alle basi economiche della figura qui ricordata e della sua evoluzione v. in breve J.-P. YDRAUT, *L'analyse de la rente foncière*, in *Études rurales* 110, 1988, pp. 299-304.

³¹⁹ Nonostante l'art. 17 esclamasse: *L'Assemblée nationale proclame solennellement le Roi Louis XVI Restaurateur de la liberté française*.

³²⁰ Infatti, v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 101; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 183.

collegati a una situazione di vassallaggio; infine, i diritti puramente fondiari. La possibilità di valersi del riscatto fu prevista esclusivamente per le due ultime ipotesi, mentre nel primo caso si sarebbe proceduto direttamente alla soppressione.

La critica più incisiva mossa a questa soluzione riguardava proprio la disciplina inerente all'ultima categoria che, come detto, prevedeva la soppressione senza alcun tipo di indennità. In proposito, si era fatto notare come una determinazione di quel tenore avrebbe causato in ogni caso una lesione di una serie di diritti che, seppure nascenti da un rapporto di tipo vassallatico, ricalcavano ormai il tipo proprietario. Senza contare, poi, che i titolari dei benefici avevano confidato, al momento del loro acquisto, in una legislazione effettivamente garantista sul punto³²¹.

Peraltro, nonostante fosse stato deciso di adottare una regola fondata su questa particolare distinzione, il *Décret général* risultava privo di una espressa enunciazione del criterio da seguire per stabilire inequivocabilmente quale diritto fosse soggetto al regime della soppressione e quale, invece, a quello della riscattabilità³²².

Per sopperire a questa mancanza l'Assemblea decise quindi di nominare, il 12 agosto 1789, un *comité de féodalité* affinché si pervenisse a una celere individuazione tanto dei diritti da sopprimere senza indennità quanto dei diritti per cui invece si sarebbe dovuto procedere mediante riscatto.

Tra i componenti si distinguevano gli avvocati Merlin e Tronchet che presiedettero le due sottocommissioni formanti il *comité*: la prima

³²¹ Sono gli argomenti messi innanzi da É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 101, il quale in proposito nota ancora come sarebbe stato assai iniquo far gravare sui titolari dei benefici un fatto, vale a dire l'abolizione incondizionata, che non si sarebbe potuto in altro modo a loro imputare. E così, sebbene si sostenesse comunque che l'abolizione fosse il frutto di esigenze nazionali contingenti, non si sarebbe del pari potuto considerare irrilevante il danno subito dai titolari dei diritti, anche a voler credere che la gran maggioranza di essi avesse rinunciato ai benefici la notte del 4 agosto.

capeggiata da Merlin avrebbe dovuto individuare il principio volto a distinguere i diritti aboliti e quelli riscattabili; la seconda, guidata da Tronchet, si sarebbe occupata invece delle condizioni del riscatto³²³. Nel primo rapporto presentato all'Assemblea, l'8 febbraio 1790, Merlin avvertiva i deputati che il *comité* era giunto esclusivamente a una stesura provvisoria del testo legislativo sostitutivo della precedente disciplina dei diritti feudali e che la normativa destinata a regolare le modalità del riscatto era ancora lungi dall'essere terminata³²⁴.

È assai interessante notare su che base Merlin avesse ritenuto di dover dare sostanza al principio emergente dalla lettera dell'art. 1 del *Décret général* che, come si è visto, dichiarava aboliti quei diritti feudali che fossero relativi alla *mainmorte réelle* o *personelle* e alla *servitude personelle*. E così egli aveva distinto due specie di rapporti feudali: da un lato quelli che derivavano da atti di usurpazione che, non potendo dare vita

³²² É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 102.

³²³ Cfr. N.I. KARÉIEW, *Les paysans et la question paysanne en France dans le dernier quart du XVIIIe siècle*, cit., pp. 456-486, il quale, oltre a sottolineare come tra i due principali esponenti del comitato Tronchet avesse le idee più vicine a quelle dell'aristocrazia, evidenzia come nella composizione del comitato prevalessero gli uomini di legge, peraltro a fronte di soli quattro componenti appartenenti al Secondo stato e di tre *propriétaires*; É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 102-103; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 183.

³²⁴ N.I. KARÉIEW, *Les paysans et la question paysanne en France dans le dernier quart du XVIIIe siècle*, cit., p. 461; É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 102-103, che insiste peraltro sulla condotta dei contadini i quali, sulla scorta del contenuto dell'art. 1 del *Décret général* e in particolare facendo leva sulle parole di apertura, si consideravano come ormai del tutto sciolti da qualsiasi obbligo nei confronti dei signori. Naturalmente, come Chénon mette in evidenza, il tenore della legge era ben altro, dato che per un buon numero di diritti si prevedeva non la soppressione ma la possibilità di riscatto. A loro volta i signori pretendevano che i contadini pagassero anche gli arretrati. La situazione, nonostante le numerose petizioni che questi ultimi inviavano all'Assemblea, non mutava, tanto che nelle campagne si registravano nuove ondate di violenza che prendevano nuovamente di mira i

legittimamente a un diritto, avrebbero dovuto essere dichiarati senz'altro nulli, inesistenti e pertanto non soggetti ad alcuna forma di indennità; dall'altro, quelli la cui esistenza era basata su contratti di concessione. Merlin, come è stato rilevato, aveva fatto propria la distinzione tra *féodalité dominant* e *féodalité contractant*³²⁵.

Questo criterio, peraltro, presentava un inconveniente quanto al profilo probatorio, dato che molto spesso i titoli costitutivi erano andati perduti, distrutti dai contadini o anche, semplicemente, risultavano *ab origine* inesistenti. Fu per questo motivo che l'Assemblea costituente si trovò costretta a adottare un sistema di presunzioni in modo da dichiarare soppressi senza alcuna indennità tutti quei casi rientranti nel concetto di *féodalité dominant* e, al contrario, riscattabili le situazioni riconducibili alla *féodalité contractant*³²⁶.

Si pervenne in questo modo all'approvazione della *Loi générale concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rechetables* del 15 marzo 1790³²⁷. Ecco, per quanto concerne il Titolo I, gli

castelli e gli archivi in essi ubicati e che custodivano le prove dei diritti vantati dai signori.

³²⁵ É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 104-105, che in proposito rileva come il criterio distintivo proposto da Merlin, in realtà, nonostante fosse stato accettato dall'Assemblea come quello più rispondente alle esigenze derivanti dall'equità, presentasse il difetto per cui mediante patto si sarebbero potuti anche costituire rapporti facilmente riconducibili al concetto di *féodalité dominant* senza contare che, specularmente, alla nascita di diritti rientranti nella categoria della *féodalité contractant* si sarebbe potuto pervenire a causa delle pressioni e della violenza perpetrata dai signori; sul punto v. anche, nello stesso senso, M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 184-186.

³²⁶ Sul punto v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 105.

³²⁷ Il decreto, come specifica É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 105, nt. 2, «[...] comprenait dans son texte des décisions prises successivement les 24, 25, 26, 27 février, et les 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10, 11 et 15 mars [...]». Esso risultava suddiviso in tre titoli. Il primo, *Des effets généraux de la destruction du régime féodal*, si occupava principalmente di regolare, in generale gli effetti futuri dell'abolizione del regime feudale. Il secondo, *Des droits seigneuriaux qui sont supprimés sans indemnité*, quello più significativo,

articoli che interessano questa sede³²⁸:

Art. 1: *Toutes distinctions honorifiques, supériorité et puissance résultantes du régime féodale, sont abolies. Quant à ceux des droits utiles qui subsisteront jusqu'au rachat, ils sont entièrement assimilés aux simples rentes et charges foncières*³²⁹.

Art. 5: *En conséquence, les formes ci-devant usitées de reconnaissance pae aveux et dénombrements, déclarations à terrier, gages-pleiges, plaids et assises, sont abolis; et il est défendu à tout propriétaire de fiefs de continuer aucuns terriers, gages-pleiges ou plaids, et assies, commencés avant la publication des présents.*

Art. 7: *Toutes saisies féodales et censuelles, et droits de commise, sont abolis; mais les propriétaires des droits féodaux et censuels non-supprimés sans indemnité, pourront exercer les actions, contraintes, exécutions, privilèges et préférences qui, par le droit commun, les différentes coutumes et statuts des lieux, appartiennent à tous premiers bailleurs de fonds.*

Art. 8: *Tous les droits féodaux et censuels, ensemble toutes les rentes, redevances, et autre droits qui sont rachetables par leur nature ou par l'effet des décrets du 4 août 1789 et jours suivans, dont nous avons ordonné la publication et l'envoi, seront, jusqu'à leur rachat, et à compter de l'époque qui sera déterminée par l'article 33 du titre 2 des présentes, soumis, pour le principal, à la prescription que les différentes lois et coutumes du royaume ont établie relativement aux immeubles réels sans rien innover, quant à présent, à la prescription des arrérages.*

Art. 10: *Le retrait féodal, le retrait censuel, le droit de prélation féodale ou*

era dedicato alla individuazione dei diritti signorili esistenti e appunto soppressi senza indennità. Infine, il terzo, *Des droits seigneuriaux rachetable*, riguardava i diritti feudali dichiarati riscattabili. Il testo della *Loi* si trova in *Lois civiles, ou Code civil intermédiaire, formé De la réunion des Lois, Arrêtés, etc. sur l'état des Personnes et la transmission des Biens, rendus depuis le 4 août 1789, jusqu'au 30 ventôse an XII (mars, 1804), époque du Code Napoléon...* Par J.B.S. et G.S.L., I, Paris, 1810², pp. 7-21.

³²⁸ Per completezza è opportuno riportare anche le seguenti disposizioni. Art. 3: *Les fiefs qui ne devaient que la bouche et les mains, ne sont plus soumis à aucun aveu ni reconnaissance.* Art. 4: *Quant aux fiefs qui sont grevés de devoirs utiles ou de profits rechetables, et aux censives, il en sera fourni par les redevables de simples reconnaissances passées à leurs frais pardevant tels notaires qu'ils voudront choisir, avec la déclaration expresse des confins et de la contenance; et ce, aux mêmes époque, en la même forme, et de la même manière que sont reconnus, dans les différentes provinces et lieux du royaume, les autres droits fonciers par les personnes qui en sont chargées.*

³²⁹ E l'art. 2 di conseguenza stabiliva che: *La foi-hommage, et tout autre service purement personnel, auquel les vassaux, censitaires et tennanciers ont été assujétis jusqu'à présent, sont abolis.*

censuelle, et le droit de retenue seigneuriale, sont abolis.

L'art. 1 statuisce in primo luogo sancendo l'abolizione di ogni *distinctions honorifiques, supériorité et puissance résultantes du régime féodal*³³⁰, per poi specificare che i *droits utiles* non direttamente aboliti (e dunque fino a quando per essi non fosse intervenuto alcun tentativo di riscatto), sarebbero stati assimilati a delle normali *rentes et charges foncières*. Questo primo articolo, dunque, è diretto principalmente, come pure l'art. 2 che a esso è direttamente collegato, alla soppressione di quelle particolari forme di omaggio che il vassallo avrebbe dovuto recare al proprio signore riconoscendone la superiorità³³¹.

Proseguendo, all'art. 5 si ordina primariamente l'abolizione dell'*aveu*, vale a dire della dichiarazione scritta che il vassallo aveva l'obbligo di rendere al signore nel momento in cui entrava in possesso del feudo, nonché del *dénombrement*, cioè della minuta descrizione dei beni infeudati³³².

³³⁰ Come rilevava già M. GARNIER, *De la destruction du régime féodal. Ou Commentaires sur les nouvelles Loix relatives aux droits ci-devant féodaux et censuels, à leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles*, cit., pp. 16-17, un grande numero di situazioni rientrava sotto questa generica formulazione, dipendendo ciò anche dal fatto che molto spesso essi erano fondati sulle particolari consuetudini locali. Tuttavia, tra i molti, Garnier ricorda i più comuni, vale a dire «[...] ceux qui ordinairement appartenoient aux Seigneurs Haut-Justiciers et de Fiefs, étoient les droits de banc à l'église, de pain béni, d'eau bénite, d'encens, de recommandation aux prières publiques, de sépulture, de litres et ceintures funebres etc.».

³³¹ Sul punto cfr. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 105-106; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 186.

³³² Perciò, secondo M. GARNIER, *De la destruction du régime féodal. Ou Commentaires sur les nouvelles Loix relatives aux droits ci-devant féodaux et censuels, à leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles*, cit., p. 22, il *dénombrement* non è altro che un ulteriore sviluppo dell'*aveu*. In proposito, però, v. anche N. VITON DE SAINT-ALLAIS, s.v. 'Dénombrement', in *Dictionnaire encyclopédique de la noblesse de France*, I, Paris, 1816, p. 247, secondo cui, sebbene i termini compaiano spesso associati o comunque il lemma *aveu* venga impiegato in luogo di *dénombrement*, essi non debbano essere considerati sinonimi, dato che: «[...] le terme de *dénombrement* ajoutait quelque chose à celui d'*aveu*, lequel semblait se rapporter principalement à

Ancora, venivano pure soppresse le c.d. *déclarations à terrier*³³³, così come i *gages-pleiges*, i *plaid*s e le *assises*³³⁴. Si precisa, infine, che tutti i proprietari di feudi avrebbero potuto *continuer aucuns terriers, gages-pleiges ou plaid*s, et *assies*, solo però qualora fossero stati intrapresi prima della promulgazione della *Loi*.

L'art. 7 si occupa di abolire le *saisies féodales et censuelles* e i *droits de commise*³³⁵. E tuttavia, si specifica che qualora si versasse nel caso dei *droits féodaux et censuels non-supprimés sans indemnité*, i proprietari avrebbero potuto esercitare *les actions, contraintes, exécutions, privilèges et préférences* previsti però dal diritto comune, dalle *cotumes* e dagli *statuts des lieux* a favore di tutti i *premiers bailleurs de fonds*.

Di notevole rilievo sono le prescrizioni di cui all'art. 8. Ivi si precisa che tutti i diritti *féodaux et censuels*, nonché tutte le *rentes, redevances*, e altri diritti che per loro stessa natura o in conseguenza di quanto previsto dai *décrets* del 4 agosto 1789 siano riscattabili saranno, fino a che il riscatto non sia avvenuto e a partire dal periodo previsto dall'art. 33 del Titolo II³³⁶,

la reconnaissance générale qui était au commencement de l'acte: au lieu que le terme de dénombrement se rapportait singulièrement au détail qui était fait ensuite des dépendances du fief».

³³³ Così definite da M. GARNIER, *De la destruction du régime féodal. Ou Commentaires sur les nouvelles Loix relatives aux droits ci-devant féodaux et censuels, à leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles*, cit., p. 22: «On appelle déclaration à terrier, une description détaillée de ce qu'on possède dans la censive d'un seigneur ou de ce qu'on possède dans sa haute justice [...]», e su cui v. almeno A. SOBOUL, *De la pratique des terriers à la veille de la Révolution*, in *Annales. Économie, Sociétés, Civilisations* 19.VI, 1964, pp. 1049-1065.

³³⁴ Su cui M. GARNIER, *De la destruction du régime féodal. Ou Commentaires sur les nouvelles Loix relatives aux droits ci-devant féodaux et censuels, à leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles*, cit., p. 23.

³³⁵ Su cui v. M. GARNIER, *De la destruction du régime féodal. Ou Commentaires sur les nouvelles Loix relatives aux droits ci-devant féodaux et censuels, à leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles*, cit., pp. 24-27.

³³⁶ Art. 33: *Toutes les dispositions ci-dessus, à l'exception de celles de l'article XI du titre premier, et des articles XIII, XVII et XIX du présent titre, qui ne seront*

regolate quanto al regime della prescrizione dalle previsioni delle leggi e delle *coutumes* del Regno valevoli per gli *immeubles réels*³³⁷.

L'art. 10, infine, prevede l'abolizione tanto del *retrait féodal* quanto del *retrait censuel*, così come del diritto di *prélacion féodale* o *censuelle* e del diritto di *retenue seigneuriale*.

Il Titolo II contiene invece una ricognizione dei diritti signorili esistenti e soppressi senza alcun tipo di indennità³³⁸. Ecco le disposizioni che è utile prendere succintamente in considerazione³³⁹:

Art. 1: *La main-morte personnelle, réelle ou mixte, la servitude d'origine, la*

exécutées que du jour de la publication des présentes, auront leur effet à compter du jour de la publication de nos lettres-patentes du 3 novembre 1789.

³³⁷ E pertanto, come sottolineano É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 106 e M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 187, mediante questa previsione si assoggettavano i rapporti enumerati nella prima parte dell'articolo alle norme ordinarie stabilite per regolare la prescrizione degli ordinari diritti fondiari, eliminando dunque ogni riferimento alla imprescrittibilità del credito derivante dal censo e fondato sul mero carattere ricognitivo del rapporto feudale. Come pure è stato rilevato da Chénon, è attraverso questa norma e l'estensione delle ordinarie disposizioni in materia di prescrizione, che si provvede alla effettiva realizzazione degli intendimenti di cui all'art. 1 del *Décret général du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges*.

³³⁸ Sul punto v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 106.

³³⁹ È opportuno ricordare anche i seguenti articoli. Art. 3: *Lesdits héritages demeureront pareillement assujetés aux droits dont ils pouvaient être tenus en cas de mutation par vente, pourvu néanmoins que lesdits droits ne fussent pas des compositions à la volonté du propriétaire du fief dont ils étaient mouvans, et n'excédassent point ceux qui ont accoutumé à être dûs par les héritages non mainmortables tenus en censive dans la même seigneurie, ou suivant la coutume.* Art. 4: *Tous les actes d'affranchissement par lesquels la mainmorte réelle ou mixte aura été convertie sur les fonds ci-devant affectés de cette servitude, en redevances foncières et en droits de lods aux mutations, seront exécutés selon leur forme et teneur, à moins que lesdites charges et droits de mutation ne se trouvassent excéder les charges et les droits usités dans la même seigneurie, ou établis par la coutume ou l'usage général de la province, relativement aux fonds non mainmortables tenus en censive.* Art. 5: *Dans le cas où les droits et charges réelles mentionnées dans les deux articles précédens, se trouveraient excéder le taux qui y est indiqué, il y seront réduits; et sont entièrement supprimés les droits et charges qui ne sont représentatifs que des servitudes purement personnelles.*

servitude personnelle du possesseur des héritages tenus en main-morte réelle, celle de corps et de poursuite, les droits de taille personnelle, de corvée personnelle, d'échute, de vuide-main, le droit prohibitif des aliénations et dispositions à titre de vente, de donations entre-vifs, ou testamentaires, et tous les autres effets de la main-morte réelle, personnelle ou mixte, qui s'étendaient sur les personnes ou les biens, sont abolis sans indemnité.

Art. 2: Néanmoins, tous les fonds ci-devant tenus en mainmorte réelle ou mixte, continueront d'être assujettis aux autres charges, redevances, tailles ou corvées réelles, dont ils étaient précédemment grevés.

L'art. 1, in particolare, oltre che di altre forme di rapporti intercorrenti tra signori e vassalli, è perentoriamente rivolto all'abolizione della *main-morte personnelle, réelle ou mixte* così come degli stessi effetti giuridici derivanti dalla manomorta reale³⁴⁰.

Le disposizioni dell'articolo appena richiamato avevano dunque l'obiettivo di eliminare ogni traccia dei pesi di origine feudale percepiti come retaggio della condizione servile tipica del sistema proprietario feudale. In corrispondenza, all'art. 2, veniva previsto che sui medesimi fondi continuassero a gravare *autres charges, redevances, tailles o corvées*

³⁴⁰ Come peraltro sottolineava già M. GARNIER, *De la destruction du régime féodal. Ou Commentaires sur les nouvelles Loix relatives aux droits ci-devant féodaux et censuels, à leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles*, cit., p. 41, risulta particolarmente difficoltoso individuare le caratteristiche e una esatta definizione della figura considerata dall'art. 1. Per quanto interessa in questa sede è sufficiente un rimando ad A. FALCHI, s.v. 'Manomorta (Storia del diritto)', in *DI*, XV.1, Torino, 1903-1907, pp. 700-711, il quale rileva come per diritto germanico il termine 'manomorta' stia a indicare il soggetto giuridicamente incapace o solo limitatamente capace. Quest'ultimo, in conseguenza dello status che gli veniva riconosciuto, non poteva alienare i propri beni, disporre per testamento o succedere in linea collaterale e tantomeno poteva ritenersi svincolato dalla terra del suo signore. Il termine, di conseguenza, venne successivamente a designare coloro che, entrati a far parte di corpi religiosi o enti di altro genere, perdevano la loro capacità a seguito della rinuncia alla titolarità dei propri diritti. In seguito, tale lemma venne a descrivere gli enti medesimi (e tra questi proprio il feudo), nonché il patrimonio di essi. La parola, dunque, possiede un doppio significato che si collega tanto all'elemento personale quanto all'elemento reale. Come però specifica Falchi è invalso l'uso di riferirsi con 'manomorta' specialmente a quel particolare tipo di proprietà che, per sua stessa natura, risulta inalienabile e non soggetta ad alcuna tassa di successione.

réelles che risultassero già in precedenza sul fondo³⁴¹.

Sono infine da considerare alcuni articoli contenuti nel Titolo III della *Loi*, relativo ai diritti feudali dichiarati riscattabili:

Art. 1: *Seront simplement rechetables, et continueront d'être payés jusqu'au rachat effectué, tous les droits et devoirs féodaux ou censuels utiles, qui sont le prix et la condition d'une concession primitive de fonds.*

Art. 2: *Et son présumés tels, sauf la preuve contraire,*

1°. *Toutes les redevances seigneuriales annuelles en argent, grains, volailles, cire, denrées, ou fruits de la terre, servis sous la dénomination de cens, censives, surcens, capcasal, rentes féodales, seigneuriales et emphytéotiques, champart, tasque, terrage, arage, agrier, complant, soëté, dimes inféodées, ou sous toute autre dénomination quelconque, qui ne se payent et ne sont dus que par le propriétaire ou possesseur d'un fonds, tant qu'il est propriétaire ou possesseur, et à raison de la durée de sa possession;*

2°. *Tous les droits casuels qui, sous les noms de quint, requint, treizième, lods et treizains, lods et ventes, ventes et issues, mi-lods, rachats, venterolles, reliefs, relevoisons, plaids et autres dénominations quelconques, sont dus à cause des mutations survenues dans la propriété ou la possession d'un fonds, par le vendeur, l'acheteur, les donataires, les héritiers et tous autres ayant-cause du précédent propriétaire ou possesseur;*

3°. *Les droits d'acapte, d'arrière-acapte, et autres semblables, dus, tant à la mutation des ci-devant seigneurs, qu'à celle des propriétaires ou possesseurs.*

All'art. 1 si dichiaravano semplicemente riscattabili, e dunque dovuti sino all'avvenuto riscatto, tutti i diritti e i doveri feudali e censuali utili che

³⁴¹ E che, come rileva É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 106-107, non essendo espressione del gergo feudale risultavano spesso originati da un rapporto di tipo convenzionale. L'art. 7 si preoccupava poi di estendere le disposizioni della *Loi* anche a particolari forme di manomorta che si erano sviluppate localmente. Le altre norme contenute nel Titolo II provvedevano invece a elencare dettagliatamente una serie di diritti signorili che tuttavia non si ricollegavano a situazioni di smembramento vero e proprio del diritto di proprietà. Va peraltro specificato, sulla scorta delle osservazioni di Chénon (ma v. pure, nello stesso senso, M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 187-188), che ai signori era concesso addurre limitatamente ad alcune fattispecie la prova che il diritto fosse derivato da una concessione di tipo negoziale del fondo. In quest'ultimo caso essi avrebbero dovuto presentare secondo la disposizione dell'art. 29 – che rimanda per l'elencazione dei diritti non soppressi agli artt. 9-10-11-15-17-24 e 27 della *Loi* – o il *titre primitif* oppure, qualora esso non fosse

fossero il *prix* e la *condition* di una *concession primitive* dei fondi, elencati al successivo art. 2³⁴².

La normativa contenuta nella *Loi générale concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rachetables* si era semplicemente limitata, quindi, a mutare la natura di questi rapporti in ordinari diritti reali³⁴³.

Delle condizioni del riscatto si dovette poi occupare Tronchet il cui rapporto, depositato il 12 dicembre 1789, era stato discusso e aveva dato luogo al *Décret général sur les principes, le mode et le taux du rachat des droits seigneuriaux, déclarés rachetables par les articles I et II du titre III du décret du 15 mars*, del 3 maggio 1790³⁴⁴.

disponibile, *deux reconnaissances conformes* che a loro volta ne richiamassero una più antica non contraddetta da *reconnaisances antérieurs*.

³⁴² Si v. la descrizione di essi dovuta a M. GARNIER, *De la destruction du régime féodal. Ou Commentaires sur les nouvelles Loix relatives aux droits ci-devant féodaux et censuels, à leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles*, cit., pp. 114-117.

³⁴³ In questo senso v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 108; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 189, il quale afferma: «[...] résulte de ces dispositions que les stipulations des contrats relatives soit aux profits pécuniaires, soit aux redevances en nature, intervenues entre le seigneur féodal et le seigneur censier et le censitaire, restaient en vigueur, malgré le changement de nature des biens et des droits». Peraltro, nonostante quanto avevano stabilito le norme richiamate, chi avesse ritenuto di essere titolare di un diritto riscattabile avrebbe dovuto darne prova, tanto in relazione all'esistenza quanto alla quota. La prova, *ex art. 3*, sarebbe potuta avvenire adducendo i mezzi probatori richiamati dagli statuti, dalle *coutumes* e dalle regole in vigore. In conseguenza di questa previsione, che evidentemente legittimava anche gli strumenti di prova ammessi dalle *coutumes*, si rendeva possibile applicare la c.d. regola dell'*enclave*. In base a essa, infatti, si presumeva che un fondo ricompreso nel territorio su cui si esercitava la signoria fosse pure gravato da un canone per il solo operare della regola *nulle terre sans seigneur*.

³⁴⁴ Su cui v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 109-112; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 190-192. Il *Décret* era ripartito in quattro *Divisions*. La prima e la seconda, rispettivamente rubricate *Principes généraux* e *Règles relatives aux qualités des personnes*, stabilivano principi e regole generali valevoli per tutte le ipotesi considerate nel testo del *Décret*. La terza, rubricata invece *Mode et taux du rachat*

Il *Décret* appena ricordato, nonostante lo sforzo compiuto, presentava una serie di lacune che interessavano le innumerevoli ipotesi in esso non contemplate e derivanti dalla prassi del diritto feudale. Per tale ragione divenne necessario che la disciplina fosse integrata dalle previsioni contenute nella successiva *Loi relative au rachat de plusieurs droits seigneuriaux*, del 23 febbraio 1791³⁴⁵.

Al *Décret* del 3 maggio del 1790 seguirono altri atti normativi diretti a disciplinare la restante parte della materia che non era stata ancora interessata da alcuna puntuale regolamentazione. In particolare, tra la notevole produzione legislativa, va ricordata la *Loi sur le rachat des rentes foncières*, del 18 dicembre 1790³⁴⁶.

Bisogna a questo punto soffermarsi brevemente sulla portata effettiva della normativa ora ricordata. Proprio la *Loi* da ultimo ricordata permette di formulare una prima considerazione, che però può essere estesa alla complessa produzione normativa riguardante la soppressione della feudalità. In effetti, scorrendo le previsioni normative sopra richiamate, si nota come l'unico effetto sortito – se si escludono quelle situazioni riconducibili alle *servitudes réelle e personnelle* nonché ai *droits honorifiques* per cui si era proceduto non senza difficoltà alla soppressione – fosse stato come detto

des redevances annuelles, conteneva prescrizioni riguardanti appunto le modalità e i tassi del riscatto limitatamente alle *redevances annuelles*. Infine, la quarta, *Mode et taux du rachat de droits casuels*, si occupa invece delle modalità e dei tassi di riscatto per i *droits casuels*.

³⁴⁵ Sul punto v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 112. Il testo della legge si trova in *Lois civiles, ou Code civil intermédiaire, formé De la réunion des Lois, Arrêtés, etc. sur l'état des Personnes et la transmission des Biens, rendus depuis le 4 août 1789, jusqu'au 30 ventôse an XII (mars, 1804), époque du Code Napoléon... Par J.B.S. et G.S.L., I, cit., pp. 103-107.*

³⁴⁶ In *Lois civiles, ou Code civil intermédiaire, formé De la réunion des Lois, Arrêtés, etc. sur l'état des Personnes et la transmission des Biens, rendus depuis le 4 août 1789, jusqu'au 30 ventôse an XII (mars, 1804), époque du Code Napoléon... Par J.B.S. et G.S.L., I, cit., pp. 75-89*; cui adde, per il commento delle disposizioni, É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 113-117.

quello di mutare la natura dei rapporti fondiari che da *féodaux et censuels* erano divenuti veri e propri *droits fonciers*³⁴⁷.

Non vi può essere dubbio alcuno sul fatto che l'azzardata proclamazione dell'art. 1 del *Décret général du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges*, secondo cui l'Assemblea aveva proceduto a distruggere *entièrement le régime féodal*, non aveva trovato una concreta realizzazione nella normativa attuativa. Essa, come si è visto, era caratterizzata ancora dalla possibilità di conservare quei diritti che potevano rientrare nel concetto di *féodalité contractant*. Il tutto, inoltre, ulteriormente inficiato da un regime probatorio di favore per i signori e assai limitante per i vassalli e i censuari.

I punti deboli della legislazione antifeudale non finivano qui. È opportuno ricordare, difatti, anche le difficoltà di pervenire al riscatto di quei diritti dichiarati tali dalle norme sopra esaminate. Sotto questo profilo è stato ben rilevato come le stesse modalità del riscatto sarebbero state una pura illusione per i contadini, i quali, oltretutto, avrebbero dovuto anche procurarsi le risorse necessarie per poter effettivamente affrancare i fondi dalla condizione in cui si trovavano³⁴⁸.

Ancora, dal punto di vista giuridico, in ragione della necessità di

³⁴⁷ In questo senso v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 119; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 194, il quale peraltro sottolinea anche come ulteriore debolezza intrinseca alla legislazione antifeudale derivasse dalla possibilità concessa ai signori di provare che i diritti di cui risultavano titolari e presumibilmente illegittimi avessero invece come origine la concessione del fondo sicchè, conformemente alle previsioni normative, essi avrebbero potuto conservare il privilegio altrimenti invalido; al contrario, i vassalli e i censuari avrebbero certo potuto, almeno in linea teorica, dimostrare che i diritti vantati dai signori fossero a norma di legge illegittimi e tuttavia, all'atto pratico, tale prova si dimostrava impossibile.

³⁴⁸ Così M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 194-195, ove lo studioso precisa anche che le previsioni relative al riscatto avrebbero dovuto avere natura obbligatoria e del materiale pagamento si sarebbe dovuto fare carico lo Stato stesso. A questa soluzione, peraltro, si era pervenuti già con riguardo alle decime derivanti da infeudamento, dato che i proprietari furono indennizzati in quel caso proprio dal Tesoro.

pervenire a un soddisfacente grado di tutela delle ragioni dei signori, si era deciso, per il caso di concessioni in feudo o in censo che implicavano il pagamento di canoni annuali e *droits de mutation*, di rendere riscattabile gli uni solo qualora si fosse proceduto anche in relazione agli altri³⁴⁹.

Ciò detto, non può sorprendere la dura critica a cui è stata sottoposta la legislazione rivoluzionaria in tema di affrancamento dalla feudalità. La maggior parte delle *servitudes personnelles*, dei *droits honorifiques* e quanto riconducibile all'*héritage servile*, avevano subito la condanna e l'abolizione. Tuttavia, la quasi totalità dei diritti signorili avrebbero potuto essere dichiarati legittimi ciò valendo, in special modo, per quelli inerenti propriamente al feudo e per i censi che vennero semplicemente trasformati in rendite fondiarie³⁵⁰.

Le previsioni della legge, il cui preciso contenuto non era affatto chiaro alle masse popolari che avevano interpretato le norme nel senso di una abolizione *tout court* di tutti i diritti feudali, non avevano dunque sortito quell'effetto che i contadini avevano sperato. La situazione stava tornando nuovamente difficile, con focolai di *jacquerie* che scoppiavano specialmente in quelle regioni della Francia ove più prepotentemente si faceva sentire il giogo feudale³⁵¹.

³⁴⁹ Sul punto v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 195.

³⁵⁰ Cfr. in proposito M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 196; cui adde, sotto il profilo più strettamente inerente alla questione della natura della *rente foncière*, R. BLAUFARB, *Propriété, politique et délimitation des groupes sociaux: le débat sur les rentes foncières, 1789-1811*, in *Annales historiques de la Révolution française* 359, 2010, pp. 119-140, ove si mette in evidenza come la legislazione rivoluzionaria non avesse chiarito la natura delle *rentes* determinando in questa maniera incertezza sulla possibilità che anche per esse potesse valere l'abolizione. Peraltro, Blaufarb pone l'accento sul complesso dibattito che interessò i titolari dei diritti di rendita, i debitori e lo Stato che, specialmente a seguito della secolarizzazione dei beni ecclesiastici, era divenuto esso stesso titolare di un numero elevatissimo di contratti di rendita.

³⁵¹ Cfr. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 198-199.

Per tali ragioni si decise di costituire nuovamente un *comité de féodalité*, il 24 ottobre 1791³⁵². I lavori del *comité*, sebbene inizialmente portati avanti lentamente e con poca convinzione, subirono una netta accelerazione a causa della rinnovata attenzione che venne dedicata al tema a seguito del sostegno che l'Imperatore di Germania, contro le affermazioni del *Décret* del 4 agosto, aveva mostrato nei confronti dei grandi principi tedeschi che possedevano feudi in Alsazia e Lorena³⁵³.

Fu così presentato, l'11 aprile 1791, un progetto di decreto mediante cui si abolirono quei diritti che in precedenza erano stati dichiarati semplicemente riscattabili, modificando peraltro anche il regime probatorio e ponendo a carico dei signori l'onere di provare la legittimità del diritto vantato³⁵⁴.

Si giunse in questa maniera alla *Loi qui supprime, sans indemnité, tous*

³⁵² Bisogna ricordare che il 30 settembre 1791 la Costituente aveva proceduto a separarsi e, come non mancava di precisare É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 121 con significative parole, «Ce fut sa dernière imprudence. Elle abdiquait ainsi devant l'Assemblée législative, et livrait son œuvre sans défenseurs autorisés à des hommes nouveaux, élus au milieu de troubles, et qui devaient la continuer avec un esprit bien différent». Quanto al ricostituito *comité* è stato rilevato da M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 212, come le principali lagnanze cui esso dovette fare fronte avevano riguardato nello specifico le modalità del riscatto e la diversa regolamentazione della esigibilità delle rendite che avrebbe potuto essere pretesa solo quando il signore avesse posseduto il contratto originario a cagione del quale si giustificasse l'esistenza stessa del diritto.

³⁵³ Cfr. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 122-123, ove ulteriori precisazioni sul dibattito che scaturì presso l'Assemblea a seguito degli interventi di alcuni deputati. In particolare, si può utilmente ricordare il discorso di Georges Couthon in conseguenza del quale la stessa Assemblea decise di richiedere al *comité de féodalité* una pronuncia che investisse precisamente quei diritti signorili *utiles* che le precedenti disposizioni legislative avevano dichiarato riscattabili.

³⁵⁴ Sul contenuto del dibattito che seguì il progetto v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 123-127. Diversi deputati si soffermarono, nello specifico, sulle modalità stabilite per la prova della legittimità dei diritti vantati dai signori tanto che si arrivò persino a sostenere che essi dovessero presentare i titoli originari su cui si basava la titolarità di un determinato diritto.

*les droits casuels, soit censuels, soit féodaux, et tous ceux qui en sont représentatifs, à moins que lesdits droits ne soient justifiés être le prix d'une concession de fonds, del 18 giugno-6 luglio 1791*³⁵⁵. È necessario ricordarne almeno l'articolo di apertura:

Art. 1: L'Assemblée nationale, dérogeant aux articles I et II du titre III du décret du 15 mars 1790, et à toutes lois à ce relatives, décrète que tous les droits casuels, soit censuels, soit féodaux, et tous ceux qui en sont représentatifs, connus sous les noms de quint, requint, treizième, lods et trezains, lods et ventes et issues, milods, rachat, venterolles, reliefs, relevaisons, plaids, acapte, arrière-acapte, et autres droits casuels, sous quelque dénomination que ce soit, qui se percevaient à cause des mutations qui survenaient dans la propriété ou la possession d'un fonds, sur le vendeur, l'acheteur, les donataires, les héritiers, et tous autres ayant-cause du précédent propriétaire ou possesseur, sont et demeurent supprimés sans indemnité, à moins que lesdits droits ne soient justifiés par le titre primitif d'inféodation, d'accensement ou de bail à cens, être le prix et la condition d'une concession du fonds pour laquelle ils étaient perçus, auquel cas, les dits droits continueront d'être perçus, et d'être rachetables.

La disposizione è particolarmente interessante in primo luogo per l'espressa deroga agli artt. 1 e 2 contenuti nel Titolo III della *Loi générale concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rechetables* del 15 marzo 1790 che disponeva in ordine ai diritti signorili passibili di riscatto.

La nuova previsione, al contrario delle disposizioni in deroga, si sofferma su un punto assai rilevante con riguardo alla disciplina probatoria disponendo che, per evitare di incorrere nella soppressione, il titolare del diritto avrebbe dovuto mostrare il *titre primitif* di *inféodation*, di *accensement* o di *bail à cens*. Come è stato rilevato la *Loi* ebbe il merito di infliggere un colpo tutt'altro che trascurabile alla sopravvivenza del sistema

³⁵⁵ In *Lois civiles, ou Code civil intermédiaire, formé De la réunion des Lois, Arrêtés, etc. sur l'état des Personnes et la transmission des Biens, rendus depuis le 4 août 1789, jusqu'au 30 ventôse an XII (mars, 1804), époque du Code Napoléon...* Par J.B.S. et G.S.L., I, cit., pp. 271-271.

feudale³⁵⁶. Determinante fu certo il diverso regime probatorio imposto ai signori che per giustificare sotto il profilo della legittimità il diritto di cui risultavano titolari, avrebbero dovuto esibire il *titre primitif*³⁵⁷.

In ogni caso, nonostante l'introduzione delle modifiche ricordate, la possibilità di valersi del riscatto continuava a essere assai difficoltosa e spesso volte anche non del tutto possibile, in special modo con riguardo ai diritti da corrispondere annualmente³⁵⁸. Le proteste dei contadini non accennavano a placarsi³⁵⁹, perciò il *comité* decise di facilitare ulteriormente la possibilità di pervenire al riscatto mediante la *Loi sur le mode du rachat successif et divis des droits fixes et casuels ci-devant féodaux* del 20 agosto 1792³⁶⁰.

³⁵⁶ Non sono del tutto concordi nel valutare i risultati della *Loi É.* CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 127 e M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 219. Secondo Chénon la normativa introdotta non aveva sostanzialmente mutato il quadro già tracciato dalla Costituente, dato che «[...] elle se contentait d'en changer les dimensions». Dal canto suo Garaud, pur evidenziando la portata non del tutto risolutiva della nuova disciplina, sottolineava l'importanza del nuovo regime probatorio introdotto dall'art. 1 della *Loi* che aveva recato «[...] un coup sensible à la propriété féodale».

³⁵⁷ Tale regime probatorio, come pone in evidenza M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 219, risultava assai difficoltoso da soddisfare. Molto spesso, difatti, i signori non disponevano del *titre*, in quanto esso o non era mai esistito o, ancora, era andato perduto. E così, essi avrebbero potuto giustificare la titolarità del diritto vantato solo riferendosi al possesso da tempo immemore o, al più, in virtù di atti ricognitivi successivi.

³⁵⁸ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 219.

³⁵⁹ Sul punto v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 220, ove ampia analisi delle richieste che i paesani rivolgevano all'Assemblea legislativa che, nella maggior parte dei casi, denunciavano la non totale liberazione dai pesi fondiari di origine feudale.

³⁶⁰ In *Lois civiles, ou Code civil intermédiaire, formé De la réunion des Lois, Arrêtés, etc. sur l'état des Personnes et la transmission des Biens, rendus depuis le 4 août 1789, jusqu'au 30 ventôse an XII (mars, 1804), époque du Code Napoléon...* Par J.B.S. et G.S.L., I, cit., pp. 275-282. La *Loi* è suddivisa in tre titoli. Il Titolo primo è rubricato *Du rachat successif et séparé des droits casuels non supprimés, des droits fixes, et du mode de conversion du champart en une rente*

La disciplina si completò con l'emanazione della *Loi relative à la suppression sans indemnité de tous les droits féodaux ou censuels, et de toutes redevances seigneuriales* del 25-28 agosto 1792, attraverso cui si decise di estendere la regola probatoria fondata sull'esibizione del *titre primitif* anche ai *droits fixes*³⁶¹.

Fu dunque principalmente grazie agli atti normativi da ultimo ricordati che si pervenne all'effettivo smembramento dei residui di feudalità ancora presenti in conseguenza della debole e non sempre coerente disciplina attuativa dei propositi manifestati nel *Décret* del 4 agosto 1789. Tuttavia, come pure è stato evidenziato, la proprietà fondiaria, sebbene ormai libera dai pesi di natura prettamente feudale, risultava ancora compressa per effetto delle *rentes foncières* che per espressa previsione dell'art. 17 della *Loi* del 25-28 agosto 1792 non venivano ricomprese tra i diritti considerati nel *décret*³⁶².

Una precisazione importante sul punto, però, era espressamente introdotta nel dettato normativo: i diritti a cui si riferisce l'art. 17, per sottrarsi alla disciplina altrimenti loro applicabile, avrebbero dovuto essere svincolati da qualsiasi legame con rapporti di tipo feudale oppure *dus par des particuliers à des particuliers non seigneurs ni possesseurs de fief*.

Si era finalmente data concreta, sebbene non definitiva, attuazione alle enfatiche affermazioni contenute nell'art. 1 del *Décret général du 11 août*

annulle fixe; il Titolo secondo invece *De l'extinction de la solidarité, et du mode de rachat des cens, rentes et autres redevances solidaires*; infine, il Titolo terzo *De la prescription des redevances fixes à l'avenir, et du paiement de celles arriérées depuis 1789 jusqu'en 1791 inclusivement*. Come è stato rilevato da É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 127-128, tra le diverse previsioni contenute nella *Loi* va certamente ricordata quella che avrebbe permesso di pervenire al riscatto separato dei *droits fixes* e *casuels*.

³⁶¹ Su cui v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 128; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 221.

³⁶² Art. 17: *Ne sont point compris dans le présent décret, les rentes, champarts et autres redevances qui ne tiennent point à la féodalité, et qui sont dus par des particuliers à des particuliers non seigneurs ni possesseurs de fief*.

*1789 relatif à l'abolition des privilèges*³⁶³.

Il lungo e assai accidentato percorso che aveva portato all'emanazione delle leggi ricordate non può che essere considerato un primo passo, comunque assai significativo, verso la risoluzione dei problemi che affliggevano i contadini francesi. Come però è stato assai giustamente sottolineato, la complessiva normativa non era stata in grado di riportare effettiva quiete nelle campagne³⁶⁴.

Fu certo per tali ragioni che la Convenzione – allontanandosi dalla distinzione in *féodalité dominante* e *contractante* che aveva ispirato il lavoro dell'Assemblea legislativa – adottò la *Loi qui supprime, sans indemnité, tous redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels, même ceux conservés par le décret du 25 août dernier*, il 17 luglio 1793³⁶⁵.

Il nuovo testo normativo, se si esclude il caso previsto dall'art. 2 e relativo alle *rentes* o *prestations purement foncières* che non fossero pertanto direttamente collegate a rapporti di tipo feudale³⁶⁶, prevede all'art. 1 la totale soppressione di tutti quei rapporti che l'Assemblea legislativa, appunto facendo riferimento al concetto di *féodalité contractante* aveva invece ritenuto di poter legittimamente conservare:

³⁶³ Nonostante alcune problematiche legate alla effettiva applicazione della *Loi* e alla interpretazione del criterio del *titre primitif*, su cui v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 224.

³⁶⁴ Cfr. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 130; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 225, il quale si sofferma peraltro anche su alcune specifiche richieste che erano state rivolte alla Convenzione. Queste ultime avevano anche riguardato, è bene ricordarlo, la concreta interpretazione della *Loi* del 25-28 agosto 1792.

³⁶⁵ In *Lois civiles, ou Code civil intermédiaire, formé De la réunion des Lois, Arrêtés, etc. sur l'état des Personnes et la transmission des Biens, rendus depuis le 4 août 1789, jusqu'au 30 ventôse an XII (mars, 1804), époque du Code Napoléon...* Par J.B.S. et G.S.L., I, cit., pp. 372-374.

³⁶⁶ Art. 2: *Sont exceptées des dispositions de l'article précédent, les rentes ou prestations purement foncières et non féodales.*

Art. 1: *Toutes redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels, fixes et casuels, même ceux conservés par le décret du 25 août dernier, sont supprimés sans indemnité.*

Come è stato giustamente rilevato, e si potrebbe aggiungere con una formulazione dell'articolo assai chiara e priva di allusioni, si era proceduto a eliminare ogni residuo di feudalità che ancora fosse presente³⁶⁷.

Si impone, a questo punto, qualche altra osservazione sulla questione delle *rentes* o *prestations purement foncières* espressamente escluse, come si è visto poco sopra, dalla sfera di influenza della *Loi* del 17 luglio 1793. La decisione di inserire nella *Loi* una norma come l'art. 2 poneva però dei problemi di carattere ideologico alla Convenzione, il cui intento era dichiaratamente quello di eliminare ogni minima traccia del regime feudale,

³⁶⁷ In proposito v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 130-131; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 228. I due studiosi ricordati, concordemente, richiamano l'attenzione sull'art. 6: *Les ci-devant seigneurs, les feudistes, commissaires à terrier, notaires et autres dépositaires de titre constitutifs ou récongnitifs de droits supprimés par le présent décret et par les décrets antérieurs rendus par les assemblées précédentes, seront tenus de les déposer, dans les trois mois de la publication du présent décret, au greffe des municipalités des lieux. Ceux qui seront déposés avant le 18 août prochain, seront brûlés ledit jour en présence du conseil-général de la commune et des citoyens: le surplus sera brûlé à l'expiration des trois mois.* A esso si collega direttamente quanto previsto dall'art. 7: *Ceux qui seront convaincus d'avoir caché, soustrait ou recélé des minutes où expéditions des actes qui doivent être brûlés, aux termes de l'article précédent, seront condamnés à cinq années de fers.* Diversi altri decreti adottati dalla Convenzione, come peraltro la *Loi* in commento nell'articolo appena richiamato, si riferiscono a sanzioni di tipo penale in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute. Peraltro, come ha osservato Chénon, le norme richiamate creavano problemi quanto alla possibile ed effettiva applicabilità. In particolare, a fronte della constatazione per cui i numerosi titoli giustificativi risultavano essere misti, la distruzione di essi avrebbe costituito una violazione dell'art. 2 della medesima *Loi* che invece consentiva di mantenere le *rentes foncières*. Ma, a ben vedere, anche qualora si fosse deciso di non distruggere i titoli giustificativi misti, si sarebbe violato l'art. 6. Per porre rimedio alla situazione di stallo che si era in questo modo verificata, la Convenzione adottò la *Loi relative aux actes de concession, à titre d'inféodation, et du brûlement des titres féodaux mixtes*, del 2 ottobre 1793.

anche con riferimento alla *rente foncière*³⁶⁸. Fu per tale ragione che si rese necessario distinguere in quali casi la *redevance* fosse *seigneuriale* o *purement foncières* e per questa ragione ancora ammissibile a norma dell'art. 2³⁶⁹.

La Convenzione decise di non seguire un criterio che prendesse a base la natura intrinseca dei canoni³⁷⁰. Per questa ragione, mediante la *Loi relative à la question proposée par l'administrateur des domaines nationaux, si la régie nationale de l'enregistrement et des domaines peut recevoir le rachat qui lui est offert, pour le compte de la nation, d'une rente de trentecinq setiers de blé, qualifiée foncière et seigneuriale*, del 7 ventose an 2 (25 febbraio 1794)³⁷¹, si decise di interpretare la *Loi* del 17 luglio 1793 nel senso che sarebbero state soppresse senza alcuna indennità le *rentes*

³⁶⁸ In questo senso v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 132; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 229; R. BLAUFARB, *Propriété, politique et délimitation des groupes sociaux: le débat sur les rentes foncières, 1789-1811*, cit., p. 124, il quale rileva giustamente come il tenore generale dell'art. 2 unito al «[...] climat de radicalisation politique et le discrédit de l'assignant en découragèrent la perception».

³⁶⁹ Come peraltro è stato osservato da É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 131; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 230, la situazione era ulteriormente complicata dal fatto che lo Stato stesso era subentrato nella titolarità di un numero elevato di contratti di rendita. L'applicazione rigorosa dell'art. 6 avrebbe dunque recato un considerevole danno alle casse del Tesoro. Sul punto sono assai significativi i dati ricordati da R. BLAUFARB, *Propriété, politique et délimitation des groupes sociaux: le débat sur les rentes foncières, 1789-1811*, cit., p. 122.

³⁷⁰ É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 132-133; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 231 secondo cui, qualora si fosse deciso di procedere secondo il citato criterio, si sarebbero dovute necessariamente separare i diritti puramente fondiari sorti a seguito di un regolare contratto di concessione e quelli feudali in modo da conservare i primi eliminando, invece, i secondi. Secondo Garaud fu questa la tendenza manifestata dai funzionari dei vari dipartimenti.

³⁷¹ In *Lois civiles, ou Code civil intermédiaire, formé De la réunion des Lois, Arrêtés, etc. sur l'état des Personnes et la transmission des Biens, rendus depuis le*

foncières sorte, anche a seguito di una normale concessione del fondo, *avec mélange de cens ou autre signe de seigneurie ou féodalité*³⁷². Questa particolare interpretazione della *Loi* del 17 luglio 1793 portò alla assurda conseguenza per cui ogni contratto che avesse solo contenuto un lato riferimento a rapporti di tipo feudale, sarebbe rientrato nel campo di applicazione della legge³⁷³.

Sono state tratteggiate, dunque, le principali linee di sviluppo della legislazione antifeudale fino agli interventi della Convenzione. Qualche ulteriore riflessione si impone con riguardo all'ulteriore opera portata avanti sotto il Direttorio e il Consolato, facendo specifico riferimento solo a quei testi normativi che sono di diretto interesse per il tema esaminato in questo lavoro.

Conviene prendere in considerazione, per queste ragioni, il problema delle *rentes foncières*, alla luce della natura intrinseca dell'istituto e del fatto che esso, attualmente, è espressamente previsto anche nel Codice civile del 1942³⁷⁴. Come è stato rilevato, infatti, uno dei principali meriti della

4 août 1789, jusqu'au 30 ventôse an XII (mars, 1804), époque du Code Napoléon... Par J.B.S. et G.S.L., II, Paris, 1810², pp. 76-77.

³⁷² Ecco, per la parte che maggiormente interessa in questa sede, la lettera della legge: *Considérant que déjà elle a déclaré par un décret d'ordre du jour, du 2 octobre 1793 (vieux style), qu'elle avait entendu par la loi du 17 juillet précédent supprimer sans indemnité les rentes foncières qui avaient été créés, même par concession de fonds, avec mélange de cens ou autre signe de seigneurie ou féodalité [...]*.

³⁷³ Come rileva É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 133.

³⁷⁴ Per un primo inquadramento del problema riguardante la natura della rendita fondiaria, che, secondo parte della dottrina mutò già sotto il Codice civile del 1865 trasformandosi da vero e proprio onere reale in diritto di credito, v. almeno L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, VIII.2.1, Torino, 1943, pp. 12-18; cui *adde* E. SCUTO, s.v. 'Rendita perpetua', in *NNDI*, XV, Torino, 1968, pp. 448-453; G. DATTILO, s.v. 'Rendita (dir. priv.)', in *ED*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 859-869. La questione, data anche la persistenza dell'istituto nell'Codice civile attualmente in vigore, disciplinato segnatamente dagli artt. 1861-1871, verrà affrontata *ex professo* in questo Capitolo. Per alcune considerazioni relative al diritto romano v. M.

legislazione rivoluzionaria fu quello di rendere il diritto scaturente dalla *rente foncière*, per sua natura reale, in un vero e proprio diritto di credito³⁷⁵. Il punto da ultimo accennato, tuttavia, merita ulteriori osservazioni. Da un lato, infatti, la *rente foncière* si risolve in una prestazione di carattere periodico e *in faciendo*, inerente all'immobile e dovuta in conseguenza dell'alienazione di quest'ultimo, che si sostanzia, segnatamente, nella dazione annuale di una somma di denaro³⁷⁶.

La dottrina, proprio in considerazione delle caratteristiche possedute dalla *rente foncière*, ha messo in evidenza come, per l'antico diritto, essa dovesse considerarsi un vero e proprio onere reale³⁷⁷. D'altra parte, è necessario che si prenda in considerazione anche la posizione assunta dall'onerato nei confronti del titolare della *rente* che, secondo la lettura di Pothier³⁷⁸, non avrebbe percepito direttamente i frutti, potendo ciò avvenire

AMELOTTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, in *SDHI* 19, 1953, pp. 202-234 (= *Scritti giuridici*, Torino, 1996, pp. 456-488).

³⁷⁵ In questo senso v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., p. 145, il quale sottolinea anche come quello della *rente foncière* fosse uno degli ultimi diritti a insistere sulla proprietà, peraltro uno dei più significativi che ancora resistevano all'incessante erosione dovuta alla legislazione antifeudale.

³⁷⁶ Sul punto v. M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, I, *Principes généraux. Les personnes. La famille – Les incapables. Les biens*, Paris, 1928¹¹, pp. 741-743 e 1006-1008; cui adde M. PICARD, *Les biens*, in M. PLANIOL, G. RIPERT (par), *Traité pratique de droit civil français*, III, Paris, 1952², pp. 989-993. È bene ricordare, a proposito dell'istituto qui esaminato, che esso nasce per effetto del contratto di *bail à rent*, vale a dire un atto di alienazione mediante cui, secondo la definizione che ne danno Planiol e Ripert, «[...] le propriétaire d'un héritage en cédait à autrui la propriété, moyennant une rente perpétuelle, payable soit en argent, soit en nature». La principale differenza del suddetto contratto rispetto al *bail à cens*, deriva dal fatto che attraverso questo secondo negozio non si verifica il passaggio della piena proprietà, come nel caso del *bail à rente*, ma del solo dominio utile.

³⁷⁷ Tanto che, come rilevano M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, I, *Principes généraux. Les personnes. La famille – Les incapables. Les biens*, cit., p. 1007; M. PICARD, *Les biens*, cit., p. 990, l'onere non si sarebbe trasmesso agli eredi o ai successori universali dell'acquirente ma ai proprietari successivi del complesso ereditario.

³⁷⁸ Si v. infatti R.J. POTHIER, *Traité du contrat de bail a rente*, in *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français. Nouvelle édition mise en meilleur*

– contrariamente alla regola generale valevole per gli altri diritti reali – solo profittando della collaborazione del possessore effettivo. Quest’ultimo, di conseguenza, sarebbe stato soggetto passivo di una obbligazione, in dottrina ritenuta *propter rem*, derivante direttamente dal contratto di *baile à rente* e avente a oggetto esclusivamente l’effettiva percezione della rendita³⁷⁹.

Questa lettura, tuttavia, non sembra essere del tutto coerente con la struttura giuridica dell’istituto. In primo luogo, occorre necessariamente ricordare che il diritto alla percezione della rendita è – pur nascendo per effetto del contratto di *bail à rente* che, per la verità, è necessario alla costituzione stessa della *rente* – direttamente connesso e strettamente legato alla titolarità di un diritto di proprietà sul fondo gravato. In secondo luogo, e come logica conseguenza, il *preneur* si sarebbe potuto liberare dall’onere della prestazione periodica alienando l’immobile, così che la responsabilità per le prestazioni ulteriori avrebbe gravato sul nuovo proprietario³⁸⁰.

A ulteriore conforto della diversa lettura qui proposta può addursi la non necessarietà di una distinzione tra il diritto in sé considerato – vale a dire la

ordre et publiée par les soins de M. Dupin ... Tome deuxième, Paris, 1823, p. 533, che sottolinea la natura di onere reale della *rente foncière* mettendo in evidenza, però, le differenze rispetto agli altri *charges réelles*. In particolare, Pothier, instaurando un parallelismo con il caso delle servitù (tanto reali che personali) e richiamando Pomp. 33 *ad Sab. D.* 8.1.15.1, afferma: «Celui, qui a un droit de servitude sur un héritage, tel qu’un droit de passage ou de pâturage, jouit par lui-même de son droit sur l’héritage qui en est chargé, sans que le possesseur de cet héritage soit obligé à rien qu’à le souffrir [...]». Al contrario, per il caso del diritto alla percezione nella *rente foncière*, il titolare si sarebbe necessariamente dovuto servire della collaborazione del soggetto passivo, perciò: «C’est pour cela que le preneur s’oblige, par le contrat de *bail à rente*, à la prestation des arrérages de la rente, pendant le temps qu’il possédera l’héritage [...]». Sul punto cfr. anche M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, I, *Principes généraux. Les personnes. La famille – Les incapables. Les biens*, cit., p. 1007; M. PICARD, *Les biens*, cit., pp. 990-991.

³⁷⁹ Sul punto v. infatti M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, I, *Principes généraux. Les personnes. La famille – Les incapables. Les biens*, cit., p. 1007; M. PICARD, *Les biens*, cit., pp. 990-991.

³⁸⁰ In proposito v. M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, I, *Principes généraux. Les personnes. La famille – Les incapables. Les biens*, cit., p. 1007.

rente foncière, onere reale che grava sull'immobile – e il fatto materiale della prestazione *in faciendo* che, come si è appena detto, verrebbe a qualificarsi come obbligazione *propter rem*. A ben considerare la questione, infatti, si perviene al medesimo risultato che si è avuto modo di criticare nel caso in cui il *facere* – nella *servitus oneris ferendi* – venga considerato qualcosa di altro rispetto al contenuto del diritto reale che, così facendo, si identificherebbe esclusivamente con il *pati*.

Ma a ben vedere anche nel caso della *rente foncière*, come per la *servitus oneris ferendi*, una simile scissione tra il diritto e la prestazione *in faciendo* verrebbe a essere motivata esclusivamente dalla necessità di distinguere la *rente* rispetto agli altri diritti reali che potrebbero gravare sull'immobile e per il cui godimento non si richiederebbe in linea di principio alcuna collaborazione attiva da parte del proprietario del fondo onerato³⁸¹.

Alle obiezioni appena mosse si possono poi aggiungere altre due considerazioni. Da un lato, come è facile vedere, la necessità di operare una distinzione nel senso prospettato è priva di ragione sotto il profilo della logica giuridica che governa l'istituto della *rente foncière*. Se, infatti, si ritiene di dover distinguere la *rente* – onere reale che viene a gravare su ogni ulteriore e nuovo *preneur* – e la prestazione *in faciendo* consistente nella effettiva dazione dei canoni – e per cui l'obbligato, data la natura di obbligazione *propter rem*, non dovrebbe essere liberato a seguito dell'alienazione dell'asse rispondendo invece senza limiti – si finirebbe per snaturare l'istituto stesso della *rente foncière* che perderebbe l'effettività della propria struttura che ancora la percezione stessa dei canoni alla

³⁸¹ Come si è già avuto modo di evidenziare tale opinione la si rinviene già in R.J. POTHIER, *Traité du contrat de bail a rente*, cit., p. 533, il quale così si esprime: «La rente foncière est une charge réelle de l'héritage baillé à rente, qui est très-différente des autres charges réelle des héritages; putà, des servitudes, soit réealle, soit personnelles», il quale fonda tale differenza proprio sulla constatazione per cui nel caso delle servitù, secondo l'insegnamento di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, il proprietario del fondo gravato dovrebbe al più sopportare l'esercizio del diritto da parte del titolare.

effettiva titolarità del diritto di proprietà sull'eredità.

Dall'altro, invece, sono le stesse norme che riguardano l'istituto della *rente foncière* a non distinguere in alcun modo tra il diritto in sé e la prestazione dei canoni, che costituisce quindi parte integrante della struttura giuridica della *rente* a sua volta legata e giustificata alla (e dalla) titolarità del diritto di proprietà sul bene gravato³⁸².

In conseguenza di quanto detto si rende quindi opportuno esaminare la legislazione riguardante le *rentes foncières*. In proposito, bisogna prima di tutto ricordare come la *Loi* del 17 luglio 1793, pur sancendone la riscattabilità, avesse appunto lasciato inalterata la natura reale della *rente foncière*. Fu solo con la *Loi* dell'11 *brumaire an 7* (1 novembre 1798), opera del Direttorio, che si provvide, sebbene indirettamente, a dichiarare mobile la *rente foncière*³⁸³.

La normativa in esame, infatti, non riguarda la disciplina della *rente foncière*, dato che si rivolge nello specifico alla regolamentazione dell'ipoteca. Tuttavia, all'art. 7, si rinviene una disposizione di capitale importanza per la nostra questione:

Art. 7: *Les rentes constituées, les rentes foncières, et les autres prestations que la loi a déclarées rachetables, ne pourront plus, à l'avenir, être frappées d'hypothèque.*

Mediante l'articolo in parola le *rentes foncières* venivano rese non assoggettabili a ipoteca. Ciò, naturalmente, indicava che le *rentes* stesse

³⁸² La quale, come è facile vedere, ha come fine e utilità esattamente la percezione dei canoni.

³⁸³ Il testo della *Loi* si può consultare in *Collection complete des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique), Continuée depuis 1830... Par J.B. Duvergier, Tome onzième, Paris, 1835², pp. 12-27.*

erano state dichiarate mobili e avevano dunque perduto la natura reale³⁸⁴. La medesima soluzione veniva adottata, come si avrà modo di vedere diffusamente, anche dall'art. 529 comma 2 del *Code civil*.

La legislazione del Direttorio aveva inflitto l'ultimo colpo al sistema fondiario feudale. Gli interventi che si erano susseguiti negli anni della Rivoluzione avevano investito l'intero sistema della proprietà fondiaria, liberandola dai pesi che fino a quel momento avevano gravato su di essa.

Come è stato sottolineato, la successiva elaborazione di un codice civile, per quanto concerne nello specifico la materia proprietaria, ebbe come obiettivi la sistemazione e la definitiva fissazione dei risultati che erano stati raggiunti durante la Rivoluzione³⁸⁵.

³⁸⁴ Sul punto v. É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 145-146; cui adde M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, I, *Principes généraux. Les personnes. La famille – Les incapables. Les biens*, cit., pp. 1007-1008, ove si richiama la l. 22 frimaire an VII, art. 27; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 260. Tanto Chènon quanto Garaud precisano, in relazione alla modifica introdotta mediante l'art. 7, che in conseguenza di essa e della natura mobile attribuita alle *rentes*, il proprietario dell'immobile sarebbe stato tenuto personalmente e cioè a titolo obbligatorio nei confronti del titolare del diritto e dunque non più *propter rem*. Anche in questo caso, come si vede, si cade nell'equivoco di considerare la dazione alla stregua di una obbligazione *propter rem* distinta dal diritto principale. Ma è già stato rilevato che una lettura orientata in questo senso non è ammissibile. La novità introdotta dall'art. 7, infatti, non riguarda la prestazione *in faciendo* che, come già chiarito, risulta parte integrante del diritto. Essa investe, invece, la natura globale delle *rentes foncières* che, prima veri e propri oneri reali e pertanto caratterizzati da una prestazione *in faciendo*, vengono adesso ricompresi nella categoria dei mobili.

³⁸⁵ Cfr. sul punto F. CHALLAYE, *Histoire de la propriété*, cit., p. 81; cui adde G. ASTUTI, *Il code napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, cit., pp. 179-184 [= pp. 7-14 della rist.], con più generale riferimento alla recezione dei principi rivoluzionari nella normativa del *Code*. In particolare, e limitatamente alla questione che interessa in questa sede, se da un lato Astuti non manca di sottolineare l'enorme portata della legislazione rivoluzionaria abolitiva della feudalità, dall'altra ricorda anche come la vera novità del *Code* debba rinvenirsi nella «[...] sapiente unificazione e semplificazione del diritto comune e delle altre fonti anteriori, attuata con esperta tecnica legislativa, e nella formazione di un sistema organico ed unitario, espressione non delle ideologie rivoluzionarie ma della tradizione giuridica [...]». Sottolinea l'importanza fondamentale della legislazione rivoluzionaria in tema di proprietà sul definitivo assetto del *Code civil*

Prima di considerare la codificazione francese è bene nuovamente sottolineare un punto che si è richiamato all'inizio di questo paragrafo.

È già stato precisato, infatti, che secondo una autorevole lettura³⁸⁶, la principale motivazione che avrebbe poi portato a escludere l'operare della categoria degli oneri reali prima nel Codice civile del 1865 e poi, come si avrà modo di vedere con le dovute precisazioni, nel Codice civile vigente, sarebbe derivata da ragioni di carattere prevalentemente storico (e non dogmatico) legate alle istanze in tema di abolizione della feudalità affermatesi durante la Rivoluzione francese e che a loro volta avrebbero influenzato, in questa specifica materia, i redattori del *Code civil*.

Effettivamente l'analisi condotta nelle pagine precedenti non può che confermare l'orientamento ora ricordato. È però necessario evidenziare, allo stesso tempo, come obiettivo principale fosse colpire gli abusi a cui si era giunti nell'applicazione di queste figure che, d'altra parte, avevano costituito inizialmente i necessari strumenti giuridici da impiegare in un contesto caratterizzato da mutate esigenze produttivistiche.

Il secondo aspetto ora ricordato è sempre stato posto in secondo piano rispetto all'esame specifico degli abusi generati dalla feudalità. È bene comunque sempre tenere a mente le particolari condizioni storiche che avrebbero portato a quel preciso orientamento in tema di oneri reali e, più in generale, di diritti reali nelle codificazioni che seguono il modello francese.

Nel prossimo Paragrafo si affronterà la disciplina della *rente foncière* nel *Code civil* prima, nel Codice civile del 1865 e, infine, nel Codice civile del 1942, senza tralasciare alcuna considerazione in relazione alle codificazioni degli Stati preunitari. Attraverso l'esame dell'istituto, infatti, sarà possibile

anche E. DEZZA, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Algemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, 1998, p. 15. Da ultimo, con specifico riferimento invece alla figura e all'opera di Jean-Étienne-Marie Portalis, v. R. CALVO, *L'«arte» della legislazione nel pensiero di Portalis*, in R. CALVO (a cura di), J.-É.-M. Portalis, *Discorso preliminare al primo progetto di Codice civile*, Napoli, 2013, pp. 9-14.

più in generale trattare del tema dell'onere reale da un punto di vista del diritto positivo, formulando altresì alcune considerazioni relative ai più recenti sviluppi in materia.

³⁸⁶ In questo senso v. G. GANDOLFI, s.v. '*Onere reale*', cit., p. 129.

2. La disciplina della *rente foncière* alla luce dell'art. 529 comma 2 del *Code civil*. Alcune riflessioni sulla rendita fondiaria nei codici preunitari, nel primo Codice civile unitario e nel vigente

Come si è avuto modo di vedere l'ultimo colpo inferto dal Direttorio alla feudalità fu rivolto, sebbene indirettamente, alla eliminazione della natura reale delle *rentes foncières*.

L'art. 529 del *Code civil* – inserito nel *Chapitre II* rubricato *Des meubles* e a sua volta contenuto nel *Titre premier, De la distinction des biens* – che sancisce, nello specifico al comma 2, l'effettiva e definitiva fissazione della previsione contenuta nell'art. 7 della *Loi* dell'11 *brumaire an 7*³⁸⁷,

³⁸⁷ La redazione dell'articolo fu però sofferta. Al momento della discussione, infatti, come ricorda É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 146-150, si riaffacciarono opinioni volte alla riabilitazione dell'istituto, purgato da ogni residuo di feudalità. Prima di accennare direttamente alla questione, giova ricordare che membri della Commissione – costituita mediante decreto dal primo Console, Napoleone Bonaparte, il 24 *termidor an VIII* (12 agosto 1800) e su cui v. in breve E. DEZZA, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allegmeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, cit., pp. 34-35; cui adde R. CALVO, *L'«arte» della legislazione nel pensiero di Portalis*, cit., p. 15 – erano quattro magistrati: François Denise Tronchet (con funzione di presidente e durante la Rivoluzione rappresentante presso gli Stati generali del Terzo stato), Jean-Étienne-Marie Portalis, Felix-Julien-Jean Bigot de Préameneu e, infine, Jacques de Maleville. Proprio Portalis, nel *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* – in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunal*, Paris, 1841, pp. 1-23, *praecipue* p. 21 – di cui fu effettivo estensore (nonostante fosse sottoscritto da tutti i componenti della Commissione), con riferimento al problema delle *rentes foncières* affermava: *Mais nous avons pensé qu'on avait été trop loin, quand, sous prétexte d'effacer jusqu'aux moindres traces de la féodalité, on avait proscriit le bail emphytéotique et le bail à rente foncière, qui n'ont jamais été un contrat feodal, qui encourageaient les défrichements, qui engageaient les grands propriétaires à vendre les fonds qu'ils ne pouvaient cultiver avec soin, et qui donnaient à des cultivateurs laborieux, dont les bras faisaient toute la richesse, les moyens faciles de devenir propriétaires. Cependant nous n'avons pu nous dissimuler les grands inconvénients qui seraient attachés à une législation toute particulière et très-compliquée, qu'ont toujours exigée ces sortes de contrats, et nous avons abandonné à la sagesse du gouvernement la question de savoir s'il est convenable d'en provoquer la rétablissement.* È assai interessante notare come vengano qui ricordati, quali motivi di forte perplessità sulla correttezza della scelta effettuata

statuisc³⁸⁸:

Art. 529: *Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces*

dalla legislazione rivoluzionaria, gli effettivi benefici apportati dall'istituto della *rente foncière*. Essa, in effetti, avrebbe permesso ai grandi proprietari di alienare le terre ancora incolte, consentendone specularmente l'acquisto ai contadini, in genere sprovvisti dei capitali necessari. Allo stesso tempo, però, l'istituto avrebbe richiesto che si implementasse una legislazione assai complessa a cui sarebbero conseguiti notevoli inconvenienti. Fu per tale ragione che la Commissione, a *Code* già completato, decise di sottoporre la questione all'attenzione della sezione specializzata del *Conseil d'État* alla seduta del 7 *pluviôse an XII* (28 gennaio 1804). È interessante notare che durante la discussione, poi effettivamente svoltasi durante la seduta del 15 *ventôse an XII* (6 marzo 1804), la cui relazione può leggersi in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil... Par P. A. Fenet, Tome onzième... Discussions, motifs, rapports et Discours. Livre Second. De biens et des différents modifications de la propriété*, Paris, 1836, pp. 56-69, emersero posizioni che sottolineavano proprio i vantaggi conseguibili mediante il *bail à rent*. Esso, nello specifico, avrebbe dato luogo da un lato alla possibilità – dovuta principalmente all'accresciuto potere dei contadini di acquistare i grandi appezzamenti di terra non coltivata dai latifondisti – di moltiplicare i dissodamenti e dall'altro di aumentare il potere di acquisto in capo a quei contadini che fossero invece del tutto sprovvisti di mezzi. Tra le diverse opinioni manifestate durante la seduta possono senz'altro essere ricordate quelle di Tronchet e di Cambacérès. Il primo, aveva fatto rilevare che al fine di assicurare l'effettivo e stabile godimento del fondo sarebbero stati sufficienti contratti di *bail* a lunga durata. Inoltre, la possibilità di riscatto avrebbe costituito un incentivo nei confronti dei coloni che in questo modo sarebbero stati incentivati alla produttività al fine di poter concretamente provvedere al riscatto stesso. Dal canto suo Cambacérès sottolineava i risvolti politici della discussione sulla *rente foncière*. Il secondo Console, infatti, rilevava come l'Assemblea avesse votato la *Loi sur le rachat des rentes foncières* del 18 dicembre 1790 esclusivamente per ragioni di carattere ideologico: obiettivo sarebbe stato, infatti, quello di attaccare le classi privilegiate dei grandi proprietari. Di conseguenza, la normativa rivoluzionaria non avrebbe avuto alcuna base legislativa. La discussione arrivò a un punto di svolta quando Regnaud de Saint-Jean-d'Angély rilevò come, mantenendo l'istituto della *rente*, si sarebbe prodotto uno dei risultati tipici durante il regime feudale dato che nel caso in cui il *preneur* avesse sì provveduto alla coltivazione del fondo ma neglentemente, il titolare del diritto avrebbe potuto pretendere una indennità rapportata alla stima del raccolto. Tale osservazione, come rileva Chénon, fu risolutiva e la *rente foncière* venne definitivamente condannata.

³⁸⁸ Senza peraltro dimenticare quanto dispone l'art. 530 comma 1 del *Code civil*: *Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable.*

actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.

Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers.

L'articolo, come si vede, consacra i risultati del lungo percorso legislativo rivoluzionario, assicurando finalmente la natura mobiliare delle *rentes*³⁸⁹.

Tenendo ben presente la norma del *Code civil* è necessario prendere in esame – ove sia possibile rinvenire una disposizione che ricalchi quella appena esaminata – le codificazioni italiane del periodo della Restaurazione che, come è noto, vennero per la maggior parte profondamente influenzate dal modello del *Code civil*³⁹⁰.

³⁸⁹ Sul punto v. M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, I, *Principes généraux. Les personnes. La famille – Les incapables. Les biens*, cit., pp. 742-743; cui *adde* per una sintesi A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, cit., pp. 169-170; J. CARBONNIER, *Droit civil*, II, *Les biens. Les obligations*, Paris, 2000¹⁹, p. 1606.

³⁹⁰ In proposito cfr. G. ASTUTI, *Il code napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, cit., pp. 192-216 [= pp. 27-63 della rist.]; E. DEZZA, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Algemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, cit., pp. 69-81. In particolare, come ha ben messo in evidenza Astuti, nonostante gli interventi legislativi seguiti alla Restaurazione ebbero come obiettivo principale quello di purgare la vigente normativa da ogni impronta napoleonica, il *Code civil* ebbe modo di dimostrare, immediatamente prima della formale abrogazione, la sua validità e rispondenza alle mutate esigenze che si erano fatte strada proprio a seguito della Rivoluzione anche negli stati della Penisola. Si decise, pertanto, nonostante l'abrogazione del *Code*, di fare proprie le innovazioni normative in esso contenute, tanto che il Codice francese divenne modello dei codici preunitari. Va precisato in questa sede, peraltro, che per ovvie ragioni non si esaminerà il caso della codificazione nel Regno d'Italia, costituito nel 1805 a seguito del mutamento costituzionale subito dalla Repubblica italiana. È interessante notare, tuttavia, che il primo tentativo di codificazione, per opera di Alberto De Simoni, ormai pronto agli albori del 1804, venne abbandonato a seguito dei mutamenti istituzionali che nel frattempo avevano portato alla instaurazione dell'Impero in Francia. Si decise, difatti, proprio a seguito del mutato assetto dei poteri istituzionali, di dichiarare vigente nel Regno d'Italia il *Code civil* in traduzione. Per quanto interessa in questa sede, si può utilmente richiamare l'art. 529 comma 2 del Codice civile del Regno d'Italia che così dispone: *Sono egualmente mobili per determinazione della legge, le rendite perpetue o vitalizie, tanto sullo stato, quanto sui particolari*. Inoltre, v. anche l'art. 530 comma 1: *Qualunque rendita perpetua stabilita in corresponsività del prezzo d'un immobile venduto, o come condizione della cessione di beni immobili fatta a titolo oneroso o gratuito, è essenzialmente redimibile*. Entrambi

Data la precedenza non solo cronologica ma anche, come è stato rilevato, per l'influenza che eserciterà sulla legislazione degli altri Stati italiani³⁹¹, diviene opportuno prendere in considerazione il Codice per lo Regno delle Due Sicilie nella prima parte relativa alle *Leggi civili*³⁹². Le norme che interessano sono gli artt. 452 comma 2 e 453 comma 1, entrambi collocati nel Libro II – *De' beni, e delle differenti modificazioni della proprietà* – Titolo primo – *Della distinzione delle cose che possono essere l'oggetto di una proprietà pubblica o privata* – Capitolo secondo, *De' beni mobili*³⁹³:

gli articoli, come si vede, ricalcano fedelmente le disposizioni degli artt. 529 comma 2 e 530 comma 1 del *Code civil*. Il Codice civile del Regno d'Italia è reperibile in *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia secondo l'ordine cronologico della loro pubblicazione...* Torino, 1845, pp. 1-134.

³⁹¹ In questo senso v. P. DEL GIUDICE, *Fonti: legislazione e scienza giuridica dal secolo decimosesto ai giorni nostri*, in P. DEL GIUDICE (pubblicata sotto la direzione di), *Storia del diritto italiano*, II, Milano, 1923, p. 189, il quale evidenzia appunto il contributo della legislazione napoletana al progresso di quella degli Stati italiani. In proposito, però, si v. anche il più moderato giudizio di G. ASTUTI, *Il code napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, cit., p. 194 [= p. 29 della rist.], il quale pone l'accento anche sulla poca razionalità di alcune modificazione che i commissari napoletani avevano deciso di apportare nell'implementazione del Codice.

³⁹² Sull'introduzione del *Code civil* nel Regno di Napoli e sulla modernizzazione degli apparati statuali per opera dei napoleonici, v. in breve E. DEZZA, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allegmeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, cit., pp. 77-78. Peraltro, bisogna anche ricordare che l'opera da questi intrapresa si inseriva in un quadro caratterizzato dalla permanente e assai intensa pressione baronale. Sul punto v. la fondamentale opera di D. WINSPEARE, *Storia degli abusi feudali*, Napoli, 1883², *passim*; cui *adde*, con particolare riferimento alla legge eversiva della feudalità il cui progetto fu presentato al Consiglio di Stato il 2 agosto 1806 e poi promulgata, R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., pp. 174-190, ove viene condotto altresì un approfondito esame della legislazione di accompagnamento e attuazione; e, con riguardo specifico alla situazione della Capitanata ove, bisogna ricordare, operava uno dei principali strumenti di pressione economica della Corona, vale a dire la Regia Dogana della Mena delle pecore istituita dagli aragonesi, v. L. MARTUCCI, *La riforma del Tavoliere e l'eversione della feudalità in Capitanata, 1806-1815*, in *Studi storici* 19, 1972, pp. 253-283.

Art. 452: *Sono mobili per determinazione della legge le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme esigibili o effetti mobili; le azioni o interessi nelle compagnie di finanze, di commercio o d'industria, quando anche appartengano a queste compagnie beni immobili dipendenti dalle stesse intraprese. Tali azioni o interessi sono riputati mobili riguardo a ciascun socio, e pel solo tempo in cui dura la società.*

Sono egualmente mobili per determinazione della legge le rendite perpetue o vitalizie tanto sullo Stato, quanto su particolari.

Art. 453: *Qualunque rendita perpetua stabilita in compenso del prezzo di una cosa immobile venduta, o come condizione della cessione di beni immobili fatta a titolo oneroso o gratuito, è essenzialmente redimibile.*

È nondimeno permesso al creditore di stabilire le clausole e le condizioni della ricompera.

È parimenti permesso al medesimo di stipulare che la rendita non gli possa essere rimborsata se non dopo un certo tempo, che non potrà mai eccedere i trent'anni.

Ogni stipulazione in contrario è nulla.

Le norme richiamate³⁹⁴ costituiscono una riproduzione quasi letterale delle disposizioni contenute negli artt. 529 e 530 del *Code civil*. In questa materia, pertanto, il Legislatore napoletano aveva deciso di mantenere fede alle previsioni contenute nel Codice francese, dichiarando le rendite perpetue e vitalizie a natura mobile e comunque essenzialmente redimibili³⁹⁵.

³⁹³ Gli articoli dei codici che si esamineranno, anche qualora l'analisi venga effettuata esclusivamente in relazione a un comma particolare, saranno riportati interamente per maggiore chiarezza.

³⁹⁴ E v. anche l'art. 1783: *La rendita costituita in perpetuo è essenzialmente redimibile.*

Possono soltanto le parti convenire che non si riscatterà la rendita, prima di un termine, il quale non potrà eccedere dieci anni, ovvero senza che ne sia anticipatamente avvertito il creditore nel termine da esse determinato.

³⁹⁵ Le principali innovazioni del Codice napoletano rispetto al modello francese sono efficacemente sintetizzate da G. MIRAGLIA, *Le leggi civili per lo Regno delle Due Sicilie ravvicinate nelle loro disposizioni e con quelle contenute nelle altre parti del Codice ed esposte con le discussioni e col diritto controverso*, I, Napoli 1841, p. LV, il quale evidenzia, quanto alla disciplina del matrimonio, la diversa scelta dei commissari napoletani in relazione alla possibilità di valersi del divorzio, ammessa dal *Code civil* (ove il matrimonio costituiva un contratto) e rifiutata, invece, nel Codice per lo Regno delle Due Sicilie che sul punto adottava disposizioni di carattere misto che, non ammettendo il divorzio, secondo la disciplina canonistica, rimanevano al contempo ancorate alle regole civilistiche in

Peraltro, è bene ricordare che anche per l'anteriore diritto vigente nelle province del Regno, il contratto mediante cui si concedeva all'altrui disponibilità il fondo e, al contempo, il concedente si riservava la percezione di una annua rendita in danaro o in natura (cioè il censo riservativo), costituiva un vero e proprio *ius in re* passibile, al fine di ottenere la liberazione dall'onere, di abbandono liberatorio³⁹⁶.

Anche il Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, entrato in vigore il 1 luglio 1820³⁹⁷ segue, nonostante una diversa e meno dettagliata formulazione della disposizione, quanto alla mutata natura della rendita la disciplina del *Code civil*. Si soffermi l'attenzione sull'art. 385, contenuto nel Libro II – *De' beni, e del dominio* – Parte prima – *Dei beni* – Titolo primo – *Della divisione dei beni* – Capo secondo, *De' beni mobili*³⁹⁸:

Art. 385: *Sono egualmente mobili per determinazione della legge i censi, le rendite*

tema di pubblicità e effetti. Ancora, Miraglia ricorda la diversità di disciplina quanto alla patria potestà. Difatti, il *Code civil* non conteneva disposizioni che rendessero effettivo l'esercizio di essa, mentre il Codice napoletano aveva persino dato cittadinanza alla diseredazione per giusta e dimostrata causa. Altre fondamentali diversità si riscontravano quanto all'ordine nella successione legittima che, nella codificazione napoletana, a cagione dei differenti costumi adottati nel Regno, presentava caratteri assai diversi rispetto al *Code civil*. Inoltre, sono da evidenziare altresì le diverse caratteristiche in tema di regime matrimoniale. Il *Code civil* adotta il sistema della comunione, il Codice per lo Regno delle Due Sicilie, invece, il regime dotale. Infine, altro aspetto che tende a differenziare il *Code civil* dal Codice per lo Regno delle Due Sicilie è, come non manca di far notare P. DEL GIUDICE, *Fonti: legislazione e scienza giuridica dal secolo decimosesto ai giorni nostri*, cit., pp. 196-197, la presenza nell'ultimo di due titoli l'uno relativo al maggiorascato e l'altro all'enfiteusi che, al contrario, mancano nel Codice francese.

³⁹⁶ Sul punto v. L. DELLA RATTA, *Corso di diritto civile secondo l'ordine del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, I, Napoli, 1835, p. 349; cui adde C. MARINI, *Lezioni di diritto civile novissimo. Parte prima... Tomo V, che racchiude la continuazione del libro III delle leggi civili*, Napoli, 1835, pp. 229-234.

³⁹⁷ Sulla cui elaborazione v. in breve G. ASTUTI, *Il code napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, cit., pp. 194-195 [= pp. 30-31 della rist.].

³⁹⁸ Il Codice è consultabile in *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia secondo l'ordine cronologico della loro pubblicazione*, cit., pp. 377-506.

temporarie, o vitalizie, dovute tanto dallo stato che da' particolari.

La norma, che come detto è assai più concisa rispetto alla formulazione offerta dall'art. 452 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili* e, di conseguenza, anche rispetto all'art. 529 del *Code civil* e che in buona sostanza rispecchia esclusivamente il comma 2 degli articoli adesso ricordati³⁹⁹, conserva comunque, e ciò è quanto più importa evidenziare, lo stesso principio con riguardo alla natura mobile delle rendite.

Di valore, come la dottrina ha sottolineato, è il Codice civile albertino vigente negli Stati ove regnante era la Casa di Savoia⁴⁰⁰. Anche quest'ultimo Codice, all'art. 410 comma 2, si adegua al principio normativo sancito dal modello francese in tema di rendite. La disposizione è contenuta nel Libro II – *De' beni, e delle diverse modificazioni della proprietà* – Titolo primo – *Della distinzione dei beni* – Capo secondo – *Dei beni mobili*⁴⁰¹:

³⁹⁹ Cfr. infatti l'art. 529 del *Code civil* e l'art. 452 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie. A ben vedere, l'art. 385 del Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla si limita esclusivamente a richiamare la disciplina relativa ai censi e alle rendite temporanee o vitalizie, dichiarandole mobili. Al contrario, non si occupa delle *obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers*, delle *actions* o degli *intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie* come invece, sulla scorta appunto del *Code civil*, anche il Codice napoletano.

⁴⁰⁰ La letteratura sul Codice civile albertino è vasta. Si v. almeno P. DEL GIUDICE, *Fonti: legislazione e scienza giuridica dal secolo decimosesto ai giorni nostri*, cit., pp. 208-218; cui adde G. ASTUTI, *Il code napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, cit., pp. 195-197 [= pp. 31-34 della rist.]. Come fa rilevare Astuti il Codice attirò ben presto l'attenzione di molti giureconsulti europei, finanche di Portalis. Esso ha certo contribuito a correggere diverse norme del *Code civil* che erano risultate, nell'applicazione pratica, non del tutto soddisfacenti. Peraltro, nel Codice sardo erano state introdotte norme dal carattere innovativo, sebbene come precisa sempre Astuti (*op. ult. cit.*, p. 197 [p. 34 della rist.]), «Si deve d'altra parte riconoscere il carattere retrivo di non poche disposizioni, che rispecchiano l'ambiente in cui questo codice era stato faticosamente elaborato».

⁴⁰¹ Il Codice civile albertino è consultabile in *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia secondo l'ordine cronologico della loro pubblicazione*, cit., pp. 591-744.

Art. 410: *Sono mobili per determinazione della legge le obbligazioni, e le azioni, anche ipotecarie, che hanno per oggetto somme esigibili od effetti mobili, le azioni, od interessi nelle compagnie di finanza, di commercio o d'industria, quand'anche appartengano a queste compagnie beni immobili dipendenti dalle stesse imprese; tali azioni od interessi sono riputati mobili riguardo a ciascun socio, e pel solo tempo in cui dura la società.*

Sono egualmente mobili per determinazione della legge le rendite vitalizie o perpetue tanto sullo Stato, quanto verso i particolari, salvo quanto alle rendite sullo Stato le disposizioni portate dalle leggi relative al debito pubblico.

Anche questo Codice, appunto al comma 2 della norma adesso citata – che ricalca la formulazione dell'art. 529 comma 2 del *Code civil* eccettuata la previsione particolare inerente al caso delle rendite dello Stato e per le quali si rimanda alle disposizioni in materia di debito pubblico – dichiara le rendite vitalizie o perpetue mobili⁴⁰².

Cronologicamente ultimo, occorre adesso considerare il Codice civile per gli Stati Estensi, entrato in vigore l'1 febbraio 1852⁴⁰³. Più in dettaglio, per quanto interessa in questa sede, l'attenzione si deve concentrare sull'art. 420, contenuto nel Libro II – *Dei beni e delle diverse modificazioni della proprietà* – Parte prima – *Dei beni* – Titolo primo – *Della divisione dei beni* – Capo II, *Dei beni mobili*:

Art. 420: *Sono egualmente mobili per determinazione della legge i censi, le rendite*

⁴⁰² Sul punto v. *Manuale forense ossia confronto fra il Codice albertino il diritto romano e la legislazione anteriore con rapporto ed illustrazioni dei corrispondenti articoli del Codice civile francese ed austriaco compilato da una Società di Avvocati*, III, Novara-Torino, 1838, pp. 80-85. Bisogna comunque ricordare che era ancora ammessa la possibilità di costituire rendite fondiari che fossero vitalizie o perpetue, sempre tenendo presente che la concessione o l'alienazione dell'immobile, a dispetto di qualunque clausola di riserva aggiunta, avrebbe fatto sì che si trasferisse il pieno dominio sul bene. Di conseguenza, la disciplina applicabile sarebbe stata quella della vendita.

⁴⁰³ Sul Codice v. P. DEL GIUDICE, *Fonti: legislazione e scienza giuridica dal secolo decimosesto ai giorni nostri*, cit., pp. 229-231; cui adde G. ASTUTI, *Il code napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, cit., pp. 198-199 [= pp. 34-36 della rist.]. Come osserva Del Giudice il Codice civile per gli Stati Estensi, di cui si era stentata l'esigenza subito dopo l'annessione della Garfagnana e della Lunigiana, risultava in molti punti simile al modello ispiratore, il Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla.

temporarie, o vitalizie dovute tanto dallo Stato, che dai particolari.

La disposizione in parola non è altro che una riproduzione quasi letterale dell'art. 385 del Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla. Esso, pertanto, conformemente al modello offerto dal Codice civile parmense e, di conseguenza, al principio della natura mobiliare delle rendite sancito dall'art. 529 comma 2 del *Code civil*, dichiara a sua volta mobili per determinazione della legge i censi – che, è bene specificarlo, non compaiono nell'elencazione espressa fornita sia dall'ora ricordata disposizione del *Code civil*, sia dall'art. 452 comma 2 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, sia, infine, dall'art. 410 comma 2 del Codice civile albertino – e le rendite, tanto temporanee quanto vitalizie.

Alla fine di questa breve disamina, e prima di considerare il Codice civile del 1865, è necessaria qualche precisazione conclusiva. Da un lato, difatti, è chiaro che pure le codificazioni della Restaurazione, fedeli al modello francese, avevano sancito la natura mobiliare delle rendite⁴⁰⁴.

Queste ultime – come si è avuto modo di vedere per esempio in riferimento al precedente assetto nel Regno di Napoli – costituite mediante il contratto di censo riservativo⁴⁰⁵, possedevano natura di *iura in re* o, per

⁴⁰⁴ Per una panoramica generale che tenga in considerazione l'influenza delle disposizioni contenute nel *Code civil* sui beni, la proprietà e la configurazione dei diritti reali, v. G. ASTUTI, *Il code napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, cit., pp. 208-211 [= pp. 50-55 della rist.]. Per l'interessante questione dell'enfiteusi, istituto rifiutato dalla codificazione francese e invece ammessa in alcuni dei codici preunitari v. l'approfondita disamina di V. SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, I, in P. FIORE (già diretto), B. BRUGI (e continuato a cura del Professor), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, VI, Napoli-Torino, 1922² [riveduta e corredata di note di dottrina e giurisprudenza dal Prof. Biagio Brugi], pp. 273-376.

⁴⁰⁵ Sulla differenza intercorrente tra censo bollare e censo riservativo v. L. MAURO, *Il contratto di censo bollare o consegnativo con la più recente giurisprudenza*, Napoli, 1911², pp. 53-55, ove lo studioso mette in evidenza come con il contratto di censo riservativo si provocava anche il trasferimento del pieno dominio mentre, ricorrendo al contratto di censo bollare, la cosa veniva semplicemente gravata dal peso della prestazione periodica *in faciendo*. Peraltro, non solo il censo riservativo

meglio dire, di oneri reali implicanti una prestazione *in faciendo*: la consegna di denaro o derrate a cadenza periodica, in capo al concessionario del fondo.

Il dato che emerge, dunque, valutando globalmente la disciplina delle diverse specie di rendita secondo il disposto dei codici preunitari esaminati in precedenza, è quello dello strettissimo rapporto, specialmente nel campo dei rapporti fondiari, tra il *Code civil* e le codificazioni italiane della Restaurazione⁴⁰⁶.

Anche in questo caso, tuttavia, è bene sempre tenere presente che il principio della natura mobiliare delle rendite, come peraltro già si è avuto modo di evidenziare in relazione al disposto dell'art. 529 comma 2 del *Code civil*, è frutto di scelte di carattere prevalentemente politico. Queste ultime, anche nelle codificazioni preunitarie⁴⁰⁷, valsero a determinare il nuovo assetto caratteristico dei rapporti fondiari, seppure con le peculiarità caratterizzanti le scelte specifiche dei legislatori della Restaurazione e senza dimenticare che, peraltro, specialmente nel Regno di Napoli prima e, in misura minore, nel Regno delle Due Sicilie poi, tali aneliti riformistici non

era un vero e proprio diritto reale, ma la medesima natura doveva essere attribuita pure al censo consegnativo, tanto che poteva estinguersi anche con la perdita dei beni su cui insisteva.

⁴⁰⁶ Sul punto v. G. ASTUTI, *Il code napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, cit., pp. 213-216 [= pp. 59-63 della rist.], il quale comunque non manca di evidenziare come, a dispetto della larga adesione ai principi e al modello offerto dalla codificazione francese, i legislatori degli Stati preunitari, in diversi campi e assai avvedutamente, decisero di apportare modificazioni miranti a rendere i codici adeguati al diverso assetto politico vigente. D'altra parte, Astuti (*op. ult. cit.*, p. 214 [p. 60 della rist.]) precisa: «In linea generale, non credo si possa attribuire ai codificatori italiani una ispirazione prevalentemente reazionaria o retriva. Accanto a riforme di carattere reazionario, come quelle adottate nel periodo del ristabilimento degli antichi governi, non mancò il più largo accoglimento dei nuovi principi, specialmente in quelle parti del diritto privato che presentavano meno diretti legami con l'ordine politico [...]» e, tra questi ultimi la proprietà e i rapporti giuridici patrimoniali.

⁴⁰⁷ Emblematico è proprio il caso del Codice per lo Regno delle Due Sicilie e della decisione della monarchia dei Borbone di mantenere in vigore, nonostante le

erano affatto nuovi ma avevano connotato il pensiero dei grandi Riformatori napoletani della seconda metà del secolo XVIII⁴⁰⁸.

pressioni dei baroni, le leggi abolitive della feudalità e le decisioni della Commissione feudale. Sul punto v. *infra* in questo Paragrafo.

⁴⁰⁸ Peraltro, se in generale quanto affermato è di tutta evidenza quando si consideri nel complesso l'assetto normativo della proprietà fondiaria nelle nuove codificazioni che è, almeno in parte, certamente il frutto delle conquiste della Rivoluzione francese poi trasfusa nel *Code civil*, è ben vero che già durante l'Illuminismo si erano registrate spinte di carattere riformatore che, in quel particolare torno di tempo, si erano concentrate attorno alla figura dei sovrani e della concezione dell'assolutismo illuminato. Sotto questo profilo sono rilevanti gli spunti offerti dalla situazione relativa agli assetti proprietari già nel Regno di Napoli, prima dunque che esso, a seguito del Congresso di Vienna del 1815, divenisse Regno delle Due Sicilie e pertanto anteriormente alle spinte eversive della feudalità che con l'opera dei Napoleonidi si erano propagate e avevano attecchito anche in quei territori. Come non ha mancato di mettere in evidenza R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., pp. 30-32, fu il decadimento dell'antico baronaggio – causato dal diverso assetto della monarchia che non richiedeva più i servizi militari della nobiltà ma utilizzava il soldo per procurarsi eserciti in grado di sostenere le sue rivendicazioni – a determinare quella situazione di perenne angheria, di sopraffazione, che regnava nelle Province del Regno ove, per dirla con Trifone (*op. ult. cit.*, p. 31), «Corruzione verso i pubblici uffici, devozione e servilismo presso la corte ed il governo, gara di lusso e di grandezza, specie di fronte alla nobiltà sorta di fresco, ecco infatti i caratteri che acquistò l'azione baronale nel regno e i mezzi usati per ottenere prestigio e ragione». È noto che già gli spagnoli, durante il regno di Carlo V, tentarono più volte di porre un freno alla prepotenza dei baroni. Con l'assolutismo illuminato dei primi sovrani Borbone poi – su cui v. almeno E. PONTIERI, *Il riformismo borbonico nella Sicilia del Sette e dell'Ottocento. Saggi storici*, Roma, 1945, in particolare, le pp. 4-9 del saggio intitolato *Aspetti e tendenze dell'assolutismo napoletano* – si riaffermarono con forza i tentativi di contenimento del despotismo baronale. Soffermarsi approfonditamente su questi aspetti non è precipuo scopo di questo lavoro. E tuttavia, a sostegno di quanto affermato, si può senz'altro ricordare l'opera e la figura di Giuseppe Maria Galanti, seguace del Genovesi e positivo verso la politica di riforma intrapresa da Ferdinando IV – su cui v., oltre a R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., pp. 122-130, anche il saggio di G.M. MONTI, *La feudalità napoletana alla fine del Settecento e la "Relazione al Re" di G. M. Galanti*, in *Studi di storia napoletana in onore di Michelangelo Schipa*, Napoli, 1926, pp. 531-537 – che ebbe il merito di esporre vividamente la degradante situazione delle Province napoletane. È assai significativo, per concludere, riportare un estratto della *Relazione al Re* (che si può trovare a p. 540 del citato lavoro di Monti), relativo alla Capitanata e datata al 27 settembre 1791. Dice il Galanti: *Io considero per quarta ragione della piccola popolazione della Daunia, il governo feudale ed il governo ecclesiastico. [...]. Il governo feudale più del*

Non è possibile soffermarsi ulteriormente sugli spunti offerti dalla normativa che si è brevemente richiamata. Ma occorre rimarcare ancora due punti di notevole importanza.

In primo luogo, la natura di oneri reali delle rendite fondiarie precedentemente alle conquiste della Rivoluzione e alla redazione degli artt. 529 comma 2 e 530 del *Code civil*, ciò che vale anche per gli assetti normativi precedenti ai codici preunitari italiani.

In secondo luogo, le motivazioni di carattere esclusivamente politico che hanno caratterizzato l'adozione della normativa esaminata, scaturite principalmente dalla constatazione degli abusi a cui – mediante il distorto impiego di istituti nati, come si è detto, per dare rispondenza a nuove esigenze di carattere economico e agricolo – si era giunti prima del sovvertimento dell'asfittico sistema dei rapporti fondiari di *Ancient régime* per opera delle istanze dei rivoluzionari.

Corollario fondamentale di questa seconda affermazione è la non contraddittorietà – da un punto di vista giuridico e sotto il profilo della natura reale di tali figure – con inesistenti principi giuridici che avrebbero impedito di configurare, in particolari situazioni, una prestazione positiva in capo al soggetto onerato. E infatti, come è stato sottolineato, nessuna remora si era avuta nel configurare il censo riservativo – con cui il cedente usava riservarsi la rendita su un fondo che contestualmente passava in proprietà al soggetto onerato della prestazione – alla stregua di un diritto reale che, nel

governo ecclesiastico è distruttore della popolazione. In questa provincia non mancano ancora i diritti proibitivi delle osterie, de' molini, de' forni, delle miniere. Il principio che costantemente si sostiene è quello di convertire in feudo tutto il territorio di un paese, fino l'anima degli abitanti. I nostri tribunali supremi sono principalmente occupati di queste belle cause; ch'è quanto dire della depressione di ogni industria. Colla mia rispettosa rappresentanza sulla provincia di Lecce io ho mostrato a V. M. che questo Regno è capace di dieci o dodici milioni di abitanti, e che più della metà sia sacrificata alle leggi barbare.

lato passivo del rapporto, assumeva la natura di onere reale⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ In questo senso v. L. BORSARI, *Commentario al Codice civile italiano, Libro Terzo*, IV.2, Torino, 1881, pp. 11-12, con riferimenti anche alla legislazione francese; B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo I, VII, Degli oneri reali e delle c. d. servitudes in faciendo nel diritto transitorio italiano*, in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, cit., p. 171, che significativamente afferma: «Cadono quindi per questo articolo tutti i suddetti ragionamenti teorici e si è lasciata aperta la porta perché i più disastrosi oneri reali continuino, almeno apparentemente, a sussistere»; L. COVIELLO, *Sull'indole giuridica delle decime ex feudali e censi riservativi anteriormente e dopo le leggi dell'8 giugno 1873 e del 14 luglio 1887, e sulla facoltà di liberarsi dall'onere mediante l'abbandono del fondo (nota a Cass. Napoli, 26 aprile 1900)*, in *Giurisprudenza italiana* 52.1.1, 1900, coll. 961-988, articolo fondamentale, in cui peraltro lo studioso afferma alla col. 963: «Ora noi crediamo che se si pongono da banda vecchi pregiudizi e si tenga fermo il principio che il terratico è un onere reale, una vera servitus in faciendo, categoria tutt'altro che ripugnante al sistema [...], molte delle difficoltà offerte dalla giurisprudenza restano appianate [...]», sicché secondo Coviello la natura reale delle decime sarebbe rimasta la medesima anche a seguito degli interventi del legislatore napoleonico, dell'entrata in vigore del Codice civile per lo Regno delle Due Sicilie e del Codice civile del 1865; A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, cit., p. 104, il quale, pur specificando che la legislazione anteriore al Codice civile del 1865 aveva reso mobili le antiche rendite diffuse nelle province napoletane, non manca di mostrare adesione all'opinione qui ricordata con riferimento alle rendite aventi carattere reale costituite prima del 1809 a dispetto di quanto previsto dalle leggi speciali; G. MIRABELLI, *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, in P. FIORE (già diretto), B. BRUGI (e continuato a cura del Professor), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, XII, *Contratti speciali*, Napoli-Torino, 1915² [messa al corrente con la più recente dottrina e giurisprudenza dall'avvocato Raffaele Sabato], p. 163; N. STOLFI, *Diritto civile*, IV, *I contratti speciali*, Torino, 1934, p. 443, n. 1094; L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 6; E. VALSECCHI, *Natura giuridica e fonti della rendita fondiaria*, in *AG* 157.2, 1959, p. 131; M. ZACCAGNINI, A. PALATIELLO, *Enfiteusi superficie oneri reali*, Napoli, 1984, pp. 374-375; C. MONTANARI, s.v. 'Rendita perpetua (dir. intermed.)', in *ED*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 846-847; B. GARDELLA TEDESCHI, s.v. 'Rendita perpetua', in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 616. La questione, come si avrà modo di approfondire è assai complessa. È bene fin da subito avvertire, però, che non si ritiene di poter accogliere l'opinione avanzata da questi autori. Si cercherà di dimostrare, al contrario, che la complessa normativa ancora vigente nel Regno delle Due Sicilie all'atto dell'entrata in vigore del Codice civile del 1865, aveva definitivamente reso mobili le rendite ex feudali. La diversa interpretazione proposta si basa, in realtà, sul dettato dell'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 che richiama, quanto alla regolamentazione di tali fattispecie, le *leggi anteriori* all'entrata in vigore del Codice civile stesso. Al contrario di quanto comunemente si creda, il riferimento

Alcune osservazioni poi, che saranno limitate esclusivamente alla legislazione napoleonica introdotta nelle province napoletane, sono formulabili proprio in riferimento alla disciplina dei censi riservativi che – a seguito delle l. 2 agosto 1806 sull’abolizione della feudalità, del successivo d. 20 giugno 1808 avente a oggetto la commutazione in canoni pecuniari delle prestazioni di prodotti delle terre già feudali – venivano adesso a ricomprendere quelle figure che la citata l. 2 agosto 1806 aveva deciso di eliminare⁴¹⁰.

In particolare, si vaglierà l’opinione di chi ha creduto, limitando il discorso all’ex Regno delle Due Sicilie e a seguito di quanto previsto nell’art. 29 delle Disposizioni transitorie per l’attuazione del Codice civile del 1865, che gli antichi censi riservativi avessero conservato la loro antica natura di oneri reali in ragione del fatto che se ne demandava la disciplina a quelle che l’art. 29 chiamava ‘leggi anteriori’⁴¹¹.

Per i motivi che ora si vedranno non si ritiene di potere pienamente

effettuato dall’articolo in parola è alla legislazione abolitiva della feudalità di matrice napoleonica che il restaurato governo borbonico decise di mantenere comunque in vigore. Peraltro, non si deve fraintendere il discorso che si andrà a svolgere nelle pagine successive. In effetti, è innegabile che le fattispecie considerate abbiano conservato, anche ad abolizione intervenuta, tutte le caratteristiche essenziali degli oneri reali. L’effettiva trasformazione della natura di tali fattispecie è esclusivamente il portato di quanto disposto dalla legge. Le norme contenute nelle leggi abolitive della feudalità, infatti, non hanno introdotto alcuna modifica di rilievo alla struttura degli istituti. Pertanto, il mutamento di questi ultimi in fattispecie dalla natura mobile si deve esclusivamente alla volontà del legislatore. Da un punto di vista strutturale, invece, tali diritti continuano a conservare tutto l’aspetto e le fattezze degli oneri reali.

⁴¹⁰ La citata normativa è reperibile in L. ACROSSO, G. RIZZI, *Codice degli usi civici. Raccolta completa della legislazione vigente commentata con la bibliografia e la giurisprudenza*, Roma, 1956, pp. 329-333 e 344-346, rispettivamente per la l. 2 agosto 1806 e per il d. 20 giugno 1808. Per un dettagliato commento alla legge v., invece, R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., *passim* e pp. 174-202; cui *adde*, invece, per una ricognizione generale M. ZACCAGNINI, A. PALATIELLO, *Enfiteusi superficie oneri reali*, cit., pp. 379-381, con riferimento alle altre leggi successive che, in questo lavoro, saranno considerate ove necessario.

aderire a questa ricostruzione. Essa, a ben vedere, non tiene in giusta considerazione la permanente vigenza della legislazione francese abolitiva della feudalità, anche a seguito della cacciata dei Napoleonidi, nonché di quanto disposto dall'art. 453 comma 2 contenuto nel successivo Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*, che si preoccupava, sulla orme dell'art. 529 comma 2 del *Code civil*, di attribuire natura mobiliare alle rendite⁴¹².

⁴¹¹ In questo senso v. L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., pp. 5-6; cui *adde* anche gli autori citati *supra*, nt. 409.

⁴¹² In senso negativo tuttavia, già per la legislazione francese, v. L. COVIELLO, *Sull'indole giuridica delle decime ex feudali e censi riservativi anteriormente e dopo le leggi dell'8 giugno 1873 e del 14 luglio 1887, e sulla facoltà di liberarsi dall'onere mediante l'abbandono del fondo (nota a Cass. Napoli, 26 aprile 1900)*, cit., coll. 965-966. Lo studioso, infatti, soffermandosi sulle leggi del periodo rivoluzionario, non manca di sottolineare come, pur ammettendo esse la redimibilità delle rendite fondiari, non si era provveduto in alcun modo a mutare pur in presenza della redimibilità la natura di oneri reali che queste possedevano. Passando poi a esaminare l'art. 529 comma 2 del *Code civil*, che si applicava senza dubbio alle rendite già costituite definendole mobili, lo studioso precisava che ciò non avrebbe indicato la perdita dell'efficacia reale di dette rendite. E così Coviello afferma (*op. ult. cit.*, col. 966): «Dalla mobiliarità non è lecito argomentare alla personalità di un diritto [...]». Non sarebbe possibile trarre questa conclusione neppure dal disposto dell'art. 530. Pertanto, secondo Coviello che segue sul punto il pensiero di Proudhon, le antiche rendite avrebbero mantenuto il carattere di oneri reali anche a seguito dell'entrata in vigore del Codice Napoleone. In ogni caso, se si prende in considerazione il discorso già svolto nelle pagine precedenti con riguardo allo sviluppo storico della normativa in tema di abolizione della feudalità, è difficoltoso accettare le conclusioni a cui giunge lo studioso. La stessa redazione della norma, in effetti, non lascia molti dubbi sul fatto che, come si è più volte ribadito, la scelta di attribuire natura mobiliare alle rendite, seppure assai sofferta in sede di discussione del *Code*, ebbe come obiettivo proprio quello di sopprimere l'antica natura reale di questi istituti al fine di completare quel percorso di liberazione della proprietà dai vincoli imposti dal giogo feudale che era iniziato la notte del 4 agosto 1789 (cfr. anche la sintesi di L. BORSARI, *Commentario al Codice civile italiano, Libro Terzo, IV.2*, cit., pp. 11-12). D'altra parte, è pur sempre vero che assai travagliato fu il percorso che portò poi alla definitiva trasformazione delle rendite in diritti mobiliari per opera dell'art. 529 comma 2. Su questo punto v. infatti É. CHÉNON, *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, cit., pp. 145-150; cui *adde* M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil, I, Principes généraux. Les personnes. La famille – Les incapables. Les biens*, cit., pp. 1007-1008, ove si richiama la l. 22 frimaire an VII, art. 27; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 260. Naturalmente, il risultato

Prima di formulare una diversa ipotesi ricostruttiva è opportuno esaminare in dettaglio anche le disposizioni delle cennate leggi abolitive, a cominciare dalla l. 2 agosto 1806. Va considerato, da un canto, l'articolo di apertura:

Art. 1: La feudalità con tutte le sue attribuzioni resta abolita. Tutte le giurisdizioni sinora baronali, ed i proventi qualunque, che vi siano stati annessi, sono reintegrati alla sovranità, dalla quale saranno inseparabili.

La disposizione ora ricordata ha una capitale importanza poiché, in base a essa, e al fatto che mediante il suo disposto si provvedeva all'abolizione della feudalità «...con tutte le sue attribuzioni...», veniva sciolto ogni reciproco rapporto che per l'antico diritto feudale esisteva tra il sovrano e il vassallo⁴¹³.

L'art. 1 aveva provveduto, dunque, anche a liberare il feudatario dagli obblighi che gli derivavano dal rapporto con il sovrano⁴¹⁴. Tuttavia, la l. 2 agosto 1806 non si era limitata solo a questa prima statuizione. Per rendersi conto di ciò è necessario esaminare anche gli artt. 12 e 19, che per la nostra questione scandiscono un passaggio ulteriore di fondamentale importanza:

fu di carattere prevalentemente politico. Nessun cambiamento effettivo nella struttura dell'istituto venne apportata dalla normativa in materia. Sono pertanto legittime – se si tiene in giusta considerazione la trasformazione avvenuta esclusivamente per effetto dell'art. 529 comma 2 del *Code civil* – le ricostruzioni che ne evidenziano i principali caratteri di realtà.

⁴¹³ Come ha evidenziato R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., p. 179, l'art. 1 aveva, in realtà, tutto l'aspetto di una rinuncia da parte del Sovrano alla facoltà di esigere una serie di diritti che – secondo il disposto dell'art. 4: *Il diritto di devoluzione a favore del fisco rimane estinto, come ancora il peso dell'adoa, del rilievo, del jus tapeti, e del quindennio. I creditori delle partite di adoe alienate, saranno creditori del pubblico tesoro – pro futuro il principe avrebbe teoricamente potuto esigere dal vassallo. Veniva tuttavia previsto – e precisamente all'art. 5: I fondi, e rendite finora feudali saranno, senza alcuna distinzione, soggetti a tutti i tributi* – che i baroni dovessero essere assoggettati ai medesimi tributi dei comuni cittadini.

⁴¹⁴ In questo senso v. R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., p. 179.

Art. 12: *Tutti i diritti, redditi, e prestazioni territoriali, così in denaro, come in derrate, saranno conservati, e rispettati come ogni altra proprietà. Le Università o particolari che avranno diritto dedotto, o non dedotto per contendere tali proprietà, adiranno i Tribunali competenti per la giustizia. Ci riserviamo di provvedere per quei diritti, e prestazioni pregiudizievoli all'agricoltura, col farli redimibili a favore dei contribuenti, colla surrogazione dei canoni in denaro, ed intanto viene espressamente proibita qualunque novità di fatto.*

Art. 19: *I suffeudi restano parimenti aboliti, ma le adoe e qualunque prestazione suffeudale, che solea pagarsi a' possessori de' feudi principali, saranno conservate col carattere di censi riservativi, soggette però ad essere ricomprate in denaro per lo giusto prezzo da valutarsi.*

Conviene partire dall'art. 19. Esso completava, dal lato questa volta dei rapporti tra feudatario e vassalli, la previsione di cui all'art. 1. Si provvedeva, infatti, all'abolizione dei suffeudi, pur conservando le prestazioni suffeudali che si riconvertivano in censi riservativi, prevedendosi al contempo la possibilità di ricompera in denaro.

All'art. 12, precisamente nella seconda parte della norma che riguardava in generale «...*quei diritti, e prestazioni pregiudizievoli all'agricoltura...*», il Legislatore si riservava poi di rendere tali fattispecie altresì redimibili⁴¹⁵.

A completamento della disamina normativa bisogna poi rivolgere

⁴¹⁵ Sul punto, con riguardo all'art. 19, v. R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., p. 179. L'art. 20 è direttamente connesso con le previsioni di cui alla precedente disposizione: *Tutti i redditi feudali in denaro o generi, che si contribuiscono per le tenasie, qualunque ne sia l'origine da' possessori de' fondi, saranno conservati e sottoposti alla stessa facoltà di ricomparsi in denaro, come nell'articolo precedente.* Erra comunque L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 8, nel considerare l'art. 13 quale ulteriore disposizione indicante la possibilità di convertire le prestazioni feudali in censi riservativi redimibili. Infatti, l'art. 13 dispone: *Ad oggetto che a' possessori de' feudi, specialmente nella Provincia di Lecce, non sia frodata la decima dell'olio, che finora hanno esatto nei trappeti feudali, quando le parti non si mettano d'accordo, la detta decima dovrà pagarsi o in olive o in olio, precedente apprezzo; non volendo che colla abolizione de' diritti proibitivi venga diminuita la solita prestazione.* La norma, come si vede, è diretta a disciplinare un caso specifico e relativo alle frodi sulla decima dell'olio.

l'attenzione all'articolo di apertura del d. 20 giugno 1808⁴¹⁶:

Art. 1: Tutte le prestazioni, e redditi già feudali perpetui, che, per diritto di suolo, di servitù, o per qualunque altro titolo si esigono su de' territori appadronati de' particolari, sia in proporzione della estensione del terreno o della semina, sotto nome di copertura, mezza copertura, o sotto qualunque altro nome, sia in proporzione del frutto, come sono le quinte, le settime, le decime, le dodicesime, le ventesime del raccolto o altre prestazioni maggiori o minori dovute agli ex-Baroni, i diritti di pascolo, e di fida ch'essi esercitano ne' medesimi fondi, potranno a richiesta dei contribuenti degl'indicati redditi, e de' possessori soggetti all'esercizio di tali diritti, o a richiesta di ciascuno di essi in qualunque tempo, esser convertiti in canoni in denaro sul coacervo della rendita netta di un decennio, senza comprendere nel calcolo del coacervo qualunque spesa di trasporto dei generi a' magazzini, o alle aie degli ex-Baroni. In mancanza di dati sicuri da ottener questo coacervo, la riduzione in denaro sarà fatta per mezzo di un estimo giusto e legale.

La disposizione adesso ricordata, dunque, conferma quanto previsto dalla l.

⁴¹⁶ L'esame completo della l. 2 agosto 1806 non può essere effettuato in questa sede. Occorre però che si tengano a mente anche altre quattro norme del provvedimento ora ricordato. In particolare, l'art. 6: *Restano abolite, senza alcuna indennizzazione, tutte le angarie, le parangarie, ed ogni altra opera, o prestazione personale, sotto qualunque nome venisse appellata, che i possessori de' feudi per qualsivoglia titolo soleano riscuotere dalle popolazioni e dai particolari cittadini.* Ancora, l'art. 7: *Tutti i diritti proibitivi restano egualmente aboliti senza indennità. Ai soli possessori, che esibiranno o un'espressa concessione per titolo oneroso, o una compra fatta dal fisco, o un giudicato definitivo a loro favore, sarà data una indennizzazione corrispondente; salve le ragioni ai possessori di diritto proibitivo convenzionale per una indennizzazione contro le Comuni, da sperimentarsi nel Tribunale competente. Sono per ora conservati quei diritti proibitivi, che le Università del Regno hanno imposto volontariamente a se stesse, e loro cittadini, per contribuire colla loro rendita ai pubblici pesi, e ciò fino a che non siasi stabilito altro modo di soddisfarli.* Inoltre, l'art. 14: *Di tutte le giurisdizioni, e diritti di portolania, baglivia, zecca di pesi e misure, scannaggio e simili, possedute sinora da molte Università del Regno, ne sarà fino a nostro sovrano ordine conservato da esse l'esercizio in nostro nome. Quelle possedute sinora da' possessori de' feudi, saranno anche date alle rispettive Università, che ne terranno l'esercizio nel modo medesimo, e ne pagheranno a titolo di annualità, quella somma, che i possessori attualmente ne percepiscono. Il capitale potrà essere affrancato alla ragione del cinque per cento. Le Università, che crederanno di aver ragione su tali corpi, potranno sperimentarle nei Tribunali competenti, senza impedirsi il pagamento.* Infine, l'art. 15: *I demanî, che appartenevano agli aboliti feudi, restano agli attuali possessori. Le popolazioni egualmente conserveranno gli usi civici e tutti i diritti, che attualmente posseggono su dei medesimi, fino a quando di detti demani non ne sarà con altra nostra legge determinata e regolata*

2 agosto 1806, dato che in relazione a una pleora di diritti già feudali dispone che essi possano «...a richiesta dei contribuenti degl'indicati redditi, e de' possessori soggetti all'esercizio di tali diritti, o a richiesta di ciascuno di essi in qualunque tempo...» essere convertiti in canoni pagabili in danaro. Questi ultimi, evidentemente, avrebbero posseduto la medesima natura dei censi riservativi⁴¹⁷.

Peraltro, la normativa ora considerata veniva ulteriormente rafforzata dalle disposizioni del fondamentale d. 17 gennaio 1810 contenente il *Regolamento relativo alla commutazione in danaro delle rendite ex-feudali, e per la ricompra di ogni rendita perpetua*⁴¹⁸. Di notevole interesse sono già i richiami ai precedenti testi legislativi contenuti nel preambolo introduttivo del decreto. Ivi, infatti, si opera un rinvio agli artt. 12, 19 e 20 della l. 2 agosto 1806, al d. 20 giugno 1808, nonché direttamente all'art. 530 del *Code civil*.

Il *Regolamento* contenuto nel decreto che ora si esaminerà, adottato proprio per dare seguito alle disposizioni del d. 20 giugno 1808, si riferisce alla commutazione in danaro delle rendite ex feudali e alla ricompra di ogni altra rendita perpetua. Per quanto interessa in questa sede, visto il richiamo effettuato nel preambolo alle suddette norme, è possibile affermare che il *Regolamento* di cui al d. 17 gennaio 1810 abbia provveduto a qualificare e a parificare i diritti nascenti dal censo riservativo a delle vere e proprie rendite, come tali assoggettate alla disciplina per esse stabilita. L'art. 1, contenuto nel Titolo I rubricato *Delle rendite commutabili in danaro*, dispone:

la divisione, proporzionata al dominio e diritti rispettivi. Intanto espressamente rimane proibita qualunque novità di fatto.

⁴¹⁷ In questo senso v. L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 8.

⁴¹⁸ Il citato decreto si trova nel *Repertorio amministrativo ossia collezione di leggi, decreti, reali rescritti, ministeriali di massima, regolamenti, ed istruzioni*

Art. 1: *La facoltà di commutare in denaro le rendite ex-feudali concesse ai debitori col decreto de' 20 giugno 1808 avrà luogo per tutte le rendite ex-feudali perpetue, qualunque ne sia l'origine. Vi sono compresi gli estagii perpetui, i canoni e le prestazioni enfiteutiche, i redditi, e le prestazioni di ogni colonia perpetua, e qualunque rendita perpetua ex-feudale, secondo le dichiarazioni del presente decreto.*

Dal dettato della norma si trae conferma di quanto già detto, prevedendo essa che le rendite ex feudali, stabilite per il tramite del d. 20 giugno 1808, fossero passibili di commutazione in denaro⁴¹⁹. Ancora, direttamente connessa con questa previsione è l'art. 3:

Art. 3: *Le rendite, e prestazioni ex-feudali in danaro, e quelle in generi di qualunque natura, così prima, come dopo la loro commutazione, tranne i soli canoni enfiteutici, non potranno esigersi se non colla qualità di censi riservativi de' fondi dai quali dipendono. Come tali esse costituiranno l'unica riserva degli antichi diritti degli ex-baroni, abolito ogni altro diritto, ed ogni altra prerogativa finora esercitata.*

Qui si stabilisce che le rendite ex feudali, sia prima che dopo l'eventuale avvenuta commutazione, sarebbero state esigibili esclusivamente alla stregua di censi riservativi⁴²⁰.

Contrariamente alla lettura ora suggerita, dall'esame delle disposizioni

sull'amministrazione civile del Regno delle Due Sicilie compilato dal Barone Pompilio Petitti... I, Napoli, 1846⁴, pp. 659-664.

⁴¹⁹ In questo senso v. L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 8.

⁴²⁰ Va peraltro ricordato quanto dispone l'art. 2: *Sono presunte ex-feudali tutte le rendite esatte dagli ex-baroni, o dagli aventi causa di essi, per fondi siti tra i confini degli antichi ex-feudi. Il decreto del 20 di giugno non è applicabile alle sole rendite, e prestazioni fondiari dipendenti da concessioni di fondi privati e allodiali fatte con pubbliche scritture. Tranne questa sola prova, ogni altro argomento è dichiarato incapace a dimostrare la qualità burgensatica delle rendite che si pretendessero esenti dalla regola stabilita col presente decreto.* La norma è particolarmente rilevante in quanto fornisce una presunzione a mente della quale le rendite potranno essere considerate ex-feudali. In proposito v. G. MIRABELLI, *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, cit., p. 169.

ricordate è stata tratta l'illazione che le fattispecie da esse prese in considerazione e tramutate in censi riservativi avessero conservato la natura di oneri reali e che su di esse non avesse inciso in alcun modo l'entrata in vigore, tra il d. 20 giugno 1808 e il *Regolamento* contenuto nel d. 17 gennaio 1810, anche nei territori napoletani, del *Code civil*⁴²¹.

La questione merita di essere esaminata con particolare attenzione. Come non si è mancato di rilevare, infatti, se da un lato la legislazione precedente l'entrata in vigore del *Code civil* aveva trasformato tutte le prestazioni ex feudali in censi riservativi, dall'altro la successiva adozione della codificazione napoleonica, il 1 gennaio 1809, ebbe l'effetto di rendere mobili tutte le fattispecie che lo stesso *Code* aveva anche, in pari tempo, provveduto a dichiarare non più censi riservativi ma rendite perpetue⁴²². È opportuno ricordare, sul punto, che l'art. 529 comma 2 del *Code civil* aveva statuito mutando natura alle rendite che divenivano mobili per determinazione della legge stessa e, comunque, per effetto dell'art. 530, sempre redimibili⁴²³.

Non è perciò condivisibile l'orientamento ricordato in precedenza

⁴²¹ È questa l'opinione espressa da L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 8. Secondo il citato studioso, peraltro, non vi sarebbe stata alcuna differenza tra i censi riservativi che fossero stati tali sin dalle origini e quelli che, invece, assunsero tale natura a seguito dell'entrata in vigore del d. 17 gennaio 1810. In precedenza, v. nello stesso senso anche N. STOLFI, *Diritto civile*, IV, *I contratti speciali*, cit., p. 443, n. 1094, il quale ritiene che il carattere di oneri reali si sia preservato per i censi riservativi che si fossero costituiti sotto le leggi anteriori proprio in considerazione di quanto previsto dall'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865.

⁴²² In questo senso v. G. MIRABELLI, *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, cit., p. 169.

⁴²³ Cfr. G. MIRABELLI, *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, cit., pp. 169-170, che precisa: «La omissione del Codice intorno alla rendita perpetua fondiaria, della quale solo per incidente si discorre all'art. 530, per sostituirla nel solo nome al censo riservativo e dichiararla essenzialmente mobile e redimibile [...]». Viene giustamente sottolineata, pertanto, la natura mobile dei censi riservativi.

secondo cui sulla effettiva natura di oneri reali dei censi riservativi non avrebbe inciso in alcun modo né la precedente legislazione abolitiva né, tantomeno, l'entrata in vigore del *Code civil*⁴²⁴. Questa diversa interpretazione non potrebbe valere, come pure si vorrebbe, neppure per quelle fattispecie il cui mutamento in censi riservativi sia antecedente all'entrata in vigore del *Code civil*. È chiaro, a questo proposito, che le norme codicistiche sopra ricordate si sarebbero certamente applicate anche ai censi già costituiti⁴²⁵. Non risulta condivisibile, dunque, neppure l'ulteriore conseguenza per cui la natura di oneri reali non sarebbe venuta meno nemmeno a seguito dell'entrata in vigore del Codice napoleonico e, successivamente, dell'art. 452 comma 2 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*.

Come si è visto a proposito di quanto disposto dall'art. 529 comma 2 del *Code civil*, infatti, il Legislatore si era preoccupato di trasformare in mobili le rendite perpetue – vale a dire, giova ripeterlo, tutte quelle fattispecie di prestazioni feudali che nel napoletano la precedente legislazione francese aveva tramutato in censi riservativi – perciò esse avrebbero indiscutibilmente perso, a seguito dell'applicazione della norma ora ricordata, la qualità immobiliare.

La natura di questi censi riservativi, attratti come si è veduto per opera

⁴²⁴ Come già evidenziato è questa la ricostruzione di L. COVIELLO, *Sull'indole giuridica delle decime ex feudali e censi riservativi anteriormente e dopo le leggi dell'8 giugno 1873 e del 14 luglio 1887, e sulla facoltà di liberarsi dall'onere mediante l'abbandono del fondo (nota a Cass. Napoli, 26 aprile 1900)*, cit., coll. 966-968; cui adde L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., pp. 8-9, il quale afferma: «Per lo meno, tutti i censi riservativi costituiti prima del 1° gennaio 1809 ebbero natura di diritti reali (oneri reali). Né essi persero tale natura con l'entrata in vigore del codice Napoleone, delle leggi civili napoletane, e del successivo rescritto del 17 agosto 1838»; nonché gli autori ricordati *supra*, nt. 409.

⁴²⁵ Non si può dimenticare, infatti, che intento politico perseguito era il totale disfacimento dei rapporti fondiari di *Ancient régime* e legati alle logiche dei rapporti feudali, come peraltro si desume proprio dall'art. 1 della l. 2 agosto 1809.

del Codice francese tra le rendite perpetue⁴²⁶, non poteva che quindi che

⁴²⁶ In questo senso v. G. MIRABELLI, *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, cit., p. 169. La diversa ricostruzione proposta con validi argomenti da L. COVIELLO, *Sull'indole giuridica delle decime ex feudali e censi riservativi anteriormente e dopo le leggi dell'8 giugno 1873 e del 14 luglio 1887, e sulla facoltà di liberarsi dall'onere mediante l'abbandono del fondo (nota a Cass. Napoli, 26 aprile 1900)*, cit., col. 967, non tiene però in giusta considerazione il d. 17 gennaio 1810 contenente il *Regolamento relativo alla commutazione in denaro delle rendite ex-feudali, e per la ricompra di ogni rendita perpetua*. Il preambolo del citato decreto, infatti, rinvia esplicitamente agli artt. 12, 19 e 20 della l. 2 agosto 1806, al d. 20 giugno 1808, nonché direttamente all'art. 530 del *Code civil*. E il *Regolamento* contenuto nel decreto, a ben vedere, si riferisce alla commutazione in denaro delle rendite ex feudali e alla ricompra di ogni altra rendita perpetua. Non si potrà negare, pertanto, che esso, richiamando esplicitamente le suddette norme, stia fornendo anche ai censi riservativi la qualifica di vere e proprie rendite, come tali assoggettabili alla disciplina per esse stabilita. Ciò, naturalmente, significa che, una volta effettuata questa operazione di attrazione dei censi riservativi nella sfera delle rendite, essi sarebbero stati soggetti alla previsione di cui all'art. 529 comma 2 del *Code civil* e, successivamente, a quella dell'art. 452 comma 2 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*. Anche per queste fattispecie, dunque, si provvede, seppur indirettamente e con un linguaggio normativo assai equivoco, a sancirne la natura mobiliare. È vero, d'altra parte, che l'art. 3 del suddetto decreto stabilisce che le rendite e le prestazioni ex feudali, prima e dopo la commutazione, non si sarebbero potute esigere se non con la qualità di censi riservativi. Ma è altrettanto vero che l'articolo è contenuto in un decreto che, sin dalla sua intitolazione, si riferisce alla commutazione in denaro delle rendite ex feudali e alla ricompra di ogni altra rendita. Non è quindi del tutto fuori luogo ritenere che anche i censi riservativi di cui all'art. 3 furono attratti sotto la più ampia nozione di rendita. Questa conclusione, quantomeno l'implicita volontà in tale direzione, si ricava anche dalla stessa collocazione sistematica dell'art. 3, incluso sotto il Titolo I, rubricato *Delle rendite commutabili in denaro*. Non è condivisibile, pertanto, l'affermazione di Coviello (*op. loc. ult. cit.*) secondo cui: «[...] è vero che da diritto *dominicale* la decima fu trasformata in censo, ma non è ugualmente vero che il *censo riservativo* fosse ridotto ad una ragione di credito». In particolare, dalla collocazione sistematica della norma ricordata, può dedursi che intenzione del Legislatore fosse esattamente quella di inserire anche il censo riservativo nella categoria delle rendite. Qualche ulteriore congettura in questo senso si può trarre dall'art. 2 che stabilisce quando, presuntivamente, si debba ritenere di essere in presenza di una rendita ex feudale. Anche in questo caso, effettivamente, nel fornire questo criterio presuntivo, il Legislatore così si esprime: «Sono presunte *ex-feudali* tutte le rendite esatte dagli *ex-baroni*...». Non si può negare che, volendo stabilire una presunzione valida in generale, il Legislatore abbia deciso di utilizzare il termine 'rendita' intendendo ricomprendervi anche i censi riservativi. Ancora, non si può condividere l'osservazione per cui il *Code civil*, una volta in vigore anche nelle

essere mobile secondo la stessa determinazione della legge.

La medesima conclusione deve valere anche qualora si decida di prendere in considerazione il disposto dell'art. 452 comma 2 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*. La norma, che come si è chiarito ricalca l'art. 529 comma 2 del *Code civil*⁴²⁷, sulle orme di quest'ultima disposizione e senza apportare modifiche di sorta, si limita infatti a imporre la natura mobile alle rendite⁴²⁸.

Si rende necessario precisare, sulla scorta dei rilievi brevemente formulati nelle precedenti pagine, che la diversa natura attribuibile alle prestazioni ex feudali – non più, dunque, oneri reali – anche nella legislazione anteriore all'entrata in vigore del Codice civile del 1865, fu principalmente causata dal disposto delle norme esaminate che, tuttavia, non

province napoletane, non abbia introdotto alcuna norma nuova rispetto alle disposizioni già in vigore. Se, infatti, si accetta la diversa ricostruzione proposta, e si ritenga pertanto di includere tra le rendite propriamente dette anche i censi riservativi, allora essi saranno certamente regolati dall'art. 529 comma 2 del *Code civil*, mutando la natura da immobile a mobile.

⁴²⁷ Va rilevato, peraltro, che G. MIRABELLI, *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, cit., p. 170, si limita a richiamare sul punto l'art. 453 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*. Nessun cenno si ritrova, al contrario, dell'art. 452 comma 2 che, invece, maggiormente interessa in questa sede.

⁴²⁸ Come è stato evidenziato da G. MIRABELLI, *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, cit., p. 170, difatti, in quello che era divenuto Regno delle Due Sicilie, si provvede a serbare quanto disposto dalla legislazione francese a proposito delle rendite già costituite mentre, per effetto del rescritto del 17 agosto 1838, si provvede a rinnovare i titoli di tutte le rendite e delle prestazioni che fossero ex feudali. Di contrario avviso L. COVIELLO, *Sull'indole giuridica delle decime ex feudali e censi riservativi anteriormente e dopo le leggi dell'8 giugno 1873 e del 14 luglio 1887, e sulla facoltà di liberarsi dall'onere mediante l'abbandono del fondo (nota a Cass. Napoli, 26 aprile 1900)*, cit., coll. 968-969, il quale ha ritenuto di poter affermare che neppure con l'entrata in vigore del Codice per lo Regno delle Due Sicilie fosse mutata la natura reale dei censi riservativi costituiti. Va però rilevato sul punto che, essendo stata conservata anche dal restaurato governo borbonico la normativa del periodo francese, si applicasse ugualmente alle fattispecie interessate l'art. 452 comma 2 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*.

apportarono sostanziali mutamenti nella struttura giuridica caratteristica di queste fattispecie.

L'esame fin qui svolto risulta assai utile, poi, quando si prenda in considerazione l'ulteriore ipotesi ricostruttiva secondo cui sarebbe rimasta immutata la natura dei censi che ancora esistevano nelle province napoletane, pure a seguito dell'entrata in vigore del Codice civile del 1865⁴²⁹.

Questa particolare illazione veniva tratta dall'interpretazione dell'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 (r.d. 30 novembre 1865, n. 2606)⁴³⁰:

Art. 29: Le rendite, le prestazioni e tutti gli oneri gravanti beni immobili a titolo di enfiteusi, subenfiteusi, censo, albergo od altro simile, costituite sotto le leggi anteriori, sono regolate dalle leggi medesime.

Il dominio utile dei beni enfiteutici si devolgerà però giusta le norme di successione sì legittima come testamentaria stabilite dal nuovo Codice, senza riguardo alle vocazioni in favore di un determinato ordine di persone contenute negli atti di enfiteusi.

Secondo quanto stabilito dall'art. 29 con una formulazione vaga ma comunque pervasa da un intento generalizzante, tutta una serie di rapporti,

⁴²⁹ In questo senso v. gli argomenti di L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 9.

⁴³⁰ Si v. anche l'art. 30: *È fatta facoltà agli enfiteuti o debitori di rendite semplici o fondiari costituite sotto le leggi anteriori di redimere il fondo o riscattare le rendite giusta le norme rispettivamente stabilite negli articoli 1564 e 1784 del nuovo Codice, non ostante qualunque patto in contrario, e salve le originarie convenzioni di affrancazione o riscatto più favorevoli agli enfiteuti o debitori.*

Ove si tratti di enfiteusi temporanee, il capitale da pagarsi per l'affrancazione può ricevere un aumento che in caso di contestazione è fissato dall'autorità giudiziaria, premessa una perizia e tenuto conto di ogni pregiudizio che possa derivarne al direttario.

Se il titolo di concessione riservasse al direttario la piena proprietà o la rendita delle piante, l'utilista deve pagargli, oltre al capitale pel canone, una somma corrispondente al valore delle piante o alla loro rendita capitalizzata nella ragione legale.

incluse rendite e censi, costituiti essendo in vigore le *leggi anteriori*, sarebbero stati regolate da queste ultime.

Il punto principale per comprendere se realmente possa accettarsi l'opinione qui già contrastata con riferimento alla precedente legislazione preunitaria, è individuare quale sia effettivamente la normativa di riferimento a cui l'art. 29 rimanda, vale a dire le non meglio specificate *leggi anteriori* citate dalla norma.

A ben considerare la questione – partendo però dalla diversa interpretazione che si è reputato di dare con riguardo alla mutata natura dei censi riservativi nelle province napoletane già secondo la previgente legislazione preunitaria e senza dover distinguere tra antiche e nuove rendite perpetue⁴³¹ – occorre certo considerare tanto le disposizioni del Legislatore francese, incluso il *Code civil*, quanto le sopravvenute *Leggi civili* del Codice per lo Regno delle Due Sicilie⁴³².

In effetti, valutando la questione sotto il profilo della normativa vigente al momento dell'unificazione della Penisola, si potrebbe ipotizzare che nei territori del Regno delle Due Sicilie, risultando abolite a partire dal 21 maggio 1819 tutte le leggi anteriori all'entrata in vigore di detto Codice⁴³³, la materia delle rendite ex feudali dovesse essere regolata solo dall'art. 452 comma 2 delle *Leggi civili*.

Per i motivi che portarono alla formulazione delle richiamate disposizioni, v. G. FOSCHINI, *I motivi delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del Regno d'Italia ordinati sotto ciascun articolo*, Torino, 1868, pp. 63-72.

⁴³¹ Cfr. sulla distinzione G. MIRABELLI, *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, cit., p. 171, il quale precisa che le prime sarebbero state regolate dalle antiche disposizioni, e le seconde invece dalla normativa contenuta nel Codice civile.

⁴³² Si tenga comunque presente che, come evidenzia N. STOLFI, *Diritto civile*, I.1, *Parte generale. Fonti, disposizioni preliminari e transitorie*, Torino, 1919, p. 440, n. 692, il *Code civil* non ebbe vigenza, per quanto concerne le province napoletane, in Sicilia.

⁴³³ In proposito v. N. STOLFI, *Diritto civile*, I.1, *Parte generale. Fonti, disposizioni preliminari e transitorie*, cit., p. 458, n. 719.

La questione, tuttavia, è più complessa. Non può certo tacersi dei tentativi che già i baroni ebbero per far sì che il restaurato governo borbonico attentasse all'impianto delle leggi abolitive della feudalità⁴³⁴. Questi sforzi, comunque, furono del tutto vani. La validità della precedente legislazione fu sancita, sebbene non esplicitamente, con la l. 11 dicembre 1816, mentre le decisioni della Commissione feudale vennero confermate a opera della l. 20 settembre 1817⁴³⁵.

Se ne deve pertanto dedurre che, vista anche la speciale rilevanza della materia, la normativa riguardante la natura dei censi riservativi costituiti dalle leggi napoleoniche dovesse risultare ancora vigente all'indomani della Restaurazione, e che a essa si affiancò, sancendo finalmente e senza ambiguità la natura mobiliare delle rendite, anche l'art. 452 comma 2 del

⁴³⁴ Di notevole importanza sono le riflessioni sul punto svolte da R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., pp. 381-418. Lo studioso ricorda come il restaurato governo, sotto la pressione dei baroni, ma comunque fermo nel non voler cedere alle rivendicazioni da essi avanzate, nominò una Commissione che avrebbe dovuto attentamente valutare se la precedente Commissione feudale, nell'esame delle cause insorte tra i baroni, i particolari e le università, avesse seguito criteri ispirati ai principi di giustizia e conformi all'antica giurisprudenza. La nomina avvenne con il r.r. 19 settembre 1815. Dal canto loro, come rileva Trifone, i baroni provvidero a redigere una *Memoria* illustrativa delle loro ragioni rispetto alle decisioni della Commissione feudale. Le rimostranze di questi ultimi furono però vane. La Commissione consultiva, infatti, confermò la giustezza dei criteri adottati e come sottolinea Trifone (*op. ult. cit.*, p. 387): «[...] non tenne in verun conto le osservazioni fatte dai baroni e, dopo reiterate premure e sollecitazioni da parte del governo, presentò il seguente rapporto, in cui, oltre ad accogliere ed a confermare i principii e le massime riassunte nel reale rescritto, dimostrò come nessun'altra cosa era più degna per un principe e più opportuna per le popolazioni di quella di conservare e mantenere l'iniziata riforma [...]». I baroni, ancora una volta in difesa delle loro prerogative, replicarono al rapporto della Commissione mediante una inutile memoria dal titolo *Riflessioni su i principj con cui la Commissione feudale ha deciso le cause de' Baroni* (la si v. riassunta in Trifone, *op. ult. cit.*, pp. 404-417).

⁴³⁵ Sul punto v. R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., p. 418, che afferma significativamente: «Così la pietra sepolcrale, sollevata per l'ultimo dibattersi del moribondo e potente organismo, ricadeva alfine per non sollevarsi mai più».

Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*.

La previsione di cui all'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865, pertanto, non può che riferirsi, con la formula '*leggi anteriori*', esattamente alle norme delle leggi abolitive della feudalità, vigenti anche dopo la caduta dei Napoleonidi nei territori dell'ormai ex Regno delle Due Sicilie.

Da questa constatazione, allora, discende che, in realtà, diritti di credito per volontà della legge dovessero considerarsi tutte le fattispecie che erano state da quelle norme rese mobili. Questa conclusione, inoltre, rivela l'inutilità di una distinzione quanto alla disciplina basata sulla anteriorità o meno delle rendite, differenza che si vorrebbe invece basare sulla dicotomia antiche rendite/nuove rendite.

A ulteriore conferma di questa lettura è opportuno aggiungere una considerazione di ordine generale. Interpretando diversamente l'art. 29, credendo dunque che non vi sia stata alcuna influenza da parte della legislazione abolitiva della feudalità sulle ex rendite feudali, e si ritenga pertanto che esse continuino a conservare la natura di oneri reali, si finirebbe per disattendere gli obiettivi e il portato delle rivendicazioni che avevano animato persino la classe dirigente del restaurato governo borbonico che, a dispetto delle pressanti richieste dei baroni, aveva deciso di serbare le disposizioni adottate dal decaduto governo napoleonico. Diversamente, peraltro, si dovrebbe ammettere una situazione in tutto paradossale: un gran numero di casi, infatti, sarebbe finito per essere disciplinato da quella pletora di prammatiche, bolle e altre fonti normative anteriori alle conquiste della Rivoluzione francese⁴³⁶. Senza peraltro considerare che, se si accettasse la dottrina qui combattuta, l'art. 29 delle

⁴³⁶ Peraltro, erano ben chiare le difficoltà cui sotto questo profilo dava luogo l'applicazione dell'art. 29. Sul punto è sufficiente un rimando a B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo I, VII, Degli oneri reali e delle c. d.*

Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 segnerebbe un deciso passo indietro sotto il profilo della politica legislativa e un arretramento assai significativo anche solo rispetto alla politica del governo borbonico⁴³⁷.

A fronte di queste considerazioni andrebbe poi motivata la scelta del Legislatore unitario che, pur mantenendo per le rendite costituite sotto le leggi anteriori la natura di oneri reali, per altro verso introduceva una norma del tenore dell'art. 418 Cod. civ. 1865:

Art. 418: Sono mobili per determinazione della legge i diritti, le obbligazioni e le azioni, anche ipotecarie, che hanno per oggetto somme di denaro od effetti mobili, le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria, quantunque alle medesime appartengano beni immobili. In quest'ultimo caso tali azioni o quote di partecipazione sono riputate mobili riguardo a ciascun socio, e pel solo tempo in cui dura la società.

Sono egualmente riputate mobili le rendite vitalizie o perpetue a carico dello Stato o dei privati, salvo quanto alle rendite dello Stato le disposizioni delle leggi relative al debito pubblico.

L'articolo, infatti, segue quanto alla disciplina delle rendite vitalizie e perpetue le previsioni già contenute nell'art. 529 comma 2 del *Code civil*,

servitudes in faciendo nel diritto transitorio italiano, in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, cit., p. 171.

⁴³⁷ Va segnalato, inoltre, che nonostante la possibilità di valersi dell'abbandono liberatorio – ammesso non solo per quelle fattispecie sorte nei territori napoletani prima della vigenza del *Code civil* ma anche per quelle rendite costituite dalle leggi napoleoniche che convertirono i censi riservativi e su cui v. A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, cit., p. 105 – tipico mezzo di liberazione dell'onerato, è chiara l'ormai acquisita natura mobiliare di dette rendite. Come si è più volte evidenziato, difatti, il mutamento di natura era stato determinato esclusivamente dalla volontà della legge che, però, non aveva apportato alcuna modificazione sostanziale nella struttura dei diritti interessati. Non deve sorprendere, pertanto, che esse avessero conservato tutte le caratteristiche proprie degli oneri reali, ivi compresa la possibilità di valersi dell'abbandono liberatorio. In altri termini, il cambiamento era stato, in un certo senso, assai superficiale. Da un lato, era assai chiara la volontà politica sottesa alla normativa antif feudale. Dall'altro, nondimeno, tale volontà non si era riflessa in un intervento organico

sancendone quindi la natura mobile.

Stando alla lettera della norma, qualora naturalmente si accogliesse l'opinione qui combattuta, si dovrebbe registrare una netta discrepanza tra la regolamentazione delle precedenti fattispecie, lasciate come detto secondo l'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 alla regolamentazione disposta dalle leggi anteriori – che, secondo questa ricostruzione, non avrebbero quindi mutato in alcun modo la natura reale delle stesse – e quanto chiaramente previsto dall'art. 418 comma 2 Cod. civ. 1865 che provvedeva appunto a rendere mobili le rendite vitalizie e perpetue costituite successivamente all'entrata in vigore del Codice⁴³⁸.

teso a eliminare dalla struttura delle rendite quelle impronte tipiche degli oneri reali.

⁴³⁸ Assai interessanti, a sostegno delle obiezioni formulate a proposito della tesi qui contrastata, sono le parole contenute nella Relazione – la si legga a commento di Cass. Roma 20 dicembre 1876, in *Foro it.* 2, 1877, coll. 198-202 – presentata dal senatore Giuseppe Miraglia al Senato del Regno riguardante il progetto di l. 11 agosto 1870. Ecco alcuni passaggi che bene riassumono i dubbi che sono stati espressi nel corso di queste pagine. Dice il Senatore Miraglia con riferimento all'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 (coll. 201-202): «Non è sfuggita all'attenzione del vostro Ufficio centrale l'obiezione che si ricava dall'articolo 29 della legge 30 novembre 1865 contenente disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile, nel quale è stabilito, che le rendite, le prestazioni e tutti gli oneri gravanti beni immobili a titolo di censo, o altro simile, costituite sotto le leggi anteriori, sono regolate dalle leggi medesime. Se la legge, si dice, ha conservato a queste rendite l'antica loro natura immobiliare, resterebbe con la proposta abolizione della ritenuta leso il diritto dei debitori ai quali è accordata la ritenuta di un reddito che deriva dalla sostanza del fondo [...]». Il Senatore soggiungeva poi: «Ma è stata facile la risposta a questa obiezione, posto mente che l'accennata legge transitoria ha avuto unicamente per oggetto di rispettare i diritti acquisiti per virtù delle contrattazioni e non già di conservare la natura immobiliare ai medesimi redditi, che pel Codice civile erano dichiarati mobili». Ma ecco che, prendendo in considerazione le province meridionali, dice: «Nelle province meridionali le rendite, di cui si tratta, divennero cose mobili sin dal 4° gennaio 1809, epoca in cui fu attuato in quella regione il Codice civile francese, e nella Sicilia divennero tali nel 1819 per virtù della pubblicazione delle leggi civili. Sin d'allora adunque perdettero queste rendite la loro natura immobiliare, e conseguentemente non furono più passibili di ipoteca. Lo stesso è a dirsi per la Sardegna dopo la pubblicazione del Codice Albertino; ond'è che la disposizione dell'articolo 29 della citata legge transitoria non si può riferire alle dette provincie, nelle quali si trovava già in vigore una legislazione che aveva annoverato tra le cose mobili le rendite costituite». Ancora,

A ulteriore conferma della natura reale delle rendite fondiarie – conclusione quest’ultima che sarebbe valsa anche per quelle costituite vigente l’art. 418 comma 2 Cod. civ. 1865 – sono stati però adottati dalla dottrina gravi ma non insuperabili argomenti⁴³⁹. A essi, infatti, si può

il Senatore continuava poi, con riguardo ai dubbi che ancora potevano esprimersi relativamente alle province romane, «Ma è facile rispondere a questa difficoltà, osservando che il rispetto ai diritti irrevocabilmente acquistati sulle rendite per virtù delle leggi anteriori non importa che quelle leggi conservassero la loro natura immobiliare, avendole il Codice civile dichiarate cose mobili, e qual è l’effetto di questa dichiarazione? Che la rendita non esiste più sull’immobile, ma costituisce un credito contro la persona del debitore ed ipotecato sull’immobile, e quindi è cosa mobile per determinazione della legge. Infatti, non avvi strada di mezzo: o la rendita è mobiliare secondo l’art. 418 del Codice civile: o è immobiliare, secondo gli articoli che determinano quali beni debbano essere considerati come immobili. Ora, nella nomenclatura che contengono gli art. 407 a 415 del Codice civile medesimo, di tutte le specie di beni, ai quali può applicarsi la denominazione di immobili, non si ha una parola che possa applicarsi alla rendita costituita». Ma ecco che si afferma (col. 202): «Una opinione contraria menerebbe all’assurdo politico di vedere perpetuata una legislazione non più confacente agli attuali bisogni della proprietà». Quest’ultima precisazione, evidentemente, esprime sinteticamente nonché efficacemente il lungo discorso che si è venuto svolgendo in queste pagine.

⁴³⁹ In particolare, da C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., pp. 111-116, i quali a p. 111 affermano: «La questione è per contro molto grave relativamente alla rendita fondiaria, sebbene non senza fondamento si possa sostenere la realtà». Contro la natura di oneri reali delle rendite sono stati adottati, invero, i seguenti argomenti. In primo luogo, il disposto dell’art. 1780 Cod. civ. 1865 – *La rendita per prezzo d’alienazione, o come condizione di cessione d’immobili sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito, si chiama rendita fondiaria* – in cui, come si vede, la rendita fondiaria è considerata alla stregua del prezzo per l’alienazione dell’immobile. In secondo luogo, proprio l’art. 418 comma 2 Cod. civ. 1865. In proposito, è stato rilevato che, dichiarando la norma la natura mobile delle rendite vitalizie o perpetue, sarebbe risultato inammissibile che il cedente acquisisse a seguito della cessione dell’immobile un diritto di natura reale, visto che la stessa disposizione ricomprende il diritto acquistato appunto tra i mobili. Ancora, il disposto dell’art. 1781 comma 1 Cod. civ. 1865 – *La cessione d’immobili accennata nell’articolo precedente trasferisce nel cessionario il pieno dominio, non ostante qualsivoglia clausola contraria* – in conseguenza del quale, attraverso la cessione di immobili costitutiva di rendita fondiaria, si verifica il trasferimento del pieno dominio sul bene ceduto. Di conseguenza, non si potrà ammettere alcuna situazione che riservi una parte del dominio al cedente il quale, dunque, non potrebbe che vantare un diritto di credito nei confronti del cessionario. Infine, come si è già più volte accennato, la stessa redimibilità della rendita depone contro la sua presunta natura reale. Fadda e

Bensa, tuttavia, non ritengono validi gli argomenti ora ricordati. Da un lato, difatti, essi fanno rilevare come il Legislatore abbia distinto la rendita sorta per effetto della cessione di un immobile (tanto a titolo oneroso che gratuito) o data come prezzo per l'alienazione, e quella che invece si costituisce a seguito del pagamento di un capitale. La prima, corrispondente al censo riservativo, è la rendita fondiaria; la seconda, equiparabile al censo consegnativo, è detta rendita semplice o censo. I due studiosi sottolineano l'importanza della terminologia adottata dal Legislatore. E così, l'utilizzo dell'aggettivo 'fondiaria' rilevarebbe per la natura immobiliare del diritto, ciò che troverebbe ulteriore conferma nella storia dell'istituto. Inoltre, altro indizio in questo senso, si ritroverebbe nella distinta disciplina delle due specie di rendita. In particolare, i due studiosi rilevano che l'art. 1782 Cod. civ. 1865 – *La rendita costituita mediante un capitale si chiama rendita semplice o censo, e debb'essere assicurata con ipoteca speciale sopra un fondo determinato: altrimenti il capitale è ripetibile* – dispone come la rendita semplice sia garantita mediante ipoteca speciale su un fondo determinato, mentre nessuna disposizione in questo senso si ritrova per la rendita fondiaria. Da ciò conseguirebbe secondo Fadda e Bensa (*op. ult. cit.*, p. 113) che: «[...] della ipoteca non si parli per la rendita fondiaria per ben altra ragione. Appunto perché la rendita fondiaria è o il corrispettivo o la condizione dell'alienazione di immobili, ha da essere reso pubblico a mezzo della trascrizione per poter produrre effetto riguardo ai terzi [...]». E così, concludono i citati studiosi, la stessa volontà della legge sarebbe qui manifesta nel senso di aver voluto costituire direttamente un onere sull'immobile ceduto. Altro argomento si ricaverebbe poi dall'art. 1786 comma 2 Cod. civ. 1865 – *Nondimeno trattandosi di rendita fondiaria, ove il debitore prima del fallimento o della non solvenza avesse alienato il fondo obbligato per servizio della rendita, il creditore non ha diritto di chiedere il riscatto, se il possessore del fondo si offre pronto al pagamento della medesima e presenta per essa sufficienti cautele* – in cui il Legislatore parla di 'fondo obbligato per servizio della rendita'. Tale espressione, infatti, farebbe propendere per l'esistenza di un vero e proprio peso sull'immobile destinato, nel caso di inadempimento della prestazione, alla soddisfazione delle ragioni del cedente. Inoltre, sempre dal medesimo articolo si ricava secondo i citati studiosi (*op. loc. ult. cit.*) che: «[...] il creditore non può, come di regola, chiedere il riscatto, se il possessore del fondo si offre pronto al pagamento della medesima, e presenta per essa sufficienti cautele». E dunque, il creditore si sarebbe potuto rivolgere anche contro il possessore attuale del fondo. Ancora, nessun argomento in contrario si potrebbe trarre dal disposto dell'art. 418 comma 2 Cod. civ. 1865. Fadda e Bensa prendono in considerazione, a questo proposito, la Relazione del Senatore Miraglia già ricordata. Ivi si era evidenziato, infatti, che nessuno degli articoli del Codice relativo ai beni immobili menzionava le rendite o risultava a esse applicabile. Nonostante ciò, agli obblighi di carattere personale sorti da esse si sarebbe potuta comunque applicare la garanzia offerta dall'ipoteca legale, fatto che avrebbe contribuito a serbarne il carattere immobiliare. D'altra parte, l'art. 415 Cod. civ. 1865 non avrebbe affatto portata tassativa, dato che in esso non si fa parola neppure del diritto di superficie che certo non ha carattere mobiliare. Inoltre, secondo Fadda e Bensa (*op. ult. cit.*, p. 115): «[...] se l'essere il diritto ipotecario mobiliare (il che non è) può conciliarsi colla sua qualità di reale, esplicitamente riconosciuta dalla legge (art. 1964), nulla osta, che reale si qualifichi la rendita,

opporre qualche altra considerazione.

Il primo rilievo che si può formulare è relativo alla terminologia impiegata dal Legislatore del Codice civile del 1865. Per la rendita costituita a seguito di cessione o alienazione di un immobile, infatti, il termine ‘rendita’ è accompagnato dall’aggettivo ‘fondiaria’. Al contrario, parlando di quella che viene a costituirsi a seguito del pagamento di un capitale, si impiega l’espressione ‘rendita semplice’. Dal fatto che in relazione alla prima specie si senta la necessità di specificare che essa è ‘fondiaria’, tuttavia, non potrebbe trarsi, come si vorrebbe, alcun elemento da cui dedurre che il Legislatore, così facendo, avrebbe voluto sottintendere la natura reale della stessa.

anche se la si ritenga per ogni riguardo mobiliare». Neppure, poi, potrebbe trarsi argomento contro la realtà di queste figure dalla caratteristica della redimibilità. Infatti, traendo spunto da un orientamento giurisprudenziale – segnatamente Cass. Napoli 9 maggio 1876, che si può leggere in *Foro it.* 1, 1876, coll. 783-785, con *Nota* di L. CAPUANO – i ricordati studiosi riferiscono la redimibilità al diritto del concedente sul fondo enfiteutico che, secondo il disposto dell’art. 415 e dell’art. 1967 n. 3, ha natura immobiliare. Né poi un ostacolo si rinverrebbe nell’art. 1781 Cod. Civ. 1865 già ricordato sopra. Infatti, pur trasferendosi mediante la costituzione della rendita il pieno dominio a favore del concessionario, non si potrebbe certo negare che tale dominio, pur gravato da un peso, non possa essere ugualmente pieno dominio. D’altra parte, si adducono come prove della non contraddittorietà tra il trasferimento del pieno dominio e la natura reale della rendita, gli artt. 1623 e 1607 del *Código civil* – l’art. 1623 nella sua attuale redazione dispone: *Los censos producen acción real sobre la finca gravada. Además de la acción real podrá el censalista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas, y de los daños e intereses cuando hubiere lugar a ello;* mentre, l’art. 1607: *Es reservativo el censo, cuando una persona cede a otra el pleno dominio de un inmueble, reservándose el derecho a percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que deba pagar el censitario.* Fadda e Bensa, esposti gli argomenti ricordati, affermano (*op. ult. cit.*, p. 116): «In conclusione, non ci sembrano decisive le ragioni addotte, per dimostrare, che dalla costituzione di rendite il titolare riceve un semplice diritto personale». Le difficoltà accennate appaiono chiare anche se si considereno le oscillazioni della giurisprudenza formatasi sul Codice civile del 1865. Non sono mancati, in verità, tentativi volti a ricondurre gli antichi censi alla categoria obbligatoria. Mentre altre pronunce giurisprudenziali hanno alle volte qualificato tali rapporti come diritti di credito garantiti da ipoteca o, appunto, come veri e propri oneri reali. Non è possibile prendere in considerazione in questa sede le motivazioni delle singole sentenze. Le

La ragione, difatti, si può ricavare dalla diversità del bene che di volta in volta viene ceduto, alienato o corrisposto. Nel caso della rendita fondiaria, appunto il fondo, mentre, per la rendita semplice, un certo capitale. L'intento del Legislatore, dunque, era semplicemente quello di differenziare le due forme di rendita da un punto di vista terminologico a seconda che il bene ceduto, alienato o corrisposto fosse un fondo o un capitale. Nessun particolare indizio, pertanto, sulla supposta natura reale della rendita fondiaria⁴⁴⁰.

Argomento di maggiore peso è quello che si vorrebbe trarre dal disposto dell'art. 1782 Cod. civ. 1865. L'articolo, contenente la definizione di rendita semplice, prevede che quest'ultima, affinché il capitale non debba essere ripetuto, sia garantita mediante ipoteca speciale su un fondo. Al contrario, si dice, non è possibile rinviene alcuna previsione di questo genere per la rendita fondiaria. In proposito, tuttavia, non si è mancato di evidenziare come non possa trarsi alcuna conclusione nel senso della realtà delle rendite fondiarie dal fatto che, per la rendita fondiaria, non sia richiesta alcuna ipoteca a garanzia. Infatti, lo stesso Legislatore ha specificato all'art. 1781 comma 2 Cod. civ. 1865⁴⁴¹ che, nel caso di cessione a titolo oneroso, al contratto debbano applicarsi le norme sulla vendita.

più significative sono ricordate da C. MONTANARI, s.v. '*Rendita perpetua (dir. interm.)*', cit., p. 847 e ntt. 149, 150, 151, 152.

⁴⁴⁰ Sul punto v. inoltre le osservazioni di C. FERRINI, s.v. '*Obbligazione*', cit., p. 388; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, in P. FIORE (per cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, XIII, Napoli-Torino, 1915², p. 207, che rileva la derivazione storica del termine che, in precedenza, veniva impiegato per denotarne la natura reale e che dunque possiede esclusivamente un valore storico; N. STOLFI, *Diritto civile*, IV, *I contratti speciali*, cit., p. 444, che si limita a rilevare la non sufficienza di una denominazione dovuta, appunto, alla tradizione storica dell'istituto, quando la trasformazione di esso risulti da esplicite norme; L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 14, ove si rileva la poca valenza degli argomenti letterali; E. VALSECCHI, *Natura giuridica e fonti della rendita fondiaria*, cit., p. 132, nello stesso senso.

⁴⁴¹ Art. 1781 comma 2 Cod. civ. 1865: *La cessione, se è fatta a titolo oneroso, è soggetta alle regole stabilite pel contratto di vendita: se è fatta a titolo gratuito, è soggetta alle regole stabilite per le donazioni.*

Ora, se ciò è vero, si capisce per quale ragione nel caso della rendita semplice l'ipoteca dovesse essere espressamente prevista mentre, nel caso della rendita fondiaria, si poteva invocare a favore dell'alienante, *ex art.* 1969 n. 1 Cod. civ. 1865⁴⁴², l'ipoteca legale sugli immobili ceduti che avrebbero garantito per gli obblighi derivanti dalla cessione. Ma, si argomenta giustamente, se la prestazione viene garantita mediante ipoteca legale, allora il diritto alla percezione della rendita ha natura personale alla stregua della rendita semplice garantita da ipoteca volontaria⁴⁴³. Da quanto detto, a ben vedere, risulta dunque che nemmeno da questo rilievo, efficacemente contrastato dall'argomento ora esposto, potrà dedursi prova a favore della realtà delle rendite fondiarie.

Neppure si sarebbe potuto invocare a sostegno della combattuta ipotesi il disposto dell'art. 1786 comma 2 Cod. civ. 1865. Secondo la norma, infatti, qualora il debitore insolvente o dichiarato fallito avesse proceduto alla alienazione del fondo su cui la rendita era costituita, il creditore non avrebbe potuto domandare il riscatto se il terzo si fosse offerto di provvedere all'assolvimento del debito. In proposito, è stato giustamente rilevato che dalla medesima norma è possibile trarre l'opposta conseguenza, vale a dire una prova della natura personale della rendita fondiaria. Infatti, si sottolinea, qualora le rendite fondiarie fossero oneri reali allora, una volta alienato il fondo, l'obbligo del pagamento si concentrerebbe in capo al nuovo

⁴⁴² Art. 1969 n. 1: *Hanno ipoteca legale:*

1°: Il venditore od altro alienante, sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione.

⁴⁴³ In questo senso v. C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', cit., p. 388; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, cit., p. 208, il quale afferma che nei medesimi argomenti si trova anche la spiegazione per la terminologia impiegata dall'art. 1786 comma 2 Cod. civ. 1865, ove, come si è detto, si rinviene l'espressione 'fondo obbligato a servizio della rendita'; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, IX, *Dei Contratti in specie (continuazione e fine)*, Torino, 1923³, pp. 241-242; N. STOLFI, *Diritto civile*, IV, *I contratti speciali*, cit., p. 444; L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 14; E. VALSECCHI, *Natura giuridica e fonti della rendita fondiaria*, cit., p. 133.

proprietario, e non all'alienante⁴⁴⁴.

Infine, nemmeno varrebbe a sostegno della opposta ricostruzione il fatto che per la costituzione di rendita si dovesse procedere alla trascrizione. La trascrizione, a ben vedere, si richiedeva per il trasferimento della proprietà sull'immobile, non per dare effettivo seguito alla costituzione della rendita⁴⁴⁵.

Certo, è pur vero che un significativo indizio nel senso della correttezza dell'ipotesi avanzata dagli annotatori del Windscheid questi ultimi la rinvenivano nel disposto degli artt. 1607 e 1623 del *Código civil*. Si traeva dalle citate disposizioni, in effetti, un argomento nel senso della non contraddittorietà tra il trasferimento del pieno dominio – che, per il caso della rendita fondiaria era previsto espressamente come si è visto anche dall'art. 1781 Cod. civ. 1865 – e la natura reale della rendita.

In particolare, l'art. 1623 del *Código civil* prevede che al *consensualista* sia concessa tanto l'azione reale, per reclamare il canone o la pensione di cui risponde l'immobile gravato, quanto la personale avverso colui che rivestisse la qualità di proprietario dell'immobile o di enfiteuta nel momento in cui i canoni dovuti fossero divenuti esigibili⁴⁴⁶.

L'art. 1607, dal canto suo, definisce il *censo reservativo*, specificando che

⁴⁴⁴ Si v. in questi termini C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', cit., p. 388; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, cit., p. 209; N. STOLFI, *Diritto civile*, IV, *I contratti speciali*, cit., p. 444; L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., pp. 14-15; E. VALSECCHI, *Natura giuridica e fonti della rendita fondiaria*, cit., p. 133.

⁴⁴⁵ E così N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, cit., p. 208, poteva affermare: «Che la trascrizione sia necessaria per l'effetto del trapasso di proprietà, questo pare certo e indubitato: se poi sia tale anche per la costituzione del vincolo, è cosa che si deve dimostrare provando l'indole reale della rendita. Finché questo non si faccia, nulla si può argomentare dalla necessità di trascrivere il contratto di rendita fondiaria [...]».

⁴⁴⁶ Sul punto è sufficiente un rimando a F.J. ANDRÉS SANTOS, s. 'Art. 1623', in A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, pp. 1773-1774, il quale mette in evidenza l'orientamento della dottrina che generalmente, quanto alla possibilità che l'esperimento delle azioni in parola sia simultaneo, ammette che il *consensualista* disponga alternativamente dell'azione reale e della personale.

si rientra in questa fattispecie quando si verifica il trasferimento del pieno dominio di un immobile dal cedente al cessionario⁴⁴⁷.

Dunque, gli articoli in esame, effettivamente, parrebbero non contenere alcuna contraddizione tra l'esperibilità dell'azione reale – ciò che dimostrerebbe la natura reale del *censo reservativo* – e il trasferimento del pieno dominio, esplicitamente previsto, come del resto nell'art. 1781 Cod. civ. 1865, dall'art. 1623 del *Código civil*. Sul punto, tuttavia, sono formulabili alcune considerazioni.

In primo luogo, sulla natura dei censi nell'ordinamento spagnolo, per quanto la questione non sia stata in passato del tutto pacifica, non si può dubitare sino al punto di metterne in discussione la configurazione di diritti immobiliari. Da un lato, infatti, non può trarsi alcun argomento in contrario dal disposto dell'art. 336 del *Código civil*⁴⁴⁸. Al contrario, nella norma richiamata, si specifica che le rendite sono considerate alla stregua di mobili «...*siempre que no graven con carga real una cosa inmueble...*». In quest'ultimo caso, dunque, le rendite saranno ricomprese tra i beni immobili per espressa previsione dell'art. 334 núm. 10 del *Código civil*⁴⁴⁹.

Nessun dubbio allora, ma per espressa previsione legislativa, può

⁴⁴⁷ In proposito v. F.J. ANDRÉS SANTOS, s. 'Art. 1607', in A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1760, ove l'autore, in relazione alla natura del censo riservativo, così si esprime: «En cuanto a su naturaleza jurídica, se lo ha equiparado a una compraventa especial con precio aplazado [...] y también a un arrendamiento con pacto de opción de compra [...], pero, al igual que las otras modalidades censuales, parece más lógico identificarlo como un tipo de carga real [...]».

⁴⁴⁸ Art. 336 del *Código civil*: *Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.*

⁴⁴⁹ In questo senso v. M.A. LÓPEZ SUÁREZ, s. 'Art. 336', in A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), *Comentarios al Código civil*, cit., p. 466. D'altra parte, l'art. 334 núm. 10 dispone: *Son bienes inmuebles: 10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.*

sussistere sulla natura immobiliare delle rendite. Nessuna conseguenza, però, si può trarre sul punto della non contraddittorietà tra la natura reale delle rendite e il fatto che, per espressa statuizione dell'art. 1607 del *Código civil*, nel caso di costituzione di *censo reservativo* si verifica il trasferimento del pieno dominio. È la stessa legge, difatti, che toglie ogni dubbio sulla natura del censo, qualificandolo *carga real* e, dunque, attraendolo sotto l'art. 334 núm. 10 sistemato, quest'ultimo, nel *Título I – De la clasificación de los bienes – Capítulo primero – De los bienes inmuebles*.

Valga, poi, una seconda osservazione. È certamente vero che, stando al disposto dell'art. 1623 del *Código civil*, il titolare del diritto può esperire anche l'azione reale. Tuttavia, ciò viene escluso quando sull'immobile gravi una ipoteca o un censo costituito posteriormente, come si ricava dall'art. 116 della *Ley Hipotecaria* che a sua volta richiama gli artt. 114 e 115 della stessa⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ L'art. 116 della *Ley Hipotecaria* dispone infatti: *El acreedor por pensiones atrasadas de censo no podrá repetir contra la finca acensuada, con perjuicio de otro acreedor hipotecario o censualista posterior, sino en los términos y con las restricciones establecidas en los artículos 114 y párrafos primero y segundo del 115; pero podrá exigir hipoteca en el caso y con las limitaciones que tiene derecho a hacerlo el acreedor hipotecario, cualquiera que sea el poseedor de la finca acensuada*. L'art. 114, a sua volta, prevede: *Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurrido y la parte vencida de la anualidad corriente*.

En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Infine, l'art. 115 recita: *Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que non estuvieren garantizados conforme al artículo anterior el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados. Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella.*

Da questa osservazione potrebbe trarsi, forse, la conclusione per cui la possibilità di esperire l'azione reale sia essenzialmente legata alla maggiore garanzia offerta dal bene immobile rispetto al pagamento dei canoni. Tuttavia, il possibile impiego dell'azione reale, come si è visto, è destinato a rimanere disatteso qualora già gravi sull'immobile una ipoteca a garanzia del credito.

Dagli argomenti basati sull'esame delle disposizioni del *Código civil*, pertanto, non è possibile trarre alcun argomento certo in favore della realtà delle rendite fondiari anche nel Codice civile del 1865.

Se tutto ciò non dovesse essere sufficiente, valga ancora ricordare contro l'ipotesi formulata da Fadda e Bensa, la notevole importanza degli argomenti di carattere "politico", assai ben sintetizzati dalle parole del Senatore Miraglia⁴⁵¹. Questi ultimi sono già stati richiamati più volte nel corso di queste pagine e non è necessario soffermarsi nuovamente su di essi.

In conclusione, per quanto concerne la disciplina della rendita fondiari nel Codice civile del 1865, così come nel caso delle figure a essa riconducibili e largamente utilizzate nelle province appartenenti al Regno delle Due Sicilie⁴⁵², è possibile, dopo l'esame delle norme che di volta in volta sono venute in considerazione nel corso della trattazione, esprimere un doppio ordine di considerazioni.

Da un lato, per quanto riguarda le province napoletane, è stato dimostrato come sia da respingere la ricostruzione di quanti vorrebbero escludere un

Si la finca hipotecada no perteneciera al deudor no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados.

In dottrina v. F.J. ANDRÉS SANTOS, s. 'Art. 1623', in A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1773; cui adde A. DOMÍNGUEZ LUELMO, s. 'Art. 116', in A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), *Commentarios a la Ley Hipotecaria*, cit., pp. 1114-1115.

⁴⁵¹ Già riferite *supra* in questo Paragrafo.

⁴⁵² Ma, come si è avuto modo di vedere esaminando le norme dei codici preunitari, la medesima conclusione dovrà valere anche per le rendite da esse disciplinate.

mutamento nella natura delle rendite intervenuto a seguito della promulgazione delle Leggi abolitive della feudalità, delle disposizioni del *Code civil* nonché, nell'ultima fase, del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*.

È stato sufficientemente dimostrato, infatti, come la normativa del periodo napoleonico venne per decisione della stessa restaurata monarchia borbonica mantenuta, venendo preservate allo stesso modo le decisioni della Commissione feudale che aveva dato a essa concreta attuazione. Inoltre, una volta promulgate le *Leggi civili*, si provvide a dare definitiva stabilità a tale legislazione, rendendo le rendite di qualunque natura, per effetto dell'art. 452 comma 2, mobili.

In secondo luogo, la medesima conclusione deve essere prospettata pure per le rendite fondiarie create dopo l'entrata in vigore del primo Codice civile unitario. Si è veduto, anzi, come, nonostante l'indubbia valenza degli argomenti addotti a sostegno, non sia da seguire l'opinione di chi vorrebbe mantenuta la natura reale delle stesse anche a fronte della normativa codicistica. È abbastanza agevole riscontrare, d'altra parte, come una soluzione in questo senso verrebbe a porsi in contrasto palese con la storia politica dell'istituto della rendita fondiaria segnando, al contempo, come si è avuto modo di precisare, un deciso passo indietro rispetto alla disciplina dell'istituto anche solo in confronto alla normativa precedentemente in vigore nel Regno delle Due Sicilie.

Non è necessario spendere altre parole in proposito. Ci si limiterà a segnalare, da ultimo, come anche per il Codice civile del 1942 la natura della rendita fondiaria sia certamente mobiliare⁴⁵³. Sul punto vengono in

⁴⁵³ Sul punto, ormai pacifico in dottrina, v. ampiamente L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., pp. 15-16; E. VALSECCHI, *Natura giuridica e fonti della rendita fondiaria*, cit., p. 134; A. TORRENTE, *Della rendita perpetua*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro quarto, Delle obbligazioni (Art. 1861-1932)*, Bologna-Roma, 1966³, pp. 12-18; E. SCUTO, s.v. 'Rendita perpetua', cit., p. 450; A. MARINI, *La rendita perpetua e la rendita*

considerazione gli artt. 1861, 1868 e il n. 746 della *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile*⁴⁵⁴:

N. 746: *Nel dare la nozione della rendita perpetua, l'art. 1861 dichiara che la prestazione periodica di una somma di denaro o di una certa quantità di cose fungibili è un corrispettivo dell'alienazione onerosa di un immobile o della cessione di un capitale; si soggiunge che la rendita perpetua può costituirsi anche quale onere dell'alienazione o della cessione gratuita stessa. Rimane così chiarito che la rendita crea un semplice diritto di credito e mai un onere inerente ad un fondo, come, in base alle norme del codice del 1865, si era da taluno ritenuto. Il carattere anzidetto risulta confermato anche nell'art. 1868 nel quale, in ordine al riscatto, si è abbandonata la dizione usata nell'art. 1786, secondo comma, del codice del 1865 («fondo obbligato per servizio della rendita»), parlandosi più propriamente di «fondo su cui la rendita è garantita».*

Art. 1861: *Nozione. Col contratto di rendita perpetua una parte conferisce all'altra il diritto di esigere in perpetuo la prestazione periodica di una somma di danaro o di una certa quantità di altre cose fungibili, quale corrispettivo dell'alienazione di un immobile o della cessione di un capitale.*

La rendita perpetua può essere costituita anche quale onere dell'alienazione gratuita di un immobile o della cessione gratuita di un capitale.

Art. 1868: *Riscatto per insolvenza del debitore. Si fa pure luogo al riscatto della rendita nel caso di insolvenza del debitore, salvo che, essendo stato alienato il fondo su cui era garantita la rendita, l'acquirente se ne sia assunto il debito o si dichiari pronto ad assumerlo.*

Come è stato ben rilevato, dal dettato dell'art. 1863 comma 1 si evince senza incertezze che il diritto alla percezione della rendita si viene a costituire come rapporto tra contraenti e non, invece, direttamente

vitalizia, in P. RESCIGNO (Diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII.5, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1985, pp. 5-6; G. DATILO, s.v. 'Rendita (dir. priv.)', cit., p. 859; F. MACIOCE, s.v. 'Rendita (diritto civile)', in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Milano, 1991, p. 3; B. GARDELLA TEDESCHI, s.v. 'Rendita perpetua', cit., pp. 616-617; G. DI GIANDOMENICO, *Le rendite perpetue*, in G. DI GIANDOMENICO, D. RICCIO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIV, Torino, 2005, pp. 292-293; M. PARADISO, *Le rendite civilistiche. Rilevi introduttivi per una revisione critica*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano, 2007, p. 46.

⁴⁵⁴ Il n. 746 della *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli Grandi. Presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del "Codice civile"*, può leggersi in G.U. del Regno d'Italia, Parte prima, Anno XX, 4 aprile 1942, pp. 166-167.

sull'immobile. In esso, difatti, si dice che mediante il contratto di rendita perpetua «...una parte conferisce all'altra il diritto...», perciò non è formulabile alcun dubbio sulla natura obbligatoria del rapporto stesso⁴⁵⁵.

Peraltro, qualora vi fosse ancora qualche dubbio sul punto, è sufficiente un rimando alle parole del Ministro Grandi nella citata *Relazione*. Qui si dice chiaramente che mediante la costituzione di una rendita si origina non un onere gravante sull'immobile ma, contrariamente ai dubbi che taluno aveva affacciato per il Codice civile del 1865, un semplice diritto di credito. Il Ministro Grandi adduce, poi, a ulteriore conforto della precisazione anche il dettato dell'art. 1868 ove, rispetto all'art. 1786 del Cod. civ. 1865 che utilizzava una poco felice espressione, si introduce il concetto di 'fondo su cui la rendita è garantita'.

Non è necessario insistere oltre sulla natura delle rendite fondiari nel Codice civile del 1942.

Conviene comunque precisare che, se il problema degli oneri reali si inquadra sotto il profilo comparatistico, come peraltro presuppone lo svolgimento della nostra ricerca, le soluzioni adottate dai codici più strettamente influenzati dal *Code civil* e dalle risultanze in tema di rapporti fondiari seguite agli sconvolgimenti della Rivoluzione francese – e cioè, si badi, tanto i codici preunitari che i due codici unitari, con l'eccezione, sotto il profilo comparatistico, del *Código civil* – non sono condivise da quei codici di area tedesca che, sul punto, hanno effettuato scelte differenti.

L'argomento, in ogni caso, non può essere affrontato estensivamente nel contesto della ricerca qui effettuata, che, come si è avuto modo di vedere, ha

⁴⁵⁵ Sul punto v. per una sintesi F. MACIOCE, s.v. '*Rendita (diritto civile)*', cit., p. 3, che richiama, oltre al già ricordato art. 1868, anche l'art. 1870 che così dispone: Ricognizione. *Il debitore della rendita o di ogni altra prestazione annua che debba o possa durare oltre i dieci anni deve fornire a proprie spese al titolare, se questi lo richiede, un nuovo documento, trascorsi nove anni dalla data del precedente.* Nella norma, come si vede, per quanto riguarda la ricognizione della rendita o di ogni altra prestazione annua, vi è un riferimento espresso alla prescrizione decennale che è generalmente riferibile ai rapporti personali.

privilegiato l'esame della legislazione di area francese, più direttamente coinvolta nell'elaborazione della disciplina dei rapporti fondiari nelle codificazioni succedutesi nella Penisola.

Tuttavia, come pure si vedrà, la prospettiva adottata dal BGB è assai interessante sotto il profilo dell'elaborazione della categoria dei *Reallasten* potendo fornire indicazioni, seppure indirettamente, anche in merito a figure che si esamineranno in questo stesso Capitolo, nel Paragrafo quarto, e che si ritiene possano appartenere a detta categoria.

Si rende necessario, pertanto, qualche breve cenno, che si svolgerà nel Paragrafo seguente, in relazione alle diverse scelte effettuate dal Legislatore tedesco e trasfuse nel BGB.

3. Alcune osservazioni sui *Reallasten* e sulla disciplina del § 1105 del BGB

La trattazione della materia che, seppure brevemente, sarà svolta in questo Paragrafo, riguardante la disciplina positiva dei *Reallasten* nel BGB⁴⁵⁶, deve necessariamente prendere le mosse dall'esame del § 1105:

§ 1105: *Gesetzlicher Inhalt der Reallast*

(1) *Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunste die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (Reallast). Als Inhalt der Reallast kann auch vereinbart werden, dass die zu entrichtenden Leistungen sich ohne weiteres an veränderte Verhältnisse anpassen, wenn anhand der in der Vereinbarung festgelegten Voraussetzungen Art und Umfang der Belastung des Grundstücks bestimmt werden können.*

(2) *Die Reallast kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden.*

Il *Bürgerliches Gesetzbuch* provvede a disciplinare espressamente la figura

⁴⁵⁶ In proposito v. U. VON LÜBTOW, *Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten. Zugleich ein Beitrag zum Problem der subjektlosen Recht*, in *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, I, Berlin-Tübingen-Frankfurt a.M., 1956, pp. 352-387; M. WOLFF, L. KAISER, *Sachenrecht. Ein Lehrbuch*, in L. ENNECERUS, T. KIPP, M. WOLFF (begründet von), *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, III, Tübingen, 1957¹⁰, pp. 508-516; B. BIONDI, *Le servitù*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto dai Professori), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XII, Milano, 1967, pp. 698-701; H. MITTEIS, H. LIEBERICH, *Deutsches Privatrecht. Ein Studienbuch*, München, 1968⁵, pp. 92-93; M. RONKE, s. '§ 1105', in W. ERMAN, H.P. WESTERMANN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, Münster, 1975⁶, pp. 409-413; F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1978¹⁰, pp. 297-299; F. LENT, K.H. SCHWAB, *Sachenrecht. Ein Studienbuch*, München, 1979¹⁷, pp. 308-309; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in A. CICU, F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XI.3, Milano, 1984, pp. 12-13; CH. BALDUS, s. '§ 1105', in F.J. SÄCKER, R. RIXECKER (Herausgegeben von), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, VI, *Sachenrecht (§§ 854-1296)*, München, 2009⁵, pp. 1444-1445; CH. A. KERN, *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts. Ein Beitrag zur Standardisierung übertragbarer Güter*, Tübingen, 2013, pp. 92-93; S. DEMEYER, *Affirmative Land Burdens in German, Dutch and Belgian Law*:

dell'onere reale nell'*Abschnitt 6*, rubricato appunto *Reallasten*.

In particolare, il richiamato § 1105, *Gesetzlicher Inhalt der Reallast*, precisa quale contenuto debba avere il diritto. Esso è configurato quale carico (*belastet*) direttamente imposto sul fondo in modo tale che il soggetto a favore del quale l'onere è costituito riceva periodicamente prestazioni, *in faciendo*, direttamente traibili dal predio onerato⁴⁵⁷.

Nessuno dubbio può pertanto insorgere quanto alla natura di queste prestazioni. Essa, a ben vedere, si ricava esplicitamente dal disposto del § 1105 del BGB che prevede, si potrebbe dire, una ideale partizione tra il peso gravante sul fondo, da un lato, e dall'altro la prestazione (o le prestazioni) che in conseguenza di esso saranno dovute a beneficio del soggetto attivo, attribuendo a entrambe natura reale⁴⁵⁸.

Se, allora, si riflette sulla struttura del *Reallast* emergente dalla norma esaminata, è giocoforza trarre la conclusione per cui esso non si risolve in un diritto che permette al titolare di beneficiare direttamente del bene su cui l'onere insiste o, più correttamente, di poter realizzare una qualsiasi attività positiva sull'immobile, ma esclusivamente di profittare del valore che da esso derivi⁴⁵⁹.

Possibilities, Restrictions and Workarounds, in *EPLJ* 6.2, 2017, pp. 222-224, con interessanti profili di comparazione.

⁴⁵⁷ Sul punto v. anche A.L. DE PETRIS, *Sulla categoria degli oneri reali in diritto romano e nella tradizione romanistica*, cit., p. 22.

⁴⁵⁸ Quanto detto, peraltro, trova ulteriore conferma proprio dal disposto del § 1105. Ivi, difatti, si specifica esplicitamente che è il fondo medesimo a essere gravato e che le stesse prestazioni dovute periodicamente nei confronti del beneficiario saranno tratte dal fondo «...aus dem Grundstück...».

⁴⁵⁹ In questo senso v. L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 13. Peraltro, non costituisce argomento valido a confutare questa lettura la constatazione per cui, secondo il § 1108 comma 1 del BGB, *Persönliche Haftung des Eigentümers*, il soggetto già proprietario del fondo risponderebbe «...auch persönlich...», quanto alle prestazioni scadute che fossero relative al periodo nel quale il bene onerato era di sua proprietà. È senz'altro da preferire, difatti, la lettura prospettata nel testo. Il dettato del § 1105 comma 1 BGB è a ben vedere univoco sul punto. In esso, invero, si dice che è il fondo ad essere gravato: «*Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden...*», e sempre da esso dovranno ricavarsi le prestazioni periodiche medesime. Ancora, in relazione a quanto disposto dal §

Valga in ogni caso notare, sempre con riguardo alla natura di queste fattispecie, che la dottrina ha oscillato ora ammettendo che esse si potessero configurare quali diritti reali di garanzia, concepiti però come *Verwertungsrecht* (vale a dire diritti reali di godimento), o persino figure ibride tra queste. È prevalsa, in ogni caso, l'ipotesi del diritto reale di garanzia⁴⁶⁰.

Le elaborazioni della civilistica tedesca, sebbene non possano essere esaminate nel dettaglio, assurgono a interesse in questa ricerca, come detto, proprio per la sistemazione apportata all'interno della categoria dei *Reallasten* e separando queste figure dalle servitù.

E a ben considerare la questione emerge tutta la complessità dell'operazione. E ciò, in particolare, proprio qualora si fosse accettato senza riserve il principio *servitus in faciendo consistere nequit*. In questo caso, si sarebbe dovuto comporre il contrasto tra il contenuto *in faciendo* dell'onere reale, e il divieto che deriverebbe dal principio ora richiamato⁴⁶¹.

In ogni caso, per quanto si voglia affermare che anche per il diritto

1108 comma 1 del BGB, si tenga presente che la prestazione si configura alla stregua di una distrazione della porzione di reddito che il *dominus* può ricavare dal predio stesso. Dunque, la previsione del paragrafo in parola risponderà pure alla necessità di impedire al soggetto divenuto a sua volta proprietario di profittare, qualora non avesse provveduto all'edempimento della prestazione del canone, della parte di reddito destinata a formare quest'ultimo. In buona sostanza allora – in questo senso v. F. LENT, K.H. SCHWAB, *Sachenrecht. Ein Studienbuch*, cit., p. 302; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 13; G. GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., p. 136 – il beneficiario dell'onere ben potrebbe soddisfarsi, avverso il proprietario, su ogni parte di reddito traibile dalla *res*, pure nel caso in cui il *dominus* sia mutato.

⁴⁶⁰ L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 14; G. GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., p. 136.

⁴⁶¹ Valga ancora una volta ricordare quanto si precisava a questo riguardo in A.L. DE PETRIS, *Sulla categoria degli oneri reali in diritto romano e nella tradizione romanistica*, cit., p. 23 e nt. 103. La norma esaminata, effettivamente, non sembra prendere in considerazione l'operare della regola. E comunque, è pur sempre vero che il § 1105 comma 1, riguardante appunto il contenuto legale del *Reallast*, espressamente prevede che in esso si riversino prestazioni periodiche di evidente contenuto positivo traibili dal fondo, ciò che vale invece a escludere il *pati* e il *non facere*.

tedesco tale principio risulti operante⁴⁶², è pur sempre vero che il *Reallast* si

⁴⁶² In proposito v. S. DEMEYER, *Affirmative Land Burdens in German, Dutch and Belgian Law: Possibilities, Restrictions and Workarounds*, cit., p. 205, che rileva, inoltre, come: «This principle is still valid under Dutch, Belgian and German law, although several important exceptions to it have been introduced». Sul punto v. anche, per il diritto tedesco, il § 1018 BGB, che dispone: *Gesetzlicher Inhalt der Grunddienstbarkeit. Ein Grundstück kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstück in der Weise belastet werden, dass dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder dass die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt (Grunddienstbarkeit)*. Come si vede, dunque, il paragrafo si uniforma al generale contenuto che la servitù può avere e che si sostanzia nel *pati* e nel *non facere*. Tuttavia, e qui sta il punto, il principio viene disatteso al § 1021: *Vereinbarte Unterhaltungspflicht. (1) Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück, so kann bestimmt werden, dass der Eigentümer dieses Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Steht dem Eigentümer das Recht zur Mitbenutzung der Anlage zu, so kann bestimmt werden, dass der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist.*

(2) *Auf eine solche Unterhaltungspflicht finden die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung.* Il paragrafo, difatti, dispone in relazione alla possibilità che per rendere possibile l'esercizio della servitù sia necessario un manufatto situato sul fondo servente. In questo caso, secondo quanto previsto nella norma, è possibile stabilire che alla manutenzione del manufatto debba provvedere il proprietario del fondo servente ma solo «...soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert». Il limite imposto a questo onere *in faciendo* – e che sia tale lo conferma il comma 2 ove si prevede esplicitamente che a tale obbligo di manutenzione si debbano applicare le norme sui *Reallasten* – è l'interesse obiettivo del fondo dominante. Sul paragrafo ora esaminato v. D. JOOST, s. '§ 1021', in F.J. SÄCKER, R. RIXECKER (Herausgegeben von), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, VI, *Sachenrecht (§§ 854-1296)*, cit., pp. 1697-1700. Di notevole importanza è poi anche l'art. 5:71 del NBW, che dispone (la traduzione in inglese è tratta da H. WARENDORF, R. THOMAS, I. CURRY-SUMNER, *The Civil Code of the Netherlands*, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, 2009, p. 615): *1. The encumbrance imposed by an easement upon the servient property consist of an obligation to suffer or not to do something on, above or under either of the properties. The instrument of establishment may stipulate that the encumbrance also includes an obligation to construct buildings or works or to grow plants, necessary for the exercise of the easement, provided such buildings, works and plants are wholly or partially situated on the servient property.*
2. The encumbrance imposed by an easement upon the servient property may also consist of an obligation to maintain the servient property or the buildings, works or plants which are or will be wholly or partially situated on the servient property.

risolve in una prestazione di contenuto positivo che, peraltro, mira a ottenere dal fondo la data quantità di prodotti da prestare di volta in volta.

E il già menzionato accostamento con la servitù non dovrebbe sorprendere qualora si ponga mente al fatto che l'onere reale potrebbe pure costituirsi a favore del proprietario di un altro fondo, ciò in virtù della previsione esplicita del § 1105 comma 2 del BGB⁴⁶³. La questione è stata risolta, però, alla luce del § 1111 BGB, rubricato *Subjektiv-persönliche Reallast*⁴⁶⁴. Infatti, a mente della disposizione ora ricordata, il parallelo con la servitù diverrà del tutto arbitrario essendo ivi previsto che l'onere reale possa costituirsi anche a favore di un soggetto sprovvisto di qualunque rapporto di tipo proprietario con un determinato fondo.

Sul punto ora accennato valga ancora qualche considerazione. Nel corso di questa ricerca si è cercato di dimostrare come, anche al di fuori delle ipotesi esplicitamente riferibili alla sfera pubblicistica, alcune fattispecie di rapporti tra privati avessero finito per configurare una prestazione *in faciendo* quale contenuto di un diritto reale.

Va però osservato, sia in Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.4 che in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, come il diritto a cui si riconnetteva la prestazione positiva finisse per intercorrere tra soggetti che potevano vantare un rapporto di tipo proprietario con i rispettivi predi. Contrariamente allora alla disciplina

In particolare, al punto 2, può essere utilmente accostato il comma 2 del § 1021 del BGB, già poco sopra esaminato.

⁴⁶³ La dottrina, in proposito, usa distinguere fra *Reallast* c.d. subiettivo-personale e *Reallast* c.d. subiettivo-reale. Sul punto v. G. GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., p. 136.

⁴⁶⁴ § 1111 BGB: *Subjektiv-persönliche Reallast. (1) Eine zugunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden werden.*

(2) *Ist den Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar, so kann das Recht nicht veräußert oder belastet werden.* Sulla questione v. diffusamente M. RONKE, s. '§ 1111', in W. ERMAN, H.P. WESTERMANN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, cit., p. 415; D. JOOST, s. '§ 1111', in F.J. SÄCKER, R. RIXECKER (Herausgegeben von), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, VI, *Sachenrecht* (§§ 854-1296), cit., pp. 2024-2043.

prevista per i *Reallasten*, e come si avrà modi di vedere nel corso del successivo Paragrafo, solo in questa secondo eventualità – caratterizzata dunque da una relazione dominicale tra il soggetto che materialmente dovrà provvedere alla soddisfazione dell'onere e il fondo da cui trarrà gli opportuni mezzi – si potrà configurare un onere reale che avrà come ulteriore limite quel requisito che, come si è visto a proposito della *servitus oneris ferendi*, finirà per coincidere con l'*utilitas* oggettiva per il fondo del beneficiario. L'onere, pertanto, potrà costituirsi esclusivamente nei limiti di tale *utilitas*⁴⁶⁵.

Queste precisazioni divengono necessarie quando, come nel prossimo Paragrafo, si decida di affrontare, sebbene da un punto di vista

⁴⁶⁵ Sotto il profilo comparatistico, per la questione brevemente accennata nel testo, può essere utile anche richiamare l'art. 782 ZGB. La norma dispone: 1. *L'onere fondiario assoggetta il proprietario attuale di un fondo ad una prestazione a favore di un avente diritto, per la quale risponde col solo fondo.*

2. *Quale avente diritto può essere designato il proprietario di un altro fondo.*

3. *Fatti salvi gli oneri di diritto pubblico, l'onere fondiario può consistere solo in una prestazione dipendente dalla natura economica del fondo gravato o destinata ai bisogni economici del fondo a favore del quale è costituito.*

In primo luogo, al comma 1, si prevede espressamente che la prestazione *in faciendo* graverà su un soggetto che riveste la qualifica di «...*proprietario attuale di un fondo...*». Come si vede, quindi, la relazione dominicale tra il soggetto e il fondo gravato è presupposta dalla norma stessa. Specularmente, è detto che il soggetto beneficiario potrà eventualmente essere il proprietario di un altro fondo. In secondo luogo, per quanto maggiormente interessa, con la sola eccezione relativa agli oneri di diritto pubblico, l'onere fondiario avrà come contenuto prestazioni *in faciendo* che a loro volta dipenderanno o dalla natura economica del fondo gravato o, ancora, avranno riguardo ai bisogni economici del fondo a favore del quale essi sono costituiti. È esattamente nella previsione del comma 3 che si riflette l'accennato riferimento all'utilità. In esso, a ben vedere, si prevede che l'onere fondiario possa consistere esclusivamente «...*in una prestazione dipendente dalla natura economica del fondo gravato...*», o in un *facere* diretto a soddisfare i «...*bisogni economici del fondo a favore del quale è costituito*». In questo secondo caso l'*utilitas*, che si concretizza in una più precisa categoria di bisogni propriamente economici del fondo, esplicherà esattamente la propria funzione di limite all'autonomia delle parti. La prestazione positiva, infatti, non potrà che limitarsi a quanto necessario per soddisfare i bisogni che all'atto della costituzione dell'onere fondiario siano stati preventivati per il fondo stesso. Sul problema relativo alla determinazione della natura di tali *charge foncière* nello ZGB, che la

prevalentemente casistico, il problema degli oneri reali nel vigente ordinamento italiano.

dottrina è incline a credere figure di miste, è sufficiente un rimando a G.

4. Se siano ammissibili figure riconducibili alla categoria dell'onere reale nella moderna sistematica dei rapporti reali. Considerazioni *de iure condendo*

La tematica che si affronterà in questo Paragrafo conclusivo richiederebbe che, preliminarmente, si prendesse in esame il più generale problema concernente l'individuazione precisa non solo di quelle caratteristiche atte a definire la categoria dell'onere reale ma, e di conseguenza, quegli elementi che contribuiscano a delineare con contorni più definiti una distinzione tra quest'ultima e quella delle obbligazioni *propter rem*.

Con riguardo alle accennate problematiche alcune osservazioni sono state già formulate nel corso di questa indagine⁴⁶⁶.

GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., p. 137.

⁴⁶⁶ La dottrina che si è occupata degli specifici punti ricordati, che si intrecciano con il più generale problema del principio del *numerus clausus*, è abbondante. Sul punto v. infatti, oltre agli autori già ricordati, anche E. ALBERTARIO, *Servitù e obbligazione (nota a Cass. 'Stramesi c. Oberti', 21 marzo 1927)*, in *Riv. dir. comm.* 25.II, 1927, pp. 621-627; L. BARASSI, *La clausola che impone all'acquirente di erigere solo un determinato tipo di edifici*, in *Foro it.* 53, 1928, coll. 41-45; F. PRIVITERA MANNINO, *Natura giuridica delle limitazioni convenzionali reciproche al diritto di proprietà (nota a Cort. App. Roma 'Liverani c. Ferrucci', 17 marzo 1936)*, in *Foro it.* 61, 1936, coll. 1599-1605; G. GROSSO, *Servitù e obbligazione propter rem*, in *Riv. dir. comm.* 37.I, 1939, pp. 213-228 (= *Scritti storico giuridici*, II, *Diritto privato. Cose e diritti reali*, cit., pp. 345-354); P. CECCOPIERI MARUFFI, *Servitù prediali ed oneri reali*, in *Riv. dir. comm.* 44.II, 1946, pp. 197-208; G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, ct., *passim* e pp. 34-50; G. DEIANA, *In tema di obligationes propter rem accessorie ad un rapporto di servitù (nota a Cass. Sez. II 'Pedà c. Galluso', n. 1268, 21 maggio 1951)*, in *Riv. dir. comm.* 50, 1952, pp. 91-101; B. BIONDI, *Oneri reali ed obbligazioni propter rem (nota a Trib. Firenze 'Comune di Firenze c. Soulacroix e Margheri', 28 dicembre 1951)*, in *Foro pad.* 8.I, 1953, coll. 341-354 (= *Scritti di diritto moderno*, cit., pp. 183-197); C.A. FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem: a proposito della distinzione fra diritti di credito e diritti reali*, in *Giust. civ.* 3, 1953, pp. 163-178; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, *passim* e pp. 107-115, con particolare riferimento alla teoria di Fadda e Bensa; A. BURDESE, *Considerazioni in tema di diritti reali (A proposito di una recente monografia)*, in *Riv. dir. civ.* 23.II, 1977, pp. 307-328; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, 1980, pp. 423-451; A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.* 29.II, 1983, pp. 226-238;

L'indagine che qui si sta conducendo non può tuttavia prendere in considerazione la tematica di carattere generale e sistematico che si è ora richiamata. Qui si affronterà esclusivamente il caso pratico offerto da alcune fattispecie che, anche alla luce degli elementi che sono stati individuati grazie allo studio delle fonti romane, possiedono alcune tra le caratteristiche che più precisamente contribuiscono a tracciare la figura dell'onere reale.

Prima di addentrarsi nell'esame di alcune precise fattispecie è però il caso di ricordare come anche la dottrina italiana abbia avuto incertezze nell'inquadrare talune figure come oneri reali. Certamente, oltre alla non chiara natura dell'onere, ulteriori difficoltà in questo senso sono sorte a cagione del non sempre lineare sviluppo storico che ha interessato queste figure, nonché a causa dell'operare nel sistema dei diritti reali del principio della tipicità. E così, si è creduto che non dovesse essere neppure possibile affrontare la tematica degli oneri reali nel vigente sistema privatistico⁴⁶⁷.

Va in ogni caso sottolineato come, nonostante siano diverse le

⁴⁶⁷ Sul punto v. in particolare le argomentazioni di M. COMPORI, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara (Catania, 12-14 settembre 2002)*, Milano, 2005, pp. 201-220, e, con specifico riferimento all'analisi di alcune fattispecie di recente affermazione, pp. 211-219; ID., *Diritti reali in generale*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (Già diretto da), P. SCHLESINGER (Continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011², pp. 217-235. Peraltro, la prospettiva storica che ha caratterizzato l'analisi svolta nelle pagine precedenti contribuisce ulteriormente a chiarire le ragioni alla base dell'adozione del principio del *numerus clausus*. Come è stato messo in evidenza in precedenza fu la reazione dei rivoluzionari francesi a contribuire alla riaffermazione di un principio che parrebbe del tutto ignorato dal diritto intermedio. Si è pure avuto modo di vedere come la illimitata possibilità di gravare la *res* con una assai vasta congerie di figure non solo costituiva una limitazione delle libertà individuali ma, sotto il profilo della circolazione dei beni, limitava ulteriormente ogni possibilità in quest'ultimo senso. L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 2 e M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., pp. 217-218 hanno rilevato, dunque, come l'affermazione del nuovo pensiero liberista e il persistente proposito eversivo della feudalità, avessero comportarono la necessità di frapporre anche un limite alla possibilità di costituire tanto liberamente oneri di natura reale, ritornandosi in questo modo all'ammissibilità di

attestazioni che confermano l'operatività del principio in parola⁴⁶⁸, si sia affermato almeno fino al 1951 un invero poco spiegabile orientamento giurisprudenziale – specie alla luce di una categoria caratterizzata dal *numerus clausus* – che tendeva invece a qualificare come veri e propri oneri di natura reale alcune particolari fattispecie⁴⁶⁹.

È indubbio che questo orientamento debba trovare spiegazione nell'evoluzione storica dei rapporti reali. Tale ipotesi, inoltre, trova ulteriore conferma in considerazione del fatto che per rimediare alla cennata difficoltà qualificatoria si continuava a far rientrare nella categoria dell'onere reale tutte quelle fattispecie che già in origine vi appartenevano⁴⁷⁰.

pochi diritti reali e, quindi, alla decisa riaffermazione del principio del *numerus clausus*.

⁴⁶⁸ La cui giustificazione più solida è da rinvenirsi, come si è avuto modo di dimostrare, nella teoria storica. Sul punto cfr. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., pp. 220-221. Va ancora sottolineato come C. SCUTO, *Delle servitù prediali*, Catania, 1929, p. 135, abbia creduto, stante anche la ritenuta portata generale del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, che l'unica eccezione alla inammissibilità dell'onere reale nel sistema dei diritti reali dovesse considerarsi il canone enfiteutico.

⁴⁶⁹ Per una lettura in senso critico della posizione giurisprudenziale più risalente si veda B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 707, il quale evidenzia come una spiegazione più superficiale di questo orientamento giurisprudenziale possa rinvenirsi nella necessità, avvertita dalla Corte di Cassazione e dalle Corti di merito, di superare l'applicazione troppo rigida dei principi in tema di proprietà, in modo da dare spazio e, naturalmente, tutela, alle esigenze della prassi. E la necessità ora cennata è ricordata pure da A. FUSARO, *Obbligazione «propter rem» ed onere reale*, cit., pp. 392-393, il quale, però, si concentra sulla manifesta incoerenza delle soluzioni prospettate dai giudici evidenziando come in giurisprudenza, pure in un momento successivo al 1951, si tendesse a riconoscere, stante l'operatività del principio dell'autonomia privata, la possibilità che pattiziamente si gravassero i fondi con oneri reali trasmissibili a seguito di trascrizione. Sulla tematica da ultimo accennata v. M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, cit., pp. 424-433, con riguardo alle teorie adottate per giustificare la convivenza del principio del *numerus clausus* e dell'autonomia contrattuale.

⁴⁷⁰ G. GANDOLFI, s.v. *Onere reale*, cit., p. 139. Si tenga presente che nel caso del canone enfiteutico, comunque, l'affermata natura reale si scontrava con la presunta mancanza di una garanzia reale a favore del creditore. Come ha precisato Gandolfi (*op e loc. ult. cit.*), difatti, la natura reale del canone enfiteutico verrebbe a scontrarsi con il dato per cui il soggetto passivo avrebbe risposto in caso di

Peraltro, questa considerazione deve essere anche rapportata alla già criticata interpretazione dell'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 circa le rendite fondiari⁴⁷¹.

Ciò che più interessa per il discorso che si sta affrontando è la presunta natura reale che la normativa ricordata, come già detto, avrebbe attribuito indirettamente alle rendite costituite anteriormente al 1809. Queste ultime avrebbero mantenuto la natura reale pur a fronte del pagamento dei canoni in denaro, dato che le leggi speciali entrate in vigore successivamente al Codice civile del 1865 non avevano operato alcuna modifica normativa rispetto alla disciplina delle disposizioni transitorie.

Non è necessario affrontare nuovamente la questione. Valga solo rilevare, come già dimostrato, che la natura di tutte le rendite più risalenti non era più reale ma mobiliare. Senza contare, inoltre, che il Codice civile del 1865 non procedeva a fornire una disciplina dell'onere reale, neppure nel secondo Libro, ove sarebbe stato più appropriato rinvenirne la disciplina.

A seguito comunque della errata interpretazione delle disposizioni transitorie circa le rendite fondiari già sotto la vigenza del primo Codice si era ritenuta ammissibile l'operatività di figure riconducibili agli oneri reali che, a ben vedere, avrebbero persino trovato la loro origine in disposizioni legislative.

Alcuni rilievi sono formulabili pure a proposito del Codice civile del 1942. Anche quest'ultimo aveva regolato le rendite fondiari sancendone la natura mobiliare e rinunciando a predisporre una sia pur minima normativa che richiamasse la categoria dell'onere reale. Un appiglio che avrebbe fatto

mancata corresponsione del canone con tutto il proprio patrimonio al contrario, peraltro, del concedente non assistito da alcuna garanzia reale fatta eccezione per il privilegio vantato sui frutti rimasti presso il fondo.

⁴⁷¹ Valga notare, inoltre, come L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., pp. 16-17, pur ridimensionando la portata dell'art. 29, abbia

ritenere tale figura ammissibile, peraltro, lo si rinveniva nella disciplina offerta dall'art. 860 del Codice civile che disciplinava il concorso dei proprietari nella spesa per le opere di bonifica integrale⁴⁷².

Va rilevato, infatti, che sul punto riguardante la natura giuridica dell'onere in parola, il r.d. 13 febbraio 1933 n. 215 (*Nuove norme per la bonifica integrale*, che si applicavano anche ai consorzi ex art. 850 Cod. civ. e 921 comma 2 Cod. civ.), nello specifico all'art. 21⁴⁷³, si preoccupava di attribuirgli la qualifica di reale. Allo stesso tempo, tuttavia, all'atto della stesura dell'art. 860 Cod. civ. il Legislatore mancò di farvi riferimento, omettendo l'aggettivo sì da spingere la dottrina a una riflessione sull'indole di tale contributo⁴⁷⁴.

In ogni caso, nonostante l'incertezza nella qualifica delle fattispecie ricordate abbia avuto un certo peso sull'orientamento giurisprudenziale, non si può certo ipotizzare che a tale fenomeno sia esclusivamente attribuibile una decisiva influenza sulle decisioni giudiziali.

ritenuto la norma uno dei pochissimi appigli per ricostruire la figura dell'onere reale.

⁴⁷² Art. 860 Cod. civ.: *I proprietari dei beni situati entro il perimetro del comprensorio sono obbligati a contribuire nella spesa necessaria per l'esecuzione, la manutenzione e l'esercizio delle opere in ragione del beneficio che traggono dalla bonifica.*

⁴⁷³ Art. 21, r.d. 13 febbraio 1933 n. 215: *I contributi dei proprietari nella spesa di esecuzione, manutenzione ed esercizio delle opere pubbliche di bonifica costituiscono oneri reali sui fondi dei contribuenti e sono esigibili con le norme ed i privilegi stabiliti per l'imposta fondiaria, prendendo grado immediatamente dopo tale imposta e le relative sovrimposte provinciali e comunali. Alla riscossione dei contributi si provvede con le norme che regolano l'esazione delle imposte indirette.*

⁴⁷⁴ Sul punto v. F. DE MARTINO, *Beni in generale – Proprietà*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro terzo, Della proprietà (Art. 810-956)*, Bologna-Roma, 1976⁴, p. 240, il quale ha sostenuto che la lettera dell'art. 21 del r.d. 215 del 1933 dovesse militare nel senso della natura reale dell'onere di contribuzione per le spese di bonifica, e ciò nonostante la contraddittoria formulazione dell'art. 860 Cod. civ. A questo proposito, comunque, L. FRANCIOSI, *Riordinamento fondiario e bonifica*, in P. RESCIGNO (Diretto da), *Trattato di diritto privato, I, Proprietà*, Torino, 2005², p. 517, ipotizzato che la non menzione dell'onere reale nel ricordato articolo dovesse attribuirsi piuttosto a una «svista» del Legislatore.

A ben vedere, infatti, anche l'assenza in entrambi i Codici di una espressa regolamentazione della categoria (per certi casi demandata alle leggi speciali), contribuirebbe a gettar luce sulla ragione per la quale la giurisprudenza successiva al 1951 abbia ritenuto che l'unico titolo utile ai fini di una valida costituzione degli oneri reali (e delle obbligazioni *propter rem*) dovesse rinvenirsi nella legge⁴⁷⁵.

Naturalmente i motivi non possono essere univoci⁴⁷⁶. E ciò è abbastanza evidente nell'esame delle decisioni giurisprudenziali. Come si è detto, fino al 1951 le corti avevano optato per una stretta applicazione dei vincoli derivanti dallo schema della servitù sebbene, e di converso, avessero ammesso ben più largamente figure certo riconducibili all'onere reale (e alle obbligazioni *propter rem*), ritenendole non ricomprese nel canone della tipicità dei diritti reali e, di conseguenza, costituibili pure mediante atti di tipo convenzionale che, qualora debitamente trascritti, sarebbero divenuti opponibili ai terzi⁴⁷⁷.

La dottrina, proprio a causa delle non chiare motivazioni addotte dai giudici, sottoponeva a dura critica le decisioni giurisprudenziali⁴⁷⁸.

E così, si contestava la decisione della Corte di Cassazione che aveva stabilito, per il caso di limitazioni convenzionali reciproche al diritto di

⁴⁷⁵ Con la conseguenza, come è stato pure evidenziato da M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 233, che per le figure legislativamente ammesse non si sarebbe potuta pretendere una applicazione per semplice volontà delle parti.

⁴⁷⁶ È certo da considerare anche la necessità di preservare l'operatività del principio del *numerus clausus*.

⁴⁷⁷ Cfr. L. FERRI, P. ZANELLI, *Trascrizione immobiliare*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro sesto, Della tutela dei diritti, Della trascrizione (Art. 2643-2696)*, Bologna-Roma, 1995³, p. 154, che però ritengono questi rapporti di natura personale.

⁴⁷⁸ E certamente tra le ragioni alla base dell'orientamento giurisprudenziale vi doveva certo essere anche un eccessivo zelo nell'applicazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, che dalla servitù estendeva i propri effetti a tutti i diritti reali. Tale atteggiamento, come ha precisato anche M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 232, poteva essere spiegato solo in conseguenza di una eccessiva preoccupazione nel senso della difesa dei principi dell'assolutezza e della pienezza della proprietà.

proprietà che avessero interessato la costruzione di edifici, la vincolatività *ratione rei* dei contraenti, degli eredi e aventi causa nel caso di valida trascrizione⁴⁷⁹. Perciò, nessun dubbio sulla qualificazione attribuita dalla Corte al rapporto in parola, avendo sancito che le limitazioni convenzionali reciproche, imposte con clausola contrattuale, vincolano i contraenti, i loro eredi e aventi causa, *fundi nomine*⁴⁸⁰.

Così, quando tale limitazione sia imposta seguendo le prescrizioni di leggi, e venga poi conformemente trascritta, acquisterà la natura di onere reale, seguendo in questo modo le sorti del bene su cui insiste. Infatti, secondo le argomentazioni della Corte, la possibilità di imporre una limitazione di questo genere sarebbe derivata da una interpretazione *a contrario* dell'art. 531 del Codice civile italiano del 1865, da ciò derivando la possibilità per il titolare del diritto di proprietà di costituire una limitazione reciproca che imponesse, però, l'esclusione della servitù.

Questa ricostruzione era stata tuttavia contestata. Nel caso esaminato, infatti, sarebbe stato più corretto discorrere di servitù e non di limitazione convenzionale, dato che una diversa qualificazione si sarebbe posta in contrasto con l'ordinamento coevo alla sentenza e contrario alla ammissibilità di figure rientrante nella categoria dell'onere reale⁴⁸¹. Ma

⁴⁷⁹ È la già citata Cass. 21 Marzo 1927, con note di Albertario e Barassi. Per i riferimenti bibliografici v. *supra*, nt. 466.

⁴⁸⁰ Sul punto si rimanda a A.L. DE PETRIS, *Sulla categoria degli oneri reali in diritto romano e nella tradizione romanistica*, cit., p. 26.

⁴⁸¹ In questo senso v. E. ALBERTARIO, *Servitù e obbligazione (nota a Cass. 'Stramesi c. Oberti', 21 marzo 1927)*, cit., p. 627. Secondo Albertario, in ogni caso, non sarebbe stato possibile neppure costituire la servitù. E infatti, nonostante il disposto dell'art. 616 del Codice civile del 1865, un ampliamento della categoria avrebbe costituito un *vulnus* all'assolutezza e alla pienezza del diritto di proprietà. Ammettere pertanto l'operatività dell'onere reale, considerato alla stregua di una degenerazione medievale dei principi romani, sarebbe stato tanto in contrasto con l'ordinamento vigente che la Corte, anzicchè qualificare in questi termini la natura del patto, avrebbe dovuto configurare la fattispecie come una sorta di moderna *servitus altius non tollendi*. Ancora, è opportuno ricordare come, sempre in relazione alla problematica configurazione delle limitazioni al diritto di proprietà, la Suprema Corte di Cassazione si sia più recentemente pronunciata con la sentenza

forse, la *ratio* della decisione si sarebbe dovuta rinvenire, naturalmente non volendosi ammettere l'operatività della categoria, nelle esigenze di natura pratica dirette a un più razionale sfruttamento della proprietà privata a fini edilizi. A questo riguardo occorre dire che tali figure ricevevano una disciplina del tutto assimilabile a quella della servitù, pur non rientrando nella medesima categoria⁴⁸².

È comunque opportuno segnalare che sebbene della categoria degli oneri reali non si occupi il Codice civile, né del 1865 né del 1942, rimane pur sempre vero che la legge speciale (ossia il r.d. 251 del 1933, art. 21) qualifica espressamente come onere reale il contributo per le spese di bonifica. Non è da credere, allora, che l'attribuita natura di onere reale al patto oggetto di controversia sia del tutto sprovvista di qualsiasi fondamento

n. 11.684 del 2000. La Corte, accanto a ulteriori delucidazioni in merito alle caratteristiche dell'onere reale, ha ammesso la possibilità che mediante regolamento condominiale possano imporsi pesi a carico delle singole unità immobiliari e a vantaggio delle altre, così integrandosi in tale ipotesi la fattispecie della servitù reciproca. Diversamente, qualora la *res* venga a essere gravata da pesi risolvendosi in un comportamento positivo a carico del proprietario e a favore del *dominus* di un altro immobile tale peso apparterrà alla categoria dell'onere reale. Infine, secondo la Suprema Corte, la possibilità di limitare, a norma di un regolamento condominiale, la facoltà di esercizio del diritto spettante al proprietario, si configurerebbe come *obligatio propter rem*. Nel solco tracciato dalla sentenza ora ricordata, si inserirebbe invero una precedente sentenza della Suprema Corte – la n. 11.688 del 1999 – che, quanto all'ipotesi di un regolamento riguardante la proprietà lottizzata e le parti comuni costituenti un "villaggio", ha ritenuto di dover qualificare i rapporti da esse scaturenti, nel momento in cui tali clausole siano state contrattualmente accettate dai proprietari, come vere e proprie servitù reciproche. Ancora più di recente la Corte, mediante la sentenza n. 17.493 del 2014, ha affrontato il problema relativo alla opponibilità dei vincoli nascenti da clausole del genere ora ricordato, dunque da un regolamento contrattuale e costituenti servitù reciproche. E così, è stato ricordato che *ex art. 2659 comma 1 n. 2 del Codice civile* è necessario che si indichi all'atto della trascrizione il titolo in conseguenza del quale essa si richiede, nonché la data dello stesso. E così, secondo la Suprema Corte, questa disposizione andrebbe letta congiuntamente all'art. 2655 del Codice civile il quale dispone nel senso che la trascrizione, per essere valida, non debba essere inficiata dalla inesatta oppure omessa indicazione di quanto necessario ai fini in parola e solo se, in caso contrario, ciò non induca incertezza sulle persone, sui beni o sul rapporto giuridico a cui la trascrizione si riferisce.

⁴⁸² M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 233.

legislativo, senza dimenticare poi come la costituzione di un onere di quel genere rispondesse bene alle esigenze imposte dal razionale sfruttamento della proprietà immobiliare⁴⁸³.

Dal caso ricordato, dunque, traspare un atteggiamento largheggiante delle corti nell'ammettere vincoli certo riconducibili alla categoria dell'onere reale. Dal 1951, comunque, l'orientamento giurisprudenziale si fissò nel senso che anche per gli oneri reali (e dunque per le obbligazioni *propter rem*), rimanesse valido il principio del *numerus clausus*⁴⁸⁴. Al contrario, ben altra estensione doveva avere il tipo della servitù reciproca ammettendosi, di conseguenza, la qualificazione di servitù per tutte le limitazioni reciproche e per i vincoli di natura edilizia se imposti per l'utilità oggettiva dei fondi⁴⁸⁵.

È possibile ora formulare qualche considerazione su quanto si è venuti fin qui dicendo. In primo luogo, è certo corretto far riferimento a un argomento di carattere logico e preliminare. È stato ben rilevato, infatti, come la stessa possibilità di riflettere sulla categoria dell'onere reale implichi come punto di partenza l'esistenza stessa di essa⁴⁸⁶. Ma, al contempo, e nonostante ciò, il diverso orientamento della giurisprudenza aveva comunque contribuito a svelare un palese vuoto normativo nel Codice civile del 1942. Questo stato di cose si ripercuoteva negativamente, a sua volta, sui tentativi classificatori mediante cui si cercava di inquadrare le fattispecie nate per dare diretta soddisfazione alle esigenze urbanistiche

⁴⁸³ In proposito, infatti, non è inutile ricordare che la bonifica integrale (a cui si riferisce la qualifica di onere reale di cui all'art. 860 del Codice civile), risulti essere un limite (onere) imposto sulla proprietà fondiaria. In questo senso v. F. DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 186.

⁴⁸⁴ E perciò, come ha rilevato M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 233, la possibilità di ricorrere a queste figure per via convenzionale sarebbe venuta meno, pure se si fosse proceduto alla opportuna trascrizione di tali convenzioni. In proposito cfr. però A. FUSARO, s.v. '*Obbligazione «propter rem» ed onere reale*', cit., pp. 392-393.

⁴⁸⁵ M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 234.

⁴⁸⁶ M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 235.

legate ai principi del razionale sfruttamento della proprietà immobiliare⁴⁸⁷, senza peraltro dimenticare che tutta questa congerie di rapporti non sarebbe certo agevolmente rientrata nella ristretta categoria della servitù.

A ciò si aggiunga, poi, che non verrebbe in soccorso neppure la ipotizzata esistenza di una disciplina che varrebbe per gli oneri di più antica costituzione e differente rispetto a quella prevista per quelli costituiti secondo la normativa vigente. Tale esistenza, come si è detto, è certo da escludersi. Il dubbio si poneva, e dovrebbe continuare a porsi, qualora si sposi la criticata lettura dell'art. 29 comma 1 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865, a norma del quale, conviene ricordare, i rapporti che fossero rientrati nella categoria dell'onere reale, sorti e disciplinati da leggi precedenti, sarebbero continuati a essere regolati dalle medesime disposizioni. Una simile ricostruzione, comunque, non è verosimile proprio in considerazione del fatto che tali oneri semplicemente non avrebbero più partecipato della natura reale. Tale conclusione si deve ritenere valida per quelle figure di antica costituzione che rientrino nel campo applicativo della normativa ora ricordata.

Sul punto, occorre anche dire che neppure l'applicazione del principio della continuità storica del diritto – in conseguenza del quale una certa normativa continua a produrre i propri effetti finché non sopraggiunga una disposizione con essa incompatibile – potrebbe spingere a conclusioni diverse. È vero che, infatti, nonostante l'entrata in vigore il nuovo Codice civile, l'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice del 1865 non abbia perduto di validità. Tuttavia, il punto focale della questione è legato al fatto che tale norma, riferendosi alle *leggi anteriori*, non può che

⁴⁸⁷ G. GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., p. 143. Si tenga presente che in questo senso è possibile nuovamente riconsiderare la sentenza della Cassazione risalente al 1927 ove, anche se sotto la vigenza del vecchio Codice, i giudici evidenziavano la necessità di pervenire a un razionale sfruttamento della proprietà. Essi erano giunti, per questa via, a valutare ammissibili per via pattizia oneri che, *fundi*

richiamare quelle successive all'abolizione della feudalità⁴⁸⁸.

Nonostante ciò, è pur sempre vero che questa conclusione non costituisce un effettivo ostacolo alla ammissibilità di figure di più recente costituzione e la cui necessità si riconnetta appunto alle già ricordate esigenze derivanti da un più razionale sfruttamento della proprietà. E infatti, è pur sempre vero che le uniche figure di oneri reali espressamente previste continuano a essere il contributo per la bonifica integrale e il tributo per proventi fondiari.

Alla luce di queste considerazioni, tuttavia, non si possono che respingere le più radicali conclusioni cui giunge la dottrina in relazione alla effettiva sussistenza della categoria, a cui si era pervenuti in conseguenza di un fatto assai noto: l'inconciliabilità del contenuto positivo dell'onere con il principio *servitus in faciendo consistere nequit*⁴⁸⁹.

Senza dimenticare, poi, che a ulteriore conforto di questa lettura si adduceva pure la difficile individuazione degli elementi propri della categoria dell'onere reale, con il risultato che essi si sarebbero rivelati di non chiara distinzione rispetto a quelli di altre fattispecie⁴⁹⁰.

D'altra parte, emerge chiaramente come questa lettura non sia in alcun modo soddisfacente⁴⁹¹. Anzi, a ben vedere è lo stesso Legislatore che si è

nomine, avrebbero vincolato, appunto a seguito di trascrizione, anche gli aventi causa a titolo particolare.

⁴⁸⁸ La giurisprudenza non ha direttamente affrontato questo punto. In proposito si può richiamare utilmente Cass. 2 Aprile 1960, n. 751, in *Giust. civ.* 1, 1960 p. 1392. La sentenza, che affronta il problema dei censi costituiti da leggi anteriori, si limita a statuire che, in mancanza di una regolamentazione specifica nel nuovo Codice, la disciplina sarebbe dovuta essere quella prevista dalle disposizioni transitorie emanate all'atto dell'entrata in vigore del Codice civile del 1865. Non viene però chiarito, e questo è il problema, quali siano tali *leggi anteriori*.

⁴⁸⁹ Dato che, come pure è noto, tale principio, da regola riguardante le servitù, è divenuto norma generale applicabile a ogni diritto reale. In questi termini, pertanto, la costituzione di una prestazione positiva sarà limitata esclusivamente ai patti accessori rispetto alla servitù. Per una inconciliabilità *tout court* propende invece B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 706.

⁴⁹⁰ Sul punto v. M. COMPARTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 237.

⁴⁹¹ Al contrario, come pure si è visto, la stessa legge speciale regola espressamente un caso di onere reale. E valga anche un rilievo di carattere più generale. Sarebbe ben strano, in effetti, che si lasciasse esplicitamente operare una norma, quale l'art.

riservato la possibilità di imporre prestazioni personali o patrimoniali in virtù dell'art. 23 della Costituzione, proprio a mente della loro necessità in funzione dell'utilità sociale.

Non si può poi trascurare che pure una norma codicistica, l'art. 1030 (rubricato *Prestazioni accessorie*), contraddice in un certo qual modo il principio che dichiara inammissibili diritti reali *in faciendo*⁴⁹². È assai utile, in proposito, esaminare il dettato della norma con riferimento al caso della servitù costituita *amoenitatis causa*⁴⁹³. Quest'ultimo, inoltre, si presta a chiarire il concetto di *utilitas* oggettiva come limite alla possibilità di costituire un diritto reale con contenuto *in faciendo*.

L'art. 1030 del Codice civile, infatti, consente e ammette che il proprietario del fondo servente possa essere tenuto a compiere attività *in faciendo* nel caso in cui ciò fosse previsto dal titolo costitutivo o dalla legge e ove ciò sia necessario al fine di rendere possibile l'esercizio stesso della servitù.

Diviene necessario, dunque, considerare la questione relativa alla natura di tali attività. Anche con riguardo al caso della servitù costituita *amoenitatis causa*, difatti, la dottrina ha creduto di dover qualificare la prestazione oggetto della servitù – vale a dire quella volta a imporre nei confronti dell'attuale proprietario del fondo servente e ai successivi l'impianto e la successiva manutenzione ed eventuale sostituzione di una

21 del r.d. 251 del 1933 affermando contemporaneamente che la categoria degli oneri reali sia come tale inesistente nel vigente ordinamento o che il principio *servitus in faciendo consistere nequit* estenda la propria efficacia anche al di fuori della categoria delle servitù.

⁴⁹² Cfr. G. GROSSO, *Alberature e servitù «amoenitatis causa»*, in *Riv. dir. civ.* 9.I, 1963, pp. 99-108 (= *Scritti storico giuridici*, II, *Diritto privato. Cose e diritti reali*, cit., pp. 655-664); F. MESSINEO, *Intorno a una figura di servitù da costituire 'amoenitatis causa'*, in *Riv. dir. civ.* 9.I, 1963, pp. 109-115; G. BRANCA, *Servitù prediali*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro terzo, Della proprietà (Art. 1027-1099)*, Bologna-Roma, 1987⁶, pp. 61-71.

⁴⁹³ V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Servitù 'amoenitatis causa' e miglioramento paesistico*, in *Riv. dir. civ.* 9.I, 1963, pp. 90-98.

data quantità di alberi – quale *obligatio propter rem*⁴⁹⁴. Ma questa ricostruzione non può essere accettata. Nella fattispecie esaminata, a ben considerare la questione, il *pati* non sarebbe ipotizzabile senza il contemporaneo *facere*. Il *pati* è perciò elemento necessario al fine di poter configurare una servitù costituita *amoenitatis causa*, dato che senza di esso non si potrebbe avere alcuna utilità per il fondo dominante⁴⁹⁵. Il *pati*, allora, vale a dire il sopportare che sul fondo permangano gli alberi necessari a rendere il fondo più ameno, essendo appunto la servitù costituita *amoenitatis causa*, si configura come necessario all'esistenza della servitù stessa.

Il problema è, allora, stabilire se il *facere* debba considerarsi del pari necessario oppure debba costituire una prestazione accessoria, in modo che la servitù si sostanzi pur sempre in un *pati*.

Ma se il contenuto stesso della servitù si rivela essere l'impianto e il mantenimento di un dato quantitativo di alberi sul fondo, è chiaro che il *facere* non potrà certo costituire una *obligatio propter rem*, vale a dire un obbligo accessorio al *pati*. Viceversa, se, cioè, si volesse ritenere valida quest'ultima ipotesi occorrerebbe considerare il diritto come scomponibile in due diverse parti, separate ma necessariamente interdipendenti: l'una propriamente reale (il *pati* tradizionale) e l'altra a essa accessoria, che parteciperebbe tanto della natura reale quanto di quella obbligatoria (la vera e propria *obligatio propter rem*).

Ma una ricostruzione in questo senso è assai inverosimile. Se la servitù si risolve nella necessità di imporre al proprietario attuale e ai futuri l'impianto e il mantenimento in condizioni idonee da servire allo scopo un certo numero di arbusti – e questi ultimi sono certo comportamenti consistenti in

⁴⁹⁴ In questi termini G. GROSSO, *Alberature e servitù 'amoenitatis causa'*, cit., p. 103 (= *Scritti storico giuridici*, II, *Diritto privato. Cose e diritti reali*, cit., p. 659-660), con specifico riguardo al caso qui analizzato.

un *facere* – allora, credendo che esse costituiscano obbligazioni *propter rem*, si dovrebbe loro attribuire natura accessoria pur a fronte della constatazione per cui esse costituiscono il vero e proprio contenuto (*rectius* oggetto) della servitù.

A ben vedere, la stessa lettera della legge, segnatamente l'art. 1030 del Codice civile, permette di derogare al principio *servitus in faciendo consistere nequit* qualora lo consentano il titolo o la legge. E il *facere* è necessario, rendendolo possibile, al *pati*, cioè alla sopportazione che sul fondo servente insistano detti arbusti.

La ricostruzione qui proposta fu autorevolmente sostenuta già da Messineo. Lo studioso – secondo cui comunque, nella normalità dei casi, il contenuto della servitù si risolverebbe nel *pati* sul presupposto che *ex art. 1027* del Codice civile la servitù costituisce un “peso” imposto sul fondo⁴⁹⁶ – nel caso in cui il *facere* avesse reso possibile l'esercizio della servitù, esso avrebbero costituito un dovere «parte del complesso contenuto della servitù»⁴⁹⁷.

Rimane da chiarire, infine, per quale verso il caso ora esaminato valga a chiarire il riferimento all'*utilitas* oggettiva quale limite all'ammissibilità dell'onere reale. Si è detto che il *facere*, che rappresenta il contenuto della servitù, è necessario alla pratica attuazione di quest'ultima che, a sua volta, è costituita *amoenitatis causa*. È chiaro, di conseguenza, che la prestazione positiva imposta al proprietario del fondo servente non potrà certo risolversi in comportamenti che oltrepassino la reale utilità cui mira la servitù in considerazione delle effettive condizioni del fondo dominante. In altri termini, cioè, quando la servitù non concorra più all'accrescimento

⁴⁹⁵ V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Servitù 'amoenitatis causa' e miglioramento paesistico*, cit., p. 96.

⁴⁹⁶ F. MESSINEO, *Intorno a una figura di servitù da costituire 'amoenitatis causa'*, cit., p. 112.

⁴⁹⁷ F. MESSINEO, *Intorno a una figura di servitù da costituire 'amoenitatis causa'*, cit., p. 112.

dell'utilità ricavabile dal fondo dominante, ma tenda all'esclusivo beneficio del titolare, allora la prestazione positiva cesserà di essere ammissibile.

A conclusione di questo Paragrafo si impone qualche ulteriore precisazione. Da un lato, è necessario evidenziare come non costituisca una affermazione antitetica quella per cui – a fronte di una diversa interpretazione dell'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 e in conseguenza della quale si reputa di dover negare la natura reale degli oneri di più antica costituzione – non debba del pari ritenersi ammissibile l'operare di veri e propri oneri reali nel vigente sistema dei rapporti fondiari. Ciò, in particolare, non si evince solo dal fatto che la stessa giurisprudenza ha ritenuto di dover attribuire natura reale a fattispecie il cui contenuto si sostanzia in un *facere* imposto al soggetto proprietario del predio gravato. È opportuno nuovamente ricordare, infatti, che, sebbene con riferimento alla normativa speciale, è lo stesso Legislatore che con l'art. 21 del r.d. 251 del 1933 ha espressamente attribuito la qualifica di onere reale al contributo per le spese di bonifica.

È chiaro, pertanto, che non ha più senso negare l'operatività degli oneri reali nel vigente ordinamento trincerandosi dietro dogmi reputati irrefutabili, segnatamente il principio *servitus in faciendo consistere nequiti* e quello del *numerus clausus*.

Valga segnalare, a questo proposito, che la necessità di riaffermare la pienezza del diritto di proprietà – conseguenza delle degenerazioni dell'età di mezzo e contro cui si erano rivolte le rivendicazioni dei rivoluzionari francesi – e di frenare gli abusi che potrebbero derivare da una indiscriminata ammissibilità di prestazioni di carattere positivo aggravate dalla inerenza al fondo e dunque destinate a vincolare il bene anche sotto il profilo della circolazione, viene soddisfatta quando si ponga come limite all'autonomia privata il requisito più volte richiamato dell'*utilitas* in senso oggettivo.

In questo modo, come detto, in sede di costituzione del vincolo, sarà

stabilita la misura oltre la quale la prestazione *in faciendo* non potrà pretendersi. E tale utilità avrà riguardo esclusivamente alle necessità obiettive del fondo a favore del quale l'onere sarà stabilito.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

La mole di informazioni ricavata dall'analisi svolta nelle pagine precedenti rende necessaria, in sede di conclusioni, una sintesi dei principali passaggi argomentativi che hanno scandito l'analisi effettuata.

Nel primo Capitolo è stato affrontato, preliminarmente, il punto volto a stabilire se, come sostenuto dalla storiografia maggioritaria, il principio affermato in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 possa avere o meno valore generale per la categoria dei diritti reali. A questo scopo l'analisi della testimonianza di Pomponio non è stata limitata esclusivamente al par. 1 ma ha riguardato pure il *principium* del brano. Si è così esclusa la portata *tout court* universale del principio affermato dal giureconsulto, di contro alla ricostruzione comunemente accettata dagli studiosi.

Per giungere alla prospettata conclusione si è reso necessario accertare, in primo luogo, se il termine *natura* risultasse, in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, insitico. Questa possibilità è stata però esclusa dimostrando altresì la coerente utilizzazione del lemma rispetto allo scopo perseguito da Pomponio, vale a dire limitare l'ambito di operatività della regola *servitus in faciendo consistere nequit* esclusivamente al caso in cui il *facere* avesse quale scopo non la soddisfazione di un bisogno obiettivo del fondo ma, al contrario, si configurasse come atto diretto all'appagamento di una necessità solo voluttuaria e soggettiva del proprietario del predio dominante. Si è creduto opportuno, quindi, a seguito dell'esame svolto, non attribuire alcuna validità generale alla regola che si ricava da Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1.

Questa conclusione, e il ruolo centrale dell'*utilitas* obiettiva come criterio per valutare la derogabilità della regola *servitus in faciendo consistere nequit*, trova poi ulteriore conferma nell'esame di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5.

In proposito è stato possibile constatare come, pur a fronte di una

diversità di fattispecie, in entrambi i casi si sarebbe potuto pretendere che il soggetto passivo rimuovesse l'ostacolo mediante l'esperimento o di una azione di natura reale o, alternativamente, attraverso l'interdetto. Si è dimostrato, quindi, come la intrinseca natura *in faciendo* della rimozione contribuisse a escludere la plausibilità della diversa ricostruzione volta a negare la sussistenza di una prestazione positiva in senso proprio a favore, invece, di una sorta di ingerenza positiva nella sfera di esclusività derivante dalla titolarità del diritto reale, che si sarebbe sostanziata nel tenere gli alberi sul proprio fondo in modo da rendere impossibile o non agevole l'esercizio del diritto stesso.

Quest'ultima congettura costituisce, a ben vedere, il risultato di una generale e non corretta applicazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit* che avrebbe finito, inoltre, per contrastare con la possibilità di pretendere la rimozione dell'ostacolo *suis actionibus*, ossia mediante azione reale, come d'altra parte si legge in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 (ciò che varrà, peraltro, anche nella fattispecie prospettata in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5). La teoria dell'ingerenza positiva, quindi, non riesce a superare due ostacoli: da un lato, lascia senza spiegazione l'esperimentabilità dell'azione reale e, dall'altro, finisce per scontrarsi con il carattere essenzialmente positivo della condotta posta a carico del proprietario del fondo gravato.

Ben altra, dunque, deve essere la *ratio* giuridica alla base del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, alla cui spiegazione contribuisce in modo determinante il requisito dell'*utilitas* obiettiva. Quest'ultima, nei casi esaminati, si configura come utilità derivante essenzialmente dal comportamento attivo dell'onerato, dato che il *facere* si rende necessario e pertanto obiettivamente utile nei casi in cui l'eventuale omissione dell'azione positiva, conseguenza esclusiva del rapporto dominicale tra il soggetto e il fondo gravato, impedisca al titolare l'esercizio del diritto. Dunque, per mezzo dell'azione reale il titolare del diritto potrà pretendere –

qualora naturalmente l'impedimento derivi da omissione della prestazione *in faciendo* imputabile al soggetto passivo – l'effettiva rimozione dell'ostacolo che impedisca di godere dell'obiettiva utilità derivante dalla titolarità del diritto. Questa constatazione rende possibile congetturare, pertanto, nel senso dell'ammissibilità di situazioni ove un *facere*, indissolubilmente legato alla qualità di proprietario del fondo gravato dallo *ius in re aliena* dell'attore, ben si sarebbe potuto pretendere con azione reale.

Non valgono poi a confutare questa ricostruzione gli ulteriori argomenti che si vorrebbero ricavare da Scaev. 7 *dig.* D. 18.1.81.1 e da Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12. Rispetto al brano di Paolo si è dimostrata la diversa ragione alla base dell'affermazione per cui, nella fattispecie considerata, *servitutem iure constitutam non videri* [*neque in personam neque in rem*]. Essa, a ben vedere, non consegue all'applicazione della regola *servitus in faciendo consistere nequit*. E lo stesso giureconsulto, nel descrivere il caso, si premura (seppure indirettamente) di adombrare l'effettivo motivo alla base della decisione chiarendo che i fondi erano situati *diversis pagis*. Ecco perchè Paolo escludeva la sussistenza di una servitù prediale in una fattispecie che pure, vista l'articolazione tra fondi del rapporto, sarebbe in astratto potuta rientrare nello schema della *servitus*.

Passando al primo dei passi esaminati, Scaev. 7 *dig.* D. 18.1.81.1, si è considerata la prestazione positiva che Gaio Seio avrebbe potuto pretendere da Lucio Tizio. In questo caso, seguendo una risalente opinione, si è creduto opportuno distinguere l'obbligazione mediante cui il promittente si vincolava alla prestazione annua (la cui esistenza è confermata dall'impiego del verbo *promitto*), dalla *lex venditionis*. In relazione a quest'ultima risulta assai verosimile che, considerando peraltro la stessa formulazione usata, il soggetto avesse l'effettiva intenzione di onerare il fondo gravandolo con una prestazione periodica di contenuto positivo. A ben vedere, infatti, anche nell'ipotesi ivi illustrata, il rapporto intercorre tra fondi. È possibile, quindi,

che la mancata costituzione dell'onere derivi piuttosto dalla non corretta scelta del mezzo giuridico impiegato e in conseguenza della quale non avrebbe potuto instaurarsi altro tipo di rapporto che meramente obbligatorio.

Neppure in questo caso, quindi, si trova applicato il principio *servitus in faciendo consistere nequit*. Anzi, si potrebbe addirittura arrivare a pensare che se l'impossibilità di diritti reali *in faciendo* derivante da quest'ultima regola fosse stata la vera ragione alla base delle decisioni riscontrate nei brani esaminati, i giureconsulti vi avrebbero fatto certo esplicito riferimento.

Concluso il discorso limitatamente al diritto privato si è ritenuto opportuno formulare qualche considerazione, seppure breve, anche nell'ambito del diritto pubblico. A questo scopo sono state analizzate in prima battuta le fattispecie del *tributum* e dello *stipendium*. Queste ultime, infatti, si caratterizzano per il fatto di essere prestazioni periodiche e potenzialmente perpetue in conseguenza delle quali si configura una responsabilità del possessore attuale del fondo per gli arretrati.

La disamina è proseguita, poi, prendendo in considerazione il *vectigal*, le fondazioni alimentari, gli oneri di contribuzione per le opere di manutenzione delle cloache, delle strade e degli acquedotti. Per quanto concerne il *vectigal* si è mostrato, grazie alla chiara formulazione di Pap. Iust. 2 *de const.* D. 39.4.7 pr., come i giureconsulti evidenziassero il lato dell'inerenza della prestazione positiva al fondo. Le medesime conclusioni sono valide anche per il caso delle fondazioni alimentari che, nelle fonti, vengono definite *obligationes praediorum*.

Per quanto riguarda, poi, gli oneri relativi alla manutenzione delle opere stradali, è stata esaminata la Tab. VII.7. Si è mostrato come, in progresso di tempo, tali opere avessero finito per configurarsi alla stregua di un vero e proprio *munus publicum*, tanto da divenire veri e propri oneri insistenti sui *praedia*. Le medesime fonti, inoltre, in merito alle opere di riparazione e manutenzione degli acquedotti, suggeriscono il parallelo rispetto alle *collationes viarum*.

Visto il tenore delle testimonianze considerate si è creduto di poter includere anche queste figure, sebbene sviluppate nell'ambito del diritto pubblico, tra gli archetipi degli oneri reali. Di conseguenza, è stato necessario formulare alcune osservazioni atte a confutare la differente ricostruzione che vi avrebbe scorto, piuttosto, natura obbligatoria.

In particolare, suscita alcune perplessità l'argomento basato sul fatto che questi oneri si costituivano per mezzo di leggi o negozi di natura pubblica. Si è però obiettato che, sebbene la genesi avvenga nell'ambito del diritto pubblico essi, per loro intrinseca natura, non potranno che gravare sui fondi e trasmettersi ai successivi possessori, e ciò indipendentemente dal modo di costituzione. Inoltre, come pure risalente storiografia non ha mancato di evidenziare, il modo di costituzione rispondeva alle necessità derivanti dagli accresciuti bisogni che lo Stato, mediante il ricorso a queste figure, avrebbe dovuto fronteggiare. Mentre, per il periodo più antico, la costituzione per mezzo di strumenti del diritto pubblico, si spiega in conseguenza del fatto che le strade rientravano tra i beni *extra commercium humani iuris*.

È stato poi considerato un altro argomento che si vorrebbe atto a confutare l'ipotizzata configurazione delle esaminate fattispecie come archetipi degli oneri reali: l'inerenza al fondo come supposto criterio volto a determinare la distribuzione dei carichi fiscali. Come però si è cercato di evidenziare è chiaro che l'onere non poteva che insistere sul fondo, dato che il contributo doveva essere versato in conseguenza di tale rapporto e in proporzione agli iugeri posseduti.

Ancora, qualche osservazione è stata formulata con riguardo al rilievo per cui il concedente, nelle esaminate fattispecie, sarebbe pur sempre rimasto proprietario del fondo e che, dunque, le prestazioni a carico del concessionario non si sarebbero potute configurare se non come corrispettivo per il godimento del predio. A questo argomento, tuttavia, si oppone lo sviluppo stesso di queste figure. Tali concessioni, infatti, assunsero il carattere della definitività e finirono per essere governate da

principi assimilabili a quelli della proprietà, tanto che in capo al concedente ben sarebbe potuta corrispondere una condizione assimilabile alla titolarità di un vero e proprio *ius in re aliena*.

Infine, contro la combattuta tesi, si può addurre anche la constatazione per cui la stessa terminologia impiegata nelle fonti – che, si è sostenuto in dottrina, non potrebbe riferirsi se non a fattispecie di natura obbligatoria – non può deporre automaticamente nel senso che pure le prestazioni considerate in questa disamina debbano essere incluse nella categoria obbligatoria. Questo utilizzo, in realtà, si può spiegare con la necessità di rendere chiara l'inerenza della prestazione stessa al fondo, con la conseguente garanzia per il pagamento del canone.

In buona sostanza, dunque, dall'analisi condotta nel primo Capitolo è emerso come il principio enunciato in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 non abbia, neppure per i classici, quella valenza generale che pure gli è stata attribuita. Al contrario, le stesse fonti (non solo di diritto pubblico) presentano diversi casi che a esso fanno eccezione e che si è creduto corretto dover includere in una categoria archetipica rispetto a quella degli oneri reali.

Ciò detto, in conseguenza delle conclusioni raggiunte, si è provveduto a esaminare nel secondo Capitolo il punto riguardante la natura della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*.

Allo scopo è stato nuovamente considerato Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 con la disputa intercorsa tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo. La testimonianza non fornisce, come si è detto, nessuna esplicita giustificazione in merito alla prevalenza dell'opinione di quest'ultimo giureconsulto, come pure nessuna spiegazione atta a illustrare quella contraria di Aquilio Gallo. Ma come pure è stato sostenuto – ipotesi non improbabile – verosimile è che inizialmente la *disputatio* avesse riguardato la possibilità di imporre pattiziamente e validamente un *facere* in capo al proprietario dell'edificio servente risolvendosi appunto nella *refectio parietis*. Tale affermazione trova

conferma, peraltro, nelle fonti stesse, ove si richiama più volte la *lex aedium*.

Per quanto concerne, invece, la diversa opinione di Aquilio Gallo – che parte della storiografia vorrebbe far derivare dalla regola *servitus in faciendo consistere nequit* – si è ritenuta errata una spiegazione fondata su questo presupposto, dovendosi essa rinvenire sì nell'applicazione di questa regola ma intesa alla luce del requisito dell'*utilitas* obiettiva.

Alla luce dell'*utilitas* si consideri, in primo luogo, l'articolazione della *disputatio* intercorsa tra i giureconsulti. Non si può certo escludere che Aquilio Gallo avesse effettivamente applicato il principio *servitus in faciendo consistere nequit*. È assai probabile, tuttavia, che egli avesse inteso la questione dal punto di vista dell'*utilitas* obiettiva di cui avrebbe potuto beneficiare il proprietario dell'edificio dominante qualora sull'edificio servente fosse gravato un onere *in faciendo*. In altri termini Aquilio Gallo, prendendo in considerazione anche il caso della *servitus tigni immittendi* – ove è plausibile che la diversa ripartizione dell'*onus refectiois* derivasse dalla constatazione per cui nessuna *utilitas* effettiva sarebbe stata arrecata al titolare della servitù qualora l'onere delle riparazioni fosse stato a carico del proprietario dell'edificio servente – ben avrebbe potuto ritenere che pure nella *servitus oneris ferendi* non esistesse alcun valido motivo per ammettere una diversa ripartizione delle spese di restauro.

Al contrario, Servio Sulpicio Rufo – avendo riguardo alle esigenze che avevano spinto le parti a una particolare pattuizione che ripartisse le spese di restauro facendole gravare sul proprietario dell'edificio servente e ritenendo che esse fossero meritevoli di accoglimento – ritenne che fosse ammissibile alla luce del principio *servitus in faciendo consistere nequit* la particolare previsione contenuta nella *lex aedium* solo, però, ove essa avesse rispettato il requisito dell'*utilitas* obiettivamente intesa.

Accettando questa ipotesi, a ben vedere, si riuscirebbe anche a spiegare in cosa dovesse consistere la differenza tra la *servitus tigni immittendi* e la

servitus oneris ferendi. È possibile, come è stato messo in evidenza, che temporalmente si fosse affermata prima la *servitus tigni immittendi*. Peraltro, è altrettanto verosimile che per le pressanti esigenze della prassi si fosse resa necessaria una nuova figura, la *servitus oneris ferendi*, con una differente ripartizione delle spese per le opere di restauro. Tale ipotesi, considerata da Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo, venne reputata ammissibile e non in contrasto con il principio in ragione dell'utilità che in quella determinata situazione la *refectio parietis*, soddisfatta dal proprietario del fondo servente, avrebbe potuto arrecare al fondo dominante.

Da quanto detto emerge chiaramente la funzione dell'*utilitas* obiettiva: essa si atteggia a filtro per valutare l'ammissibilità dell'onere di contenuto positivo gravante sul fondo servente.

Tale conclusione si rafforza grazie agli elementi che emergono dalla lettura dei testi già più sopra esaminati. Assai significativo è Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr. Qui Ulpiano applica il criterio dell'*utilitas* obiettiva al fine di meglio delineare quali dovessero essere i limiti della *refectio*, superati i quali il *facere* si sarebbe dovuto ritenere non ammissibile. In particolare, supererebbe l'utilità normalmente traibile dalla *servitus oneris ferendi* l'ulteriore attività di puntellamento dell'edificio in stato di rovina e in attesa delle necessarie riparazioni. La stessa conclusione, *a contrario*, la si può raggiungere considerando Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.7. Se, da un lato, l'onere avrebbe potuto, eseguendo i lavori di restauro, rendere il muro del proprio edificio più solido rispetto a quanto era stato convenuto al momento della costituzione della servitù, dall'altro solo nel caso in cui avesse deciso di effettuare il restauro rendendo il *paries* meno solido il proprietario dell'edificio dominante si sarebbe potuto a ciò opporre.

Come si vede, è l'*utilitas* obiettiva a fungere nuovamente da limite al *facere* cui può essere costretto il proprietario dell'immobile servente, che non può quindi essere preteso al fine di ottenere un intervento migliorativo. E il motivo è facilmente intuibile: al momento della costituzione dello *ius in*

re aliena le parti avrebbero dovuto attentamente valutare la misura obiettivamente utile del *facere* rispetto alla “grado” di solidità richiesto al *paries* al momento della costituzione del diritto.

Dopo aver svolto queste considerazioni si è anche ritenuto opportuno precisare – tanto rispetto all’*onus refectio* nella *servitus oneris ferendi*, quanto nelle altre ipotesi in cui l’onere avrebbe gravato sul fondo servente – come la prestazione positiva non possa essere considerata strutturalmente sciolta e separata dalla *servitus* o dal diritto a cui si ricollega. Una parte della storiografia, infatti, ha creduto che il *facere* potesse configurarsi alla stregua di elemento separato rispetto all’*onus ferre*, che avrebbe costituito pertanto il vero contenuto della servitù.

È bene precisare, comunque, che anche volendo argomentare nel senso della sostanziale correttezza di questa ipotesi in conseguenza della iniziale natura pattizia dell’*onus refectio*, si potrebbe pur sempre rilevare come tale conclusione possa essere limitata, invero, al solo periodo di consolidamento della *servitus oneris ferendi*.

E tutto ciò, peraltro, senza dimenticare che il *facere*, in ognuna delle fattispecie esaminate, è necessario per il godimento stesso del diritto: non avrebbe alcun senso per esempio ammettere una *servitus oneris ferendi* sprovvista dell’*onus refectio* dato che altrimenti si finirebbe per rientrare nell’ambito della *servitus tigni immittendi*, cosa che renderebbe del tutto inutile una figura come la servitù di appoggio caratterizzata appunto dalla differente ripartizione dell’onere del restauro.

Dopo queste ulteriori precisazioni è possibile tornare al punto principale cui è diretto l’esame effettuato nel secondo Capitolo: determinare la natura attribuibile alla *refectio* nella *servitus oneris ferendi* e al *facere* che nelle altre fattispecie considerate potrà essere previsto in capo al *dominus* del fondo gravato.

È più volte emerso, infatti, lo stato di incertezza rispetto alla natura attribuibile alla *refectio* del *paries* che, come peraltro appena ribadito, si

configura quale carattere strutturale della *servitus oneris ferendi*. Questa confusione è cagionata principalmente da due fattori. In primo luogo, dalla non chiara distinzione che dovrebbe intercorrere tra gli oneri reali e le obbligazioni *propter rem*. D'altra parte, è anche assai problematico pronunciarsi, quanto all'elaborazione dei giureconsulti romani, nel senso di una appartenenza o meno delle particolari fattispecie esaminate a quelli che si è deciso di chiamare archetipi degli oneri reali e delle obbligazioni *propter rem*.

Allo scopo di chiarire il punto controverso, tuttavia, con particolare riferimento alla *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*, sono state individuate alcune caratteristiche che possono contribuire a qualificare il *facere* e la *refectio* alla stregua di archetipo della figura dell'onere reale.

Da una prospettiva più generale, è stato anche rilevato come la risoluzione della questione ora prospettata sia di notevole rilievo in relazione alla teorica stessa dei diritti reali. Infatti, in seguito alla più limitata portata del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, divengono quantomeno più deboli gli argomenti adottati al fine di negare l'ammissibilità di figure che possano costituire effettivamente archetipi dell'onere reale già nel diritto romano privato.

Naturalmente, per giungere a formulare conclusioni sul punto da ultimo accennato è pur sempre necessario considerare – cosa che si è analiticamente fatta nel terzo Capitolo – lo sviluppo storico che ha interessato questa regola rispetto alle elaborazioni della dottrina civilistica poi trasfusa nella redazione dei moderni codici civili e che ha influito sul modo di concepire la struttura stessa del diritto reale.

Valga in ogni caso notare come dalla diversa interpretazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, letto alla luce del “correttivo” costituito dall'*utilitas* obiettiva, non debba necessariamente conseguire la netta negazione di una caratteristica, quella dell'assolutezza, che generalmente è considerata essere il principale elemento atto a definire

gli *iura in re aliena*.

Prima di accennare però alle conclusioni a cui si è giunti in relazione ai punti ora richiamati e prima di ricordare i principali risultati conseguiti all'esame di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 e dei casi ricordati da Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5, si rende opportuno ricordare, pur nel quadro di incertezza delineato, le caratteristiche che l'elaborazione dogmatica ha ritenuto attribuibili agli oneri reali e non, invece, alle obbligazioni *propter rem*.

In primo luogo, qualche considerazione si può formulare per quanto concerne il soggetto tenuto materialmente al *facere*, in relazione a cui è peraltro necessario specificare quale rapporto dovrà sussistere tra l'onerato e il fondo gravato. Per quanto concerne il soggetto tenuto alla prestazione, egli sarà legato al fondo gravato da un rapporto di tipo reale, giacché potrà verosimilmente vantare su di esso tanto il diritto di proprietà quanto altro diritto reale.

Inoltre, è bene ricordare come l'onere continui automaticamente a gravare sul soggetto subentrato nel rapporto attivo con il fondo che però non sarà tenuto a prestazioni il cui valore superi quello del predio. Quest'ultima caratteristica sarebbe propria dell'onere reale e varrebbe a distinguerlo dall'obbligazione *propter rem*, ove il soggetto risponderebbe invece senza limiti.

Connesso con il profilo della responsabilità è il principio dell'abbandono liberatorio, in base al quale il soggetto gravato potrà decidere di *rem derelinquere* così liberandosi dall'onere delle prestazioni.

Sempre sul piano della distinzione tra l'onere reale e obbligazione *propter rem* occorre poi considerare il contenuto stesso della prestazione. Sotto questo profilo, nel caso dell'onere reale, essa consisterà esclusivamente in prestazioni *in faciendo* con carattere di periodicità e perpetuità. D'altra parte, per quanto riguarda l'obbligazione *propter rem*, la prestazione potrà avere contenuto positivo, negativo o, ancora, potrà

concernere le limitazioni o le modalità di godimento del bene.

Delineati in tale maniera gli elementi che contribuiscono a caratterizzare la categoria dell'onere reale, si è valutato se essi potessero ugualmente scorgersi – in stato embrionale – nella struttura della *servitus oneris ferendi* e, più in particolare, nella *refectio parietis* nonché nel *facere* richiesto al proprietario del fondo servente nei casi ricordati in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5.

L'esame è partito da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 considerato rispetto alla prima delle caratteristiche individuate per l'onere reale: il rapporto che insiste tra il soggetto passivo e il fondo gravato che, pure nel caso della *servitus oneris ferendi*, sarà di tipo dominicale. Della stessa natura è anche la relazione che lega il soggetto tenuto all'esecuzione materiale della prestazione e il fondo gravato in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5. La prima delle caratteristiche individuate per l'onere reale si rinviene, quindi, anche nelle testimonianze considerate. E infatti, il rapporto che lega l'onere e il fondo gravato – che, giova ripeterlo, permette di individuare senza equivoci il soggetto effettivamente tenuto alla prestazione in conseguenza appunto del suo rapporto con il predio – si configura sempre per il carattere reale. E nonostante il silenzio delle fonti in merito, è plausibile che onere sarebbe stato anche il successore a titolo particolare (o universale) del proprietario del fondo gravato. Nel caso della servitù di appoggio, a dire il vero, a ulteriore dimostrazione della fondatezza di tale conclusione è stata addotta la configurazione stessa del *ius in re aliena*, con enfasi posta sul carattere di essenzialità e necessità della *refectio parietis*. La medesima conclusione è valida, del pari, nei casi prospettati in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5. In entrambe le fattispecie, infatti, il *facere* risulta per la sua essenzialità: in mancanza, a ben vedere, risulterebbe impossibile per il proprietario del fondo dominante godere del proprio diritto. Dall'esame effettuato si è tratta la conclusione per cui anche la particolare caratteristica della trasmissibilità dell'onere è presente nelle

fonti esaminate, derivando essa dal carattere di necessità che il *facere* possiede.

L'attenzione si è poi soffermata nuovamente sull'abbandono liberatorio che costituisce, senza dubbio, il principale argomento atto a sostenere che nei casi considerati si possa parlare di archetipi degli oneri reali. In effetti, è bene ricordare che il soggetto passivo ha la facoltà di abbandonare il fondo gravato nel caso in cui preferisca non adempiere alla prestazione richiesta, come peraltro espressamente precisato da Labeone in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 per il caso della *servitus oneris ferendi*. La medesima facoltà, poi, nonostante manchi una esplicita previsione in questo senso, potrà essere esercitata verosimilmente anche in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, come pure nella fattispecie di cui a Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5.

Peraltro, come è stato precisato, sono le stesse parole di Labeone – il quale dice che *hanc servitutem non hominem debere, sed rem*, da cui discende la possibilità appunto di *rem derelinquere* – che avvalorano l'ipotesi secondo cui la *refectio parietis* debba annoverarsi tra le figure archetipiche di onere reale. Ciò si deduce, appunto, dal fatto che *hanc servitutem*, ossia la *servitus oneris ferendi*, è dovuta dall'immobile e non dal proprietario di esso. E alla natura reale del diritto consegue appunto la facoltà concessa al proprietario dell'immobile servente di abbandonarlo in modo da sottrarsi alle conseguenze dell'*actio* che potrebbe esperire il proprietario dell'immobile dominante.

Si è poi mostrato, visto quanto detto, come non sia ammissibile l'opinione che vorrebbe intravedere nell'*onus refectionis* una sorta di responsabilità di tipo reale accessoria alla *servitus* che, per questa ragione, si configurerebbe come archetipo della categoria dell'*obligatio propter rem*. A confutare questa lettura contribuisce lo stesso tenore delle fonti ove si precisa che a essere gravato è solo il fondo e che, invece, il soggetto si limita a essere esecutore materiale della prestazione. Inoltre, credere che la *refectio parietis* possa atteggiarsi alla stregua di una forma di responsabilità

rientrante tra le obbligazioni *propter rem* finirebbe per generare un circolo vizioso inaccettabile. Per scanzare le difficoltà derivanti dalle chiare affermazioni labeoniane circa l'abbandono liberatorio – le quali evidentemente impediscono di annoverare la *refectio parietis* tra le obbligazioni – si deve infatti introdurre il concetto, ugualmente di natura obbligatoria, di responsabilità che, tuttavia, possedendo questo carattere mal si concilierebbe con l'affermazione di Labeone relativa all'abbandono liberatorio. E come pure non si è mancato di dire, al fine di aggirare l'ostacolo ora frapposto alla paventata e ipotetica natura obbligatoria della *refectio*, in conseguenza peraltro della prevenzione di fondo nell'ammettere diritti reali *in faciendo*, si è preferito introdurre il concetto di obbligazione *propter rem* che varrebbe a includere pure questa sorta di responsabilità a cui il soggetto potrebbe sottrarsi per mezzo della *derelictio*. Tale conclusione, tuttavia, per i motivi visti, si è reputata del tutto inaccettabile.

Alla luce delle risultanze conseguite nei primi due Capitoli è stato possibile affrontare la questione, nel terzo e ultimo di essi, del principio *servitus in faciendo consistere nequit* nella tradizione civilistica.

Al fine di perseguire l'obiettivo indicato si è nuovamente focalizzata l'attenzione sul tema, più volte accennato, riguardante lo sviluppo dell'onere reale in diritto intermedio. Ciò è necessario a fronte della constatazione per cui l'età di mezzo fu caratterizzata dall'affermazione di vincoli di natura reale – che traevano la propria origine dalla particolare elaborazione del diritto comune in tema di proprietà – caratterizzati dalla prestazione *in faciendo* cui era tenuto il possessore del fondo gravato.

L'analisi svolta nel terzo Capitolo si è concentrata altresì sull'esame dei rapporti fondiari di *Ancient régime* a loro volta direttamente influenzati dall'elaborazione del diritto intermedio. La necessità di procedere in senso diacronico non è stata determinata esclusivamente da ragioni di carattere sistematico ma anche dalla constatazione per cui il rifiuto della categoria degli oneri reali nell'ordinamento italiano deriva piuttosto da ragioni di

ordine storico strettamente legate ai principi in tema di regime fondiario affermatasi durante la Rivoluzione francese.

Per quanto concerne, più in dettaglio, l'analisi dei rapporti fondiari nel diritto intermedio si è deciso di sviluppare lo spunto, assai significativo, offerto dal concetto di *Gewere* in cui si sostanzia l'essenza della concezione germanica di dominio. Tutto ciò senza tralasciare il dato, invero di carattere prevalentemente economico, rinvenibile nella perfetta rispondenza che la pletora di figure rientranti nella categoria degli oneri reali offriva con riguardo alle nuove esigenze dell'economia medievale.

Non si mancato di evidenziare come pure a seguito dell'attenuazione dei rapporti di vassallaggio tipici della prima fase del feudalesimo le prestazioni che in base a questo rapporto si continuavano a esigere, seppure in un contesto economico mutato continuavano, e continuarono, a gravare alla stregua di oneri reali sulle terre ex feudali almeno fino alle successive leggi di affrancamento dalla feudalità. E lo sviluppo di queste particolari figure non era stato meno forte nell'ambito del diritto canonico che pure aveva ammesso fattispecie caratterizzate da una prestazione *in faciendo* e rientranti nella categoria dell'onere reale.

Tra le cause di uno sviluppo tanto impetuoso di questi particolari *iura in re* ha certo giocato un ruolo di preminenza quell'allargamento delle maglie della sistemica proprietaria a sua volta legato all'affermarsi di una differente concezione del sistema fondiario e dei rapporti che a esso si collegavano e ciò in particolar modo per via della sostituzione, al sistema classico e chiuso dei rapporti reali, di una concezione elastica e indefinita con il punto focale costituito esclusivamente dal legame del soggetto con la *res*.

Una spiegazione ulteriore, poi, si è creduto di poterla rinvenire nel tentativo di dare rilievo giuridico a quei rapporti che, pur non rientrando nella sfera proprietaria, era essenziale includere nella cornice della realtà e su cui certo aveva influito l'ampliamento del concetto di *dominium* a cui finì

per affiancarsi la nozione di *firma possessio*.

La principale conseguenza di questo fenomeno, come si è cercato di mostrare, può rinvenirsi nella diversa considerazione, non più caratterizzata da una nota di disvalore, con cui si riguardavano le limitazioni alla proprietà che, invero, almeno per l'epoca altomedievale, rientravano nel fisiologico rapporto tra il *dominus* e la *res*.

Proprio in conseguenza della nuova e diversa configurazione dei contratti agrari in epoca altomedievale e delle particolari clausole in essi incluse, diverse fattispecie in precedenza riconducibili alla sfera esclusivamente personale si erano finalmente configurate – certo per quel già ricordato carattere dell'inerenza della prestazione alla *res* – come veri e propri oneri reali.

Ma se, almeno inizialmente, questi oneri avevano finito per costituire l'espressione di una società per molti versi dinamica e alla ricerca di strumenti adatti a rispondere alle nuove esigenze produttivistiche che si andavano affermando, essi in progresso di tempo finirono per caratterizzarsi come strumenti di mero esercizio della pressione baronale. È stato messo in evidenza, pertanto, come i rivoluzionari francesi – in un clima influenzato dalle idee dei fisiocratici – finirono per mettere in discussione e abbattere, pur con atteggiamenti incerti e oscillanti, il sistema dei rapporti fondiari.

Il punto ora accennato costituisce il secondo dei temi affrontati nel terzo Capitolo. In proposito, l'esame svolto non ha mancato di considerare il processo di sviluppo e affermazione della legislazione antif feudale prendendo in considerazione le differenti posizioni degli attori politici in campo. Sono stati considerati, pertanto, sia gli argomenti addotti a difesa dei diritti dei signori feudali sia quelli che rinvenivano nelle usurpazioni e nella tolleranza forzata della monarchia la vera origine del regime feudale.

Proprio in questa ottica si inserivano le già ricordate teorie dei fisiocratici che proponevano l'assoluta abolizione dei privilegi feudali. Si è così proceduto a considerare il pensiero di Turgot il quale, probabilmente,

esercitò una notevole influenza sull'elaborazione dell'opuscolo di Pierre François Boncerf, *Inconvénients des droits féodaux*.

Si è cercato in questa maniera di evidenziare l'urgenza avvertita da larga parte della borghesia di giungere alla totale abolizione di un regime fondiario percepito quale prodotto della prepotenza e delle angherie dei signori feudali. Al contempo, si è concentrata l'attenzione sulla mancata rispondenza dei corpi legislativi a tali istanze progressiste che erano sfociate persino nella condanna alle fiamme dello scritto di Boncerf per opera del Parlamento di Parigi il 23 febbraio del 1776, sul presupposto che esso fosse contrario finanche agli interessi della Corona di Francia.

La disamina è proseguita con l'analisi degli accadimenti del 4 agosto 1789. A questo scopo sono stati considerati preliminarmente i *chapiers de demandes* formulati dalle *paroisses* e dai *bailliages*, e tra essi si è messa in evidenza l'importanza di quelli provenienti dalle parrocchie che erano stati formati alla presenza dei contadini e che si caratterizzavano per i fieri attacchi ai privilegi dei signori. Essi contribuirono a dare notevole rilievo alla questione feudale durante gli Stati generali. Nonostante ciò, comunque, la Monarchia assunse un atteggiamento di opposizione alle richieste del Terzo stato, ciò che portò alla formazione dell'Assemblea nazionale. Peraltro, neppure presso il clero e la nobiltà si erano rinvenute proposte a riscontro delle richieste del Terzo stato che anzi, almeno nel caso della nobiltà di alto lignaggio, venivano confutate facendo proprie le medesime argomentazioni della Corona e che si fondavano sulla necessità di tutelare quelle "forme di proprietà" che includevano le più svariate tipologie di servaggio reale e personale a cui erano sottoposti contadini e vassalli.

Nonostante ciò, la sera del 4 agosto si pervenne a seguito dell'intervento di Guy Le Guen de Kerengal – che aveva pronunciato un discorso in cui si insisteva sulla necessità di abolire il regime feudale – al raggiungimento degli obiettivi della borghesia e alla redazione di un primo progetto di decreto contenente le istanze e le posizioni manifestate nel corso delle

discussioni dai deputati.

È stato pertanto considerato il *Décret général du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges* e, più in particolare, gli artt. 1-5-6-18. In particolare, è stata evidenziata l'importanza delle affermazioni dell'art. 1 ove l'Assemblea nazionale proclamava la distruzione totale del sistema feudale e introduceva, al contempo, una fondamentale differenza tra i diritti aboliti senza alcuna forma di indennità e gli altri benefici resi al contrario solo riscattabili. L'Assemblea peraltro, come emerge dall'art. 5, si era preoccupata quanto alle decime ecclesiastiche di salvaguardare il principale strumento di approvvigionamento a disposizione del clero per fronteggiare le opere religiose e caritatevoli a favore della popolazione, stabilendo che esse sarebbero state abolite solo a seguito dell'individuazione di fonte alternative di rendita. La stessa norma poi, per le altre decime, *de quelque nature qu'elles soient*, disponeva che finché non si fosse pervenuti al riscatto si sarebbe proceduto alla regolare riscossione. All'art. 6 si demandava, invece, la disciplina delle *rentes foncières perpétuelles* che venivano in ogni caso dichiarate riscattabili, come pure le decime sul raccolto. Infine, l'art. 18 seconda parte, posto a chiusura del *Décret général*, conteneva la precisazione per cui l'Assemblea avrebbe proceduto alla promulgazione delle leggi volte a dare concreta attuazione ai *principes qu'elle a fixé par le présent arrêté*.

Grazie all'esame delle disposizioni richiamate è stato possibile evidenziare le gravi mancanze che avevano caratterizzato il *Décret général*. Si è ricordato come fosse stata introdotta una distinzione tra i diversi oneri insistenti sulla proprietà, tanto che si erano raggruppati i diritti feudali connessi alla manomorta o alla servitù personale, i rapporti propriamente fondiari pur sempre collegati a una situazione di vassallaggio e, per concludere, i diritti puramente fondiari. Al riscatto sarebbero state assoggettate, quindi, solo le due ultime ipotesi, potendosi procedere nel primo caso direttamente alla soppressione.

Proprio con riferimento a questo regime differenziato è stato possibile evidenziare la principale lacuna del *Décret général* che risultava privo di qualsiasi criterio atto a stabilire quale diritto fosse soggetto al regime della soppressione e quale, al contrario, a quello della riscattabilità. Venne nominato, per questa ragione, il 12 agosto 1789, un *comité de féodalité*. Merlin, uno dei componenti principali del *comité*, al fine di dare un contenuto effettivo alle norme del *Décret général*, distingueva due specie di diritti feudali, vale a dire quelli derivanti da atti di usurpazione, che avrebbero dovuto essere dichiarati senz'altro nulli e non soggetti a forma alcuna di indennità, e quelli la cui esistenza era basata su contratti di concessione. Merlin operava secondo la partizione *féodalité dominant/féodalité contractant*. Anche con riferimento a questo intervento ulteriore non si è mancato di rilevare il fallimento sotto il profilo probatorio a cui conseguiva l'adozione, pertanto, di una serie di presunzioni.

In questo modo si giungeva alla promulgazione della *Loi générale concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rechetables* del 15 marzo 1790, di cui sono stati esaminati gli artt. 1-5-7-8-10. Non è necessario richiamare le conclusioni raggiunte con riguardo a ognuno degli articoli ricordati. È sufficiente ricordare, con riguardo all'art. 8, come anche in detta norma i diritti *féodaux et censuels*, così come le *rentes, redevances*, e gli altri diritti resi riscattabili sarebbero stati regolati, fino a che il riscatto non fosse avvenuto e con riguardo al regime della prescrizione, dalle previsioni delle leggi e delle *cotumes* del Regno relative agli *immeubles réels*.

Di particolare interesse sono risultate poi le disposizioni contenute nel Titolo II, per il tramite delle quali si procedeva a una ricognizione dei diritti signorili esistenti e soppressi senza indennità. Sono stati esaminati, in particolare, gli artt. 1 e 2. La prima norma si rivolgeva all'abolizione della *main-morte personnelle, réelle ou mixte*, nonché degli effetti giuridici derivanti dalla manomorta reale. All'art. 2, parallelamente, si prevedeva che

sui fondi sarebbero continuate a gravare *autres charges, redevances, tailles* o *corvées réelles* che già risultassero già gravanti in precedenza sui predi. Infine, si è proceduto all'analisi delle norme contenute nel Titolo III relativo ai diritti feudali dichiarati riscattabili, prendendo in considerazione gli artt. 1 e 2.

Grazie all'indagine svolta è stato possibile appurare come la *Loi générale concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rachetables* si fosse limitata a mutare la natura di questi rapporti che si potevano ora dire ordinari diritti reali.

Non meno lacunoso, poi, si mostrava essere il *Décret général sur les principes, le mode et le taux du rachat des droits seigneuriaux, déclarés rachetables par les articles I et II du titre III du décret du 15 mars*, del 3 maggio 1790. In particolare, il *Décret* mancava di una disciplina che regolasse tutte quelle ipotesi derivanti dalla prassi del diritto feudale.

Più in generale, come è emerso dall'esame complessivo della normativa richiamata, l'unico effetto sortito in questa prima fase – e con la sola eccezione riguardante le *servitudes réelle e personnelle* e i *droits honorifiques* che erano stati con difficoltà soppressi – fu quello di rendere tutti i rapporti in precedenza *féodaux et censuels* dei veri e propri *droits fonciers*.

È risultato agevole rilevare, per questa ragione, come la lettera dell'art. 1 del *Décret général du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges*, ove si dichiarava che l'Assemblea aveva proceduto a distruggere *entièrement le régime féodal*, non ebbe modo di trovare alcuna effettiva attuazione. La legislazione esaminata non aveva pertanto raggiunto lo scopo prefissato, tanto che si rese necessario istituire nuovamente, il 24 ottobre 1791, un *comité de féodalité*.

I lavori del *comité* portarono all'approvazione della *Loi qui supprime, sans indemnité, tous les droits casuels, soit censuels, soit féodaux, et tous ceux qui en sont représentatifs, à moins que lesdits droits ne soient justifiés*

être le prix d'une concession de fonds, il 18 giugno-6 luglio 1791. Della *Loi* in parola è stato preso in considerazione l'art. 1 che regolava il punto relativo alla disciplina probatoria disponendo che, al fine di non vedere il proprio diritto soppresso, il titolare avrebbe dovuto mostrare il *titre primitif* di *inféodation*, di *accensement* o di *bail à cens*.

Nonostante questa previsione, comunque, la possibilità di valersi del riscatto continuava a essere assai difficoltosa. Fu per tale ragione che il *comité* esperì un nuovo tentativo volto a facilitare la possibilità di valersi del riscatto mediante la *Loi sur le mode du rachat successif et divis des droits fixes et casuels ci-devant féodaux* del 20 agosto 1792. Il complesso normativo si completò con la *Loi relative à la suppression sans indemnité de tous les droits féodaux ou censuels, et de toutes redevances seigneuriales* del 25-28 agosto 1792, mediante cui la regola probatoria fondata sull'esibizione del *titre primitif* venne estesa pure ai *droits fixes*.

La lettura di questi ulteriori atti normativi ha permesso di formulare alcune considerazioni più generali. Certo, per effetto di essi si era pervenuti all'effettivo smantellamento di quei residui feudali che erano sopravvissuti in conseguenza delle incoerenze riscontrate nella normativa attuativa del *Décret* del 4 agosto 1789. Ciononostante, la proprietà fondiaria, sia pure ormai libera dai pesi di natura eminentemente feudale, era ancora gravosamente imbrigliata dalle *rentes foncières* che per espressa previsione dell'art. 17 della *Loi* del 25-28 agosto 1792 non erano ricomprese tra i diritti considerati nel *décret*, sebbene tali rendite per espressa previsione dovessero essere sprovviste di qualsiasi legame con rapporti di tipo feudale oppure *dus par des particuliers à des particuliers non seigneurs ni possesseurs de fief*.

Anche a fronte degli effettivi progressi, comunque, la complessiva normativa non era stata ancora in grado di riportare effettiva quiete nelle campagne.

Fu invero la Convenzione che decise di abbandonare la distinzione tra *féodalité dominante* e *contractante*. Essa adottò la *Loi qui supprime, sans*

indemnité, tous redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels, même ceux conservés par le décret du 25 août dernier, il 17 luglio 1793. L'art. 1, in particolare, disponeva in merito alla totale soppressione di tutti quei rapporti che precedentemente, in conseguenza della nozione di *féodalité contractante*, l'Assemblea aveva creduto di poter legittimamente conservare. Alcune considerazioni sono state espresse in merito alla questione delle *rentes* o *prestations purement foncières* che furono, come detto, escluse dal raggio di azione della *Loi* del 17 luglio 1793. Il fatto che per tali fattispecie fu tralasciata la possibilità di pervenire al riscatto, infatti, poneva pressanti questioni di natura ideologica alla Convenzione. Per questa ragione si dovette procedere a individuare un criterio funzionale a distinguere i casi in cui la *redevance* fosse *seigneuriale* o *purement foncières* e di conseguenza ammissibile a norma dell'art. 2.

E così, attraverso la *Loi relative à la question proposée par l'administrateur des domaines nationaux, si la régie nationale de l'enregistrement et des domaines peut recevoir le rachat qui lui est offert, pour le compte de la nation, d'une rente de trentecinq setiers de blé, qualifiée foncière et seigneuriale*, del 7 ventose an 2 (25 febbraio 1794), si interpretò la *Loi* del 17 luglio 1793 giungendosi finalmente a sopprimere senza indennità le *rentes foncières* sorte *avec mélange de cens ou autre signe de seigneurie ou féodalité*.

L'importanza delle *rentes foncières* ha imposto di considerare anche l'opera legislativa antifeudale del Direttorio e del Consolato relativa a queste particolari fattispecie che ponevano, peraltro, una serie di interessanti questioni quanto alla struttura giuridica.

In particolare, è stato precisato come la legislazione rivoluzionaria avesse reso il diritto generato dalla *rent foncière*, per sua natura reale, un semplice diritto di credito. D'altra parte, dubbi scaturivano in merito alla lettura di Pothier con riguardo alla posizione dell'onerato rispetto al titolare della *rente* che, secondo il giureconsulto, contrariamente a quanto avveniva per

gli altri diritti reali, non avrebbe potuto percepire direttamente i frutti, richiedendosi per questo scopo la collaborazione effettiva del possessore del bene gravato. Quest'ultimo, allora, altro non sarebbe stato se non soggetto passivo di una obbligazione *propter rem* derivante dal contratto di *baile à rente*.

Questa interpretazione, come si è cercato di dimostrare, non risulta però del tutto coerente con la struttura giuridica dell'istituto. Infatti, il diritto alla percezione della rendita risulta direttamente collegato e strettamente legato alla titolarità di un diritto di proprietà sul fondo gravato. Perciò, logicamente, il *preneur* avrebbe potuto liberarsi dall'onere della prestazione periodica alienando l'immobile e facendo ricadere la responsabilità per le prestazioni ulteriori sul nuovo proprietario. Non sussisteva, inoltre, alcuna effettiva necessità di introdurre una distinzione tra il diritto in sé considerato – cioè la *rente foncière*, onere reale che grava sull'immobile – e la materiale prestazione *in faciendo*, che sarebbe rientrata invece tra le obbligazione *propter rem*. Anche per la *rente foncière*, come per la *servitus oneris ferendi*, una differenziazione tra il diritto in sé considerato e la prestazione *in faciendo* troverebbe effettiva motivazione, infatti, solo nella necessità di introdurre una distinzione tra la *rente* e gli altri diritti reali per il cui godimento non si richiederebbe alcuna collaborazione attiva da parte del proprietario del fondo onerato. Senza contare che essa sarebbe risultata, a ben vedere, priva di ragione sotto il profilo della logica giuridica sottesa all'istituto. Quest'ultimo, così facendo, avrebbe cioè perduto la caratteristica garanzia alla percezione dei canoni legata alla natura reale del diritto stesso.

Dal punto di vista della legislazione riguardante le *rentes foncières* si è dunque evidenziato come la *Loi* del 17 luglio 1793, pur sancendone la riscattabilità, nulla aveva mutato quanto alla natura reale del diritto. Ciò era avvenuto, indirettamente, con la *Loi* dell'11 *brumaire an 7* (1 novembre 1798), relativa peraltro alla regolamentazione dell'ipoteca. E infatti all'art. 7 si prevedeva che le rendite non potessero essere passibili di assoggettamento

a ipoteca, ciò significando che le *rentes* stesse erano state dichiarate mobili e avevano dunque perduto la natura reale.

Era stata quindi la legislazione del Direttorio ad assestare il colpo finale e decisivo al sistema fondiario di matrice feudale. Mediante la successiva elaborazione di un codice civile, nello specifico in relazione alla materia dei rapporti fondiari, si pervenne poi alla sistemazione definitiva dei risultati raggiunti durante la Rivoluzione.

Questa lettura della legislazione rivoluzionaria conferma ulteriormente come la principale motivazione alla base del rifiuto della categoria degli oneri reali prima nel Codice civile del 1865 e poi, con alcune avvertenze, nel Codice civile vigente, debba rinvenirsi principalmente nelle ragioni di carattere storico connesse alle istanze in tema di abolizione della feudalità affermatesi durante la Rivoluzione francese e che, come detto, furono cristallizzate almeno per la specifica materia degli oneri reali nel *Code civil*.

La trattazione si è dunque soffermata, tenendo ben presenti i dati emersi, sulla disciplina della *rente foncière* nel *Code civil* prima, nei codici degli Stati preunitari, nel Codice civile del 1865 e, infine, nel Codice civile del 1942, prendendo anche in considerazione la legislazione abolitiva della feudalità nelle province del Regno delle Due Sicilie, che tanta importanza ha avuto per il tema di questa ricerca.

Per quanto concerne la codificazione francese si è proceduto a considerare l'art. 529 del *Code civil* mediante cui si sancisce, precisamente al comma 2, l'effettività della previsione contenuta nell'art. 7 della *Loi* dell'11 *brumaire an 7*, assicurando finalmente la natura mobiliare delle *rentes*. La norma del *Code civil* ha enorme importanza poiché fornisce la traccia per l'esame delle codificazioni italiane del periodo della Restaurazione.

L'analisi è partita, in ragione della preminenza cronologica e per l'influenza esercitata sulla legislazione degli altri Stati italiani, dal Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*. Sono stati considerati gli artt.

452 comma 2 e 453 comma 1, costituenti una riproduzione quasi letterale delle disposizioni contenute negli artt. 529 e 530 del *Code civil*. In essi il Legislatore napoletano, sulla scia del Codice francese, assicurava natura mobile e redimibilità alle rendite perpetue e vitalizie.

Del pari, pure il Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, entrato in vigore il 1 luglio 1820, seguiva sul punto della mutata natura della rendita la disciplina del *Code civil*. In particolare, l'art. 385 riproduceva sostanzialmente il dettato del comma 2 dell'art. 529 del *Code civil*, con esclusione della previsione riguardante le rendite dello Stato per cui si rinviava alle disposizioni in materia di debito pubblico.

Da ultimo, è stato esaminato il Codice civile per gli Stati Estensi e, più in dettaglio, l'art. 420, rilevandosi come esso fosse una riproduzione quasi letterale dell'art. 385 del Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla. Anche l'art. 420, pertanto, si conforma al principio della natura mobiliare delle rendite sancito dall'art. 529 comma 2 del *Code civil*, facendo espresso riferimento pure ai censi.

Anche i codici civili degli Stati preunitari, dunque, si erano mantenuti fedeli al modello francese quanto alla natura mobiliare delle rendite. Il discorso svolto con riguardo al Codice napoletano è stato peraltro necessaria premessa per l'indagine svolta sulla legislazione napoleonica introdotta nelle province napoletane relativamente alla disciplina dei censi riservativi e di cui la codificazione costituisce a ben vedere un importante risultato. L'attenzione si è concentrata pertanto sulla l. 2 agosto 1806 relativa all'abolizione della feudalità e sul successivo d. 20 giugno 1808 avente a oggetto la commutazione in canoni pecuniari delle prestazioni di prodotti delle terre già feudali.

Alla luce dei dati ricavabili dall'analisi di questa normativa si è altresì proceduto a confutare l'opinione di quella parte della dottrina che – a seguito dell'interpretazione dell'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 – avevano creduto che gli antichi

censi riservativi, la cui disciplina *ex art.* 29 sarebbe stata demandata alle leggi sotto la cui vigenza essi vennero costituiti, avessero serbato la loro antica natura di oneri reali. Come si è dimostrato, però, questa lettura non solo non considera la permanenza in vigore della legislazione francese abolitiva della feudalità anche a seguito della cacciata dei Napoleonidi, ma non valuta il disposto dell'art. 453 comma 2 contenuto nel successivo Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*, che sanciva la natura mobiliare delle rendite. La diversa ricostruzione proposta trova conferma, infatti, nel dettato della normativa ricordata. Quanto alla l. 2 agosto 1806 è stato considerato l'art. 1 mediante cui si aboliva la feudalità «...*con tutte le sue attribuzioni...*». L'art. 19, poi, occupandosi dei rapporti intercorrenti tra feudatario e vassalli, aboliva i suffeudi e conservava le prestazioni suffeudali riconvertendole in censi riservativi. L'art. 12 invece, nella seconda parte riguardante «...*quei diritti, e prestazioni pregiudizievoli all'agricoltura...*», riservava la possibilità di rendere tali fattispecie altresì redimibili. Quanto disposto dalla l. 2 agosto 1806 veniva poi confermato per il tramite dell'art. 1 del d. 20 giugno 1808. E così, per una serie di diritti già feudali, era prevista la possibilità che «...*a richiesta dei contribuenti degl'indicati redditi, e de' possessori soggetti all'esercizio di tali diritti, o a richiesta di ciascuno di essi in qualunque tempo...*», essi potessero essere convertiti in canoni pagabili in danaro che avrebbero posseduto la stessa natura dei censi riservativi.

Grande attenzione è stata dedicata poi al fondamentale d. 17 gennaio 1810 contenente il *Regolamento relativo alla commutazione in danaro delle rendite ex-feudali, e per la ricompra di ogni rendita perpetua*. Già il preambolo introduttivo del testo legislativo richiamava i precedenti normativi operando un rinvio agli artt. 12, 19 e 20 della l. 2 agosto 1806, al d. 20 giugno 1808, nonché direttamente all'art. 530 del *Code civil*. Di per sé il *Regolamento* normava la commutazione in danaro delle rendite ex feudali e la ricompra di ogni altra rendita perpetua. Ma, a ben vedere, proprio in

conseguenza del richiamo normativo contenuto nel preambolo del *Regolamento* si può sostenere come il Legislatore abbia voluto qualificare e parificare i diritti nascenti dal censo riservativo a delle vere e proprie rendite, con la conseguenza di assoggettarli alla disciplina stabilita per queste ultime. L'art. 1, rubricato *Delle rendite commutabili in denaro*, prevedeva appunto che le rendite ex feudali, cui si era dato vita a opera del d. 20 giugno 1808, fossero passibili di commutazione in denaro. L'art. 3, poi, si riconnetteva alla previsione da ultimo esaminata. E infatti, secondo il disposto della norma, le rendite ex feudali, tanto prima che dopo l'eventuale commutazione, si sarebbero potute esigere solo come censi riservativi.

Non è quindi possibile concordare neppure con quanti hanno continuato a ritenere che le fattispecie prese in considerazione dalle accennate disposizioni e tramutate in censi riservativi avessero conservato la natura di oneri reali anche a seguito dell'entrata in vigore nelle province napoletane, tra il d. 20 giugno 1808 e il *Regolamento* contenuto nel d. 17 gennaio 1819, del *Code civil*. Questa opinione è stata confutata in considerazione del fatto che, se a opera della legislazione precedente al *Code civil* tutte le prestazioni ex feudali si erano ricostituite sottoforma di censi riservativi, la successiva adozione della codificazione napoleonica ebbe d'altra parte l'effetto di rendere mobili quelle fattispecie che per opera del *Code* stesso si era provveduto anche a dichiarare non più censi riservativi ma rendite perpetue. Queste ultime, proprio per effetto dell'art. 529 comma 2 del *Code civil*, come si diceva, avevano mutato natura divenivano mobili e, ex art. art. 530, sempre redimibili.

Peraltro, si è precisato come la ricostruzione criticata non sarebbe valsa neppure per quei casi ove il mutamento in censi riservativi fosse avvenuto precedentemente all'entrata in vigore del *Code civil*, le cui norme si sarebbero certo applicate pure ai censi già costituiti. Come logica conseguenza del ragionamento svolto, non si condivideva neppure il corollario che avrebbe voluto l'art. 452 comma 2 del Codice per lo Regno

delle Due Sicilie, *Leggi civili*, ininfluyente quanto alla natura reale dei censi.

D'altra parte, questi rilievi si sono rivelati di notevole utilità per dimostrare come, in realtà, non era rimasta immutata neppure la natura dei censi ancora esistenti nelle province napoletane dopo l'entrata in vigore del Codice civile del 1865, conclusione che si sarebbe voluto trarre invece dal testo dell'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 (r.d. 30 novembre 1865, n. 2606). Al fine di confutare questa lettura si è proceduto all'individuazione della normativa di riferimento a cui rinvia l'art. 29 con il richiamo alle *leggi anteriori*.

Si è dimostrato come – in conseguenza della mutata natura dei censi riservativi nelle province napoletane già per effetto della previgente legislazione preunitaria – il richiamo dell'art. 29 avrebbe dovuto essere sia alle disposizioni del Legislatore francese, incluso il *Code civil*, sia alle *Leggi civili* del Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Sotto questo profilo si è anche precisato come, dal punto di vista della normativa vigente nei territori del Regno delle Due Sicilie al momento dell'unificazione, ove peraltro risultavano abolite a partire dal 21 maggio 1819 tutte le leggi anteriori all'entrata in vigore del Codice da ultimo ricordato, la materia delle rendite ex feudali fosse regolata esclusivamente dall'art. 452 comma 2 delle *Leggi civili*. Tutto ciò, peraltro, senza dimenticare che ad onta dei tentativi reazionari dei baroni, il restaurato governo borbonico provvide a sancire la validità della precedente legislazione, sebbene non esplicitamente, con la l. 11 dicembre 1816. Le decisioni della Commissione feudale furono confermate invece a opera della l. 20 settembre 1817. Si deve concludere, pertanto, che la normativa relativa ai censi riservativi costituiti dalle leggi napoleoniche dovesse risultare ancora vigente all'indomani della Restaurazione. A essa si affiancò, poi, l'art. 452 comma 2 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*.

La formula '*leggi anteriori*' che si trova nel testo dell'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865, quindi,

si riferisce a ben vedere alle norme delle leggi abolitive della feudalità ancora vigenti dopo la caduta dei Napoleonidi nei territori dell'ormai ex Regno delle Due Sicilie.

Questa lettura trova ulteriore conferma in una considerazione di ordine generale. Una diversa interpretazione dell'art. 29, infatti, avrebbe finito per generare una situazione del tutto paradossale. Da un lato, numerose fattispecie sarebbero confluite, quanto alla loro disciplina, nella cornice normativa offerta dalle numerose prammatiche e bolle anteriori alle conquiste della Rivoluzione francese. Dall'altro, l'art. 29 avrebbe segnato chiaramente un assurdo passo indietro in politica legislativa. E tutto ciò senza contare, poi, che così facendo il Legislatore unitario avrebbe da un canto mantenuto per le rendite costituite sotto le leggi anteriori la natura di oneri reali, introducendo dall'altro una norma del tenore dell'art. 418 Cod. civ. 1865 che si adeguava all'art. 529 comma 2 del *Code civil*.

Rimane comunque vero che argomenti assai validi sono stati addotti a ulteriore conferma della natura reale delle rendite fondiari, con riferimento pure a quelle costituite vigente l'art. 418 comma 2 Cod. civ. 1865. A essi si sono opposte però le seguenti considerazioni.

Sotto il profilo della terminologia utilizzata dal Legislatore del Codice civile del 1865 si è rilevato – a fronte dell'uso, per il caso della rendita costituita a seguito di cessione o alienazione di un immobile, dall'aggettivo 'fondiaria' e, al contrario, per la rendita costituita a seguito del pagamento di un capitale dell'espressione 'rendita semplice' – come non fosse probante nel senso della natura reale della prima specie l'impiego appunto dell'aggettivo ricordato. La ragione, a ben considerare la questione, si ricava dalla differente natura del bene ceduto, alienato o corrisposto e in base a cui il Legislatore differenziava le due forme di rendita da un punto di vista terminologico.

Maggior peso è stato attribuito all'argomento basato sull'art. 1782 Cod. civ. 1865, contenente la definizione di rendita semplice. Rispetto a esso – ivi

si prevedeva che per questa specie di rendita fosse necessaria, al fine di evitare la ripetizione del capitale, la garanzia per mezzo di ipoteca speciale su un fondo – si rilevava come per la rendita fondiaria tale necessità non fosse prevista. A questo ragionamento si è opposta la previsione dell'art. 1781 comma 2 Cod. civ. 1865 ove si prevedeva, per il caso di cessione a titolo oneroso, l'applicazione delle norme sulla vendita. Si è spiegata così la ragione dell'espressa previsione della garanzia ipotecaria per il caso della rendita semplice ove, per il caso della rendita fondiaria, in favore dell'alienante si sarebbe potuta invocare, *ex art. 1969 n. 1 Cod. civ. 1865*, l'ipoteca legale sugli immobili ceduti a garanzia degli obblighi derivanti dalla cessione. E così, essendo la percezione in quest'ultimo caso garantita mediante ipoteca legale, allora il diritto generato dalla rendita avrebbe posseduto natura personale.

Inoltre, neppure il disposto dell'art. 1786 comma 2 Cod. civ. 1865 poteva validamente invocarsi a sostegno della combattuta tesi. Dalla medesima norma si sarebbe potuto trarre ugualmente argomento contrario a favore della natura personale della rendita fondiaria. Difatti, qualora le rendite fondiarie fossero state oneri reali allora, a seguito dell'alienazione del fondo, per l'obbligo del pagamento avrebbe risposto il nuovo proprietario e non l'alienante.

Non più valido si è dimostrato l'argomento ricavabile dalla necessità, per la costituzione di rendita, della trascrizione. Quest'ultima era richiesta per il trasferimento di proprietà dell'immobile, non per dare effettivo seguito alla costituzione della rendita.

Un indizio più significativo a sostegno della ricostruzione in parola lo si ricavava dal disposto degli artt. 1607 e 1623 del *Código civil*, secondo cui non vi sarebbe stata alcuna contraddittorietà tra il trasferimento del pieno dominio – previsto nel caso della rendita fondiaria dall'art. 1781 Cod. civ. 1865 – e la natura reale della rendita. Non è necessario ripetere puntualmente l'analisi delle disposizioni ricordate. È sufficiente ricordare i

principali argomenti opposti a una simile conclusione. In verità, per espressa previsione legislativa nessun dubbio poteva sorgere quanto alla natura immobiliare delle rendite. Da ciò, tuttavia, non è sembrato potersi trarre alcuna conseguenza quanto alla contraddittorietà tra la natura reale delle rendite e il fatto che, per espressa statuizione dell'art. 1607 del *Código civil*, nel caso di costituzione di *censo reservativo*, si verificava il trasferimento del pieno dominio. Il problema, infatti, si risolve quanto all'ordinamento spagnolo per espressa previsione legislativa, dato che la norma elimina ogni dubbio sulla natura del censo qualificandolo *carga real* e, dunque, attraendolo sotto l'art. 334 núm. 10 del *Código civil*.

Si è rilevato poi come, in base all'art. 1623 del *Código civil*, il titolare del diritto avrebbe potuto esperire anche l'azione reale. Questa possibilità, però, viene esclusa nel caso in cui l'immobile sia gravato da ipoteca o da censo costituito posteriormente, come si ricavava dall'art. 116 della *Ley Hipotecaria* che a sua volta richiama gli artt. 114 e 115 della stessa. Dall'osservazione ricordata è stata tratta la conclusione per cui la possibilità di impiego dell'azione reale dovesse essere legato alla garanzia offerta dal bene immobile per il pagamento dei canoni. Tuttavia, si è ugualmente detto, l'impiego dell'azione reale sarebbe potuto rimanere disatteso qualora l'immobile fosse già gravato da ipoteca a garanzia del credito.

Non sembra dunque che gli argomenti ricavati dall'esame delle disposizioni del *Código civil* siano probanti in favore della realtà delle rendite fondiari anche nel Codice civile del 1865. A sostegno della diversa ricostruzione proposta sono stati adottati anche motivi di carattere prevalentemente politico che, peraltro, trovarono illustre espressione nelle parole del Senatore Miraglia e in relazione ai quali si è più volte discusso anche in sede di conclusioni.

Per le ragioni viste, quanto alla disciplina della rendita fondiari nel Codice civile del 1865 e per le figure a essa riconducibili impiegate nelle province appartenenti al Regno delle Due Sicilie, è stato possibile formulare

un doppio ordine di considerazioni. Da una parte, è stata respinta la ricostruzione di quanti avrebbero voluto escludere il mutamento di natura delle rendite per effetto della promulgazione delle Leggi abolitive della feudalità, delle disposizioni del *Code civil* nonché, nell'ultima fase, del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*. Dall'altra, la medesima conclusione è stata accolta anche in merito alle rendite fondiari create dopo l'entrata in vigore del primo Codice civile unitario.

L'analisi è proseguita prendendo in considerazione, seppure brevemente, la normativa inerente alle rendite rinvenibile nel Codice civile del 1942, soffermando l'attenzione sugli artt. 1861, 1868 e sul n. 746 della *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile*. In particolare, dal tenore dell'art. 1863 comma 1 si evince chiaramente come il diritto alla percezione della rendita si costituisca come rapporto tra contraenti e non, invece, direttamente sull'immobile. Peraltro, a ulteriore conferma di questa lettura, sono state ricordate le parole del Ministro Grandi nella citata *Relazione*, dove si precisava come attraverso la costituzione di una rendita non si desse origine a un onere gravante sull'immobile ma a un normale diritto di credito. A questo proposito il Ministro Grandi richiamava poi il mutamento terminologico avvenuto nell'art. 1868 rispetto all'art. 1786 del Cod. civ. 1865.

Sempre nel terzo Capitolo, come logico sviluppo del discorso qui brevemente sintetizzato, si è proceduto all'inquadramento del problema degli oneri reali sotto il profilo comparatistico. Si è constatato come la soluzione adottata dalle codificazioni più strettamente influenzate dal *Code civil* – con l'eccezione del *Código civil* – non erano accolte dai codici di area tedesca. Qualche cenno è stato fatto, di conseguenza, anche con riguardo alla prospettiva adottata dal BGB e in particolare con riferimento all'elaborazione della categoria dei *Reallasten*.

A questo proposito è stato considerato il § 1105 che disciplina espressamente l'onere reale. Il paragrafo richiamato, di notevole interesse

sistematico, si sofferma nello specifico sul contenuto del diritto. Quest'ultimo si configura quale carico direttamente gravante sul fondo. La norma, infatti, prevede una ideale partizione tra il peso gravante sul fondo e la prestazione a beneficio del soggetto attivo, attribuendo a entrambe natura reale. Dall'esame della norma richiamata emerge la complessità dell'opera di sistemazione dogmatica che aveva interessato la categoria dei *Reallasten*, per cui si era altresì provveduto alla distinzione rispetto alle servitù.

I dati ricavati dall'analisi storica e comparatistica svolta hanno consentito, nel prosieguo della trattazione, di poter meglio valutare alcune fattispecie che si è ritenuto di dover includere tra gli oneri reali. Più in particolare, come peraltro l'esame della giurisprudenza ha rivelato, nonostante le numerose attestazioni di operatività dei principi *servitus in faciendo consistere nequit* e di tipicità dei diritti reali, si è registrato almeno fino al 1951 un orientamento delle corti che pure tendeva a includere questi rapporti nel novero degli oneri reali. Difatti le corti, per specifiche esigenze connesse alla prassi, avevano ammesso ben più largamente figure riconducibili all'onere reale che, ritenute estranee al canone della tipicità, si sarebbero potute costituire pure mediante atti di tipo convenzionale che, qualora debitamente trascritti, sarebbero divenuti opponibili ai terzi.

E così, per esempio nel caso di limitazioni convenzionali reciproche al diritto di proprietà in relazione alla costruzione di edifici, si attribuiva natura reale al vincolo sorto *ratione rei* che avrebbe gravato sui contraenti, sugli eredi e aventi causa nel caso di trascrizione. La Corte di Cassazione, in una sentenza del 1923 avente a oggetto il rapporto in parola, non aveva sollevato dubbi sulla qualifica attribuita alla fattispecie sul presupposto che le limitazioni convenzionali reciproche, imposte con clausola contrattuale, avrebbero vincolato i contraenti, i loro eredi e aventi causa, *fundi nomine*. E così, nel caso in cui la limitazione sorgesse secondo le prescrizioni di legge e fosse stata regolarmente trascritta, essa sarebbe rientrata nella categoria degli oneri reali.

In proposito, la diversa lettura proposta – secondo cui nel caso concreto si sarebbe dovuto discorrere, in realtà, di servitù e non di limitazione convenzionale sul presupposto che diversamente la decisione si sarebbe scontrata l'ordinamento coevo alla sentenza contrario alla ammissibilità di fattispecie rientranti tra gli oneri reali – si mostrava contraria alla *ratio* della decisione che si rinviene certamente nelle esigenze di natura pratica dirette a un più razionale sfruttamento della proprietà privata a fini edilizi.

Il ricordato orientamento giurisprudenziale non contrasta, nonostante l'affermata natura reale del rapporto, con la diversa lettura dell'art. 29 comma 1 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865. Essa, infatti, si riferisce esclusivamente agli oneri di più antica costituzione, autentica espressione di una società ancora pervasa dalle logiche del servaggio baronale. Diversamente, le decisioni della giurisprudenza devono essere necessariamente lette tenendo conto della necessità di un ripensamento riguardante la stessa esistenza della categoria nell'odierna sistematica dei rapporti reali.

D'altra parte, sebbene il Codice civile del 1942 abbia provveduto a sancire la natura mobiliare delle rendite, rinunciando al contempo a predisporre una sia pur minima normativa per la categoria degli oneri reali, un appiglio per l'ammissibilità di questi ultimi lo si potrebbe rinvenire nella disciplina offerta dall'art. 860 che norma il concorso dei proprietari nella spesa per le opere di bonifica integrale. A tale onere il r.d. 13 febbraio 1933 n. 215 (*Nuove norme per la bonifica integrale*), nello specifico all'art. 21, attribuisce la qualifica di reale. A ciò si aggiunga che la diversa interpretazione offerta dalla giurisprudenza si riconnette altresì all'esigenza di superare le strettoie derivanti dalla rigida applicazione dei dogmi costituiti dal principio *servitus in faciendo consistere nequit* e da quello del numero chiuso. Si è ritenuto, di conseguenza, di dover respingere le radicali conclusioni volte a negare l'effettiva sussistenza di figure di oneri reali in virtù della supposta inconciliabilità di essi con i due principi ora ricordati. In

proposito, inoltre, non si può dimenticare come lo stesso Legislatore si sia riservato la possibilità di imporre prestazioni personali o patrimoniali *ex art.* 23 Cost. proprio in considerazione della loro necessità in funzione dell'utilità sociale.

Pure un'altra norma del Codice civile del 1942, precisamente l'art. 1030, potrebbe leggersi quale ulteriore eccezione al principio che dichiara inammissibili diritti reali *in faciendo*. Per supportare questa affermazione si è sottoposto a esame il caso della servitù costituita *amoenitatis causa* che, inoltre, ha consentito di meglio precisare anche per il vigente ordinamento il concetto di *utilitas* oggettiva come limite alla possibilità di costituire diritti reali di tale sorta.

Quanto al disposto della ricordata norma è stato considerato il punto relativo alla natura delle attività (o, meglio, della prestazione) che essa ammette. Secondo un orientamento manifestato da parte di alcuni studiosi, infatti, anche nel caso di questa particolare servitù la prestazione *in faciendo* si sarebbe dovuta qualificare come *obligatio propter rem*. È stato però dimostrato come l'opinione ora ricordata non sia accettabile, dato che nella fattispecie in parola il *pati* non sarebbe ipotizzabile senza il *facere*. Effettivamente, essendo il contenuto della servitù costituito dall'impianto e dal mantenimento di un dato quantitativo di alberi sul fondo, il *facere* non avrebbe in alcun modo costituito una *obligatio propter rem*, cioè un obbligo accessorio al *pati*. E infatti, se la servitù si risolve nell'imporre ai proprietari futuri e attuali l'impianto e il mantenimento in condizioni idonee di un certo numero di arbusti – comportamenti consistenti in un *facere* – allora configurando tali azioni come obbligazioni *propter rem* si sarebbe finito per attribuire loro natura accessoria a fronte della constatazione per cui esse costituiscono, in realtà, il contenuto della servitù. E la stessa lettera della legge peraltro, cioè il richiamato art. 1030 del Codice civile, permette di derogare al principio *servitus in faciendo consistere nequit* qualora il titolo o la legge lo consentano.

A conclusione, qualche chiarimento sul criterio dell'*utilitas* oggettiva quale limite all'ammissibilità dell'onere reale. Come si è dimostrato il *facere*, che rappresentava il contenuto della servitù, si caratterizza per il fatto di essere necessario alla effettiva attuazione di quest'ultima che è costituita *amoenitatis causa*. Naturalmente, a mente della struttura del rapporto, la prestazione positiva non avrebbe certo potuto risolversi in comportamenti esorbitanti la reale utilità della servitù costituita tenendo ben presenti le condizioni del fondo dominante.

A chiusura di questa ricerca è possibile formulare una riflessione che sintetizzi il percorso argomentativo svolto in questa indagine. Si è reputato, esaminando le fonti romane, di dover respingere la tradizionale lettura del principio *servitus in faciendo consistere nequit* in conseguenza della diversa portata che si è creduto di dover dare all'insegnamento di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. Del pari, sempre con riferimento al pensiero degli antichi giureconsulti, si è rinvenuta una diversa spiegazione per quanto riguarda la presunta eccezione costituita dalla *servitus oneris ferendi* e basata sul concetto di *utilitas* oggettiva quale limite alla possibilità di imporre un *facere* in capo al proprietario del fondo servente. Di conseguenza, l'eventualità che la *refectio parietis* sia un archetipo dell'onere reale è più che plausibile.

Peraltro, se già il diritto romano aveva sia pure in particolari situazioni ammesso il caso che una prestazione di contenuto positivo divenisse il contenuto di un diritto di natura reale, si è ulteriormente dimostrato come fu per dare risposta, almeno inizialmente, alle esigenze dell'economia curtense che si fece ampio e più radicale utilizzo di queste figure. L'originaria funzione degli oneri reali finì però per essere travisata, tanto che essi finirono per frammentarsi in una serie quasi infinita di pesi gravanti sulla proprietà che si configuravano come ulteriori strumenti di pressione della grande nobiltà.

Contro questo concreto atteggiarsi dei rapporti reali si scagliavano le rivendicazioni della Rivoluzione francese che, con una serie eterogenea di interventi normativi la cui essenza confluirà poi nell'art. 529 comma 2 del *Code civil*, avevano finito per smantellare definitivamente il sistema fondiario feudale.

Non sembra, tuttavia, che la stringente applicazione dei dogmi affermatasi, in realtà, con la Rivoluzione in tema di rapporti fondiari sia sempre e necessariamente rispondente alle concrete esigenze della prassi, come peraltro si è avuto modo di vedere esaminando un sia pur particolare orientamento della giurisprudenza. D'altra parte, la necessità di riaffermare la pienezza del diritto di proprietà e di frenare gli abusi cui potrebbe dare vita l'imposizione indiscriminata di prestazioni di carattere positivo con inerenza al fondo – come tali destinate a vincolare il bene anche sotto il profilo della circolazione – verranno ugualmente soddisfatte dalla attenta applicazione del più volte richiamato requisito dell'*utilitas* oggettiva. In tale maniera, già in sede di costituzione del vincolo, verrà stabilita la misura oltre la quale la prestazione *in faciendo* non potrà essere pretesa e, ciò, in conseguenza del fatto che si avrà come unico criterio quello legato alle necessità obiettive del fondo a favore del quale l'onere sarà stabilito.

Ecco, dunque, in che termini dovrà essere inteso l'insegnamento di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. Esso, infatti, verrà rettammente inteso solo quando lo si legga alla luce del requisito dell'*utilitas* oggettiva. Di conseguenza, l'inammissibilità di oneri reali di contenuto positivo, che si vorrebbe far derivare appunto dalla dottrina di Pomponio fino alla moderna sistematica dei rapporti reali, sembra fraintendere la reale portata dell'affermazione della regola enunciata dal giureconsulto. Un onere di contenuto positivo e natura reale, a dispetto dell'opinione dominante, sarà pertanto ammissibile, con il solo limite costituito appunto dall'*utilitas* oggettiva.

BIBLIOGRAFIA

A SAXOFERRATO B., *In primam Digesti Veteris partem. Cur. Alexand. Barb. Paris. Claud. à Seissel. Poma. Ioan. Franc. Rueren. aliorúmque Adnotationibus integris*, Lugduni, 1581;

ACCARIAS C., *Précis de droit romaine*, I, Paris, 1874²;

ACROSSO L., RIZZI G., *Codice degli usi civici. Raccolta completa della legislazione vigente commentata con la bibliografia e la giurisprudenza*, Roma, 1956;

AGNATI U., *Le Dodici Tavole: il versetto VII, 8 e l'actio aquae pluviae arcendae*, Cagliari, 2000;

AGULHON M., in JUILLARD É. (volume dirigé par), *Apogée et crise de la civilisation paysanne. 1789-1914*, in DUBY G., WALLON A. (sous la direction de), *Histoire de la France rurale*, III, Paris, 1976;

AKKERMANS B., *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2008;

ALBERTARIO E., *Contributi allo studio della procedura civile giustiniana*, I, *Actiones e interdicta*, in *RISG* 52, 1912, pp. 13-60;

ALBERTARIO E., *Servitù e obbligazione (nota a Cass. 'Stramesi c. Oberti', 21 marzo 1927)*, in *Riv. dir. comm.* 25.II, 1927, pp. 621-627;

ALVIZZI DEL FRATE P., FERRI G., *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, in *Le proprietà. Dodicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers dedicate alla memoria di Jean Beauchard, Roma 13-14 giugno 2014*, Napoli, 2015, pp. 31-57;

AMELOTTI M., *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, in *SDHI* 19, 1953, pp. 202-234;

AMELOTTI M., *Scritti giuridici*, Torino, 1996;

ANDREOLLI B., MONTANARI M., *L'azienda curtense in Italia. Proprietà della terra e lavoro contadino nei secoli VIII-XI*, Bologna, 1985;

- ANDRÉS SANTOS F.J., s. 'Art. 1607', in DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Director), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010;
- ANDRÉS SANTOS F.J., s. 'Art. 1623', in DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Director), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010;
- ARANGIO RUIZ V., *La struttura dei diritti su cosa altrui in diritto romano*, I, in AG 81, 1908, pp. 361-470;
- ARANGIO-RUIZ V., s.v. 'Ateio, Caio', in *Enciclopedia italiana, Appendice I*, Roma, 1938 [rist. Roma, 1949], p. 181;
- ARANGIO-RUIZ V., *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1949-1950*, Napoli, 1950 [= rist. Napoli, 1965];
- ARANGIO-RUIZ V., *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974;
- ARCASII J.F., *Tractatus de servitutibus ex Commentariis juris civilis*, Augustae Taurinorum, 1826;
- Archives parlementaires de 1787 a 1860, Prèmier série (1787-1799), Tome VIII, Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789*, Paris, 1875;
- ASTOLFI R., *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 2001²;
- ASTUTI G., *Il code napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, in *Atti del convegno sul tema: Napoleone e l'Italia (Roma, 8-13 ottobre 1969)*, I, Roma, 1973 [rist. Torino, 2015], pp. 192- 216;
- BALBI G., *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950;
- BALBI G., s.v. 'Obbligazione reale', in *NNDI*, XI, Torino, 1965, pp. 666-674;
- BALDUS CH., s. '§ 1105', in SÄCKER F.J., RIXECKER R. (Herausgegeben von), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, VI, *Sachenrecht (§§ 854-1296)*, München, 2009⁵;
- BARASSI L., *La clausola che impone all'acquirente di erigere solo un determinato tipo di edifici*, in *Foro it.* 53, 1928, coll. 41-45;
- BASILE R., *In tema di «servitus oneris ferendi»*, in *Labeo* 47, 2001, pp.

63-104;

BASILE R., *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, Napoli, 2012;

BAUR F., *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1978¹⁰;

BEHRENDTS O., *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index* 12, 1983-1984, pp. 189-225;

BEHRENDTS O., *Scritti «italiani»*, Napoli, 2009;

BENSA P.E., *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, Siena, 1899;

BERGER A., *In tema di derelizione. Osservazioni critico-esegetiche*, in *BIDR* 32, 1922, pp. 131-190;

BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920;

BESELER G., *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, in *ZSS* 45, 1925, pp. 231-233;

BESELER G., *Miszellen*, in *ZSS* 45, 1925, pp. 396-488;

BESELER G. V., *Zu Gaius 3.149*, in *SDHI* 4, 1938, pp. 205-207;

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942²;

BIANCHI E., *Le «actiones, quae ad legis actionem exprimuntur» in Gaio. Una nuova ipotesi sulla «catégorie d'actions négligée par les romanistes»*, in *Atti del convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di Arnaldo Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001*, Milano, 2011, pp. 10-37;

BIGLIAZZI GERI L., *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in CICU A., MESSINEO F. (già diretto da), MENGONI L. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XI.3, Milano, 1984;

BIGNARDI A., *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*, Milano, 1992;

BIONDI B., *La categoria romana delle servitutes*, Milano 1938;

- BIONDI B., *Limitazioni legali della proprietà, servitù, oneri reali, obbligazioni «propter rem», in rapporto all'art. 913 cod. civ. (nota a Trib. Melfi, 9 febbraio 1950)*, in *Foro it.* 73.I, 1950, coll. 617-620;
- BIONDI B., *Oneri reali ed obbligazioni propter rem (nota a Trib. Firenze 'Comune di Firenze c. Soulacroix e Margheri', 28 dicembre 1951)*, in *Foro pad.* 8.I, 1953, coll. 341-354;
- BIONDI B., *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, Milano, 1954² [rist. Milano, 1969];
- BIONDI B., *Le servitù*, in CICU A., MESSINEO F. (diretto dai Professori), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XII, Milano, 1967;
- BIONDI B., *Scritti di diritto moderno*, Milano, 1967;
- BISCARDI A., *Studi sulla legislazione del Basso Impero, II, Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei rapporti reali*, in *Studi senesi* 54, 1940, pp. 276-324;
- BISCARDI A., *Studi sulla legislazione del Basso Impero, III, La nuova proprietà*, in *Studi senesi* 56, 1942, pp. 275-345;
- BISCARDI A., *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991;
- BISCARDI A., *Proprietà e possesso nell'indagine positiva sul diritto del tardo Impero*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. IX Convegno internazionale*, Napoli, 1993, pp. 91-120;
- BIZOUKIDES C., *Gaius-Γαίος*, I, Thessalonicae, 1937;
- BIZOUKIDES C., *Gaius-Γαίος*, II, Thessalonicae, 1938;
- BLANCH J.M., *La tabula de los Ligures Baebiani: un testimonio epigráfico de la Administración de Trajano*, in *Revista digital de Derecho Administrativo* 17, 2017, pp. 21-37;
- BLANCH NOUGUÉS J.M., *Acerca de las obligationes praediorum en la tabula veleias*, in *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*, III, Madrid, 2016, pp. 157-172;
- BLAUFARB R., *Propriété, politique et délimitation des groupes sociaux: le débat sur les rentes foncières, 1789-1811*, in *Annales historiques de la Révolution française* 359, 2010, pp. 119-140;

- BLONDY A., *L'Ordre de Malte au XVIII^e siècle. Des dernières splendeurs à la ruine*, Paris, 2002;
- BOHÁČEK M., *Nuovi studi sulle "actiones negative"*, in *BIDR* 46, 1939, pp. 142-193;
- BONA F., *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973;
- BONCERF P.F., *Inconvénients des droits féodaux. Nouvelle édition, à laquelle on a joint ce que Montesquieu a écrit sur les Fiefs, dans les Livres XXX et XXXI de l'Esprit des Loix*, Paris, 1776;
- BONFANTE P., *Servitù e obbligazione (nota a Cass. Roma 'Giampieri c. Società Molini e Pastificio Pantella', 31 dicembre 1917)*, in *Riv. dir. comm.* 16.2, 1918, pp. 485-494;
- BONFANTE P., *Scritti giuridici varii, III, Obbligazioni comunione possesso*, Torino, 1921 [rist. Torino, 1926];
- BONFANTE P., *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931, pp. 181-189;
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano, III, Diritti reali*, Milano, 1972 [rist. a cura di BONFANTE G., CRIFÒ G.];
- BONINI R., *Dal Code civil ai codici della Restaurazione. Il diritto privato nella prima metà dell'Ottocento, I, Fra Settecento e Ottocento*, Bologna, 1997;
- BORSARI L., *Commentario al Codice civile italiano, Libro Terzo, IV.2*, Torino, 1881;
- BRANCA G., *Servitù prediali*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro terzo, Della proprietà (Art. 1027-1099)*, Bologna-Roma, 1987⁶;
- BREMER F.P., *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, II.1*, Lipsiae, 1898 [rist. Roma, 1964; Leipzig, 1985];
- BRETONE M., *Volgarismo e proprietà postclassica*, in *Labeo* 11, 1965, pp. 193-206;

BRETONE M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971² [rist. Napoli, 1984];

BRETONE M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998;

BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlagen, 1884³;

BRUGI B., *L'ambitus e il paries communis nella storia e nel sistema del diritto romano*, in *RISG* 4, 1887, pp. 161-212 e 363-407;

BRUGI B., *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo II, II, Intorno all'elenco delle servitù urbane*, in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, già sotto la direzione di F. Serafini, direttori P. Cogliolo e C. Fadda, Milano, 1900;

BRUGI B., *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo II, III, Gli antichi formolari romani delle servitù urbane*, in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, già sotto la direzione di F. Serafini, direttori P. Cogliolo e C. Fadda, Milano, 1900;

BRUGI B., *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo I, VII, Degli oneri reali e delle c. d. servitutes in faciendo nel diritto transitorio italiano*, in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, già sotto la direzione di F. Serafini, direttori P. Cogliolo e C. Fadda, Milano, 1900;

BRUGI B., *Commentario alle Pandette*, VIII, già sotto la direzione di F. Serafini, direttori P. Cogliolo e C. Fadda, Milano, 1900;

BUCKLAND W.W., *The protection of servitudes in Roman Law*, in *LQR* 46, 1930, pp. 447-464;

BUND E., *Begriff und Einteilung der Servituten im römischen Recht*, in *ZSS* 73, 1956, pp. 155-219;

BURDESE A., *Considerazioni in tema di diritti reali (A proposito di una recente monografia)*, in *Riv. dir. civ.* 23.II, 1977, pp. 307-328;

BURDESE A., *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.* 29.II, 1983, pp. 226-238;

BURDESE A., *rec. a J.M. RAINER, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmung im klassischen römischen Recht*, in *Labeo* 35, 1989, pp. 352-367;

- BURDESE A., *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, pp. 59-76;
- BURN E.H., CARTWRIGHT J., *Cheshire and Burn's Modern law of real property*, Oxford, 2006¹⁷;
- BURZIO C., *La servitus oneris ferendi ed il principio «servitus in faciendo consistere nequit» (Contributo allo studio degli oneri reali)*, I, in AG 54, 1895, pp. 315-368;
- BURZIO C., *La servitus oneris ferendi ed il principio «servitus in faciendo consistere nequit» (Contributo allo studio degli oneri reali)*, II, in AG 54, 1895, pp. 526-572;
- BURZIO C., *Appunti sugli oneri reali*, Roma, 1903;
- BUTERA A., *Delle servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo*, in P. FIORE (a cura di), *Il diritto civile italiano*, Napoli-Torino, 1926;
- BUTERA A., *Sulla regola di diritto «servitus in faciendo consistere nequit» (nota a Cass. 'Tosi c. Giovagnoli-Collacchioni', 6 novembre 1928)*, in *Foro it.* 54, 1929, coll. 1-14;
- CAEPOLLAE B., *Tractatus de servitutibus, Tam Urbanorum, quàm Rusticorum Praediorum...*, Coloniae Allobrogum, 1759;
- CALASSO F., *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1949²;
- CALVO R., *L'«arte» della legislazione nel pensiero di Portalis*, in R. CALVO (a cura di), J.-É.-M. Portalis, *Discorso preliminare al primo progetto di Codice civile*, Napoli, 2013;
- CANNATA C.A., *'Possessio' 'possessor' 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica*, Milano, 1962;
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976;
- CARBONNIER J., *Droit civil, II, Les biens. Les obligations*, Paris, 2000¹⁹;
- CARIOTA-FERRARA L., *La rendita perpetua*, in F. VASSALLI (diretto da),

Trattato di diritto civile italiano, VIII.2.1, Torino, 1943;

CASTALDO A., *Introduction historique au droit*, Paris, 2003²;

CASTRENSIS P., *In Primam Digesti Veteris partem Commentaria... Recens insuper illustrata Franc. Curtij, Bernardi Landriani, aliorumque doctissimorum virorum additionibus*, Lugduni, 1583;

CECCOPIERI MARUFFI P., *Servitù prediali ed oneri reali*, in *Riv. dir. comm.* 44.II, 1946, pp. 197-208;

CHALLAYE F., *Histoire de la propriété*, Paris, 1967⁶;

CHÉNON É., *Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution*, Paris, 1923²;

CHÉNON É., *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, I, *Période gallo-romaine période franke période féodale et coutumière [Sources du droit, Droit public]*, Paris, 1926;

CHÉNON É., *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, II.1, *Période féodale et coutumière (du X^e au XVI^e siècle), Période monarchique*, Paris, 1929;

CHIAZZESE L., *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958;

CIAPESSONI P., “*Servitus personae*” e “*usus personae*”, in *Per il XIV centenario della Codificazione giustiniana. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Pavia*, Milano, 1938, pp. 879-1022;

CIPROTTI P., s.v. *Decima*, in *ED*, XI, Milano, 1962, pp. 805-809;

CLAPS G., *Le cosiddette obbligazioni reali e l'abbandono obbligatorio nel diritto civile italiano*, in *RISG* 21, 1896, pp. 294-349;

CLICQUOT DE BLERVACHE S., *Mémoire sur les moyens d'améliorer en France la condition des Laboureurs, des Journaliers, des Hommes de peine vivans dans les campagnes, et celle de leurs Femmes et de leurs Enfants*, Paris, 1789;

Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique), Continuée depuis 1830... Par J.B. Duvergier, Tome

onzième, Paris, 1835²;

Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia secondo l'ordine cronologico della loro pubblicazione... Torino, 1845;

COLLINET P., *Le role de la doctrine et de la pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-empire. Essai de mise au point de la controverse (Suite et fin)*, in *RHD* 8, 1929, pp. 5-35;

COMPORZI M., *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara (Catania, 12-14 settembre 2002)*, Milano, 2005, pp. 210-220;

COMPORZI M., *Diritti reali in generale*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (Già diretto da), P. SCHLESINGER (Continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011²;

CONNANI F., *Commentariorum Iuris civilis, Tomus prior, quinque libros complectens... Liber quartus, de servitutibus et pignoribus rerum*, Parisiis, 1553;

CORBINO A., s.v. 'Servitù (diritto romano)', in *ED*, XLII, Milano, 1990, pp. 243-260;

CORBINO A., *La distinzione delle servitù in rustiche ed urbane nel diritto romano*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, IV, *Scritti vari*, Milano, 1991, pp. 213-230;

CORBINO A., *Servitus oneris ferendi e refectio parietis*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich, 1999, pp. 25-35;

CORTESE E., *Il diritto nella storia medievale*, I, *L'alto medioevo*, Roma, 1995;

CORTESE E., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2010;

COSENTINO C., *Forme di appartenenza e interessi protetti. Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, Napoli, 2010;

COSTANZA M., *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, 1980, pp.

423-451;

COVIELLO L., *Sull'indole giuridica delle decime ex feudali e censi riservativi anteriormente e dopo le leggi dell'8 giugno 1873 e del 14 luglio 1887, e sulla facoltà di liberarsi dall'onere mediante l'abbandono del fondo (nota a Cass. Napoli, 26 aprile 1900)*, in *Giurisprudenza italiana* 52.1.1, 1900, coll. 961-988;

COVIELLO N., *Della trascrizione*, II, in P. FIORE (per cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, XIII, Napoli-Torino, 1915²;

CUJACII IA., *Observationum et emendationum liber XXIV*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Pars prior. Tomus tertius*, Venetiis, 1788;

CUJACII IA., *Observationum et emendationum Liber I*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Pars Prima. Tomus primus*, Prati, 1836;

CUJACII IA., *Recitationes solemnes in Tit. V. de servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Continuatio Partis Tertiae. Tomus septimus*, Prati, 1839;

CUJACII IA., *Recitationes solemnes ad Tit. I. Lib. XVIII. De contrahenda emptione, et de pactis inter emptorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Continuatio Partis Tertiae. Tomus septimus*, Prati, 1839;

CURSI M.F., *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999;

DATTILO G., s.v. 'Rendita (dir. priv.)', in *ED*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 853-882;

DE CRESCENZIO N., *Sistema del diritto civile romano*, I, Napoli, 1869²;

DE FRANCESCO A., *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo* 47, 2001, pp. 28-62;

- DE FRANCISCI P., *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 27, 1914, pp. 5-54;
- DEIANA G., *In tema di obligationes propter rem accessorie ad un rapporto di servitù (nota a Cass. Sez. II 'Pedà c. Galluso', n. 1268, 21 maggio 1951)*, in *Riv. dir comm.* 50, 1952, pp. 91-101;
- DEL GIUDICE P., *Fonti: legislazione e scienza giuridica dal secolo decimosesto ai giorni nostri*, in DEL GIUDICE P. (pubblicata sotto la direzione di), *Storia del diritto italiano*, II, Milano, 1923;
- DELLA RATTA L., *Corso di diritto civile secondo l'ordine del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, I, Napoli, 1835;
- DE LUCA JO. BAPT., *Theatrum veritatis & justitiae, sive decisivi discursus per materias, seu titulos... Libri Decimi quarti Pars Tertia, De decimis, et oblationibus...*, Venetiis, 1716;
- DE LUCA A., *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, Roma, 1915;
- DEMANGEAT C., *Cours élémentaire de droit romain*, I, Paris, 1876³;
- DE MARTINO F., *Beni in generale – Proprietà*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro terzo, Della proprietà (Art. 810-956)*, Bologna-Roma, 1976⁴;
- DEMEYER S., *Affirmative Land Burdens in German, Dutch and Belgian Law: Possibilities, Restrictions and Workarounds*, in *EPLJ* 6.2, 2017, pp. 196-235;
- DE PETRIS A.L., *Sulla categoria degli oneri reali in diritto romano e nella tradizione romanistica*, in *RDR* 14, 2014, pp. 1-31;
- DE ROSATE A., *In Primam ff. Veter. Part. Commentarij... Venetiis*, 1585;
- DE SARLO L., *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940;
- DE SIMONE M., *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, in *AUPA* 45.1, 1998, pp. 183-220;
- DEZZA E., *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allegmeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, 1998;
- DI GIANDOMENICO G., *Le rendite perpetue*, in DI GIANDOMENICO G.,

- RICCIO D., *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIV, Torino, 2005;
- DODECHOT J., *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, 1989⁴;
- DOMÍNGUEZ LUELMO A., s. 'Art. 2 num 2', in DOMÍNGUEZ LUELMO A. [Director], *Commentarios a la Ley Hipotecaria*, Cizur Menor, 2016²;
- DOMÍNGUEZ LUELMO A., s. 'Art. 116', in A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), *Commentarios a la Ley Hipotecaria*, Cizur Menor, 2016²;
- DONELLI H., *Commentariorum iuris civilis libri viginti octo... Scipio Gentilis IC. Recensuit, Edidit, posteriores etiam libros supplevit... Liber undecimus. De servitutibus rerum, sive praediorum tum urbanorum, tum rusticorum*, Francofurti, 1626;
- DOVERI A., *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze, 1866²;
- DUARENI F., *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt Opera... In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*, Lugduni, 1584;
- ELVERS R., *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856;
- EMMERICH E., *Zu fr. 33 D. de serv. praed. Urb. 8, 2. Form der Bestellung der servitus oneris ferendi*, in *ZCP* 19, 1862, pp. 469-472;
- FADDA C., *Servitù. Lezioni*, Napoli, 1913;
- FADDA C., BENZA P.E., BONFANTE P., *Diritto delle Pandette*, I.2, Torino, 1925 [rist. Torino, 1930];
- FADDA C., BENZA P.E., *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandectenrechts*, IV, Torino, 1926 [rist. Torino, 1930];
- FALCHI A., s.v. 'Manomorta (Storia del diritto)', in *DI*, XV.1, Torino, 1903-1907, pp. 700-711;
- FALCONE G., *Osservazioni su Gai. 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA* 55, 2012, pp. 125-170;
- FERRABOSCHI M., s.v. 'Capitolo', in *ED*, VI, Milano, 1960, pp. 217-223;

- FERRI L., ZANELLI P., *Trascrizione immobiliare*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro sesto, Della tutela dei diritti, Della trascrizione (Art. 2643-2696)*, Bologna-Roma, 1995³;
- FERRINI C., s.v. 'Obbligazione', in *EGI*, XII.1, Milano, 1900, pp. 372-919;
- FERRINI C., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR* 13 (1900), 1901, pp. 101-207;
- FERRINI C., *Opere*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929;
- FERRINI C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1953⁴;
- FIOROT D., *La filosofia politica dei fisiocrati*, Padova, 1954;
- FOSCHINI G., *I motivi delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del Regno d'Italia ordinati sotto ciascun articolo*, Torino, 1868;
- FRANCARIO L., *Riordinamento fondiario e bonifica*, in P. RESCIGNO (Diretto da), *Trattato di diritto privato, I, Proprietà*, Torino, 2005²;
- FRANCIOSI G., *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967;
- FUENTESECA M., *La magna quaestio societatis y otros problemas del contrato de sociedad romano*, in *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 1998 7.1, pp. 35-65;
- FUMAGALLI V., *Introduzione del feudalesimo e sviluppo dell'economia curtense nell'Italia settentrionale*, in *Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen (X^e-XIII^e siècles). Bilan et perspectives de recherches. Colloque international organisé par le Centre national de la Recherche scientifique et l'École française de Rome (Rome, 10-13 octobre 1978)*, Rome, 1980, pp. 313-325;
- FUMAGALLI V., *L'evoluzione dell'economia agraria e dei patti colonici dall'alto al basso medioevo*, in ANDREOLLI B., FUMAGALLI V., MONTANARI M. (a cura di), *Le campagne italiane prima e dopo il mille*, Bologna, 1985, pp. 13-42;
- FUNAIOLI C.A., *Oneri reali e obbligazioni propter rem: a proposito della distinzione fra diritti di credito e diritti reali*, in *Giust. civ.* 3, 1953, pp.

163-178;

FUSARO A., s.v. 'Obbligazione «propter rem» ed onere reale', in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995, pp. 390-394;

GANDOLFI G., s.v. 'Onere reale', in *ED*, XXX, Milano, 1980, pp. 127-148;

GARAUD M., *Histoire générale du droit privé française de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, Paris, 1958;

GARCÍA CANTERO G., "Numerus clausus et numerus apertus" dans la modèrne théorie des droits réels (un aperçu sur le droit espagnol), in SÁNCHEZ JORDÁN M.E., GAMBARO A. (eds.), *Land Law in Comparative Perspective*, The Hague-New York-London, 2002, pp. 97-100;

GARCÍA VÁZQUEZ C., 'Precarium usus iuris', in *BIDR* 96-97, 1993-1994, pp. 279-292;

GARDELLA TEDESCHI B., s.v. 'Rendita perpetua', in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 615-621;

GARNIER M., *De la destruction du régime féodal. Ou Commentaires sur les nouvelles Loix relatives aux droits ci-devant féodaux et censuels, à leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles*, Paris, 1791;

GARNSEY P., *Thinking about Property. From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge, 2007;

GENTILIS S., *Tractatus, de dividuis et individuis obligationibus*, in *Opera omnia in plures tomos distributa. Tomus primus*, Neapoli, 1763;

GERKENS J.F., *Exégèse de Paul. D. 39, 3 [de aqua et aquae pluviae arcendae]*, 2, 6, in *TR* 63, 1995, pp. 11-26;

GIORGIANNI M., *Contributo allo studio dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milano, 1940;

GIUFFRÈ V., *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992;

GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, X.1, Erlangen, 1808;

GOLDSCHMIDT C.L., *Über den Rechtssatz: servitus in faciendo consistere nequit*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 1.3, 1818, pp. 386-392;

GONZÁLEZ BUSTELO A., *Cayo Ateio Capitón (Caius Ateius Capito)*, in DOMINGO R. (ed.), *Juristas universales, I, Juristas antiguos*, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 150-152;

GRELLE F., *Stipendium vel tributum. L'imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo*, Napoli, 1963;

GROSSI P., *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Jus* 18, 1967, pp. 255-285;

GROSSI P., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, 1968;

GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà. Pontignano, 30 settembre - 3 ottobre 1985*, Milano, 1988, pp. 205-272 (= *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 17, 1988, pp. 359-422);

GROSSI P., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992;

GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006;

GROSSI P., *L'ordinamento giuridico medievale*, Roma-Bari, 2007³;

GROSSO G., *Lezioni di diritto romano. Le servitù prediali I. A.a. 1931-32*, Modena, 1932;

GROSSO G., *Sulla servitù «altius tollendi» e «stillicidii non avertendi»*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni, I, Diritto romano e bizantino*, Padova, 1935, pp. 453-490;

GROSSO G., *L'evoluzione storica delle servitù e il problema della tipicità*, in *SDHI* 3, 1937, pp. 265-304;

GROSSO G., *Servitù e obbligazione propter rem*, in *Riv. dir. comm.* 37.I, 1939, pp. 213-228;

GROSSO G., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni*

universitarie, Torino, 1944;

GROSSO G, *Alberature e servitù «amoenitatis causa»*, in *Riv. dir. civ.* 9.I, 1963, pp. 99-108;

GROSSO G., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969;

GROSSO G., *Scritti storico giuridici, II, Diritto privato. Cose e diritti reali*, Torino, 2001;

GUALANDI G., *Legislazione imperiale e giurisprudenza, I*, Milano, 1963 [rist. Bologna, 2012];

GUARINO A., «*Solutio societatis*», in *Labeo* 14, 1968, pp. 139-166;

GUARINO A., *La società in diritto romano, I, «Societas consensu contracta»*, Napoli, 1972 [= rist. Napoli, 1988];

GUARNERI CITATI A., *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in *BIDR* 42, 1934, pp. 166-194;

GUARNERI CITATI A., *Note critiche ed esegetiche sulle servitù prediali in diritto romano*, in *BIDR* 43, 1935, pp. 19-109;

GUIGOU J-L., *La rente foncière. Les théories et leur évolution depuis 1650*, Paris, 1982;

GUYET C.J., *Über die Regel des Römischen Rechtes: servitus in faciendo consistere nequit*, in *Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts, I*, Heidelberg, 1829, pp. 1-14;

HAIMBERGER A., *Il diritto romano privato e puro*, trad. C. Bosio, Bellinzona, 1851³;

HEINECCII IO. GOTT., *Operum tomus quintum... Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum...* Genevae, 1768;

HEISLER P.J., *Erste Untersuchung der Rechtsfrage: Ob in der Servituten der Herr des dienstbaren Guths zu repariren schuldig sey?*, in *Juristische Abhandlungen und Erörterungen einiger wichtigen und streitigen Fragen aus dem bürgerlichen, peinlichen und geistlichen Rechte, Erste Sammlung, welche die ersten sechs Abhandlungen enthält*, Halle, 1783;

HORAK F., *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den*

älteren römischen Juristen bis Labeo, I, Aalen, 1969;

HUBERI U., *Praelectionum juris civilis tomii tres secundum Institutiones et Digesta Justiniani... Quam recensuit variisque Annotationibus instruxit Judocus Le Plat... Tomus secundus*, Lovanii, 1766;

JANNACCONE C., s.v. *Decima (diritto ecclesiastico)*, in *NNDI*, V, Torino, 1960, pp. 258-267;

JOHANKNECHT C.F.L., *Exploratio quaestionis an servitus in faciendo consistat*, Gottingae, 1807;

JOOST D., s. '§ 1021', in SÄCKER F.J., RIXECKER R. (Herausgegeben von), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, VI, *Sachenrecht (§§ 854-1296)*, München, 2009⁵;

KARÉIEW N.I., *Les paysans et la question paysanne en France dans le dernier quart du XVIIIe siècle*, trad. franç. de C.W. Woynarowska, Paris, 1899 [rist. Genève, 1974];

KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, *Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess*, Leipzig, 1901;

KASER M., *Restituere als Prozessgegenstand. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der in judicium deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht*, München, 1932;

KERN CH. A., *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts. Ein Beitrag zur Standardisierung übertragbarer Güter*, Tübingen, 2013;

KUBITSCHKE J.W., s.v. 'Ager', in *RE*, I, Stuttgart, 1894, coll. 791-793;

LAFARGUE P., *Origine ed evoluzione della proprietà*, Palermo, 1896 [rist. Milano, 1983];

LANFRANCHI F., "Ius exponendi" e obbligo alimentare nel Diritto romano-classico, in *SDHI* 6, 1940, pp. 5-69;

LAVAGGI G., s.v. 'Alimenti (diritto romano)', in *ED*, II, Milano, 1958, pp. 18-21;

LAWSON F.H., RUDDEN B., *The Law of Property*, Oxford, 2002³;

LENEL O., *Das Sabinussystem*, Strassburg, 1892;

LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1899 [= rist. Graz, 1969; Roma, 2000];

LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889 [rist. Graz, 1969; Roma, 2000];

LENEL O., *Textkritische Miscellen*, in ZSS 39, 1918, pp. 119-171;

LENEL O., *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927³ [rist. Aalen, 1956 e 1974];

LENEL O., *Kritisches und Antikritisches*, in ZSS 49, 1929, pp. 1-23;

LENEL O., *Wortforschung*, in ZSS 50, 1930, pp. 1-17;

LENEL O., *Gesammelte Schriften*, IV, Napoli, 1992;

LENT F., SCHWAB K.H., *Sachenrecht. Ein Studienbuch*, München, 1979¹⁷;

LETROSNE G.F., *De l'administration provinciale, et de la réforme de l'impôt*, Basilea, 1779;

LEVY E., *West roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia, 1951;

Lois civiles, ou Code civil intermédiaire, formé De la réunion des Lois, Arrêtés, etc. sur l'état des Personnes et la transmission des Biens, rendus depuis le 4 août 1789, jusqu'au 30 ventôse an XII (mars, 1804), époque du Code Napoléon... Par J.B.S. et G.S.L., I, Paris, 1810²;

Lois civiles, ou Code civil intermédiaire, formé De la réunion des Lois, Arrêtés, etc. sur l'état des Personnes et la transmission des Biens, rendus depuis le 4 août 1789, jusqu'au 30 ventôse an XII (mars, 1804), époque du Code Napoléon... Par J.B.S. et G.S.L., II, Paris, 1810²;

LONGO C., *La categoria delle "servitutes" nel diritto romano classico*, in *BIDR* 11.1, 1898, pp. 281-340;

LONGO C., *Il criterio giustiniano della "natura actionis"*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XV anniversario del suo insegnamento*, I, Milano, 1905, pp. 607-641;

- LONGO C., “*Natura actionis*” nelle fonti bizantine, in *BIDR* 17, 1905, pp. 34-95;
- LONGO S., *Naturalis obligatio e debitum servi in Gai. 3.119a*, *Iura* 46, 1995, pp. 53-97;
- LÓPEZ SUÁREZ M.A., s. ‘Art. 336’, in DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Director), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010;
- LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004;
- LUZZATTO G.I., s.v. ‘*Stipendium*’, in *NNDI*, XVIII, Torino, 1957, p. 444;
- LUZZATTO G.I., s.v. ‘*Tributum*’, in *NNDI*, XIX, Torino, 1973, pp. 851-853;
- MACIOCE F., s.v. ‘*Rendita (diritto civile)*’, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Milano, 1991, pp. 1-13;
- MACKELDEY F., *Systema iuris romani hodie usitati*, II, *Pars specialis*, trad. lat. E.E. Hindenburg, Lipsiae, 1847;
- MACKELDEY F., *Corso di diritto romano*, II, trad. V. Ricci, Milano, 1866;
- MAGANZANI L., *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico*, in *Iuris antiqui historia. An international journal on ancient law* 3, 2011, pp. 165-180;
- MAGANZANI L., *L’obligatio praediorum nella Tabula Alimentaria veleiate: profili tecnico-giuridici*, in *Atti del IV Convegno Internazionale di Studi Veleiati. Veleia-Lugagnano Val d’Arda, 20-21 Settembre 2013*, Bologna, 2014, pp. 157-167;
- MANNINO V., *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto uniforme europeo*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, Padova, 2008, pp. 213-239;
- Manuale forense ossia confronto fra il Codice albertino il diritto romano e la legislazione anteriore con rapporto ed illustrazioni dei corrispondenti articoli del Codice civile francese ed austriaco compilato da una Società di Avvocati*, III, Novara-Torino, 1838;

- MANZIO C., *Commentarius ratio-regularis in librum II. Institutionum imperialium...* Editio tertia, Noribergae, 1701;
- MARICONDA V., *Vincoli alla proprietà e termini di durata*, in *Corr. giur.* 9, 1987, pp. 963-966;
- MARINI A. *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in RESCIGNO P. (Diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII.5, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1985;
- MARINI C., *Lezioni di diritto civile novissimo. Parte prima... Tomo V, che racchiude la continuazione del libro III delle leggi civili*, Napoli, 1835;
- MARRONE M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA* 24, 1955, pp. 5-562;
- MARTUCCI L., *La riforma del Tavoliere e l'eversione della feudalità in Capitanata, 1806-1815*, in *Studi storici* 19, 1972, pp. 253-283;
- MASCHI C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937;
- MASOERO A., *Nikolaj Ivanovič Kareev*, in *L'albero della Rivoluzione. Le interpretazioni della Rivoluzione francese*, Torino, 1989, pp. 323-326;
- MASSA-GILLE G., *Les rentes foncières sous le Consulat et L'Empire*, in *Bibliothèque de l'École nationale des chartes* 133, 1975, pp. 59-91;
- MASUELLI S., *La refectio nelle servitù prediali*, Napoli, 2009;
- MAYER-MALY TH., *Natura contractus*, in *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Hakum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam, 1995, pp. 291-297;
- MAYNZ C., *Cours de droit romain. Précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*, I, Bruxelles, 1876⁴;
- MAURO L., *Il contratto di censo bollare o consegnativo con la più recente giurisprudenza*, Napoli, 1911²;
- Mémoires secrets pour servir a l'histoire de la République des Lettres en France, depuis MDCCLXXII jusqu'a nos jours; ou Journal d'un observateur ... Tome neuvieme*, Londres, 1778;

MEYER-COLLINGS J.J., *Derelictio. Die Dereliktion im römischen Recht bis zum Corpus Iuris Civilis*, Kallmünz, 1932;

MERRYMAN J.H., *Policy, autonomy, and the numerus clausus in italian and american property law*, in *The American Journal of Comparative Law* 12, 1963, pp. 224-231;

MESSINEO F., *Intorno a una figura di servitù da costituire «amoenitatis causa»*, in *Riv. dir. civ.* 9.I, 1963, pp. 109-115;

MICHELET J., *Histoire de la Révolution française*, I, Paris, 1979;

MIGLIETTA M., «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I*, Trento, 2010;

MIRABELLI G., *Il comodato, il mutuo, la costituzione di rendita, il deposito e il sequestro, il pegno, il contratto vitalizio, l'anticresi, la fideiussione, il giuoco e la scommessa, la transazione*, in FIORE P. (già diretto), BRUGI B. (e continuato a cura del Professor), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, XII, *Contratti speciali*, Napoli-Torino, 1915² [messa al corrente con la più recente dottrina e giurisprudenza dall'avvocato Raffaele Sabato];

MIRAGLIA G., *Le leggi civili per lo Regno delle Due Sicilie ravvicinate nelle loro disposizioni e con quelle contenute nelle altre parti del Codice ed esposte con le discussioni e col diritto controverso*, I, Napoli 1841;

MITTEIS H., LIEBERICH H., *Deutsches Privatrecht. Ein Studienbuch*, München, 1968⁵;

MOCCIA L., *Il modello inglese di proprietà*, in ALPA G., BONELL M.J., CORAPI D., MOCCIA L., ZENO-ZENCOVICH V., ZOPPINI A., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2012;

MOLITOR J.P., *Cours de droit romain approfondi*, III, *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romaine*, Paris, 1874²;

MONTANARI C., s.v. '*Rendita perpetua (dir. intermed.)*', in *ED*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 820-847;

MONTI G.M., *La feudalità napoletana alla fine del Settecento e la*

“Relazione al Re” di G. M. Galanti, in *Studi di storia napoletana in onore di Michelangelo Schipa*, Napoli, 1926, pp. 531-541;

MÜHLENBRUCH C.F., *Über servitus oneris ferendi*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 14.3, 1831, pp. 321-340;

NAMUR P., *Cours d'institutes et d'histoire du droit romain*, I, Bruxelles, 1873²;

NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali*, 1988²;

NAVARRA M., *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002;

NOODT G., *Operum omnium Tomus II. Continens Commentarium in D. Justiniani sacratissimi principis, libros XXVII Digestorum, sive Pandectarum... editio secunda emendatior*, Lugduni Batavorum, 1735;

Observations d'un républicain sur les différents systemes d'Administrations provinciales, particulièrement sur ceus de MM. Turgot et Necker, et sur le bien qu'on peut en espérer dans les Gouvernements monarchiques, stampato in appendice a *Des administrations provinciales, mémoire présenté au Roi, par feu M. Turgot*, Lusanne, 1788;

ORESTANO R., s.v. ‘Alimenti (diritto romano)’, in *NNDI*, I.1, Torino, 1957, pp. 482-484;

ORTOLAN M., *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien avec le texte, la traduction en regard, et les explications sous chaque paragraphe*, II, Paris, 1870⁸;

OTTONIS E., *De vita, studiis, scriptis et honoribus Servii Sulpicii...*, in *Thesaurus juris romani. Continens rariora meliorum interpretum opuscula... Cum praefatione Everardi Ottonis... Tomus V*, Trajecti ad Rhenum, 1735;

PALERMO A., *Enfiteusi – superficie - oneri reali – usi civici*, in BIGIAMI W. (Diretta da), *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1965;

PARADISO M., *Le rendite civilistiche. Rilievi introduttivi per una revisione critica*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano, 2007, pp. 45-81;

PASTORI F., *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1991;

- PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1989;
- PECCHII F.M., *Tractatus de servitutibus urbanis... Tomus secundus*, Genevae, 1698;
- PERNICE A., *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 [rist. Aalen, 1963];
- PERNICE A., *Parerga*, II, *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechts zum Privatrechte*, in ZSS 5, 1884, pp. 57-98;
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, I, Milano, 1947²;
- PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, IV, *Storia del diritto privato*, Torino, 1893² [rist. Bologna, 1966];
- PETRONIO U., *La lotta per le codificazioni*, Torino, 2002;
- PETRUCCI A., 'Fistulae aquariae' di Roma e dell'ager Viennensis, in *Labeo* 42, 1996, pp. 169-207;
- PICARD M., *Les biens*, in M. PLANIOL, G. RIPERT (par), *Traité pratique de droit civil français*, III, Paris, 1952²;
- PISTOLESI O., *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus" e "via"*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, V, Milano, 1984, pp. 267-288;
- PLANIOL M., RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, I, *Principes généraux. Les personnes. La famille – Les incapables. Les biens*, Paris, 1928¹¹;
- PONTIERI E., *Il riformismo borbonico nella Sicilia del Sette e dell'Ottocento. Saggi storici*, Roma, 1945;
- PORTALIS J.-É.-M., *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat*, Paris, 1841, pp. 1-23;
- POTHIER R.J., *Traité du contrat de bail a rente*, in *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français. Nouvelle édition mise en meilleur*

ordre et publiée par les soins de M. Dupin ... Tome deuxième, Paris, 1823;

PRINGSHEIM F., *Natura contractus und natura actionis* (Ἐκάστω τῶν συναλλαγμάτων φύσιν ἐξ ἀρχῆς ἐπιτεθείκασιν οἱ σοφοί), in *SDHI* 1, 1935, pp. 73-82;

PRINGSHEIM F., *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961;

PRIVITERA MANNINO F., *Natura giuridica delle limitazioni convenzionali reciproche al diritto di proprietà* (nota a Cort. App. Roma 'Liverani c. Ferrucci', 17 marzo 1936), in *Foro it.* 61, 1936, coll. 1599-1605;

PROVERA G., *Servitù prediali e obbligazioni «propter rem»*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano, 1971, pp. 15-48;

RAINER J.M., *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmung im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987;

RANDAZZO S., *Leges Mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998;

RECHNITZ W., *Studien zu Salvius Iulianus*, Weimar, 1925;

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil... Par P. A. Fenet, Tome onzième... Discussions, motifs, rapports et Discours. Livre Second. De biens et des différents modifications de la propriété, Paris, 1836;

Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli Grandi. Presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del "Codice civile", in G.U. del Regno d'Italia, Parte prima, Anno XX, 4 aprile 1942;

Repertorio amministrativo ossia collezione di leggi, decreti, reali rescritti, ministeriali di massima, regolamenti, ed istruzioni sull'amministrazione civile del Regno delle Due Sicilie compilato dal Barone Pompilio Petitti... I, Napoli, 1846⁴;

RICCI F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, IX, *Dei Contratti in specie (continuazione e fine)*, Torino, 1923³;

RODGER A., *Owners and neighbours in roman law*, Oxford, 1972;

- ROMANO S., *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padova, 1933;
- ROMANO F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967;
- RONKE M., s. '§ 1105', in ERMAN W., WESTERMANN H.P., *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, Münster, 1975⁶;
- ROTONDI G., *Natura contractus*, in *BIDR* 24, 1911, pp. 5-115;
- ROTONDI G., *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1922;
- RUDORFF A.F., *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869;
- RUSSO A., *Servitù di appoggio e «refectio parietis»*, in *Labeo* 30, 1984, pp. 71-79;
- SALERNO F., «*Aqua pluvia*» ed «*Opus manu factum*», in *Labeo* 27, 1981, pp. 218-241;
- SANTUCCI G., *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova, 1997;
- SARGENTI M., *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano, 1940;
- SARGENTI M., *Actio aquae pluviae arcendae, servitù, obbligazioni ambulatorie*, in *Foro pad.* 5.III, 1950, coll. 90-104;
- SCHERILLO G., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1937;
- SCHIAVONE A., *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Roma-Bari, 1976;
- SCHIAVONE A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017²;
- SCHNEIDEWINI JO., *In quatuor Institutionum imperialium D. Justiniani libros, Commentarii...* Coloniae Agrippinae, 1740;
- SCHÖNBAUER E., *Die actio aquae pluviae arcendae. Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Agrarrechts*, in *ZSS* 54, 1934, pp. 233-257;
- SCHULZ F., *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Commentar*, Halle,

1906;

SCHULZ F., *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916;

SCHUPFER F., *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Città di Castello-Roma, 1915;

SCIALOJA V., *Sulla servitus oneris ferendi*, in AG 27, 1881, pp. 145-164;

SCIALOJA V., *Diritto romano. Le servitù nel diritto romano*, Roma, 1920-1921;

SCIALOJA V., *Studi giuridici*, I, *Diritto romano (parte prima)*, Roma, 1933;

SCOGNAMIGLIO C., *Il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la Legge sui diritti reali. Convegno internazionale, Roma, 29-30 novembre 2007-1° dicembre 2007*, Roma, 2009, pp. 155-161;

SCUTO C., *Delle servitù prediali*, Catania, 1929;

SCUTO E., s.v. 'Rendita perpetua', in *NNDI*, XV, Torino, 1968, pp. 448-453;

SEGRÈ G., *Sulle istituzioni alimentari imperiali. Nota ad una monografia del Brinz*, in *BIDR* 2, 1889, pp. 78-106;

SEGRÈ G., *La denominazione di «actio confessoria» in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e della servitù*, in *Mélanges P.F. Girard*, II, Paris, 1912, pp. 511-599;

SEGRÈ G., *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, in *Scritti in onore di Alfredo Ascoli. Pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931, pp. 683-699;

SEGRÈ G., *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, in *BIDR* 41, 1933, pp. 17-79;

SEGRÈ G., *Nuove osservazioni in tema di istituzioni alimentari imperiali*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, I, Padova, 1935, pp. 349-366;

SEGRÈ G., *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938;

SIMONCELLI V., *Della enfiteusi*, I, in FIORE P. (già diretto), BRUGI B. (e continuato a cura del Professor), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, VI, Napoli-Torino, 1922² [riveduta e corredata di note di dottrina e giurisprudenza dal Prof. Biagio Brugi];

SIMONCELLI SCIALOJA V., *Servitù «amoenitatis causa» e miglioramento paesistico*, in *Riv. dir. civ.* 9.I, 1963, pp. 90-98;

SITZIA F., *Ricerche in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'. Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano, 1977;

SITZIA F., *Acqua pluvia e natura agri. Dalle XII Tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999;

SOBOUL A., *De la pratique des terriers à la veille de la Révolution*, in *Annales. Économie, Sociétés, Civilisations* 19.VI, 1964, pp. 1049-1065;

SOLAZZI S., *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947;

SOLAZZI S., *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949;

SOLAZZI S., «*Servitutem debere*», in *Iura* 2, 1951, pp. 1-14;

SOLIDORO MARUOTTI L., *'Abstraktes Eigentum' e forme di appartenenza fondiaria nell'Impero romano*, in *SDHI* 67, 2001, pp. 135-201;

SOLIMÈNA C., *Plinio il Giovane e il diritto pubblico di Roma*, Napoli, 1905;

SPINOSA A., *“Civili in diversissimo modo”. Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento*, Milano, 2017;

STEVERO H.C., *De servitutibus praediorum... Editio nova*, Rostochii, 1820;

STOLFI E., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2001;

STOLFI E., *Commento. Iuris civilis libri XVIII*, in FERRARY J.-L., SCHIAVONE A., STOLFI E., *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018;

STOLFI N., *Diritto civile*, I.1, *Parte generale. Fonti, disposizioni preliminari e transitorie*, Torino, 1919;

STOLFI N., *Diritto civile*, IV, *I contratti speciali*, Torino, 1934;

STRAUCHII JO., *Dissertationes ad jus Justinianum privatum... Curante Ephraimo Gerharo D. inst. imperial. in Acad. Altorffin. P.P.*, Jenae, 1718;

TALAMANCA M., *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in GIARDINA A., SCHIAVONE A. (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*, III, *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari, 1981;

TARTUFARI L., *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, Macerata, 1897;

THIBAUT A.F.J., *System des Pandekten Rechts*, II, Jena, 1834⁸ [rist. Stockstad am Main, 1982, 2000];

THOMASII CH., *Dissertationem juridicam, De servitute stillicidii...* Lipsiae, 1689;

TORRENT A., *Estudios sobre la "servitus oneris ferendi"*, II, *Cargas reales*, in *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a. Reimundo Yanes*, II, Burgos, 2000, pp. 541-551;

TORRENT A., *Estudios sobre la 'servitus oneris ferendi'*, III, *'Obligaciones propter rem'*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, pp. 197-246;

TORRENT A., *Estudios sobre la servitus oneris ferendi*, I, *Utilitas, tipicidad*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano, 2002, pp. 419-436;

TORRENTE A., *Della rendita perpetua*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro quarto, Delle obbligazioni (Art. 1861-1932)*, Bologna-Roma, 1966³;

TRIFONE R., *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, Milano, 1909;

TUMINELLI R., *Il sangue e la ragione. Il progetto politico del marchese d'Argenson*, Milano, 1992²;

- UBALDI B., *In primam Digesti veteris partem Commentaria...* Venetiis, 1577;
- UBALDI A., *In I. atque II. Digesti Veteris Partem Commentaria...* Venetiis, 1580;
- VALSECCHI E., *Natura giuridica e fonti della rendita fondiaria*, in *AG* 157.2, 1959, pp. 130-164;
- VILLARI L., *La fisiocrazia nel dibattito illuministico*, in *Studi storici* VI.1, 1965, pp. 25-39;
- VINNII A., *In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius...* Amstelodami, 1692;
- VITON DE SAINT-ALLAIS N., s.v. 'Dénombrément', in *Dictionnaire encyclopédique de la noblesse de France*, I, Paris, 1816;
- VON LÜBTOW U., *Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten. Zugleich ein Beitrag zum Problem der subjektlosen Recht*, in *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, I, Berlin-Tübingen-Frankfurt a.M., 1956, pp. 352-387;
- VON VANGEROW K.A., *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg, 1863⁷ [rist. Marburg und Leipzig, 1876];
- VOVELLE M., *Breve storia della Rivoluzione francese*, Roma-Bari, 1979;
- WARENDORF H., THOMAS R., CURRY-SUMNER I., *The Civil Code of the Netherlands*, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, 2009;
- WIEACKER F., *Rationes decidendi*, in *ZSS* 88, 1971, pp. 339-355;
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandectenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1900⁸;
- WINSPEARE D., *Storia degli abusi feudali*, Napoli, 1883²;
- WOLFF M., KAISER L., *Sachenrecht. Ein Lehrbuch*, in ENNECERUS L., KIPP T., WOLFF M. (begründet von), *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, III, Tübingen, 1957¹⁰;

- YDRAUT J.-P., *L'analyse de la rente foncière*, in *Études rurales* 110, 1988, pp. 299-304;
- ZACCAGNINI M., PALATIELLO A., *Enfiteusi superficie oneri reali*, Napoli, 1984;
- ZASII U., *In primam Digestorum partem paratitla, sive titulariae annotationes...* Basileae, 1539;
- ZOZ M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR* 73, 1970, pp. 323-355;
- ZUCCOTTI F., *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in *SDHI* 60, 1994, pp. 159-260;
- ZUCCOTTI F., *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della refectio delle servitù di passaggio*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo, II*, Napoli, 1997, pp. 617-675;
- ZUCCOTTI F., *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, Milano, 2011, pp. 355-363.

INDICE DELLE FONTI

I. FONTI GIURIDICHE

a) *fonti pregiustiniane*

LEX XII TABULARUM

VII.7

LEX IULIA MUNICIPALIS

GAI INSTITUTIONES

2.7

2.14

2.31

3.149

3.154

4.33

b) *Corpus Iuris Civilis*

CODEX IUSTINIANUS

4.56.2.1

4.66.2.2

8.37.12

DIGESTA IUSTINIANI

1.2.2.44

1.8.1.1

2.14.2

2.14.7.5

2.14.27.2

2.14.42
2.14.52.2
4.2.10 pr.
4.2.12.2
4.3.18.4
4.8.5.39(38).3
5.3.20.4
6.1.65 pr.
6.1.58
6.3.1 pr.
6.3.2
7.1.7.2
7.1.19.1
7.1.27.3
7.1.27.4
7.1.45
8.1.2
8.1.14 pr.
8.1.15 pr.
8.1.15.1
8.2.32.1
8.2.33
8.3.20.3
8.5.4.2
8.5.4.3
8.5.4.4
8.5.4.5
8.5.6.2
8.5.6.3
8.5.6.4
8.5.6.5
8.5.6.6
8.5.6.7
8.5.7
8.5.8 pr.
8.5.8.1
8.5.8.2
8.5.8.3
8.5.8.4
8.5.8.5
8.5.8.6
8.5.8.7
8.5.16
8.5.17.2

8.6.10.1
8.6.19
10.4.8
11.7.14.13
16.3.24
17.2.29
17.2.30
18.1.81.1
18.5.5 pr.
19.1.13.6
19.1.41
19.5.5.4
20.1.1.2
20.1.31 pr.
20.1.31.1
21.1.58 pr.
21.2.60
22.5.21.3
25.1.13
30.7.20.5
33.1.12
33.2.13
33.2.28
33.8.6.1
34.7.44.1
35.1.35
35.1.91
35.1.137.6
35.2.9.1
37.2.16
39.3.1.2
39.3.2.1
39.3.2.4
39.3.2.5
39.3.2.6
39.3.4.2
39.3.24.2
39.4.7 pr.
43.8.2.40
43.18.1.4
43.20.1.11
43.20.3 pr.
43.24.14
44.7.1.14

45.1.2.1
45.1.38.10
45.1.56.4
45.1.75.4
45.1.83.5
45.1.139
48.2.12.4
50.4.14.2
50.4.18.15
50.5.11
50.15.5.2

INSTITUTIONES IUSTINIANI

2.3.1
3.13 pr.
3.25.2
4.13.10

c) fonti bizantine

INSTITUTIONUM GRAECA PARAPHRASIS THEOPILUS ANTECESSOR (ed. C. Ferrini)

3.25.2

BASILICA

(ed. H.J. Scheltema-N. van der Wal)

58.1.15.1
58.5.6.2

d) fonti occidentali postgiustinianee e medievali

Rot. 225

casus ad D. 8.2.32
gl. 'vellet' ad D. 8.2.32
gl. acc. 'scribit' ad D. 8.5.6.2
gl. 'non esse' ad D. 18.1.81.1
gl. 'vicinum' ad D. 39.3.2.4

e) fonti legislative per lo studio dei rapporti reali durante la Rivoluzione francese

Déclaration du Roi concernants la tenue des États généraux, lors de la séance royale du 23 juin 1789 - Déclarations des intents du Roi:

art. 12

Décret général relatif à l'abolition des privilèges (11 agosto 1789):

art. 1
art. 5
art. 6
art. 17
art. 18

Loi générale concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rechetables:

Titolo I

art. 1
art. 2
art. 3
art. 4
art. 5
art. 7
art. 8
art. 10

Titolo II

art. 1

art. 2
art. 3
art. 4
art. 5
art. 29
art. 33

Titolo III

art. 1
art. 2

Loi sur le rachat des rentes foncières (18 dicembre 1790)

Loi relative au rachat de plusieurs droits seigneuriaux (23 febbraio 1791)

Loi qui supprime, sans indemnité, tous les droits casuels, soit censuels, soit féodaux, et tous ceux qui en sont représentatifs, à moins que lesdits droits ne soient justifiés être le prix d'une concession de fonds (18 giugno-6 luglio 1791):

art. 1

Loi sur le mode du rachat successif et divis des droits fixes et casuels ci-devant féodaux (20 agosto 1792)

Loi relative à la suppression sans indemnité de tous les droits féodaux ou censuels, et de toutes redevances seigneuriales (25-28 agosto 1792):

art. 17

Loi qui supprime, sans indemnité, tous redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels, même ceux conservés par le décret du 25 août dernier (17 luglio 1793):

art. 1
art. 2
art. 6

art. 7

Loi relative aux actes de concession, à titre d'inféodation, et du brûlement des titres féodaux mixtes (2 ottobre 1793)

Décret général sur les principes, le mode et le taux du rachat des droits seigneuriaux, déclarés rachetables par les articles I et II du titre III du décret du 15 mars

Loi relative à la question proposée par l'administrateur des domaines nationaux, si la régie nationale de l'enregistrement et des domaines peut recevoir le rachat qui lui est offert, pour le compte de la nation, d'une rente de trentecinq setiers de blé, qualifiée foncière et seigneuriale, 7 ventose an 2 (25 febbraio 1794)

Loi 11 brumaire an 7 (1 novembre 1798):

art. 7

f) legislazione abolitiva della feudalità nelle Province napoletane

l. 2 agosto 1806 abolitiva della feudalità:

art. 1

art. 4

art. 5

art. 6

art. 7

art. 12

art. 13

art. 14

art. 15

art. 19

art. 20

d. 20 giugno 1808, *Sulla commutazione in canoni pecuniari delle*

prestazioni di prodotti delle terre già feudali:

art. 1

d. 17 gennaio 1810, *Regolamento relativo alla commutazione in denaro delle rendite ex-feudali, e per la ricompra di ogni rendita perpetua:*

art. 1

art. 2

art. 3

l. 11 dicembre 1816

l. 20 settembre 1817

g) fonti codicistiche previgenti e legislazione complementare

CODICE PER LO REGNO DELLE DUE SICILIE, LEGGI CIVILI

art. 452 comma 2

art. 453 comma 1

art. 1783 comma 1

art. 1783 comma 2

CODICE CIVILE PER GLI STATI DI PARMA, PIACENZA E GUASTALLA

art. 385

CODICE CIVILE ALBERTINO

art. 410 comma 1

art. 410 comma 2

CODICE CIVILE PER GLI STATI ESTENSI

art. 420

CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

art. 415
art. 418 comma 1
art. 418 comma 2
art. 616
art. 1780
art. 1781 comma 1
art. 1782
art. 1786 comma 2
art. 1969 n. 1

Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del Regno d'Italia (r.d. 30 novembre 1865, n. 2606)

art. 29 comma 1
art. 29 comma 2
art. 30 comma 1
art. 30 comma 2
art. 30 comma 3

h) fonti codicistiche vigenti

CODE CIVIL

art. 529 comma 1
art. 529 comma 2
art. 530 comma 1

CÓDIGO CIVIL

art. 334 núm. 10
art. 336
art. 1607
art. 1623

BGB

§ 1105 comma 1
§ 1105 comma 2
§ 1108 comma 1
§ 1018
§ 1021 comma 1
§ 1021 comma 2
§ 1111 comma 1
§ 1111 comma 2

ZGB

art. 782 comma 1
art. 782 comma 2
art. 783 comma 3

CODICE CIVILE

art. 850
art. 860
art. 921 comma 2
art. 1027
art. 1030
art. 1861 comma 1
art. 1861 comma 2
art. 1868
art. 1870
art. 2655
art. 2659 comma 1 n. 2

NBW

art. 5:71

i) legislazione vigente

ITALIA

r.d. 13 febbraio 1933 n. 215, *Nuove norme per la bonifica integrale*:

art. 21

Costituzione della Repubblica italiana:

art. 23

SPAGNA

Ley Hipotecaria:

art. 114

art. 115

art. 116

II. FONTI LETTERARIE

CICERO

De lege agraria:

3.2.9

FESTUS

(ed. Lindsay)

De verborum significatu:

s.v. 'viae'

PLINIUS

Epistulae:

7.18

HYGINUS GROMATICUS

(ed. C. Thulin)

De condicionibus agrorum:

5