

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXVII

ANTONIO LEO DE PETRIS

IL PRINCIPIO *SERVITUS IN
FACIENDO CONSISTERE NEQUIT*
E LA CATEGORIA DELL'ONERE
REALE NELLA TRADIZIONE
ROMANISTICA

Bologna
University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXVII

ANTONIO LEO DE PETRIS

IL PRINCIPIO *SERVITUS IN
FACIENDO CONSISTERE NEQUIT*
E LA CATEGORIA DELL'ONERE
REALE NELLA TRADIZIONE
ROMANISTICA

Bologna
University Press

Il volume beneficia di un contributo per la pubblicazione da parte del Dipartimento di Scienze giuridiche - Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza
Creative Commons BY-NC-SA 4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 979-12-5477-265-2
ISBN online 979-12-5477-266-9
DOI 10.30682/sg327

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: giugno 2023

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

La pubblicazione è stata approvata dalla Commissione di lettura nominata dalla Giunta di Dipartimento come da atti.

a Ylenia

*Le Valli di Vico sono pressoché tutte coperte di castagni,
noci, ulivi, e di giardini di agrumi così vaghi e belli,
che ogni passeggiere grida stupito
... qual Nume impera a questo loco?
Forse ... è Citera?*

p.f. M. Manicone, *La fisica appula*, I.2, Napoli, 1806, p. 94

RINGRAZIAMENTI

La gestazione di questo lavoro è stata particolarmente lunga, essendo cominciata durante gli anni del dottorato. Lo sforzo di sistematizzazione e di analisi che si è cercato di compiere, alla ricerca del fil rouge che consente di parlare di “tradizione romanistica” anche con riguardo al tema trattato, giunge sino alle odierne codificazioni.

Non sono in grado di dire se il tentativo sia riuscito. Questo scritto deve molto ad alcune persone, alle quali sono in egual modo grato. Dopo la laurea, conseguita in tempi ormai lontani con il Professor Giovanni Luchetti che per primo mi avviò allo studio del diritto romano, sono stati i Professori Fabiana Mattioli e Ivano Pontoriero a seguire gli sviluppi della mia ricerca nel corso degli anni del dottorato. In questo periodo ho intessuto un dialogo anche con il Professor Massimo Miglietta: dialogo mai davvero interrottosi, neppure in anni difficili.

Un grato pensiero va anche ai Professori José Luis Pérez-Serabona González e Javier Belda Mercado, per l’amicizia dimostrata durante il mio soggiorno presso l’Università di Granada.

Infine, ai miei genitori, a Vanna, a Gabriel, Aixa, Manuel e Ana María. Ognuno di loro sa il perché.

Bologna, primavera 2023
A.L.d.P.

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 posta 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, a esso accompagnandosi un 'onere' *in faciendo* costituito, appunto, dalla necessaria effettuazione delle riparazioni.

È altrettanto risaputo che questo 'onere' mal si concilia con il principio, che sarebbe espresso in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, sinteticamente condensato nel brocardo *servitus in faciendo consistere nequit*¹. La storiografia, di conseguenza, ha per lungo tempo provato a comporre questo presunto contrasto proponendo soluzioni volte a spiegare l'apparente particolarità enunciata in Ulp. 17 *ad*

¹ Cfr. 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 ἐπιτεροπῆ ποιήσῃς, ἀλλ' ἵνα μὴ ποιήσῃς τι ἢ ἵνα ἀνάσχη γενέσθαι. Cfr. altresì 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 καταλαμβάνοντι 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, essendo l'unica eccezione quella costituita dalla *servitus oneris ferendi*.

ed. D. 8.5.6.2 e ribadita in Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33. Di questi tentativi occorre, pertanto, che si dia brevemente conto, tenendo presente che essi possono suddividersi in quattro filoni principali.

Una prima soluzione – accompagnata, di volta in volta, da ulteriori ed eterogenee motivazioni – che avrebbe incontrato il favore di numerosi autori fu prospettata 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 ragione del particolare patto che accompagnava la *lex aedium*². In

² Cfr. il 'casus' ad D. 8.2.32 (ed. Lugduni, 1560, I, «Digestum Vetus», c. 793) e la gl. 'vellet' ad D. 8.2.32 (ed. cit., I, c. 793), da cui si desume la necessità dell'espressa previsione contenuta nella *lex aedium*. L'eco della dottrina della Glossa è rinvenibile anche nell'elaborazione di Bartolo da Sassoferrato – 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; cui adde, nel medesimo senso, 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 – secondo cui, tuttavia, l'onere delle riparazioni graverebbe sì sul proprietario del fondo servente ogni qual volta ciò fosse 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. Nella *servitus oneris ferendi*, però, alle riparazioni il *dominus* avrebbe dovuto attendere anche quando all'atto della costituzione nulla fosse stato previsto, essendo ciò conseguenza della natura stessa della servitù. A conclusioni non dissimili, senza però accennare all'elemento temporale, giungeva anche Bartolomeo Cippola – cfr. D.D. BARTHOLOMAEI CAEPOLLAE... *Tractatus de servitutibus, Tam Urbanorum, quam Rusticorum Praediorum...*, Coloniae Allobrogum, 1759, pp. 109, 111 e 175 – 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. Anche Francesco Duareno – cfr. D. FRANCISCI DUARENI... *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt Opera... In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*, Lugduni, 1584, p. 259 – 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 la cagione della singolarità costituita dall'onere della *refectio*. Dal canto suo Donello – 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 – 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. 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 – 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 – il quale, riprendendo una motivazione addotta già da Alberico da Rosate (*infra*, nt. 4), riteneva elemento concorrente alla soluzione l'evidente giovamento che sarebbe derivato al proprietario dell'edificio dominante dall'integrità del *paries*. Ulrich Zäsy – cfr. DN. UDALRICI ZASII... *In primam Digestorum partem paratitla, sive titulariae annotationes...* Basileae, 1539, Tit. V 'Si servit. vendic. vel ad alium pert.', p. 232; cui *adde* JOANNIS SCHNEIDEWINI... *In quatuor Institutionum imperialium D. Justiniani libros, Commentarii...* Coloniae Agrippinae, 1740, p. 168 che richiama, altresì, l'elemento della *vetustas* – sempre facendo riferimento alle parole contenute nell'atto costitutivo, evidenziava come esse implicassero la perpetuità della parete. Anche diversi giuriconsulti successivi si soffermarono sulla particolare servitù in parola e, riprendendo precedenti dottrine, considerarono nuovamente la clausola costitutiva per spiegare la singolarità della *servitus oneris ferendi*. Arnold Vinnen – cfr. ARNOLDI VINNII J.C... *In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius...* Amstelodami, 1692, p. 188 – continuava a distinguere quest'ultima specie dalla *servitus tigni immittendi* proprio in funzione della clausola costitutiva, non mancando di sottolineare come la stessa «*spuria esse agnoscitur*». Partendo da una prospettiva diversa, che esaminava i *facta contra ius civile* generalmente esclusi dalla *ratio decidendi* pretoria, Gerard Noodt – 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 – 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 conseguenza della comune prassi giudiziale. Alla *lex aedium* riferiva la soluzione del problema anche Christian Thomasius – cfr. *Dissertationem Juridicam, De servitute stillicidii... Sub Praesidio* DN. CHRISTIANI THOMASII... Lipsiae, 1689, § 59 – il quale, 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. Si trova la stessa spiegazione nell'opuscolo sulla vita e gli studi di Servio Sulpicio dell'Ottone – 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 – quando accenna della disputa che coinvolse Aquilio Gallo. Anche per Johann Gottlieb Heinecke - cfr. IO. GOTTLIEB HEINECCI... *Operum tomus quintus... Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum...* Genevae, 1768, p. 195 - le riparazioni incombevano sul proprietario dell'edificio servente in forza del patto contenuto nell'atto costitutivo, soluzione prescelta anche da P.J. HEISLER, *Erste Untersuchung der Rechtsfrage: Ob in den 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. Una posizione non del tutto perspicua assumeva Johann Strauch – cfr. JOANNIS STRAUCHII... *Dissertationes ad Jus Justinianum privatum... Curante Ephraimo Gerardo D. inst. imperial. in Acad. Altorffin. P.P.*, Jenae, 1718, Dissert. VII, § 10, p. 164 – il quale, per un verso, sottolineava come la *servitus oneris ferendi* non fosse realmente differente dalle altre, giacché «[...] essentia hujus quoque, non in faciendo, sed patiendo similiter consistit [...]», e, per l'altro, individuava l'origine della particolarità dell'onere nel patto accessorio intervenuto, sembrerebbe, e qui è la differenza, a servitù già costituita. In altri termini, l'autore – diversamente 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 e FRANCISCI MARIAE PECCHII... *Tractatus de servitutibus urbanis... Tomus secundus*, Genevae, 1698, p. 89 – non riferiva la soluzione all'atteggiarsi della formula costitutiva e, dunque, a una differenza strutturale della servitù stessa. D'altronde, Giovanni Francesco Arcasio – cfr. JOHANNIS FRANCISCI ARCASII... *Tractatus de servitutibus ex Commentariis juris civilis*, Augustae Taurinorum, 1826, p. 223 – non individuava alcuna particolarità nella servitù in parola, imputando l'onere della riparazione al patto costitutivo della servitù. 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 costitutivo della servitù pure 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 facevano riferimento A. DOVERI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze, 1866², p. 562; 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; 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 ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 [rist. Aalen, 1963], p. 479 (cui adde, Id., *Parerga*, II, *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte*, in ZSS 5, 1884, pp. 93-98). Alla formula costitutiva imputava l'onere della *refectio* C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, I, Paris, 1874², p. 606, nt. 1. Richiamava la particolare clausola della *lex aedium* J.P. MOLITOR, *Cours de droit romain approfondi*, III, *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain*, Paris, 1874², p. 544. Alla formula costitutiva si rifaceva, inoltre, C. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain*, I, Paris, 1876³, p. 517. Pure C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 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), riconduceva all'atto costitutivo l'onere delle riparazioni. Anche B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 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 prevista all'atto della costituzione l'onere di mantenere la parete in stato da servire all'uso. 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

questi termini, nonostante importanti dissensi già tra gli interpreti medievali, si attribuiva natura meramente obbligatoria (e accessoria al diritto reale) all'onere della *refectio*³.

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, ampliando la prospettiva, 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. O. RUGGIERI, *Sugli uffici degli agrimensori e degli architetti specialmente in rapporto alle servitù prediali*, II, in *Studi e documenti di storia e diritto* III.4, ottobre-dicembre 1882, pp. 195-223 (con speciale riguardo all'opera prestata dagli architetti); 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 egli paragonava la *servitus oneris ferendi* e, specificamente, la possibilità di *rem derelinquere* accennata da Labeone, al caso della nossalità. Anche in quest'ultima ipotesi, al padrone dello schiavo o dell'animale era concessa la *derelictio*, producendosi in tal guisa una specie di obbligazione *in rem scripta*. Sul punto, concordemente, v. BARTHOLOMAEI CAEPOLLAE... *Tractatus de servitutibus, Tam Urbanorum, quam 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 – cfr. BALDI UBALDI PERUSINI... *In primam Digesti veteris partem Commentaria...* Venetiis, 1577, rubr. 'Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur', ad I. 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 I. VI, § *Etiam*, fol. 191r-b – il quale pur definiva l'*onus faciendi*, rispetto alla *servitus, obligatio personalis*, partendo dallo stesso rilievo di Accursio circa l'abbandono liberatorio discorresse di oneri reali. In proposito, è particolarmente significativo riportare le parole di Cuiacio – v. JACOBI 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 I. VI, § 2. *Etiam*] – dalle quali emerge tutta la difficoltà di inquadramento della *refectio*, ritenuta contraria alla natura della servitù: «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, come «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, derelinquat [...]». Va puntualizzato, tuttavia, come per Cuiacio si tratti pur sempre di un diritto reale, e ciò proprio in ragione della facoltà di abbandono della cosa. Egli nota, infatti, come le obbligazioni, per loro stessa natura, permangano anche quando si proceda a derelinquere la cosa per cui si è obbligati, diversamente, quindi, dall'onere della *refectio* nel caso della *servitus oneris*

Ancora al diritto intermedio, precisamente ad Alberico da Rosate, risale una ricostruzione che avrà poi 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 o della *columna*, avrebbe giovato principalmente al proprietario dell'edificio servente, sicché sarebbe stato quest'ultimo a dovervi provvedere prestando l'opera e sostenendo le relative 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.

Particolare fortuna ha avuto, parimenti, la ricostruzione proposta da Gino Segrè secondo cui, in realtà, la disputa giurisprudenziale riferita in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 avrebbe riguardato solamente

ferendi. Interessante notare, altresì, come Scipione Gentili – cfr. SCIPIONIS GENTILIS... *Tractatus, de dividuis et individuis obligationibus*, in *Opera omnia in plures tomos distributa. Tomus primus*, Neapoli, 1763, p. 150 – discorra, nel suo *Tractatus de dividuis et individuis obligationibus*, accanto all'usufrutto, proprio della *servitus oneris ferendi*. Anche la critica meno risalente ha ritenuto di poter configurare la prestazione dell'*onus refectiois* 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 *Studi 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).

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 questa 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*.

la clausola restitutoria – in tal guisa 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.

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 formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., pp. 683-699 – ove può leggersi la disamina completa sul 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, di modo che, pur non essendo la parete più idonea a questo scopo, la servitù, contrariamente alla regola generale, non sarebbe venuta meno, sicché «[...] da questa perpetua idoneità che deve avere il *paries* a servire da sostegno, una parte della giurisprudenza avrebbe tratto l'illusione 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 dell'estinzione della servitù a seguito del perimento del fondo servente; G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Diritti reali e obbligazioni. Storia e concetto dell'obbligazione*, 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, la teorica dello 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. In un primo momento la tesi del Segrè era stata ritenuta plausibile anche da S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 19, nt. 20, che l'aveva poi confutata 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 Bestimmungen 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, 1927⁵ [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 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 giurispru-

A una soluzione diversa, che nega, in radice, la classicità della regola ricordata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, giunge invece Pietro Bonfante⁶.

Specularmente, come conseguenza di una serrata critica di stampo marcatamente interpolazionista, Gerhard Beseler ha ritenuto che fosse l'onere della *refectio*, per come esso si atteggia in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, a non essere di matrice classica⁷.

Al di fuori di queste ricostruzioni, 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 cagionato da una diversa ripartizione 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

denziale, avrebbe riguardato il soggetto su cui doveva gravare l'onere della *refectio* al momento della *restitutio*. Perciò, essendo prevalsa la *Servi sententia*, nell'*intentio* si sarebbe inserito il *reficere parietem* legato all'*onus ferre*. Sul punto, però, v. A. BURDESE, *rec.* a J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen 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 vari*, III, *Obbligazioni comunione e 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, *Diritti reali*, Milano, 1972 [rist. a cura di G. BONFANTE, G. CRIFÒ], pp. 29-36. Si noti, poi, come secondo C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, Torino, 1926 [rist. Torino, 1930], pp. 81-86, il diritto romano (ma ciò sarebbe valso anche per il diritto positivo) avrebbe ammesso diritti reali *in faciendo*.

⁷ Cfr. G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, in *ZSS* 45, 1925, pp. 231-233. L'opinione è rimasta del tutto isolata, sebbene le testimonianze, come si avrà modo di vedere, non possano dirsi 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.

servitus in faciendo consistere nequit – altri autori hanno avanzato ulteriori teorie presto abbandonate dalla critica successiva⁸. Tra esse, però, meritano di essere ricordate almeno le seguenti.

Alcuni hanno scorto la ragione della particolarità legata all'*onus refectionis* nel fatto che il muro, la colonna o la cariatide avrebbero dovuto essere sempre idonei a sostenere il peso del *paries* in ragione della natura perpetua della servitù⁹.

Altri, sulla base del sintagma *scriptum esset* che compare in Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33, hanno creduto che la costituzione della *servitus oneris ferendi* dovesse, a fini pubblicitari connessi alla trasmissione dell'*onus refectionis*, sempre farsi per iscritto¹⁰.

Diversi autori, ancora, hanno fatto riferimento alla natura dei rapporti di vicinanza e all'anomalia riscontrabile in quello relativo alla nostra servitù, sicché la pretesa del proprietario del fondo dominante altro non rappresenterebbe se non una semplice applicazione della *cautio damni infecti*¹¹.

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 imperialis... 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 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. Si osservi, in ogni caso, come alcuni studiosi, tra i molti già ricordati, abbiano proposto un parallelismo (e un rapporto di consequenzialità) tra la perpetuità della causa e la specifica 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, *Ueber 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, p. 290, nt. a, il quale richiama, reputandone corretta la ricostruzione, lo Stever e il Mühlenbruch (v., però, Id., *Corso di diritto romano*, II, trad. V. Ricci, Milano, 1866, pp. 70-71, ove precisa semplicemente come il proprietario del muro servente sarà costretto a mantenere e riparare il *paries* nel modo convenuto al momento della costituzione della servitù premurandosi, qualora nulla sia stabilito, che la parete rimanga nello stato in cui si trovava al mo-

Alcuni, per concludere, hanno creduto 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 sia pure prive della natura obbligatoria¹².

Sono numerosi, dunque, i tentativi volti a comprendere e spiegare il problema della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* e principalmente due i punti che devono essere chiariti.

Da un lato, il portato (e, per questa via, l'effettiva operatività) della regola *servitus in faciendo consistere nequit* nella formulazione di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1; dall'altro, la natura dell'*onus refectionis* nella servitù di appoggio (ciò che, a sua volta, implica una più generale riflessione sull'ammissibilità di figure archetipiche degli oneri reali e delle obbligazioni *propter rem* nel diritto privato romano).

mento della costituzione stessa); K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg und Leipzig, 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.

¹² Cfr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlangen, 1884⁵, p. 764 e nt. 3.

CAPITOLO I

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

SOMMARIO: 1. Analisi di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr.-1 e del concetto di *natura servitutium*. – 2. Alcune riflessioni sulla possibilità di individuare altre eccezioni al principio *servitus in faciendo consistere nequit*. – 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. – 4. Cenni ad alcune figure archetipiche di oneri reali nel diritto pubblico romano. – 5. L'archetipo dell'onere reale nelle fonti del diritto privato romano. – 6. La presunta validità generale della regola *servitus in faciendo consistere nequit* e l'ammissibilità di archetipi dell'onere reale in diritto romano.

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 genuinità e alla portata 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 (per lo meno la sola individuabile senza perplessità di sorta nelle fonti) al principio enunciato in quest'ultima testimonianza¹.

¹ Sono significative, in proposito, le parole di V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 155 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., p.

A tal fine, però, è imprescindibile l'esame del frammento nella sua interezza:

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. Servitutium 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 servitutibus* (D. 8.1)².

91), secondo cui: «Un principio che soffra eccezioni ingiustificabili, non è più un principio; ma solo una più o meno estesa accidentalità».

² Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889 [rist. Graz, 1960; Roma, 2000], col. 143. Va osservato, tuttavia, come lo stesso O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., coll. 187-188 e 193-194, non ricomprenda alcuno dei *verba* riferiti in 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 Ulpianus 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 che sarebbe di Paolo. R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 2001², pp. 54-55 e 278, sia pure dubitativamente, ritiene plausibile la prima ipotesi di Schulz, credendo però che la seconda parte del testo, attribuita a Paolo, possa costituire un'aggiunta successiva. Da ultimo, per l'analisi dell'uso delle opere di Sabino in Pomponio, con l'esclusione di quei luoghi pomponiani che pur non contenendo una citazione espressa a Sabino consentono comunque di individuare lemmi dei *iuris civilis libri*, v. I. PONTORIERO, *L'uso delle opere di Sabino nella giurisprudenza antoniniana*, in AG 152.I, 2020, pp. 75-98 – saggio che può altresì leggersi in CH. BALDUS, G. LUCHETTI, M. MIGLIETTA (a cura di), *Prolegomena per una palingenesi dei libri 'ad Vitellium' di Paolo. Atti dell'incontro di studi italo-tedesco (Bologna - Ponte Ronca, 26-29 maggio 2016)*, Alessandria, 2020, pp. 183-199 – ove ampia discussione delle fonti e della letteratura. In relazione, invece, al testo di Pomponio, valga notare come esso presenti la medesima struttura argomentativa che può indi-

Nel *principium*, dunque, si precisa come la costituzione di una servitù, ove 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 ...*»)⁵, come nel caso di una previsione diretta a impedire al proprietario del fondo servente di recarsi o fermarsi presso il proprio predio («... *veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas ...*»). D'altro canto, nessuna azione avrebbe potuto esperire il soggetto a cui fosse stato consentito di impedire l'*uti frui* da parte del

viduarsi nel già ricordato Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.1.14 pr. In entrambi i casi, infatti, viene enunciata una particolare caratteristica del *ius in re aliena* – nel testo di Paolo la natura incorporale 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 da essa una determinata conseguenza: in Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.1.14 pr. la inusucapibilità delle servitù, in Pomp. 35 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr. che «... *si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur...*». L'osservazione formulata perderebbe di senso ove si accogliessero i rilievi 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 quanto si legge da *et ideo* in poi. Sull'ipotesi del Grosso v. però, criticamente, S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 9.

⁵ La contrapposizione tra *servitutes hominum* e *servitutes praediorum*, secondo C. LONGO, *La categoria delle "servitutes" nel diritto romano classico*, in *BLDR* 11.1, 1898, pp. 330-331, non sarebbe classica. Pomponio non avrebbe ancora posseduto il concetto di *servitutes hominum* e molto probabilmente egli doveva riferirsi, come si desumerebbe da Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.3.20.3, a una distinzione tra *iura*. Per l'origine giustiniana della distinzione è anche C. FADDA, *Servitù. Lezioni*, Napoli, 1913, p. 62; cui *adde* G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù e il problema 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 ritiene 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, come il contenuto di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr. sia stato ritenuto indizio a favore dell'esistenza, per i giustiniane, della c.d. *servitus personae*, figura 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. CIAPPELLONI, "*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, però, G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 126.

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 vietargli di attingere acqua dal proprio fondo al precipuo scopo di non diminuirne l'afflusso verso il fondo dominante («... *aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia*»).

Il brano, nella formulazione in cui è pervenuto, non appare né chiaro né, sotto il profilo del discorso che ivi si svolge, coerente⁴.

È plausibile la correzione '*iura*' in luogo di '*servitutes*'. Di conseguenza, secondo quanto si afferma nella prima parte dell'escerto, ogni qual volta nel rapporto di vicinanza tra due soggetti dovesse difettare uno *ius hominis* o uno *ius praedii*, allora esso, in ragione della mancanza di ogni interesse, non potrebbe costituirsi validamente⁵.

⁴ Secondo C. LONGO, *La categoria delle "servitutes" nel diritto romano classico*, cit., p. 330, «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 come l'opinione di Beseler, incentrata sull'indizio costituito dall'uso di *et ideo*, sia però in generale combattuta da O. LENEL, *Kritisches und Antikritisches*, in *ZSS* 49, 1929, pp. 21-23 (= *Gesammelte Schriften*, IV, hrsg. O. Behrends und F. d'Ippolito, Napoli, 1992, pp. 619-621); cui *adde* ID., *Wortforschung*, in *ZSS* 50, 1930, p. 3 (= *Gesammelte Schriften*, IV, cit., p. 639).

⁵ 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 appaia eccessivamente ridondante, è da notare come in esso si alluda, in realtà, a due diverse situazioni, pur se entrambe connesse e l'una conseguenza dell'altra. Infatti, è conseguenza della mancanza di uno *ius hominis* o di uno *ius praedii* – ecco a cosa si riferisce la prima negazione – che la costituzione del rapporto risulti invalida per mancanza di interesse, comprendendosi pertanto la necessità della seconda negazione. E quindi, nonostante la poco felice formulazione della frase, la doppia negazione si giustifica alla luce dal rapporto causale sussistente 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*'. Diversamente, come è stato osservato da C.

Sono giustificati, perciò, 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 formulato, l'ultimo relativo allo scavo d'acqua⁶. In buona sostanza, allora, può ritenersi come il *principium* della testimonianza di Pomponio si riferisca all'utilità che deve sussistere affinché possa aversi la valida costituzione dei rapporti in parola e, sembrerebbe, anche al requisito della vicinanza⁷.

Occorre ora interrogarsi su quale sia 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, dunque, con l'affermazione per cui non rientrerebbe nella natura della servitù che qualcuno facesse qualcosa («*Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis ...*»). Anche qui, seguendo il modello espositivo già utilizzato nel *principium*, si esemplifica 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 sottolineando come, in realtà, il vero contenu-

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, non si spiegherebbe l'uso del verbo al singolare. 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).

⁶ Il terzo esempio, secondo C. LONGO, *La categoria delle "servitutes" nel diritto romano classico*, cit., p. 332, doveva riguardare l'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: «[...] 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, la formulazione di questo esempio potrebbe derivare dalle innovazioni dei giustinianeî in tema di repressione degli atti emulativi nella materia delle acque.

⁷ Cfr. per quest'ultimo rilievo P. CIAPESSONI, "*Servitus personae*" e "*usus personae*", cit., p. 923.

to della servitù avrebbe dovuto pur sempre risolversi o in un *pati* o in un *non facere* («... *sed ut aliquid patiatur aut non faciat*»).

Pure questo paragrafo risulta rimaneggiato, rivelandosi poco perspicuo il tentativo di esemplificazione che ivi si svolge⁸. Seppure lo si voglia giustificare alla luce della tecnica espositiva impiegata da Pomponio – ben più verosimile appare, però, il carattere meramente glossematico dell'intero periodo – l'affermazione del giureconsulto si potrebbe piuttosto spiegare in ragione della mancanza, in ciascuna delle fattispecie contemplate, di qualsiasi utilità obiettiva per il fondo dominante⁹.

La lettura integrale del testo consente di respingere i rilievi di chi vorrebbe vedere nei casi prospettati una semplice violazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit*¹⁰, cioè

⁸ 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, pur notando i difetti formali, non sembra 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) come la spiegazione fornita dal Mommsen, nel tentativo di interpretare il testo, sia corretta, pur affermando: «[...] 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. anche V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992, p. 41.

⁹ 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).

¹⁰ È il caso di notare, sulla scorta di un'intuizione di V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*, cit., p. 42, come l'osservazione di Bonfante sia ulteriormente corroborata proprio dall'analisi della testimonianza nella sua interezza (a partire, cioè, dal *principium*). Ivi si precisa, sia pure in un contesto corrotto, come la valida costituzione della servitù presupponga sempre un interesse (o, meglio, una utilità). Il senso dell'affermazione viene poi chiarito formulando una serie di esempi. È verosimile che Pomponio, continuando il proprio discorso, si fosse ulteriormente interrogato, avendo come punto di partenza il requisito dell'*utilitas*, sull'ipotesi che l'utilità al fondo potesse derivare anche da una serie di comportamenti *in faciendo*. Aveva escluso, però, tale eventualità affermando come la *natura* della servitù, ogni qual volta fos-

della regola intesa senza che si consideri il requisito dell'*utilitas* obiettiva.

In questi termini, assai più circoscritti e indissolubilmente connessi al limite della *utilitas* obiettiva, è dunque necessario inquadrare anche la perentoria affermazione che apre Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1.

Qualche riflessione più approfondita merita, in tale contesto, l'impiego del sostantivo *natura*¹¹ che Pietro Bonfante, senza fornire ulteriori spiegazioni¹², aveva ritenuto sospetto.

Un'analisi, limitata a due soli brani in tema di servitù, veniva svolta da Siro Solazzi che esaminava, infatti, Paul. 13 *ad Plaut.* D.

se 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, contribuiscono a svelare la reale portata del discorso svolto.

¹¹ Di particolare rilievo sono le osservazioni di G. ROTONDI, *Natura contractus*, in *BIDR* 24, 1911, p. 51 (= *Scritti giuridici*, II, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, cur. E. Albertario, Milano, 1922, p. 203), il quale afferma: «[...] *natura, naturaliter*, ecc. possono bene indicare, anche per i classici, la struttura di un istituto, non in 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, il quale, 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.

¹² P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 187 (e anche *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, cit., p. 33), secondo cui: «[...] 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, a proposito dell'opinione di Bonfante, sottolinea: «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, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, cit., p. 205), il quale non sospetta la genuinità dell'uso in sé considerato, ma ritiene che il lemma vada riferito al «[...] contenuto obbiettivo che la servitù può avere».

33.2.13 e Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.2.1¹³, concentrandosi specialmente sui rilievi di carattere formale che avrebbero condotto all'espunzione, in entrambi i casi, del riferimento alla *natura servitutis*¹⁴.

Sfugge a questa disamina, tuttavia, una terza testimonianza riguardante l'*usucapio libertatis*, Iul. 7 *dig.* D. 8.2.32.1, dove pure si incontra la locuzione *natura servitutium*¹⁵.

¹³ 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 pendenti est, donec alius detur. eiusdem condicionis est haec stipulatio: 'Stichum aut Pamphilum dari?'*

¹⁴ S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit., p. 198, per Paul. 13 *ad Plaut.* D. 33.2.13, tenta di individuare il soggetto di '*habet intermissionem*', escludendo che possa essere *servitus*, giacché così facendo si sarebbe affermato, dicendo '*quia natura sui habet intermissionem*', il falso, cioè che il diritto di servitù subisce interruzioni e intervalli. Diversamente, perderebbe di senso il rilievo secondo cui '*servitus una est*' e si ricadrebbe nel caso del diritto di usufrutto. Da escludere, altresì, l'individuazione del soggetto in *via*, che indica esclusivamente il diritto di passare. Secondo lo studioso allora: «[...] il soggetto è stato cancellato o per brevilocuzione 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 evidenzia come mediante stipulazione si costituissero le diverse obbligazioni di prestare la *via*, l'*iter* o l'*actus* e non la servitù, sicché l'indivisibilità dell'obbligazione non sarebbe derivata da quella della servitù ma dall'oggetto, appunto, dell'obbligazione stessa. G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., p. 52 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, cit., p. 204), per parte sua, non ritiene spurio l'uso del termine *natura* riferendolo, anche in queste ipotesi, alla natura delle cose. Contra, C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, cit., p. 80.

¹⁵ 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 servitutium ea est, ut possideri non possint, sed intellegatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.*

Del frammento, oltre alla chiusa probabilmente spuria¹⁶, va evidenziato l'intento, che si vorrebbe generalizzante, perseguito con l'affermazione per cui la natura delle servitù è tale che esse non sono suscettibili di possesso («*natura enim servitutium ea est, ut possideri non possint ...*»).

E neppure sfugga – diversamente da Pomp. 33 *ad Sab. D.* 8.1.15.1 – la differente sfumatura che connota l'uso del termine *natura*, ricollegabile al carattere di *res incorporales* degli *iura* e alla conseguente impossibilità di conseguirne il possesso separatamente dal fondo¹⁷. Nessun riferimento allora – come, all'opposto, nella testimonianza di Pomponio¹⁸ – al contenuto del diritto, ciò che consente di escluderne una qualche rilevanza per la questione che ci occupa.

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 esso si riferisce alla servitù), compare ven-

¹⁶ L'intero par. 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 (= *Scritti di diritto romano*, V, [1947-1956], Napoli, 1972, p. 326), con riferimento al *principium* del testo; nonché, sempre con riguardo 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 servitutium*, v. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, pp. 81-82; cui *adde* W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar, 1925, p. 31.

¹⁷ 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.

¹⁸ In questo caso si può allora seguire 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 nel frammento giuliano è particolarmente evidente il legame tra la caratteristica della immaterialità dell'istituto e la conseguenza che se ne trae con l'utilizzo del lemma in analisi. Cfr., per quanto interessa in questa sede, altresì Gai. 2.14 e Gai. 2 *inst. D.* 1.8.1.1, in cui compaiono le espressioni '*ea quae iure consistunt*' e '*ea, quae in iure consistunt*', su cui v., con ampia discussione della letteratura, G. FALCONE, *Osservazioni su Gai. 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA* 55, 2012, pp. 125-170.

totto volte. Il numero totale delle occorrenze è di trentuno se si sommano i tre brani sopra esaminati¹⁹.

Al di fuori dei *Digesta* e, segnatamente, nelle fonti pregiustiniane, il lemma, nel senso che qui si indaga, ricorre solo in due luoghi delle Istituzioni di Gaio: Gai. 3.149 e Gai. 4.33²⁰.

Nella prima testimonianza, in cui si ricordano la celebre disputa e le diverse opinioni di Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio

¹⁹ Quelli dove si incontra la locuzione *natura servitutis* (o in cui il lemma è riferibile alla servitù) 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, invero, all'usufrutto ma dove l'uso di *natura* non presenta il significato con cui è adoprato in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. Proseguendo, occorre altresì ricordare: Arc. Char. *l.s. de test.* D. 22.5.21.3 (*natura negotii*); Pomp. *l.s. reg.* D. 35.1.35 (*natura condicionis*); Maec. 2 *fid.* D. 35.1.91 (*natura condicionis*); Paul. 16 *ad Plaut.* D. 40.7.20.5 (*natura condicionis*) anche se, in questo caso, il lemma non risulta impiegato per descrivere il carattere proprio di un istituto giuridico. 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. 44.7.44.1 (*natura obligationis*); 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*); Pap. 27 *quaest.* D. 45.2.9.1 (*natura obligationis*); Paul. 7 *ad Sab.* D. 47.2.16 (*natura furti*). Inoltre, Ulp. 25 *ad Sab.* D. 33.8.6.1 (*natura legati*). Sotto *natura criminis* possono ricordarsi Pap. 36 *quaest.* D. 48.5.39(38).3 (*natura incesti*); Ven. Sat. 2 *de iud. pub.* D. 48.2.12.4 (*natura parricidii*). Vengono in considerazione, poi, 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.

²⁰ 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 debitam nobis petamus, eam ipsam dari 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.*

Rufo²¹ sulla possibilità di costituire validamente una *societas* che contemplasse una diversa partecipazione agli utili e alle perdite²², il termine *natura* compare nell'integrazione proposta da Johann Friedrich Ludwig Goeschen sulla base di I. 3.25.2²³.

²¹ 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, sul punto, 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, 1889 [= rist. Graz, 1960; Roma, 2000], col. 758 e *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 323; cui adde M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I*, Trento, 2010, pp. 316-322.

²² 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*, in *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 xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* 7.1, 1998, pp. 43-49; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017², pp. 217-218 e 256.

²³ 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 ratam 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*

L'escerto gaiano è, per la questione qui trattata, di importanza notevolissima. Esso, insieme a Gai. 4.33, costituirebbe infatti l'unico esempio di utilizzo del lemma nel senso di *natura rerum iuris*, e, più nello specifico di *natura contractus*, nelle fonti pregiustiniane.

Tuttavia, altra parte della storiografia, a dispetto degli ampi consensi incontrati dalla restituzione del Goeschen²⁴, partendo dai risultati raggiunti da Carlo Longo relativamente all'elaborazione bizantina della categoria dommatica della *natura actionis*²⁵, ha reputato non fondata l'integrazione di Gai. 3.149 proposta sulla base delle Istituzioni giustiniane²⁶.

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 nello sbaglio saltando una linea del modello seguito a causa dell'omoteleuto *Mucius-cuius*, verificandosi un *saut du même au même*.

²⁴ 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 di Cassio Longino la *sententia* poi prevalsa.

²⁵ 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, fornendo un parametro di valutazione per individuare tanto il contenuto, quanto la stessa legittimazione all'azione.

²⁶ In questo senso G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., pp. 12-14 (= *Scritti giuridici*, II, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, cit., pp. 166-168); cui adde F. PRINGSHEIM, *Natura contractus und natura actionis* (Ἐκόςτω τῶν συναλλαγμάτων φύσιν ἐξ ὀρχῆς 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 La-beo*, I, Aalen, 1969, pp. 158-165. Anche F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., p. 24, nt. 44, giudica 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,

Quest'ultima ipotesi, che non è significativa solo da un punto di vista strettamente formale²⁷, si fonda sull'esame di Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30²⁸ che secondo Rotondi fornirebbe una base, più verosimile, per procedere all'integrazione del testo istituzionale²⁹.

senza dubbio l'espressione coglieva perfettamente il pensiero del giurista repubblicano)»; cui *adde* E. STOLFI, *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 controversie (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 Sulpicius, cuius | etiam praevaluit sententia [...]'.
²⁷ Riduce in ogni caso 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.

²⁸ 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.*

²⁹ G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., p. 14 (= *Scritti giuridici*, II, *Studii 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 – basata sull'assenza, in Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30, di qualsiasi riferimento alla *natura societatis* da parte di Quinto Mucio Scevola e di Servio Sulpicio Rufo e sul fatto che della controversia i compilatori sarebbero stati edotti appunto grazie a quanto tramandava Paolo, sicché in I. 3.25.2 il concetto di *natura* sarebbe stato introdotto proprio da questi ultimi per esprimere, secondo l'uso delle scuole bizantine, il pensiero muciano – non parrebbe del tutto persuasiva, giacché i compilatori avrebbero utilizzato anche altri testi per la formulazione del passo istituzionale, come si desumerebbe 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 i motivi per i quali Quinto Mucio Scevola avrebbe ritenuto invalido il patto e, del pari, le ragioni addotte da Servio Sulpicio Rufo. Anche le obiezioni di Guarneri Citati si espongono, purtuttavia, ad almeno due rilievi. In primo luogo, è una *petitio principii* addurre come elemento atto a confutare la tesi di Rotondi l'assenza, in Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30, di un 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 della *natura societatis*, si controverte. A ciò si aggiunga come tale assenza sia, invece, assai significativa,

Tale opinione merita di essere valutata con più attenzione, anche alla luce dei rilievi di carattere paleografico, non tenuti in gran conto dalla storiografia, formulati da Paul Collinet, che rendono quantomeno incerta l'integrazione proposta da Goeschen³⁰.

essendo posta a base dell'ipotesi formulata da Rotondi. Né, invero, più plausibile è pensare che i compilatori abbiano utilizzato un'altra opera più completa, di cui 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*, cur. E. Albertario, Milano, 1929, p. 393), crede a una derivazione del par. 2 dalle *res cottidianae*, mentre, secondo G. LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, p. 157 e nt. 121, il testo delle Istituzioni deriverebbe da Gai. 3.149 – o che, pure, si possa credere a una aggiunta giustiniana volta a spiegare l'orientamento di Quinto Mucio Scevola secondo l'uso e in considerazione della natura, anche didattica, delle Istituzioni. L'opinione del Rotondi è stata respinta, nei suoi termini essenziali, 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» con un'appendice «francese», una nota di lettura di Cosimo Cascione ed una postfazione dell'Autore*, Napoli, 2009, pp. 74 e 91, nt. 90); TH. MAYER-MALY, *Natura contractus*, in *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam, 1995, pp. 292-293.

³⁰ Neppure 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 il 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 questa osservazione la conseguenza generale (p. 95) per cui «[...] 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?». Difficilmente immaginabile è che i giustiniani, come peraltro segnala lo stesso studioso, sottoponessero a revisione ogni brano riguardante la questione inserendovi un riferimento alla *natura societatis*. E non si può nemmeno pensare a una modifica di I. 3.25.2, dato il carattere didattico della trattazione. Certo, bisogna consentire a una seconda osservazione dello studioso, fondata sull'assenza di qualsiasi riferimento alla *natura societatis* nei Basilici (presente, invece, in *Theoph. 3.25.2*), ma ciò non è sufficiente a far propendere per una restituzione, da parte delle Istituzioni, dell'autentico pensiero muciano nei termini esatti in cui esso era stato formulato (ciò che presuppone, evidentemente, di tenere ben distinta la genuinità del nucleo del pensiero di Quinto Mucio Scevola dalla forma in cui esso è reso nelle Istituzioni di Giustiniano). Peraltro, un ulteriore argomento dal quale Maschi trae spunto per confutare la tesi del Rotondi si basa su un frustolo papiraceo delle Istituzioni gaiane, Gai. PSI XI 1182 (in *Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars altera, Auc-*

D'altro canto, pur volendo richiamare I. 3.25.2, si dovrebbe più esattamente far riferimento a un concetto di *natura* non ancorato alla descrizione della struttura giuridica di un istituto ma, e ciò è ben altra cosa, come caratterizzazione della *societas* per la necessità della forma societaria³¹.

Non rimane, pertanto, che Gai. 4.33³². Anche in questo caso, dubbi sono stati espressi con riguardo alla portata del cenno alla *natura actionis* che il testo parrebbe contenere³³, potendosi piuttosto

tores, edidit notisque illustravit Johannes Baviera, Florentiae, 1940, p. 196), 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(n)ter omne[s] homines naturali ratione consistit. [...]*. Il contenuto dell'escerto conferma l'uso di *natura* riferito a *societas*. Il dato è rilevante, tanto più che la distanza tra Gai. 3.149 e Gai. 3.154 risulterebbe trascurabile. Ma come lo stesso Maschi sottolinea (p. 269), nel caso ora ricordato, pur essendo il lemma *natura* impiegato con riguardo a *societas*, ciò avviene in una accezione del tutto particolare che non indica in alcun modo l'atteggiarsi degli elementi formanti un istituto giuridico. La testimonianza papiracea, dunque, non ha rilievo per la nostra questione.

³¹ V. in questo senso G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., p. 51 (= *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, cit., p. 203), che, in ogni caso, non riferisce direttamente la soluzione a Gai. 3.149.

³² La storiografia ha ritenuto, per lungo tempo, che nel frammento Gaio volesse ribadire l'inesistenza di una *factio conditionis*. Sui complessi problemi interpretativi che conseguono a questa lettura della fonte 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 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.

³³ Cfr. C. LONGO, *Il criterio giustiniano della "natura actionis"*, cit., pp. 607-609, il quale pone in relazione Gai. 4.33 con 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, infatti, in I. 4.13.10 *natura actionis* avrebbe indicato il contenuto stesso dell'azione – secondo Longo (p. 609) «la sua struttura giuridica sostanziale» – per Gaio il sintagma *natura actionis* non avrebbe indicato una divisione tra *actiones* basata sulla struttura giuridica dell'istituto. Egli si sarebbe riferito, piuttosto, 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 di un simile utilizzo in Gai. 4.33. Tuttavia, questa prima osservazione non inficia l'ipotesi di Longo, e ciò

cogliere nell'uso del lemma *natura* una differente sfumatura di significato, atta a descrivere le sole azioni che '*sua vi ac potestate valere*', senza alcun rimando, perciò, a una categoria generale.

Se, dunque, le osservazioni formulate consentono (con qualche incertezza difficile da sopire) di respingere l'idea che in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 l'uso del termine *natura* sia insiticio³⁴ occorrerà, per determinarne esattamente la portata, una lettura organica dell'intera testimonianza, da cui emerge l'intento di limitare l'ambito di operatività 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 soggettivamente inteso manifestato dal suo proprietario³⁵.

proprio sulla base del discorso svolto dallo stesso Gaio. Quest'ultimo, infatti, non si richiama alla struttura giuridica di quelle formule '*quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus*', ma si limita a specificare come esse valgano, appunto, '*sua vi ac potestate*'. E continuando, mostra come pure un'altra serie di azioni '*eiusdem naturae sunt*', traendo forza '*sua vi ac potestate*'. Non sembra, poi, molto più persuasivo l'ulteriore rilievo di Maschi (p. 100) a mente del quale: «Se [...] 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». Ammesso che Gaio stesse qui facendo riferimento alla *natura* della singola *actio*, verrebbe in ogni caso a mancare l'uso del lemma *natura* per descrivere la struttura giuridica di una intera categoria. Questa lettura trova conferma anche nel dettato di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, ove lo si interpreti nel senso prospettato. In entrambi i casi, difatti, i giureconsulti non alludono alla *natura* giuridica di un determinato istituto, come tale caratterizzato da fissità negli elementi (e idoneo, per questa via, a individuare ogni figura passibile di rientrare nella categoria generale 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.

³⁴ L'avvertenza espressa da 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 riconsiderata alla luce della sostanziale genuinità del discorso svolto in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 ed essere limitata, dunque, al solo caso in cui si volesse dare al termine una estensione non consona a quanto ivi affermato.

³⁵ Sul requisito dell'*utilitas* si v. le lucide osservazioni di C. FADDA, *Servitù. Lezioni*, cit., pp. 68-69, il quale mette in evidenza come il contenuto del diritto di *servitù* sia diretto a recare una utilità al fondo dominante e, del pari, come le fonti facciano spesso riferimento alla contrapposizione tra le *servitù* e quei diritti che, per altro verso, 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 ser-*

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

Un *facere* è ammissibile, in conseguenza di quanto sin qui detto, nell'eventualità 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 della fattispecie contemplata in Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.6.2*³⁶.

La prima delle testimonianze da considerare è la seguente:

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.*

vitù prediali, cit., pp. 21-25, che sottolinea, condivisibilmente, come il proprietario del fondo dominante riceva una utilità dalla servitù solo indirettamente, per mezzo del fondo, e che, all'opposto, quando il vantaggio sia personale, diretto cioè a soddisfare bisogni riconducibili alla persona, siano integrate le fattispecie dell'usufrutto e dell'uso. Lo stesso Solazzi, peraltro, dimostra, attraverso l'esame di Ulp. 70 *ad ed. D. 43.20.1.11* e Pomp. 34 *ad Sab. D. 43.20.3 pr.*, come in un primo momento il requisito dell'*utilitas* fosse rigorosamente inteso, dando prova di come l'amenità del prospetto (in relazione, per esempio, alla *servitus ne prospectui officiat*) fosse stata riconosciuta alla stregua di utilità molto più tardi. Peraltro, sull'importanza dell'*utilitas* come canone interpretativo utilizzato dai giuristi al fine di prospettare soluzioni diverse da quelle conseguenti all'applicazione della regola generale e, per questa ragione, contrarie alla consueta sistematica, v. M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, pp. 2-3.

³⁶ 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 ne ha, però, approfondito lo studio anche sotto il profilo delle implicazioni per la nostra questione. Sul punto v. anche i rilievi di C. FADDA, P.E. BENSA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., pp. 84-86, limitatamente al diritto privato. Sullo scopo perseguito dallo Scialoja attraverso l'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 evidenzia come l'intento dello studioso non fosse quello di dimostrare la presenza di casi eccezionali rispetto alla regola, ma di giungere a una plausibile giustificazione della diversa ripartizione dell'*onus refectionis*.

Il brano di Pomponio, tratto dal quinto libro del commentario ai *libri iuris civilis* di Sabino³⁷, collocato dai giustinianeî sotto il titolo *De usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur* (D. 7.1), concerne il caso del proprietario che abbia mancato di rimuovere 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 quod incommodior is sit usus fructus vel iter ...*»). In questa eventualità, al titolare dell'usufrutto o dell'*iter*, si concedeva di esperire un'azione reale per costringere il *dominus* alla rimozione degli arbusti caduti («... *suis actionibus usufructuario cum eo experiendum*»)³⁸.

³⁷ V. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 97.

³⁸ Si è creduto che il frammento in esame, anche per via della collocazione nell'opera di Pomponio – il quinto dei libri di commento al *ius civile* di Sabino doveva trattare pure del legato di usufrutto – dovesse riferirsi appunto all'usufrutto e accennare, solo indirettamente, al caso della *servitus*. Sul punto cfr. 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'ingongruente uso di *incommodior* e G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., p. 183, avevano evidenziato come il riferimento all'*iter* potesse essere non genuino. Questa osservazione non incide sull'importanza del brano. Conviene ricordare come Pomponio stesso, nel *principium*, avesse accennato al caso della servitù ricordando un parere di Proculo relativo alla possibilità di lasciare un'*insula* in legato in modo che essa fosse gravata da servitù a beneficio 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 congetturare, al più, che sulla scorta del *principium* si fosse deciso di aggiungere anche il riferimento alla servitù di passaggio inserendo '*vel iter*', e ciò anche in considerazione del fatto che la particolare fattispecie che si illustrava nel par. 1 ben si sarebbe potuta adattare a tale ultimo caso. Peraltro, il tratto da *suis* sino a *experiendum* è ritenuto interpolato da E. ALBERTARIO, *Contributi allo studio della procedura civile giustiniana*, in *RISG* 52, 1912, p. 36 e ntt. 1 e 2, il quale, partendo dall'idea di una origine giustiniana dell'uso del plurale '*suis actionibus*' anziché '*sua actione*' in riferimento alla petizione di usufrutto, riteneva che il periodo sospettato alludesse alla ormai superata distinzione tra *actiones* e *interdicta*. La chiusa non è certo esente da sospetti. Ivi, pur accennandosi agli impedimenti recati all'esercizio dell'usufrutto e della servitù di passaggio, '*suis actionibus*' viene effettivamente riferito al solo titolare dell'usufrutto. 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).

Il proprietario, quindi, mediante *actio confessoria (in rem)* poteva essere costretto dall'usufruttuario o dal titolare della servitù a un *facere*³⁹.

³⁹ V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 158 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 92-93), ravvisava la ragione della soluzione prospettata nel frammento 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, affermavano: «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 asserendo come, sebbene in via di eccezione, anche il diritto romano aveva ammesso fattispecie in cui un diritto reale poteva avere contenuto *in faciendo*. Opinione diversa esprimeva, nondimeno, L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, Macerata, 1897, pp. 10-11, il quale 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 servitutum*». Sicché, il particolare obbligo del *tollere arbores* altro non sarebbe se non la conseguenza del principio, generale, secondo il quale non si sarebbe dovuto frapporre alcun ostacolo all'esercizio del diritto. 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 come: «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 rifiuto da parte del proprietario del fondo gravato di rimuovere gli alberi caduti altro non potrebbe essere se non «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 caratterizzato come «[...] un'intrusione in contrasto coll'esclusione che importa il diritto». Nella ricostruzione di Grosso si può scorgere, dunque, una certa continuità con l'idea avanzata già da Tartufari. Le fattispecie su cui si soffermano Pomponio e Ulpiano andrebbero considerate, allora, come ipotesi particolari, strettamente legate a esigenze contingenti, in cui il comportamento negativo del proprietario del fondo servente (*non tollere arbores*) si sarebbe risolto in un fatto positivo *contra servitutum*. 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 [...]» avrebbe potuto essere astretto a un *facere* che, in ogni caso, non sarebbe potuto divenire contenuto del diritto reale. Infine, per P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., pp. 183-184, la testimonianza non avrebbe riguardato l'obbligo alla riparazione incombenente sul proprietario del fondo servente, ma quello, più generale, di rimuovere o abbandonare gli oggetti «[...] propri caduti, trascinati, esistenti in qualunque modo in un fondo vicino [...]».

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 interdicto 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 di commento all'editto e collocata dai compilatori sotto il titolo *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* (D. 8.5)⁴⁰.

Ulpiano vi discorre del seguente caso. Senza che fosse sorta alcuna controversia riguardante la titolarità della *via*, dell'*iter*⁴¹ o

⁴⁰ 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 quadragesimo 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.* Per la collocazione palinogenetica del frammento nel commentario ulpiano v. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., col. 517.

⁴¹ 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 cui esse si basano. F. ZUCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica*

dell'*actus* («... *Si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat ...*»), si impediva al titolare di lastricare e restaurare il luogo ove egli materialmente esercitava le facoltà derivanti dalla titolarità di quei diritti («... *sed reficere sternere non patiatur ...*»). Pomponio, nel libro quarantunesimo all'editto, riteneva che nell'ipotesi prospettata spettasse al titolare del diritto l'*actio confessoria* («... *Pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum ...*»)⁴².

Si passava a illustrare, poi, 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*, come si potesse '*iter petendum vel viam vindicandam*' («... *Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam*»)⁴³.

D'altro canto, si rimarcava come, oltre all'azione confessoria, al fine di 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 compe-*

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, crede che l'originario richiamo all'*iter* debba essere letto atecnicamente. I giureconsulti ricordati nel frammento, e lo stesso Ulpiano, si sarebbero voluti riferire al sentiero e alla strada in senso esclusivamente materiale, non considerando il *ius eundi agendi*.

⁴² 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.

⁴³ Cfr., sulle opinioni giurisprudenziali ricordate da Ulpiano, relativamente 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 nota come Ulpiano stia qui partendo dalla peculiare 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* [...]». Secondo S. MASUELLI, *La reffectio nelle servitù prediali*, Napoli, 2009, pp. 88-90, la giurisprudenza viene richiamata con riguardo a una fase già particolarmente avanzata, vale a dire quella della soluzione adottata al tempo dello stesso Ulpiano.

tit ...»), specificandosi, però, come per l'effettuazione della *refectio*, a meno di una espressa convenzione in tal senso, non si sarebbero potute utilizzare le selci⁴⁴.

Anche in questo caso, dunque, un'azione reale, quale appunto 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 passaggio⁴⁵.

⁴⁴ E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, cit., p. 360, ha ritenuto di poter attribuire a Ulpiano l'ultima parte dell'escerto, affermando come da essa emerga: «[...] 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 espressa 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 della reffectio delle servitù prediali*, cit., pp. 622-625 e 667-675. In particolare, secondo Pistolesi, si configurerebbe, in capo al titolare del diritto, una possibilità di scelta alternativa, 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, secondo Zuccotti la possibilità di ricorrere a uno o all'altro dei rimedi si determina in ragione della presenza, nel caso della *vindicatio servitutis*, di un *ius reficiendi*, assente nell'ipotesi 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, la crede determinata dal bisogno 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 tanto la ricostruzione di Pistolesi, quanto 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.

⁴⁵ Parte della storiografia ha creduto, all'opposto, che l'onere della *refectio* dovesse pur sempre incombere sul proprietario del fondo dominante. Secondo G. FRAN-

Occorre chiedersi, dunque, quale relazione intercorra tra Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5⁴⁶, specie in considerazione della terminologia, non del tutto dissimile, che in essi viene impiegata per descrivere i casi prospettati⁴⁷.

Da una differente interpretazione del passo di Ulpiano⁴⁸, infatti, si è tratto argomento per contestare l'esegesi sopra proposta della

CIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit., p. 102, l'*actio confessoria* sarebbe spettata a quest'ultimo pure nel caso in cui il proprietario del fondo servente avesse impedito, con molestie, al proprietario 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 l'ipotesi dell'*arbor impendens*. Anche in questa particolare fattispecie, non è certo che le opere necessarie a ripristinare la viabilità dovessero essere necessariamente intraprese dal *dominus* del fondo servente. Il giudice, infatti, avrebbe potuto imporgli, in sede di *iudicium de restituendo*, di consentire al proprietario del fondo dominante di effettuare il taglio dei rami. Perplexità sul punto riguardante la ricostruzione di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5, specie con riferimento al caso dell'albero pendente, si rinvengono in G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 294. 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 della reffectio delle servitù prediali*, cit., pp. 619 e 624-625. Né si può dimenticare come la fattispecie illustrata nella testimonianza costituisca un rilevante esempio di onere reale *in faciendo* per A. BUTERA, *Delle servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo*, III, in C. FERRINI, G. PULVIRENTI, A. BUTERA, *Delle servitù prediali*, in P. FIORE (già diretto dal Prof.), B. BRUGI (e continuato a cura del Professor), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, V, *Delle servitù*, Napoli-Torino, 1926, p. 188.

⁴⁶ Oltre che 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. sed si pro derelicto non habeas, recte tecum agi hoc interdicto.*

⁴⁷ Sul punto v., con particolare riferimento alla ricordata similitudine, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, cit., p. 359 e nt. 196, secondo cui essa, 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, pure 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».

⁴⁸ Si allude a quella di L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, cit., pp. 9-15.

testimonianza di Pomponio, secondo cui sul proprietario del fondo servente sarebbe gravato l'onere – di contenuto positivo e la cui coercibilità sarebbe stata assicurata dall'esperibilità di una azione di natura reale – sostanziantesi nella rimozione degli alberi divelti dal vento.

Ma pur volendo credere che questa differente ricostruzione possa trovare qualche conferma nell'elemento terminologico che pure accomuna gli escerti esaminati, pur sempre vero è che le fattispecie illustrate da Pomponio e Ulpiano si differenziano per un aspetto assai più rilevante: il profilo causale degli eventi impeditivi.

In Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, in effetti, 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 invium vel inhabile facit ...*»). Se ne deve pertanto dedurre l'inapplicabilità, secondo analogia, della regola espressa in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5⁴⁹.

Non si può escludere, all'opposto, che a una interpretazione analogica possa farsi ricorso ove si abbia riguardo alla tutela accordata al proprietario del fondo dominante⁵⁰. Infatti, pur essendo di-

⁴⁹ La paventata applicazione analogica del precetto espresso in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 si risolverebbe, in realtà, in una operazione di interpretazione in senso proprio, il cui presupposto è la sussistenza di una lacuna nella regolamentazione di un fatto giuridicamente rilevante. Evidente è, tuttavia, l'impossibilità di riscontrare in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 la lacuna da colmare. La fattispecie presa in esame nel frammento di Pomponio è, infatti, semplicemente diversa rispetto a quella di cui si discute in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5. *Contra*, O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus", e "via"*, cit., p. 278, che basa la propria ricostruzione sul supposto parallelismo emergente 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 ...*». Contro questa ricostruzione è sufficiente osservare come Pomponio, scorrendo del caso, riferisca chiaramente la cagione dell'impedimento: il vento che ha divolto gli alberi. Di contro, in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5, egli, stando almeno al modo in cui Ulpiano ne riferisce, si limita a segnalare che un albero pende, tanto da «*viam vel iter invium vel inhabile facit*», senza accennare alla causa. Non è forse troppo azzardato congetturare, specie se si considera il tenore di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, che egli, invece, in quest'ultima testimonianza, volesse attribuire particolare rilevanza proprio all'elemento causale.

⁵⁰ In questo senso v. A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 189, secondo cui, tuttavia, il fatto che identica sia la tutela concessa al pro-

verse le cause da cui scaturiscono gli impedimenti all'esercizio del diritto, medesimo è il risultato. E perciò, sempre con azione reale o interdetto, potrà pretendersi la rimozione dell'ostacolo⁵¹.

Ebbene, in due distinti e ulteriori luoghi si contemplano casi in cui un *facere* incombeva in capo al proprietario del fondo servente. Né vale a confutare questa opinione la diversa ricostruzione, che si è già avuto modo di ricordare⁵², basata sulla considerazione per cui la mancata rimozione degli ostacoli da parte dell'onerato, più che costituire un *facere* impostogli, si risolverebbe, in realtà, in una ingerenza positiva nella sfera delle facoltà derivanti dalla titolarità del diritto reale sostanziantesi, in definitiva, nel *non tollere arbores*.

Questa interpretazione è per più ragioni inaccettabile. In primo luogo, come una parte della storiografia ha sottolineato⁵³, 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*.

D'altro canto, artatamente concepita è l'idea stessa di una ingerenza positiva costituita dal comportamento del proprietario del fondo servente che si rifiuti di *tollere arbores*, dettata, evidentemente, dalla necessità di aggirare il problema concreto che la testimo-

prietario del fondo dominante non può condurre, automaticamente, all'individuazione di un inconsistente parallelismo nelle cause che determinano l'impedimento.

⁵¹ A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 189. Si rende opportuna, a questo punto, qualche precisazione 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, secondo cui l'onere di rimozione degli alberi abbattuti dal vento si sostanzierebbe, non in una servitù ma, appunto, nel dovere che incombe in capo a ogni proprietario di non frapporre ostacoli all'esercizio dell'altrui diritto. A questa opinione può consentirsi a patto, però, che non si pretenda di ricavarla da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 e da una non altrimenti ammissibile interpretazione analogica di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1. Certamente, e in via generale, incombe sul proprietario del fondo servente il dovere di non impedire, attraverso comportamenti attivi od omissivi, l'esercizio, da parte del titolare, del proprio diritto. Tuttavia, nei casi prospettati questo principio generale non si può ritenere immediatamente operante, dato che in essi 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.

⁵² Cfr. *supra*, nt. 39.

⁵³ Cfr. O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus", e "via"*, cit., pp. 278-279.

nianza chiaramente prospetta⁵⁴. Non si può negare, e ciò è stato pure messo innanzi da una risalente dottrina, come in questo caso il *tollere arbores* possa essere preteso *suis actionibus*, cioè, come si è più volte evidenziato, tramite azione reale⁵⁵.

E dunque, non si può negare la derivazione (e la connessione) di questo onere dalla (e alla) posizione passiva che assume il proprietario del fondo servente in ragione della (e specularmente alla) titolarità in capo ad altro soggetto del diritto.

Peraltro, a dispetto di ogni tentativo (più o meno articolato) volto a spiegare l'apparente anomalia di Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1⁵⁶, innegabile è che l'azione consistente nel *tollere arbores* debba poi necessariamente risolversi in un comportamento attivo dell'onerao. La teorica dell'ingerenza positiva non condiziona, perciò, il dato fattuale dell'effettiva rimozione (che può essere pretesa *suis actionibus*). D'altro canto, pur volendo a ciò consentire, rimarrebbe il peculiare carattere della pretesione che, attraverso l'azione rea-

⁵⁴ Sul punto è particolarmente chiaro O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus", e "via"*, cit., p. 279, il quale sottolinea come, se si dovesse optare per l'opinione qui combattuta, «[...] 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».

⁵⁵ In questo senso V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 158 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 92-93); nonché P.E. BENSA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 56; cui adde anche C. FADDA, P.E. BENSA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 84. G. CLAPS, *Le cosiddette obbligazioni reali e l'abbandono obbligatorio nel diritto civile italiano*, in *RISG* 21, 1896, pp. 322-324 ha evidenziato, poi, il parallelismo tra il caso della *servitus oneris ferendi* e quello ricordato in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1. La congettura di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa è stata ripresa anche da O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di "iter", "actus", e "via"*, cit., p. 279, il quale ha peraltro confutato la ricostruzione proposta da C. BURZIO, *Appunti sugli oneri reali*, Roma, 1903, p. 11, secondo cui l'onere di *tollere arbores* non sarebbe derivato dalla sussistenza dell'usufrutto o della servitù ma sarebbe stato conseguenza della responsabilità per danni causati dalle cose appartenenti al proprietario del fondo servente.

⁵⁶ 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 si potrà ugualmente costringere il proprietario del fondo servente, mediante azione reale o interdetto, a rimuovere l'ostacolo che impedisce di fruire del diritto.

le, si esige dall'onerato: cioè il *facere*, che costituisce, evidentemente, contegno fattualmente positivo inscindibile rispetto alla titolarità del diritto.

Occorre, allora, che si individuino i motivi che hanno spinto i giureconsulti a prospettare una soluzione così articolata. Allo scopo, è bene prendere nuovamente in considerazione il requisito dell'*utilitas*.

Si deve subito chiarire, però, come nel caso ora esaminato l'*utilitas* non si atteggi a giustificazione del contenuto immediato del diritto reale⁵⁷, essendo del tutto diversa l'utilità immediata che si richiede quale requisito strutturale dello stesso⁵⁸.

Si potrà parlare, piuttosto, di utilità mediata del comportamento attivo dell'onerato, diventando esso necessario, e utile obiettivamente, ove l'omissione ingiustificata di un *facere*, direttamente collegato alla posizione passiva dell'onerato, impedisca al titolare l'esercizio effettivo del diritto⁵⁹.

⁵⁷ Come, e si avrà occasione di dimostrarlo, per il caso della *servitus oneris ferendi*.

⁵⁸ Che recherà una obiettiva utilità (per sé) al titolare, indipendentemente dall'ulteriore *facere* incombente sul 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, precisa: «Non il *facere* in assoluto contraddice la natura della servitù, ma quel *facere* che si configura come elemento necessario al suo esercizio», riconducendo l'onere ai limiti connessi al *dominium* e derivanti dall'esistenza stessa della servitù. Sembrerebbe doversi escludere, di conseguenza, ogni prestazione *in faciendo* che renda possibile l'esercizio della servitù e che non sia ridotta entro i confini ben delimitati del *dominium*. Questa ricostruzione, a ogni buon conto, non contraddice quella basata sul concetto di utilità mediata. La servitù, infatti, tramite l'intermediazione del fondo, reca una utilità oggettivamente intesa al titolare del diritto. Tuttavia, qualora ciò fosse impedito da fatti esterni non rientranti nella sfera di controllo del soggetto passivo ('*arbores vento deiectas*'), o da sue omissioni, il *facere*, pur sostanziandosi in una azione necessaria all'esercizio della servitù, non esorbirebbe dai limiti imposti dal *dominium* e, inoltre, recherebbe appunto una *utilitas* mediata (ma oggettivamente intesa) al titolare del diritto.

⁵⁹ Sul punto v. anche V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 158 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 92-93), la cui ricostruzione è, per un aspetto sostanziale, differente rispetto a quella ora proposta. Se si pone mente a quanto egli afferma – che, cioè, tanto nella fattispecie esaminata da Pomponio quanto, più in generale, nei casi dell'usufruttuario o del titolare di una servitù «[...] il cui esercizio sia reso incomodo dall'albero caduto [...]», non si potrà pretendere che essi, per potersi giovare del diritto, debbano pure arrecare una

Ecco che la soluzione 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 arreca 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 poter nuovamente godere dell'usufrutto o del passaggio.

Non v'è dubbio, in definitiva, che in specifiche fattispecie, mediante azione reale, poteva pretendersi dal soggetto passivo un comportamento positivo, con il *facere* che, di conseguenza, finiva per essere contenuto stesso (o, altre volte, accessorio) del diritto⁶⁰.

certa utilità al proprietario riottoso – si renderà palese l'equità nella peculiare ripartizione dell'onere. Né si può escludere che il motivo equitativo (ed eminentemente fattuale) abbia contribuito, in qualche misura, a orientare le scelte dei giureconsulti. D'altro canto, esso, proprio perché ancorato a una considerazione di mero fatto, può concorrere solo in misura minima all'individuazione della *ratio* sottesa alla soluzione prospettata. 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 fisiologia del rapporto, 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 pretendere, con azione reale, la rimozione dell'ostacolo (utilità mediata), sì da poter tornare a fruire di tutte le utilità immediate che costituiscono l'oggetto proprio del diritto.

⁶⁰ D'altronde, si noti, senza il *facere* verrebbe meno la possibilità di godere del diritto. La connessione strutturale tra l'onere e il diritto reale è evidente, d'altra parte, se si considera che la *derelictio* degli alberi divelti eviterà di dover *tollere arbores*. Tale possibilità non è prevista direttamente in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, ma è risolutiva – come ha sottolineato V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., pp. 158-159 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., p. 93) – la dottrina della 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 mostrato come sia possibile avvalersi della *derelictio* pure nel caso esaminato da Pomponio. Una serie di argomenti ulteriori riferibili anche a Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e a Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 e in senso contrario rispetto alla ricostruzione prospettata vengono addotti 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, con riguardo alla *refectio* nella *servitus oneris ferendi*, lo studioso fa notare l'eccezionalità della previsione: il proprietario del fondo servente, omettendo la *refectio*, si sottrarrebbe a un obbligo «[...] nato [...] in sede di costituzione del vincolo reale [...]», mentre, nella 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, costituendo gli alberi divelti un ostacolo all'esercizio del diritto *in re aliena*, 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. Questa ricostruzione si impernia, quindi, sull'idea di "proiezione dinamica" di un contegno in realtà passivo che però, come le stesse fonti indicano, poteva essere preteso *suīs actionibus*. Ma se tale ultima asserzione è corretta, e non vi è motivo per dubitarne, allora, in specifiche (ma non eccezionali) situazioni, il soggetto passivo poteva essere costretto ad assumere un contegno realmente positivo qualora recasse un'utilità oggettiva, immediata o mediata, al titolare del diritto e nei limiti di esso. D'altro canto, l'idea stessa della "proiezione dinamica", seppure nell'ambito di un contegno esclusivamente passivo, implica l'effettività di un'azione concretamente positiva – e, per questo, inconciliabile con il *non facere* o il *pati* – derivante dal diritto e a esso necessariamente connessa. Lo stesso Basile, d'altronde, afferma come Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.4.5* e a Pomp. 5 *ad Sab. D. 7.1.19.1* sanciscano «[...] 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». Pertanto, anche volendo rinvenire la motivazione alla base del contegno positivo nel dovere incombente in capo al soggetto passivo di rendere in concreto esercitabile il diritto, il raggiungimento di tale obiettivo presuppone una attività concretamente positiva che, ove necessario, può essere pretesa tramite azione reale. Più rilevanti sono, per altro verso, i dubbi, avvalorati dall'analisi di Pomp. 5 *ad Sab. D. 7.1.19.1*, sulla natura probabilmente insitica (dovuta alla mano dei bizantini) del riferimento all'*iter*. L'ipotesi interpolazionistica viene addotta dall'autore come ulteriore argomento 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 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 si possono opporre i seguenti argomenti. A uno di essi si è già fatto cenno ricordando come Pomponio si riferisca alla servitù (di non sopraelevare) nel *principium* del frammento. Una connessione tematica con la servitù – ciò che, lo si deve comunque riconoscere, potrebbe aver fornito lo spunto per l'interpolazione – potrebbe quindi non essere stata del tutto avulsa dall'originario contesto della testimonianza. Ma forse, più pregnante, è il secondo argomento. In effetti, un riferimento esplicito all'*iter* (oltre che alla *via*) – cfr., per alcuni dubbi sul non felice accostamento, F. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della refectio delle servitù di passaggio*, cit., pp. 619-625; cui adde anche A. BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 70, il quale, a ogni buon conto, propende per la genuinità sostanziale del testo – lo si incontra proprio in Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.4.5* con riguardo al caso dell'albero pendente che impedisca il passag-

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 ha ritenuto, d'altro canto, 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.

Al fine di confutare le argomentazioni addotte in tale ultimo senso, 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 cavit: 'praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundaе 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 Paolo⁶¹, è collocata dai giustiniani sotto il titolo *De annuis legatis et fideicommissis* (D. 33.1).

Ivi il giureconsulto si occupa 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 libre di salice mondato («*... et ita cavit: 'praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundaе annua librarum singula milia' ...*»).

Si domandava se il legato così disposto si estinguesse a seguito

gio. Sicché, a meno di non voler ritenere interpolato anche questo secondo brano, non sembra si possa pervenire a una piana dimostrazione della natura insitica del richiamo alla *servitus itineris* neppure in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1.

⁶¹ In proposito v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 1243.

della morte della legataria («... *quaero, an id legatum defuncta legataria extinctum sit*»). Paolo rispondeva che nel caso prospettato non sembrava essersi validamente costituita alcuna servitù, né personale né, tantomeno, reale («*Paulus respondit servitutum iure constitutam non videri neque in personam neque in rem ...*») ⁶², ma che spettasse a colui che avesse ricevuto i *praedia Lutatiana* la *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, evidentemente, all'affermazione di Paolo secondo cui «*servitutum iure constitutam non videri neque in personam neque in rem*». Evidenziare la natura glossematica (riconducibile ai giustiniani, evidentemente) del-

⁶² Come ha sottolineato 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 – nell'escerto si impiega la formula «*servitus in rem et in personam*» che costituirebbe, tuttavia, una glossa giustiniana. Per un verso, a sostegno di questa ipotesi potrebbe addursi l'atteggiarsi del rapporto, implicante un *facere*, che avrebbe ripugnato alla natura della servitù, tanto che Paolo mai avrebbe creduto che essa si fosse validamente costituita, sia pure a fronte della necessità logica – derivante dalla struttura del rapporto imperniata su una relazione tra fondi – di operare un riferimento all'istituto. D'altronde, ciò sarebbe confermato proprio dall'insorgenza di un legato estinguibile con la morte della legataria. Il ragionamento svolto dal giureconsulto, dunque, avrebbe avuto l'obiettivo di sgombrar il campo da dubbi circa l'avvenuta costituzione di una servitù. Da qui l'affermazione «*servitutum iure constitutam non videri*», giacché, diversamente, il rapporto sarebbe stato suscettibile di trasmissione agli eredi. Ma, sottolinea il Longo, Paolo non avrebbe mai potuto soggiungere «*neque in personam neque in rem*», 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». A tale conclusione si può certamente consentire: la formula *servitus in rem et in personam* va considerata aggiunta giustiniana. Non del tutto condivisibile è, però, il primo dei presupposti su cui essa si basa: la ripugnanza del *facere* alla natura della servitù. L'argomento fondante – ma sarebbe meglio dire, forse, il presupposto – di questa dottrina, non regge a una critica del testo fondamentale da cui deriverebbe, cioè Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. L'opinione del Longo è in parte viziata, partendo essa da una premessa non dimostrata (o, comunque, non valida nei termini assoluti in cui essa è intesa). Peraltro, come si vedrà, proprio Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12 offre una serie di elementi che consentono di dimostrare come l'esclusione della sussistenza di una servitù non derivi dalla contrarietà del rapporto al principio *servitus in faciendo consistere nequit*.

la precisazione ‘*neque in personam neque in rem*’⁶³, non contribuisce a chiarire il significato della frase, specie perché oscura è la *ratio* giuridica che ne è alla base.

Secondo parte della storiografia Paolo avrebbe motivato la propria risposta alla luce della regola *servitus in faciendo consistere nequit*⁶⁴.

⁶³ Cfr., in proposito, *supra*, nt. 62.

⁶⁴ Con motivazioni non sempre uniformi. Così, C. LONGO, *La categoria delle “servitutes” nel diritto romano classico*, cit., p. 334, si limita a evidenziare la contrarietà del particolare rapporto giuridico intercorrente fra le parti al principio. Dal canto suo, C. FERRINI, s.v. ‘Obbligazione’, in *EGI*, XII.1, Milano, 1900, p. 372, prende in considerazione anche un altro elemento, cioè la collocazione ‘*diversis pagis*’ dei fondi. Per G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell’impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 177-179 – e, più in breve, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 82 – la testimonianza di Paolo rientrerebbe nell’ambito di applicazione della regola enunciata in *Pomp. 33 ad Sab. D. 8.1.15.1* (l’ulteriore precisazione ‘*neque in personam neque in rem*’ sostituirebbe un più lungo discorso sugli effetti dei differenti tipi di legato o fedecommesso). Paolo, dunque, avrebbe affrontato il problema del rapporto costituitosi tra i fondi in relazione alla durata e agli effetti. Da ciò la necessità di discorrere anche della servitù e delle motivazioni in conseguenza delle quali 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 ostativa alla esistenza stessa del diritto la sola prestazione positiva a cui una parte era tenuta in conseguenza del rapporto instauratosi che, almeno astrattamente, doveva avere tutte le caratteristiche proprie della servitù (diritto che il testatore avrebbe voluto 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. Peraltro, in più risalente lavoro – *La categoria romana delle servitutes*, Milano, 1938, pp. 371-372 (nonché pp. 395-397, ove si evidenzia, altresì, la poca chiarezza dell’esposizione e si espongono una ragione formale e una sostanziale che avrebbero portato Paolo ad affermare ‘*servitutem iure constitutam non videri*’, vale a dire l’inammissibilità, per i classici, della costituzione di una servitù per fedecommesso e, appunto, la prestazione di contenuto positivo contraria alla regola di *Pomp. 33 ad Sab. D. 8.1.15.1*) – Biondi include la testimonianza di Paolo tra i passi dei *Digesta* attestanti l’esistenza di concessioni su fondi, di struttura simile alla servitù, ma con natura obbligatoria e precaria. 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 Brogginì*, 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

Questa conclusione è stata respinta, a ragione, da altri autori, che hanno evidenziato come la risposta di Paolo non fosse stata motivata dalla (allora solo presunta) violazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit*⁶⁵.

Lo stesso giureconsulto, d'altro canto, fornisce, illustrando il caso sul quale era stato chiamato a pronunciarsi, e sia pure implicitamente, la soluzione.

lo tiene en Derecho romano». Ancora, sul concreto svolgersi del ragionamento paolino 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 sviluppatosi nella prassi contrattuale al fine di includerlo, o meno, tra quelli rientranti nello schema della servitù, come appunto nel caso esposto in Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12. Infine, significativo è che diversi autori, i quali pure affrontano il problema della *servitus oneris ferendi* e della presunta portata 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), come conseguenza, però, del particolare angolo prospettico utilizzato 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).

⁶⁵ Sul punto v., assai significativamente, IACOBI CUIJACII... *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XI. distributa auctiora atque emendatiora. Pars prior. Tomus tertius*, Venetiis, 1758 [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 & salicis quae dicta sunt supra»; cui *adde* A. PERNICE, *Parerga*, II, *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte*, cit., p. 98, nt. 4. Questi autori hanno evidenziato come Paolo avesse escluso la sussistenza di una servitù prediale in ragione della distanza che separava i fondi, collocati addirittura 'diversis pagis'. Concordemente v. P.E. BENSA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 57; cui *adde* C. FADDA, P.E. BENSA, *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.

I predi, come ognuno vede, erano situati ‘*diversis pagis*’⁶⁶, ragione per la quale Paolo aveva escluso che potesse sussistere una servitù prediale. E ciò, tanto più che dubbi potevano sorgere vista la particolare configurazione, tra fondi appunto, del rapporto.

Egli, di conseguenza, non affermava ‘*servitutem iure constitutam non videri*’ in applicazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, poiché la risposta non trovava fondamento nel contenuto *in faciendo* della prestazione⁶⁷.

⁶⁶ Non è di secondaria importanza, nell’equilibrio del frammento, la collocazione della precisazione in apertura. L’aggettivo *diversus* assume un rilievo preminente per l’intelligenza del discorso paolino, dato che il suo impiego vale a sottolineare la speciale rilevanza che doveva avere l’elemento spaziale per la risposta di Paolo. Sul problema della vicinanza, quale requisito della servitù, v. diffusamente S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., pp. 29-35, secondo cui essa non andrebbe intesa nel senso di stretta contiguità ma, per ogni specie di servitù, in funzione dell’utilità. La vicinanza, di conseguenza, non andrà riguardata come requisito autonomo della servitù ma quale «[...] criterio in pratica più efficace per assodare che la servitù è utile al fondo e non alla persona». La dottrina del Solazzi non solo trova 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. D’altro canto, la nozione di utilità, che vale a delimitare il portato della regola contenuta in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, può giocare un ruolo altrettanto fondamentale in Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12. Ammesso che il giureconsulto, nel trattare la fattispecie, abbia applicato la predetta regola, occorrerà che la stessa venga correttamente intesa in funzione del requisito della *utilitas* obiettiva. In Paul 13 *resp.* D. 33.1.12, difatti, l’*utilitas* della prestazione fuoriesce, facendosi meramente soggettiva, dai confini di quella obiettivamente arrecabile al fondo.

⁶⁷ 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 osservato come, dato il contenuto *in faciendo* della prestazione richiesta, e credendosi generalmente valida la regola sancita in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, ci si sarebbe aspettati che Paolo ne facesse formale applicazione nel risolvere il caso di specie. Il rilievo è significativo. A esso si potrebbe opporre, tuttavia, la possibile opera di sintetizzazione del discorso paolino – che, allora, avrebbe anche potuto contenere un riferimento alla regola di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 – attraverso la precisazione (dal tono, invero, generalizzante e quasi di frettolosa chiusura) che compare dopo ‘*servitutem iure constitutam non videri*’, ossia ‘*neque in personam neque in rem*’. Peraltro, dato che la formula ‘*servitus in rem et in personam*’ si rivela aggiunta dei giustinianeî – a cui si deve anche il tentativo di attribuire portata generale alla regola enunciata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 – parrebbe strano che essi, adottata la prima, avessero dimenticato di riferirsi alla seconda. Probabilmente, la fattispecie doveva loro risultare chiara, così come doveva sembrargli autosufficiente la spiegazione di Paolo. Sentirono, perciò, solo il

Non resta che 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 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.*

L'escerto, tratto dal settimo libro dei *digesta* di Scevola⁶⁸, 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, egli alienava il proprio *praedium*, soggiungendo che esso sarebbe stato venduto e, di conseguenza, acquistato, nelle condizioni in cui 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.

Anche nel caso discusso da Scevola viene in considerazione, dunque, il problema di una evidentissima prestazione positiva a cui era tenuto Lucio Tizio nei confronti del predio di Gaio Seio. Occorre, pertanto, che il brano venga analizzato, alla luce degli elementi

bisogno di precisare come la servitù non si fosse validamente costituita '*neque in personam neque in rem*'.

⁶⁸ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 223.

che costituiscono e descrivono la fattispecie in esso considerata, 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 all'annua prestazione, la cui sussistenza è confermata dall'utilizzo del verbo *promitto*⁶⁹.

⁶⁹ Cfr., in proposito, JACOBI CUJACII... *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatio- ra. Continuatio Partis Tertiae. Tomus septimus*, cit. [Recitationes solemnes 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]: «Jura quaedam rebus cohaerent, quaedam personis. Jura rebus cohaerentia res ipse comitantur quoscunque 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, già nella gl. '*non esse*' ad D. 18.1.81.1 (*ed. cit.*, I, c. 1435) – «Scilicet personaliter, cum personalis obligatio non sequatur fundum [...]» – si sottolineava come la testimonianza sancisse esclusivamente l'intrasmissibilità dell'obbligo contratto mediante *stipulatio*. Questa interpretazione ha trovato altri sostenitori. Secondo P.E. BENSA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 58, indipendentemente dal problema circa la sussistenza effettiva di un onere reale, la dottrina contenuta nel passo doveva riguardare solamente la questione della trasmissibilità dell'obbligo di Lucio Tizio, nulla affermandosi, a cagione della particolare configurazione *in faciendo* della prestazione, sul carattere necessariamente personale, e perciò a natura obbligatoria, dell'onere; C. FADDA, P.E. BENSA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 85, sottolineavano, d'altro canto, che se l'onere del fondo fosse stato ritenuto giuridicamente impossibile allora, e di conseguenza, la questione non sarebbe stata risolta implicitamente, ma Scevola avrebbe fatto espresso riferimento a una regola 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, riteneva 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 voluto far sorgere un rapporto di tipo obbligatorio. Per la natura di semplice promessa opta, invece, P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 186. D'altro canto, sia pure da un differente angolo prospettico, attribuisce essenza obbligatoria al rapporto riferito in Scaev. 7 dig. D. 18.1.81.1 anche L. TARTUFARI, *Intorno alla regola «servitus in faciendo consistere nequit»*

In riferimento a quest'ultima, potrebbe per un verso congetturarsi che intenzione del venditore dovesse essere solo quella di far sopportare agli acquirenti futuri ogni peso insistente sul fondo, tanto da obbligarsi per tutto ciò che avesse costituito *condicio fundi*⁷⁰.

D'altronde, la particolare formulazione della *lex venditionis* adombra l'effettiva intenzione di Lucio Tizio, cioè onerare il fondo facendo gravare su di esso una prestazione periodica a favore dei *praedia* di Gaio Seio, sicché il successivo acquisto avrebbe avuto a oggetto il fondo nelle medesime condizioni in cui esso si trovava al momento della vendita (vale a dire gravato da quel particolare onere)⁷¹.

con speciale riguardo al diritto italiano vigente, cit., p. 7, che focalizza l'attenzione sull'elemento della trasmissibilità esclusivamente personale dell'obbligo.

⁷⁰ D'altra parte, B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 126 – opinione già espressa da P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 186 – ha creduto di poter scorgere, adombrata dal tenore poco chiaro del frammento, la vera intenzione delle parti: quella di onerare, attraverso l'imposizione di una prestazione da fondo a fondo, i *praedia*. Nel senso prospettato, in effetti, milita pure il già esaminato Paul. 13 resp. D. 33.1.12. La fattispecie discussa da Scevola è simile, nel concreto svolgimento, a quella considerata e risolta da Paolo. Gaio Seio, difatti, nel disporre il legato, stabiliva espressamente come la dazione delle milletrecento canne e delle mille libbre di salice mondato dovesse effettuarsi '*ex praediis Potitianis praediis Lutatianis*'. La prestazione, allora, si sarebbe potuta considerare, sia pure astrattamente, come sussistente tra fondi, tanto che Paolo si era premunito di avvertire, per sgomberare il campo da possibili fraintendimenti, come '*servitutum iure constitutam non videri*'. Del pari, anche in Scaev. 7 dig. D. 18.1.81.1 il rapporto è costruito, essenzialmente, tra fondi («*Lucius Titius promisit de fundo suo centum milia modiorum frumenti annua praestare praediis Gaii Seii ...*»). I due giureconsulti avevano ben compreso, dunque, la natura dei rapporti in parola, tanto da descriverne in termini inequivoci i principali elementi che li caratterizzavano. Paolo si premurava di specificare immediatamente che i *praedia* si trovavano '*diversis pagis*', ma, del pari, che la prestazione si doveva '*ex praediis Potitianis praediis Lutatianis*'. Scevola, oltre a evidenziare la provenienza '*de fundo suo*' dei moggi di frumento per i quali Lucio Tizio si era obbligato, non lasciava dubbio alcuno sul beneficiario dell'*utilitas* traibile dalla prestazione, cioè il predio di Gaio Seio. Né vale a confutare questa ricostruzione l'implicita considerazione per cui, in ragione della particolare natura della prestazione di Lucio Tizio, il frumento si dovesse necessariamente ricavare dal suo fondo. Il fatto stesso che Scevola abbia chiarito la provenienza del frumento vale ad attribuire alla precisazione valore notevolissimo: essa conferma, infatti, l'intenzione di onerare il fondo (e solo esso) con una prestazione *in faciendo* a beneficio dei predi di Gaio Seio.

⁷¹ Indicative in tal senso sono le domande, evidentemente retoriche, che formulavano C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 86: «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,

Il giureconsulto negava 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 il particolare rapporto giuridico sorto si risolveva in una mera promessa, insuscettibile di far nascere tra le parti un vincolo di tipo reale (anche se, parimenti al caso di Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12, lo si fosse concepito, fattualmente, come costituito su un fondo e a esclusivo beneficio dell'altro)⁷².

Occorre, allora, che si consideri in quali differenti termini si sarebbe potuta manifestare la volontà di Lucio Tizio, specie alla luce del tenore della *lex venditionis*⁷³.

Se, come si è detto, nessun elemento consente di escludere che la volontà delle parti fosse diretta a onerare il fondo, la mancata costituzione di un rapporto provvisto di natura reale potrebbe essere dovuta, piuttosto, a un errore nella scelta del mezzo giuridico.

In effetti, la natura solo obbligatoria dell'impegno assunto si evidenzia nell'impiego, da parte del proprietario-alienante, del verbo *promitto*⁷⁴. D'altra parte, in questo senso depone l'atteg-

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 secondo A. BUTERA, *Sulla regola di diritto «servitus in faciendo consistere nequit»* (nota a Cass. *Tosi c. Giovagnoli-Collacchioni*, 6 novembre 1928), cit., col. 13, Scevola non disconosceva, attraverso quella particolare risposta, la possibilità di onerare in senso proprio il fondo di Lucio Tizio.

⁷² Cfr. P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 186.

⁷³ 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, pur con qualche dubbio legato alla possibilità di includere le *leges venditionis* tra le *leges mancipio dictae*, sottolinea come la particolare clausola ricordata nel frammento di Scevola e relativa alla *emptio* del fondo potrebbe richiamare, anche in considerazione della similitudine con i *verba* impiegati nel caso delle servitù urbane, quella delle *leges mancipio dictae* di più antica origine.

⁷⁴ Particolarmente disputata è, in storiografia, la possibilità di annoverare tra i modi di costituzione delle servitù quello per *pactio et stipulatio*. Per la negativa sono G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, cit., pp. 82-83, secondo cui: «*Pactio et stipulatio* [...] kann nach römischer Auffassung lediglich einen obligatorischen Anspruch des Stipulanten gegen den Promittenten, also nur ein obligatorisches Surrogat eines dinglichen Rechtes geschaffen haben»; P. BONFANTE, *Il contratto e i patti*, in *Riv. dir. comm.* 18.I, 1920, p. 360 (= ripubblicato con il titolo

giarsi stesso del rapporto. Il proprietario-alienante, non a caso, volle che la fornitura di frumento fosse ricavata *'de fundo suo'*, sancendo l'inerenza del rapporto direttamente al fondo che, in conseguenza della *lex venditionis*, sarebbe stato acquistato gravato dall'onere.

Specularmente, l'utilità sarebbe stata ricavata dal predio di Gaio Seio. L'escerto è, in questo senso, univoco nel rendere manifesta la connessione tra il fondo di Lucio Tizio, da cui si sarebbe ricavato

Sui *"contractus"* e sui *"pacta"* negli *Scritti giuridici varii*, III, *Obbligazioni comunione e possesso*, cit., p. 146), il quale afferma: «Gaio ci dice che per la costituzione di servitù nei fondi provinciali si ricorre alle *pactiones et stipulationes* [...] e ora il non sentire che questo era un unico atto, il patto suggellato da *stipulatio*, induce una parte autorevole della dottrina a ritenere che trattisi di un complesso di espedienti per far sorgere delle *vere* servitù di tipo romano sui fondi provinciali, al che mi sembra ripugnare da un lato il fatto stesso che tali fondi non sono proprietà del costituente, dall'altro che la *stipulatio* non è in nessun modo forma adeguata per la costituzione di diritti reali»; P. FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali*, in *Studi Economico-Giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Cagliari* 22, 1934, p. 19 (= F. AMARELLI, E. GERMINO [a cura di], F.P. CASAVOLA [con una testimonianza di], *Scritti di Paolo Frezza*, I, Romae, 2000, p. 291); S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., pp. 92-105 e 109-135 (con specifico riguardo, qui, ai fondi provinciali), che, invero, la ritiene più in generale «Novità giustiniana, non pretoria», mentre (p. 109), in relazione ai fondi provinciali afferma: «Resta a chiedere se l'utile della servitù si raggiungesse con la sostituzione di un diritto reale o con la creazione di un'obbligazione. I principii del diritto romano e la sua storia, la retta interpretazione e la critica delle fonti consigliano di accettare la seconda opinione». *Contra*, H. PETERS, rec. a H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, in *ZSS* 33, 1912, p. 596, (il quale però afferma: «Ungeklärt bleibt die Frage nach der dinglichen Wirkung der *pactio et stipulatio*»); S. RICCOBONO, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (Fr. 4 D. VIII, 1)*, in *TR* 3, 1922, pp. 356-357; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, *Introduzione – Diritto delle persone – Le cose e i diritti sulle cose – Il possesso*, Roma, 1928² [rist. a cur. di L. Capogrossi Colognesi, Roma, 2002], p. 771 e nt. 1 (sia pure riferendo l'estensione del modo, in precedenza valevole per i soli fondi provinciali, ai giustiniani); C.A. MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in *BIDR* 46, 1939, pp. 282-286 e 286-291 (relativamente, in questo caso, ai fondi provinciali); G. PROVERA, *Servitù prediali e obbligazioni «propter rem»*, cit., pp. 15-47; F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, Milano, 2011, p. 363, il quale ha peraltro ricordato: «In questa prospettiva, come già intuito da Salvatore Riccobono, sembra quindi possibile ritenere che le origini della costituzione *'pactionibus et stipulationibus'* tutelata dallo *ius praetorium* non siano da rintracciare nella escogitazione di un nuovo metodo negoziale volto in quanto tale, per ciò che riguarda i fondi provinciali, a far sorgere la servitù, ma piuttosto nell'adattamento di strumenti contrattuali già esistenti specie accanto alla *in iure cessio* [...]».

il frumento, l'azione del *praestare* e, in ultimo, il destinatario dell'*utilitas*, cioè, si badi, il predio di Gaio Seio.

D'altro canto, nessun indizio può addursi a favore dell'operatività della regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Non è assolutamente probante il contenuto, *in faciendo*, della prestazione incombenente sul proprietario-alienante. Se la risposta negativa 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.

E anzi, è forse opportuno domandarsi se nei casi riferiti in Paul. 13 *resp.* D. 33.1.12 e in Scaev. 7 *dig.* D. 18.1.81.1 si debbano piuttosto individuare delle figure archetipiche di oneri reali⁷⁵.

⁷⁵ L'analisi delle fonti si scontra, lo si noti per ora incidentalmente, con una prima complicazione riguardante la distinzione tra oneri reali e *obligationes propter rem*. Problematica, quest'ultima, legata alla tradizionale configurazione del diritto reale cui ripugna l'attribuzione del carattere della realtà a rapporti che prevedano, nella loro struttura e a carico dell'onerato, prestazioni consistenti in un *facere*. Per G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 258-261, l'*obligatio propter rem* – in cui si sostanzierebbe anche la *refectio* nella *servitus oneris ferendi* – andrebbe posta in relazione con quelle particolari azioni, *in personam*, in cui la legittimazione, tanto attiva che passiva, dipenderebbe dalla titolarità di un diritto o dalla sussistenza di una particolare situazione di fatto sulla *res*. Esse si sarebbero differenziate da quelle reali per la previsione, come conseguenza del rapporto con la cosa, di un *oportere* a carico del convenuto. Si individuerrebbe, così, una specifica e chiusa categoria di azioni, a soggetto variabile, tra cui anche quelle riferibili a fattispecie (con previsione di particolari prestazioni periodiche di contenuto positivo) 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*. Non più chiara si presenta la situazione nel panorama della civilistica moderna. Sul punto, per un inquadramento generale del problema, si può per il momento 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. Non sono mancati, tuttavia, i tentativi volti a tracciare in modo definito i contorni del "tipo" onere reale. È opportuno segnalare, in proposito, lo studio di G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950, pp. 34-50, che propende, comunque, per la natura obbligatoria di entrambe le fattispecie e ritiene di poter individuare – *contra*, A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, Roma, 1915, pp. 9-11 – nell'onere reale lo strumento per ovviare alla mancanza di una garanzia di tipo ipotecario non condizionata all'adempimento pubblicitario. Sulla ricostruzione, potremmo dire, dell'unitarietà obbligatoria di queste figure, particolarmente proficua è la lettura di V. MARICONDA, *Vincoli alla proprietà e termini di durata*, in *Corr. giur.* 9, 1987, pp. 964-966, che ha ben evidenziato come tale orientamento sia il portato della conce-

La domanda deve necessariamente essere posta, tanto più che nell'ambito pubblicistico la questione è stata risolta, come ora si vedrà, in senso affermativo.

4. *Cenni ad alcune figure archetipiche di oneri reali nel diritto pubblico romano*

La possibilità che il diritto pubblico romano abbia conosciuto figure archetipiche assimilabili agli oneri reali non è affermazione nuova e si ricollega, principalmente, alla questione riguardante la proprietà dei fondi provinciali⁷⁶, gravati dallo *stipendium* e dal *tributum*⁷⁷.

A queste figure, di natura fiscale, caratterizzate dalla periodicità e dalla perpetuità delle prestazioni, oltre che da una forma di responsabi-

zione classica del diritto reale. Essa, 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.

⁷⁶ Per un primo inquadramento del problema v. J.W. KUBITSCHKE, s.v. 'Ager', in *RE*, I, Stuttgart, 1894, coll. 791-793; C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', cit., p. 376; A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., pp. 11-12.

⁷⁷ Il *tributum*, pur a fronte di un impiego del lemma per indicare fattispecie rientranti nella categoria dello *stipendium* – che racchiude ogni tipo di reddito ricavabile dai beni demaniali – deve tenersi da esso distinto. Come è stato osservato – v. G.I. LUZZATTO, s.v. 'Tributum', in *NNDI*, XIX, Torino, 1973, p. 852 – la scelta di una differente forma di imposizione fiscale rispecchiava una ben precisa decisione di carattere politico. Lo *stipendium*, diversamente dal *tributum*, fornisce una prova in merito all'autonomia della comunità in punto di esazione e, del pari, in punto di ripartizione dei carichi fiscali, chiarisce la ragione per la quale si decise di assoggettare a *tributum* solo la Sicilia e le province asiatiche. D'altro canto, come specifica G.I. LUZZATTO, s.v. 'Stipendium', in *NNDI*, XVIII, Torino, 1957, p. 444, 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. Esso venne meno, come è stato rilevato da A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 13, in età imperiale. Si noti, peraltro, come pur continuando le comunità locali a riscuotere lo *stipendium* e, del pari, essendo soggette alla responsabilità per la riscossione, il suo ammontare venisse 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*. Sulle questioni brevemente accennate v. anche F. GRELLE, *Stipendium vel tributum. L'imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo*, Napoli, 1963, *passim* e pp. 19-21.

lità del possessore *pro tempore* per gli arretrati⁷⁸, vanno altresì aggiunte il *vectigal*, le fondazioni alimentari e gli oneri di contribuzione relativi alle opere di manutenzione delle cloache, delle strade e degli acquedotti.

Proprio in riferimento al *vectigal* si può esaminare il seguente frammento:

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 exemplo*⁷⁹ *actionem, si ignoraverint, habituros.*

Il breve testo è tratto dal secondo dei libri *constitutionum* di Papirio Giusto⁸⁰ e collocato dai compilatori giustinianeî sotto il titolo *De publicanis et vectigalibus et commissis* (D. 39.4).

Nel brano, assai conciso ma di notevole interesse, si tramanda un rescritto dei *divi fratres*⁸¹ che qualifica espressamente la prestazione *obligatio rei*. È il fondo, dunque, a essere considerato debitore («... *in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri ...*»), sia pure a fronte della responsabilità incombente sull'attuale possessore per gli eventuali arretrati («... *et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere ...*»)⁸².

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

⁷⁹ Cuiacio ritenne di dover emendare, in luogo di '*exemplo*', '*ex empto*'. In questo senso infatti v. JACOBI 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 afferma: «Credo legendum esse: ex empto, non exemplo: atque ita libri mei scripti habent. Ideoque recte subjicit: si ignoraverint: constat enim scientibus actionem ex empto non dari. Possessores igitur in eo rescripto, id est, emptores»; cui adde F. LANFRANCHI, *Studi sull'Ager Vectigalis*, III, *La trasmissibilità a titolo singolare del ius in agro vectigali*, Trieste, 1940, p. 95 e nt. 278, il quale suggerisce la correzione nella forma '*eosque ex empto*'. La proposta di emendazione venne segnalata, ma non accolta, da TH. MOMMSEN, *Editio maior, ad h.l.*, nt. 6.

⁸⁰ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 949.

⁸¹ G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano, 1963 [rist. Bologna, 2012], p. 112.

⁸² Secondo A. PERNICE, *Parerga*, II, *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte*, cit., pp. 72-83, il diritto pubblico romano riconobbe

L'elemento caratterizzante la particolare fattispecie è, allora, l'inerenza al fondo della prestazione. A essere gravato è, in tal guisa, il predio, pur a fronte della responsabilità del possessore attuale quanto agli arretrati. Ciò testimonia, vieppiù, il legame genetico che unisce la prestazione dovuta (e non adempiuta) al fondo stes-

l'esistenza di particolari fattispecie riconducibili alla *obligatio rei*, ma i giureconsulti di età imperiale ne intuirono l'anomalia rispetto agli schemi del diritto privato. Diversamente, ma assai significativamente, P.E. BEnSA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 54, segnala come merito della testimonianza sia quello di sottolineare fortemente il carattere della realtà dell'onere, tanto da «[...] 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. BEnSA, *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 tra l'espressione *'ipsa praedia, non personas conveniri'* e quella adoprata in Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.6.2, ossia, in riferimento alla *servitus oneris ferendi*, *'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, riconducono alla categoria dell'*obligatio propter rem* il complesso di figure rinvenibili nelle testimonianze del diritto pubblico, G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Diritti reali e obbligazioni. Storia e concetto dell'obbligazione*, cit., pp. 111-124; G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, cit., pp. 181-182 (opinione ribadita anche in *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., pp. 81-82). Più recentemente, 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, ha ritenuto che il frammento nulla provi quanto alla esistenza del «[...] cd. 'onere reale' o '*obligatio propter rem*' in base alla quale l'*obligatio* si considera inerente immediatamente al fondo anzicchè alla persona del titolare», accostando – 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. Nel successivo *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, p. 162, la studiosa discorre genericamente di oneri gravanti direttamente sui fondi. Del medesimo ordine di idee è, da ultimo, N. PALAZZOLO, *sub 'F. 9 – D.39.4.7pr.-1 (L. 9)'*, in O. LICANDRO, N. PALAZZOLO, *Papirius Iustus. Libri XX de constitutionibus*, Roma-Bristol, 2021, p. 149, secondo cui, comunque: «[...] nella frase di Papirio non si può parlare di *obligatio propter rem* (impropriamente chiamata anche "onere reale") [...]».

so: si è tenuti, in altri termini, in ragione del rapporto con il fondo gravato.

A non diverse conclusioni si giunge anche ove si considerino le fondazioni alimentari⁸³, per mezzo delle quali si onerava un fondo affinché prestasse una rendita annua a favore di una città per scopi anche di carattere solidaristico. Le fonti usano in questi casi, assai significativamente, il sintagma ‘*obligationes praediorum*’⁸⁴.

⁸³ 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 cfr. 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.

⁸⁴ Esso appare 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) – ove si legge, segnatamente nella Tav. A 1-2: *Obligatio praediorum ob HS deciens quadraginta quattuor milia, ut ex indulgentia optimi maximique principis imp. Caes. Nervae ° Traiani Aug. Germanici Dacici pueri puellaeque alimenta accipiant* [...]. Sulla *Tabula alimentaria* veleiate e, più in generale, sui programmi alimentari, v. almeno V.A. SIRAGO, *L’Italia agraria sotto Traiano*, Louvain, 1958, pp. 278-289, secondo cui lo scopo perseguito per loro tramite doveva essere «[...] quello di assicurarsi un maggior numero di futuri soldati e ufficiali per i quadri degli eserciti e come scopo secondario di offrire sussidi di fortuna ai proprietari, per evitare che fossero ingoiati nell’incombente fallimento [...]»; C. BOSSU, *L’objectif de l’institution alimentaire: essai d’évaluation*, in *Latomus* 48.II, avril-juin 1989, pp. 372-382, *praecipue* p. 373, dove l’autore, sulla stessa linea del Sirago, precisa: «Une politique démographique, ou plutôt à la fois démographique et militaire, pourrait être un premier motif de l’institution alimentaire [...]. A cause de ses campagnes militaires, Trajan aurait été très sensible au recrutement des soldats: c’est pourquoi il aurait essayé, avec les *alimenta*, de faire augmenter les chiffres de natalité», a cui poi aggiunge anche quello più propriamente di politica agraria; A. BISCARDI, *La dottrina romana dell’obligatio rei*, Milano, 1991, pp. 101-102; N. CRINITI, *La Tabula alimentaria di Veleia [Introduzione storica, edizione critica, traduzione, indici onomastici e toponimici, bibliografia veleiate]*, Parma, 1991, p. 92 per la restituzione nella parte che interessa e, per gli aspetti propriamente giuridici, pp. 256-274; G. MAININO, *La Tabula Alimentaria di Veleia fra po-*

litica, diritto ed evergetismo: problemi e prospettive, in *Archivio Storico per le Province Parmensi*, IV serie, XLIV, 1992, pp. 345-375 (= *Studi giuridici sulla Tabula Alimentaria di Veleia*, Milano, 2019, pp. 13-40); E. LO CASCIO, *Alimenta Italiae*, in J. GONZÁLEZ (ed.), *Trajano Emperador de Roma. Actas del Congreso Internacional. 14-17 Septiembre 1998*, Roma, 2000, pp. 287-312 (= *Il princeps e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana*, Bari, 2000, pp. 265-285); G. MAININO, *Veleia, Plinio il Giovane e la Tabula Alimentaria per il diritto romano*, in N. CRINITI (a cura di), *Ager Veleias. Tradizione, società e territorio sull'Appennino Piacentino (con nuova edizione e traduzione della Tabula Alimentaria di Veleia)*, Parma, 2003, pp. 117-130 (= *Studi giuridici sulla Tabula Alimentaria di Veleia*, cit., pp. 41-61); 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, quale modello per lo sviluppo dell'*institutio alimentaria*, quello degli *agri vectigales*; R. LAURENDI, *Institutum Traiani. Alimenta Italiae. Obligatio praediorum. Sors et usura. Ricerche sull'evergetismo municipale e sull'iniziativa imperiale per il sostegno all'infanzia nell'Italia romana*, Romae, 2018, pp. 61-80 e 89-97, ove la studiosa conclude, dopo aver sostenuto come all'espressione '*obligatio praediorum*' debba essere attribuito un significato onnicomprensivo idoneo a includere ogni forma di garanzia, che della stessa debba essere data una traduzione (sotto il profilo giuridico) del seguente tenore: «obbligazione di terreni offerti in garanzia»; C. CORBO, *Traiano e gli 'alimenta': profili ermeneutici e sviluppi storici*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica* 22 (2019) fasc. 24, *La Giustizia di Traiano: dalla storia al mito. Atti del Convegno internazionale - Reggio Calabria 3-5 novembre 2017*, pp. 181-205, praecipue p. 190 e nt. 20. Anche nella Tavola Bebiana – in *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, III, *Negotia*, edidit Vincentius Arango-Ruiz, *Editio altera. Appendice aucta*, Florentiae, 1969, p. 381, nt. 1 II. 3-5 – si riscontra la medesima terminologia: *Qui i(nfra) s(cripti) s(unt), ex praecepto optimi]i maximiq(ue) principis obligarunt prae[di]a, ut ex em]pto Ligures Baebiani | [usuras semestres i(nfra) s(criptas) percipiant e]t ex indulgentia eius pueri pu<<a>>ellaeq(ue) a[limenta] a]ccipiant*. Per una differente restitutio cfr. R. LAURENDI, *Institutum Traiani. Alimenta Italiae. Obligatio praediorum. Sors et usura. Ricerche sull'evergetismo municipale e sull'iniziativa imperiale per il sostegno all'infanzia nell'Italia romana*, cit., pp. 82-86. Per l'analisi relativa al contenuto della *Tabula* v., oltre agli autori già citati a proposito della Tavola veleiate, 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. Lo stesso lessico di cui danno testimonianza le fonti epigrafiche si incontra 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*; e nell'uso dei gromatici: v. Hyg. *de cond. agr.* (Lac. 116.5): *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*

La costituzione delle fondazioni poteva avvenire in diversi modi. Un privato cittadino poteva trasferire, a questo scopo, un predio alla città, la quale avrebbe provveduto a che esso venisse gravato tramite *vectigal*, restituendolo onerato all'originario proprietario (che lo avrebbe riacquistato, quindi, non più in qualità di *dominus* ma come vettigalista).

Per altro verso, poteva accadere che i proprietari, avendo ricevuto una somma di denaro messa loro a disposizione dall'imperatore, onerassero i propri fondi in modo che questi fornissero prestazioni periodiche e perpetue⁸⁵.

praediorum nella Tabula Alimentaria veleiatae: 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.

⁸⁵ 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. Deliberas mecum quemadmodum pecunia, quam municipibus nostris in epulum obtulisti, post te quoque salua sit. Honestas consultatio, non expedita sententia. Numeres rei publicae summam: uerendum est ne dilabatur. des agros: ut publici neglegentur. 2 Equidem nihil commodius inuenio, quam quod ipse feci. Nam pro quingentis milibus nummum, quae in alimenta ingenuorum ingenuarumque promiseram, agrum ex meis longe pluris actori publico mancipauit; eundem uectigali imposito recepi, tricena milia annua daturus. 3 Per hoc enim et rei publicae sors in tuto nec reditus incertus, et ager ipse propter id quod uectigal large supercurrit, semper dominum a quo exerceatur inueniet. 4 Nec ignoro me plus aliquanto quam donasse uideor erogauisse, cum pulcherrimi agri pretium necessitas uectigalis infregerit. 5 Sed oportet priuatis 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 però alle notizie dettagliate in merito tramandate da Plinio, v. C. SOLIMÉNA, *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; A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 15; F. LANFRANCHI, *Studi sull'Ager Vectigalis*, III, *La trasmissibilità a titolo singolare del ius in agro vectigali*, cit., pp. 97-100; V.A. SIRAGO, *L'Italia agraria sotto Traiano*, cit., pp. 290-293; F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella 'locatio' degli 'agri vectigales'*, in *SDHI* 30, 1964, pp. 13-17; A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A historical and social commentary*, Oxford, 1966 [rist. Oxford, 1985], pp. 422-424; J.W. TELLEGEN, *Pline le jeune et le legs pour Côme dans Ep. 5, 7*, in *BIDR* 92-93, 1989-1990, p. 85; M^a.D. DOPICO CAÍNZOS, *Liberalitas y aeternitas principis en Plinio el Joven*, in *Ktèma* 18, 1993, pp. 236-237; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Regimen juridico de*

Alcune incertezze sussistono in relazione alle conseguenze del mancato pagamento del canone, ma è verosimile che il fondo ritornasse alla città che lo avrebbe poi nuovamente gravato attraverso l'imposizione di un canone periodico⁸⁶.

Infine, occorre accennare alle ultime fattispecie rinvenibili in ambito pubblicistico che possono considerarsi archetipi di oneri reali: le contribuzioni per le opere di manutenzione relative alle cloache, alle strade e agli acquedotti.

È opportuno considerare, primariamente, il caso degli oneri di contribuzione per il mantenimento delle opere stradali. Più in particolare, secondo l'insegnamento che risale alle XII Tavole – la testimonianza è contenuta, più precisamente, nella Tab. VII.7⁸⁷ – la ma-

las concesiones administrativas en el derecho romano, Madrid, 1996, p. 145; G. MAININO, *Veleia, Plinio il Giovane e la Tabula Alimentaria per il diritto romano*, cit., pp. 118-122 e 123-125 (= *Studi giuridici sulla Tabula Alimentaria di Veleia*, cit., pp. 44-50 e 53-56); R. LAURENDI, *Institutum Traiani. Alimenta Italiae. Obligatio praediorum. Sors et usura. Ricerche sull'evergetismo municipale e sull'iniziativa imperiale per il sostegno all'infanzia nell'Italia romana*, cit., p. 42.

⁸⁶ 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 his 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*; cui adde Ulp. 17 *ad Sab. D. 6.3.2: ita tamen si vectigal solvant*. In storiografia si è evidenziato – 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*, cit., pp. 162-163 – quanto al mancato pagamento del canone, come i fondi appartenenti al *populus romanus* o al *princeps* sarebbero stati, in conseguenza del *commisum*, confiscati; gli agri municipali, in forza di una particolare clausola contrattuale (*lex commissoria*) inserita al momento della stipula dei contratti di concessione, sarebbero stati restituiti al *municipium*. 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*.

⁸⁷ Fest. *verb. sign. s.v. 'viae'* (Lindsay, p. 508 [e cfr. altresì *Roman Statutes*, II, ed. M.H. Crawford, London, 1996, p. 580, ove la seguente restituzione della Tab. VII.6-7: <<<via octo pedes esto, in anfractu sedecim pedes esto.>>> uias muniunt. ni sam delapidassint, qua uolet, iumenta agito]): *Viae sunt et publicae, per <quas*

nutenzione spettava ai frontisti, i quali dovevano prestare determinate opere per il mantenimento e, appunto, la manutenzione delle *viae*⁸⁸. Solo in una fase successiva, difatti, esse furono appaltate e si provvide, pertanto, a ripartirne le spese tra coloro che in precedenza avrebbero dovuto materialmente provvedervi.

Esse divennero, così, un *munus publicum*, cioè un vero e proprio onere gravante sui fondi, come peraltro si può desumere dal tenore delle ll. 24-28 della *Tabula heracleensis*⁸⁹.

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: ꝑonissamꝑ dilapidassunt, qua volet, iumento ageto. Peraltro, secondo 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, il '*viam munire*' doveva riguardare le vie private che percorrevano una pluralità di fondi e che erano utilizzate, quindi, da tutti i proprietari. Di conseguenza, ove uno di questi ultimi 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 dal 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 dallo studioso nella forma '*viam muniunt*'. Tuttavia, F. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, cit., pp. 184 nt. 125 e 211 nt. 230, ha sottolineato come la predetta lezione non abbia riscontro negli editori del *de verborum significatu*, che invece recano '*vias muniunt*'. L'impiego del sostantivo al plurale renderebbe meno probante l'ultimo argomento del Grosso.

⁸⁸ E come ha evidenziato 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. Arc. 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*.

⁸⁹ *Roman Statutes*, I, ed. M.H. Crawford, London, 1996, pp. 358-360 per la discussione circa l'esistenza, che si rifletterebbe nella presunta unitarietà della medesima *Tabula*, di una *lex municipalis* unica; p. 361 per una proposta di datazione (tra il 59 e il 57 a.C.) delle ll. 24-28; pp. 363-364 per la seguente trascrizione: *vacat/ quae viae in urbem Rom(am) propiusve u(rbem) R(omam) p(as-sus) m(ille) ubei continente habitabitur sunt erunt, quouis ante aedificium earum quael/ 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 comode 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*

La natura di *munera* attribuibile alle spese vale a rendere più chiaro anche il tenore di Call. 1 *de cogn.* D. 50.4.14.2⁹⁰, ove si specifica come le ‘*viarum munitiones*’ e le ‘*praediorum collationes*’ (ossia i contributi necessari a intraprendere le opere indispensabili ai fondi), ‘*non personae, sed locorum munera sunt*’.

La natura archetipica di oneri reali dei *munera* – che si rivela nel contenuto positivo della prestazione richiesta e nell’inerenza (cioè, nel rapporto, inscindibile, di causa-effetto sussistente tra la titolarità del diritto sul predio e la debenza del *facere*) della prestazione al fondo – ne determinava la trasmissibilità ai possessori futuri⁹¹.

A conclusioni non dissimili, infine, si giunge per le opere di riparazione e manutenzione degli acquedotti pubblici, a cui erano tenuti i proprietari dei fondi da essi attraversati⁹². Si noti come le fonti testimonino il parallelismo tra questi oneri e le ‘*collationes viarum*’⁹³.

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 loceis quae in ea partei erunt viarum reficien-/ darum tuemdarum procuratio esto, utei h(ac) l(ege) oportebit.

⁹⁰ In Call. 1 *de cogn.* D. 50.4.14.2 si legge infatti: *Viarum munitiones, praediorum collationes non personae, sed locorum munera sunt*. Su quest’ultimo frammento, v. R. BONINI, I “*libri de cognitionibus*” di Callistrato. *Ricerche sull’elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, I, Milano, 1964, p. 40, che afferma: «Il limite costituito da questi *munera locorum* per la nozione di *munus - administratio* è dunque ben consapevole, dal momento che il par. 2 appare logicamente parte integrante del par. 1 [...], e testimonia d’una apprezzabile probità intellettuale». Più in generale, su Call. 1 *de cogn.* D. 50.4.14, v. ora S. PULIATTI, *Callistratus. Opera*, Roma-Bristol, 2020, pp. 235-237, [F. 48].

⁹¹ A ulteriore dimostrazione di quanto affermato v. 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.*

⁹² 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.

⁹³ 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*

I casi esaminati nelle precedenti pagine, dunque, sia pure a fronte di una differente ricostruzione che adduce in contrario seri argomenti, implicano pur sempre l'onere del fondo attraverso l'imposizione di un peso, caratterizzato dalla inerenza, risolvendosi in una prestazione positiva, vale a dire in un *facere*⁹⁴.

pretio addicere: solent et fisco fusiones praestare), haec onera ad fructuarium pertinebunt. In proposito si è fatto notare 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. Una seconda testimonianza che conferma il 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.* Secondo A. PETRUCCI, 'Fistulae aquariae' di Roma e dell'ager Viennensis, cit., p. 189, l'elemento della 'deductio aquae' a favore di una abitazione situata a Roma può consentire di ipotizzare la derivazione dell'acqua dal *castellum*. Questa conclusione contribuisce a meglio definire la natura della stessa 'annua pensitatio'. Essa, dovuta appunto in conseguenza della derivazione d'acqua dal *castellum*, deve avere natura archetipica di onere reale derivante da uno 'ius aquae ducendae'.

⁹⁴ G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Diritti reali e obbligazioni. Storia e concetto dell'obbligazione*, cit., pp. 111-124, vorrebbe ricondurre queste fattispecie entro lo schema obbligatorio, distinguendo il diritto classico da quello giustiniano. Nel periodo classico, la natura pubblica del soggetto attivo testimonierebbe la speculare natura pubblicistica del rapporto, cui conseguirebbe l'inapplicabilità, se non per approssimazione e a titolo di mera esemplificazione, degli schemi del diritto privato. Lo studioso, dunque, indugia nell'esame dei 'munera civilia', nella forma di 'munera personarum' e 'patrimoniorum'. Quanto ai 'munera patrimoniorum', varrebbe l'ulteriore subdistinzione basata sul soggetto passivo, distinguendosi cioè quelli imposti ai possessori e quelli imposti ai *municipes*. Tra 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', di tal 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». A queste fattispecie non si potrebbe attribuire, quindi, 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». Anche in queste fattispecie, tuttavia, l'ente pubblico figurerebbe quale proprietario del bene, sicché il contributo versato altra natura non avrebbe se non quella di corrispettivo per l'utilizzazione di un bene di proprietà dell'ente stesso. Non si potrebbe discorrere, allora, di diritti reali, giacché sarebbero dovuti gravare su cosa altrui. D'altronde, ulteriori elementi militerebbero nel senso dell'obbligatorietà di queste

fattispecie. Prima di tutto, la concessione degli *agri vectigales* si configurerebbe come una locazione, fatto inammissibile se si trattasse di un diritto reale. Inoltre, non sarebbe prevalsa in giurisprudenza la costruzione «[...] della concessione come vendita, perché il diritto al prezzo non è mai un diritto reale, ma sempre un diritto di credito». Ancora, occorrerebbe considerare come la *lex agraria* del 106 a.C. discorra di '*dari oportere*', con linguaggio tipico delle obbligazioni. Richiamerebbe, poi, la nota definizione di obbligazione contenuta in I. 3.13 pr., Pap. 17 resp. D. 2.14.42 ove si parla, in riferimento al *tributum*, di '*necessitas solvendi*'. D'altro canto, in Pap. 19 resp. D. 50.15.5.2 è un pegno che garantisce il pagamento del tributo. Di ben altra importanza sarebbe l'argomento riguardante la tutela. Se si trattasse di diritti reali, infatti, deriverebbe da essi una *actio in rem*, di cui, però, non vi è traccia alcuna nell'editto (e non si comprenderebbe, peraltro, in che modo potrebbe esserne strutturata l'*intentio*). Alla ricostruzione dello Scherillo non potrebbe opporsi, quindi, la natura di *actio in rem* dell'azione concessa ai possessori del fondo gravato contro i terzi. Tralasciando il fatto che questa conclusione non varrebbe per il *cloacarium*, il *solarium* e le altre figure simili, l'eventuale esperibilità di una *actio in rem* non implicherebbe un necessario riferimento alla proprietà (anche se pretoria). Vi sarebbe da considerare, poi, il permanere del dualismo tra diritto civile e diritto pretorio: la sussistenza di una proprietà pretoria non avrebbe fatto venire meno quella in capo agli enti statali. Altre obiezioni sarebbero, infine: il passaggio dell'obbligo del pagamento a seguito del trasferimento del fondo, la responsabilità dell'attuale possessore per gli arretrati e la possibilità di derelinquere il fondo. Non potrebbe affermarsi, per un verso, come il diritto classico abbia sempre consentito ognuna di queste possibilità, la cui ammissibilità sarebbe pur sempre confinata all'ambito del diritto pubblico. Nemmeno varrebbe il fatto che le fonti discorrono del fondo alla stregua di convenuto e di oneri gravanti sulla cosa. Queste espressioni indicherebbero solo la trasmissibilità dell'azione a seguito di passaggio del fondo ai possessori successivi. Ciò dimostrerebbe 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*. Per il *cloacarium*, la *pensio* e ogni ulteriore figura assimilabile, varrebbero le medesime conclusioni prospettate per il diritto classico. In relazione, invece, al diritto dell'enfiteuta, esso si configurerebbe come un vero e proprio *ius in re aliena*. Alla stregua di obbligazione ambulatoria dovrebbe considerarsi, specularmente, il diritto del proprietario alla percezione del canone, come dimostra anche la terminologia adottata dalle fonti e la disciplina applicata. Alla stessa conclusione si giungerebbe nel caso del *solarium*, ove l'*actio in rem* concessa al superficiario è detta *utilis*. Nel processo giustiniano ciò confermerebbe solo che all'obbligato non si riconosce la qualità di proprietario, giacché, diversamente, egli disporrebbe della *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)». Sicché, se il superficiario fosse effettivamente proprietario dovrebbe discorrersi di azioni dirette. Né potrebbe confutare la ricostruzione proposta quanto si legge in Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.4. Nella testimonianza

E in effetti, in ognuna delle fattispecie esaminate ricorrono, sia pure in forma embrionale, i caratteri che poi contraddistinguono l'onere reale. In primo luogo, esse si configurano come prestazioni di carattere periodico e, almeno potenzialmente, perpetuo. In secondo luogo, tali prestazioni gravano sul (e sono dovute dal) fondo, tanto che Papirio Giusto poteva affermare: *'in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri'*. Ancora, in ragione della inerenza al fondo esse seguiranno il predio in ogni negozio che lo interessi, estinguendosi con il venir meno della *res* su cui gravano o a seguito di *derelictio*. 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.

Tutto ciò precisato, alcune ulteriori osservazioni potranno essere formulate avverso le argomentazioni addotte per confutare l'ipotesi ricostruttiva qui proposta.

In primo luogo, non si ritiene di dover attribuire valore eccessivo alle modalità "pubblicistiche" di costituzione di questi oneri. Il dato è, sotto il profilo genetico, indubitabile. Discorso diverso occorrerà fare, però, nel momento in cui si passi all'esame degli effetti concreti sulla *res*. Che queste fattispecie finissero per atteggiarsi, concretamente, come veri e propri oneri gravanti sul bene provvisti del carattere della sequela (come tali trasmissibili in ogni vicenda circolatoria a esso relativa), è altrettanto incontestabile.

D'altro canto, il particolare modo di costituzione va inquadrato nell'ottica (e come conseguenza) degli accresciuti bisogni a cui lo Stato doveva provvedere. Non può sorprendere, pertanto, che l'onere avvenisse mediante legge o negozio provvisto di natura pubblica. Anche per gli oneri di più antica costituzione, quelli riferiti cioè alle opere necessarie per la manutenzione

ora ricordata, infatti, si concede al proprietario del suolo la possibilità di esperire la *rei vindicatio* nei confronti dei terzi e del superficiario, ciò dimostrando che il proprietario del suolo rimane pur sempre proprietario anche della superficie (che è, dunque, uno *ius in re aliena*). Infine, anche per il caso del pagamento dell'imposta fondiaria varranno le medesime deduzioni formulate per il diritto classico. In conclusione, Scherillo afferma: «Gli elementi fondamentali di struttura – quelli, in definitiva, che contano – sono pur sempre quelli delle obbligazioni».

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*', sottratti cioè alla disponibilità dei privati per ragioni di pubblica opportunità.

D'altronde, non appare più convincente il tentativo di ridimensionare l'importanza del carattere dell'inerenza riducendola a mero elemento d'individuazione del soggetto tenuto alla prestazione *in faciendo*. Ciò varrà, al più, a dare risalto a uno degli effetti dell'inerenza, senza che ne possa conseguire una sovrapposizione tra il carattere dell'onere – l'inerenza stessa – e la sua capacità di incidere sul piano fattuale (più agevole individuazione dell'onere). L'insieme dei caratteri che vale a distinguere la fattispecie, dunque, deve essere tenuto distinto dalla somma degli effetti che da questi derivino sul piano della realtà fenomenica.

Sicché, nessuna incidenza potrà avere questa inerenza, per così dire, depotenziata a effetto mero, sulla determinazione della natura (reale o obbligatoria) dei '*munera quae rei proprie coherent*' e dei '*munera locorum*'. Peraltro, anche volendo prescindere da quanto si è appena affermato, si noti come il criterio di ripartizione dei carichi non avrebbe potuto che tener conto del rapporto tra il soggetto e il fondo, e ciò proprio in considerazione della natura stessa dell'onere. Il soggetto, difatti, avrebbe dovuto versare il contributo in conseguenza del legame giuridico instauratosi con il fondo e in proporzione agli iugeri di cui era in possesso.

A rilievi si espone anche l'individuazione nel concedente pubblico, per i casi del *vectigal*, del *tributum*, dello *stipendium*, del *solarium*, del *cloacarium* e della *pensio*, della qualità di proprietario, con la conseguenza che la contribuzione si sarebbe configurata alla stregua del corrispettivo per l'uso della cosa. Si è infatti sottolineato come, in realtà, queste particolari tipologie di concessione fossero state modellate, a partire dall'età imperiale, in modo da rendere certo che la corresponsione del canone avvenisse a intervalli regolari e che i concessionari fossero adeguatamente tutelati contro possibili ingerenze della pubblica autorità.

Si giunse in tal modo, anche grazie all'interpretazione dei giuriconsulti, a rendere le concessioni perpetue – naturalmente fino a che il canone venisse regolarmente versato – e trasmissibili *mortis causa* o per atto tra vivi, motivo per il quale, in storiografia, si è usi discorrere di esse come di un peculiare tipo di proprietà tutelata da *actio in rem*⁹⁵.

Qualora si accettasse questa ricostruzione verrebbe meno, quindi, l'obiezione in conseguenza della quale, non essendo individuabile per le concessioni alcun legame con la proprietà, i pesi imposti sui fondi non potrebbero ricomprendersi tra i diritti reali.

Né, poi, deve essere attribuita particolare rilevanza all'utilizzo della terminologia propria delle obbligazioni nei testi che riguardano queste particolari fattispecie. Così facendo si dovrebbe ritenere particolarmente probante nel senso della natura obbligatoria delle stesse anche il semplice fatto che le fonti, quando indicano rapporti di siffatto genere, impiegano l'espressione '*obligationes praediorum*'. Ma è evidente che quando ciò avviene è solo per mettere in evidenza quel particolare aspetto dell'inerenza al fondo della prestazione, con la correlata funzione di garanzia da esso svolta per la corresponsione del canone⁹⁶.

Certo è che i dubbi sulla natura reale delle fattispecie in parola non paiono del tutto fugati. Probabilmente, la questione deve essere affrontata anche (e soprattutto) in una prospettiva che tenga in giusta considerazione il profilo dell'evoluzione storico-economica delle stesse, 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 da cui estra-

⁹⁵ 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).

⁹⁶ 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.* 3.2.9 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 non richiama in alcun modo la categoria delle obbligazioni.

polare i caratteri per mezzo dei quali costruire la figura dell'onere reale.

Il discorso sin qui svolto, e i risultati raggiunti, sono prodromici alla risoluzione della questione che si affronterà nel paragrafo successivo, vertente sulla possibilità di includere alcune figure del diritto privato nel novero di quelli che abbiamo appena definito archetipi dell'onere reale.

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

Nel paragrafo che precede si è affrontato il problema dell'ammissibilità di fattispecie archetipiche di oneri reali nel diritto pubblico romano, ritenendosi non del tutto probanti gli argomenti addotti per confutare la tesi più possibilista. D'altronde, l'effettiva sussistenza di casi in cui la particolare configurazione della prestazione, alla stregua di peso insistente sul fondo, presenterebbe alcune delle caratteristiche che sarebbero poi confluite nella categoria degli *onera realia*, rafforza l'ipotesi ricostruttiva proposta.

La questione deve essere ora considerata nell'ambito del diritto privato⁹⁷. A questo riguardo è di particolare interesse il seguente frammento:

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 Paolo⁹⁸. Essa, collocata dai compilatori sotto

⁹⁷ Ammettevano esplicitamente questa possibilità C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 79; 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; A. PALERMO, *Enfiteusi – superficie – oneri reali – usi civici*, in W. BIGIAMI (Diretta da), *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1965, p. 519.

⁹⁸ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 1058.

il titolo *De aqua et aquae pluviae arcendae* (D. 39.3) è relativa alla seguente fattispecie. *Apud Ateium*⁹⁹ si rinveniva l'opinione secondo cui il vicino avrebbe potuto essere costretto a ripulire («... *cogendum esse vicinum purgare ...*») il canale attraverso il quale, spontaneamente, le acque fluivano 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*»)¹⁰⁰.

Deve certamente escludersi che la fattispecie riferita possa risolversi in una servitù, e ciò per un doppio ordine di ragioni: l'una di carattere sistematico e l'altra di *ratio* dell'operazione posta in essere.

Per un verso, e sotto il primo profilo, vale certamente la collocazione del frammento sotto il titolo *De aqua et aquae pluviae arcendae* (D. 39.3), relativo ai limiti legali al diritto di proprietà. Per l'altro, appare maggiormente plausibile che l'intenzione dei vicini non fosse stata quella di costituire un rapporto di sudditanza tra il fondo superiore e quello inferiore (che avrebbe ipoteticamente beneficiato dell'*utilitas* arrecata dallo spurgo), sibbene tutelare il diritto di proprietà attraverso l'imposizione di una prestazione positiva e periodica¹⁰¹.

⁹⁹ Dubbi sussistono sull'identificazione del giureconsulto ricordato da Paolo. 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 tra i *Servii 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). Peraltro, V. ARANGIO-RUIZ, s.v. 'Ateio, Caio', in *Enciclopedia italiana, Appendice I*, Roma, 1938 [rist. Roma, 1949], p. 181, ha fatto notare come il manoscritto fiorentino delle Pandette rechi *Antaeus* e non *Ateius*.

¹⁰⁰ Già la gl. '*vicinum*' ad D. 39.3.2.4 (*ed. cit.*, II, c. 103) percepiva l'anomalia di questo particolare onere *in faciendo* e, per tale ragione, interpretava il '*fossam purgare*' nel senso di '*pati fossam purgare*'. Ma questa diversa lettura, come è stato 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.

¹⁰¹ A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 187. La conseguenza è che l'*actio aquae pluviae arcendae* – su cui cfr. almeno 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, *Aqua 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 esperita per costringere il soggetto a ripristinare l'originario stato dei luoghi. Si osservi, tuttavia, come le conclusioni che si traggono da Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.4 debbano essere lette alla luce del quadro, ben più problematico, dipinto in Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.6, che sembra spingere verso ipotesi differenti relativamente ai presupposti di esperibilità dell'azione. Secondo M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla teoria della responsabilità per danno nel diritto romano*, cit., pp. 41-42, a questi fini non sarebbe dovuto necessariamente sussistere l'*opus manu factum*, e ciò anche considerando la ricostruzione della formula decemvirale, sprovvista di riferimenti al '*manu nocere*'. La ricostruzione prospettata sarebbe adombrata nella dottrina di Affidio Namusa illustrata in Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.6, secondo cui l'azione si sarebbe dovuta concedere 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 proprio Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.4. Per Sargenti (p. 114), infatti, nel caso ivi prospettato, il proprietario del fondo su cui era collocata l'opera avrebbe dovuto obbligatoriamente *purgare* il canale per evitare che un afflusso di acqua anomalo verso il fondo inferiore potesse recargli qualche danno. E ciò anche ove il nocumento 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. Secondo F. SITZIA, *Ricerche in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'*, *dalle XII Tavole all'epoca classica*, cit., p. 44, l'elemento della *voluntas*, di cui a Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.6, andrebbe connesso al proprietario del fondo '*unde aqua nocet*'. Affidio Namusa, dunque, avrebbe inteso riferire l'*opus manu factum* a tutte quelle ipotesi in cui l'opera del proprietario avesse causato un danno materialmente imputabile all'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 individuarvi una conferma ulteriore 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*, Mila-

Obiettivo era, dunque, non la ricerca di una qualche utilità per il fondo inferiore (che astrattamente avrebbe potuto sostanzarsi nella ricezione del corretto 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, sotto altro aspetto, di notevole interesse, giacché consente di meglio caratterizzare la differenza che intercorre fra la servitù e l'onere reale rispetto ai limiti legali al 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 dominante¹⁰². Innegabilmente, di "utilità" per il fondo inferiore può facilmente discorrersi, dato che esso, essendo il canale libero dall'eventuale sedime accumulatosi, potrà ricevere il corretto afflusso di acqua.

E però, se si supera questa prima (e superficiale) lettura della fattispecie, si comprende, e in ciò trova riscontro il predetto rilievo sistematico, come il proprietario del fondo, procedendo allo spurgo del canale, altro non farà se non evitare di contravvenire alle previsioni di cui al titolo *De aqua et aquae pluviae arcendae* (D. 39.3) e, dunque, alle conseguenze pregiudizievoli dell'*actio*¹⁰³.

no, 1967, pp. 219-201, solo in estratto), con un interessante parallelismo rispetto all'art. 913 del Codice civile.

¹⁰² L'utilità è intesa 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 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 che degrada sommamente quando si tratti di utilizzare le acque per accrescere l'*amoenitas* del luogo.

¹⁰³ D'altro canto, l'effettuazione delle opere di spurgo apporta notevoli vantaggi al fondo attraversato dal canale che, nell'eventualità di una mancata pulitura, potrà subire notevoli danni a cagione dell'irregolare deflusso delle acque. Il proprietario dell'appezzamento onerato consegue, perciò, una doppia utilità: per un verso, non subisce le conseguenze negative derivanti dall'esperimento dell'azione (ta-

In effetti, ove si ponga mente all'obiettivo concreto perseguito a mezzo delle c.d. limitazioni legali al diritto di proprietà, si vedrà come esso consista nello stabilire carichi e vantaggi comuni affinché l'esercizio del diritto possa avvenire secondo la legge¹⁰⁴.

Il mancato spurgo del canale da parte del proprietario del predio su cui insiste l'*opus manu factum*, oltre a recare un danno al proprio fondo, potrà cagionare nocumento anche a quelli al suo contigui, il che spiega la caratteristica allocazione dell'onere¹⁰⁵.

Se ciò è vero, e non vi sono fondati motivi per dubitarne, dovrà ammettersi (come logica conseguenza) che in caso di trasmissione del fondo per atto tra vivi o *mortis causa*, il fondo passerà all'acquirente gravato dal peso che ivi già insiste.

D'altro canto, nel brano si afferma chiaramente come lo spurgo sarebbe dovuto avvenire '*sive extet fossae memoria sive non extet*'. Ciò si chiarisce proprio alla luce del fatto che essendo il peso gravante sul predio – essendo provvisto, cioè, della natura reale – allo spurgo si sarebbe dovuto provvedere indipendentemente da qualsiasi altro fattore legato al ricordo di quando l'*opus manu factum* fosse stato effettivamente realizzato. A ciò si aggiunge an-

le utilità sarà, per questa ragione, meramente personale) e, per l'altro, evita altresì che il proprio predio sia invaso dalle acque (l'utilità sarà, allora, solo indirettamente personale). Del pari, pure il fondo inferiore (e per il tramite di questo, il proprietario) trarrà una certa utilità (giacché, a seguito dello spurgo e della corretta manutenzione, riceverà il corretto volume di acqua), senza che ciò autorizzi a individuare, quale obiettivo primario dell'onere, quello di arrecare una *utilitas* del tipo di quella prevista per la servitù. Per il tramite dell'onere si tutela esclusivamente l'altrui proprietà, fatto che spiega la possibilità di esperire l'*actio aquae pluviae arcendae*. D'altronde, l'imposizione di una servitù crea uno squilibrio a favore del fondo dominante (che si traduce in un accresciuto godimento per il proprietario). A esso, quindi alla maggiore utilità, corrisponde necessariamente una posizione di soggezione del fondo servente, a cui consegue una compressione del diritto di proprietà e, dunque, una diminuzione dell'utilità che da esso si trae. Nel caso prospettato, come si vede facilmente, di tale squilibrio non vi è che una minima traccia. Ma dal tenore di Paul. 49 *ad ed. D.* 39.3.2.4 si arguisce come l'utilità sia recata anche al fondo su cui insiste l'*opus*.

¹⁰⁴ A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 187.

¹⁰⁵ Le acque avrebbero dovuto scorrere *naturaliter*. Con tale avverbio si vuole far riferimento alla naturale predisposizione dei luoghi in cui esse fluiscono. D'altronde, il flusso delle acque poteva essere determinato anche a mezzo della *lex agro dicta* o per effetto della *vetustas*.

che la necessità di specificare come 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*.

D'altronde, il *facere* è strutturalmente connesso all'esistenza dell'*opus*, con la conseguente (e inevitabile) trasmissibilità dell'onere ai successivi acquirenti o possessori del predio; della possibilità di valersi della *derelictio*; dell'estinzione dell'onere nel caso in cui l'afflusso e la successiva derivazione d'acqua venga, per una certa ragione, meno¹⁰⁶.

Valga oltretutto osservare come in questo caso non vi possa essere dubbio sull'inquadramento della fattispecie nel novero dei rapporti di natura reale, mancando quel fondamentale rapporto tra soggetti che caratterizza l'obbligazione. Il *facere*, in realtà, incombe sul proprietario del predio per il solo fatto che questi è legato al fondo da un rapporto dominicale. Né possono valere le obiezioni mosse per tutte quelle fattispecie esaminate nel precedente paragrafo, discorrendosi in questo caso di fondi appartenenti a privati e non essendovi, per tal motivo, alcuna necessità di particolari espedienti tesi a vincolare il soggetto al predio per determinare la ripartizione di oneri di natura fiscale.

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 elemento, 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 come alla distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam* non consegua automaticamente la ripartizione dei diritti in reali e di obbligazione¹⁰⁷. Forse, come pure è stato rilevato¹⁰⁸, si potrebbe spiegare la natura dell'azione in ragione dello stadio ancora non ben sviluppato a cui si trovava il pensiero dei

¹⁰⁶ Come, per esempio, nel caso di disseccamento della fonte da cui proveniva l'acqua che ivi scorreva o di distruzione del canale stesso.

¹⁰⁷ In questo senso si veda la ricostruzione di C. FADDA, P.E. BENSA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 74.

¹⁰⁸ Cfr. C. FADDA, P.E. BENSA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 81.

giureconsulti quando si iniziarono a prendere in considerazione tali forme di rapporti¹⁰⁹.

Sono diversi, dunque, gli elementi che consentono di individuare nella particolare ipotesi di Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.4 un archetipo di onere reale.

6. *La presunta validità generale della regola servitus in faciendo consistere nequit e l'ammissibilità di archetipi dell'onere reale in diritto romano*

Si pone adesso la necessità, prima di affrontare il punto della natura attribuibile alla *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*, di svolgere una serie di riflessioni a chiusura del discorso sin qui svolto.

Conviene partire dalla questione trattata nel paragrafo introduttivo, vale a dire se sia possibile individuare in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 un principio valevole per ogni figura rientrante nella categoria dei diritti reali. L'analisi della testimonianza di Pomponio, non limitata esclusivamente al paragrafo ora ricordato ma estesa anche al *principium*, ha fatto propendere per una soluzione di senso negativo.

Fugati i dubbi circa il presunto carattere insitico del lemma *natura*, si è proposto di inquadrarne l'impiego nella cornice offerta dal più complesso e ampio discorso pomponiano avente l'obiettivo di limitare l'applicazione della regola *servitus in faciendo consistere nequit* ai casi in cui il *facere* non fosse diretto alla soddisfazione di una necessità obiettiva dell'immobile dominante, ma fosse volto all'apagamento di un bisogno meramente soggettivo del proprietario.

Il giureconsulto, dunque, intendeva porre un limite alla possibilità di pretendere una prestazione positiva con inerenza all'immobile ogni qual volta l'esigenza da soddisfare fosse esclusivamen-

¹⁰⁹ Peraltro, se si identifica il giurista ricordato da Paolo con Caio Ateio, allora si può congetturare nel senso di un processo di sviluppo ancora embrionale relativamente alla tutela di questi specifici rapporti. È bene ricordare, infatti, come 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* – insorse la disputa circa la *refectio* nella *servitus oneris ferendi*.

te personale, e per tale via tracciare una differenza rispetto al fine e, quindi, al conseguente utilizzo, di fattispecie dal carattere obbligatorio.

Che la regola non avesse una validità generale, e che invece ancora una volta venisse in considerazione il requisito dell'*utilitas*, è stato ulteriormente ribadito 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. Il confronto tra le fattispecie riferite da Pomponio e Ulpiano ha consentito di determinarne la differenza sostanziale. Si è tuttavia constatato come, nonostante la diversità riscontrata, il soggetto passivo potesse essere costretto alla rimozione dell'ostacolo attraverso un'azione di natura reale (o, alternativamente, a mezzo di interdetto).

Specularmente, si è dimostrato come non meriti accoglimento quella ricostruzione secondo cui la non rimozione dell'ostacolo – e, dunque, l'impedimento continuato all'esercizio del diritto – costituirebbe, non un *facere* in senso proprio, ma una ingerenza positiva nella sfera di esclusività derivante dalla titolarità del diritto reale. Ciò, invero, rappresenta il portato di una preconcetta idea secondo cui non si potrebbero ammettere diritti reali il cui contenuto – ma la stessa conclusione dovrebbe valere, si badi, per il contenuto di qualsiasi onere accessorio – possa consistere in un *facere*.

E tuttavia, non solo la nota regola *servitus in faciendo consistere nequit* è sprovvista della 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 in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 (e implicitamente può desumersi per il caso di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5), poteva essere pretesa *suis actionibus*, vale a dire mediante azione reale.

La possibilità di accogliere una soluzione fondata sulla teoria dell'ingerenza positiva, di conseguenza, si scontra con due ostacoli difficilmente superabili: per un verso, la possibilità di pretendere con azione reale la rimozione dell'ostacolo e, per l'altro, il fatto che quest'ultima si sostanzia in una condotta effettivamente positiva a carico del soggetto passivo.

D'altro canto, la ricostruzione formulata e quella confutata potrebbero rappresentare l'espressione, speculare, di una stessa fatti-

specie. Si ammetta pure che la non rimozione – vale a dire il tenere gli alberi in modo da impedire o rendere più difficoltoso l'esercizio del diritto – costituisca una sorta di ingerenza positiva. Ma a ciò consegue pur sempre l'esperibilità dell'azione reale (o dell'interdetto) per costringere il soggetto passivo a effettuare la rimozione, che si risolve necessariamente in un *facere* incombente sull'onerato.

Rimane da vedere quale sia la ragione giuridica posta 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 per *utilitas* non debba intendersi quella direttamente legata al contenuto del diritto, ma si faccia piuttosto riferimento all'utilità mediata derivante dal comportamento attivo dell'onerato. Tale *facere* diviene, infatti, necessario e utile obiettivamente nel momento stesso in cui l'omissione di una azione positiva, direttamente e causalmente connessa alla posizione passiva del soggetto, impedisce al titolare l'esercizio del diritto.

Appare più chiara, in questi termini, 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, ove per cause imputabili al proprietario dell'immobile gravato ciò non sia più possibile, a mezzo della medesima azione il proprietario dell'immobile dominante potrà anche profittare dell'utilità c.d. mediata che si sostanzia nella rimozione della causa impeditiva.

Un *facere*, pertanto, poteva essere preteso mediante azione reale, incombendo sul soggetto passivo in qualità di proprietario del fondo gravato dallo *ius in re aliena*.

Nel terzo paragrafo sono stati esaminati Scaev. 7 dig. D. 18.1.81.1 e Paul. 13 resp. D. 33.1.12. In particolare, per quanto concerne quest'ultimo frammento, si è cercato di dimostrare come la decisa affermazione paolina – secondo cui, nella particolare fattispecie considerata, *servitatem iure constitutam non videri [neque in personam neque in rem]* – non costituisse conseguenza applicativa della regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Invero, lo stesso giureconsulto descriveva il caso enucleandone le coordinate fattuali sì da evidenziare l'elemento cardine posto alla base della decisione assunta, precisando come i fondi si trovassero *diversis pagis*, ragione

per la quale, quindi, era stata esclusa la costituzione di una servitù prediale (tanto più che qualche dubbio sarebbe potuto sorgere vista la particolare articolazione, tra fondi, del rapporto).

Anche in Scaev. 7 *dig.* D. 18.1.81.1 il problema affrontato riguardava la prestazione positiva a cui era costretto Lucio Tizio nei confronti di Gaio Seio. Nel caso considerato, tuttavia, come peraltro aveva già precisato una risalente dottrina, si sarebbe dovuta tenere distinta l'obbligazione attraverso cui il promittente si era vincolato alla prestazione annua dalla *lex venditionis*, la cui formulazione potrebbe adombrare l'effettiva volontà del soggetto tesa all'onereamento del fondo attraverso l'imposizione di una prestazione periodica di contenuto positivo.

Il rapporto, d'altro canto, è strutturato in modo da intercorrere tra i fondi, sicché la mancata costituzione dell'onere potrebbe piuttosto derivare dalla erroneità del mezzo giuridico impiegato, che, di fatto, non avrebbe potuto provocare altri effetti al di fuori di quelli a natura meramente obbligatoria.

Nessuno dei frammenti considerati, dunque, contiene univoche prove dell'applicazione della regola che si vorrebbe affermata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. E infatti, se si fosse discusso della impossibilità di concepire diritti reali di contenuto positivo per contrarietà al principio *servitus in faciendo consistere nequit*, è assai probabile che i giureconsulti vi avrebbero fatto esplicito riferimento.

La questione è stata poi brevemente affrontata, nel quarto paragrafo, anche in relazione alla sfera prettamente pubblicistica, ove una parte della storiografia ha creduto di poter individuare una serie di fattispecie archetipiche degli oneri reali. A questo scopo sono stati considerati, per un verso, il *tributum* e lo *stipendium*. Tali figure, come è stato possibile desumere dall'esame delle fonti, sono caratterizzate dalla periodicità e potenziale perpetuità delle prestazioni, cui si accompagna una responsabilità del possessore attuale del fondo per gli arretrati.

L'analisi è poi proseguita soffermando l'attenzione sul *vectigal*, sulle fondazioni alimentari, sugli 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., come le fonti ribadiscano significativamente 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 ricevono la qualificazione di *obligationes praediorum*.

Per ciò che concerne gli oneri per la manutenzione delle opere stradali, è stata considerata primariamente la Tab. VII.7. Dall'analisi della norma decemvirale si apprende come, in una prima fase, l'onere manutentivo gravasse sui frontisti. In progresso di tempo le predette opere, ripartite sempre tra i medesimi soggetti, divennero un vero e proprio *munus publicum*, tanto che le *viarum munitiones* e le *praediorum collationes* finirono per atteggiarsi 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 effettivamente atteggiarsi a veri e propri archetipi, sebbene nel diritto pubblico, di oneri reali, sono state formulate alcune osservazioni in relazione alla ricostruzione che avrebbe voluto invece attribuire a tali fattispecie natura obbligatoria.

Sono sorte delle perplessità per quanto riguarda l'argomento incentrato sulle modalità di costituzione a mezzo di leggi o negozi di natura pubblica. Al rilievo si è obiettato evidenziando come questi oneri, nonostante la genesi nell'ambito del diritto pubblico, per loro stessa natura, in ragione cioè dei caratteri a essi intrinseci, non possano che gravare sui fondi e trasmettersi ai successivi possessori, indipendentemente dalla paventata derivazione di tali caratteristiche dall'indole del mezzo di costituzione. D'altronde, non può certo negarsi il peso che sul modo di costituzione deve aver avuto la necessità di dare risposta agli accresciuti bisogni a cui lo Stato, per mezzo di queste figure, doveva far fronte. Del pari, e 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*.

Parimenti, non è opportuno attribuire soverchia rilevanza all'elemento della inerenza al fondo quale mero strumento diretto alla

determinazione dei soggetti cui distribuire i carichi. L'onere, infatti, non avrebbe potuto che gravare sul fondo, conseguendo proprio a questo rapporto, cioè, in definitiva, all'inerenza, il versamento del contributo (in proporzione, naturalmente, agli iugeri posseduti).

Parte della dottrina ha poi evidenziato come, in ognuno dei casi esaminati, il concedente avrebbe pur sempre conservato la proprietà del fondo, sicché le prestazioni del concessionario si sarebbero dovute necessariamente configurare alla stregua di corrispettivo per il godimento del predio.

L'argomento, tuttavia, non è irrefutabile. Si ponga mente al fatto che, anche grazie all'elaborazione giurisprudenziale, la precarietà delle concessioni venne progressivamente attenuandosi sino al definitivo consolidamento e alla caratterizzazione delle stesse per principi assimilabili a quelli della proprietà. A questa situazione, dunque, ben sarebbe potuta corrispondere in capo al concedente una condizione equiparabile alla titolarità di un vero e proprio *ius in re aliena*.

Infine, si è notato come la terminologia utilizzata dalle fonti – che corrisponderebbe a quella propria di istituti appartenenti al novero delle obbligazioni – non potrebbe deporre automaticamente a favore della natura obbligatoria delle prestazioni medesime.

La specificità terminologica, invero, si giustifica alla luce della necessità di rimarcare il carattere dell'inerenza della prestazione al fondo e, per questa via, la funzione di garanzia da esso assolta per il pagamento del canone.

Gli argomenti esposti in questo primo capitolo portano a escludere che in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 sia stato enunciato un principio provvisto, per i classici, di valenza generale. Esso conosce, anzi, diverse eccezioni inquadrabili, con buona approssimazione, tra le figure archetipiche degli oneri reali.

Il rilievo, tuttavia, abbisogna di una precisazione ulteriore tesa a sottolineare lo stato ancora embrionale dell'elaborazione giurisprudenziale della fattispecie, sia pure a fronte della possibilità di individuare, in un buon numero di casi, le caratteristiche che la dottrina avrebbe individuato come proprie della 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

LA REFECTIO PARIETIS NELLA SERVITUS ONERIS FERENDI: UNA RICOSTRUZIONE ALTERNATIVA

SOMMARIO: 1. Analisi e inquadramento della fattispecie considerata in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2. 2. – Se l'*onus refectionis* nella *servitus oneris ferendi* sia di matrice giustiniana. 3. – Se possa accogliersi la congettura di Gino Segrè circa la *vindicatio* della *servitus oneris ferendi*. 4. – Esame dei diversi tentativi volti a spiegare e conciliare l'*onus refectionis* nella *servitus oneris ferendi* con la regola *servitus in faciendo consistere nequit* e obiezioni a essi movibili. 5. – Una congettura alternativa circa la portata della regola *servitus in faciendo consistere nequit* e sulla sua relazione con l'*onus refectionis* nella *servitus oneris ferendi*. 6. – La natura giuridica 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.

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

Alla luce delle considerazioni previamente svolte è giunto il momento di soffermarsi su Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, di cui va pure considerato il par. 3:

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 servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus reffectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem 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 servitatem 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 Ulpiano¹, è sistemato dai commissari giustiniane a commento del titolo *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* (D. 8.5).

Il frammento presenta tutta una serie di questioni controverse. Per cominciare, non meglio definibile è il reale punto sul quale si era incentrata la disquisizione intercorsa tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo che parrebbe riguardare, a una prima superficiale lettura della fonte, il problema dell'*actio* che si poteva accordare al titolare della *servitus oneris ferendi* per costringere il proprietario del fondo servente a un *facere*, cioè alla *refectio parietis*².

¹ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 519.

² 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, è opportuno ricordare 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 servitatem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus reffectio ad eum pertinet, qui sibi servitatem 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 servitatem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.* L'opinione dello studioso 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

Il testo, invero, 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 imporre al proprietario dell'edificio servente non solo la sopportazione del peso della trave («*Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat ...*») ma, anche, la *refectio parietis* – si noti, peraltro, come nel frammento venga utilizzato impropriamente il lemma *aedificium* per indicare l'oggetto del *reficere* – nel modo stabilito al tempo in cui era stata costituita la servitù («... *et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est.*»).

A questo proposito il giureconsulto di Tiro ricorda l'opinione di Aquilio Gallo, poi non prevalsa, secondo cui non si sarebbe potuta ammettere una servitù che costringesse il *dominus* dell'immobile gravato a fare alcunché («*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, come in ogni servitù la *refectio* dovesse incombere sull'asserito titolare del diritto e *non ad eum, cuius res servit*³.

Ma era prevalsa la differente dottrina di Servio Sulpicio Rufo («*sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ...*»)⁴, secondo cui il proprietario dell'edificio servente avrebbe potuto essere forzato 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*»)⁵.

stata effettivamente formulata. Su questo punto si può certo convenire. Ciò prova, se non altro, che una diversa prospettiva interpretativa aveva suscitato consensi.

³ Sulla collocazione palinogenetica del passaggio di Aquilio Gallo v. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., col. 55.

⁴ Sulla palinogenesi del testo di Servio Sulpicio Rufo v. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., col. 324, che sistema il brano tra i *loci incerti*.

⁵ Si può leggere qui, seguendo la ricostruzione generalmente accolta e nonostante importanti dissensi in proposito, l'*intentio* 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*

Era opportuno richiamare, quindi, il pensiero di Labeone e, più precisamente, il rilievo per cui 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 servitatem non hominem debere, sed rem ...*»), a ciò conseguendo la possibilità, per il caso in cui il *dominus* dell'edificio servente non avesse voluto provvedere alle necessarie opere di riparazione, di *derelinquere* il *paries* («... *denique licere domino rem derelinquere scribit*»). Il paragrafo si conclude, dunque, chiarendo che l'azione, nonostante

iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt, cit., p. 79). Sul punto v., poi, conformemente, 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); C. FADDA, P.E. BENSA, *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. BENSA, *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 reffectio 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 reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 64. *Contra*, G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, cit., pp. 691-692 (= *La clausola restitutiva 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 reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 185. Sul punto v. anche S. MASUELLI, *La reffectio 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 preveda il *cogere adversarium a onera sustineat e parietem reficiat*, essendo sufficiente la formula della *vindicatio servitutis*. A. RUSSO, *Servitù di appoggio e «refectio parietis»*, cit., p. 73 e nt. 12, pur dichiarando suggestiva la ricostruzione del Segrè, non prende ulteriormente posizione sul problema formulare.

la sua intrinseca particolarità, *in rem magis est quam in personam* e che, pertanto, sarebbe spettata al proprietario avverso il titolare del diritto dominicale sul fondo servente⁶.

Si rende opportuno illustrare, a questo punto, 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 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 ut 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.

⁶ 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 restitutoria*, cit., p. 683, nt. 4 (= *La clausola restitutoria 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 anche l'assenza di riferimenti al *possessor* pure legittimato alla *vindicatio*. 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. 352-353.

Si aggiunge, tuttavia, un elemento ulteriore e 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 quanto previamente affermato, il giureconsulto riferisce del contenuto della *lex aedium*, attraverso cui si stabiliva 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' ...*»)⁷, chiarendosi immediatamente il portato di una siffatta formulazione specificando come *in perpetuum idem paries aeternus*⁸ *esset*. Ciò, però, non nel senso che il *paries* avrebbe dovuto durare eternamente («... *non enim hoc his verbis dici, ut in 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.

D'altro canto, a completare il quadro si aggiunge Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.2⁹, ove pure la *refectio parietis* viene chiaramente a

⁷ 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 mancipii* di quel tenore, che si servasse quanto da lui in precedenza deciso in tema di appoggio; G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit., pp. 209-210, il quale soggiunge 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.

⁸ 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 punto R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 68, nt. 17 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 20, nt. 17).

⁹ Ma cfr. anche 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 prohibuitos altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit; Ulp.*

configurarsi come onere incombente sul proprietario dell'edificio servente:

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'editto¹⁰, spiega in cosa debba consistere la differenza intercorrente tra l'*actio* che compete nel caso della *servitus oneris ferendi* e quella concessa, invece, nel caso della *servitus tigni immittendi* («*Distant autem hae actiones inter se ...*»)¹¹. E proprio in questa occasione ribadisce come nel primo caso («... *quod superior quidem locum habet ...*») l'azione sia diretta *ad compellendum vicinum reficere parietem meum*¹², mentre nel secondo a far sì che il proprietario dell'edificio servente *tigna suscipiat*, chiarendo a conclusione del discorso come ciò non sia *contra genera servitutium*¹³.

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 cogere.*

¹⁰ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 519.

¹¹ 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 mihi talem servitutem, 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.*

¹² Si noti come l'uso poco perspicuo del possessivo renda ancor meno chiaro il discorso svolto da Ulpiano. Secondo B. BRUGI, *L'ambitus e il paries communis nella storia e nel sistema del diritto romano*, in *RISG* 4, 1887, pp. 388-389, 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).

¹³ Secondo TH. MOMMSEN, *Editio maior, ad h.l.*, nt. 1, invece di *genera* si sarebbe dovuto qui leggere *regulas*. L'osservazione è assai significativa. In essa si percepisce, infatti, la difficoltà di inquadramento dell'onere della *refectio* entro gli schemi ormai prevalenti in epoca giustiniana. Deve essere accolta, infatti, l'opinione

ne 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 finisca per allontanarlo dallo stile bizantino che si manifesta nell'uso del secondo lemma; G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, cit., p. 692, nt. 24 (= *La clausola restitutiva nelle azioni "de servitutibus"* e *le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 66, nt. 1), che pure ritiene giustiniano l'intero periodo; 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 di *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». È complesso accertare, in ogni caso, se il periodo *quod non est contra genera servitutium* sia frutto di una aggiunta operata dai giustinianeî e non, invece, 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. Il discorso si svolge essenzialmente in questi termini. Nel principio del brano Ulpiano specifica come la riparazione della parete spetti al vicino proprietario dell'edificio su cui la servitù grava. Nel par. 1, poi, precisa come *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*. Ed è a questo punto che assume notevole importanza la determinazione, in base alla distinzione tra le due azioni e in riferimento alla prima, della ragione in conseguenza della quale Ulpiano sentiva il bisogno di aggiungere *quod non est contra genera servitutium*. La *servitus tigni immittendi*, per un verso, sarebbe rientrata senza particolari problemi nel *genus servitutis*, poiché scopo di essa era costringere il soggetto a sopportare l'inserimento della trave nel *foramen* (senza che potesse pretendersi alcun *facere*). D'altro canto, a Ulpiano era ben nota la disputa intercorsa tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo, il prevalere dell'opinione di quest'ultimo giurista e, infine, la dottrina labeoniana della *derelictio*. 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 non era *contra genera servitutium*? Non si può certo attribuire a Ulpiano un'affermazione dal tono tanto impreciso e dalla dubbia utilità. E ciò è indubbio sia che la si voglia riferire al primo caso – giacché, appunto, ben chiara doveva essere la particolarità della *servitus oneris ferendi* – sia, e vieppiù, se la si connetta alla seconda specie di servitù (la quale,

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

Si è avuto modo di illustrare, seppure in breve, il contenuto delle testimonianze le quali, a prescindere da ogni problematica di carattere testuale, trattano della *servitus oneris ferendi* e dell'onere della *refectio*.

Occorre adesso valutare, per quanto del tutto isolata, la posizione che sul punto ha assunto Gerhard Beseler¹⁴. Ha significativa importanza, infatti, esaminare gli elementi che hanno spinto lo studioso a propendere, *tout court*, per la non classicità del modo con cui l'*onus refectionis* è configurato nella *servitus oneris ferendi*. Secondo Beseler, che a supporto della propria ricostruzione adduce prevalentemente elementi di carattere formale, i compilatori avrebbero totalmente alterato, aggiungendo quanto ora ivi si legge, il periodo iniziale di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, precisamente da *etiam* sino a *comprehensus est*¹⁵.

Nell'originaria formulazione del frammento, infatti, Ulpiano avrebbe manifestato la propria adesione all'opinione di Aquilio Gallo, e si sarebbe trovato scritto, perciò, *Gallus recte scripsit* nel luogo ove ora compare il verbo *puto*. Il brano, dunque, pur riportando ori-

evidentemente, non avrebbe contrastato con il principio *servitus in faciendo consistere nequit*). Rimane da accertare, per quanto possibile, se essa sia da attribuire ai commissari giustiniani o a qualche glossatore postclassico. Il discrimine è costituito dalla riferibilità concreta della chiusa stessa. Se, come sembra più plausibile, è ai giustiniani che si deve l'estensione dell'invero ristretto ambito di applicazione della regola enunciata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, la chiusa del frammento, dal tono assai generalizzante, non potrebbe che avere la funzione di sottolineare ulteriormente la specificità della *servitus oneris ferendi*. Se, diversamente, la si voglia riferire alla *servitus tigni immittendi*, potrebbe credersi che autore della stessa sia stato un anonimo glossatore, a cui non doveva essere ben chiaro il discorso svolto da Ulpiano e che aveva equivocato la reale portata di ciò che egli andava affermando.

¹⁴ G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, cit., pp. 231-233.

¹⁵ G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, cit., p. 231, si chiedeva infatti quale dovesse essere il soggetto di *onera ferat* e *aedificia reficiat* e se esso potesse essere uno solo e, nello stesso tempo, il medesimo per entrambe le ipotesi. Peraltro, 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, si potrebbe individuare in *evalescere* un ἄπραξ e in *evaluit* un δις εἰρημένον.

ginariamente e nei medesimi termini l'insegnamento di Servio Sulpicio, non ne avrebbe affermato la prevalenza.

Accanto, dunque, a Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7¹⁶, di totale fattura compilatoria¹⁷, Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr.1-2, segnatamente nella prima parte, avrebbe 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 stato quello a favore del quale era costituita la servitù, ma il servente. Inoltre, pure 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 il periodo da *distant* sino a *servitutium*, cioè l'intero paragrafo secondo¹⁸.

¹⁶ Il passo di Paolo è relativo all'*officium iudicis* con riguardo tanto alla prestazione della *res*, quanto della *cautio*.

¹⁷ G. BESELER, *Miscellanea. Servitus oneris ferendi*, cit., p. 231. A riprova si potrebbero addurre la poca chiarezza nelle espressioni che caratterizzano l'andamento della testimonianza («*res ipsa 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 ...*».

¹⁸ 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 rileverebbe la combinazione tra *servitus tigni immittendi* e *oneris ferendi* testimoniata dall'uso di *competit* e *sustineant* e dunque «[...] für deren zweiten Teil man von Konsequenz wegen die Refektionsrealast 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 eius 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 habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum, haec vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat, quod non est contra genera servitutium.*]

E anche Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33, che si esprime palesando un orientamento non dissimile da quello esposto nella testimonianza appena considerata, avrebbe subito modificazioni tali da affermare l'opposto rispetto a ciò che in origine avrebbe detto¹⁹.

La serrata critica testuale non giunge, però, a risultati condivisibili. Il fatto che i testi presentino mende di carattere formale è un dato di per sé non sufficiente a provare la correttezza della differente ricostruzione proposta dal Beseler.

Al di là di quanto già il Bonfante aveva sottolineato – che sarebbe poco importato, in fin dei conti, che l'opinione di Servio Sulpicio Rufo non fosse prevalsa, essendo sufficiente che essa fosse stata sostenuta²⁰ – anche Segrè, che pure giudica accoglibili alcuni argomenti dello studioso tedesco, esprime diverse riserve su tale posizione. In particolare, egli dice, sarebbe poco logico che avendo 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 accesa sul punto, essa fosse poi tornata in auge con i postclassici con Giustiniano²¹.

¹⁹ 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 *servitutum qui, servit et, ferret*. Sicché, nella ricostruzione del Beseler, Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33 assumerebbe il seguente tenore: <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> [servitutum] praerberet, qui onus [suum] sustineret, si ea res quae [servit et tuum] onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat <deberet?>*.

²⁰ P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 184, secondo cui ben più importante sarebbe stato indagare la ragione che avrebbe spinto i giustiniani a coniare, *ex novo*, un principio sconosciuto in diritto classico.

²¹ 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 formule delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 57).

D'altro canto, avverso le argomentazioni di Beseler, assai significativo è proprio il dibattito giurisprudenziale di cui Ulp. 17 *ad ed. D.* 8.5.6.2 fornisce, sia pure con evidenti limiti, una vivida testimonianza. E, certo, è esatto 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 ad Aquilio Gallo (fatta salva l'eventuale natura glossematica)²².

Valga in ogni caso notare, sulla scorta di un rilievo del Bonfante, come tutto il percorso argomentativo che si svolge nel brano, anche nelle parti non appuntate, sia coerente, nel complesso, nel giungere al risultato che ivi si prospetta. Infatti, dal tenore del passo si desume come Ulpiano stia effettivamente prendendo in considerazione

²² Così G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, cit., p. 687 (= *La clausola restitutiva nelle azioni "de servitutibus" e le formule 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, *Introduzione – Diritto delle persone – Le cose e i diritti sulle cose – Il possesso*, cit., 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*. In ogni caso, ove non si voglia accogliere l'ipotesi del glossema, il periodo qui esaminato, che andrebbe pur sempre riferito ad Aquilio Gallo, dovrà essere letto in considerazione della diversa e più ristretta estensione del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, alla luce del quale dovrà altresì spiegarsi l'onere della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*. Certo, l'intento generalizzante che si scorge nelle parole di Aquilio Gallo («...*nam in omnibus servitutibus*...») mal si concilia con il tenore originale del brano. Ciò è vieppiù evidente se ci si interroga – data per presupposta la generale operatività del principio contenuto in Pomp. 33 *ad Sab. D.* 8.1.15.1 – sulla ragione che aveva spinto il giureconsulto all'ovvia precisazione a mente della quale in ogni servitù la *refectio* doveva pur sempre spettare al titolare del diritto. Se la disputa era intercorsa in ragione della contrarietà della *refectio parietis* al principio *servitus in faciendo consistere nequit*, allora doveva essere talmente chiaro che in ogni altra servitù essa sarebbe spettata al proprietario dell'edificio dominante da rendere superflua qualsiasi altra specificazione in merito.

la *sententia* di Servio Sulpicio Rufo, a cui si coordina la dottrina di Labeone²³.

D'altronde, accogliendo 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*» diverrebbe del tutto superflua, dovrebbe essere del pari espunta e si renderebbe necessario spiegare per quale motivo i compilatori abbiano poi di sana pianta inserito, ciò che è più importante attribuendola a Labeone, la dottrina della *derelictio*.

E infatti, se si pone mente a quanto Labeone sta affermando, che, cioè, la *servitus* è dovuta dalla cosa e non dall'uomo, e che di conseguenza *licere domino rem derelinquere*²⁴, si comprende come la ragione a fondamento di tale appunto sia proprio l'*onus refectio* 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 giustamente evidenziato, infatti, anche se il frammento discorre, con riguardo alla *cautio*, sia della clausola restitutoria relativa alla *servitus altius tollendi* che di quella pertinente alla *servitus oneris ferendi*, ciò non è necessaria-

²³ P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 185, secondo cui la coerenza non sarebbe solo interna alla testimonianza esaminata, ma finirebbe per coinvolgere anche gli altri testi considerati.

²⁴ 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 derelizione. Osservazioni critico-esegetiche*, in *BIDR* 32, 1922, p. 137; J.J. MEYER-COLLINGS, *Derelictio. Die Dereliction 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.

mente 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 piuttosto imputabile a 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*²⁵.

²⁵ 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, affermando: «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 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 omissso qualche elemento e che Paolo, nella redazione originale, operasse un confronto tra la *cautio* relativa alla *servitus oneris ferendi* e quella riguardante la *servitus 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 cui il motivo per il quale si sarebbe appunto operato un confronto di tal genere dovrebbe rinvenirsi 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 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*», che la dottrina concordemente ritiene 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 tollendi*. Solazzi (*op. loc. ult. cit.*) ha ipotizzato come 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

D'altro canto, nemmeno Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33 risulta illibato²⁶, pur essendo persuasivi gli argomenti addotti per contrastare la tesi di Beseler.

In particolare, l'attenzione si deve focalizzare sulla *lex aedium*. Non vi è alcuna stranezza nel fatto che essa fosse riferita al *paries* e poi, nell'applicazione concreta, Alfeno avesse considerato il caso della *columna*. Come ha precisato Segrè ciò a cui mirava il giureconsulto era dimostrare come la disciplina prevista per il *paries* dovesse valere 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 ricostruzione del Beseler, verrebbe a scomparire il nesso – costituito, appunto, dal *nam* che lo studioso tedesco elimina – tra la prima e la seconda parte del testo.

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 al titolare della servitù fosse garantita la possibilità di effettuare il restauro, ma anche di sopraelevare nei limiti della servitù stessa.

²⁶ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 51, nt. 2, crede che il periodo da *ut* sino a *sustineret* possa 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 improbabile nonostante l'evidente corruttela. Secondo Segrè, infatti, qualora si decidesse di sopprimere la frase imputata, rimarrebbero in sospeso *cavisset* o *debeat*. Sarebbe più opportuno, quindi, espungere *debeat* o mantenere *ut* appresso a *cavisset*. Anche il periodo successivo («...*si ea res quae servit et tuum onus ferret...*») non sarebbe esente da critiche, essendo probabile la congettura del 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'accenno alla *servitus oneris ferendi*, pertanto, non sarebbe affatto genuino. Peraltro, con riguardo al periodo iniziale del frammento, formato da una proposizione principale retta però dall'infinito, M. BRETONNE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, cit., p. 96, ha ritenuto probabile la soppressione di un *respondit* o di una forma verbale simile. 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 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).

E infatti, secondo quanto si legge in apertura, al restauro della colonna deve provvedere il *dominus* dell'edificio gravato dalla servitù. Se, dunque, come si desume dalla *lex aedium*, sussiste la necessità di un *paries* sempre *idoneus* a sostenere il peso, allora si comprende perché essendosi promesso di prestare la *servitus oneris ferendi* e perito il *paries* che serve a tale scopo, esso debba essere sostituito con un altro *paries* a ciò idoneo²⁷.

Agli argomenti addotti da Segrè si può ancora aggiungere un rilievo di carattere generale, di cui si è già fatto cenno, 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, a questo fine, dall'esame della 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:*

²⁷ 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 formule delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., pp. 60-61). Lo studioso 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: deteriore 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. La conclusione è condivisibile. L'analisi del predetto frammento 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.

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 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 servitatem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitatem 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 servitatem 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. [...]²⁸. 5. Modus autem refectionis 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. [...]²⁹. 7. Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriores 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 prohibituos altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.*

²⁸ 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.*

²⁹ Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.6: *Veniunt et fructus in hac actione, id est commo- dum quod haberet, si onera aedium eius vicinus sustineret.*

Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.8 pr.-1-2*: *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. 1. Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem, 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 digesta a Paulo epitomata*³⁰, 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 Alfenio ove egli si sarebbe occupato, in termini generali, della servitù³¹. Venendo a Paul. 21 *ad ed. D. 8.5.7*, si trova che esso appartiene al libro XXI, dove si tratta della *vindicatio servitutis*³²:

Paul. 5 *epit. Alf. dig. D. 8.2.33* (Pal. 68);

Paul. 21 *ad ed. D. 8.5.7* (Pal. 353);

Più complesso il discorso relativo al commento ulpiano. La sequenza è così ricostruita da Lenel³³:

³⁰ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 1098.

³¹ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 51, nt. 1, il quale non è tuttavia certo di tale collocazione. Egli ipotizza che l'escerto possa invece appartenere al Libro IV dell'opera di Alfenio relativo alle *leges Mancipi aut venditionis*.

³² O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 1009.

³³ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 519.

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 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.* 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 servitute imponere non potest.*

Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.6.5-6-7: 5. *Modus autem refectionis 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.* 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: deteriores 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 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.*

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 servitutium. 3. Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi 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? Nel primo caso la successione dei brani che interessano 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 peraltro ricorso al ricordo della *lex aedium* ivi menzionata, come 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 evidenzia altresì la necessità di un *paries* sempre idoneo a sopportare il peso.

In un brano tutto sommato breve, dunque, vengono enunciati i principali punti che saranno ampiamente sviluppati in D. 8.5.

E in effetti, si noti come tutte le altre testimonianze riguardanti l'onere della *refectio* siano sistemate sotto il titolo *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*. Per sviluppare ulteriormente il discorso, i commissari fanno ricorso, oltre che 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 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.

I giustinianeî, allora, tornano nuovamente a discorrere della *servitus oneris ferendi* proprio con Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2-3-4. In esso, precisamente al par. 2, i compilatori – anche con l'intenzione di giustificare la scelta di mantenere in tema di *refectio* quella che per loro doveva costituire *tout court* una eccezione – decidono di non eliminare la notizia già riportata da Ulpiano e relativa alla disputa intercorsa tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo, con il prevalere della dottrina serviana, oltre che la precisazione di Labeone circa la natura dell'*actio* e l'accenno alla *derelictio*.

Ecco, quindi, che Ulpiano, dopo una sorta di introduzione in chiave storica al tema, al par. 3, evidentemente anche sulla scorta di quanto poco prima aveva ricordato essere stato detto da Labeone, crede utile ribadire come immutata debba pur sempre rimanere la natura reale dell'*actio*. Proseguendo, al par. 4, si affronta l'ipotesi dell'edificio appartenente a più proprietari e si specifica come nel caso della *servitus oneris ferendi* l'azione non si sarebbe potuta esercitare contro uno solo dei condomini³⁴.

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 para-

³⁴ 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 di *rem derelinquere*. Va altresì ricordato come sulla testimonianza siano stati adombrati sospetti di non genuinità. Sul punto cfr. G. SEGRÈ, *Le formule 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 formule 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 corrucciola del periodo «*sed non idem respondendum inquit, si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent*».

grafo 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 chiarisce come, 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*³⁵. Ecco, quindi, che i giustinianeî decidono 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*.

³⁵ Riserve sono state comunque espresse sul periodo «...*forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute 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, a sostegno della propria opinione, richiamano la genericità degli esempi adottati (che andrebbero a riguardare tutte le ipotesi contemplate), la mancanza del soggetto nella proposizione e infine, per quanto riguarda il periodo «...*in servitute dictum est*», il fatto che un giureconsulto classico avrebbe piuttosto detto «*in constituenda servitute*» o «*in servitutis cessione*». Non sembra, tuttavia, che questi rilievi, per quanto certamente corretti da un punto di vista formale, siano in grado di inficiare 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 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. Secondo B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 50, più in particolare, il *modus* rappresenterebbe «[...] l'aggiunta alla costituzione di servitù, per cui risulta comunque modificato il tipo riconosciuto dalla legge», presentandosi quindi come un elemento distinto dalla servitù ma a essa giuridicamente legato. In questi termini, esso fungerebbe da mezzo per superare la rigida determinazione del contenuto della servitù in ragione del 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, secondo cui le modalità di attuazione della *refectio* nella *servitus oneris ferendi* rientrerebbero 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 [...]».

Si prosegue con il par. 6. In esso si specifica come siano ricompresi nell'azione, come in ogni altra servitù, pure i frutti che possono financo essere costituiti dal vantaggio derivante dalla sopportazione del peso da parte del vicino³⁶.

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, *deteriorum si facit*, il titolare della servitù si sarebbe potuto opporre o mediante la *vindicatio servitutis* o con la denuncia di nuova opera³⁷.

A questo punto, i compilatori inseriscono un escerto di Paolo, Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7. Attraverso questo frammento essi discorrono, nel quadro della trattazione sin qui sviluppata, 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 escerti dal commentario ulpiano all'editto. 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 riparazioni³⁸.

³⁶ 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, il quale mette in evidenza come i *fructus* si sostanzino, per il giureconsulto, nel pacifico godimento del diritto di servitù oppure nel *commodum* che da essa derivi; G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 296, che sottolinea come nel caso concreto non si discorra di frutti in senso tecnico, non essendo ciò possibile per il caso della *servitus*. Ulpiano, secondo il citato studioso, avrebbe percepito la necessità dell'appunto in ragione del parallelismo tra la *rei vindicatio* e la *vindicatio usus fructus*.

³⁷ M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, cit., pp. 247-248, rileva come il regime governante il 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.

³⁸ 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'e-

I compilatori impiegano, poi, Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.1-2-3-4³⁹-5-6-7⁴⁰. Non tutti i paragrafi sono inerenti alla questione qui affrontata. Solo i primi quattro riguardano direttamente il regime della servitù di 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*⁴¹.

Nel par. 3 si risponde alla necessità, nel frattempo sorta, di precisare a chi dovesse spettare la qualità di attore e a chi quella di convenuto, distinguendo a seconda che la trave fosse immessa o meno. Nel primo caso, possessore sarebbe stato colui che avesse affermato di essere titolare della servitù; nel secondo caso, invece, chi avesse negato la servitù⁴². Infine, attraverso il par. 4, l'ultimo della lunga catena ulpiana, si chiarisce come 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*⁴³.

Dalla sequenza dei passi, dunque, esce rafforzata l'ipotesi di una coerenza interna, si potrebbe dire *ab origine*, dei precetti di

dificio – sia una glossa cfr. G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 263, nt. 12, ove altra letteratura sul punto.

³⁹ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 520, n. 600.

⁴⁰ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 520, n. 601.

⁴¹ 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) la possibile fattura compilatoria della frase «... *locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum*», la adduce quale ulteriore elemento a sostegno della 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.

⁴² Cfr., sul punto, G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., pp. 184 e 292-293, il quale evidenzia, nel caso trattato e relativo alla *servitus tigni immittendi*, la netta contrapposizione tra *possessor* e *petitor*. Peraltro, diversi rilievi sono stati mossi con riguardo alla genuinità del brano da S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 124-125 e 169 con precipuo riferimento alla frase «... *servitutem sibi deberi ait ...*»; *contra*, tuttavia, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, cit., p. 201, nt. 10.

⁴³ 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.

sciplinanti la *servitus oneris ferendi*. Ammettere che questo disegno sia, in realtà, opera dei giustinianeî – i quali avrebbero voluto attribuire, per una non chiara ragione, l'onere della *refectio* al proprietario del fondo servente – significherebbe accettare l'avvenuta (e metodica) manipolazione dei frammenti riversati nei *Digesta* affinché essi raggiungessero una certa coerenza sistematica che, altrimenti, non avrebbero avuto.

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, eccezion fatta per Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33 e Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7. Questa scelta si spiega, però, abbastanza agevolmente. Nel primo caso, infatti, il testo, che probabilmente anche nell'opera di Alfeno doveva avere una collocazione generale e relativa al tema della servitù, è impiegato dai commissari in un titolo altrettanto generale. E come si è detto, questo passo ha appunto la funzione di "introdurre" la disciplina della *servitus oneris ferendi*, che sarà poi completata grazie alla lunga catena di testimonianze ulpiane in D. 8.5.

Difatti, se si ripercorre 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, pur riscontrandosi nella sistemazione finale operata dai commissari, doveva già sussistere nell'esposizione ulpiana relativa alla *servitus oneris ferendi*.

D'altra parte, è innegabile l'originaria completezza del discorso svolto dal giureconsulto di Tiro. Lo dimostra, se non altro, la scelta di riferire della disputa tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo. E, certo, è assai significativo che i compilatori abbiano comunque deciso di serbarne memoria, ciò che contribuisce ancora di più a confermare quel senso di coerenza che si riscontra nell'enunciazione delle regole riguardanti la servitù in parola.

Per questa via, dunque, 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 del-

la quale le opinioni erano state divergenti, riguardante tale *ius in re aliena*.

Occorre interrogarsi, a questo punto, sulla problematica riguardante il tenore della clausola restitutoria. A questa domanda si cercherà di rispondere nel prossimo paragrafo.

3. *Se possa accogliersi la congettura di Gino Segrè circa la vindicatio della servitus oneris ferendi*

Una ricostruzione che ha trovato particolare fortuna è, come noto, quella di Gino Segrè, 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 riguardo al contrasto giurisprudenziale ivi riferito lo studioso ha creduto di potervi scorgere, in realtà, opinioni difformi solamente sul punto della clausola restitutoria.

La *vindicatio* della *servitus oneris ferendi*, infatti, non avrebbe contenuto nell'*intentio* formulare alcuna affermazione inerente il *ius* di *cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*⁴⁴, giacché in tal modo si sarebbe costretto il vicino a restaurare il *paries*, in disaccordo con Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33⁴⁵.

⁴⁴ 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 formule 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: arbitratu de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 185.

⁴⁵ Che, come si è visto, fa riferimento alla necessità, derivante dalla formulazione della *lex aedium*, di un *paries* sempre idoneo a sostenere il peso dell'edificio dominante. Questa obiezione non è insuperabile. Il tenore di Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33 non contrasta, invero, con l'ammettere una *intentio* contenente il *ius* di *cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*. Quanto si afferma nella testimonianza ora ricordata – e, cioè, che il bisogno del *paries in perpetuum* debba essere inteso nel senso della idoneità del muro di sostegno, 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 un adeguato restauro verrebbe meno la possibilità stessa

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'editto⁴⁶.

Ancora, altro elemento addotto a conforto di questa tesi è costituito dal *putat* che compare in relazione alla dottrina di Aquilio Gallo. E dubbi susciterebbe, pure, il collegamento tra la prima parte del brano (cioè da *ut-comprehensus est*) e la seconda, che sarebbe dovuto avvenire non tramite la congiunzione *et*, ma con una avversativa. Ciò indicherebbe una alterazione del testo che avrebbe principiato, invece, con l'indicazione della *intentio* formulare⁴⁷.

La formula, allora, non avrebbe contenuto alcun riferimento a *cogere* o al *compellere* a che il convenuto fosse costretto a *ferre* o *sustinere l'onus*. Senza considerare, peraltro, come nessun altro testo deponga a favore di una duplice *intentio*⁴⁸. A prescindere, comun-

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 che il proprietario dell'edificio servente, per i motivi che si vedranno, debba provvedere alle necessarie e periodiche opere di manutenzione.

⁴⁶ 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), che aggiunge: «[...] 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».

⁴⁷ 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.) restituitur».

⁴⁸ Una duplice *intentio* che, comunque, per G. SEGRÈ, *Le formole delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutoria*, cit., p. 692 e nt. 25 (= *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formole delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, cit., p. 66 e nt. 2) da un lato sarebbe

que, da come si voglia considerare la questione, vi sarebbe pur sempre una incongruenza tra l'*officium* o *iussum iudicis* secondo Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7 e una *intentio* che trasformerebbe il *cogere* in vero e proprio diritto dell'attore⁴⁹.

L'accento viene posto, poi, su un aspetto particolarmente interessante, legato alla distinzione tra le servitù e le obbligazioni. Paolo non avrebbe mai potuto ammettere una *intentio* del tipo qui combattuto proprio in virtù del fatto che le *obligationes* si caratterizzano per la prestazione a cui il soggetto obbligato è tenuto nei confronti del creditore⁵⁰.

Oltretutto, Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7 non confermerebbe affatto che un onere reale consistente nella *refectio* fosse dichiarato nell'*intentio*, a ciò opponendosi nettamente Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D.

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 Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess*, Leipzig, 1901, pp. 523-524, che inquadrava l'obbligo della *refectio* come contenuto non della servitù, sibbene della *lex aedium*. Peraltro, secondo Karlowa, il fatto che l'*onus refectionis* fosse appunto un onere reale verrebbe testimoniato, altresì, dal tenore della *intentio* nell'*actio negatoria*, come avrebbe 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*.

⁴⁹ 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).

⁵⁰ 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). Sicché, a detta dello studioso, «[...] una *intentio* concepita nella forma «ius A. A. esse cogere (o compellere)... N. N. reficere», [...] sarebbe stata, se non un travestimento, qualche cosa di assai poco diverso dalla formola di un'azione personale in *facere oportere*». E dunque, 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.

8.2.33. I passi ora ricordati, piuttosto, legherebbero l'onere all'*officium iudicis*⁵¹.

L'antica giurisprudenza, allora, diversamente da quanto si apprende leggendo Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, non avrebbe disquisito circa la struttura dell'*intentio*, tanto che neppure Servio Sulpicio Rufo avrebbe mai pensato a una *intentio* che concepisse il *cogere adversarium*⁵². E comunque, quale che fosse l'effettiva ragione alla base della disputa, essendo stata esclusa la possibilità di una *intentio* del tipo *ius esse cogere adversarium reficere parietem*, i giureconsulti non avrebbero potuto che discutere circa la clausola restitutoria, come testimonia anche Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7.

La posizione prevalsa presso i giureconsulti romani – per cui la *refectio parietis* sarebbe dovuta spettare al proprietario dell'edificio gravato dalla servitù – non era in contrasto, dunque, 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 concepita⁵³.

⁵¹ 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, come a favore di questa differente ricostruzione militerebbe anche Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1, sebbene particolarmente dubbia sia, per un verso, la genuinità dell'espressione *suae actiones* e, per l'altro, il significato che a essa deve attribuirsi.

⁵² 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, però, 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.

⁵³ 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., pp. 75-76), il quale sottolinea, perciò, come 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* «[...]»

D'altronde, più recentemente, ulteriori argomenti sono stati addotti a sostegno della ricostruzione proposta dal Segrè.

E così Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, 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 quanto al contenuto della *restitutio arbitrio iudicis*.

Più in particolare, principiando dall'inciso «... *actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat* ...», il soggetto dei verbi *ferat* e *reficiat* andrebbe individuato nell'*adversarius* che compare in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.1, sicché il convenuto non sarebbe soggetto solo del *reficere aedificia* ma anche dell'*onus ferre*.

Ammesso, quindi, che in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 il giureconsulto stesse commentando l'*intentio* formulare, dovrebbe consentirsi, il che però sarebbe illogico, a una *intentio* stessa configurante l'*onus ferre* alla stregua di attività incombente sul convenuto. E tuttavia, si afferma, è il *paries* a sostenere il peso dell'edificio dominante, non sicuramente il proprietario dell'edificio servente.

D'altro canto, l'ipotesi paventata dovrebbe essere confutata anche in base al tenore di I. 2.3.1 e di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.6, che pure riferiscono l'*onus ferre* al *vicinus* ma che, del pari, non sembrano richiamare l'*intentio* formulare⁵⁴.

la *restitutio rei cum sua causa* ordinata dal giudice trovava luogo anche quando il convenuto nulla avesse fatto per impedire l'esercizio della servitù [...].

⁵⁴ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 185-190. I. 2.3.1 andrebbe letto alla luce di Gai 2.14, ciò che consentirebbe di evidenziare la differente prospettiva adottata dai giustinianeî rispetto a Gaio nell'analisi del tema della servitù. Difatti, nelle Istituzioni gaiane il giureconsulto analizza l'istituto dal punto di vista del titolare della *servitus* e, in tal guisa, lo considera sotto il profilo della sua realtà. Al contrario, i giustinianeî prediligono la visuale che parte dal soggetto che deve la servitù. La studiosa trae 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». La prospettiva della realtà del diritto sarebbe riflessa nella *intentio* formulare, mentre nessun legame con il lato processualistico si riscontrerebbe nelle Istituzioni giustiniane, tutte rivolte a sottolineare il lato passivo del rapporto. La "definizione" della *servitus oneris ferendi* offerta dai giustinianeî nulla proverebbe, perciò, circa la possibile *intentio* formulare. Ugualmente privo di rilievo sarebbe Ulp. 17 *ad ed.* D.

In base a I. 2.3.1, invero, andrebbe esclusa la possibilità che nella *conceptio* della *intentio* si riflettesse una visione della servitù alla stregua di rapporto tra i soggetti proprietari dei rispettivi edifici.

Mentre, e per altro verso, in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.6 il riferimento al convenuto quale soggetto che avrebbe dovuto *onus ferre* sarebbe conseguenza del fatto che Ulpiano, nel caso di specie, 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* ed *aedificia reficere* – appunto della *restitutio*⁵⁵. 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*⁵⁶.

Questa ricostruzione verrebbe ulteriormente suffragata dalla constatazione per cui la particolare espressione '*actio competit ut*' – come tutte quelle equivalenti introdotte da *ut* che si riferiscono allo scopo dell'azione – farebbe coincidere il fine dell'azione stessa con il contenuto della *restitutio arbitrio iudicis*⁵⁷.

8.5.6.6, concernente, contrariamente a I. 2.3.1, un argomento di carattere processuale. Dato che nelle altre azioni *in rem* i frutti dovranno rientrare tra gli oggetti della *restitutio*, allora anche per la *vindicatio servitutis* essi dovrebbero essere presi in considerazione in sede di *arbitrium de restituendo*, tanto che pure il testo di Ulpiano farebbe riferimento alla clausola arbitraria.

⁵⁵ La congettura è stata, però, efficacemente confutata da A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 60, il quale ha evidenziato 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, il *parietem reficere*, essendo attività di carattere positivo, come oggetto di *iussum iudicis* 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*.

⁵⁶ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 193-194.

⁵⁷ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 194-198, la quale adduce a sostegno di siffatta congettura diversi altri 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 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 reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 61, ha posto in lu-

Peraltro, l'impiego della locuzione '*ad eum modum*' nella prima parte di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, indicherebbe come la *vindicatio* fosse concessa affinché 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*, il contenuto essenziale della servitù sarebbe stato esclusivamente quello rilevabile nell'*intentio*, che contribuisce altresì 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 le modalità di effettiva realizzazione della *restitutio*⁵⁸.

D'altro canto, pure la seconda parte di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, precisamente da *et Gallus* sino a *scribit*, andrebbe inquadrata nel discorso sino a ora svolto.

E così, le parole di Servio Sulpicio Rufo («... *defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinen-*

ce 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 in relazione alla *intentio* stessa. Così nella frase iniziale del frammento potrebbe essere adombrata esclusivamente una «[...] preliminare generica individuazione delle caratteristiche dell'azione in oggetto, che ben potrebbe essere ricalcata sul contenuto della relativa formula». Non convinta della coincidenza tra scopo dell'azione e contenuto della *restitutio arbitrium iudicis* è, invece, S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012, p. 194, che asserisce: «In realtà, non credo si possa fondatamente affermare che il fine dell'azione munita di clausola restitutoria – e precipuamente dell'*actio in rem*, che ne costituisce l'esempio più importante – fosse quello di ottenere una reintegrazione in natura [...]», sicché occorrerebbe piuttosto distinguere lo scopo dell'azione (la tutela del diritto reale) dalle risultanze del giudizio.

⁵⁸ Ma, come rileva A. BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 61, il fatto che la *refectio* debba avvenire conformemente a quanto stabilito nel *modus* o, comunque, a quanto determinato al momento della costituzione del rapporto, non depone necessariamente nel senso di un riferimento da parte di Ulpiano all'*arbitratus de restituendo*.

da») non indicherebbero affatto una *intentio* avente quel tenore giacché, se così fosse, essa non solo 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*⁵⁹.

Sicché, come pure dovrebbe desumersi dalla interpretazione della prima parte di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, Servio Sulpicio Rufo avrebbe elaborato, in realtà, 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*.

Ciò troverebbe pure conferma nell'accezione in cui verrebbe utilizzato il 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 forma verbale è impiegata, con uniformità di significato, sempre in luoghi che riferiscono della *restitutio*, nel senso di 'indurre' e non di 'costringere'⁶⁰. Anche in Ulp.

⁵⁹ Ma anche questa osservazione è stata efficacemente confutata 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 attraverso 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 esclusivamente 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. Più probabile è 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 dal prevalere della *sententia* di Servio Sulpicio Rufo, dato che, se la regola fosse stata intesa in termini assoluti, assai difficilmente si sarebbe potuta accogliere la dottrina serviana.

⁶⁰ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 203-206. Di conseguenza, 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 dimostrazione dell'assunto vengono addotti i seguenti escerti. In Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.5 e in Alf. 2 *dig.* D. 8.5.17.2, il *cogere*, come in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, verrebbe utilizzato in forma at-

17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 il verbo *cogere* dovrebbe quindi avere il medesimo significato. Anche qui, infatti, il potere in capo all'attore di *cogere l'adversarium* andrebbe letto nel senso di attribuire a colui che agisce la facoltà di indurre il convenuto a che, con gli appositi mezzi, appresti la *restitutio*⁶¹.

Anche considerando Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7, e nonostante i rimaneggiamenti subiti dal passo, si potrà affermare come per il caso di una *pronuntiatio* favorevole alla parte attorea, ed essendosi giunti al momento dell'*arbitrium de restituendo*, sarebbe spettato al giudice l'onere di determinare il contenuto e le modalità della *restitutio* o l'oggetto della *cautio*. E nel caso di specie, sia la *restitutio* che la *cautio* avrebbero avuto quale contenuto proprio la *refectio parietis*⁶².

tiva, con soggetto individuabile nell'attore e complemento oggetto 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 *sterculinum 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 significato ora visto. Ciò avverrebbe in 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"». In altri casi ancora, poi, il verbo, questa volta in forma attiva con soggetto individuabile nel giudice e complemento oggetto nel convenuto, avrebbe sempre il medesimo significato, cioè in Alf. 4 *dig. a Paul. epit.* D. 39.3.24.2 e Paul. 3 *epit. Alf. dig.* D. 6.1.58. Seri argomenti contro questa ricostruzione sono stati addotti da A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 62. Nulla consente, infatti, di sopire il dubbio circa l'eventualità 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 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.

⁶¹ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 212, che dunque afferma: «Attraverso l'esperienza della *vindicatio servitutis* [...] l'attore può ottenere che il convenuto, in sede di *arbitrium de restituendo*, su invito del giudice, accetti di compiere la *refectio* [...]».

⁶² 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, la quale evidenzia, poi, come nella testimonianza siano prive di qualsiasi collegamento le parole «Ha-

Peraltro, anche per il caso del già considerato Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, in ragione di quanto 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 alcun ulteriore riferimento a uno *ius* attoreo, potrebbe congetturarsi il medesimo fenomeno. Inoltre, si potrebbe altresì supporre che il periodo «... *cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda* ...» debba ricollegarsi direttamente a «... *ut possit quis* ...», così potendosi restituire il testo: «... *ut possit quis cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*»⁶³.

Un intervento del medesimo tipo avrebbe poi subito Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr. nella parte da *hoc* sino a *cogere*⁶⁴.

rum actionum ...», nonché il periodo «... *neque se neque successores suos prohibuituros altius tollere sublatumque habere* ...». I tratti appuntati potrebbero essere, allora, 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 ai 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*.

⁶³ Secondo M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio 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 «[...] tramontato da 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, tuttavia, A. BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 63-64, ha notato come la particolare espressione che la De Simone vorrebbe di matrice giustiniana sia «[...] 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*.

⁶⁴ M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio 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 esse 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'e-

Gli argomenti in precedenza esposti, dunque, suffragherebbero ulteriormente la congettura di Gino Segrè per una *intentio* del tipo ‘*Si paret ius A^o A^o esse aedes Nⁱ Nⁱ onus aedium Aⁱ Aⁱ sustinere*’. L’attore avrebbe 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*.

D’altro canto, particolarmente evidente, rispetto a ogni altra *vindicatio servitutis*, sarebbe il caratteristico atteggiarsi della *intentio*, caratterizzata dalla mancanza di una qualsiasi previsione di una attività di carattere positivo riferita al titolare del diritto. Il *ius* attribuito alla parte attorea, di conseguenza, si sarebbe caratterizzato per la mera pretesione a che l’edificio gravato dalla servitù sostenesse il peso dell’edificio dominante⁶⁵.

Le argomentazioni addotte da Gino Segrè – come pure quelle ulteriori e più recenti⁶⁶ – sono state validamente contrastate da Siro Solazzi e Raffaele Basile⁶⁷.

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 esse 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’immobile 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*.

⁶⁵ M. DE SIMONE, *D.* 8.5.6.2: *arbitratus de restituendo e reffectio 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 refectionis* 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*.

⁶⁶ Riconducibili, come si è visto, alle ricerche di Monica De Simone, sulle quali è sufficiente un rimando a R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 71, nt. 27 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., p. 25, nt. 27), il quale ha sottolineato come all’ipotesi ricostruttiva proposta dalla studiosa possano opporsi le medesime considerazioni svolte per confutare la tesi di Segrè; cui *adde*, più in dettaglio, A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell’actio de servitute oneris ferendi*, cit., pp. 59-65.

⁶⁷ 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 ricostru-

Sarebbe dunque possibile, secondo il Solazzi, l'esistenza di una *intentio* dal tenore simile a quella congetturata da Otto Lenel⁶⁸.

A sostegno di questa ipotesi lo studioso adduce, prima di tutto, Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7, sottolineando come la *cautio* «... *neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere* ...» soddisfi la pretesa attorea cristallizzata nell'*intentio* 'Si *paret A° A° ius esse altius tollere invito N° N°*'. Sicché, e 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 appagare la pretesa attorea, da ciò derivando una *intentio* che necessariamente prevedesse il dovere della *refectio parietis*⁶⁹. Pertanto, la formula si sarebbe dovuta foggare nella forma di quella suggerita dalle parole di Servio Sulpicio Rufo in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2⁷⁰.

Peraltro, la medesima formula è richiamata pure in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr. che, in ragione del tenore del par. 2, ove si afferma «*Distant autem hae actiones inter se, quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum* ...», consente di confermare la giustezza di quella ipotizzata per la *vindicatio* della *servitus oneris ferendi*⁷¹.

zione di Segrè fosse probabile, riconsiderando la questione e procedendo alla confutazione della tesi avversaria in *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 22-32.

⁶⁸ O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, cit., p. 194.

⁶⁹ S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 24.

⁷⁰ S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 24-25, il quale, riprendendo alcuni spunti offerti dal Beseler, appunta il brano in diversi luoghi, pur sottolineando come Labeone nell'affermare «... *hanc servitutum non hominem debere, sed rem* ...» non abbia voluto ricusare una formula del tipo 'Si *paret A° A° ius esse cogere N° N° ut parietem reficiat, qui onera A° A° ferat*'. Egli, infatti, l'avrebbe accolta, ma precisando nello stesso tempo come pur affermandosi il *cogere* del convenuto, la *refectio* non si sarebbe qualificata alla stregua di una obbligazione personale. Lo studioso (p. 25, nt. 109) precisa, inoltre, 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 consentito di escludere l'impiego del verbo *sustinere*.

⁷¹ 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

Ancora, è assai opportuno notare come Solazzi si soffermi sull'interpretazione di Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33 e sul fatto che, con il riferimento al *paries idoneus*, altro non si vorrebbe dire se non che *in perpetuum parietem esse debere*, rilievo, quest'ultimo, che rende superflua qualsiasi ulteriore riflessione sull'*onus refectiois*.

D'altro canto, come ha opinato Solazzi, il testo di Paolo non riguarda il problema del *reficere*, ma quello del *restituere*. E infatti, ivi si discute del punto concernente la perpetuità del *paries* e dell'eventualità in cui si fosse reso necessario il rifacimento completo di esso o della *columnna*⁷².

Peraltro, anche aderendo alla tesi del Segrè, l'esigenza di un *paries* sempre idoneo a sopportare il peso dell'edificio dominante non varrà certo a escludere una *intentio* nella forma di quella che parrebbe adombrata dalle parole di Servio Sulpicio Rufo, vieppiù confermandola. Ciò si spiega, invero, oltre che per la ragione addotta da Solazzi, pure perché alla necessità di un *paries idoneus* si sarebbe causalmente accompagnata l'indefettibile esigenza delle riparazioni, atte ad assicurare 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

essendo, nella forma, di origine compilatoria, esprima un concetto classico. Giustamente egli, 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, dall'*etiam* che compare all'inizio del frammento sarebbe possibile arguire come alla *refectio parietis* si sarebbe unito anche l'*onus ferre*. Sul punto v. anche R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 69 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 21-22), il quale nota come la convinzione manifestata dal Segrè circa l'alterazione compilatoria del testo sia dovuta alla «[...] palese prevenzione di fondo nei riguardi della (si è visto, ben più) probabile struttura della formula recante il *ius cogendi adversarium reficere parietem* [...]».

⁷² 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* nella forma ipotizzata dal Segrè si sarebbe ben adattata alla interpretazione offerta da Alfeno Varo e Paolo, la medesima cosa si sarebbe ben potuta dire per una *intentio* del tipo '*Ius esse cogere N^m N^m ut parietem reficiat, qui onera Aⁱ Aⁱ ferat*'.

non fosse accaduto, se, cioè, egli non avesse dato corso alle essenziali riparazioni, si sarebbe provveduto a ottenerle coattivamente⁷³.

Solazzi si sofferma, poi, sulla tormentata questione riguardante la disputa giurisprudenziale contenuta in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, diretta a illustrare non solo il limite dell'*onus refectio* (in accordo, evidentemente, a quanto si afferma per mezzo di Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33) ma, aggiungiamo, nonostante i segni evidenti di rimaneggiamento⁷⁴, anche la natura stessa della *refectio*, come si deve dedurre dalle parole di Labeone⁷⁵.

⁷³ 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. 5 *epit. Alf. dig.* 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. Il contenuto della testimonianza potrebbe essere la rappresentazione di un orientamento interpretativo volto, appunto, a sottolineare la conformità della *intentio* al predetto principio (a cui, per ragioni legate alla sintetica formulazione, non veniva esplicitamente fatto cenno).

⁷⁴ Sul punto, v. anche S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 28 e nt. 120 e p. 29, il quale, peraltro, confuta il rilievo ulteriore di Segrè – a mente del quale i compilatori avrebbero accennato, in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, a un dibattito dottrinale avente a oggetto una questione non più attuale, creando poi la relativa formula – evidenziando l'impossibilità di individuare uno scopo ragionevole per l'agire dei compilatori, specie considerando che il processo formulare era stato ormai abbandonato. Non sarebbe sufficiente a giustificare questo *modus operandi* il rilievo per cui l'*intentio* si rivelerebbe una costruzione teorica bizantina, giacché «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».

⁷⁵ In proposito, 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, e a ragione, come si vedrà, 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 rinvergono altri appigli che possano giustificare la ricostruzione proposta dal Biondi. E ciò sarebbe ancora più evidente considerando il carattere non permanente o, per meglio dire, occasionale, di questa particolare figura, in contrapposizione alla natura permanente dell'onere reale, carattere, quest'ultimo, proprio della *refectio* e causalmente connesso alla necessità di un *paries* sempre idoneo a sopportare il peso dell'edificio dominante, come appunto si evince da Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33. D'altronde, e lo si noti, per ora, solo incidentalmente, in merito alla problematica della natura attribuibile alla *refectio parietis*, la testimonianza paolina assume importanza fondamentale. 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 la caratteristica della permanenza e periodicità della *refectio* sia necessaria alla stessa *servitus oneris ferendi*. Se il *paries*

Ancora, optando per l'opposta ricostruzione, si evidenzerebbe uno iato tra l'*intentio*, ove il *cogere* si attergerebbe quale diritto in capo alla parte attorea, e le indicazioni riguardanti l'*officium* o lo *iussum iudicis* ricavabili da Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7⁷⁶.

Né, poi, maggiore rilevanza potrà avere l'argomento basato sulla distinzione tra *obligatio* e *servitus*, giacché nella formula congetturata dal Solazzi – '*Ius esse cogere N^m N^m ut parietem reficiat, qui onera Aⁱ Aⁱ ferat*' – l'oggetto del *facere* in cui si sostanzia l'*onus refectio*nis sarà l'*onera ferre*, il che importa una situazione permanente di soggezione della parete e la conseguente esclusione di ogni riferimento all'obbligazione⁷⁷.

D'altro canto, si produrrà una chiara contraddizione in termini ove si ammetta una *intentio* priva di qualsivoglia cenno alle opere di rifacimento del *paries* ma si creda, specularmente, di poter per-

deve essere costantemente in condizione da servire all'uso previsto, allora è chiaro che la *refectio* dovrà essere prestata a intervalli regolari al fine di evitarne il deterioramento. È da questo angolo prospettico che si spiega la facoltà di avvalersi della *derelectio*, dato che, qualora il proprietario dell'edificio servente si rifiuti di prestare la propria opera e non voglia soccombere di fronte alla *vindicatio*, potrà *rem derelectuere* liberandosi dall'*onus refectio*nis.

⁷⁶ Cfr. S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., pp. 29-30.

⁷⁷ S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 30, che prende altresì 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, secondo cui la frase «... *sicuti ceterarum servitutium intentio*» dovrebbe riferirsi a un discorso, più ampio, ove Ulpiano avrebbe alluso alla similitudine tra l'*intentio* relativa alla *vindicatio* nella *servitus oneris ferendi*, che mai avrebbe potuto contemplare il *cogere*, e quella delle altre servitù, osservando come non sia possibile stabilire alcun rapporto tra l'escerto ora ricordato e il discorso che originariamente si svolgeva nel brano. Peraltro, e con specifico riguardo all'argomento accennato nel testo, è stato 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 da egli sostenuta e ciò, a ben vedere, perché Paolo nel citato luogo delle Istituzioni, stava 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.

venire al medesimo risultato a cagione dell'*arbitrium de restituendo* contenuto nella formula della *vindicatio*, non essendovi, a ben vedere, alcuna differenza tra una formula munita di doppia *intentio* e una formula, invece, che contempri una clausola restitutoria di tal sorta⁷⁸.

Non resta, dunque, che respingere il tentativo di ricostruzione proposto dal Segrè. Quanto si legge in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr., allora, potrà costituire indizio significativo dell'esistenza di una *intentio* (sia pure in certa misura anomala) mediante cui costringere la parte soccombente alla *refectio parietis* e, per questa via, a una attività di carattere positivo⁷⁹, da ciò potendosi ulteriormente dedurre, più in generale, l'ammissibilità di una prestazione di carattere positivo a carico del soggetto proprietario del fondo gravato dalla *servitus*.

Rimane da vedere in che modo questa presunta eccezione possa conciliarsi con il principio stabilito in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 e se, e in quali termini, la *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* possa altresì qualificarsi alla stregua di archetipo dell'onere reale.

⁷⁸ R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 66-68 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 18-20), che, condivisibilmente, rileva: «Spostare semplicemente l'anomalia della *intentio* alla *restitutio* significa pervenire allo scontato risultato di cumulare l'*onus refectionis* 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, invero, anomalo. E ciò è lampante proprio ponendo mente alla necessità del *facere* per la stessa esistenza della *servitus*. Sicché 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».

⁷⁹ Cfr., sul punto, A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 65.

4. *Esame dei diversi tentativi volti a spiegare e conciliare l'onus refectionis nella servitus oneris ferendi con la regola servitus in faciendo consistere nequit e obiezioni a essi movibili*

Tre principali questioni dovevano essere affrontate e risolte affinché si potesse prendere consapevole posizione sulla problematica oggetto del presente paragrafo.

In primo luogo, la valenza generale, o meno, del principio contenuto in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. La formulazione della regola, invero, sembra rispondere esclusivamente alla necessità di limitare – attraverso il requisito della *utilitas* oggettiva – le fattispecie in cui il soggetto proprietario della *res* gravata può essere costretto a un *facere*. Sicché, la prestazione *in faciendo* non potrà essere pretesa e, del pari, non potrà formare oggetto di previsione alcuna, se non nei limiti di quanto oggettivamente necessario al fondo dominante.

D'altronde, come facilmente può vedersi, da questa prima conclusione discende un fondamentale corollario, cioè la non accoglibilità dell'opinione volta a negare *tout court* l'ammissibilità, tanto nell'ambito del diritto privato romano quanto, e vieppiù, nella sfera del diritto pubblico, di figure, provviste di natura reale, che potevano prevedere in capo al soggetto passivo proprietario del fondo gravato, in determinate situazioni e a ben precise condizioni, comportamenti di carattere positivo a beneficio del fondo dominante.

In secondo luogo, e con specifico riguardo alla *servitus oneris ferendi*, si è ritenuto essenziale sottoporre nuovamente al vaglio la congettura avanzata da Beseler che nella particolare configurazione dell'*onus refectionis* vedeva il riflesso delle dottrine bizantine. Diversi argomenti sono stati addotti dalla storiografia contro questa ricostruzione e a favore della genuinità del "regolamento" della servitù di appoggio. A essi se ne aggiunge uno ulteriore, di carattere sistematico, basato sulla coerenza che nelle opere di provenienza parrebbero verosimilmente possedere gli escerti poi impiegati dai giustiniani.

Ultimo punto, quello relativo al profilo processuale della *refectio parietis* con precipuo riguardo alla ricostruzione proposta da Gino Segrè. Si è dimostrato, tuttavia, come l'ipotesi dello studioso

debba essere respinta, essendo certamente più opportuno adottare la formula proposta da Siro Solazzi.

Non vi è motivo, dunque, per dubitare circa la correttezza delle conclusioni cui si è giunti. La *refectio parietis*, quindi, non costituirà in alcun modo una eccezione al principio affermato in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, occorrendo, più semplicemente, che essa venga inquadrata, insieme agli sforzi volti a darle una coerente spiegazione, nella più ampia cornice ricostruttiva proposta.

Uno dei tentativi più autorevoli, che affonda le radici in una intuizione di Alberico da Rosate, è stato certamente quello di Vittorio Scialoja, secondo cui occorrerebbe focalizzare l'attenzione sull'individuazione del soggetto cui è attribuibile, in misura maggiore, l'utilità derivante dalle opere di manutenzione e riparazione.

La particolarità della *refectio* si sarebbe potuta comprendere e spiegare, dunque, in considerazione del fatto che la predetta maggiore utilità sarebbe stata allocabile in capo al proprietario dell'edificio servente, cui avrebbe giovato in misura preponderante una corretta esecuzione delle opere di manutenzione e riparazione del *paries*. Nessuna meraviglia, allora, che alle stesse dovesse provvedere proprio quest'ultimo soggetto, e ciò non solo per il caso della *servitus oneris ferendi*, ma in ogni situazione in cui si sarebbe potuto verificare un ingiusto arricchimento⁸⁰. Ma questa spiegazione non

⁸⁰ V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., pp. 156-164 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., pp. 91-96) principia, per un verso, notando come la particolarità della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* possa essere compresa volgendo lo sguardo alle conseguenze derivanti dalla applicazione delle regole generali in tema di servitù. Il *paries*, la *columna* o la cariatide arrecano diverse utilità anche al proprietario dell'immobile cui accedono, giacché, se così non fosse, egli certamente preferirebbe sbarazzarsene e non concedere, invece, che vi si stabilisca una servitù. A quali conseguenze, quindi, si perverrebbe qualora il *paries* si trovasse in procinto di crollare? Per regola generale, la riparazione del muro dovrà essere eseguita da colui che profitti del *paries* quale sostegno per il proprio stabile, cioè dal proprietario dell'edificio dominante, cui saranno altresì demandate le ulteriori opere di manutenzione atte a evitare la rovina dell'edificio stesso. Tutto ciò, però, porterebbe a risultati assai ingiusti, posto che egli non potrebbe esimersi dall'effettuazione dei lavori di manutenzione. Il *dominus* dell'edificio servente, inoltre, potrà pur sempre domandare la *cautio damni infecti* ove il proprio edificio sia in pericolo a causa del muro pericolante. Sicché, essendo in ogni caso necessari i lavori di restauro, non sarebbe rimasto che addossarli al proprietario dell'edificio servente, ossia al maggiore beneficiario della restaurazione del *paries*, rendendosi

può accogliersi come tale. Certo, come è stato evidenziato da più parti⁸¹, essa avrebbe il merito di proporre una soluzione equitativa alla questione.

Tuttavia, oltre ai diversi argomenti che si oppongono alla cennata ricostruzione⁸², ve n'è uno che dimostra come, in realtà, nemmeno la

necessario evitare l'ingiusto arricchimento del *dominus* dell'edificio servente, cui avrebbe arrecato indebito vantaggio la servitù gravante sul suo stabile. Pertanto, sulla scorta di Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33, il proprietario dell'edificio gravato dovrà sostenere le spese strettamente connesse alla *refectio parietis*, ma non quelle utili al solo 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* 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 e, dall'altro, il fatto che il soggetto è proprietario dell'edificio servente. Nessun significativo argomento contrario si ricaverà dalla considerazione per cui le riparazioni, pur essendo fatte a spese del proprietario dell'edificio servente, non potranno essere eseguite secondo il suo capriccio, ma nel modo stabilito all'atto della costituzione della *servitus* (Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.5 e 7), avendo riguardo, il *modus refectiois*, all'utilità da arrecare all'edificio dominante. D'altronde, il diverso regime riguardante la *servitus tigni immittendi* si spiegherà in ragione del fatto che in questa servitù il restauro non riguarderà l'intero *paries*, ma esclusivamente quella porzione deputata all'inserimento del *tignum*.

⁸¹ La soluzione proposta da Scialoja, per quanto equitativamente corretta, risulta non idonea a conciliare l'*onus refectiois* con il principio enunciato in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. Sul punto, cfr. 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; C. FADDA, P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 83; 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, però, all'opinione di Scialoja, B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 117.

⁸² 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, il quale, a fronte dell'argomento ritenuto dirimente costituito dal diverso regime della *servitus tigni immittendi* sottolinea, per un verso, come 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 dell'edificio domi-

soluzione fondata sulla ragione equitativa sia realmente atta a risolvere l'apparente anomalia della *refectio* nella *servitus oneris ferendi*⁸³. Si è precisato come il punto centrale su cui essa si impernia sia costituito dalla constatazione delle inique conseguenze a cui avrebbe portato l'allocazione dell'*onus refectionis* in capo al proprietario dell'immobile dominante, eventualità che avrebbe comportato una sorta di indebito arricchimento a vantaggio del *dominus* dell'edificio gravato dal peso.

Né, a ben vedere, può esservi dubbio sul considerevole vantaggio che questi avrebbe conseguito se fosse stato il proprietario 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, tuttavia, assai significativo evidenziare gli indubbi (e speculari) vantaggi che avrebbe tratto il proprietario dell'edificio dominante, tali che, se effettivamente la ragione equitativa fosse stata alla base della ripartizione dell'*onus refectionis*, egli avrebbe certamente dovuto provvedere alla manutenzione del muro di sostegno.

In primo luogo, e ciò evidentemente gli deriva dalla sussistenza della servitù di appoggio, egli profitterà della possibilità di appoggiare il proprio edificio sulla parete del vicino.

La prospettiva muta, nondimeno, ove si volga lo sguardo all'edificio dominante nel momento patologico del rapporto, vale a dire al crollo del *paries* per mancanza delle riparazioni necessarie. A esso sarebbe potuta conseguire, se non la rovina dell'intero immobile, certo una serie notevole di danni⁸⁴. Ragioni di equità, allora, avreb-

nante, specie in ragione del fatto che nelle fonti, ove di tali riparazioni si discorre, non si accenna mai alla obbligatorietà che le caratterizzerebbe (con l'esclusione del solo caso riguardante l'usufrutto). Peraltro, anche se alle riparazioni non avesse dovuto provvedere il proprietario dell'edificio dominante, non necessariamente esse sarebbero ricadute sul *dominus* dell'edificio servente. 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).

⁸³ 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 dell'art. 641 Cod. civ. 1865, tentando di confutare la possibile obiezione che a esso si sarebbe potuta muovere.

⁸⁴ Una conferma, sia pure indiretta, della gravità delle conseguenze per l'immobile dominante in caso di omessa manutenzione, si può ricavare da Ulp. 17 ad

bero piuttosto spinto ad attribuire l'*onus refectiois* al proprietario dell'edificio dominante (o, al massimo, a una ripartizione delle spese relative) che, in tal modo, non solo avrebbe potuto continuare a godere della servitù ma, e di conseguenza, avrebbe altresì evitato di dover sopportare ingentissimi danni o, financo, le spese dovute per la ricostruzione dell'edificio crollato⁸⁵.

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

Si è proposto di risolvere la questione ponendo l'accento sulla differenza che intercorrerebbe tra la *servitus oneris ferendi* e la *servitus tigni immittendi*. Nel caso della *servitus tigni immittendi*, infatti, il titolare, effettuando il foro nel *paries* dell'edificio servente al fine di inserirvi il *tignum*, manifesterebbe l'esercizio, limitato a quella porzione di muro, del proprio dominio, cui conseguirebbe l'acquisizione su quella specifica porzione di *paries* della proprietà e il diverso (e conseguente) riparto delle spese di restauro. Al contrario, nel caso della *servitus oneris ferendi*, che 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.

ed. D. 8.5.8 pr., secondo cui la parte onerata non avrebbe dovuto provvedere anche a puntellare l'immobile dominante. Questa specifica previsione, invero, induce a immaginare come il mancato restauro avrebbe potuto compromettere la statica dell'intero edificio che, quindi, sarebbe potuto crollare rovinosamente. Ciò, peraltro, viene lasciato intendere esplicitamente nel prosieguo della testimonianza ove si puntualizza come – a parlare è, probabilmente, un ignoto glossatore – nel caso in cui il proprietario dell'immobile in procinto di rovinare non voglia provvedere a puntellare la struttura, potrà ben lasciare che essa crolli.

⁸⁵ Non vale a confutare questa ricostruzione l'obiezione, già formulata dallo Scialoja, per cui al proprietario dell'edificio servente non erano comunque accollate tutte le spese necessarie per eseguire i lavori di restauro (come, peraltro, si deduce proprio da *Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.8 pr.*). Per un verso, non si sarebbe potuto pretendere che questi fosse tenuto per ogni spesa anche solo indirettamente idonea ad arrecare una certa utilità al fondo; per l'altro, a escludere che a puntellare l'edificio dovesse provvedere il proprietario dell'immobile servente doveva concorrere primariamente il *modus refectiois*, il cui contenuto, a ben vedere, era diretta conseguenza della *utilitas* che la servitù doveva arrecare al proprietario dell'edificio dominante. 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 sostenere il peso.

In altri termini, 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 soggetto⁸⁶.

⁸⁶ 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, il quale ritiene che, per spiegare il particolare regime della *servitus oneris ferendi*, occorra piuttosto individuare la differenza tra essa e la *servitus tigni immittendi* che, a ogni modo, non potrebbe derivare dalla *lex aedium*. Questa pattuizione specifica fu successivamente sempre omessa o, comunque, sottintesa. Né più comprensibile sarebbe la ragione per la quale, alla fine, essa sarebbe divenuta parte del contenuto della *servitus oneris ferendi* – tanto che a tutela di essa si sarebbe potuta esperire una *actio in rem* – e non della *tigni immittendi*. Di conseguenza, la *servitus oneris ferendi* avrebbe dovuto presentare, per sé, qualche caratteristica che giustificasse il diverso regime rispetto alla *servitus tigni immittendi*. In particolare, le fonti individuano la causa della servitù di appoggio esclusivamente nell'*onus ferre*, mentre non si rinviene cenno alcuno all'immissione del *tignum*. I giureconsulti, allora, non poterono che disquisire in ordine alla spettanza delle riparazioni nella *servitus oneris ferendi*, problema che non si poneva per la *servitus tigni immittendi*. Di conseguenza, secondo l'autore (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 emergerebbe con chiarezza la differenza tra le due servitù. La *servitus tigni immittendi* si sarebbe risolta nella possibilità, concessa 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, di gravare il *paries* servente con altra tipologia di peso. Sicché, secondo Burzio (p. 553), nella *servitus tigni immittendi* si avrebbe «[...] una modificazione e quasi si direbbe una incorporazione del muro servente nel fondo dominante [...]», dovuta al fatto che il *paries*, al fine di poter immettere il *tignum*, avrebbe dovuto essere materialmente forato. Diversamente, nella *servitus oneris ferendi* di tale modificazione non vi sarebbe stata traccia alcuna, risolvendosi essa nel semplice appoggio al *paries* servente che avvenisse verticalmente (e non orizzontalmente, come nella superedificazione). Proprio la differenza nella struttura delle due servitù spiegherebbe il peculiare riparto dell'*onus refectiois* nella *servitus oneris ferendi*. Differente era, infatti, 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 il quale (p. 556) «[...] 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* il *paries* non solo rimarrebbe escluso dal dominio esercitato dal proprietario dell'edificio dominante ma, rispetto alla *servitus tigni immittendi*, neppure potrebbe considerarsi alla stregua di fondo servente in senso proprio, giacché diverrebbe tale solo per la parte di superficie necessaria a sostenere il peso. Sicché, le opere di restauro del proprietario del fondo dominante dovrebbero concentrarsi esclusivamente su quella parte del *paries* ove si attua concretamente l'appoggio,

Questa spiegazione si rivela, del pari, insoddisfacente.

Occorre 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.

Per questo motivo, è più plausibile pensare che la costituzione di una servitù avrebbe in concreto dato risposta a interessi reciproci e contrapposti dei proprietari che non si sarebbero potuti realizzare, al contrario, con una effettiva cessione del *dominium* sul *paries*. Il tal maniera, il *dominus* dell'edificio dominante 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 volute dalle parti con la costituzione della servitù, giacché, tanto per il caso della *servitus tigni immittendi* quanto per quello della *oneris ferendi*, il tenore delle fonti non autorizza a discorrere di dominio sul *paries* ove si realizza il foro per l'immissione del *tignum* o, ugualmente, sulla porzione di muro o *columna* che serve all'*onus ferre*⁸⁷.

D'altronde, altrettanto inaccoglibile appare il rilievo volto a limita-

mentre la restante parte dovrebbe essere restaurata dal proprietario originario, vale a dire colui che deve la servitù.

⁸⁷ D'altro canto, la storiografia è concorde nel ritenere non applicabile, in relazione alle servitù urbane, il medesimo schema valido per gli *iura praediorum rusticorum* risolvendosi, fondamentalmente, nell'appartenenza al titolare del diritto di una parte del fondo ben determinata e 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, il quale, discorrendo rispettivamente della *servitus tigni immittendi* e, poi, della *servitus oneris ferendi*, soggiunge: «[...] né la *vindicatio* può riferirsi al *paries* del vicino, e neppure allo stesso *foramen* che, se individuato nel suo bordo materiale, fa parte 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. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*, cit., pp. 124-125.

re l'esercizio della *servitus oneris ferendi* alla superficie del *paries* (con ogni conseguenza che ne sarebbe derivata in punto di ripartizione, tra i proprietari degli edifici, dell'onere di effettuazione delle riparazioni). Questo tentativo di individuare l'oggetto della servitù si rivela del tutto inadeguato. Oltre a un frazionamento di cui le fonti non fanno parola – né, evidentemente, la *lex aedium* che certamente avrebbe dovuto farne cenno – non si comprende per quale ragione si debba separare il *paries* in due distinte entità: la superficie e la struttura effettiva.

Certo, 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 di una parte dell'immobile.

Riflettendo su questa separazione tra superficie e struttura effettiva del *paries* si comprende, poi, 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 (o il grave danneggiamento) dell'immobile dominante che sulla parete si appoggia. Non si vede pertanto il motivo di operare una tale separazione che, in fin dei conti, non risolverebbe il problema.

Peraltro, se la questione si fosse effettivamente articolata nel senso prospettato dal Burzio, avrebbe perso di significato la stessa disputa intercorsa tra i giureconsulti (tramandata da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2), così come, a ben vedere, l'accento alla dottrina labeoniana della *derelictio*. Il nocciolo della discussione, infatti, riguardava proprio l'allocabilità dell'*onus refectiois* in capo al proprietario dell'immobile servente. Se, dunque, si accogliesse la ricostruzione qui esaminata, verrebbe meno qualsiasi motivazione a fondamento della disquisizione giurisprudenziale, dato che al predetto soggetto non sarebbe stato imposto alcun onere: egli avrebbe infatti atteso alle riparazioni di una cosa sua, sulla quale non gravava alcuna servitù⁸⁸.

⁸⁸ Sulla ricostruzione di Burzio v. anche i rilievi di B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo II, II, Intorno all'elenco delle servitù urbane*, in C.F.

Dunque, anche questa proposta ricostruttiva va respinta e lo sguardo deve volgere altrove.

Si è creduto, da più parti, che la particolare configurazione dell'*onus refectio* derivasse dalla *lex aedium* relativa alla *servitus oneris ferendi*. E non sono mancati i tentativi a difesa di questa ipotesi⁸⁹. 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*⁹⁰.

GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, cit., p. 241, secondo cui l'autore avrebbe finito per giungere alla medesima conclusione dello Scialoja.

⁸⁹ Cfr. infatti L. TARTUFARI, *Intorno alla regola "servitus in faciendo consistere nequit" con speciale riguardo al diritto italiano vigente*, cit., pp. 18-25, secondo cui Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 illustrerebbe l'ipotesi della costituzione di una *servitus oneris ferendi* nel cui titolo era stato determinato, puntualmente, in quale modo il proprietario del fondo servente, in caso di necessità, avrebbe dovuto effettuare le riparazioni, soggiungendosi, al par. 5, in cosa effettivamente consistesse tale *modus* e come esso si sarebbe dovuto rettammente intendere. E a proposito dei due paragrafi ricordati lo studioso sottolinea (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». L'opinione di Aquilio Gallo, più in particolare, consentirebbe di mostrare la contraddizione sussistente tra il principio *servitus in faciendo consistere nequit* e la deroga pattizia relativa all'*onus refectio*. Il giureconsulto si sarebbe pronunciato proprio in merito a tale diversa regolamentazione degli interessi privati, affermando la propria dottrina, soccombente di fronte a quella di Servio Sulpicio Rufo *in proposita specie*. Proprio attraverso queste ultime parole, peraltro, non si sarebbe fatto riferimento alla *servitus oneris ferendi* ma, a ben vedere, alla sola ipotesi accennata nel frammento, riguardante la particolare servitù il cui titolo avrebbe imposto l'onere della *refectio* in capo al proprietario dell'immobile servente. Inoltre, contro 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), il Tartufari evidenziava la diversità, rispetto alla ricostruzione proposta dallo Scialoja, insita nel (p. 22) «[...] ricercare se l'obbligo della *refectio* incombesse al proprietario *ipso iure*, ovvero in forza di una speciale clausola inserita nel titolo costitutivo della servitù [...]». Nondimeno, che la particolarità della *servitus oneris ferendi* dovesse rinvenirsi nella *lex aedium* sarebbe ulteriormente confermato da Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33, rilievo, quest'ultimo, che non diminuirebbe di importanza anche ove si accogliesse l'opinione dello Scialoja per cui la formula contenuta nell'escerto, non riguardando la sola servitù di appoggio, sarebbe valsa a delineare i limiti stessi del diritto. Il tenore della stessa, restituita in forma frammentaria, potrebbe far pensare a un suo utilizzo per caratterizzare le diverse specie di servitù in funzione delle esigenze concretamente manifestate dalle parti. 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.

⁹⁰ Sul ruolo che nella formulazione della *lex aedium* avevano gli architetti le fonti poco dicono. Che questi dovessero avere una conoscenza non superficiale della giuri-

sprudenza – cfr. O. RUGGIERI, *Sugli uffici degli agrimensori e degli architetti specialmente in rapporto alle servitù prediali*, II, cit., pp. 196-199 e 209-223 con riguardo particolare alla *servitus oneris ferendi*; C. SALIOU, *Les compétences juridiques de l'architecte d'après Vitruve (De architectura I, 1, 10)*, in *Cahiers des études anciennes* 48, 2011, pp. 201-217; F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae a Roma antica*, I, *Contesto urbano, esigenze abitative ed investimenti immobiliari tra tarda repubblica ed alto impero*, Torino, 2020, pp. 125-129 (specie per l'esame del successivo escerto vitruviano) – lo si ricava da Vitruv. *de arch.* I.1.3: [...] *Itaque eum etiam ingeniosum oportet esse et ad disciplinam docilem; neque enim ingenium sine disciplina aut disciplina sine ingenio perfectum artificem potest efficere. Et ut litteratus sit, peritus graphidos, eruditus geometria, historias complures nouerit, philosophos diligenter audierit, musicam scierit, medicinae non sit ignarus, responsa iurisconsultorum nouerit, astrologiam caelique rationes cognitae habeat*; e da Vitruv. *de arch.* I.1.10: [...] *Iura quoque nota habeat oportet ea quae necessaria sunt aedificiis communibus parietum ad ambitum stillicidiorum et cloacarum <et> luminum. Item aquarum ductiones et cetera quae eiusmodi sunt nota oportet sint architectis uti ante caueant quam instituant aedificia ne controuersiae, factis operibus, patribus familiarum relinquatur et ut legibus scribendis prudentia cauere possit et locatori et conductori; namque si lex perite fuerit scripta, erit ut sine capione uterque ab utroque liberetur*. All'architetto, dunque, si richiedeva un buon grado di conoscenza della materia giuridica con speciale riferimento agli *iura* relativi ad ambiti particolarmente "sensibili", attribuendogli Vitruvio un ruolo di primo piano nella determinazione della *lex aedium*. Più recentemente, M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, cit., p. 249, prendendo spunto da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.5, ha evidenziato come la regolamentazione pattizia all'atto della costituzione della servitù (ricomprendente anche il *modus refectiois*) avesse la funzione di adattare alle esigenze delle parti l'atteggiarsi concreto dello *ius in re aliena*. D'altronde, relativamente alla differenza tra *servitus oneris ferendi* e *servitus tigni immittendi* – sulla scorta di un rilievo di V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, cit., p. 161 (= *Studi giuridici*, I, *Diritto romano [parte prima]*, cit., p. 95) secondo cui la causa nella servitù di appoggio poteva individuarsi nell'*onus ferre* mentre, nella *servitus tigni immittendi*, nell'occupazione dello spazio d'inserimento del *tignum* – si giudica verosimile l'ipotesi avanzata da A. RUSSO, *Servitù di appoggio e «refectio parietis»*, cit., p. 78 (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 tra le due figure andrebbe ricondotta proprio all'azione dell'autonomia privata in seno alla costituzione dello *ius in re aliena*. Secondo la Cursi (p. 254), difatti, anche per il caso della *servitus oneris ferendi* sarebbe ipotizzabile un processo di trasformazione simile a quello che aveva interessato l'*aquaeductus* e l'*aquae haustus* in conseguenza dell'impiego del *modus*, giacché, financo per la servitù d'appoggio, l'esplicazione dell'autonomia privata poi riversatasi nella formulazione delle *leges Mancipii*, avrebbe permesso di derivare da una specie di *servitus* l'altra, sicché (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 esso sarebbe consistito in una addizione, effettuata al momento della costituzione dello *ius in re aliena*, tramite

Non sembra, tuttavia, che gli ulteriori argomenti addotti a conferma di questa lettura siano riusciti a scalfire le obiezioni che le erano state mosse già da Scialoja⁹¹.

D'altronde, e pur consentendo all'importanza del ruolo svolto dall'autonomia privata nel tratteggiare il modo di operatività nella *servitus oneris ferendi* dell'*onus refectiois*, il peso della *lex aedium* (e di quanto si usava in essa stabilire) si riduce ove si inquadrì la questione nella cornice offerta dall'evoluzione storica che ha interessato le servitù urbane⁹².

Se la spiegazione fondata sulla *lex Mancipii* 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 doveva ancora interessare il piano pratico relativo alla 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 tramandano⁹³.

Peraltro, anche volendo aderire alla ricostruzione in esame, rimarrebbe un punto critico non risolto. E infatti, attribuire eccessiva rilevanza alla *lex aedium*, significa aggirare il problema fondamentale su cui si controverte: in qual modo conciliare l'innegabile *facere* che consegue all'*onus refectiois* con il principio enunciato in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1.

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.

⁹¹ 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.

⁹² Su cui 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» ed il dogma del 'numero chiuso'*, cit., pp. 124-139.

⁹³ Sul punto v. G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit., pp. 209-210.

In altri termini, conferire al principio *servitus in faciendo consistere nequit* validità generale e, al contempo, ritenerne valida la deroga pattizia (sia pure limitatamente alla sola servitù d'appoggio), verrebbe, nei fatti, a privare la regola di qualsiasi validità pratica.

Ancora, se così fosse, se cioè le parti avessero potuto decidere pattizamente di far gravare l'*onus refectionis* sul proprietario del fondo servente, ciò avrebbe potuto indicare una non completa operatività della regola stessa o, comunque, una sua interpretazione in senso assai meno rigido di quanto parrebbe emergere da Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1.

È ben possibile, dunque, che le parti, almeno inizialmente, in ragione di un certo grado di autonomia loro riconosciuta in funzione degli interessi perseguiti, decidessero di caratterizzare lo *ius in re aliena* con una particolare articolazione della *refectio*, dovendosi tuttavia respingere l'opinione di chi, perlomeno con riguardo alla *servitus oneris ferendi*, vorrebbe considerare quale elemento rientrante nel *modus* anche la *refectio parietis* come tale⁹⁴, a prescindere cioè dalle concrete modalità di esecuzione⁹⁵.

⁹⁴ B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 51-52, il quale, principiando dalla considerazione per cui la servitù ha un contenuto legale e pertanto invariabile, ritiene il *modus* (p. 51) «[...] l'elemento volontario e variabile, stabilito dalla volontà delle parti, che modifica il contenuto legale senza però alterarne il tipo», adducendo l'esempio della *servitus actus* ove, appunto attraverso il *modus* che avrebbe in tal modo rappresentato lo strumento per aggirare le strettoie del sistema basato sulla tipicità, si sarebbe potuto diversamente regolare il passaggio del titolare della *servitus*. Sicché, a fronte di un sistema tipico di servitù, la giurisprudenza avrebbe ammesso l'impiego del *modus* come mezzo volontaristico teso a mitigare l'operatività della tipicità attraverso l'adattamento del diritto agli effettivi bisogni del fondo, con la conseguenza che il *modus* stesso si sarebbe trasformato, rimanendo purtuttavia distinto rispetto alla *servitus*, in elemento da quest'ultima inscindibile. Di ciò vi sarebbe evidente riprova nel regime che governa l'estinzione del diritto. Infatti, come si afferma 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 servitutem, 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 stabilita nel *modus* la derivazione esclusivamente notturna delle acque, abbia invece esercitato il diritto nelle ore diurne, vedrà estinguersi la servitù, contrariamente al caso in cui la difformità nell'esercizio sia relativa a elementi di carattere quantitativo.

⁹⁵ Peraltro, lo stesso B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 50, pur precisando come attraverso il *modus* si usasse mutare il contenuto della servitù, soggiunge: «Così, ad es., viene stabilito *quo genere vehiculi agatur vel non agatur* [...]»; rientra nel *modus* la determinazione della *refectio*

D'altro canto, l'ipotesi ricostruttiva esaminata appare vieppiù inverosimile ove si ponga mente al fatto che, per poter sussistere l'*onus ferre*, è necessario un *paries* sempre idoneo, il che, a sua volta, implica il dover attendere periodicamente alle opere di restauro. Del tutto evidente è, allora, come la *refectio parietis* sia talmente conaturata alla struttura stessa della servitù di appoggio che essa, senza, verrebbe a caratterizzarsi esclusivamente per l'*onus ferre*.

Peraltro, non dissimile dalla congettura che vorrebbe spiegare l'*onus refectionis* nella *servitus oneris ferendi* come conseguenza della formulazione della *lex aedium*, è la ricostruzione tentata da altra parte della dottrina che tenderebbe a inquadrare l'onere della *refectio* nell'ambito delle clausole accessorie al diritto⁹⁶.

Già si è notato, ma il rilievo ha una certa importanza pure in questo frangente, come la natura, appunto, di clausola accessoria dell'onere, non varrà in alcun modo a conciliare il *facere*, cui comunque dovrà attendere il soggetto onerato, con la regola *servitus in faciendo consistere nequit*, tanto più che, come pure si è visto, a tale comportamento positivo il soggetto passivo potrebbe essere obbligato mediante azione. E non è da credere che il solo prevalere dell'opinione di Servio Sulpicio Rufo, qualora alla regola stessa fosse stata

parietis nella servitus oneris ferendi, se cioè debba farsi *lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere [...]*».

⁹⁶ B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., pp. 116-122, il quale, partendo dall'analisi di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, ha creduto di rinvenire nel dibattito giurisprudenziale sull'*onus refectionis* la prova dell'effettivo operare della regola *servitus in faciendo consistere nequit*, giacché, diversamente, non si sarebbe spiegato il motivo del disquisire sul punto. L'obbligo della *refectio* sarebbe disceso, allora, dall'apposizione di specifiche clausole all'atto costitutivo del diritto. Esse, tuttavia, sarebbero risultate contrarie alla struttura della *servitus*, come appunto lo stesso Aquilio Gallo avrebbe ammesso sottolineando l'irricevibilità di una servitù con previsione di un *facere* incombente sul proprietario del fondo servente. Il prevalere dell'opinione di Servio Sulpicio Rufo, però, avrebbe dissolto ogni dubbio sulla ammissibilità di tale particolare patto aggiuntivo. A ulteriore riprova del fatto che inizialmente l'obbligo della *refectio* fosse in tal modo assunto e che successivamente esso sarebbe rientrato nel contenuto legale della servitù, viene addotto Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33. Quindi il reale contenuto della *servitus oneris ferendi* non sarebbe stato altro che un *patis*, 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, come dimostrerebbe, altresì, l'assenza di qualsivoglia menzione di tale obbligo nella formula (così come vorrebbe Segrè).

attribuita validità generale, avrebbe potuto scalzare un principio caratterizzante la *natura servitutium*.

Il vero contenuto della *servitus oneris ferendi*, dunque, non si risolverà, come vorrebbe la criticata dottrina, nel normale *pati* sostanziandosi nell'*onus ferre*. 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 *aeternus*. Ma questa eventualità, impossibile naturalisticamente, è decisamente respinta proprio in Paul. 5 *epit. Alf. dig.* D. 8.2.33, ove si precisa che il *paries* dovrà essere sempre idoneo a svolgere la propria funzione, come stabilito all'atto della costituzione della servitù. Se ciò è vero, vuol dire che connaturato alla stessa struttura della *servitus oneris ferendi* non è solo l'*onus ferre*, ma anche l'imprescindibile *refectio parietis*. D'altronde, altra parte della storiografia⁹⁷ ha negato la sussistenza di un

⁹⁷ Ci si riferisce alla ricostruzione di A. CORBINO, *Servitus oneris ferendi e reffectio parietis*, cit., pp. 27-35, che principia dalla differenza intercorrente tra gli *iura praediorum rusticorum* e gli *iura praediorum urbanorum*. Il titolare di una servitù rustica avrebbe potuto profittare, infatti, di una serie di facoltà aggiuntive rispetto a quelle a lui attribuite dal *dominium*, ma ne avrebbe potuto godere solo attraverso il fondo servente – sicché il soggetto passivo sarebbe stato tenuto al solo *pati* – mentre, nel caso di una servitù urbana, la pretesa del proprietario dell'immobile dominante si sarebbe concretizzata in una serie di facoltà già rientranti nel *dominium* di cui, dunque, egli avrebbe potuto beneficiare per mezzo del proprio immobile, con la conseguenza che al soggetto passivo sarebbe stato richiesto di *non facere*. Proprio nella differenza ora delineata si individuerebbe la *ratio* della risposta di Servio Sulpicio Rufo, pur dovendosi partire dal presupposto logico per cui (p. 29): «[...] 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)». D'altro canto, il modo di esprimersi di Ulpiano e il prevalere della dottrina serviana si comprenderebbero solo ammettendo un errore alla base della risposta di Aquilio Gallo che, invero, non avrebbe riguardato il principio *servitus in faciendo consistere nequit*, già operante e valido, ma il fatto che quest'ultimo non dovesse ritenersi applicabile a quel determinato caso specifico. La genesi dell'errore di Aquilio Gallo si spiegherebbe, per un verso, in considerazione del fatto che la costituzione di una servitù urbana lega l'immobile servente allo stato in cui i luoghi si trovano in quel dato momento e, per l'altro, constatando che 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*. Del resto, si potrà rivendicare la *servitus* anche avverso il *dominus* del fondo servente che, a seguito di modifiche sullo stato dei

contrasto tra il *facere* nella *servitus oneris ferendi* e il principio *servitus in faciendo consistere nequit*, giacché funzione della *refectio* non sarebbe quella di rendere possibile l'esercizio della servitù – caso in cui il *facere* non sarebbe mai ammesso – ma, esclusivamente, di assicurare l'immutabilità dei presupposti per l'esercizio del diritto, sicché l'*onus refectionis* sussisterebbe *iure dominii*.

Tuttavia, come è stato giustamente rilevato⁹⁸, solo in conseguenza della costituzione della servitù sorgerà l'onere della *refectio*. Esso, quindi, non potrebbe assicurare l'invariabilità delle condizioni di fatto per l'esercizio del diritto⁹⁹, la cui esistenza è indipendente dall'esecuzione delle opere di restauro e sarà rispettato ove non vengano frapposti ostacoli al suo godimento¹⁰⁰.

luoghi, impedisca l'esercizio effettivo della servitù. Il contenuto *in faciendo* del diritto, allora, sarà tollerabile ogniquale volta sia conseguenza dei limiti derivanti dalla titolarità del *dominium* a loro volta direttamente connessi alla titolarità dello *ius in re aliena* (e solo ove si renda necessario all'esercizio del diritto). D'altronde, anche nel caso della *refectio* il *facere* parrebbe essere imprescindibile per l'esercizio della *servitus*. Però, nel caso della *servitus oneris ferendi*, non solo la servitù sarebbe gravata su tutto l'immobile, ma quest'ultimo sarebbe risultato per forza di cose 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 (p. 33), «L'onere di *reficere parietem*, nel caso di immobili urbani contigui, grava già sul proprietario di esso direttamente «*iure dominii*», sicché 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, cui non avrebbe potuto rimediare l'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 preteso la *refectio*, salvaguardando, per questa via, la sussistenza stessa della servitù. In buona sostanza, non vi sarebbe alcun contrasto tra il *facere* in cui si sostanzia la *refectio parietis* e la regola enunciata in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, giacché le opere di restauro non mirano ad assicurare l'esercizio del diritto ma a far sì che vi siano le condizioni che fungono da presupposto per detto esercizio.

⁹⁸ A. BURDESE, *Sulla refectionis parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 68.

⁹⁹ D'altro canto, accogliendo l'avversa ricostruzione, si finirebbe per separare due entità necessariamente interdipendenti, dato che senza *refectio* – in altri termini senza *facere* – verrebbe a mancare il *paries* idoneo all'*onus ferre*.

¹⁰⁰ Ciò che secondo A. BURDESE, *Sulla refectionis parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 69, potrebbe avvenire o direttamente o indirettamente a mezzo della mancata *refectio parietis*.

Il corretto svolgimento delle attività in cui si sostanzia l'onere della *refectio* – in modo che il *paries* possa sempre risultare idoneo a supportare il peso dell'edificio servente – permetterà, invece, l'esercizio stesso delle facoltà rientranti nella servitù¹⁰¹.

Peraltro, proprio in merito alla *refectio parietis*, altra parte della storiografia ha congetturato nel senso della esistenza di una duplice *intentio* mediante cui punirne l'omissione.

La *servitus oneris ferendi* si inserirebbe in una cornice di eccezionalità, ove la *refectio* (che non potrebbe avere natura di *obligatio ob rem*) si attergerebbe alla stregua di particolarità propria esclusivamente di questa servitù, come dimostrerebbe l'assenza di ulteriori testimonianze in cui poter individuare, rispetto a quanto avviene per la servitù d'appoggio, identità di regime relativamente alla disciplina della *refectio* stessa¹⁰².

¹⁰¹ A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 69.

¹⁰² R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., pp. 98-104 (= *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit., pp. 62-69), secondo cui la particolare *vindicatio*, fornita di duplice *intentio*, mediante cui si sarebbe sanzionata pure la mancata esecuzione delle opere di restauro del *paries*, varrebbe a delineare una eccezionale servitù – in cui la *refectio parietis* non costituirebbe un archetipo delle obbligazioni *ob rem* ma una particolarità propria della *servitus oneris ferendi* – su cui gli stessi giureconsulti avevano dibattuto in Ulp. 17 *ad ed.* 8.5.6.2. D'altronde, il carattere di eccezionalità del *facere* si rafforzerebbe in ragione della inidoneità degli altri testi adottati a provare il contrario. Nondimeno, Paul. 5 *epit. Alf. dig.* 8.2.33 consentirebbe di affermare, almeno per le prime fasi di sviluppo della *servitus* in parola, la natura esclusivamente pattizia della *refectio* giacché, solo successivamente, essa sarebbe divenuta parte della struttura stessa del diritto. Non sarebbe strano, dunque, che il pretore, seguendo le indicazioni della giurisprudenza, avesse deciso di inserire nell'editto la particolare formula con duplice *intentio*. La servitù, dalle caratteristiche eccezionali, accanto all'ordinario *pati* avrebbe ammesso anche un *facere* configurato alla stregua di ulteriore elemento necessario e funzionale ad assicurare l'idoneità del *paries* a sorreggere il peso dell'edificio dominante. Il *facere*, tuttavia, pur presentandosi alla stregua di mera conseguenza logica accessoria derivante dalla predetta configurazione funzionale, varrebbe a caratterizzare lo stesso contenuto del diritto. In ogni caso, la *ratio* che avrebbe portato alla peculiare allocazione dell'*onus refectionis* sarebbe quella individuata dallo Scialoja, sia pure con una precisazione ulteriore. La necessità di evitare l'ingiusto arricchimento eventualmente derivante da una diversa ripartizione delle spese per le riparazioni, difatti, si sarebbe presentato anche in altre situazioni che, tuttavia, non avevano ricevuto una regolamentazione assimilabile a quella della servitù di appoggio. La problematica, invero, sarebbe riconducibile a un momento storico di individuazione più o meno compiuta dello *ius praedii*. Per le servitù rustiche, concreta espressione del *dominium*,

Questa ricostruzione, però, non può essere accettata *in toto*.

Infatti, è inaccoglibile l'osservazione – di portata, evidentemente, assorbente rispetto agli ulteriori rilievi formulati a supporto della teorica in discorso in ragione della caratterizzazione in termini di “eccezionalità” della *refectio* e, per questa via, di specialità della *servitus oneris ferendi* – per cui non vi sarebbero ulteriori casi di onere *in faciendo* incombente sul proprietario del fondo gravato da uno *ius in re aliena*.

Non solo le fonti presentano casi che possono accostarsi alla *refectio* per come essa si atteggia nella servitù di appoggio, ma neppure potrà negarsi il parallelismo “strutturale” tra la *refectio parietis* e il *facere* incombente su colui che debba provvedere alla rimozione degli alberi che in varia guisa impediscano il passaggio¹⁰³.

la mancata previsione di un onere concernente la manutenzione del *locus servitutis* sarebbe potuta dipendere dalla caratterizzazione della fattispecie come riflesso della logica potestativa, cui sarebbe conseguita una certa ostilità verso situazione tese ad aggravare la posizione del proprietario del fondo servente. Specularmente, al diverso sviluppo delle servitù urbane, sciolte dai vincoli che astringevano le servitù rustiche, sarebbe potuta conseguire l'ammissibilità di una *servitus* contraddistinta da un peculiare riparto delle spese per la manutenzione (che, però, non avrebbe interessato la *servitus tigni immittendi*, di affermazione anteriore rispetto alla *oneris ferendi* e ove, seguendo Scialoja, non si sarebbe potuta intravedere alcuna ipotesi di ingiusto arricchimento).

¹⁰³ Si tratta, più in particolare, delle fattispecie discusse in Pomp. 5 *ad Sab. D. 7.1.19.1* e in Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.4.5*. L'obiezione è stata formulata anche da A. BURDESE, *Sulla reffectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 75, secondo cui non potrebbe distinguersi tra la *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* – atteggiantesi a elemento strutturale alla servitù – e il *facere* in cui si sostanzia la rimozione degli alberi, che non sarebbe stato oggetto di espressa pattuizione all'atto della costituzione dello *ius in re aliena*, essendo invece conseguenza dell'obbligo, caratterizzante qualsiasi servitù, di non impedirne l'esercizio. E infatti, ammettere la rimozione degli arbusti finalizzata all'esercizio delle facoltà connesse alla titolarità dello *ius in re aliena*, significa riconoscere la possibilità di far gravare un *facere*, diretto a rendere in concreto possibile l'esercizio del diritto, in capo al proprietario del fondo servente. È condivisibile, pertanto, il rilievo del Burdese secondo cui (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 [...]». Sicché, ogniqualvolta si fa gravare sul proprietario del fondo servente l'onere (o l'obbligo) di eseguire le opere dirette a rimettere in pristino stato i luoghi, il *facere* deve necessariamente riguardarsi quale elemento strutturale del diritto, rientrando pertanto nel contenuto della *servitus*. Tuttavia, secondo R. BASILE, *Servitus oneris ferendi. Aspetti essenziali*, cit.,

Non convincente è, prima di tutto, l'osservazione a mente della quale il *facere* previsto nelle fattispecie discusse in Pomp. 5 *ad Sab. D.* 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed. D.* 8.5.4.5 non troverebbe origine in una espressa pattuizione in sede di costituzione dello *ius in re aliena*, ma andrebbe inquadrato come conseguenza del più generale obbligo di non frapporre ostacoli all'esercizio del diritto, di contro, evidentemente, all'*onus refectionis* che avrebbe costituito parte della struttura stessa della *servitus oneris ferendi*.

Non solo, infatti, come è stato osservato, in tutte le situazioni ora richiamate il *facere* è diretto a rendere possibile l'esercizio del diritto – il che consente di affermarne la compenetrazione rispetto alla struttura dello *ius in re aliena* – ma neppure potrebbe operarsi una diversificazione del *facere* della *refectio parietis* in base alla differente, 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 fattispecie in analisi l'omissione (o la non corretta esplicazione) del *facere* in cui si sostanzia il contengo positivo dell'onere comporta pur sempre l'impossibilità di esercitare in concreto il diritto.

Né, d'altro canto, sembra che si possa con più fiducia accogliere l'opinione per cui, in verità, sarebbe il muro decrepito a costituire

pp. 79-81, non sarebbe condivisibile la tendenza di Burdese ad accostare tra loro tutte queste fattispecie richiedenti l'intervento del proprietario del fondo servente – il ben più certo deterioramento del *paries* di contro al caso, meno probabile, di alberi divelti dal vento o cresciuti in modo da impedire l'esercizio del diritto, che risulterebbe pertanto (p. 80) «[...] almeno astrattamente sfornito di eguale prerogativa [...]» – e, ancor più, l'assimilazione negli effetti. In particolare, per il Basile (*op. loc. ult. cit.*), non bisognerebbe «[...] accostare cioè la vera e propria fatiscenza del muro di sostegno, che 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. D'altro canto, sarebbe significativa, nelle testimonianze sopra ricordate, la mancanza tanto del termine *refectio* quanto di una diversa forma per indicare le opere di manutenzione, ciò che varrebbe a dimostrare la differenza intercorrente tra le opere relative alla rimozione o potatura degli alberi e la *refectio parietis*.

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 rappresentato solo un limitato impedimento all'esercizio del diritto.

A questi rilievi si possono opporre alcune considerazioni.

Da una parte, difatti, non è il *paries* cadente a costituire l'oggetto asservito all'*onus ferre*, il che è impossibile, ma il muro sempre idoneo a sostenere il peso. La prospettiva dell'asservimento, cioè, non può avere come punto centrale il *paries* ormai non più atto allo scopo, ma un muro che sia in condizioni tali da poter assicurare un sostegno effettivo all'edificio dominate, il che si accorda con una prospettiva orientata alla fisiologia del rapporto.

D'altronde, appare eccessivamente foriera di incertezze interpretative una prospettiva legata a considerazioni soggettive che si basino sulla differente "gradazione" degli impedimenti. Se, per un verso, l'omessa *refectio* potrà avere in talune fattispecie conseguenze fattualmente più rilevanti quanto alla impossibilità di godimento del diritto, per l'altro, non potrà individuarsi alcun criterio oggettivo – indipendente, quindi, dalla concreta situazione di fatto – che consenta di identificare *a priori* e senza incertezze l'impedimento, per dir così, "meno grave".

Peraltro, e conclusivamente, si noti come tutte le ricostruzioni che hanno tentato di dare una ragionevole spiegazione alla "eccezionalità" dell'onere della *refectio* nella *servitus oneris ferendi* – fatta eccezione per quelle del Bonfante e, sotto un certo profilo, di Fadda e Bensa – partano da un dato che parrebbe definitivamente acquisito: la portata generale della regola *servitus in faciendo consistere nequit*.

Ma questo modo di riguardare la questione deve essere abbandonato, tanto più che, come si è visto, si ritiene dimostrata la non generale ma limitata validità della regola enunciata in Pomp. 33 *ad Sab. D. 8.1.15.1*.

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

L'analisi di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr. ha consentito di individuare il nesso unente la prima parte della testimonianza, ove il giureconsulto discorre del necessario requisito dell'*utilitas*, con il par. 1, nel quale l'esemplificazione svolta, in armonia con il *principium* del brano (e in coerenza con il pensiero manifestato da Pomponio)¹⁰⁴, ha la funzione di mostrare come, a prescindere dalla applicazione della regola *servitus in faciendo consistere nequit*, l'impossibilità di costituire la servitù derivi dalla mancanza, per il fondo dominante, di qualsiasi *utilitas* intesa in senso obiettivo¹⁰⁵.

Questa interpretazione, dunque, non solo contribuisce a chiarire il significato del discorso svolto nel frammento – in tal modo ridimensionando l'importanza della testimonianza relativamente alla presunta applicazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit* – ma, al contempo, di evidenziare la centralità del criterio della *utilitas* obiettiva.

¹⁰⁴ Sicché, essendosi giudicata probabile la natura glossematica del periodo, è da credere che l'anonimo annotatore avesse colto il significato del testo nel suo complesso, decidendo, invero in modo non limpido, di chiarire ulteriormente il discorso di Pomponio.

¹⁰⁵ È opportuno ricordare come l'*utilitas*, quale elemento idoneo a giustificare l'onere della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi*, sia 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 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, secondo cui «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». Il Torrent ha esattamente posto in luce la funzione di limite che l'*utilitas*, declinata obiettivamente, ha all'atto dell'imposizione convenzionale della *refectio parietis* in capo al proprietario dell'edificio servente. Va segnalato, tuttavia, come pur cogliendo bene la sfumatura che caratterizza il requisito dell'*utilitas* nel caso della *servitus oneris ferendi*, lo studioso spagnolo non abbia accennato al possibile sviluppo ulteriore legato al tema, più generale, riguardante la portata della regola *servitus in faciendo consistere nequit*.

D'altro canto, e per converso, non può escludersi che i giureconsulti fossero convinti assertori della regola¹⁰⁶. Ciò che dovrà mutare è, in realtà, l'interpretazione sistematica volta a conferirle il carattere della generalità e, di conseguenza, l'idea che essa costituisca un invalicabile confine alla ammissibilità di un *facere* gravante sul soggetto passivo.

Le fonti, invero, parrebbero concordi nell'individuare una cornice entro cui conferire legittimità all'onere *in faciendo*, al contempo indicando il limite oltre il quale il *facere* non avrebbe potuto essere validamente imposto: l'*utilitas* intesa in senso esclusivamente oggettivo.

Peraltro, è bene tener presente come intendere rettamente la portata di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 consenta di superare le maggiori difficoltà relative proprio alla *servitus oneris ferendi*. Non solo, infatti, essa non andrà più riguardata alla stregua di eccezione rispetto a un (solo presunto) principio generale, 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 nuovamente Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 e la disputa intercorsa tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo. Il passo non offre alcuna espressa giustificazione circa l'effettivo prevalere dell'opinione di quest'ultimo giureconsulto. Del resto, nemmeno la contraria dottrina di Aquilio Gallo trova nel testo, per come è giunto, una chiara motivazione.

Non è improbabile, però, che effettivamente la *disputatio*, almeno inizialmente, riguardasse la possibilità di allocare, pattiziamente, un *facere* consistente nella *refectio parietis* in capo al proprietario dell'edificio servente. 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 la difforme dottrina di Aquilio Gallo. Si è creduto che il

¹⁰⁶ Né si può escludere che intenzione dei giustiniani fosse stata proprio quella di sancire la portata generale della regola enunciata da Pomponio. E anzi, è probabile che i compilatori avessero appunto mirato a conseguire questo obiettivo, per così dire, di politica legislativa, impiegando un principio che, tuttavia, per i giureconsulti romani aveva ben altra, e più limitata, portata.

giureconsulto avesse applicato, al fine di risolvere la questione, la regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Ma 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 della regola "bruta" 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 è a questo punto che soccorre la diversa interpretazione della regola enunciata da Pomponio e, più in particolare, il concetto, in verità valido per ogni servitù, di *utilitas* obiettiva.

Si consideri il primo problema, vale a dire quale fondamento avesse la risposta di Servio Sulpicio Rufo, muovendo però 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 servente¹⁰⁷.

E così egli, si può supporre, avendo altresì riguardo al caso della *servitus tigni immittendi* ove verosimilmente l'onere della *refectio* incombeva sul titolare della servitù – giacché la diversa ripartizione dell'*onus refectionis* non avrebbe arrecato alcuna obiettiva utilità al proprietario dell'immobile a vantaggio del quale la servitù era costituita¹⁰⁸ – potrebbe aver creduto che pure nella *servitus oneris ferendi*

¹⁰⁷ 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 l'*utilitas* al particolare patto mediante cui si sarebbe potuta far gravare la *refectio parietis* in capo al proprietario dell'immobile servente, che sarebbe stato al centro della discussione tra giureconsulti. La *disputatio*, secondo Torrent, avrebbe pertanto riguardato l'ammissibilità di questa deroga pattizia che, successivamente, si sarebbe convertita in una sorta di obbligo legale tipico della *servitus oneris ferendi*.

¹⁰⁸ Sono vari i motivi per cui le parti avrebbero potuto prevedere pattizamente una diversa ripartizione dell'*onus refectionis*. D'altronde, la ricostruzione proposta non può essere accostata a quella dello Scialoja che principia, invero, dal dato meramente "economico" costituito dall'ingiusto arricchimento che sarebbe potuto derivare dal far gravare l'*onus refectionis* sul proprietario del fondo dominante.

non vi fosse alcun valido motivo per ammettere una diversa ripartizione dell'onere.

L'interpretazione difforme di Servio Sulpicio Rufo, per altro verso, avrebbe valorizzato le esigenze che avevano determinato le parti a una differente pattuizione, sicché egli, reputandole meritevoli di accoglimento, avrebbe utilizzato il correttivo costituito dal concetto di *utilitas* obiettiva per interpretare e ammettere, proprio alla luce del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, la particolare previsione contenuta nella *lex aedium*.

Questa differente ricostruzione, d'altro canto, contribuisce a rispondere in maniera chiara anche al secondo quesito: in cosa debba consistere la differenza tra la *servitus tigni immittendi* e la *servitus oneris ferendi*.

È ben possibile, come è stato sostenuto, che cronologicamente debba accordarsi preminenza alla prima specie di servitù. Ma le esigenze della prassi potrebbero aver sollecitato la nascita di una nuova figura, la *servitus oneris ferendi*, ove si prevedeva la possibilità di una diversa ripartizione dell'onere costituito dalla *refectio*. Tale nuova fattispecie, esaminata e discussa da Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo, fu ritenuta tollerabile alla luce dell'utilità obiettiva che in quella determinata fattispecie (e in quelle a essa assimilabili) la differente allocazione della *refectio parietis* 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 che sarebbe gravato sul proprietario del fondo servente. Esso sarebbe stato consentito, e perciò non avrebbe violato la regola *servitus in faciendo consistere nequit*, solo ove si fosse determinata l'obiettiva utilità che avrebbe potuto trarre il fondo dominante dal *facere* richiesto al soggetto passivo.

E che l'*utilitas* così declinata fosse il criterio guida che aveva orientato Servio Sulpicio Rufo nella propria risposta, invero, lo si può intuire anche se si considerano alcuni testi già più sopra esaminati.

Al contrario, l'interpretazione offerta adotta una prospettiva differente, che ha come scopo l'individuazione della *ratio* logico-giuridica alla base della diversa ripartizione dell'*onus refectiois* nella *servitus oneris ferendi*, che si rinviene, appunto, nell'*utilitas* obiettiva.

Significativo è, per cominciare, Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr.¹⁰⁹. Nel brano, infatti, si riscontra un'applicazione ulteriore, da parte di Ulpiano, della nozione di *utilitas* obiettiva in un contesto, peraltro, volto proprio a precisare i limiti della *refectio*.

Specificato come la *refectio parietis* spetti a colui che deve la servitù, si afferma, specularmente, come a essa non debba accompagnarsi pure l'attività consistente nel 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 risulta costituita¹¹⁰.

Alla medesima conclusione, ragionando tuttavia *a contrario*, si perviene considerando Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.7¹¹¹. Certo, è ben possibile che l'onerato, eseguendo i lavori di restauro, decida di rendere il muro del proprio edificio più solido di quanto era stato convenuto al momento della costituzione della servitù. Tuttavia, il proprietario dell'edificio dominante si potrebbe opporre alla *refectio* solo nell'eventualità in cui il restauro abbia reso il *paries* meno solido. 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*, non potendosi pretendere alcun *facere* volto a migliorare ulteriormente la struttura del muro. E ciò, evidentemente, perché al momento della costituzione dello *ius in re aliena* le parti dovevano aver valutato come obiettivamente utile alla corretta sussistenza del di-

¹⁰⁹ *Sicut autem reffectio 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.*

¹¹⁰ In questo senso v. anche A. TORRENT, *Estudios sobre la servitus oneris ferendi*, I, *Utilitas, tipicidad*, cit., pp. 428-429.

¹¹¹ *Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriorem si facit, aut per hanc actionem aut per operis novi nuntiationem prohibetur.*

ritto quel particolare “grado” di solidità presente al momento della costituzione del diritto stesso.

D'altronde, la ricostruzione proposta non consente di scindere l'*onus refectiois* – ma il medesimo discorso varrà, evidentemente, per il *facere* che negli altri casi poteva onerare il proprietario del fondo gravato – dalla struttura della *servitus* (considerandolo, in altri termini, alla stregua di obbligazione o di onere accessorio rispetto al diritto).

In senso difforme non potrà addursi l'argomento basato sulla iniziale natura pattizia dell'*onus refectiois*, cui potrebbe consentirsi solo per il periodo iniziale di consolidamento della nuova figura, senza considerare, poi, la necessità del *facere* al fine di poter godere del diritto stesso, non avendo senso alcuno, in altri termini, concepire una *servitus oneris ferendi* senza l'*onus refectiois*.

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

6. *La natura giuridica 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 fugacemente, come la storiografia sia tendenzialmente oscillante quanto all'individuazione della natura attribuibile alla *refectio* del *paries* che è carattere strutturale della *servitus oneris ferendi*, e ciò per due motivi.

Da un lato, la non chiara individuazione degli elementi atti a distinguere gli oneri reali dalle c.d. obbligazioni *propter rem*; dall'altro, la stessa possibilità di individuare, nell'elaborazione dei giureconsulti romani, gli archetipi dell'una o dell'altra specie. È noto, infatti, come in dottrina gli oneri reali siano stati spesso considerati un prodotto del diritto germanico, guadagnandosi l'appellativo di *servitutes iuris germanici*¹¹².

¹¹² Espressione, quella di *servitutes iuris germanici*, il cui utilizzo è considerato, a ragione, erroneo, 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. Molti sono gli sforzi compiuti dalla dottrina 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, 'Obbligaciones 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 di attribuire – v., per ora, in questo senso, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 23; G. BALBI, s.v. 'Obbligazione reale', in *NNDI*, XI, Torino, 1965, pp. 667-668 – tanto agli oneri reali quanto alle obbligazioni *propter rem* comune natura obbligatoria. Ulteriori ragguagli, sul punto, possono leggersi in L. MANNA, *Definizione di obbligazione 'propter rem' e suoi caratteri distintivi*, in L. GAROFALO (diretto da), *Trattato delle obbligazioni*, I.2, *La struttura e l'adempiimento – Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, Padova, 2014, pp. 88-96, secondo cui l'ulteriore elemento che varrebbe a distinguere l'*obligatio propter rem* dall'onere reale si rinverrebbe nell'atteggiarsi concreto del contegno dell'obbligato, che potrebbe persino consistere in una mera limitazione all'utilizzazione della *res*. Le cennate difficoltà si acuiscono, poi, in ragione della non univoca terminologia descrittiva dell'onere reale – riscontrabile, entro i limiti di uno stadio ancora "archetipico", appunto, nelle fonti romane – e per gli inconvenienti di identificazione dei soggetti coinvolti nel rapporto. In ogni caso, come pure è stato evidenziato, è necessario riguardare al problema anche da un punto di vista prettamente storico. Secondo parte della dottrina, la non chiara individuazione della categoria degli oneri reali deriverebbe dalla estraneità della figura al diritto romano, i cui schemi concettuali non potrebbero fungere da parametro per operarne un inquadramento sistematico. D'altro canto, l'orientamento appena richiamato, per spiegare la nascita della figura dell'onere reale, ha attribuito notevole rilevanza alle mutate condizioni economiche del periodo medievale. Questa lettura, pur se provvista di innegabile valore, suscita una serie di perplessità, anche qualora si consideri la maggiore rispondenza che la struttura dell'onere reale doveva avere rispetto al regime agricolo medievale. Sui temi ora 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, secondo altra parte della dottrina, sull'origine della categoria avrebbe pesato pure il particolare concetto di proprietà sviluppato dal diritto germanico. Non a caso, B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, cit., p. 122, per identificare i caratteri dell'onere reale, ricorre al BGB, precisamente al § 1105 e al titolo che in esso si rinviene (relativo appunto alle *Reallasten*). Questo atteggiamento, sia pure a fronte dell'utilità del richiamo alla sistematica offerta dalla codificazione tedesca (cui pure si farà ricorso nella presente trattazione), è frutto di una visione troppo ristretta del problema.

Non appare corretto ragionare in termini di “origine” germanica della figura. Si dovrebbe discorrere, piuttosto, di ulteriore sviluppo della categoria, 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, 1915², p. 10). Un breve cenno, in proposito, merita la figura della *Gewere* – sull’derivazione del lemma v. E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2010, p. 195, nt. 569 – termine con cui si è soliti rappresentare il rapporto, inteso in senso materiale, che intercorre fra il soggetto e la *res* e che, pur considerando esclusivamente l’*animus* del possessore, conferisce una vera e propria posizione di vantaggio in sede processuale. La *Gewere* rappresenta una estensione del concetto stesso di ‘possesso’ che trascende i confini della nozione romana e indica tutte quelle situazioni che, pur non potendosi inquadrare nel concetto di proprietà, procurano al titolare una certa forma di godimento conseguente allo sfruttamento dell’immobile. È impossibile trascurare il legame che sussiste tra il progressivo degenerare dell’originario concetto di proprietà e il conseguente consolidamento (non nascita, si badi) della categoria dell’onere reale, ciò che può aver contribuito al sorgere di vincoli e oneri gravanti sulla proprietà e all’allargamento della categoria degli *iura in re aliena*. Secondo 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 in tale ultimo fenomeno si rinverrebbe il presupposto di quell’orientamento volto a negare l’ammissibilità, nel diritto privato romano, di figure che potessero dirsi oneri reali in senso proprio. Ciò, però, senza dimenticare che con diverse esigenze si sarebbe dovuta misurare l’elaborazione della categoria nelle differenti epoche storiche: la tutela dell’integrità della proprietà fondiaria in diritto romano e, in diritto germanico, la necessità di superare le rigide limitazioni conseguenti all’applicazione dei dogmi proprietari di derivazione romana. In ogni caso, dai predetti fenomeni non può trarsi alcuna conclusione nel senso di una totale rottura con schemi e archetipi già rinvenibili nell’elaborazione del diritto romano. Come ha messo in luce A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 16, infatti, nelle fondazioni alimentari si era individuata l’origine di due note figure di oneri reali: i censi riservativo e costitutivo. Peraltro, sia la concezione unitaria di proprietà che specialmente la Pandettistica tenderà di rinvenire nell’elaborazione del concetto romano di *dominium* – tanto come idea emergente dai *Digesta*, quanto come frutto di particolari correnti risalenti al II secolo a.C. poi riprese dai commissari giustinianeï – sia, come ha sottolineato L. SOLIDORO MARUOTTI, ‘*Abstraktes Eigentum*’ e forme di appartenenza fondiaria nell’Impero romano, in *SDHI* 67, 2001, pp. 135-201, le elaborazioni di particolari correnti sviluppatasi a seguito della Rivoluzione francese, avevano contribuito a consolidare il carattere dell’assolutezza del 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. 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 affermatosi 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*.

Tuttavia, sia pure in un quadro che continua a presentare un certo grado di arbitrarietà, nella *refectio parietis* è possibile individuare una serie di caratteri atti a tipizzarla alla stregua di archetipo della figura dell'onere reale¹¹³.

Prima di affrontare *ex professo* il problema del *facere* nelle opere di restauro previste per la servitù di appoggio, è d'uopo chiarire alcuni punti.

In primo luogo, occorre tenere ben presente come la lettura tesa a contenere la portata della regola *servitus in faciendo consistere nequit* per mezzo del concetto di *utilitas* obiettiva, debba pur sempre conside-

¹¹³ Nonostante gli importanti dissensi espressi sul punto in storiografia, su cui cfr. 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. Diritti reali e obbligazioni. Storia e concetto dell'obbligazione*, 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, se ben si riflettere in proposito, dalla concezione stessa di diritto reale e, segnatamente, del diritto di proprietà, come potere immediato sulla *res*. Esso si atteggia, come è noto, rispetto ai terzi che con il bene possono interagire, in termini di mera esclusione, sicché questi ultimi soggetti, rispetto al titolare del diritto, dovranno assumere un comportamento di mera astensione. Per converso, la realizzazione delle attività conseguenti alla titolarità del diritto reale non avrebbe mai potuto dipendere dal contegno attivo di un soggetto diverso, in violazione del carattere dell'immediatezza. Peraltro, questa concezione del diritto reale corrisponderebbe, come ha evidenziato Grosso (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 lettura, 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, accettando la ricostruzione classica, ed 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 dunque, 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, ha notato il Bensa (p. 47), il carattere della assolutezza si evidenzerebbe nei diritti reali frazionari, rispetto ai quali si potrebbe ammettere l'eventuale contegno attivo da parte del soggetto passivo. Sicché, il diritto reale frazionario si presenterà, per le sue intrinseche caratteristiche, alla stregua di un rapporto di tipo attivo a vantaggio del titolare e contro il proprietario del fondo gravato. Il carattere della assolutezza rispetto ai terzi, pertanto, si manifesta in queste fattispecie 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'assolutezza, occorre anche evidenziare il particolare della relatività che, pur non essendo tra i caratteri del diritto, deriva dallo stesso suo atteggiarsi.

rare l'ulteriore sviluppo, in chiave diacronica, 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). D'altronde, è la stessa presunta validità generale del principio ora ricordato che ha in gran parte contribuito a determinare il particolare modo di concepire la struttura stessa del diritto reale.

Per altro verso, 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 del carattere dell'assolutezza. 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 necessariamente concludere per l'inammissibilità di certe figure che pure potrebbero avere nella prassi un certo grado di applicazione.

D'altro canto, l'analisi della seconda parte di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 e delle fattispecie di cui si discorre in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5, non può prescindere dalla (sia pure indiretta e necessariamente limitata) influenza esercitata sull'interprete dai risultati raggiunti in dottrina in punto di identificazione dei caratteri propri della categoria degli oneri reali¹¹⁴.

E così, è indispensabile individuare il soggetto tenuto materialmente al *facere* e, a tal fine, è essenziale focalizzare l'attenzione sul rapporto che deve sussistere con il fondo gravato. Esso si caratterizza per la posizione "qualificata" – di tipo dominicale o conseguente alla titolarità di altro diritto reale – che lega il soggetto stesso al fondo su cui insiste il peso e a cui è altresì collegata l'automaticità dell'onere di colui che subentri nel rapporto con il fondo¹¹⁵.

¹¹⁴ Per un breve ragguglio 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; L. MANNA, *Definizione di obbligazione 'propter rem' e suoi caratteri distintivi*, cit., pp. 83-107. È evidente, in ogni caso, come di tali elaborazioni l'interprete possa (e debba) giovare nei limiti consentiti dal contenuto delle fonti stesse, pur consentendo queste ultime di verificare in certa misura la tenuta delle ricostruzioni dottrinali in tema di oneri reali.

¹¹⁵ Con riferimento alla caratteristica dell'inerenza passiva cfr. A. TORRENT, *Estudios sobre la "servitus oneris ferendi"*, II, *Cargas reales*, cit., p. 543.

D'altronde, e con riguardo alla responsabilità gravante sull'onere, occorre sottolineare come egli non sia 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 senza limiti¹¹⁶.

Peraltro, lo si ricordi, operando la derelizione il soggetto potrà pur sempre decidere di *rem derelinquere*, in modo da sottrarsi al *facere* in cui si sostanzia l'onere che sul fondo insiste¹¹⁷.

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 attinga alle limitazioni o alle modalità con cui si gode del bene¹¹⁸.

¹¹⁶ La ricostruzione proposta con riguardo 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*.

¹¹⁷ Quanto all'abbandono liberatorio A. TORRENT, *Estudios sobre la "servitus oneris ferendi"*, II, *Cargas reales*, cit., p. 544, afferma, condivisibilmente, come: «[...] 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». Si osservi, ma lo si vedrà meglio *infra*, come vi sia notevole differenza tra *derelictio* e abbandono liberatorio. Intanto, cfr. L. VACCA, *'Derelictio' e acquisto delle 'res pro derelicto habitae'*. *Lettura delle fonti e tradizione romanistica*, Milano, 1984, pp. 1-44 e p. 145, nt. 79 con riguardo a Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 che rappresenterebbe «un'ipotesi di abbandono liberatorio».

¹¹⁸ 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, essendo questi tenuti a una attività positiva nei confronti del titolare del diritto. 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 potrebbero richiedere per la loro realizzazione

Ciò precisato, diviene opportuno valutare se i predetti caratteri si possano già individuare, relativamente alla *servitus oneris ferendi*, nella *refectio parietis*, oltre che 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.

Si consideri, relativamente al rapporto tra il soggetto e il fondo gravato, prima di tutto Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2. Indubbiamente, anche nel caso della servitù di appoggio sussiste un vincolo di natura reale tra colui che è tenuto materialmente alla prestazione e l'immobile onerato. Ciò si evince dal fatto che l'esistenza della *servitus oneris ferendi* non può che presupporre un vincolo di tipo dominicale tra il soggetto e l'immobile servente.

E alla stessa conclusione si giunge anche per Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e per Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5. Nel primo caso, infatti, la rimozione degli alberi divelti dal vento incombe sul *dominus* del fondo («*Si arbores vento deiectas dominus non tollat ...*»), senza dimenticare il vincolo scaturente dalla titolarità del diritto di usufrutto (o, ma sul punto si dubita, di *iter*) che lega il beneficiario (indiretto) del *facere* al predio a favore del quale la prestazione è effettuata. Nella seconda ipotesi, allo stesso modo, la rimozione degli alberi che impediscono al proprietario del fondo dominante di godere dell'*iter* o della *via* può essere pretesa nei confronti del vicino, il cui fondo risulta servente. Ma se così è, non vi può essere dubbio sul vincolo, pur sempre di natura reale, che lega colui che deve rimuovere l'ostacolo al predio.

In tutti e tre i casi, dunque, per quanto concerne il lato passivo dell'onere, il soggetto che deve il *facere* è sempre legato al fondo da un rapporto di tipo reale.

Peraltro, sia pure nel silenzio delle fonti, è possibile concludere nel senso della automatica trasmissione dell'onere al successore a titolo particolare o universale subentrato, in luogo del precedente onerato, nella titolarità del rapporto con il 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 partico-

la collaborazione del proprietario del fondo servente. Invece, per quanto concerne l'onere il Biondi – facendo propria la ricostruzione per cui quest'ultimo pure parteciperebbe della natura obbligatoria – evidenzia come esso non possa che realizzarsi per il tramite del soggetto passivo tenuto alla prestazione.

lar modo, dal carattere di essenzialità e necessità che possiede la *refectio parietis* (l'*onus refectionis* concretizza l'esercizio della servitù di appoggio che, come ognuno vede, è indispensabile per l'esistenza stessa dell'edificio dominante).

D'altra parte, anche per le fattispecie esaminate in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5 si giunge al medesimo risultato: l'omissione del *facere* renderebbe impossibile al proprietario del fondo dominante il godimento stesso del diritto.

In tutti i casi considerati, in altri termini, il comportamento positivo deriva da oggettive necessità del fondo dominante – legate 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.

La trasmissibilità dell'onere, allora, originandosi dai tratti che distinguono il *facere* nel senso della necessità ed essenzialità della prestazione, assume essa stessa carattere peculiare che vale a qualificare ulteriormente il peso.

Speculare al tratto distintivo della trasmissibilità è, poi, quello della responsabilità incombente sul soggetto passivo. A questi, in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 e con riferimento alla *servitus oneris ferendi*, Labeone riconosce espressamente la possibilità di valersi della *derelictio*. E la stessa facoltà gli si potrà attribuire, sia pure implicitamente, anche nei casi ricordati da Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1¹¹⁹ e da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5.

Ma tutto ciò ancora non basta.

¹¹⁹ Secondo l'insegnamento della gl. '*suis actionibus*' ad D. 7.1.23.1 (*ed. cit.*, I, c. 710) che vi consente in ragione di Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.40. Anche nel passo di Ulpiano, lo si è già notato, è dunque ammessa la possibilità di abbandonare la via pubblica, come si deduce dal fatto che il pronome non può che riferirsi all'accusativo femminile. Interessata dalla derelizione sarà, quindi, la porzione di strada pubblica gravata dal diritto del proprietario del fondo servente. Proprio in ragione della natura della strada, A. BERGER, *In tema di derelizione. Osservazioni critico-esegetiche*, cit., pp. 131-139, ha optato per un impiego non tecnico dell'espressione *pro derelicto habeas*. Nondimeno, una valida *derelictio* presuppone la piena titolarità del diritto sul bene da derelinquere, ciò che varrà anche per il caso in cui essa abbia a oggetto la via pubblica. D'altro canto, non sembra che il frammento ulpiano abbia subito alterazioni tali da guastarne il significato e stravolgerne i principi che paiono, invero, genuinamente classici. Piuttosto, l'aggettivo riferito alla via potrebbe essere stato impropriamente utilizzato per indicare una strada comune a più fondi.

Il discorso labeoniano offre, infatti, ulteriori spunti di riflessione. Il giureconsulto, specificando come *hanc servitutem non hominem debere, sed rem*, conferma la realtà della *refectio* sottolineando, indirettamente, l'impossibilità di configurare il *facere* come rapporto (anche solo ancillare) di tipo obbligatorio, come si può dedurre ponendo mente alla precisazione con cui si apre l'enunciazione della dottrina della derelizione (che ne costituisce, invero, il fondamento), a mente della quale la *servitus* è dovuta dall'immobile, non dal suo proprietario¹²⁰.

Proprio in conseguenza della natura reale riconosciuta al diritto, allora, si ammette che il proprietario dell'immobile servente possa abbandonarlo per sottrarsi alle conseguenze dell'*actio* concessa al proprietario dell'immobile dominante.

La *refectio*, dunque, partecipa della natura reale della *servitus*, provvista dei caratteri della inerenza all'immobile (con la conseguente possibilità di valersi della *derelictio*) e della periodicità (che discende, evidentemente, dalla necessità di un *paries* sempre idoneo a sopportare il peso dell'edificio dominante), oltre che del contenuto *in faciendo*, presenta, in guisa di archetipo, le principali caratteristiche su cui in progresso di tempo si sarebbe edificata la categoria dell'onere reale.

D'altronde, e specularmente, si potrà per questa via confutare l'opinione di quanti vorrebbero individuare nell'*onus refectionis* una sorta di responsabilità di tipo reale accessoria alla *servitus* che, tuttavia, essendo ammessa la *derelictio*, non potrà essere una obbligazione in senso proprio ma, piuttosto, l'archetipo dell'*obligatio propter rem*¹²¹.

¹²⁰ Come sottolineano C. FADDA, P.E. BENZA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 83. Le considerazioni svolte nel testo rafforzano ulteriormente l'opinione circa la genuinità, almeno nella sostanza, dell'accento alla dottrina labeoniana dell'abbandono liberatorio. 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).

¹²¹ 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

In senso contrario, oltre al tenore dei passi ricordati ove si insiste nello specificare che è esclusivamente il fondo a essere gravato¹²² mentre, e diversamente non potrebbe essere, il soggetto funge da mero “strumento” per l’esecuzione della prestazione¹²³, può addursi una osservazione ulteriore.

Come si vede, al fine di superare (ma sarebbe più corretto discorrere di aggiramento della questione) il problema che genera la

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 il Biondi, 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 opinioni di Segrè e Grosso, v. A. TORRENT, *Estudios sobre la ‘servitus oneris ferendi’*, III, ‘*Obligaciones propter rem*’, cit., pp. 244-246, che evidenzia l’incompatibilità tra il dettato delle fonti e la presunta natura di obbligazione *propter rem* attribuita all’*onus refectionis*.

¹²² Sicché, come osserva P.E. BENSA, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, cit., p. 52, la *derelectio* sarà conseguenza del fatto che il particolare rapporto da cui nasce l’onere sorge *ex re*.

¹²³ Sul punto cfr. C. FADDA, P.E. BENSA, *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 possa desumere la natura del rapporto, e ciò senza considerare 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 ragione di quanto si afferma nel frammento 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. Peraltro, avverso la criticata posizione sono state formulate obiezioni ulteriori 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. D’altra parte, come pure si è detto, la 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.

derelictio – 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 pur sempre avere natura obbligatoria.

E così si preferisce, stando anche la prevenzione di fondo nell'ammettere diritti reali *in faciendo*, ricondurre la *refectio* alla categoria intermedia delle obbligazioni *propter rem* che ricomprenderebbe tale specie di responsabilità a cui il soggetto potrebbe sottrarsi mediante la *derelictio* della cosa.

Ma ciò è, per le cose dette, inaccettabile. Meglio si attaglia alla *refectio parietis* la qualifica di archetipo dell'onere reale.

Non rimane, a questo punto, che un'ultima notazione relativa alla funzione svolta, nella cornice così delineata, dal requisito dell'*utilitas* obiettiva che deve fungere da limite alla possibilità di ammettere oneri *in faciendo*, provvisti di natura reale, ma che non arrechino alcuna utilità all'immobile a favore della quale siano costituiti.

Le fonti, in tutti i casi esaminati, trattano infatti di fattispecie in cui 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, d'un canto, l'inerenza al fondo servente e, dall'altro, il fatto che a essere onerata doveva sempre essere la *res*, in modo da legare la prestazione *in faciendo* alla cosa da cui si dovevano trarre, poi, i mezzi per provvedere alla prestazione.

CAPITOLO III

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

SOMMARIO: 1. Raggiugli sullo sviluppo degli oneri reali in diritto intermedio. Esame delle istanze in tema di proprietà fondiaria affermatesi a seguito della Rivoluzione francese. Cenni alla disciplina rivoluzionaria in materia di *rentes foncières*. – 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. 3. – Alcune osservazioni sulle *Reallasten* e sulla disciplina del § 1105 del *BGB*. 4. – Alcune considerazioni sull'ammissibilità di fattispecie riconducibili alla categoria dell'onere reale nella sistematica dei rapporti reali.

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

Del primo tema che verrà sinteticamente studiato in questo paragrafo, riguardante il problema dello sviluppo dell'onere reale nel diritto intermedio, si è già fugacemente accennato nel corso di questo lavoro.

Se certamente le fonti romane offrono esempi riconducibili a figure archetipiche di oneri reali¹, un discorso organico sul tema non

¹ Per un rapido raggiuglio nell'ambito del diritto pubblico sia consentito rinviare anche ad A.L. DE PETRIS, *Sulla categoria degli oneri reali in diritto romano e nella tradizione romanistica*, in *RDR* 14, 2014, pp. 6-8.

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 l'assoggettamento a un onere con prestazione di contenuto positivo².

Questa attenzione all'elaborazione dei giuristi e della prassi del diritto intermedio è ulteriormente giustificata in considerazione del fatto che, come ha messo in evidenza un'accorta dottrina³, il rifiuto

² 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, 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 quadrivio 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-5 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*, Cap. II, nt. 112], da cui si citerà nel prosieguo)).

³ G. GANDOLFI, s.v. '*Onere reale*', cit., p. 129. Sul punto v. altresì C. FADDA, P.E. BENSA, Note a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., p. 86, i quali hanno sottolineato l'importanza dell'elaborazione del diritto germanico non solo per il diritto comune italiano ma, anche, per lo sviluppo dei concetti del diritto consuetudinario francese da quello derivati 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 di tutti i codici civili regionali e *praecipue* pp. 208-211 [= pp. 50-55 della rist.] per l'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, "*Civili in diversissimo modo*". *Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento*, Milano, 2017, pp. 237-269. Da ultimo, relativamente al rapporto tra codificazione napoleonica, sviluppo della definizione di proprietà e tradizione romanistica, cfr. O. DILIBERTO, *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana*

della categoria nell'ordinamento italiano deriva piuttosto da ragioni di ordine storico legate alle istanze della Rivoluzione 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 smantellare⁴.

Peraltro, è significativo porre l'accento su una diretta 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*⁵ – della categoria dei

al Code Napoléon (e viceversa), in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, 2019, pp. 89-103.

⁴ 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 dello 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, altresì, 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.

⁵ 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. L'eventuale operatività del principio del *numerus clausus* dipenderà, quindi, dal problema definitorio e di determinazione 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*. È bene comunque rimarcare, sulla 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-

diritti reali alla luce del *numerus clausus* e del principio della tipicità⁶.

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, su cui rimane fondamentale il saggio di P. VINOGRADOFF, *The growth of the manor*, London, 1911² [rist. New York, 1966], *passim* e, in particolare, pp. 52-67 e pp. 307-331. Sul punto 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.

⁶ Per un inquadramento generale v. A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, 1988², pp. 31-48, in chiave 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 modérne 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 le resistenze mostrate dalla dottrina, si evidenzia 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 – relativo ai diritti reali che possono iscriversi nel *Registro de la Propiedad* 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, dove vengono esaminati, rispettivamente, il *Code civil*, il BGB e il NBW. Akkermans, partendo dal *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 una delle parti, non costituirà parte del diritto reale, essendo privo dei tipici effetti di opponibilità nei confronti dei terzi. Nondimeno, come osserva lo studioso (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'Akkermans osserva come, nonostante una travagliata discussione in dottrina e in giu-

Non risulta semplice, tuttavia, 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 concezione germanica di dominio sostanziantesi nel concetto di *Gewere* e, per l'altro, dalla migliore rispondenza (e adattabilità) delle figure rientranti nella categoria degli oneri reali alle mutate esigenze dell'economia medievale⁷.

D'altro canto, 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 feudatari⁸ – e da una serie di obblighi di natura personale ed economica che legavano il vassallo al signore (o *suzerain*) e che, reciprocamente, quest'ultimo aveva verso il primo, usualmente indicati con il lemma *suzeraineté*⁹ – le prestazioni che da essi erano sorte continuarono a gravare, pure 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 feudalità¹⁰. Peraltro, dal pun-

risprudenza sul punto, l'operatività del principio della tipicità non possa essere messa in discussione. La questione, tuttavia, per il nuovo Codice civile olandese, rimane strettamente legata 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.

⁷ Sul punto v. anche C. FADDA, P.E. BENSÀ, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit., pp. 87-88.

⁸ Cfr., con precipuo 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 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; 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.

⁹ Cfr., in proposito, F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1949², pp. 72-75, il quale mette in evidenza la funzione fondamentale del *beneficium*, cioè della terra concessa al vassallo, come 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.

¹⁰ Su cui v. R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, Milano, 1909, pp. 173-210.

to di vista del diritto comune, la Glossa stessa aveva ammesso l'oneramento dei fondi con prestazioni perpetue protette da azioni reali¹¹.

L'impiego di queste figure si diffuse, invero, anche nella pratica del diritto canonico¹², specie attraverso le decime dominicali e sacramentali¹³. In questa sede interessano quelle della prima specie, dato che il carattere positivo della prestazione e l'inerenza di essa al fondo conducevano la dottrina a ipotizzare come anche in diritto canonico potessero operare diritti reali *in faciendo* riconducibili alla categoria dell'onere reale¹⁴. È bene ricordare, infatti, come per *ius*

¹¹ In questo senso v. C. FADDA, P.E. BENSA, *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, cit. p. 93, secondo i quali non potrebbe essere accolta la teoria che vorrebbe individuare, in siffatte ipotesi, una ipoteca costituita tacitamente attraverso l'oneramento dell'immobile. D'altronde, alla più generale ricostruzione per cui i diritti reali altro non sarebbero se non 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, secondo cui nell'onere reale il credito e il diritto reale risultano in una figura giuridica unica provvista di natura immobiliare, che pertanto non può identificarsi con la differente specie del credito garantito per il tramite del diritto reale.

¹² Così C. FADDA, P.E. BENSA, *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.

¹³ Cfr. A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni "ob rem"*, cit., pp. 96-97.

¹⁴ C. FADDA, P.E. BENSA, *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, il quale riferisce questa soluzione esclusivamente alle decime dominicali. Le decime sacramentali, egli nota, non insistendo sul fondo, non potevano costituire veri e propri oneri reali. Esse 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 provento stesso della cosa (decime prediali). Fadda e Bensa, sul punto della natura da attribuire alle decime, si fondano altresì sull'autorità del Cardinal De Luca. In particolare, v. JO. BAPTISTAE DE LUCA... *Theatrum veritatis & justitiae, sive decisivi discursus per materias, seu titulos... Libri Decimiquarti Pars Tertia, De decimis, et oblationibus...*, Venetiis, 1716, p. 32 [Disc. XVI], ove egli afferma: «Attamen in petitorio sufficit possessori pro obtinenda absolutoria ab onere fructuum sola intentatio actionis negatoriae, donec ille, qui praestationem vel aliam servitutem praetendit [...]», 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*, avrebbe potuto procedere per mezzo dell'*actio negatoria*, mentre al titolare del predetto *ius* sarebbe stata concessa, avverso il possessore, l'*actio confessoria*. Peraltro, non bisogna dimenticare, sempre in riferimento alle decime ecclesiastiche, come altra dottrina abbia rimarcato la non

decimandi i capitoli ecclesiastici¹⁵, in conseguenza di un diritto universale esercitato su tutte le terre poste a coltura, traessero dai fondi la decima parte del loro prodotto lordo.

Se, dunque, la prassi consentiva a che una prestazione di carattere positivo gravasse sul fondo, fu nell'ambito della sistematica proprietaria sviluppata dai giureconsulti di età intermedia che trovarono più completa giustificazione le fattispecie accomunate dal contenuto *in faciendo*.

La storiografia ha sottolineato come il peculiare affastellarsi di questi *iura in re* rappresenti, in buona sostanza, il frutto di un allargamento delle maglie della predetta sistematica dovuto all'affermazione di una differente concezione del sistema fondiario e dei rapporti a esso connessi¹⁶.

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 acco-

applicabilità ad esse di tutte le regole proprie della categoria dell'onere reale. In quest'ultimo senso v. 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, ulteriormente distinte in personali, miste e prediali, l'ultimo tipo meriti qualche ulteriore precisazione. Esse, infatti, si distinguono dagli oneri reali poiché, gravando sui frutti del fondo, e non su di esso, si caratterizzano per la non permanenza e la mobilità. Al contrario di quanto avviene per il caso dell'onere reale, nelle decime prediali l'entità della prestazione 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), come 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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».

munate esclusivamente dal legame con la *res*¹⁷. In secondo luogo, il diverso obiettivo perseguito dai giureconsulti medievali, rappresentato dal tentativo di dare rilievo giuridico a tutta una serie di vincoli che esorbitavano dalla sfera proprietaria ma che era necessario far rientrare nella cornice della realtà¹⁸.

A essi si accompagna, per l'epoca altomedievale, quel processo di "volgarizzazione del diritto romano" i cui prodromi sono ravvisabili già nell'età di Costantino e che produce l'ampliamento del concetto di *dominium*, a cui si affianca quindi la nozione di *firma possessio*¹⁹.

Proprio in conseguenza di questo nuovo assetto la prassi giunse a considerare il concessionario quale figura principale nei rapporti fondiari, al contrario, invece, del *dominus*²⁰. E così, per quanto con-

¹⁷ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., p. 104, il quale, invero, non ha mancato di sottolineare in *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, cit., pp. 258-259, come il superamento dei rigidi schemi emergenti dalla compilazione giustiniana da parte dei giureconsulti medievali sia il prodotto della necessità di adattamento ai mutevoli condizionamenti di una società in continua evoluzione. 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 giustiniani e un lavoro in profondità, fitto, scalzante, incisivo, che parte da diversi e forse antitetici presupposti e muove verso diverse finalità».

¹⁸ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., p. 105.

¹⁹ 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, con riguardo, rispettivamente, 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.

²⁰ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., p. 108.

cerne 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 la *res*²¹.

Mutava, in tal maniera, quella visione, pervasa da notevole disvalore, con cui si guardava alle limitazioni alla proprietà che in epoca altomedievale finirono, invece, per rientrare nel fisiologico rapporto tra il *dominus* che, negozialmente, poteva decidere di regolare la propria attività agricola facendo ricorso a censi, livelle, enfiteusi e la *res*²².

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) finì, in ragione del carattere dell'inerenza della prestazione alla *res*, per assumere natura di onere reale²³. In tal modo, come pure è stato opportunamente evidenziato, i predetti negozi vennero ad affiancarsi a tutta quella serie di fattispecie che avrebbero gravato sulla proprietà fondiaria fino alla Rivoluzione francese²⁴.

È naturale, quindi, che contro l'assai larga diffusione di questi oneri – inizialmente espressione di una società dinamica alla ricerca di strumenti confacenti alle esigenze produttivistiche che si andava-

²¹ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., pp. 109-110.

²² 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 è da ricordare P. GROSSI, *La proprietà e la proprietà nell'officina dello storico*, cit., pp. 220-223, specialmente per gli spunti di carattere metodologico e la critica rivolta alle ricostruzioni tendenti a ricondurre a una relazione 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, gli assetti prevalenti nell'organizzazione dell'impresa agraria altomedievale devono leggersi alla luce del costume e della mentalità dell'epoca.

²³ 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, cioè il miglioramento del fondo, la continuità nel tempo (che, come si è visto, vale a differenziare l'onere reale dall'obbligazione *propter rem*), e la tendenza a configurarli come negozi traslativi del diritto reale.

²⁴ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., pp. 120-121.

no affermando e 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 dalle istanze dei fisiocratici²⁵ che finivano per investire il punto, centrale, della legittimità di siffatta visione economica e giuridica dei rapporti fondiari.

Non può sorprendere, dunque, che in area francese, ove la terra era assoggettata a un numero elevatissimo di vincoli signorili riferibili a soggetti tanto laici quanto ecclesiastici²⁶, all'alba dei moti rivoluzionari il dibattito fosse particolarmente acceso.

²⁵ Sul punto v. D. FIOROT, *La filosofia politica dei fisiocratici*, 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.

²⁶ 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 français 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, *Les démembrements de la propriété foncière en France 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 (p. 72) «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 *Bibliothèque de l'École 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. Come peraltro si vedrà *infra*, il risultato a cui si giunse con il *Décret général concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rachetables* 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.

In particolare, accanto a posizioni marcatamente conservatrici che difendevano i diritti vantati dai feudatari sulle terre²⁷, 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 connessi²⁸.

Su questa scia si inserivano, come accennato, le teorie formulate dai seguaci della scuola fisiocratica che reclamavano con forza l'abolizione dei privilegi feudali²⁹. Tra gli esponenti di questa corrente è certo da ricordare Robert-Jacques Turgot il quale, oltre a ritenere necessaria una abolizione dei diritti feudali che fosse graduale e, in determinati casi, priva di qualsiasi corresponsione a titolo di indennità, ebbe probabilmente grande influenza sull'elaborazione dell'opuscolo di Pierre François Boncerf, *Inconvénients des droits féodaux*³⁰.

È significativo riportare qualche passaggio tratto dall'operetta ora ricordata:

Une loi sur cette matiere 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

²⁷ Infatti, è particolarmente significativa, come nota M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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.

²⁸ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 155, che richiama 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*.

²⁹ 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.

³⁰ Sul punto v. N.I. KARÉIEV, *Les paysans et la question paysanne en France dans le dernier quart du XVIIIe siècle*, cit., pp. 322-340; É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 95, nt. 1, il quale sottolinea come Turgot, che 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 français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 155-156, il quale, di contro, si mostra più cauto nell'attribuire una influenza tanto rilevante di Turgot sull'elaborazione dello scritto di Boncerf.

*domaine et les seigneurs, ainsi que leurs vassaux trouveroient des avantages immenses à consentir réciproquement au rachat des servitudes féodales*³¹.

Qui l'autore, dopo aver fatto risaltare la giustezza di una legge volta ad abolire i privilegi feudali sostenendone, peraltro, la fattibilità, si soffermava sui vantaggi che avrebbero ricevuto financo i signori e i vassalli se avessero consentito al riscatto delle *servitudes féodales*³²:

*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*³³.

E così Boncerf, dopo aver per sommi capi accennato alla genesi storica del feudo, asserisce:

³¹ 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.

³² Peraltro, il discorso svolto nell'escerto riportato si ricollega anche, come sottolinea M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 157, alla speculare situazione di conflitto che sarebbe potuta insorgere 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 dénombremens, 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, 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 comptes très-étendus; tantôt le droit, la quotité ou la maniere de le payer, sont contestés; 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*.

³³ 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.

Tel 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 usurpée³⁴.

Egli, poi, con toni invero enfatici, si preoccupava di individuare quale interesse avesse lo Stato nel promuovere tale riforma:

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 synonymes³⁵.

Era avvertita, dunque, 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 signori³⁶. Il Parlamento di Parigi, il 23 febbraio del 1776, condannò alle fiamme lo scritto sul presupposto che esso fosse:

³⁴ 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.

³⁵ 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 français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 157, l'opuscolo di Boncerf, in toni assai persuasivi, non solo elencava i vantaggi che lo Stato avrebbe ricevuto dall'abolizione del regime feudale, ma individuava assai bene anche il principale inconveniente che una tale situazione generava e, cioè, lo stato di comproprietà che veniva a instaurarsi sui fondi.

³⁶ Sul punto v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 95, nt. 1; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 156.

[...] injurieuse aux loix et coutumes de la France, aux droits sacrés et inaliénables de la Couronne, et au 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'usurpations, 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 Royaume³⁷.

L'autore della *brochure* scampò alla condanna soltanto grazie all'intervento, su sollecitazione di Turgot e Malesherbes, di Luigi XVI³⁸. 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 «... *au droit des propriétés des particuliers ...*», ma anche agli stessi interessi della Corona di Francia. Assai interessante è, infatti, l'uso del verbo *ébranler* – 'scuotere' o 'far vacillare' – riferito alla *Constitution de la Monarchie*. È evidente come le pretese di riforma condensate nel libello di Boncerf fossero considerate sovversive rispetto allo stesso ordine monarchico³⁹.

All'opera di Boncerf si ispirarono, tuttavia, anche diversi altri scrittori alla vigilia degli Stati generali aperti il 5 maggio del 1789⁴⁰.

³⁷ *Mémoires secrets pour servir à l'histoire de la République des Lettres en France, depuis MDCCLXII jusqu'à nos jours; ou Journal d'un observateur ... Tome neuvième*, Londres, 1778, p. 63.

³⁸ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 156.

³⁹ 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 français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 158.

⁴⁰ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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 medesi-

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, del 20 giugno; l'ordine di Luigi XVI ai nobili e al 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 proprio con la presa della Bastiglia⁴¹.

In questo contesto è assai importante ricordare gli accadimenti del 4 agosto 1789⁴². 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 des 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

mi argomenti già esposti da Pierre François Boncerf ne *l'Inconvénients des droits féodaux*, nonché lo scritto *Observations d'un républicain sur les différens systemes d'Administrations provinciales, particulièrement sur ceux 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 evidenzia 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 des Laboureurs, 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 (p. 160), 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 di cui si è discusso avevano tralasciato di accennare.

⁴¹ La bibliografia relativa a questi episodi è di mole notevole. 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.

⁴² Sul punto v., intanto, É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 94-99.

avrebbero tratto i maggiori vantaggi dal rovesciamento del sistema feudale – contenevano fieri attacchi ai privilegi dei signori⁴³. E 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, pur a fronte della constatazione per cui la questione dell'abolizione del regime feudale avrebbe formato uno dei nodi centrali su cui si sarebbero contrapposti gli ordini privilegiati e il terzo Stato⁴⁴, il Re nella *séance royale* di martedì 23 giugno sentenziava:

*Toutes les propriétés sans exception seront constamment respectées, et Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriétés les dîmes, 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*⁴⁵.

Il testo è emblematico (e lapidario) nelle sue affermazioni e nella onnicomprensività dei diritti che vengono inclusi sotto la nozione di proprietà, ricomprendendo *tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques* direttamente collegate alla titolarità di terre e feudi, così come quei privilegi connessi alla persona⁴⁶.

⁴³ In questo senso v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France 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 français 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.

⁴⁴ Cfr. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 96.

⁴⁵ Precisamente all'art. 12 della *Déclarations des intentions du Roi*, in *Déclaration du Roi concernant la présente 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.

⁴⁶ Assai significativo è come P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, cit., p. 255, abbia richiamato proprio la

La data del 23 giugno 1789, considerata l'estremo tentativo operato dalla monarchia per imporsi sulle rivendicazioni del terzo Stato⁴⁷, è importante per via degli eventi che seguirono alla *séance* e alle resistenze mostrate dalla Corona. Non bisogna dimenticare, infatti, come alle dichiarazioni di Luigi XVI si oppose fermamente il terzo Stato. Venne formata, dunque, l'Assemblea nazionale a cui si unirono anche clero e nobiltà.

D'altronde, 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 all'abolizione dei pesi fondiari senza alcuna forma di indennizzo⁴⁸.

Per comprendere il corso degli eventi è necessario accennare, dunque, sia pure brevemente, al diverso atteggiamento delle classi privilegiate di fronte alle richieste del terzo Stato.

Non sorprende, d'un canto, come delle istanza prospettate dai ceti più bassi nessuna abbia trovato riscontro effettivo nelle rivendicazioni contenute nei *cahiers* provenienti dal clero e dalla nobiltà⁴⁹.

séance royale ricordata per evidenziare il carattere del regime fondiario durante l'*Ancien régime*.

⁴⁷ Così, M. VOVELLE, *Breve storia della Rivoluzione francese*, cit., p. 14.

⁴⁸ Sul punto v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 161-162, il quale evidenzia come molti *cahiers* fondassero la distinzione e, dunque, il diverso regime abolitivo in ragione della differente modalità di costituzione del peso. In particolare, sulla scorta delle proposte di Turgot e Boncerf, sarebbero state la natura e l'origine delle rendite il criterio discrezionale principale. Si sarebbero differenziate, pertanto, le rendite stabilite per libera convenzione delle parti da quelle imposte dalla tirannia feudale, che avrebbero gettato gli uomini in uno stato di servaggio personale o reale.

⁴⁹ Con alcune distinzioni, come sottolinea M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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 di dover distinguere tra i diritti da abolire senza alcun riscatto e quelli che, invece, avrebbero richiesto una qualche forma di 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 (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 che palesasse la situazione di sottomissione a cui pure erano sottoposti i vassalli nei confronti del signore.

Notevole è il parallelismo tra la giustificazione addotta dal Re – secondo cui il precedente regime avrebbe funto da tutela per le “forme di proprietà” inclusive delle più svariate tipologie di servaggio reale e personale – e quella, di ugual tenore, della nobiltà di alto lignaggio⁵⁰.

Non va neppure dimenticato, per altro verso, come la questione feudale avesse 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 Stato⁵¹.

In un quadro, dunque, di forte conflittualità (caratterizzato, altresì, dai focolai di *jacquerie* che divampavano nelle campagne), l'Assemblea nazionale, nel frattempo costituitasi, si mostrava assai turbata e incerta nell'applicazione della repressione pubblica⁵².

E così, la sera del 4 agosto, una parte dei deputati propose di adottare misure estreme per affrontare il precipitare degli eventi, nonostante l'intuizione di alcuni nobili circa il fondamento delle richieste avanzate dal terzo Stato e la proposta di rendere riscattabili tutti i diritti feudali⁵³.

⁵⁰ Sul punto v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 162-163, il quale evidenzia le significative differenze emerse tra le volizioni della nobiltà e quelle del clero in relazione, per esempio, al diritto di caccia, sulla cui soppressione il primo Stato, contrariamente al Secondo, avrebbe anche consentito. E così, in risposta agli atteggiamenti del clero, il secondo Stato rivendicava l'abolizione o, comunque, la possibilità di riscattare le decime. Emerge chiaramente, dunque, come né il Primo né il secondo Stato fossero disposti a rinunciare alle loro prerogative, sebbene, per dirla con Garaud (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».

⁵¹ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 163.

⁵² In proposito v. l'efficace sintesi di É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 96, che ricorda come i popolani avessero assaltato i castelli al fine di distruggere gli archivi contenenti le prove degli antichi diritti feudali vantati dai signori.

⁵³ È significativo quanto riferisce É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 97, sull'opinione del Visconte de Noailles secondo cui l'obiettivo dell'Assemblea, che avrebbe mirato

Finalmente, dopo svariate discussioni, intervenne Guy Le Guen de Kérangal con un discorso in cui si insisteva sulla necessità di abolire il regime feudale, vera causa dei disordini che nel frattempo stavano scoppiando nelle campagne⁵⁴. 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, cioè la rivendicazione di un vero e proprio diritto borghese fondato sull'uguaglianza e la libertà di impresa⁵⁵. 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 discussione⁵⁶, all'adozione di un *Décret général* in materia di abolizione e riscatto degli oneri reali che gravavano sulla proprietà⁵⁷.

a sedare i disordini scoppiati nei Dipartimenti, non si sarebbe potuto raggiungere senza tenere in giusta considerazione le rivendicazioni del Terzo stato, tra cui la più pressante aveva a oggetto proprio il punto riguardante il regime fondiario stretto dal giogo feudale. Un altro nobile, il Duca d'Aiguillon, seguendo de Noailles, evidenziava come scopo delle rivolte contadine 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 erano 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, sull'estraneità di molta parte della nobiltà di alto lignaggio rispetto alle angherie perpetrate dai vassalli.

⁵⁴ Su cui v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 98; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 177.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Sul punto v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 99-101; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 177-178. Come ricorda il Garaud la redazione finale del testo venne rinviata. In ogni caso, la lista delle mozioni approvate dall'Assemblea nella notte

È necessario richiamare, per tale ragione, gli articoli del *Décret général du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges*⁵⁸ che maggiormente interessano:

Art. 1: *L'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal. Elle décrète que, dans les droits et devoirs tant feodaux 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, possédées par les corps séculiers et réguliers, par les bénéficiers, les fabriques, et tous gens de main-morte, même par l'ordre de Malte, et autres ordres religieux et militaires, même celles qui auraient été abandonnées à des laïques, en remplacement et pour option de portions congrues, sont abolies, sauf à aviser aux moyens de subvenir d'une autre manière à la dépense du culte divin, à l'entretien des ministres 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*

del 4 agosto 1789 conteneva già alcuni spunti assai interessanti che vennero ripresi nel testo definitivo. 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.

⁵⁸ 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.

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 main-morte, domanistes 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 seront 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 fixés 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 y être imprimés, publiés, même au prône des paroisses, et affiché 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 fattispecie di servaggio personale⁵⁹. Invece, alla seconda categoria appartenevano tutti gli altri diritti, in relazione ai quali le

⁵⁹ Questa parte della disposizione ricalca la prima delle mozioni che erano state approvate nella notte del 4 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, e adottando la locuzione '*servitude personnelle*'. Sul punto v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 179, il quale precisa come alla redazione dell'art. 1 operata dal Visconte de Noailles, il *Comité de rédaction* avesse anche aggiunto il caso della manomorta reale che, nonostante alcune contrarie opinioni, finì per essere ricompresa nel testo finale della norma (insieme, peraltro, alle prestazioni pecuniarie dovute in conseguenza della manomorta stessa).

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 riscattabili sono, poi, gli artt. 5 e 6. L'art. 5 attiene alle decime e ai canoni di qualunque natura a favore di *corps séculiers et réguliers*, nonché di *bénéficiers* e *fabriques*, come pure a «... tous gens de main-morte, 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 stesura finale fu assai sofferta⁶⁰, prende in considerazione nella prima parte esclusivamente i benefici ecclesiastici e quelli la cui titolarità spettava all'Ordine di Malta e agli *autres ordres religieux et militaires* che operavano in quel momento in Francia⁶¹.

Dalla lettera della legge, per l'ipotesi delle decime ecclesiastiche, traspare anche la preoccupazione di salvaguardare la principale fonte di sostentamento del clero per la realizzazione di opere religiose e caritatevoli a favore della popolazione. L'abolizione delle stesse,

⁶⁰ Cfr. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 179-180, il quale nota come numerosi deputati avessero cionnondimeno ritenuto la riforma delle decime ancora insufficiente. Le posizioni sul punto risultavano, però, eterogenee. Da un lato, quanti ne domandavano la soppressione senza alcuna forma di indennità; dall'altro, quanti, specie tra il Terzo stato, partendo dalla supposta appartenenza dei beni ecclesiastici allo Stato, avevano creduto di poter ricondurre le decime alle contribuzioni pubbliche. Molti rappresentanti del clero, invece, difesero ardentemente la possibilità di riscattare le decime, sul presupposto che la semplice soppressione avrebbe costituito una ingiusta menomazione dei diritti del primo Stato. Le decime, infatti, sarebbero a esso appartenute senza dubbio alcuno. A ciò 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.

⁶¹ Per una ricognizione dei c.d. *privilèges utiles* di cui beneficiava 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.

di conseguenza, sarebbe dovuta avvenire esclusivamente a seguito dell'individuazione dei mezzi alternativi per fronteggiare non solo le spese derivanti dall'amministrazione del culto, ma anche quelle necessarie per le opere pie, per la ricostruzione dei luoghi sacri e per il sostentamento delle istituzioni culturali ecclesiastiche. Sicché, fino a quando a ciò non si fosse provveduto, gli antichi possessori avrebbero continuato a percepire queste rendite «... *suivant les lois et en la manière accoutumée*».

Il medesimo articolo poi, per il caso delle altre decime, «... *de quelque nature qu'elles soient ...*»⁶², sanciva la possibilità di pervenire a un eventuale riscatto secondo un regolamento che sarebbe stato predisposto dalla medesima Assemblea. Finché esso non fosse divenuto vigente, però, la riscossione sarebbe continuata regolarmente.

L'art. 6 si occupa, invece, delle *rentes foncières perpétuelles*⁶³. 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, a un tasso che sarebbe stato fissato, anch'esso, dall'Assemblea.

Infine, l'art. 18 seconda parte, posto a chiusura del *Décret général*, è impiegato dall'Assemblea per annunziare il proposito di una celere redazione delle leggi, più volte richiamate negli artt. 5

⁶² 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 français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 180.

⁶³ 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 foncière, 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 all'evoluzione e alle basi economiche della figura qui ricordata v. in breve J.-P. YDRAUT, *L'analyse de la rente foncière*, in *Études rurales* 110, 1988, pp. 299-304.

e 6, dirette a dare attuazione ai «... *principes qu'elle a fixés 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 Corona⁶⁴.

Effettivamente, le stesse previsioni del *Décret* presentavano aporie e soluzioni che la dottrina non ha mancato di giudicare assai severamente⁶⁵. Come si è avuto modo di vedere esaminando il contenuto degli artt. 5 e 6, difatti, i deputati avevano ritenuto 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 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 dell'ultima categoria. In proposito, si era fatto notare come una determinazione di quel tenore avrebbe provocato, in ogni caso, la lesione di una serie di diritti che, seppure nascenti da un rapporto di tipo vassallatico, ricalcavano ormai il tipo proprietario. E ciò, nondimeno, senza considerare l'affidamento che i titolari dei benefici avevano riposto, al momento dell'acquisto, in una legislazione effettivamente garantista sul punto⁶⁶.

Peraltro, nonostante fosse stato deciso di adottare una regola

⁶⁴ Nonostante l'art. 17 esclamasse: *L'Assemblée nationale proclame solennellement le Roi Louis XVI Restaurateur de la liberté française*.

⁶⁵ Infatti, v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 101; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 183.

⁶⁶ Sono gli argomenti messi innanzi da É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France 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, l'abolizione incondizionata, che non si sarebbe potuto in altro modo a loro imputare. E così, pur individuandosi nelle esigenze nazionali contingenti la cagione dell'abolizione, non meno rilevante sarebbe stato il danno subito dai ti-

fondata sulla cennata 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 riscattabilità⁶⁷.

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, guidata da Merlin, avrebbe dovuto individuare il principio volto a distinguere i diritti aboliti e quelli riscattabili; la seconda, da Tronchet, si sarebbe occupata delle condizioni del riscatto⁶⁸.

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 terminata⁶⁹.

tolari dei diritti, anche a voler credere che la gran maggioranza di essi avesse rinunciato ai benefici la notte del 4 agosto.

⁶⁷ É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 102.

⁶⁸ 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 (a fronte, d'altro canto, di soli quattro membri appartenenti al secondo Stato e di tre *propriétaires*); É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 102-103; M. GAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 183.

⁶⁹ N.I. KARÉIEW, *Les paysans et la question paysanne en France dans le dernier quart du XVIIIe siècle*, cit., p. 461; É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 102-103, il quale insiste sulla condotta dei contadini che, sulla scorta del contenuto dell'art. 1 del *Décret général* e, nella specie, facendo leva sulle parole di apertura, si consideravano ormai del tutto liberi da qualsiasi obbligo nei confronti dei signori. Naturalmente, come Chénon osserva, 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 si-

È assai interessante notare, d'altronde, 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 *personnelle* e alla *servitude personnelle*. Egli, più in particolare, aveva distinto due specie di rapporti feudali: da un lato quelli che derivavano da atti di usurpazione che, non potendo dare vita 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 quindi fatto propria la distinzione tra *féodalité dominant* e *féodalité contractant*⁷⁰.

Questo criterio, tuttavia, 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 si trovò costretta ad adottare un sistema di presunzioni in modo da dichiarare soppresse, senza indennità alcuna, tutte quelle fattispecie sussumibili nel concetto di *féodalité dominant* e riscattabili, al contrario, quelle riconducibili alla *féodalité contractant*⁷¹.

Si pervenne, in questo modo, all'approvazione del *Décret général concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rachetables* del 15 marzo 1790⁷².

tuazione, nonostante le numerose petizioni che questi ultimi avevano inviato all'Assemblea, non era mutata, tanto che nelle campagne si registravano nuove ondate di violenza che prendevano nuovamente di mira i castelli e gli archivi in essi ubicati.

⁷⁰ É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 104-105, il quale, in proposito, evidenzia come il criterio distintivo proposto da Merlin, pur essendo stato accettato dall'Assemblea come quello più rispondente alle esigenze derivanti dall'equità, consentisse in realtà la costituzione di rapporti agevolmente riconducibili alla c.d. *féodalité dominant* (ciò che, invero, sarebbe stato agevolato anche dalle pressioni e dalla violenza perpetrata dai signori). In proposito, nello stesso senso, v. altresì M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 184-186.

⁷¹ Sul punto v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 105.

⁷² Il decreto, come specifica É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France 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

Ecco, per quanto concerne il Titolo I, gli articoli che interessano in questa sede⁷³:

Art. 1: *Toutes distinctions honorifiques, supériorité et puissance résultant du régime féodal, sont abolies; quant à ceux des droits utiles qui subsisteront jusqu'au rachat, ils sont entièrement assimilés aux simples rentes et charges foncières (24 février)*⁷⁴.

Art. 5: *En conséquence, les formes ci-devant usitées des reconnaissances par aveux et dénombremens, déclarations à terriers, 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 assises commencés avant la publication du présent décret (24 février).*

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*

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, era dedicato alla individuazione dei diritti signorili esistenti e, appunto, soppressi senza indennità. Infine, il terzo, *Des droits seigneuriaux rachetables*, riguardava i diritti feudali dichiarati riscattabili. Il testo del *Décret* si può trovare, peraltro con alcune varianti di forma nella trasposizione delle norme, nella *Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale... depuis le premier Janvier, jusques et compris le mois de Mai 1790*, II, Paris, s.d., pp. 182-199 e, altresì, nella *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique)*... Par J.B. Duvergier, I, Paris, 1834², pp. 114-121 (da cui si cita).

⁷³ 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 (24 février)*. Art. 4: *Quant aux fiefs qui sont grevés de devoirs utiles ou de profits rachetables, et aux censives, il en sera fourni par les redevables de simples reconnaissances passées à leurs frais, par-devant tels notaires qu'ils voudront choisir, avec déclaration expresse des confins et de la contenance; et ce, aux mêmes époques, 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 (24 février)*.

⁷⁴ E l'art. 2, di conseguenza, stabiliva: *La foi et hommage, et tout autre service purement personnel, auxquels les vassaux censitaires et tenanciers ont été assujétis jusqu'à présent, sont abolis (24 février)*.

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 (24 février).

Art. 8: Tous les droits féodaux et censuels, ensemble toutes les rentes, redevances et autres 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]⁷⁵, seront, jusqu'à leur rachat et à compter de l'époque qui sera déterminée par l'art. 33 du tit. II du présent décret, 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 (24 février).

Art. 10: Le retrait féodal, le retrait censuel, le droit de prélation féodale ou censuelle, et le droit de retenue seigneuriale, sont abolis (24 février).

L'art. 1 statuisce, in primo luogo, l'abolizione di ogni «... *distinctions honorifiques, supériorité et puissance résultant du régime féodale ...*»⁷⁶, per poi specificare come i *droits utiles* non direttamente aboliti – e fino a quando, naturalmente, non fossero stati riscattati – sarebbero stati assimilati a delle normali *rentes et charges foncières*. Questo articolo, come pure l'art. 2 che a esso è direttamente collega-

⁷⁵ L'inciso si trova riportato esclusivamente nella trascrizione della norma contenuta nella *Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale... depuis le premier Janvier, jusques et compris le mois de Mai 1790*, II, cit., p. 184 e non, invece, in quella che si può leggere nella *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1850 inclusivement, par ordre chronologique)*... Par J.B. Duvergier, I, cit., p. 115.

⁷⁶ Come 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., pp. 16-17, un grande numero di fattispecie poteva essere ricompreso in tale generica formulazione, ciò dipendendo altresì dal fatto che molto spesso esse si fondavano su singole consuetudini locali. Tuttavia, tra le molte, Garnier ricorda le più comuni, vale a dire «[...] ceux qui ordinairement appartenoient aux Seigneurs Haut-Justiciers et de Fief, 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.».

to, mira principalmente alla soppressione di quelle particolari forme di omaggio che il vassallo avrebbe dovuto recare al proprio signore riconoscendone la superiorità⁷⁷.

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 *dénombrément*, cioè della minuta descrizione dei beni infeudati⁷⁸. Si sopprimevano pure le c.d. *déclarations à terriers*⁷⁹, così come i *gages-pleiges*, i *plaid*s e le *assises*⁸⁰, precisandosi infine come tutti i proprietari di feudi avrebbero potuto «... *continuer aucuns terriers, gages-pleiges ou plaid*s et *assises* ...» solo, però, qualora il godimento fosse cominciato prima della promulgazione del *Décret*.

L'art. 7 abolisce poi le *saisies féodales et censuelles* e i *droits de commise*⁸¹. E tuttavia si prevede, versandosi nel caso dei «... *droits*

⁷⁷ Sul punto cfr. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 105-106; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 186.

⁷⁸ Sicché, 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 *dénombrément* altro non sarebbe se non uno sviluppo ulteriore dell'*aveu*. In proposito, però, cfr. anche N. VITON DE SAINT-ALLAIS, s.v. '*Dénombrément*', in *Dictionnaire encyclopédique de la noblesse de France*, I, Paris, 1816, p. 247, secondo cui, a dispetto del fatto che i termini compaiano spesso associati o che, comunque, il lemma *aveu* venga impiegato in luogo di *dénombrément*, essi non debbano essere considerati sinonimi, dato che: «[...] le terme de *dénombrément* ajoutait quelque chose à celui d'*aveu*, lequel semblait se rapporter principalement à la reconnaissance générale qui était au commencement de l'acte: au lieu que le terme de *dénombrément* se rapportait singulièrement au détail qui était fait ensuite des dépendances du fief».

⁷⁹ 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 in relazione alle quali 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.

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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*

féodaux et censuels non supprimés sans indemnité ...», la possibilità per i proprietari di esercitare «... *les actions, contraintes, exécutions, privilèges et préférences ...*» previste, però, dal diritto comune, dalle *coutumes* e dagli *statuts des lieux* a favore di tutti i *premiers bailleurs de fonds*.

Di notevole rilievo sono le prescrizioni contenute all'art. 8, secondo cui tutti i diritti *féodaux et censuels*, nonché tutte le *rentes, redevances* e gli altri diritti che per loro stessa natura o in conseguenza di quanto previsto dai *Décrets* del 4 agosto 1789 potevano essere oggetto di riscatto, sarebbero stati regolati quanto al regime della prescrizione – fino a che il riscatto non fosse avvenuto e a partire dal periodo previsto dall'art. 33 del Titolo II⁸² – dalle previsioni racchiuse nelle leggi e nelle *coutumes* del Regno valevoli per gli *immeubles réels*⁸³.

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*.

Al Titolo II si trova, invece, una ricognizione dei diritti signorili esistenti e soppressi senza alcun tipo di indennità⁸⁴. Ecco le disposizioni che è utile prendere in considerazione⁸⁵:

leur rachat et liquidation, et à leur nature et forme de perception actuelles, cit., pp. 24-27.

⁸² Art. 33: *Toutes les dispositions ci-dessus, à l'exception de celles de l'article 11 du titre I^{er}, et des articles 13, 17 et 19 du présent titre, qui ne seront exécutées que du jour de la publication du présent décret, auront leur effet à compter du jour de la publication des lettres-patentes du 5 novembre 1789 (5 mars).*

⁸³ E pertanto, come sottolineano É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 106 e M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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 stabilite per regolare la prescrizione degli ordinari diritti fondiari, eliminando, dunque, ogni riferimento alla imprescrittibilità del credito derivante dal censo (e fondata, in verità, sul carattere meramente ricognitivo del rapporto feudale).

⁸⁴ Sul punto v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 106.

⁸⁵ È opportuno ricordare anche i seguenti articoli. Art. 3: *Lesdits héritages demeureront pareillement assujétis 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 être dus par les héritages non main-mor-*

Art. 1: *La main-morte personnelle, réelle ou mixte; la servitude d'origine; la servitude personnelle du possesseur des héritages tenus en main-morte réelle, celle de corps et de poursuite; les droits de taille personnelle, de corvées personnelles, d'échute, de vide-main; le droit prohibitif des aliénations et dispositions à titre de vente, donations entre vifs ou testamentaire, 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 (26 février).*

Art. 2: *Néanmoins, tous les fonds ci-devant tenus en main-morte réelle ou mixte continueront d'être assujétis aux autres charges, redevances, tailles ou corvées réelles dont ils étaient précédemment grevés (26 février).*

L'art. 1, più 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 effetti giuridici derivanti dalla manomorta reale⁸⁶.

tables tenus en censive dans la même seigneurie, ou suivant la coutume (27 février).
 Art. 4: *Tous les actes d'affranchissement par lesquels la main-morte 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 mutations ne se trouvaient excéder les charges et droits usités dans la même seigneurie, ou établis par la coutume ou l'usage général de la province, relativement aux fonds non main-mortables tenus en censive (1^{er} mars).* Art. 5: *Dans le cas où les droits et charges réelles mentionnés dans les deux articles précédents se trouveraient excéder le taux qui est indiqué, ils y seront réduits; et sont entièrement supprimés les droits et charges qui ne sont représentatifs que de servitudes purement personnelles (1^{er} mars).*

⁸⁶ D'altronde, come sottolinea 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, appare particolarmente difficoltoso individuare le caratteristiche (e dare una esatta definizione) della figura considerata all'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 nota come nel diritto germanico il termine 'manomorta' indicasse 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, né, 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, il

Le disposizioni avevano, dunque, l'obiettivo di eliminare ogni traccia dei pesi di origine feudale percepiti come retaggio della condizione servile tipica del sistema proprietario di *Ancien régime*. Specularmente, all'art. 2 veniva previsto che sui medesimi fondi continuassero a gravare, se già insistenti, *autres charges, redevances, tailles* o *corvées réelles*⁸⁷.

Occorre considerare, infine, alcuni articoli contenuti nel Titolo III del *Décret*, relativo ai diritti feudali dichiarati riscattabili:

Art. 1: *Seront simplement rachetables, 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 (5 mars).*

Art. 2: *Et sont 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, arrage, agrier, comptant, soïété, dimes inféodées, ou*

lemma venne a descrivere gli enti medesimi (e tra questi proprio il feudo), nonché il patrimonio di essi. Esso possiede, dunque, un doppio significato che si collega tanto all'elemento personale quanto all'elemento reale. Come, però, è stato altresì evidenziato, invalso è 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.

⁸⁷ E che, come precisa É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 106-107, trovavano la loro fonte in rapporti di tipo convenzionale. L'art. 7 si preoccupava, poi, di rendere applicabili le disposizioni del *Décret* anche a particolari forme di manomorta che si erano sviluppate localmente. Le altre norme contenute nel Titolo II elencavano dettagliatamente, invece, 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 français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 187-188 – come ai signori fosse consentito addurre, limitatamente ad alcune fattispecie, la prova che il diritto derivasse da una concessione del fondo di natura negoziale. 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 del *Décret* – o il *titre primitif* oppure, qualora esso non fosse disponibile, *deux reconnaissances conformes* che, a loro volta, ne richiamassero una più antica non contraddetta da *reconnaisances antérieures*.

sous toute autre dénomination quelconque, qui ne se paient et ne sont dues 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, venteroles, reliefs, relevoison, 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 ayans-cause du précédent propriétaire ou possesseur; 3° les droits d'accapte, arrière-accapte et autres semblables, dus tant à la mutation des ci-devant seigneurs qu'à celle des propriétaires ou possesseurs (8 mars).

Secondo l'art. 1 dovevano essere semplicemente riscattabili, e dovuti sino a che il riscatto non fosse intervenuto, tutti i diritti e i doveri feudali e censuali utili che fossero il *prix* e la *condition* di una *concession primitive* dei fondi, elencati al successivo art. 2⁸⁸.

La normativa contenuta nel *Décret général 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 reali⁸⁹.

⁸⁸ Si v. la descrizione che di essi fa 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.

⁸⁹ In questo senso v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 108; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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. L'onere della prova, *ex art. 3*, avrebbe potuto essere assolto 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 l'applicazione della 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*.

Delle condizioni del riscatto si dovette 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 1790⁹⁰.

Il *Décret* appena ricordato, nonostante lo sforzo compiuto, presentava una serie di lacune che interessavano le innumerevoli fattispecie originate dalla prassi del diritto feudale. Per tale ragione divenne necessario che la disciplina fosse integrata dalle previsioni contenute nel successivo *Décret relatif au rachat de plusieurs droits seigneuriaux*, del 23 febbraio 1791⁹¹.

Al *Décret* del 3 maggio 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 ricordato il *Décret relatif au rachat des rentes foncières*, del 18 dicembre 1790⁹².

Proprio quest'ultimo *Décret* permette di formulare una prima considerazione che, però, può essere estesa alla complessa produ-

⁹⁰ Su cui v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 109-112; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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 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 des droits casuels*, si occupava delle modalità e dei tassi di riscatto per i *droits casuels*. Esso può leggersi, in ogni caso, nella *Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale... depuis le premier Janvier, jusques et compris le mois de Mai 1790*, II, cit., pp. 330-345 e nella *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique)*... Par J.B. Duvergier, I, cit., pp. 163-168.

⁹¹ Sul punto v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 112. Il testo del *Décret* può trovarsi nella *Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale... Mois de Février 1791*, Paris, s.d., pp. 248-252.

⁹² Lo si legga nella *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique)*... Par J.B. Duvergier, II, Paris, 1834², pp. 105-111; cui adde, per il commento delle disposizioni, É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 113-117.

zione normativa riguardante la soppressione della feudalità. In effetti, scorrendo le previsioni 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 appunto quello di mutare la natura dei rapporti fondiari che, da *féodaux et censuels*, erano divenuti veri e propri *droits fonciers*⁹³.

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, lo si ricordi, l'Assemblée aveva proceduto a distruggere «... *entièrement le régime féodal*» – non aveva trovato, in verità, alcuna concreta realizzazione nella normativa attuativa che, d'altra parte, rendeva ancora possibile preservare quei diritti rientranti nel concetto di *féodalité contractant*. D'altronde, il regime probatorio era nettamente favorevole ai signori e assai limitante per i vassalli e i censuari.

A ciò si aggiunga, poi, la difficoltà stessa di pervenire al riscatto, una pura illusione per i contadini i quali, oltretutto, avrebbero dovuto procurarsi le risorse economiche necessarie per poter effettivamente affrancare i fondi dalla condizione in cui si trovavano⁹⁴.

Nondimeno, in ragione della necessità di pervenire a un soddisfacente grado di tutela delle ragioni dei signori, si era deciso, per il caso di concessioni in feudo o in censo implicanti il pagamento di canoni annuali e *droits de mutation*, di rendere riscat-

⁹³ In questo senso v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 119; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 194, il quale sottolinea anche come ulteriore debolezza intrinseca alla legislazione antif feudale derivasse dalla possibilità concessa ai signori di provare che i diritti di cui risultavano titolari (e presumibilmente illegittimi) avessero fonte, all'opposto, nella concessione del fondo, sicchè, conformemente alle previsioni normative, essi avrebbero potuto conservare il privilegio altrimenti invalido. Diversamente, i vassalli e i censuari avrebbero certo potuto dimostrare, almeno in linea teorica, che i diritti vantati dai signori fossero a norma di legge illegittimi. Tuttavia, all'atto pratico, tale prova si dimostrava impossibile.

⁹⁴ Così M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 194-195, ove lo studioso precisa altresì come le previsioni relative al riscatto avrebbero dovuto avere natura obbligatoria e del materiale pagamento si sarebbe dovuto fare carico lo Stato stesso. Tale soluzione, peraltro, era già stata adottata per le decime derivanti da infeudamento.

tabile gli uni solo qualora si fosse proceduto anche in relazione agli altri⁹⁵.

Non può sorprendere, quindi, 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 delle fattispecie riconducibili all'*héritage servile*, avevano subito la condanna e l'abolizione. Tuttavia, e il punto merita soverchia attenzione, la quasi totalità dei diritti signorili avrebbe potuto essere dichiarata legittima, e ciò, più in particolare, ove essi fossero stati inerenti al fondo o, trattandosi dei censi, attraverso la semplice trasformazione in rendite fondiarie⁹⁶.

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* dei diritti feudali, non avevano sortito l'effetto sperato dai contadini. La situazione stava tornando nuovamente difficile, con focolai di *jacquerie* che scoppiavano specialmente in quelle regioni della Francia dove più prepotentemente si faceva sentire il giogo feudale⁹⁷.

Per tali ragioni si decise di costituire nuovamente un *comité de féodalité*, il 24 ottobre 1791⁹⁸. I lavori del *comité*, sebbene inizialmente

⁹⁵ Sul punto v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 195.

⁹⁶ Cfr., in proposito, M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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 lo studioso evidenzia come la legislazione rivoluzionaria non avesse in effetti chiarito la natura delle *rentes* determinando, così, incertezza sulla possibilità che anche per esse potesse valere l'abolizione. Peraltro, il 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 titolare di un numero elevatissimo di contratti di rendita.

⁹⁷ Cfr. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., pp. 198-199.

⁹⁸ Bisogna ricordare che il 30 settembre 1791 la Costituente aveva proceduto a separarsi, ciò che secondo É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 121, «[...] 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

portati avanti lentamente e con poca convinzione, subirono una netta accelerazione a causa della rinnovata attenzione che venne dedicata al tema a cagione del sostegno che l'Imperatore di Germania aveva mostrato nei confronti dei grandi principi tedeschi che possedevano feudi in Alsazia e Lorena avverso le affermazioni del *Décret* del 4 agosto⁹⁹.

Fu così presentato, l'11 aprile 1792, un progetto di decreto mediante cui si prevedeva di abolire quei diritti che in precedenza erano stati dichiarati semplicemente riscattabili, modificando anche il regime probatorio e ponendo a carico dei signori l'onere di dimostrare la legittimità del diritto vantato¹⁰⁰.

Si giunse, così, al *Décret 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*, del 18 giugno-6 luglio 1792¹⁰¹. È necessario ricordarne almeno l'articolo di apertura:

Art. 1: *L'Assemblée nationale, dérogeant aux articles 1 et 2 du titre III du décret du 15 mars 1790, et à toutes lois à ce relatives,*

stato posto in evidenza da M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 212, come le principali lagnanze cui esso dovette fare fronte riguardassero, nello specifico, le modalità del riscatto e la diversa regolamentazione della esigibilità delle rendite che, invero, avrebbero potuto essere pretese solo quando il signore avesse posseduto il contratto originario giustificante l'esistenza del diritto.

⁹⁹ Cfr. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France 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* un pronunciamento avente a oggetto, precisamente, quei diritti signorili *utiles* che le precedenti disposizioni legislative avevano dichiarato riscattabili.

¹⁰⁰ Sul contenuto del dibattito che seguì il progetto v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 123-127. Diversi deputati si soffermarono sulle modalità stabilite per la prova della legittimità dei diritti vantati dai signori, tanto che si arrivò persino a sostenere come essi dovessero presentare i titoli originari su cui si basava la titolarità di un determinato diritto.

¹⁰¹ Il testo del *Décret* può trovarsi nella *Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale législative... Mois de Mai et Juin 1792*, Paris, s.d., pp. 466-468 e nella *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique)... Par J.B. Duvergier*, IV, Paris, 1834², pp. 217-218 (da cui si cita).

décète que tous les droits casuels, soit censuels, soit féodaux, et tous ceux qui en sont représentatifs, connus sous le nom de quint, requint, treizième, lods et treizains, lods et ventes et issue, mi-lods, rachaps, venteroles, reliefs, relevaison, 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'acensement ou de bail à cens, être le prix et la condition d'une concession du fonds pour lequel ils étaient perçus; auxquels cas, lesdits droits continueront d'être perçus et d'être rachetables.

La disposizione è di notevole interesse per l'espressa deroga agli artt. 1 e 2 contenuti nel Titolo III del *Décret général concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rachetables* del 15 marzo 1790. La nuova previsione, al contrario delle norme derogate, si preoccupa di regolamentare il regime probatorio prescrivendo che, per evitare di incorrere nella soppressione, il titolare del diritto avrebbe dovuto mostrare il *titre primitif* di *inféodation*, di *acensement* o di *bail à cens*.

Come è stato evidenziato, il *Décret* ebbe il merito di infliggere un colpo tutt'altro che trascurabile alla sopravvivenza del sistema feudale¹⁰². Determinante fu certo il diverso regime probatorio imposto ai signori i quali, per giustificare sotto il profilo della legittimità il diritto di cui risultavano titolari, avrebbero dovuto esibire il *titre primitif*¹⁰³.

¹⁰² Non sono del tutto concordi nel valutare i risultati del *Décret* É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 127 e M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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 del *Décret* che aveva recato «[...] un coup sensible à la propriété féodale».

¹⁰³ Alla prova, come sottolinea M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 219, sarebbe stato assai difficoltoso attendere. Molto spesso, difatti, i signori non disponevano del *titre*, giacché esso o non era mai esistito o era andato perduto. E così, essi avreb-

In ogni caso, nonostante l'introduzione delle predette modifiche, la possibilità di valersi del riscatto continuava a essere assai difficile e spesso volte anche non del tutto possibile, in special modo con riguardo ai diritti da corrispondere annualmente¹⁰⁴.

Le proteste dei contadini non accennavano a placarsi¹⁰⁵, perciò il *comité* decise di facilitare ulteriormente la possibilità di pervenire al riscatto mediante il *Décret sur le mode du rachat successif et divis des droits fixes et casuels ci-devant féodaux* del 20 agosto 1792¹⁰⁶.

La disciplina si completò con l'emanazione del *Décret relatif à la suppression sans indemnité de tous les droits féodaux ou censuels, et de toutes redevances seigneuriales* del 25-28 agosto 1792¹⁰⁷, attraverso cui si decise di estendere la regola probatoria fondata sull'esibizione del *titre primitif* anche ai *droits fixes*¹⁰⁸.

bero potuto giustificare la titolarità del diritto vantato solo riferendosi al possesso da tempo immemore o, al più, in virtù di atti ricognitivi successivi.

¹⁰⁴ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 219.

¹⁰⁵ Sul punto v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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. Essi, nella maggior parte dei casi, denunciavano la non totale liberazione dai pesi fondiari di origine feudale.

¹⁰⁶ Può trovarsi nella *Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale législative... Du 10 Août au 21 Septembre 1792*, Paris, s.d., pp. 358-367 e nella *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1850 inclusivement, par ordre chronologique)... Par J.B. Duvergier*, IV, cit., pp. 341-345. Il *Décret* è suddiviso 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 annuelle fixe*; il Titolo secondo *De l'extinction de la solidarité, et du mode du 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 notato da É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 127-128, tra le diverse previsioni contenute nel *Décret* va certamente ricordata quella che avrebbe permesso di pervenire al riscatto separato dei *droits fixes* e *casuels*.

¹⁰⁷ Lo si legga nella *Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale législative... Du 10 Août au 21 Septembre 1792*, cit., pp. 406-411 e nella *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1850 inclusivement, par ordre chronologique)... Par J.B. Duvergier*, IV, cit., pp. 355-358.

¹⁰⁸ Su cui v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 128; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 221.

Fu, dunque, principalmente grazie agli atti normativi da ultimo ricordati che si pervenne alla effettiva eliminazione dei residui di feudalità che ancora inquinavano i rapporti dominicali in conseguenza della debole (e non sempre coerente) disciplina attuativa dei propositi manifestati nel *Décret* dell'11 agosto 1789. Tuttavia, come pure è stato rilevato, 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 del *Décret* del 25-28 agosto 1792, non venivano ricomprese tra i diritti considerati nel *Décret* medesimo¹⁰⁹.

Una importante novità sul punto, però, era stata espressamente introdotta nel dettato normativo: i diritti a cui si riferisce l'art. 17, per essere sottratti 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 fiefs*».

Si era finalmente data concreta, sebbene non definitiva, attuazione alle enfatiche affermazioni contenute nell'art. 1 del *Décret général du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges*¹¹⁰.

Il lungo e assai accidentato percorso che aveva portato all'emanazione delle leggi ricordate non può che essere considerato un primo passo, sia pure assai significativo, verso la soluzione dei problemi che affliggevano i contadini francesi.

Come, ad ogni buon conto, è stato opportunamente sottolineato, la complessiva normativa non era stata in grado di riportare effettiva quiete nelle campagne¹¹¹.

¹⁰⁹ 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 fiefs.*

¹¹⁰ Nonostante alcune problematiche legate alla effettiva applicazione del *Décret* e alla interpretazione del criterio del *titre primitif*, su cui v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 224.

¹¹¹ 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 français 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 del *Décret* del 25-28 agosto 1792.

Fu certo per tali ragioni che la Convenzione – allontanandosi dalla distinzione tra *féodalité dominante* e *contractante* che aveva ispirato il lavoro dell'Assemblea legislativa – adottò, il 17 luglio 1793, il *Décret qui supprime sans indemnité toutes les redevances ci-devant seigneuriales et droits féodaux, même ceux conservés par le décret du 25 août 1792*¹¹².

Il nuovo testo normativo, fatta eccezione per le fattispecie disciplinate all'art. 2 e relative alle *rentes* o *prestations purement foncières* (non direttamente collegate, cioè, a rapporti di tipo feudale¹¹³), disponeva, all'art. 1, la totale soppressione di tutti quei rapporti che l'Assemblea legislativa, facendo riferimento al concetto di *féodalité contractante*, aveva ritenuto di poter legittimamente conservare:

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 osservato, e si potrebbe aggiungere con una formulazione dell'articolo assai chiara e priva di allusioni, si era proceduto in tal modo a eliminare ogni residuo di feudalità ancora sussistente¹¹⁴.

¹¹² Lo si legga nella *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique)...* Par J.B. Duvergier, VI, Paris, 1834², pp. 19-24.

¹¹³ Art. 2: *Sont exceptées des dispositions de l'article précédent les rentes ou prestations purement foncières et non féodales.*

¹¹⁴ In proposito v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 130-131; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 228. I due studiosi ricordati, concordemente, richiamano l'attenzione sull'art. 6 e sul connesso art. 7. Diversi altri decreti adottati dalla Convenzione, come quello in commento all'articolo appena richiamato, si riferiscono a sanzioni di natura penale in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute. Peraltro, come ha osservato Chénon, problemi di non poco momento sorgevano quanto alla possibile ed effettiva applicazione delle norme stesse. Numerosi titoli giustificativi risultavano di tipo misto, sicché l'eventuale loro distruzione avrebbe costituito una violazione dell'art. 2 del *Décret* che, invece, consentiva di mantenere le *rentes foncières*. Nondimeno, se si fosse agito in senso opposto si sarebbe violato l'art. 6. Per porre rimedio alla situazione di stallo che si era in questo modo prodotta, la Convenzione adottò il *Décret relatif aux actes de concession à titre d'inféodation*, et

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 operatività del *Décret* del 17 luglio 1793. La decisione di inserire nel testo legislativo una norma come l'art. 2 poneva problemi di carattere ideologico alla Convenzione, il cui intento era dichiaratamente quello di eliminare ogni minima traccia del regime feudale, anche con riferimento alla *rente foncière*¹¹⁵. Fu per tale ragione che si rese necessario distinguere in quali casi la *redevance* fosse *seigneuriale* o *purement foncière* e, per questa ragione, ancora ammissibile a norma dell'art. 2¹¹⁶.

La Convenzione decise di non seguire un criterio basato sulla natura intrinseca dei canoni¹¹⁷. A cagione di tale scelta, il *Décret relatif 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,*

au brûlement des titres féodaux mixtes, del 2 ottobre 1793 (che può leggersi nella *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, Avis du Conseil-d'État... [De 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique]... Par J.B. Duvergier*, VI, cit., pp. 203-204).

¹¹⁵ In questo senso v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 132; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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.

¹¹⁶ Come è stato osservato da É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 131; cui adde M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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 recato, dunque, un considerevole danno alle casse del Tesoro. Sul punto sono assai significativi i dati forniti da R. BLAUFARB, *Propriété, politique et délimitation des groupes sociaux: le débat sur les rentes foncières, 1789-1811*, cit., p. 122.

¹¹⁷ É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 132-133; M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français 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 dovuti necessariamente separare i diritti puramente fondiari sorti a seguito di un regolare contratto di concessione da quelli feudali, in modo da conservare i primi ed eliminare i secondi. Secondo Garaud fu questa la tendenza manifestata dai funzionari dei vari dipartimenti.

d'une rente de 35 setiers de blé, qualifiée foncière et seigneuriale, del 7 ventose an 2 (25 febbraio 1794)¹¹⁸, fornì una interpretazione del Décret del 17 luglio 1793 nel senso della soppressione, senza alcuna indennità, delle *rentes foncières* sorte, anche a seguito di una normale concessione del fondo, «... avec mélange de cens et autres signes de seigneuries ou féodalité ...»¹¹⁹.

Sicché, e per assurdo, nel campo di applicazione della legge sarebbe potuto rientrare ogni contratto che avesse contenuto anche solo un lato riferimento a rapporti di natura feudale¹²⁰.

D'altro canto, non meno complessa e problematica si presenta l'analisi della legislazione antif feudale prodotta sotto il Direttorio e il Consolato.

Conviene prendere in considerazione, perché di particolare interesse, il problema delle *rentes foncières*, e ciò per un duplice ordine di ragioni: la natura intrinseca dell'istituto e il fatto che esso incontra una espressa disciplina nel Codice civile del 1942¹²¹.

Si è osservato, infatti, come uno dei principali meriti della legislazione rivoluzionaria fu quello di rendere il diritto scaturente dalla *rent foncière*, per sua natura reale, vero e proprio diritto di credito¹²².

¹¹⁸ Lo si veda raccolto nella *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'Etat... (De 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique)... Par J.B. Duvergier*, VII, Paris, 1834², p. 83.

¹¹⁹ Ecco, per la parte che maggiormente interessa, la lettera della legge: *Considérant que déjà elle a déclaré par un décret d'ordre du jour du 2 octobre 1793, 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 et autres signes de seigneuries ou féodalité [...]*.

¹²⁰ Come rileva É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 133.

¹²¹ Per un primo inquadramento del problema riguardante la natura della rendita fondiaria che mutò, secondo parte della dottrina, già sotto il Codice civile del 1865 trasformandosi da vero e proprio onere reale in diritto di credito, v. intanto 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. Per alcune considerazioni relative al diritto romano v. M. AMELOTTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, in *SDHI* 19, 1953, pp. 202-234 (= *Scritti giuridici*, cur. L. Migliardi Zingale, Torino, 1996, pp. 456-488).

¹²² In questo senso v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., p. 145, il quale sottolinea anche come

Ciò, tuttavia, non esime dal formulare alcune ulteriori osservazioni.

Da un lato, infatti, la *rente foncière* si risolve in una prestazione, sostanziantesi nella dazione annuale di una somma di denaro, di carattere periodico, *in faciendo*, con inerenza all'immobile e dovuta a cagione della sua alienazione¹²³. Proprio i predetti caratteri, quantomeno per l'antico diritto, hanno fatto propendere per l'inquadramento della *rente foncière* alla stregua di vero e proprio onere reale¹²⁴.

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 Pothier¹²⁵, non avrebbe percepito di-

la *rente foncière* fosse uno degli ultimi diritti, tra quelli che resistevano all'inesistente erosione per opera della legislazione antif feudale, a insistere sulla proprietà.

¹²³ 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. La scaturigine dell'istituto può essere rinvenuta negli effetti del contratto di *bail à rent*, 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 ma del solo dominio utile.

¹²⁴ Tanto che, come sottolineano 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.

¹²⁵ 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 ordre et publiée par les soins de M. Dupin ... Tome deuxième*, Paris, 1827, p. 533, il quale, pur affermando la natura di onere reale della *rente foncière*, ne evidenzia le differenze rispetto agli altri *charges réelles*. In particolare, il 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 [...]». In proposito cfr. anche M. PLANIOL, G. RIPERT, *Trai-*

rettamente i frutti, potendo ciò avvenire – 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, ritenuta *propter rem*, derivante direttamente dal contratto di *baile à rente* e avente a oggetto esclusivamente l’effettiva percezione della rendita¹²⁶.

Questa lettura, tuttavia, non sembra del tutto coerente con la struttura giuridica dell’istituto. Difatti, il diritto alla percezione della rendita – sia pure sorto per effetto del contratto di *bail à rente* – è direttamente legato alla titolarità di un diritto di proprietà sul fondo gravato, tanto che il *preneur* potrebbe liberarsi dall’onere della prestazione periodica alienando l’immobile¹²⁷.

Epperò, non sfugge all’attento osservatore l’oziosa distinzione tra il diritto in sé considerato – vale a dire la *rente foncière*, onere reale che grava sull’immobile – e il fatto materiale della prestazione *in faciendo*, a cui si vorrebbe attribuire natura di obbligazione *propter rem*. Così procedendo, si perverrà all’eguale (e altrettanto inaccettabile) risultato già oggetto di critica quando si è trattato di determinare l’essenza della *refectio parietis*, dato che pure nel caso della *rente foncière* l’esigenza di scindere il diritto dalla prestazione (*in faciendo*) si fonderà esclusivamente sulla necessità di distinguere la *rente* rispetto agli altri diritti reali che potrebbero gravare sull’immobile e per il cui godimento non sarebbe richiesta, in linea di principio, alcuna forma di collaborazione attiva da parte del proprietario del fondo onerato¹²⁸. Nondimeno, intendendo diversamente la questio-

té 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.

¹²⁶ 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. Sulla ricostruzione dogmatica delle obbligazioni *propter rem* in diritto positivo francese cfr., più in generale, H. ABERKANE, *Essai d’une théorie générale de l’obligation propter rem en droit positif français*, Paris, 1957, *passim* e pp. 18-26.

¹²⁷ Con l’effetto di far gravare la responsabilità per le prestazioni ulteriori sul nuovo proprietario. 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.

¹²⁸ Opinione che, come si è avuto modo di evidenziare, si rinviene già in R.J. POTHIER, *Traité du contrat de bail à rente*, cit., p. 533, il quale così si esprime: «La

ne si finirebbe per contravvenire alla logica sottesa all'istituto stesso, che ancora la percezione dei canoni alla effettiva titolarità del diritto di proprietà sul bene.

D'altro canto, nulla in favore dell'avversata ricostruzione si ricava dalle norme che disciplinano la *rente foncière*, le quali non distinguono il diritto rispetto alla prestazione dei canoni. Quest'ultima è parte essenziale della struttura giuridica della *rente* essendo, a sua volta, legata alla (e giustificata dalla) titolarità del diritto di proprietà sul bene gravato¹²⁹.

Peraltro, il *Décret* del 17 luglio 1793, che pure sanciva la riscattabilità della *rente foncière*, ne lasciava inalterata la realtà. Fu solo attraverso la *Loi* dell'11 *brumaire an 7* (1 novembre 1798), opera del Direttorio, che si provvide, sebbene indirettamente, a mutare in mobile la natura della *rente foncière*¹³⁰.

La *Loi*, infatti, pur disciplinando l'ipoteca, statuiva all'art. 7 nel senso della non assoggettabilità a ipoteca delle *rentes*, confermandone dunque il carattere mobile (con una soluzione che, come si avrà modo di vedere, verrà adottata anche all'art. 529 comma 2 del *Code civil*)¹³¹:

rente foncière est une charge réelles de l'héritage baillé à rente, qui est très-différente des autres charges réelle des héritages; putà, des servitudes, soit réelles, soit personnelles» e che 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.

¹²⁹ D'altronde, l'*utilitas* della *rente* si risolve nella percezione dei canoni. E allora, una distinzione nel senso prospettato, oltre che giuridicamente irragionevole, finirebbe per privare il diritto della base economica che lo giustifica.

¹³⁰ Il testo della *Loi* si può consultare in *Collection complete des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État... (De 1788 à 1850 inclusivement, par ordre chronologique)*, *Continuée depuis 1850... Par J.B. Duvergier*, XI, Paris, 1835², pp. 12-27.

¹³¹ Sul punto v. É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France 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 français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, cit., p. 260. Secondo Chénon e Garaud in ragione della modifica introdotta mediante l'art. 7 il proprietario dell'immobile sarebbe stato tenuto personalmente – cioè a titolo obbligatorio e non più *propter rem* – nei confronti del titolare del diritto. I citati studiosi, tuttavia, cadono

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.*

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 la materia proprietaria, ebbe come obiettivi la sistemazione e la definitiva fissazione dei risultati che erano stati raggiunti durante la Rivoluzione¹³².

In questa prospettiva ben altro rilievo assume un dato di cui si è dato conto, sia pure fuggacemente, all'inizio di questo paragrafo.

Secondo una autorevole lettura¹³³, in realtà, la principale motivazione che avrebbe portato a escludere l'operare della categoria degli oneri reali prima nel Codice civile del 1865 e poi, sia pure con le

nell'equivoco di considerare la dazione alla stregua di una obbligazione *propter rem* distinta dal diritto principale. Ma è già stata rilevata l'inammissibilità di siffatta lettura. La novità introdotta dall'art. 7, infatti, non riguarda la prestazione *in faciendo* che è, come già chiarito, parte integrante del diritto, ma quest'ultimo nella sua struttura complessiva.

¹³² 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 successivi*, 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 l'Astuti non manca di rimarcare l'importanza fondamentale 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 il notevolissimo peso della legislazione rivoluzionaria in tema di proprietà sul definitivo assetto del *Code civil* anche E. DEZZA, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines 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.

¹³³ In questo senso v. G. GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., p. 129.

dovute cautele, nel Codice civile vigente, sarebbe derivata da ragioni di carattere prevalentemente storico legate alle istanze rivoluzionarie in tema di abolizione della feudalità che, a loro volta, avrebbero influenzato, in questa specifica materia, i redattori del *Code civil*.

Se, per un verso, l'analisi condotta nelle pagine precedenti non può che confermare l'orientamento ora ricordato, è però più che opportuno evidenziare come l'obiettivo principale (se non unico) della legislazione antifeudale fosse stato colpire gli abusi a cui si era giunti nell'applicazione pratica delle summenzionate fattispecie che, tuttavia, almeno in una fase iniziale, avevano pur sempre rappresentato lo strumento giuridicamente più idoneo a soddisfare i bisogni derivanti da un contesto caratterizzato da mutate esigenze produttivistiche.

Tale aspetto, che tende a valorizzare l'influenza del contesto storico-politico sulla legislazione in tema di oneri reali, è sempre stato posto in secondo piano rispetto all'esame – indubbiamente motivato dall'esigenza di spiegare opportunamente (e giustificare coerentemente) uno degli aspetti certo più rilevanti della predetta normativa – dei molti abusi generati dall'imposizione del modello proprietario feudale.

Proprio in quest'ottica, allora, si cercherà di svolgere l'esame della disciplina riguardante la *rente foncière* nel *Code civil* e della rendita fondiaria nel Codice civile del 1865 e nel Codice civile del 1942, senza tralasciare di formulare alcune osservazioni in relazione alle codificazioni degli Stati preunitari.

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*

L'ultimo colpo inferto dal Direttorio alla feudalità fu, dunque, l'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 fissa in modo definitivo, nello specifico al comma 2,

la previsione contenuta nell'art. 7 della *Loi* dell'11 *brumaire an 7*¹⁵⁴,

¹⁵⁴ La redazione dell'articolo fu, però, sofferta. Al momento della discussione, infatti, come ricorda É. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, cit., pp. 146-150, si riaffacciarono opinioni volte alla riabilitazione dell'istituto, purgato da ogni residuo di feudalità. Giova ricordare come i 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'Algemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, cit., pp. 34-35; cui *adde* R. CALVO, *L'«arte» della legislazione nel pensiero di Portalis*, cit., p. 15 – fossero quattro magistrati: François Denis 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 du 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, *praecipue* p. 21 – di cui fu effettivo estensore (nonostante la sottoscrizione da parte di 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 proscrit 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 le rétablissement.* È assai interessante notare come vengano qui ricordati, quali motivi di forte perplessità sulla correttezza della scelta effettuata 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 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 come durante la discussione, poi effettivamente svoltasi durante la seduta del 15 *ventôse an XII* (6 marzo 1804) – la 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 différentes modifications de la propriété*, Paris, 1836, pp. 56-69 – emersero posizioni che sottolineavano proprio i vantaggi conseguibili mediante il *bail à rent*. Esso, per un verso, avrebbe consentito a quei contadini che già erano provvisti di un certo potere di acquisto di moltiplicare i dissodamenti (specie dei grandi latifondi), permettendo a quelli del tutto privi di mezzi di incrementare notevolmente la capacità acquisitiva. Di notevole interesse sono, in proposito, le opinioni di Tron-

statuiscé¹⁵⁵:

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 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 la natura mobiliare delle *rentes*¹⁵⁶.

Tenendo ben presente la norma del *Code civil* è necessario prendere in esame le codificazioni italiane del periodo della Restaurazio-

chet e di Cambacères. Il primo, aveva fatto rilevare come l'effettivo e stabile godimento del fondo sarebbe stato assicurato da contratti di *bail* a lunga durata nei quali, oltretutto, la possibilità di riscatto avrebbe costituito un incentivo per incrementare la produttività dei coloni. Cambacères, mutando prospettiva, evidenziava invece i risvolti politici della discussione sulla *rente foncière*. Il secondo Console, infatti, faceva notare come l'Assemblée avesse votato il *Décret 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 effettiva base legislativa. La discussione arrivò a un punto di svolta quando Regnaud de Saint-Jean-d'Angély osservò come il mantenimento dell'istituto della *rente* – per l'eventualità in cui il *preneur*, pur avendo provveduto alla coltivazione del fondo, avesse ciò fatto negligenemente – avrebbe prodotto uno dei risultati già manifestatisi vigente il regime feudale, giacché il titolare del diritto avrebbe potuto pretendere una indennità rapportata alla mera stima del raccolto. Tale osservazione, come ha constatato Chénon, fu risolutiva e la *rente foncière* venne definitivamente condannata.

¹⁵⁵ 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.*

¹⁵⁶ 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.

ne che, come noto, vennero per la maggior parte profondamente influenzate dal modello del *Code civil*¹³⁷.

Per l'influenza che eserciterà sulla legislazione degli altri Stati italiani¹³⁸, oltre che per la sua precedenza cronologica, diviene opportuno prendere in considerazione il Codice per lo Regno delle Due Sicilie nella prima parte relativa alle *Leggi civili*¹³⁹. Le norme

¹³⁷ 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'Allegmeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, cit., pp. 69-81. Come è stato osservato dall'Astuti, nonostante gli interventi legislativi seguiti alla Restaurazione tesi a mondare 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, di fare proprie le innovazioni normative in esso contenute, tanto che il Codice francese divenne modello dei codici preunitari. In questa sede non si esaminerà *ex professo* il Codice civile del Regno d'Italia, costituito nel 1805 a seguito del mutamento costituzionale subito dalla Repubblica italiana. Appare di un certo interesse notare, tuttavia, come il primo tentativo di codificazione, 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, quindi, di dichiarare vigente nel Regno d'Italia il *Code civil* in traduzione. Di esso si possono utilmente richiamare l'art. 529 comma 2 – *Sono egualmente mobili per determinazione della legge, le rendite perpetue o vitalizie, tanto sullo stato, quanto sui particolari* – e 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* – che 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.

¹³⁸ 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 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 modificazioni che i commissari napoletani avevano deciso di apportare nell'implementazione del Codice.

¹³⁹ Sull'introduzione del *Code civil* nel Regno e sulla modernizzazione degli apparati statuali e statali 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. Essi operarono in un quadro caratterizzato dalla permanente e assai intensa pressione baronale. Sul punto v. la fonda-

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*¹⁴⁰:

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 ricompra.

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.

mentale opera di D. WINSPEARE, *Storia degli abusi feudali*, Napoli, 1883², *passim*; cui *adde*, con riferimento alla legge eversiva della feudalità (il cui progetto fu presentato al Consiglio di Stato il 2 agosto 1806), R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., pp. 174-190, ove viene altresì condotto un approfondito esame della legislazione di accompagnamento e attuazione. Con riguardo specifico alla situazione della Capitanata – caso paradigmatico in ragione dell'attività ivi svolta da uno dei principali strumenti di pressione economica della Corona, 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.

¹⁴⁰ Gli articoli che si esamineranno, anche qualora l'analisi venga effettuata esclusivamente in relazione a un comma particolare, saranno riportati interamente per favorire l'intellezione della norma.

Le norme richiamate costituiscono una riproduzione quasi letterale delle disposizioni contenute negli artt. 529 e 530 del *Code civil*¹⁴¹. Il Legislatore napoletano, dunque, aveva deciso di mantenere fede alle previsioni contenute nel Codice francese, dichiarando le rendite perpetue e vitalizie a natura mobile e, comunque, essenzialmente redimibili¹⁴².

Peraltro, è bene ricordare come per il diritto anteriormente vigente nelle province del Regno il censo riservativo – attraverso il negozio costitutivo del diritto il concedente abbandonava all'altrui disponibilità il fondo riservandosi, al contempo, la percezione di una rendita annua in danaro o in natura – costituisse un vero e proprio *ius in re* passibile, al fine di ottenere la liberazione dall'onere, di abbandono liberatorio¹⁴³.

¹⁴¹ 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.

¹⁴² 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 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 (le quali, pur non ammettendo il divorzio, secondo la disciplina canonistica, rimanevano al contempo ancorate alle regole di matrice secolare in tema di pubblicità e effetti). Ancora, differenze di non poco momento si registravano in tema di patria potestà (il Codice napoletano aveva persino dato cittadinanza alla diseredazione per giusta e dimostrata causa), relativamente all'ordine nella successione legittima (che, nella codificazione napoletana, a cagione dei differenti costumi adottati nel Regno, presentava caratteri peculiari) e quanto al regime matrimoniale (il Codice per lo Regno delle Due Sicilie adottava il sistema dotale e non, come invece il *Code civil*, quello della comunione). Infine, altro aspetto che tende a differenziare il *Code civil* dal Codice per lo Regno delle Due Sicilie è, come nota 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.

¹⁴³ 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.

D'altro canto, anche il Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, entrato in vigore il 1 luglio 1820¹⁴⁴ segue, quanto alla mutata natura della rendita, la disciplina del *Code civil*. Si soffermi l'attenzione, più in particolare, 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*¹⁴⁵:

Art. 385: Sono egualmente mobili per determinazione della legge i censi, le rendite temporarie, o vitalizie, dovute tanto dallo stato che da' particolari.

La norma, 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*¹⁴⁶, conserva comunque, e ciò è quanto più importa evidenziare, lo stesso principio con riguardo alla natura mobile delle rendite.

Di molto valore, come ha sottolineato la storiografia, è il Codice civile albertino¹⁴⁷ che, all'art. 410 comma 2, si adegua al principio normativo sancito dal modello francese in tema di rendite. La dispo-

¹⁴⁴ 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.].

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ 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*, il Codice napoletano.

¹⁴⁷ 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 l'Astuti il Codice attirò ben presto l'attenzione di molti giureconsulti europei e financo di Portalis. Esso ha certo contribuito a correggere diverse norme del *Code civil* che erano risultate, nell'applicazione pratica, non del tutto soddisfacenti, introducendone poi alcune dal carattere innovativo. E ciò, come lo stesso Astuti precisa (p. 197 [p. 34 della rist.]), pur dovendosi «[...] riconoscere il carattere retrivo di non poche disposizioni, che rispecchiano l'ambiente in cui questo codice era stato faticosamente elaborato».

sizione è contenuta nel Libro II – *De' beni, e delle diverse modificazioni della proprietà* – Titolo primo – *Della distinzione dei beni* – Capo secondo – *Dei beni mobili*¹⁴⁸:

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.

Attraverso il comma 2 – che ricalca l'art. 529 comma 2 del *Code civil* eccettuata la previsione particolare inerente al caso delle rendite dello Stato – le rendite vitalizie o perpetue sono dichiarate mobili¹⁴⁹.

Cronologicamente ultimo è, infine, il Codice civile per gli Stati Estensi, entrato in vigore il 1 febbraio 1852¹⁵⁰, di cui rileva l'art. 420

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ 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. Si ricordi, comunque, come fosse ancora ammessa la possibilità di costituire rendite fondiarie vitalizie o perpetue. Ciò, invero, 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.

¹⁵⁰ 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 il Del Giudice, il Codice civile per gli Stati Estensi, di cui si era sentita 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.

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 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. Essa, in ossequio al principio della natura mobiliare delle rendite sancito dall'art. 529 comma 2 del *Code civil*, dichiara mobili per determinazione della legge i censi – di cui non v'è traccia alcuna, lo si noti, né nell'elencazione contenuta nella disposizione ora ricordata del *Code civil*, né in quella dell'art. 452 comma 2 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, né, infine, in quella dell'art. 410 comma 2 del Codice civile albertino – e le rendite, tanto temporanee quanto vitalizie.

Le codificazioni della Restaurazione, dunque, fedeli al modello francese, avevano sancito la natura mobiliare delle rendite¹⁵¹ – le quali, costituite mediante il contratto di censo riservativo¹⁵², possedevano natura di *iura in re* o, per meglio dire, di oneri reali implicanti una prestazione *in faciendo* incombente sul concessionario del fondo – in tal modo palesando lo strettissimo rapporto, specialmente nel campo dei rapporti fondiari, con il *Code civil*¹⁵³.

¹⁵¹ Per l'interessante questione dell'enfiteusi, istituto rifiutato dalla codificazione francese e invece ammesso 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.

¹⁵² 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. Attraverso il contratto di censo riservativo si provocava anche il trasferimento del pieno dominio mentre, ricorrendo al contratto di censo bollare, la *res* veniva semplicemente gravata dal peso della prestazione periodica *in faciendo*. Peraltro, non solo il censo riservativo era un vero e proprio diritto reale, ma la medesima natura doveva essere attribuita pure al censo consegnativo.

¹⁵³ 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

D'altro canto, sia pure in misura forse meno accentuata, il principio della natura mobiliare delle rendite rimaneva il frutto di scelte di carattere prevalentemente politico. Queste ultime, anche nelle codificazioni preunitarie¹⁵⁴, valsero a determinare il nuovo assetto dei rapporti fondiari, seppure con le peculiarità caratterizzanti le scelte specifiche dei legislatori della Restaurazione e senza dimenticare come, specialmente nel Regno di Napoli prima e, in misura minore, nel Regno delle Due Sicilie poi, tali aneliti riformistici non fossero affatto nuovi, avendo contraddistinto il pensiero dei grandi Riformatori napoletani della seconda metà del secolo XVIII¹⁵⁵.

quale non manca di evidenziare come, a dispetto della larga adesione ai principi e al modello dalla codificazione francese, i legislatori degli Stati preunitari assai avvedutamente avessero deciso di apportare modificazioni miranti a rendere i codici adeguati al diverso assetto politico vigente. D'altra parte, l'Astuti (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.

¹⁵⁴ 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 pressioni dei baroni, le leggi abolitive della feudalità e le decisioni della Commissione feudale. Sul punto v. *infra* in questo paragrafo.

¹⁵⁵ Peraltro, se quanto affermato è di tutta evidenza ove si consideri, nel complesso, l'assetto normativo dato alla proprietà fondiaria nelle nuove codificazioni – frutto, almeno in parte, delle conquiste rivoluzionarie (poi trasfuse nel *Code civil*) – altrettanto vero è che già durante l'Illuminismo si erano registrate spinte riformistiche concentrate attorno alla figura dei sovrani e collegate alla concezione dell'assolutismo illuminato. Di notevole rilievo sono, sotto questo profilo, gli interventi della monarchia napoletana. Come ha osservato 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 – a cui la monarchia non richiedeva più alcun servizio militare potendo disporre di denaro sufficiente a foraggiare eserciti in grado di sostenerne le rivendicazioni – a determinare quella situazione di perenne angheria e di sopraffazione che regnava nelle Province del Regno. È noto come gli spagnoli prima, durante il regno di Carlo V, e il governo assolutista illuminato dei sovrani della Casa di Borbone Due Sicilie poi – su cui resta fondamentale 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* – avessero tentato a più riprese di porre un freno alla prepotenza dei baroni. Un buon giudizio sulla politica di riforma intrapresa da Ferdinando IV – sulla quale v., oltre a R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia,*

Due punti fondamentali emergono, dunque, dall'esame precedentemente condotto: da un lato, l'evidente natura di oneri reali delle rendite fondiarie anteriormente alle conquiste della Rivoluzione e alla redazione degli artt. 529 comma 2 e 530 del *Code civil*; dall'altro, le motivazioni di carattere politico a fondamento di tale profondo mutamento, scaturito principalmente dalla constatazione degli abusi a cui si era giunti in conseguenza della degenerazione del sistema, divenuto asfittico e opprimente, dei rapporti fondiari di *Ancien régime*.

Da ciò discende, come ognuno vede, la non contraddittorietà da un punto di vista dogmatico di una teorica che ammetta la possibilità di configurare rapporti provvisti dei canoni della realtà ove una prestazione *in faciendo* costituisca il principale dovere dell'onerato. D'altro canto, come è stato sottolineato, nessuna remora si era avuta nel rappresentare il censo riservativo alla stregua di un diritto reale che, dal lato passivo del rapporto, assumeva la natura di onere reale¹⁵⁶.

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 – fu espresso da Giuseppe Maria Galanti, seguace del Genovesi, che ebbe il merito di esporre vividamente la degradante situazione delle Province napoletane. Egli, in un estratto della *Relazione al Re* (datata al 27 settembre 1791) – la si legga a p. 540 del citato lavoro del Monti – riguardante proprio la Capitanata afferma: *Io considero per quarta ragione della piccola popolazione della Daunia, il governo feudale ed il governo ecclesiastico. [...] Il governo feudale più del 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.*

¹⁵⁶ 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: «Caddono 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*

Le conclusioni raggiunte, che tendono ad attribuire ben altra rilevanza all'elemento politico, vengono ulteriormente confermate dall'esame, sia pure limitato alla legislazione napoleonica introdotta nelle province napoletane nel suo rapporto con il Codice civile del 1865, della disciplina dei censi riservativi che – a seguito della l. 2 agosto 1806 sull'abolizione della feudalità e del d. 20 giugno 1808

*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 (col. 963): «Ora noi crediamo che se si pongono da bada 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 [...], sicchè, secondo il 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 aderisce alla ricordata opinione con riferimento alle rendite aventi carattere reale costituite prima del 1809; 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 Sabatò], 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 vedere, è assai complessa. È bene fin da subito avvertire, però, come non si ritenga di poter accogliere, nel complesso, la ricostruzione proposta dai citati studiosi. Si cercherà di dimostrare, al contrario, come, all'entrata in vigore del Codice civile del 1865, la complessa normativa ancora vigente nelle province che avevano fatto parte del Regno delle Due Sicilie avesse già definitivamente reso mobili le rendite ex feudali. La diversa interpretazione 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 afferma, il riferimento contenuto nell'articolo in parola è alla legislazione abolitiva della feudalità di origine napoleonica, non abrogata dal governo borbonico. D'altronde, ed è questo il punto centrale, le fattispecie considerate, anche ad abolizione intervenuta, avevano continuato a conservare tutte le caratteristiche essenziali degli oneri reali, giacché le leggi abolitive non avevano introdotto alcuna modifica nella struttura degli istituti.*

avente a oggetto la commutazione in canoni pecuniari delle prestazioni di prodotti delle terre già feudali – aveva finito per riguardare proprio quelle figure che la stessa l. 2 agosto 1806 aveva deciso di eliminare¹⁵⁷.

Va precisato, in primo luogo, come parte della storiografia, basandosi sull'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 che ne demandava la disciplina alle 'leggi anteriori', abbia a torto creduto che gli antichi censi riservativi avessero conservato la loro natura di oneri reali¹⁵⁸.

La lettera della legge, però, induce in errore l'interprete che, confidando in essa, omette di indagare quali siano, appunto, tali 'leggi anteriori'. Egli, per un verso, ignora come la cacciata dei Napoleonidi non abbia inciso – né in punto di vigenza né, evidentemente, quanto ai contenuti normativi – sulla legislazione francese abolitiva della feudalità e, per l'altro, trascura il portato dell'art. 453 comma 2 contenuto nel successivo Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*, che, sulla orme dell'art. 529 comma 2 del *Code civil*, attribuisce natura mobiliare alle rendite¹⁵⁹.

¹⁵⁷ La citata normativa è reperibile in L. ACROSSO, G. RIZZI, *Codice degli usi civili. 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*, per una ricognizione generale, M. ZACCAGNINI, A. PALATIello, *Enfiteusi superficiali oneri reali*, cit., pp. 379-381.

¹⁵⁸ In questo senso v., tra gli altri, L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., pp. 5-6.

¹⁵⁹ Cfr., in proposito, 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, secondo cui però le leggi del periodo rivoluzionario riguardanti le rendite fondiari, pur prevedendone la redimibilità, non avrebbero inciso sul carattere della realtà. D'altronde, neppure l'applicazione dell'art. 529 comma 2 del *Code civil* – né, *inverso*, quella dell'art. 530 – alle rendite già costituite avrebbe minato l'efficacia reale delle stesse, tanto che dal carattere mobile non si sarebbe potuta trarre conclusione alcuna nel senso della personalità del diritto stesso. Pertanto, secondo il Coviello, che segue sul punto il Proudhon, le antiche rendite avrebbero mantenuto il carattere di oneri reali anche a seguito dell'entrata in vigore del Codice Napoleone. A tale conclusione si può consentire solo ove la si riferisca all'aspetto, per così dire, strutturale del diritto e non certo a quello meramente formale che è evidente espressione della *ratio* di politica

Si consideri, d'un canto, l'articolo di apertura della l. 2 agosto 1806:

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 norma ha importanza capitale poiché, provvedendosi mediante il suo disposto 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 vassallo¹⁶⁰.

L'art. 1 liberava, dunque, il feudatario dagli obblighi che gli derivavano dal rapporto con il sovrano¹⁶¹. Tuttavia, la l. 2 agosto 1806 non si era limitata soltanto a questa prima statuizione, come agevolmente si desume dall'esame degli artt. 12 e 19:

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.

legislativa sul quale si fonda la norma stessa. Se, enfaticamente, la lettera della legge proclamava la natura mobiliare delle rendite, essa non recava, poi, alcuna modificazione sostanziale alla struttura del diritto che, quindi, non perdeva i caratteri propri della realtà.

¹⁶⁰ 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 – all'art. 5: I fondi, e rendite finora feudali saranno, senza alcuna distinzione, soggetti a tutti i tributi – l'assoggettamento dei baroni ai medesimi tributi dei comuni cittadini.*

¹⁶¹ In questo senso v. R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., p. 179.

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 che disponeva, dal lato dei rapporti tra feudatario e vassalli, a completamento della previsione contenuta nell'art. 1. Si provvedeva, infatti, all'abolizione dei suffeudi, preservandosi le prestazioni suffeudali che si riconvertivano in censi riservativi e consentendosi, al contempo, la 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 redimibili¹⁶².

La disamina può concludersi con l'analisi dell'articolo di apertura del d. 20 giugno 1808¹⁶³:

¹⁶² Sul punto, con riguardo all'art. 19 (che si completa con il successivo art. 20), v. R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., p. 179. Erra, invece, L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 8, nel considerare l'art. 13 quale ulteriore disposizione tesa ad attribuire la facoltà di convertire le prestazioni feudali in censi riservativi redimibili. La predetta norma – che così 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* – disciplina, in realtà, l'ipotesi specifica delle frodi sulla decima dell'olio.

¹⁶³ 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 disposizioni in essa contenute. 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*; 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*;

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 covertura, mezza covertura, 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, a conferma di quanto previsto dalla l. 2 agosto 1806, ordinava che una pletora di diritti già feudali – «... 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 ...» – potessero essere convertiti in canoni pagabili in danaro. Questi ultimi, evidentemente, avrebbero posseduto la medesima natura dei censi riservativi¹⁶⁴.

La normativa ora considerata veniva ulteriormente rafforzata dalle disposizioni del d. 17 gennaio 1810, contenente il *Regolamen-*

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; e, infine, l'art. 15: *I demanì, 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 demanì non ne sarà con altra nostra legge determinata e regolata la divisione, proporzionata al dominio e diritti rispettivi. Intanto espressamente rimane proibita qualunque novità di fatto.**

¹⁶⁴ In questo senso v. L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 8.

to relativo alla commutazione in denaro delle rendite ex-feudali, e per la ricompra di ogni rendita perpetua¹⁶⁵. Di notevole interesse sono i richiami ai precedenti testi legislativi contenuti nel preambolo introduttivo del decreto stesso. Ivi, infatti, si opera un rinvio agli artt. 12, 19 e 20 della l. 2 agosto 1806, al d. 20 giugno 1808 e, direttamente, all'art. 530 del *Code civil*.

Il *Regolamento*, adottato proprio per dare seguito alle disposizioni del d. 20 giugno 1808, si riferisce alla commutazione in denaro delle rendite ex feudali e alla ricompra di ogni altra rendita perpetua. Per quanto interessa in questa sede, e in ragione del richiamo alle suddette norme, è possibile affermare come il *Regolamento* 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 denaro*, dispone:

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 estagli perpetui, i canoni e le prestazioni enfiteutiche, i redditi, e le prestazioni di ogni colonia perpetua, e qualunque rendita perpetua ex-feudale, secondo la dichiarazione del presente decreto.

Le rendite ex feudali, originate per effetto del d. 20 giugno 1808, venivano rese passibili di commutazione in denaro¹⁶⁶, stabilendosi poi all'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

¹⁶⁵ Il citato decreto si trova nel *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, pp. 659-664.

¹⁶⁶ In questo senso v. L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 8.

degli antichi diritti degli ex-baroni, abolito ogni altro diritto, ed ogni altra prerogativa finora esercitata.

Esse, dunque, sia prima sia dopo l'eventuale avvenuta commutazione, sarebbero state esigibili esclusivamente a mo' di censi riservativi¹⁶⁷.

Né, poi, a differenti conclusioni porterà l'argomento basato sulla pretesa irrilevanza dell'entrata in vigore, anche nelle province napoletane, il 1 gennaio 1809, quindi tra il d. 20 giugno 1808 e il *Regolamento* contenuto nel d. 17 gennaio 1810, del *Code civil*¹⁶⁸. La legislazione anteriore aveva mutato, infatti, tutte le rendite ex feudali in censi riservativi, ma il *Code*, per effetto di quanto disposto dagli artt. 529 comma 2 e 530¹⁶⁹, aveva in definitiva reso mobiliari e redimibili tutte le rendite perpetue¹⁷⁰, ciò che è sufficiente a mostrare l'erroneità del predetto rilievo¹⁷¹.

¹⁶⁷ Va altresì ricordata la fondamentale presunzione posta dall'art. 2: *Sono presunte ex-feudali tutte le rendite esatte dagli ex-baroni, o dagli aventi causa da 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.* 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.

¹⁶⁸ L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 8, secondo cui, d'altronde, non sarebbe stato possibile individuare alcuna differenza tra i censi *ab origine* riservativi e quelli che, invece, avevano assunto 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 ricollega il permanere del carattere di oneri reali dei censi riservativi costituiti sotto le leggi anteriori alla previsione dell'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865.

¹⁶⁹ 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, ha dato in Francia e diede anche nell'ex Regno di Napoli materia a molteplici quistioni [...]».

¹⁷⁰ 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, il quale nota, poi, come il *Code civil* chiami rendite perpetue i censi riservativi.

¹⁷¹ Emblematico è quanto afferma L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., pp. 8-9, secondo cui: «Per lo meno, tutti i censi riservativi costituiti prima del 1° gennaio 1809 ebbero natura di diritti reali (oneri reali). Né essi persero tale na-

A risultati opposti non si potrà giungere neppure, come si vorrebbe, per quelle fattispecie il cui mutamento in censi riservativi sia antecedente all'entrata in vigore del *Code civil*, giacché le previsioni ivi contenute si sarebbero certamente applicate anche ai censi già costituiti¹⁷².

Sulla natura mobile dei censi riservativi, attratti per opera del Codice francese tra le rendite perpetue¹⁷³, non potrà quindi ragionevolmente dubitarsi.

tura con l'entrata in vigore del codice Napoleone, delle leggi civili napoletane, e del successivo rescritto del 17 agosto 1838».

¹⁷² Diversamente ragionando, a ben vedere, si sarebbe disatteso l'obiettivo di politica legislativa teso al totale disfaccimento dei rapporti fondiari di *Ancien régime* (come peraltro si desume proprio dall'art. 1 della l. 2 agosto 1806).

¹⁷³ 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, sia pure 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* si riferisce alla commutazione in denaro delle rendite ex feudali e alla ricompra di ogni altra rendita perpetua. Non si potrà negare, pertanto, come esso, richiamando esplicitamente le suddette norme, stia qualificando i censi riservativi come vere e proprie rendite, come tali assoggettabili alla disciplina per esse stabilita e, cioè, 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*. Si noti, d'altra parte, come l'art. 3 del suddetto decreto stabilisca l'esazione delle rendite e delle prestazioni ex feudali, prima e dopo la commutazione, con la qualità di censi riservativi. Ma il rilievo non ha grande importanza, giacché il decreto, sin dalla sua intitolazione, si riferisce alla commutazione in denaro delle rendite ex feudali e alla ricompra di ogni altra rendita. Appare ragionevole ritenere, allora, come pure i censi riservativi di cui all'art. 3 finirono per essere attratti sotto la più ampia nozione di rendita. Questa conclusione, o quantomeno l'implicita volontà in tale direzione, si ricava anche dalla stessa collocazione sistematica dell'art. 3 sotto il Titolo I, rubricato *Delle rendite commutabili in denaro*. D'altronde, è evidente come il Legislatore volendo stabilire una presunzione valida in generale per il tramite dell'art. 2 – il quale dispone: «Sono presunte ex-feudali tutte le rendite esatte dagli ex-baroni ...» – utilizzi il termine 'rendita' intendendo ricomprendervi anche i censi riservativi. Non è condivisibile, pertanto, l'affermazione di Coviello (col. 967) 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».

La medesima conclusione varrà 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*, che ricalca, senza modifiche di sorta, l'art. 529 comma 2 del *Code civil*¹⁷⁴, limitandosi a imporre la natura mobile alle rendite¹⁷⁵.

Peraltro, può utilmente ripetersi qui una considerazione già più sopra formulata con riguardo alla legislazione francese: il disposto delle norme esaminate, evidente frutto, anche nelle province napoletane, di una più matura riflessione circa gli abusi cui aveva dato vita il sistema proprietario di Antico regime, non aveva apportato alcuna significativa mutazione nella struttura giuridica caratteristica di queste fattispecie.

E alle medesime conclusioni si giunge, a ben vedere, anche ove si prenda in considerazione l'ulteriore ipotesi ricostruttiva che vorrebbe immutata la natura dei censi che ancora esistevano nelle province napoletane pure a seguito dell'entrata in vigore del Codice civile del 1865¹⁷⁶.

Ognun vede, sol che si interpreti rettamente l'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 (r.d. 30 novembre 1865, n. 2606)¹⁷⁷, come tale asserzione sia del pari irricevibile:

¹⁷⁴ Va rilevato, peraltro, come 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 limiti a richiamare, sul punto, l'art. 453 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*. Nessun cenno si trova, al contrario, dell'art. 452 comma 2 che, invece, maggiormente interessa in questa sede.

¹⁷⁵ 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 provvide a serbare quanto disposto dalla legislazione francese a proposito delle rendite già costituite mentre, per effetto del rescritto del 17 agosto 1838, vennero rinnovati i titoli di tutte le rendite e delle prestazioni ex feudali; *contra*, 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.

¹⁷⁶ In questo senso v. gli argomenti di L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 9.

¹⁷⁷ Si v. anche l'art. 30: *È fatta facoltà agli enfiteuti o debitori di rendite semplici o fondiarie costituite sotto le leggi anteriori di redimere il fondo o riscattare la rendita giusta le norme rispettivamente stabilite negli articoli 1564 e 1784 del nuo-*

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 devolverà però giusta le norme di successione sì legittima come testamentaria stabilite nel nuovo codice, senza riguardo alle vocazioni in favore di un determinato ordine di persone contenute negli atti d'enfiteusi.

La norma, caratterizzata da una formulazione vaga ma pervasa da un intento generalizzante, statuisce come tutta una serie di rapporti, tra cui rendite e censi, costituiti essendo in vigore le *leggi anteriori*, sarebbero stati da queste ultime regolati.

Il *punctum dolens*, allora, è costituito dalla esatta individuazione della normativa di riferimento a cui l'art. 29 rimanda attraverso il richiamo alle non meglio specificate *leggi anteriori*.

A un retto intendimento della questione si perviene, invero, principiando dalla differente 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 perpetue¹⁷⁸, essendo necessario, allora, considerare tanto le disposizioni del Le-

vo 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. [...].

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.

¹⁷⁸ 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, secondo cui le prime sarebbero state regolate dalle antiche disposizioni, e le seconde, di converso, dalla normativa contenuta nel Codice civile.

gislatore francese, tra le stesse ricomprendendo evidentemente lo stesso *Code civil*, quanto le *Leggi civili* del Codice per lo Regno delle Due Sicilie¹⁷⁹.

In effetti, ove si valutasse la problematica dalla prospettiva della normativa vigente al momento dell'unificazione della Penisola, si sarebbe indotti a credere 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 Codice¹⁸⁰, la materia delle rendite ex feudali fosse regolata solo dall'art. 452 comma 2 delle *Leggi civili*.

Ma così facendo si finirebbe per semplificare eccessivamente la ricostruzione, viziando di conseguenza i risultati dell'indagine.

Lo snodo fondamentale è costituito, in realtà, dai tentativi esperiti dai baroni per far sì che il restaurato governo borbonico attendesse all'impianto delle leggi abolitive della feudalità¹⁸¹, cui conseguì, tuttavia, sia l'implicita conferma in punto di validità della precedente legislazione attraverso la l. 11 dicembre 1816, che quella

¹⁷⁹ Tenendo 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.

¹⁸⁰ In proposito v. N. STOLFI, *Diritto civile*, I.1, *Parte generale. Fonti, disposizioni preliminari e transitorie*, cit., p. 458, n. 719.

¹⁸¹ Di notevole importanza sono le riflessioni svolte in proposito 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 governo borbonico, sotto la pressione dei baroni, ma comunque fermo nel non voler cedere alle rivendicazioni da essi avanzate, aveva nominato 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, i baroni provvidero a redigere una *Memoria* illustrativa delle loro ragioni rispetto alle decisioni della Commissione feudale. La Commissione consultiva, tuttavia, confermò la correttezza dei criteri adottati e come sottolinea Trifone (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 mediante una (inutile) memoria dal titolo *Riflessioni su i principj con cui la Commissione feudale ha deciso le cause de' Baroni* (la si legga, sia pur riassunta, in Trifone, *op. ult. cit.*, pp. 404-417).

delle decisioni della Commissione feudale a mezzo della l. 20 settembre 1817¹⁸².

La normativa napoleonica doveva risultare, perciò, ancora vigente all'indomani della Restaurazione, a essa affiancandosi l'art. 452 comma 2 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*.

L'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 contenute nelle leggi abolitriche della feudalità, vigenti anche dopo la caduta dei Napoleonidi nei territori dell'ormai ex Regno delle Due Sicilie.

Si arguisce, dunque, la natura di diritti di credito (per volontà della legge) di tutte quelle fattispecie cui le cennate disposizioni avevano attribuito carattere mobile, da ciò derivando, peraltro, l'inutilità di una differenza basata sulla dicotomia antiche rendite/nuove rendite.

D'altro canto, una diversa interpretazione dell'art. 29 porterebbe a conseguenze paradossali: si dovrebbe cioè concludere per una riviviscenza degli statuti proprietari di Antico regime che persino il restaurato governo borbonico aveva deciso di abbandonare, con l'ulteriore conseguenza, sul piano fattuale e pratico, del necessario ricorso, per la disciplina di un gran numero di fattispecie, a quella pletera di prammatiche, bolle e altre fonti normative anteriori alle conquiste della Rivoluzione francese¹⁸³.

Seguendo l'avversa ricostruzione, quindi, l'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 segnerebbe un arretramento assai significativo, anche solo rispetto alla politica dei Borboni, da parte del Legislatore unitario¹⁸⁴.

¹⁸² Sul punto v. R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane: dottrine, storia, legislazione e giurisprudenza*, cit., p. 418, il quale significativamente asserisce: «Così la pietra sepolcrale, sollevata per l'ultimo dibattersi del moribondo e potente organismo, ricadeva alfine per non sollevarsi mai più».

¹⁸³ Nondimeno, ben chiare erano le difficoltà cui 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. servitutes in faciendo nel diritto transitorio italiano*, in C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, cit., p. 171.

¹⁸⁴ Si noti, peraltro, come la possibilità di valersi dell'abbandono liberatorio – ammesso non solo per quelle fattispecie sorte nei territori napoletani prima della

A fronte di queste considerazioni andrebbe motivata, poi, la scelta del Legislatore unitario che, pur mantenendo per le rendite costituite sotto le leggi anteriori la natura di oneri reali, 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 danaro 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 sullo 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*.

E allora, consentendo all'opinione qui combattuta, si finirebbe per ammettere una evidente (e irragionevole) differenziazione normativa tra le fattispecie già costituite e regolamentate dalle *leggi anteriori* – che, dunque, non avrebbero inciso sulla realtà delle rendite – e quanto disposto, invece, dall'art. 418 comma 2 Cod. civ. 1865¹⁸⁵.

vigenza del *Code civil* ma, anche, per quelle rendite costituite dalle leggi napoleoniche che convertirono i censi riservativi – non militi contro l'ormai acquisita natura mobiliare delle 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 che avevano conservato, perciò, tutte le peculiarità proprie degli oneri reali, ivi compresa la possibilità per l'onere di valersi dell'abbandono liberatorio. In altri termini, il cambiamento era stato, in un certo senso, assai superficiale, non essendosi accompagnato alla chiara volontà politica sottesa alla normativa antifeudale alcun intervento organico teso a eliminare dalla struttura delle rendite i caratteri tipici degli oneri reali che giustificavano, tra l'altro, la possibilità di valersi dell'abbandono.

¹⁸⁵ Assai interessanti, a sostegno delle obiezioni qui formulate, 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 con riguardo al progetto della l. 11 agosto 1870. Afferma

Peraltro, a conferma della natura reale delle rendite fondiarie – anche di quelle costituite vigente l’art. 418 comma 2 Cod. civ. 1865 – sono stati adottati dalla dottrina seri ma non insuperabili argomenti¹⁸⁶. A essi, infatti, si può opporre qualche altra considerazione.

il 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 lesa il diritto dei debitori ai quali è accordata la ritenuta di un reddito che deriva dalla sostanza del fondo [...]», soggiungendo, 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, afferma: «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 perirono 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 province, nelle quali si trovava già in vigore una legislazione che aveva annoverato tra le cose mobili le rendite costituite». Il Senatore continuava, poi, con riguardo alle perplessità espresse relativamente alle province romane: «Ma è facile rispondere a questa difficoltà, osservando che rispetto ai diritti irrevocabilmente acquistati sulle rendite per virtù delle leggi anteriori non importa che quelle rendite 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 d’immobili, non si ha una parola che possa applicarsi alla rendita costituita». Sicché (col. 202): «Una opinione contraria menerebbe all’assurdo politico di vedere perpetuata una legislazione non più confacente agli attuali bisogni della società».

¹⁸⁶ In particolare, da C. FADDA, P.E. BENSA, *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». In estrema sintesi, militerebbero per la natura non reale delle rendite fondiarie l’art. 1780 Cod. civ. 1865, che con-

sidera il predetto diritto alla stregua del prezzo per l'alienazione dell'immobile, come pure l'art. 418 comma 2 Cod. civ. 1865. Ancora, l'art. 1781 comma 1 Cod. civ. 1865, ove si statuisce nel senso che la cessione di immobili costitutiva di rendita fondiaria provoca il trasferimento del pieno dominio sul bene ceduto. Infine, la stessa redimibilità della rendita. Di contro, e per un verso, si rileva come il Legislatore abbia distinto la rendita sorta per effetto della cessione di un immobile (a titolo oneroso o gratuito) o data come prezzo per l'alienazione – corrispondente al censo riservativo e sostanziantesi nella rendita fondiaria – e quella costituita, invece, a seguito del pagamento di un capitale, equiparabile al censo consegnativo e detta rendita semplice o censo; dall'altro, si evidenzia l'importanza della terminologia adottata dal Legislatore, dato che l'utilizzo dell'aggettivo 'fondiaria' indicherebbe pur sempre la natura immobiliare del diritto. Altro indizio in questo senso si ritroverebbe, poi, nella distinta disciplina delle due specie di rendita. Mentre, *ex art.* 1782 Cod. civ. 1865, la rendita semplice è garantita da ipoteca speciale su un fondo determinato, nessuna disposizione in questo senso si ritrova per la rendita fondiaria, ciò che si spiegherebbe secondo Fadda e Bensa (p. 113): «[...] 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 indizio si ricaverebbe, poi, dall'art. 1786 comma 2 Cod. civ. 1865, in cui il Legislatore discorre di 'fondo obbligato per servizio della rendita', ciò che farebbe propendere per l'esistenza di un vero e proprio peso sull'immobile destinato, nel caso di inadempimento della prestazione, al soddisfacimento delle ragioni del cedente. Inoltre, la stessa norma offrirebbe al creditore la possibilità di rivolgersi anche contro il possessore attuale del fondo. Nessun argomento in contrario si potrebbe trarre, invece, dall'art. 418 comma 2 Cod. civ. 1865. Fadda e Bensa prendono in considerazione, a questo proposito, la già ricordata Relazione del Senatore Miraglia. Ivi si era evidenziato come nessuno degli articoli del Codice relativo ai beni immobili menzionasse le rendite o risultasse a esse applicabile, sia pure a fronte della possibilità di estendere la garanzia dell'ipoteca legale agli obblighi di carattere personale a esse collegati, ciò che avrebbe contribuito a serbarne il carattere immobiliare. D'altra parte, all'art. 415 Cod. civ. 1865 non si sarebbe potuto attribuire il carattere della tassatività, non facendo esso parola neppure del diritto di superficie che, certo, non ha natura mobiliare. Neppure, poi, potrebbe trarsi argomento contro la realtà dal carattere 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 citati 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 nel citato art. 1781 Cod. Civ. 1865. Infatti, non si potrebbe negare la pienezza del dominio trasferito solo perché gravato da un peso. A riprova della non contraddittorietà tra il trasferimento del pieno dominio e la natura reale della rendita si adducono gli artt. 1623 e 1607 del *Código civil*. Dei contrasti dottrinali accennati vi è chiara eco nelle 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 hanno alle volte

Per un verso, non si dovrà attribuire eccessivo peso alle scelte terminologiche del Legislatore codicistico. Il fatto che quest'ultimo, disciplinando la rendita costituita a seguito di cessione o alienazione di un immobile abbia impiegato l'aggettivo 'fondiaria', non deporrà necessariamente a favore della sua realtà.

La ragione di questa specifica scelta va individuata, piuttosto, nella diversità del bene che di volta in volta viene ceduto, alienato o corrisposto: nel caso della rendita fondiaria, appunto, il fondo; nel caso della rendita semplice, un certo capitale. Il Legislatore, dunque, ha inteso semplicemente differenziare dal punto di vista terminologico le due forme di rendita a seconda dell'oggetto della cessione, alienazione o corresponsione¹⁸⁷.

Argomento di maggiore peso si potrebbe ricavare, invece, dall'art. 1782 Cod. civ. 1865. Epperò, è sufficiente notare come sia stato lo stesso Legislatore, attraverso l'art. 1781 comma 2 Cod. civ. 1865¹⁸⁸, a prevedere per il caso di cessione a titolo oneroso l'applicabilità delle norme sulla vendita. Si comprende, allora, la specifica previsione della garanzia ipotecaria nel caso della rendita semplice, così come, e specularmente, versandosi nell'ipotesi della rendita fondiaria, la possibilità offerta dall'art. 1969 n. 1 Cod. civ. 1865¹⁸⁹ di invocare a favore dell'alienante e a garanzia degli obblighi deri-

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 più significative sono ricordate da C. MONTANARI, s.v. '*Rendita perpetua (dir. interm.)*', cit., p. 847 e ntt. 149, 150, 151 e 152.

¹⁸⁷ 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, il quale evidenzia l'esclusivo valore storico del lemma; N. STOLFI, *Diritto civile*, IV, *I contratti speciali*, cit., p. 444, che si limita a sottolineare l'insufficienza dell'indizio terminologico quando la trasformazione dell'istituto risulti da esplicite norme; L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, cit., p. 14, ove, pure, si rileva la poca valenza degli argomenti letterali; E. VALSECCHI, *Natura giuridica e fonti della rendita fondiaria*, cit., p. 132, nello stesso senso.

¹⁸⁸ 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.*

¹⁸⁹ 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.

vanti dalla cessione la costituzione dell'ipoteca legale sugli immobili ceduti.

Ma, si argomenta correttamente, se la prestazione viene garantita mediante ipoteca legale, allora il diritto alla percezione della rendita ha natura personale, similmente alla rendita semplice garantita da ipoteca volontaria¹⁹⁰.

Né, poi, più solidi indizi si potranno ricavare dall'art. 1786 comma 2 Cod. civ. 1865. Dalla medesima norma, anzi, si potrebbe trarre ulteriore spunto nel senso della natura personale della rendita fondiaria. Se, infatti, quest'ultima fosse un vero e proprio onere reale, allora, una volta alienato il fondo, onerato del pagamento dovrebbe essere il nuovo proprietario, non certo l'alienante¹⁹¹.

D'altro canto, a sostegno dell'opposta ricostruzione non potrà neppure addursi la necessità, per la costituzione della rendita, di procedere alla relativa trascrizione, essendo richiesta tale formalità essenzialmente per il trasferimento della proprietà sull'immobile e non, all'opposto, come condizione per dare effettività alla costituzione stessa¹⁹².

Infine, alcune osservazioni potranno formularsi anche con riguardo agli artt. 1607 e 1623 del *Código civil*.

In particolare, l'art. 1623 del *Código civil* prevede che al *censoalista* sia concessa tanto l'azione reale, per reclamare il canone o la pensione di cui risponde l'immobile gravato, quanto la persona-

¹⁹⁰ In questo senso v. C. FERRINI, s.v. 'Obbligazione', cit., p. 388; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, cit., p. 208, il quale afferma come dai medesimi argomenti possa altresì trarsi la spiegazione per la terminologia impiegata dall'art. 1786 comma 2 Cod. civ. 1865; 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.

¹⁹¹ 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.

¹⁹² N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II, cit., p. 208, afferma: «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 [...]».

le avverso il proprietario dell'immobile o l'enfiteuta individuati nel momento in cui erano divenuti esigibili i canoni dovuti¹⁹³; a mente dell'art. 1607, invece, il *censo* è *reservativo*, quando si verifica il trasferimento del pieno dominio di un immobile dal cedente al cessionario¹⁹⁴. Non parrebbe sussistere, dunque, alcuna contraddizione tra l'esperibilità dell'azione reale e il trasferimento del pieno dominio.

In proposito, tuttavia, si noti quanto segue.

In primo luogo, pur a fronte di qualche perplessità, è la stessa legge che nel caso di specie chiarisce quale natura debbano avere le rendite: cioè l'immobiliare. Nessun argomento in contrario si ricava dall'art. 336 del *Código civil*¹⁹⁵ che, anzi, nel precisare come esse debbano essere considerate mobili soggiunge: «... *siempre que no graven con carga real una cosa inmueble ...*». Sicché, in tale ultimo caso, esse saranno ricomprese tra i beni immobili *ex art.* 334 núm. 10 del *Código civil*¹⁹⁶.

Valga, poi, una seconda osservazione. L'art. 1623 del *Código civil*, come si è visto, concede al titolare il diritto di esperire anche l'azione reale, sia pure nei limiti che si ricavano dal combinato di-

¹⁹³ 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 ammette, in punto di esperibilità simultanea delle azioni in parola, che il *censualista* disponga, alternativamente, dell'azione reale o della personale.

¹⁹⁴ In proposito v. F.J. ANDRÉS SANTOS, s. 'Art. 1607', in A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Director), *Comentarios al Código civil*, cit., p. 1760, ove lo studioso, in relazione alla natura del censo riservativo, sottolinea: «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 [...]».

¹⁹⁵ 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.*

¹⁹⁶ 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.

sposto degli artt. 116, 114 e 115 della *Ley Hipotecaria*¹⁹⁷. Ma la possibilità di esperire l'azione reale potrebbe essere motivata, in realtà, alla luce della maggiore garanzia offerta dal bene immobile per il pagamento dei canoni.

Nessun argomento in favore della realtà delle rendite fondiarie nel Codice civile del 1865 può allora ricavarsi dall'analisi, in chiave comparata, delle disposizioni del *Código civil*.

D'altro canto, e a dispetto dei pur pregnanti rilievi da essi formulati, contro l'ipotesi avanzata dal Fadda e dal Bensa potranno certamente addursi gli argomenti di carattere "politico" assai ben sintetizzati dalle parole del Senatore Miraglia.

¹⁹⁷ 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 ciento catorce y párrafos primero y segundo del ciento quince; 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.

En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario.

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.

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. 1625', 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.

In sintesi, l'esame della disciplina riguardante la rendita fondiaria nel Codice civile del 1865 – come, del resto, di quella dettata per tutte le figure riconducibili a tale fattispecie e largamente impiegate nelle province appartenenti al Regno delle Due Sicilie¹⁹⁸ – ha fatto emergere due punti di interesse notevole.

Da un lato, per quanto riguarda le province napoletane, è stato dimostrato come l'impianto normativo del periodo napoleonico venne, per decisione della restaurata monarchia borbonica, mantenuto in vigore, essendo al contempo preservate le decisioni della Commissione feudale che aveva provveduto a darvi concreta attuazione. La promulgazione delle *Leggi civili* assicurò, infine, definitiva stabilità a tale legislazione, rendendo le rendite di qualunque natura, per effetto dell'art. 452 comma 2, mobili.

D'altronde, alla medesima conclusione si perviene pure per le rendite fondiarie create dopo l'entrata in vigore del Codice civile unitario. Una soluzione di senso opposto si porrebbe in contrasto con la storia politica dell'istituto segnando, al contempo, un illogico passo indietro rispetto alla disciplina che dello stesso aveva dato la legislazione napoletana.

Ci si limiterà a segnalare, da ultimo, come anche per il Codice civile del 1942 la natura della rendita fondiaria sia certamente mobiliare¹⁹⁹.

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ 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 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. Rilievi introduttivi per una revisione critica*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano, 2007, p. 46.

Sul punto vengono in considerazione gli artt. 1861, 1868 e il n. 746 della *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile*²⁰⁰:

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 d'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.*

²⁰⁰ 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.

Dal dettato dell'art. 1861 comma 1 si evince senza incertezze come il diritto alla percezione della rendita si costituisca alla stregua di rapporto tra contraenti e non, invece, direttamente sull'immobile, dato che mediante il contratto di rendita perpetua «... *una parte conferisce all'altra il diritto ...*»²⁰¹.

Ogni dubbio residuo svanisce, poi, ove si ponga mente alle parole del Ministro Grandi nella citata *Relazione*, in cui si afferma, chiaramente, come la costituzione di una rendita origini non un onere gravante sull'immobile ma, contrariamente ai dubbi che taluno aveva manifestato per il Codice civile del 1865, un semplice diritto di credito, come si deduce altresì dal dettato dell'art. 1868 mediante cui, rispetto alla poco felice formulazione dell'art. 1786 del Cod. civ. 1865, si introduce il concetto di 'fondo su cui la rendita è garantita'.

Il discorso svolto esaurisce, almeno dall'angolo prospettico prescelto, la questione relativa alla natura (mobiliare) delle rendite fondiarie.

Cionnonostante, la ricerca che si sta svolgendo presuppone l'inquadramento, anche in chiave comparativa, della problematica riguardante più in generale l'onere reale, materia nella quale le soluzioni adottate dai codici più strettamente influenzati dal *Code civil* – con l'eccezione, sia pure per questo particolare aspetto, del *Código civil* – non sono condivise, come si vedrà, dal BGB.

3. *Alcune osservazioni sulle Reallasten e sulla disciplina del § 1105 del BGB*

La trattazione che, seppure concisamente, sarà svolta in questo paragrafo, riguardante la disciplina positiva delle *Reallasten* nel

²⁰¹ Sul punto v., in sintesi, F. MACIOCE, s.v. '*Rendita (diritto civile)*', cit., p. 3, il quale richiama, oltre al già ricordato art. 1868, anche l'art. 1870 che, per quanto concerne la ricognizione della rendita o di ogni altra prestazione annua, fa espresso cenno alla prescrizione decennale riferibile, generalmente, ai rapporti personali.

BGB²⁰², 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 Gunsten 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 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 configu-

²⁰² In proposito v. U. VON LÜBTOW, *Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten. Zugleich ein Beitrag zum Problem der subjektlosen Rechte*, 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: Possibilities, Restrictions and Workarounds*, in *EPLJ* 6.2, 2017, pp. 222-224, con interessanti profili di comparazione.

rato 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 onerato²⁰³.

Quale natura debba avere il diritto 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 la prestazione (o le prestazioni) che in conseguenza di esso saranno dovute a beneficio del soggetto attivo, dall'altro, attribuendo a entrambe il carattere della realtà²⁰⁴.

La struttura della *Reallast* è tale, allora, da non conferire al titolare alcun diritto che gli consenta 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 derivi²⁰⁵.

Peraltro, discussa è stata la concreta configurazione di queste fattispecie. Parte della dottrina le ha concepite alla stregua di diritti reali di garanzia, interpretandole però come *Verwertungsrechte* (va-

²⁰³ Sul punto v. anche A.L. DE PETRIS, *Sulla categoria degli oneri reali in diritto romano e nella tradizione romanistica*, cit., p. 22.

²⁰⁴ D'altronde il § 1105 esplicita come sia il solo fondo a essere gravato e che le prestazioni periodiche dovute al beneficiario saranno tratte dal fondo medesimo («... *aus dem Grundstück ...*»).

²⁰⁵ In questo senso v. L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 13. Non vale 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 ...*» per le prestazioni scadute ma relative al periodo nel quale il bene onerato era di sua proprietà. Il dettato del § 1105 comma 1 BGB è a ben vedere univoco nello statuire come sia il fondo ad essere gravato: «*Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden ...*», con la conseguenza che solo da esso dovranno ricavarsi le prestazioni periodiche dovute. D'altronde, sempre in relazione a quanto disposto dal § 1108 comma 1 del BGB, è d'uopo osservare come la prestazione si configuri alla stregua di una distrazione della porzione di reddito che il *dominus* può ricavare dal predio stesso. La previsione del paragrafo in parola risponderà pure alla necessità di impedire al soggetto divenuto a sua volta proprietario di profittare, qualora non abbia provveduto all'adempimento della prestazione del canone, della parte di reddito destinata a formare quest'ultimo. In buona sostanza allora – e 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.

le a dire diritti reali di godimento); altri autori, invece, ne hanno discusso come di figure ibride; ha prevalso, infine, l'ipotesi del diritto reale di garanzia²⁰⁶.

A dispetto di tali oscillazioni, il lavoro della civilistica tedesca assurge a notevole interesse proprio per l'impulso sistematico nell'elaborazione della categoria delle *Reallasten* rispetto a quella delle servitù, operazione cui, lo si noti, non pare aver formato significativo ostacolo la persistenza del principio *servitus in faciendo consistere nequit*²⁰⁷, la vigenza del quale²⁰⁸ non ha in alcun modo alterato la natura e il contenuto della *Reallast*.

²⁰⁶ L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 14; G. GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., p. 136.

²⁰⁷ Anche su questo punto sia consentito rinviare ad A.L. DE PETRIS, *Sulla categoria degli oneri reali in diritto romano e nella tradizione romanistica*, cit., p. 23 e nt. 103.

²⁰⁸ 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». Il § 1018 BGB, infatti, disciplinando il contenuto della servitù, non introduce alcun elemento di novità rispetto ai tradizionali *pati e non facere*. Ben altro interesse ha, invece, il § 1021 – su cui 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 – che regola il caso in cui, per rendere possibile l'esercizio del diritto, sia necessario un manufatto situato sul fondo servente. In questo caso 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 tale sia lo conferma il comma 2 tramite cui, esplicitamente, si estende al *facere* la normativa sulle *Reallasten* – è l'interesse obiettivo del fondo dominante. Di notevole importanza è, poi, 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.* In particolare, al punto 2, può essere accostato il comma 2 del § 1021 del BGB, già poco sopra esaminato.

In principio, l'accostamento con la servitù non sorprende, specie ove si ponga mente al contenuto del § 1105, comma 2, del BGB, tramite cui si ammette che l'onere reale possa essere costituito a favore del proprietario di un altro e diverso fondo²⁰⁹. Ma la questione è stata risolta negativamente alla luce del § 1111 BGB, rubricato *Subjektiv-persönliche Reallast*²¹⁰, che ne consente la costituzione persino a beneficio di un soggetto sprovvisto di qualunque rapporto di tipo dominicale con un determinato predio.

Tale ultima soluzione, la quale rende irrilevante il rapporto dominicale che lega l'onere al fondo, appare impraticabile ove si tenti di definire compiutamente la figura dell'onere reale partendo dalla ricerca di un archetipo, e del limite obiettivo di ammissibilità, nelle fonti romane. In proposito, ci si limiti a osservare come il predetto rapporto costituisca, invero, il presupposto della prestazione *in faciendo* – o, meglio, dello stesso diritto – sia in Paul. 49 *ad ed. D.* 39.3.2.4 che, pure, in Pomp. 5 *ad Sab. D.* 7.1.19.1.

E allora, di contro alla soluzione adottata per le *Reallasten*, solo ove sia possibile individuare una relazione dominicale tra il soggetto che materialmente dovrà provvedere alla prestazione e il fondo da cui egli trarrà gli opportuni mezzi si potrà costituire un onere reale che, dunque, avrà come limite assoluto l'*utilitas* obiettiva arrecabile al fondo del beneficiario²¹¹.

²⁰⁹ La dottrina distingue la *Reallast* c.d. subiettivo-personale dalla *Reallast* c.d. subiettivo-reale. Sul punto v. G. GANDOLFI, s.v. '*Onere reale*', cit., p. 136.

²¹⁰ Sul punto v. diffusamente M. RONKE, s. '*§ 1111*', in W. ERMANN, 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.

²¹¹ Un rilievo di non poco momento assume, sempre in chiave comparata, l'art. 782 ZGB. La norma dispone, al comma 1, come la prestazione *in faciendo* debba gravare sul «... proprietario attuale di un fondo ...», presupponendo, in tal modo, la relazione dominicale tra il soggetto e il fondo gravato. Al comma 2, invece, si prevede che quale avente diritto possa essere «... designato il proprietario di un altro fondo». È, però, nella previsione del comma 3 che si riflette l'accennato riferimento all'utilità. In esso, infatti, si prevede come l'onere fondiario debba 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 nei bisogni economici del fondo, esplicherà esattamente la propria fun-

Se, per i motivi visti, un richiamo alla disciplina delle *Reallasten* potrà certo giovare sotto il profilo dogmatico-ricostruttivo, specie nell'ottica di positivizzazione della categoria, altrettanto vero è che dovranno rifiutarsi, ove si tenti di ricostruirne la figura in ordinamenti di matrice diversa e nella cornice offerta dalle fonti antiche, soluzioni che sleghino la costituzione dell'onere dalla effettiva sussistenza di un rapporto di tipo dominicale sul fondo gravato.

Diversamente, infatti, si finirebbe per imporre al soggetto una prestazione *in faciendo* di natura esclusivamente personale, rendendosi più complesso, al contempo, stabilire il rapporto tra l'onerato, il fondo a favore del quale l'onere è costituito, e gli effettivi bisogni di quest'ultimo, in tal modo indebolendo e rendendo più opaco il concreto limite (e parametro) costituito dall'*utilitas* obiettiva.

4. *Alcune considerazioni sull'ammissibilità di fattispecie riconducibili alla categoria dell'onere reale nella sistematica dei rapporti reali*

L'argomento oggetto di questo paragrafo richiederebbe l'esame preliminare di almeno due questioni. La prima, concernente la chiara individuazione dei caratteri dell'onere reale e la seconda, speculare, riguardante l'identificazione dei tratti distintivi rispetto all'obbligazione *propter rem*.

Ad esse si è fatto sovente riferimento nel corso di questa indagine²¹².

zione di limite all'autonomia delle parti. La prestazione positiva, infatti, non potrà che limitarsi a quanto necessario al soddisfacimento dei bisogni che all'atto della costituzione dell'onere siano stati preventivati per il fondo stesso. Sul problema relativo alla natura di tali *charges foncières* nello ZGB è sufficiente un rimando a G. GANDOLFI, s.v. '*Onere reale*', cit., p. 137.

²¹² 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 in queste pagine, 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*

Invano si cercherebbe, nel nostro sistema positivo, il disegno compiuto della categoria dell'onere reale. Le ragioni sono, come si visto, di carattere prevalentemente storico, collegate alla tradizionale (e dominante) interpretazione di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 e alle reazioni, in tema di rapporti dominicali, condensate nelle istanze della Rivoluzione francese e cristallizzate poi nel *Code civil*.

E tuttavia, l'esigenza di procedere all'esame di alcune fattispecie specificamente regolate – il caso di gran lunga più importante è, per il carattere "aperto" e particolarmente ampio della norma, quello disciplinato dall'art. 1030 del Codice civile – rende ancor più evidente l'importanza, a fini sistematici, dei risultati che si ricavano dall'indagine storico-comparata.

All'onere reale, dunque, per far propria l'efficace immagine offerta da Pap. Iust. 2 *de const.* D. 39.4.7 pr. – oltre che, sostanzial-

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*, cit., *passim* e pp. 34-50; G. DELIANA, *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; U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, pp. 67-212; V. MANNINO, *Riflessioni sul 'mito' della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, pp. 589-604; G. MUSOLINO, *Le servitù irregolari (l'autonomia negoziale e la questione della tipicità dei diritti reali)*, in *Rivista del Notariato* 64.VI, novembre-dicembre 2010, pp. 1517-1551; E. MOSCATI, *Il problema del numero chiuso dei diritti reali nell'esperienza italiana*, in P. CORRIAS (a cura di), F.M. BANDIERA *et al.* (con la collaborazione di), *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, *Parte generale – Il mercato e le regole. Persone famiglia e successioni. Diritti reali – Obbligazioni*, Milano, 2013, pp. 441-456.

mente, in ragione della dottrina di Lebeone che si trova affermata in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2 («*Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem ...*») e, con il correttivo di cui si è fatto cenno, della sistematizzazione offerta dal § 1105 del BGB – andrà attribuito l'effetto di assoggettare in modo permanente il fondo gravato, di modo che il proprietario dello stesso – cioè ogni soggetto che, in qualunque momento, si trovi legato alla *res* da un rapporto di tipo dominicale – sia costretto a eseguire la prestazione *in faciendo* cui è tenuto in ragione del predetto legame, ciò che ne evidenzia la natura di peso obiettivo²¹³ e che ne fa emergere il primo tratto distintivo: l'inerenza al bene²¹⁴.

Di contro, l'obbligazione *propter rem* non comporta l'onereamento, in senso proprio, della *res* (che, perciò, non sarà gravata da alcun peso), dato che il rapporto dominicale funge solo da parametro per l'individuazione del soggetto passivo dell'obbligazione²¹⁵.

Dalla natura di peso che grava sul fondo, nonostante qualche opinione contraria²¹⁶, discende una caratteristica ulteriore dell'onere reale, cioè la necessità di soddisfare la prestazione esclusivamente attraverso ciò che si ricaverà dal predio onerato²¹⁷. Di conseguenza,

²¹³ N. DISTASO, *Diritto reale, servitù e obbligazione «propter rem»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 7, 1953, p. 465; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 727.

²¹⁴ N. DISTASO, *Diritto reale, servitù e obbligazione «propter rem»*, cit., p. 465 (il quale, tuttavia, l'accosta a quella della garanzia ipotecaria); L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 3.

²¹⁵ N. DISTASO, *Diritto reale, servitù e obbligazione «propter rem»*, cit., p. 466, il quale evidenzia come, rispetto all'obbligazione, dove il soggetto tenuto si individua preventivamente e in modo stabile, in quella *propter rem* l'identificazione dell'obbligato sarebbe indeterminata e funzionale al rapporto con la cosa; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 727; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., pp. 5 e 22, secondo cui la specie di "inerenza" cui potrebbe farsi riferimento nel caso dell'obbligazione *propter rem* avrà carattere assai differente da quella tipica degli oneri reali, non essendo riferita alla «[...] situazione di vantaggio, di cui è titolare il soggetto attivo del rapporto, in ordine alla cosa, ma sì dell'obbligo corrispondente sotto il profilo della (e dunque in ordine alla) sua concessione (non, ovviamente, con il bene, ma) con il diritto di cui titolare è il debitore».

²¹⁶ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 9, secondo cui il voler configurare le prestazioni *in faciendo* come a carico del fondo non indicherebbe né che sulla *res* insista un diritto reale né, poi, che obbligato debba considerarsi il fondo stesso, ciò significando piuttosto che l'onerato sarà tenuto solo per i frutti ricavabili dal predio gravato.

²¹⁷ B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 727.

e lo si preciserà meglio più oltre, sarà possibile liberarsi dalla debenza della prestazione per il tramite dell'abbandono liberatorio della *res gravata*²¹⁸.

Caratteri comuni, invece, agli oneri reali e alle obbligazioni *propter rem* sono stati considerati il contenuto *in faciendo*²¹⁹, la tipicità legale²²⁰ e la realtà (da intendersi, quest'ultima, in modo affatto peculiare in base alla figura cui la si riferisca).

In tal modo individuati i principali caratteri fisionomici dell'onere reale è possibile rivolgere l'attenzione ad alcune specifiche ipotesi che si rinvencono nel vigente sistema privatistico²²¹ – ciò che consentirà, in pari tempo, di provare la tenuta dei risultati raggiunti attraverso l'indagine storico-comparata – in un quadro ove anche la giurisprudenza, sia pure a fronte di una sistematica dei rapporti reali che si afferma costruita sulle fondamenta della tipicità²²² e del

²¹⁸ B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 727.

²¹⁹ B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 726, secondo cui il carattere positivo della prestazione varrebbe a distinguere le due figure dalla servitù. Si osservi, però, come il predetto carattere non valga, di per sé, a distinguere l'onere reale dall'obbligazione *propter rem*. Il *facere*, difatti, intanto rileverà quale carattere distintivo dell'onere reale in quanto si accompagni agli ulteriori elementi dell'assoggettamento perpetuo della *res*, dell'inerenza e della riconosciuta possibilità, per l'onerato, di valersi dell'abbandono liberatorio.

²²⁰ N. DISTASO, *Diritto reale, servitù e obbligazione «propter rem»*, cit., p. 468.

²²¹ Sul punto v., in particolare, le argomentazioni di M. COMPORTI, *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, anche la dottrina che ha affrontato la tematica riguardante il principio del *numerus clausus* ha adottato una prospettiva di indagine che principia dal dato storico. L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 2 e M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., pp. 217-218, hanno evidenziato, difatti, come il prevalere del nuovo pensiero liberista e il persistente proposito eversivo della feudalità avessero reso necessario frapporre un limite alla possibilità di onerare la *res*, in tal modo consentendo all'ammissibilità di pochi diritti reali e riaffermando, di conseguenza, il principio del *numerus clausus*. Rilievi particolarmente interessanti, proprio con riguardo all'evoluzione del predetto principio nell'esperienza francese e ai tentativi di superamento, sono svolti da M.L. CHIARELLA, *Diritti reali di godimento*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, III.5, Napoli, 2020, pp. 57-61.

²²² Sul punto cfr. M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., pp. 220-221.

numerus clausus, ha attribuito ad alcune fattispecie natura di oneri reali²²³.

Si può principiare dall'art. 860 del Codice civile che disciplina il concorso dei proprietari nella spesa per le opere di bonifica integrale²²⁴. Ove tale ultima norma venga letta alla luce dell'art. 21 del r.d. 13 febbraio 1933 n. 215 (*Nuove norme per la bonifica integrale*, v. levali altresì per i consorzi ex art. 850 Cod. civ. e 921, comma 2, Cod. civ.) – che attribuisce esplicitamente ai «...*contributi dei proprietari nella spesa di esecuzione, manutenzione ed esercizio delle opere pubbliche di bonifica...*» la qualifica di oneri reali²²⁵ – si potrà confutare il contrario argomento ricavabile dal dato linguistico, meramente formale, del mancato adeguamento della norma codicistica alla terminologia impiegata dal regio decreto²²⁶.

²²³ Offre una lettura critica della giurisprudenza più risalente B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 707, secondo cui una spiegazione (superficiale) di questo orientamento potrà rinvenirsi nella necessità, avvertita dalla Corte di Cassazione e dalle Corti di merito, di superare l'applicazione eccessivamente rigida dei principi governanti il sistema proprietario in modo da dare spazio e, naturalmente, tutela, alle esigenze della prassi. Sulla tematica da ultimo accennata v., più recentemente, M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, cit., pp. 424-433, con riguardo alle teorie addotte per giustificare la convivenza del principio del *numerus clausus* e dell'autonomia contrattuale; cui *adde*, per una critica agli ultimi approcci giurisprudenziali in materia, A.L. DE PETRIS, *Alcune riflessioni in margine a Cass., SS. UU., n. 28972 del 17 dicembre 2020*, in *Rivista Semestrale di Diritto* 1, 2021, pp. 63-77.

²²⁴ 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.*

²²⁵ 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 dirette.

²²⁶ 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, secondo cui, sia pure a fronte della contraddittoria formulazione dell'art. 860 Cod. civ., la lettera dell'art. 21 del r.d. 215 del 1933 potrà militare nel senso della natura reale dell'onere di contribuzione per le spese di bonifica. Per L. FRANCIOSI, *Riordinamento fondiario e bonifica*, in P. RESCIGNO (Diretto da), *Trattato di diritto privato*, VII.1, *Proprietà*, Torino, 2005²,

La norma, che non presenta, almeno per il profilo che qui interessa, soverchie difficoltà interpretative, costituisce un primo appiglio (positivo) per ritenere che di oneri reali possa discutersi, fondatamente, anche facendo riferimento all'impianto codicistico.

Ben più importante è, tuttavia, un'altra disposizione, cioè l'art. 1030 del Codice civile (rubricato *Prestazioni accessorie*), che, se retamente intesa, non solo consente di contrastare l'opinione che dichiara inammissibili rapporti provvisti di natura reale e contenuto *in faciendo*²²⁷, ma, ciò che è più importante, può costituire il parametro di riferimento per dare fondamento alla categoria stessa.

Assai utile è, dunque, esaminarne il dettato con riferimento al caso, certo peculiare, della servitù costituita *amoenitatis causa*²²⁸. Come noto, l'art. 1030 ammette che il proprietario del fondo servente possa essere tenuto a compiere attività *in faciendo* ove ciò sia previsto dal titolo costitutivo o dalla legge con la finalità di rendere possibile l'esercizio stesso della servitù²²⁹.

p. 517, la non menzione dell'onere reale nel citato articolo dovrebbe piuttosto attribuirsi a una «svista» del Legislatore. Diversamente orientata è L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 83, la quale distingue tra ipotesi riconducibili al disposto dell'art. 861 del Codice civile – che si riferisce, come noto, alle opere che competono ai privati – che rientrerebbero tra le obbligazioni *propter rem*, e le fattispecie regolate dal citato art. 860 (oltre che quelle disciplinate dall'art. 861 in combinato disposto con l'art. 862), che potrebbero qualificarsi alla stregua di oneri reali.

²²⁷ 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.

²²⁸ V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Servitù 'amoenitatis causa' e miglioramento paesistico*, in *Riv. dir. civ.* 9.I, 1963, pp. 90-98.

²²⁹ Secondo A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 195, il quale formula le proprie considerazioni vigente il Codice civile del 1865, la distinzione tra l'onere principale e l'accessorio – già particolarmente difficoltosa nella pratica – non farebbe venir meno, in ogni caso, l'evidente prestazione *in faciendo* incombente sul proprietario del fondo servente. Sotto il vigente Codice, invece, ritiene esattamente che l'obbligo di fare *ex art.* 1030 debba rientrare tra gli oneri reali B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 702. In proposito, tuttavia, cfr. L. CARIOTA-FERRARA, s. 'Art. 219', in A. AZARA *et. al.* (a cura di), M. D'AMELIO (diretto da), *Codice civile, Libro della proprietà, Commentario*, Firenze, 1942, p. 738, secondo cui la norma in parola consacrerrebbe proprio l'operatività del principio *servitus in faciendo* consi-

Si osservi come la servitù costituita per scopo d'amenità si sostanzia in una prestazione *in faciendo* – consistente nell'impianto e nella successiva manutenzione (ed eventuale sostituzione) di una data quantità di alberi – a cui parte della dottrina, non cogliendo nel segno, ha creduto di poter attribuire natura di *obligatio propter rem*²⁵⁰.

Per dimostrare tale asserzione è necessario partire da un assunto: che nella fattispecie esaminata il *pati* e il *facere* siano parte della medesima struttura giuridica, tanto che il *pati* neppure sarebbe ipo-

stere nequit, dato che essa, ammettendo le prestazioni accessorie solo ove necessarie all'esercizio del diritto, escluderebbe che le stesse possano formare il contenuto principale del diritto; A. BURDESE, *Servitù prediali*, in G. GROSSO, F. SANTORO-PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, III.4, Milano, 1960, pp. 48-49, il quale discorre degli obblighi del proprietario del fondo servente in termini di obbligazioni *propter rem*; G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, I, in F. VASSALLI (redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, V.1, Torino, 1963³, p. 252 ove il Grosso, cui è dovuta la stesura del capitolo intitolato *Obbligazioni «propter rem» accessorie a favore del titolare della servitù*, precisa come la disposizione presupponga il predetto principio e come nella stessa possa essere scorto «[...] l'espresso riconoscimento di un'obbligazione *propter rem*, che può essere stabilita dal titolo, per cui il proprietario del fondo servente è tenuto a compiere un atto per rendere possibile l'esercizio della servitù»; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., pp. 61-63, opta, ugualmente, per qualificare le prestazioni disciplinate dalla norma come obbligazioni *propter rem*, traendo argomento anche dal carattere dell'abbandono che, per comportare la liberazione del soggetto passivo, deve esplicarsi a favore del proprietario del fondo dominante, in tal modo assumendo altresì natura soddisfattiva; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 98; P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile*, I, *Soggetti – famiglia – successioni – diritti reali – casi e quesiti*, Milano, 1994⁵, p. 758, il quale individua nelle prestazioni necessarie a rendere possibile l'esercizio della servitù delle obbligazioni *propter rem*; E. GUERINONI, *Servitù prediali*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011, p. 279, che discorre di “obblighi di fare con efficacia reale”. Particolarmente interessante è, invece, la posizione di M. COMPORTE, *Le servitù prediali*, in P. RESCIGNO (Diretto da), *Trattato di diritto privato*, VIII.2, *Proprietà*, Torino, 2002², pp. 209-211, il quale, in ragione degli approdi dottrinali più recenti che hanno evidenziato la necessità di superare la concezione in termini di assolutezza del diritto reale, crede che l'obbligazione *propter rem* debba essere riassorbita nella «struttura complessa della situazione reale». Non propone alcuna qualificazione D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1993², p. 555, il quale parla di obbligo di *facere* che, consistendo in una prestazione accessoria, sarebbe conciliabile con il principio *servitus in faciendo consistere nequit*.

²⁵⁰ 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).

tizzabile senza il contemporaneo *facere*. Che il *pati* sia, di per sé, elemento fondamentale al fine di poter configurare una servitù, e ancor più quella costituita *amoenitatis causa*, è fuor di dubbio. Diversamente, non si potrebbe avere alcuna utilità per il fondo dominante (neppure esisterebbe, invero, la servitù)²⁵¹.

Il problema è stabilire, allora, se il *facere* sia, o meno, mera prestazione accessoria.

La soluzione si potrà ricavare dalla esatta individuazione del contenuto della servitù: l'impianto e il mantenimento di un dato quantitativo di alberi sul fondo. Sicché, se si volesse ritenere il *facere* una *obligatio propter rem*, vale a dire un obbligo accessorio al *pati*, occorrerebbe considerare il diritto (di per sé unitariamente concepito) come formato da due diverse componenti, separate (ed esistenti, quindi, nella loro individualità) ma necessariamente unite da un vincolo di interdipendenza causale (con la conseguenza che, venuta meno la prima, cadrà anche la seconda): l'una provvista della natura reale propria della servitù (il *pati*) e l'altra a essa accessoria, che parteciperebbe, però, tanto della natura reale quanto di quella obbligatoria (la prestazione positiva).

Ma l'interprete, così ragionando, si troverebbe di fronte a una impossibilità logica prim'ancora che giuridica. L'art. 1030 del Codice civile, discorrendo di atti finalizzati a rendere possibile l'esercizio del diritto presuppone, evidentemente, che il diritto possa esistere, almeno astrattamente, anche senza l'eventuale *facere*. La prestazione accessoria, inerendo a qualcosa che esiste di per sé²⁵², consente solo la concreta realizzazione, sul piano effettuale, del contenuto del diritto.

Ma nel caso della servitù per causa di amenità ciò non può essere: di "accessorietà" del *facere* si potrà parlare, rispetto allo schema tipico della servitù, in senso del tutto improprio. L'onere *in faciendo* si porrà in rapporto – oltre che, come detto, di interdipendenza causale rispetto al *pati* – di funzionalità necessaria rispetto al diritto,

²⁵¹ V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Servitù 'amoenitatis causa' e miglioramento paesistico*, cit., p. 96.

²⁵² Non si potrebbe concepire un accessorio, evidentemente, senza l'oggetto (materiale o giuridico) a cui esso si deve accompagnare (e nel quale trova giustificazione).

vale a dire alla stregua di elemento definitivamente integrato nella struttura dello stesso.

Non si dimentichi, in proposito, come autorevole dottrina, pur non negando che il contenuto della servitù debba risolversi nel *patti*²³³, abbia evidenziato come ove il *facere* renda possibile l'esercizio del diritto esso costituisca un dovere «parte del complesso contenuto della servitù»²³⁴.

A tal proposito, sia poi consentita una precisazione: la coessenzialità tra il *facere* e il *patti*, caratteristica della servitù per causa di amenità, che sul piano giuridico e degli effetti non consente di scindere, se non solo concettualmente, la servitù dall'onere *in faciendo*, mostra vieppiù (e non contraddice) la caratteristica principale dell'onere stesso, vale a dire la sua natura di peso che grava obiettivamente sul fondo (di contro all'obbligazione *propter rem*)²³⁵.

Anzi: l'onereamento obiettivo del predio è indispensabile in tutte quelle particolari situazioni in cui, individuata l'utilità di cui abbisogna il fondo (e nei limiti della stessa), la prestazione *in faciendo* sia l'unica idonea a dare concreta attuazione, sotto il profilo fattuale, al contenuto della servitù (il che giustifica, evidentemente, l'inerenza dell'onere alla *res*).

Naturalmente, così ricostruendo la fattispecie non si cadrà nella contraddizione logica che si è poco sopra combattuta. Anche se l'onere e la servitù possono essere pensabili come entità separate, il primo non potrà ritenersi legato alla seconda da un vincolo di semplice accessorietà (come per il caso dell'obbligazione *propter rem*), giacché il *facere*, consentendo di ricavare dal diritto l'utilità che ne giustifica la costituzione, permette ad esso di esistere²³⁶.

²³³ F. MESSINEO, *Intorno a una figura di servitù da costituire 'amoenitatis causa'*, cit., p. 112, argomentando *ex art.* 1027 del Codice civile.

²³⁴ F. MESSINEO, *Intorno a una figura di servitù da costituire 'amoenitatis causa'*, cit., p. 112.

²³⁵ Come ha precisato B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 727, tra i caratteri differenziali che distinguono l'onere reale dall'obbligazione *propter rem* vi è proprio l'onereamento, in senso proprio, del fondo, tipico solo della prima figura. Il predio, nel caso dell'obbligazione *propter rem*, infatti, non risulta gravato da alcun peso né, d'altronde, appare costretto da una situazione di carattere permanente.

²³⁶ Non si potrà accogliere, allora, l'ipotesi ricostruttiva proposta da E. GUERINONI, *Servitù prediali*, cit., p. 280, il quale ritiene che una obbligazione *propter rem* possa essere ammessa quando sia funzionale all'avvio del diritto. Se si seguisse il

Se, allora, l'art. 1030 del Codice civile ammette che un *facere* possa essere preteso, come prestazione propriamente accessoria, ogni volta che lo richieda il titolo o la legge e ciò sia necessario all'esercizio del diritto, non si vede perché, per il tramite della stessa norma, non si debba altresì ammettere la prestazione *in faciendo* quando essa sia necessaria al godimento stesso del diritto, tutte le volte, cioè, che essa si ponga, rispetto al *pati*, in rapporto di interdipendenza causale e, nei confronti del diritto stesso, di funzionalità necessaria.

Ciò è consentito, evidentemente, dalla stessa norma che discorre, appunto, di atti che rendano «...*possibile l'esercizio della servitù da parte del titolare...*». Sarebbe del tutto illogico, quindi, ritenere che la prestazione *in faciendo*, diretta appunto a consentire l'esercizio del diritto, sia ammissibile solo ove presenti carattere meramente accessorio e non, invece, ove, sebbene altrettanto necessaria, costituisca il contenuto del diritto stesso. Lo scopo della norma è, infatti, il medesimo: permettere che il titolare del diritto tragga, per mezzo della *res*, l'utilità che costituisce il fine ultimo per la costituzione di quel particolare rapporto. Sarebbe illogico, allora, non interpretare la disposizione nel diverso senso prospettato, anche perché si giungerebbe a un risultato paradossale: il *facere* propriamente accessorio, che generalmente si ammette, proprio perché tale, è un

ragionamento del citato studioso si finirebbe per ritenere subordinato il godimento – e, perciò, l'utilità stessa ricavabile dalla servitù – a un mero atto volitivo del proprietario del fondo servente, il che non è. Sostenere, infatti, come l'esercizio (o l'inizio dell'esercizio) delle facoltà connesse a quel particolare diritto sia subordinato al *facere* dell'onerato, significa riconoscerne il carattere intrinseco alla struttura del diritto – in assenza del *facere*, difatti, non sarebbe possibile ottenere alcuna utilità (ma *sine utilitate servitus consistere nequit*) – il che esclude, di per sé, l'accessorietà del *facere*. Del resto, lo si noti, L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., pp. 102-103, ha evidenziato come nel caso in cui il *facere* fosse necessario a permettere l'inizio del godimento, esso si atterrebbe in realtà alla stregua di evento condizionante la costituzione del diritto, non rientrando, allora, nell'ambito di operatività dell'art. 1030 del Codice civile, soggiungendo: «[...] come considerare simili obblighi accessori ad un diritto destinato a nascere solo in conseguenza della loro attuazione? Le obbligazioni di fare, pur se qualificate, nei casi ricordati, come *ob rem*, non parrebbero presentare gli estremi della fattispecie così come prevista dalla norma: non riguardano, infatti, il proprietario del fondo servente né l'esercizio di una servitù (tuttora inesistente), ma il proprietario di un fondo in quanto tale e sono posti in funzione del sorgere di essa».

qualcosa in meno rispetto al *facere*, compenetrato al diritto, che invece non si ammette, sicché, ed ecco il paradosso, si consentirebbe il meno (e non il più) anche se in entrambi i casi lo scopo della prestazione positiva sarà il medesimo.

Non rimane che chiarire in quale modo il caso esaminato valga a meglio circostanziare il riferimento all'*utilitas* oggettiva quale limite all'ammissibilità dell'onere reale²³⁷.

Sul punto, è sufficiente evidenziare come la prestazione positiva imposta al proprietario del fondo servente non possa certo risolversi in comportamenti che oltrepassino la reale utilità cui mira la servitù in funzione delle effettive condizioni del fondo dominante. In altri termini, quando la servitù non concorra più all'accrescimento dell'utilità ricavabile dal fondo dominante, ma tenda all'esclusivo beneficio del titolare, allora la prestazione positiva cesserà di essere ammissibile.

Ma tutto ciò ancora non basta.

Alla medesima conclusione cui si è pervenuti con riguardo alle prestazioni "accessorie" disciplinate dall'art. 1030, si potrà infatti giungere per le spese necessarie all'uso o alla conservazione della servitù *ex art.* 1070 del Codice civile²³⁸.

²³⁷ Il collegamento, per così dire, funzionale, tra l'amenità e l'utilità è acutamente evidenziato, vigente il Codice civile del 1865, da A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 134, il quale fa rilevare come l'accresciuta amenità del fondo si rispecchi, dal lato economico, nel maggior prezzo di acquisto. Peraltro, dell'utilità come fondamento economico della servitù discorre L. COVIELLO, *Le servitù prediali. Lezioni dell'anno 1925-1926 raccolte a cura del dott. Giuseppe Stolfi*, Napoli, 1926, p. 45. D'altronde, secondo C. SCUTO, *Delle servitù prediali*, Napoli, 1954², p. 61, l'utilità, come verrebbe altresì confermato dall'art. 1028 del Codice civile (che ammette esplicitamente, peraltro, una *utilitas* consistente nell'amenità), si identificherebbe con lo «scopo o ragione di essere» della servitù prediale.

²³⁸ A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 193, con riguardo agli artt. 640 e 641 del Codice civile del 1865, evidenzia come «La diversa statuizione, che pone le spese a carico del proprietario del fondo servente, come accessoria a un diritto reale immobiliare, ne riveste la stessa natura e però non è una servitù irregolare o un'azione personale mobiliare, ma un'azione eminentemente reale immobiliare, e quindi come onere reale, trasmissibile con la servitù medesima a tutti i successori particolari», rilevando poi come l'abbandono liberatorio sia una modalità peculiare per l'esonero dalla prestazione che deriva dall'onere. Non molto chiara è, sul punto, la posizione di L. COVIELLO, *Le servitù prediali. Lezioni dell'anno 1925-1926 raccolte a cura del dott. Giuseppe Stolfi*, cit., pp. 76-77, il quale, facendo riferimento all'art. 641 del Codice civile del 1865, discorre prima di obbliga-

La disposizione, infatti, facendo riferimento all'uso e alla conservazione del diritto, non può che intendere l'esborso necessario, nel primo caso, alla possibilità di ricavare l'*utilitas* per cui la servitù è costituita, nel secondo, all'esistenza stessa del diritto (diversamente, lo si noti, non sarebbe spiegabile il riferimento alla conservazione della servitù: nulla, che già non esista, potrà conservarsi)²³⁹.

Si tratterà, allora, di una ulteriore specificazione, cui deve attribuirsi la medesima natura, delle prestazioni *in faciendo* che trovano giustificazione nell'art. 1030 Cod. civ. Il *facere* diretto a rendere possibile l'esercizio della servitù, difatti, non si distingue da quello eventualmente gravante sul *dominus* del predio servente nelle ipotesi previste dall'art. 1070, essendo identico lo scopo cui le stesse rispondono: rendere possibile, in concreto, il godimento dell'utilità che dal diritto si ricava – *utilitas* che, poi, intesa obiettivamente, varrà anche come limite alla concreta ammissibili-

zione *propter rem* e, poi, richiamando l'art. 643, relativo all'abbandono liberatorio, ammette che l'obbligo delle spese possa costituirsi alla stregua di vero e proprio onere reale. Vigente il nuovo Codice, non sembra cogliere la diversità di natura tra l'onere reale e l'obbligazione *propter rem* neppure D. BARBERO, s. 'Art. 259', in A. AZARA *et. al.* (a cura di), M. D'AMELIO (diretto da), *Codice civile, Libro della proprietà, Commentario*, cit., p. 835, il quale così asserisce: «L'onere delle spese, che per titolo o per legge faccia capo al proprietario del fondo servente, può avere natura reale, come abbiamo già detto e anzi più precisamente di obbligazione *propter rem*». Di obbligazione *propter rem* discorre senz'altro il Grosso – G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, I, cit., pp. 264-265 – il quale poi opina, con riguardo alla disciplina offerta dall'art. 1070 del Codice civile, ritenendo che l'abbandono liberatorio non valga a confutare il carattere obbligatorio e accessorio dell'obbligo stesso, tanto più che esso avrebbe, nel Codice vigente, una portata assai limitata in ragione del fatto che la derelizione, secondo quanto si legge nella norma stessa, dovrebbe avvenire necessariamente a favore del proprietario del predio dominante. Non basterebbe per conseguire la liberazione, allora, il semplice *rem derelinquere* secondo la dottrina di Labeone, cioè la mera rinuncia alla proprietà. Fa riferimento, più in generale, a rapporti di natura obbligatoria, A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 40. E v., altresì, P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile*, I, *Soggetti – famiglia – successioni – diritti reali – casi e quesiti*, cit., p. 755, il quale sottolinea come il principio *servitus in faciendo consistere nequit* non impedisca che per l'esercizio della servitù venga richiesta, nella forma, appunto, dell'obbligazione *propter rem*, una prestazione personale con carattere accessorio. Di veri e propri oneri reali parla, a ragione, B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 702.

²³⁹ D'altro canto, la dottrina non ha mancato di evidenziare il collegamento tra la norma commentata e gli artt. 1030 e 1069 del Codice civile. In tal guisa v. A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 43; E. GUERINONI, *Servitù prediali*, cit., p. 312, nt. 418.

tà dell'onere *in faciendo* – e, per questa via, l'esistenza stessa della servitù.

Dall'identica natura che sussiste tra le fattispecie regolate dagli artt. 1070 e 1030 del Codice civile deriverà, logicamente, la possibilità di valersi dell'abbandono liberatorio (previsto dalla prima disposizione) anche per le ipotesi regolate dalla seconda²⁴⁰.

Va però osservato, quanto alla previsione contenuta nell'art. 1070, come la particolare figura ivi (sommariamente) delineata non possa essere strutturalmente accostata alla *derelictio* romana²⁴¹. La norma in parola, difatti, allude, sia pure del tutto impropriamente²⁴², a una forma di rinuncia della proprietà sul fondo servente a favore del proprietario del fondo dominante²⁴³.

²⁴⁰ In questo senso v. A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 43. Del resto, il GROSSO – G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, I, cit., p. 270 – ammette esplicitamente come il disposto dell'art. 1070 del Codice civile non debba riferirsi alle spese in senso stretto, potendo valere anche per il caso in cui l'obbligo si risolva in un atto materiale. L'operatività della norma, tuttavia, viene riferita al momento «[...] in cui l'oggetto dell'obbligo in concreto si specifica e si attualizza nei confronti del soggetto».

²⁴¹ Che la *derelictio* debba essere tenuta distinta dall'abbandono liberatorio è evidenziato da B. BIONDI, *Carattere dell'abbandono liberatorio del fondo servente (nota a Corte di Cassazione, Sezione II, n. 1681)*, in *Foro pad.* 19.I, 1964, col. 1124, il quale sottolinea come i giureconsulti romani discorressero in modo generico di *derelinquere* riferendosi allo spoglio della proprietà, mentre, e per altro verso, l'abbandono si rivolgerebbe a persona determinata. A tal proposito cfr., altresì, G. BRANCA, s.v. 'Abbandono (*derelictio*)', in *ED*, I, Milano, 1958, p. 1, il quale specifica come il termine moderno 'abbandono', inteso in senso tecnico, indichi ciò che i giuristi romani chiamavano *derelinquere* o, anche, *pro derelicto habere*. Di diverso avviso è A. BOZZI, s.v. 'Abbandono di fondo', in *NDI*, I, Torino, 1937, p. 6, il quale, sia pure discorrendone come mezzo di liberazione dalle obbligazioni *propter rem*, richiama proprio il principio labeoniano che si trova espresso a proposito della *refectio* nella *servitus oneris ferendi*; cui adde E. FAVARA, s.v. 'Abbandono di fondo', in *NNDI*, I.1, Torino, 1957, p. 9.

²⁴² In tal senso N. DI GIOVINE, *In tema di abbandono del fondo servente a scopo liberatorio (art. 1070 c.c.)*, in *Rivista del notariato* 17, 1963, p. 502. Si noti, sul punto, come il citato studioso ritenga (a ragione) di non poter identificare l'abbandono liberatorio con una forma di *datio in solutum* – a questa conclusione perverrà L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., pp. 147-148 – in ragione del fatto che la *datio* richiede pur sempre l'accordo tra il debitore e il creditore, mentre l'effetto sortito dall'abbandono non dipende in alcun modo dalla eventuale volontà manifestata dal proprietario del fondo dominante, ciò che renderebbe invero, come rileva B. BIONDI, *Carattere dell'abbandono liberatorio del fondo servente (nota a Corte di Cassazione, Sezione II, n. 1681)*, cit., col. 1125, del tutto superflua la previsione contenuta nell'art. 1070 del Codice civile.

²⁴³ Che la differenza tra la sostanza della norma e la rubrica dell'art. 1070 del Codice civile non sia meramente verbale è chiaramente evidenziato da B. BIONDI,

Epperò, come segnala la dottrina più accorta, è l'intento che anima il soggetto a fondare il principale discrimine tra l'abbandono liberatorio e la derelizione: egli, infatti, nel primo caso ha come scopo quello di liberarsi dall'onere (o obbligo) di cui è gravato il fondo (sicché l'atto in cui si sostanzia la derelizione sarà sorretto dall'*animus derelinquendi* che, invece, è assente in colui che abbandoni la *res* con il mero scopo di conseguire l'effetto liberatorio²⁴⁴); nel secondo, all'opposto, semplicemente di dismettere il proprio diritto dominicale sulla *res*²⁴⁵.

L'intento perseguito attraverso l'abbandono liberatorio è, allora, assai più limitato, giacché il soggetto non vorrà spogliarsi della proprietà sul bene (ciò che avviene, in ogni caso, per effetto dell'abbandono) ma, più semplicemente, liberarsi dal *facere* cui egli è tenuto²⁴⁶.

D'altro canto, comune tanto alla *derelictio* quanto alla rinunzia è, oltre al carattere della unilateralità (entrambe si rivestono dell'abito dei negozi unilaterali recettizi)²⁴⁷, proprio l'effetto sortito dall'atto, vale a dire la perdita della proprietà (con la sola differenza, secondo alcuni, costituita dal fatto che, nel caso di abbandono liberatorio, essa dovrebbe prodursi nel momento in cui il proprietario del fondo dominante dichiara di voler profittare della *res* abbandonata²⁴⁸)²⁴⁹.

Ne deriverà, proprio perché l'atto della dismissione recide il legame di natura dominicale che unisce il fondo gravato al soggetto

Carattere dell'abbandono liberatorio del fondo servente (nota a Corte di Cassazione, Sezione II, n. 1681), cit., col. 1125.

²⁴⁴ N. DI GIOVINE, *In tema di abbandono del fondo servente a scopo liberatorio (art. 1070 c.c.)*, cit., p. 507.

²⁴⁵ In proposito è sufficiente un rimando a G. DEIANA, s.v. 'Abbandono (*derelictio*)', in *ED*, I, Milano, 1958, p. 12.

²⁴⁶ N. DI GIOVINE, *In tema di abbandono del fondo servente a scopo liberatorio (art. 1070 c.c.)*, cit., p. 507.

²⁴⁷ E. FAVARA, s.v. 'Abbandono di fondo', cit., p. 12; A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 44; N. DI GIOVINE, *In tema di abbandono del fondo servente a scopo liberatorio (art. 1070 c.c.)*, cit., p. 50; B. BIONDI, *Carattere dell'abbandono liberatorio del fondo servente (nota a Corte di Cassazione, Sezione II, n. 1681)*, cit., col. 1125.

²⁴⁸ N. DI GIOVINE, *In tema di abbandono del fondo servente a scopo liberatorio (art. 1070 c.c.)*, cit., p. 507.

²⁴⁹ G. DEIANA, s.v. 'Abbandono (*derelictio*)', cit., p. 12.

che deve, l'efficacia liberatoria dell'abbandono liberatorio – e della *derelictio*, aggiungiamo – rispetto al *facere* in cui si sostanzia l'one-re reale²⁵⁰.

In contrario, quantomeno per il caso dell'abbandono liberatorio, non varrà addurre il fatto che il predetto legame si estinguerà solo ove il soggetto a favore del quale l'abbandono è fatto dichiara di volerne profittare.

Contro questa obiezione potranno addursi due argomenti. Per un verso, consentendo a questa lettura dovrebbe altresì ammettersi, per logica conseguenza, l'acquisto della proprietà per effetto della semplice dichiarazione tesa a manifestare la *facultas acquirendi*, il che non è. Ma questa conclusione sarebbe assurda anche in considerazione, ed ecco la seconda obiezione, della natura unilaterale e re-cettizia dell'atto in cui si risolve l'abbandono. Per non attribuire effetti "acquisitivi" alla semplice manifestazione della *facultas acquirendi*, difatti, si dovrebbe immaginare una forma di collaborazione tra i due soggetti per la conferma degli effetti prodotti da due negozi separati (l'abbandono e la dichiarazione del terzo proprietario)²⁵¹.

Peraltro, valga osservare come diversamente congetturando si renderebbe inutile la norma. Non vi è dubbio che il Legislatore abbia per essa impiegato un linguaggio improprio; epperò, la sostanza della disposizione è abbastanza chiara: la "rinunzia" alla proprietà è sì fatta a favore del terzo ma, e questo è il punto, prescinde da ogni

²⁵⁰ In questo senso v. A. BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 193; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, II.1, *Diritti della personalità. Diritto della famiglia. Diritti reali (§§ 49-97 bis)*, Milano, 1952⁸, p. 500; N. DI GIOVINE, *In tema di abbandono del fondo servente a scopo liberatorio (art. 1070 c.c.)*, cit., p. 507; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 727, il quale considera l'abbandono come carattere proprio del solo onere reale. Diversamente, però, L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 146, nt. 76, la quale ritiene che la "semplice *derelictio*" sia funzionale alla perdita del possesso, sicché per mezzo di essa il derelinquente non potrà mai liberarsi, neppure dalla debenza delle prestazioni future.

²⁵¹ Sarebbe necessario ammettere, cioè, come i due atti, formalmente separati e passibili di intervenire anche in momenti diversi, finiscano per formare, poi, come osserva N. DI GIOVINE, *In tema di abbandono del fondo servente a scopo liberatorio (art. 1070 c.c.)*, cit., p. 504, un vero e proprio negozio di alienazione. Si noti come A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 45, individui, poi, nella dichiarazione di colui che sia destinatario della rinunzia un elemento teso a «perfezionare la fattispecie traslativa del diritto».

contegno che questi possa effettivamente adottare (ché altrimenti, essendo l'acquisto subordinato alla volizione del proprietario del fondo dominante, egli potrebbe d'arbitrio impedire il perfezionarsi, nella sua completezza, del meccanismo liberatorio).

D'altro canto, è lo stesso art. 1070 a impedire che, una volta prodotto l'effetto abdicativo, il fondo diventi *nullius* e operi, perciò, l'art. 827 del Codice civile. La norma, infatti, consente l'acquisto al solo proprietario del fondo dominante – in una prospettiva, evidentemente, tesa a consentirne lo sfruttamento immediato e a impedire che si produca una frammentazione del mezzo produttivo – in tal modo ponendo una eccezione, *ex lege*, ai principi generali. Inoltre, a evitare ogni incertezza circa l'appartenenza del predio, vale il limite temporale di dieci anni, che si ricava dalla disciplina in tema di accettazione dell'eredità, entro cui dovrà essere esercitata la *facultas acquirendi*²⁵².

E allora, è più corretto ritenere come pure nel caso di abbandono *ex art. 1070* del Codice civile l'effetto abdicativo debba conseguire immediatamente all'atto rinunziativo, sicché al terzo proprietario potrà riconoscersi un diritto di natura potestativa all'accettazione che, una volta debitamente manifestata, produrrà l'acquisto retroattivo del diritto dominicale già dismesso²⁵³.

Da ultimo, si osservi come la ricostruzione proposta non sia in contrasto con l'individuazione – nello scopo perseguito dalla parte – dell'elemento che vale a distinguere l'abbandono liberatorio dalla *derelictio*. Lo scopo, cioè la liberazione dall'onere (e non la dismissione della proprietà), potrà certamente giustificare il moto di volizione interno che sorregge l'atto abdicativo, ma avrà rilievo effettivo solo ove si palesi l'esigenza di accertare quale sia l'atto in concreto posto in essere dal soggetto (e, per questa via, l'eventuale necessità della dichiarazione da parte del terzo proprietario). Lo scopo perseguito dalla parte, di per sé, non avrà alcuna influenza sull'effetto abdicativo stesso che discende, evidentemente, dalla legge.

Per concludere questa sintetica serie di *exempla* si soffermi l'attenzione sul caso delle limitazioni convenzionali reciproche al di-

²⁵² E. FAVARA, s.v. 'Abbandono di fondo', cit., p. 13.

²⁵³ In tal senso A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., p. 45.

ritto di proprietà nella costruzione di edifici, per le quali una risalente Cassazione – di contro alla dottrina che propendeva per inquadrare la fattispecie tra le servitù²⁵⁴ – interpretando *a contrario* l'art. 531 del Codice civile del 1865, stabiliva la vincolatività per i contraenti *ratione rei*, per gli eredi e aventi causa nel caso di valida trascrizione²⁵⁵ e, più in generale, quella *fundi nomine* ove le stesse fossero contenute in apposita clausola contrattuale (conformemente trascritta)²⁵⁶.

Il caso risolto dalla Corte non rileva, a ben vedere, solo per la soluzione giuridica prescelta ma, anche, perché i giudici, nell'adottarla, tendevano a soddisfare quelle speciali esigenze, di natura evidentemente pratica, costituite dal più razionale sfruttamento della proprietà privata – a ciò consentendo, peraltro, la possibilità di mutare per la regolamentazione concreta delle limitazioni, sia pure

²⁵⁴ In questo senso v. E. ALBERTARIO, *Servitù e obbligazione (nota a Cass. 'Stramesi c. Oberti', 21 marzo 1927)*, cit., p. 627, il quale rileva, tuttavia, come nel caso risolto dalla Cassazione 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 come vera e propria degenerazione medievale dei principi romani, avrebbe tanto contrastato con l'ordinamento vigente che la Corte, anziché qualificare in questi termini la natura del patto, avrebbe dovuto configurare la fattispecie come una sorta di moderna *servitus altius non tollendi*. Si noti, poi, come più recentemente, segnatamente con la sentenza n. 11.684 del 2000, la Corte sia tornata a esaminare la problematica configurazione delle limitazioni al diritto di proprietà, ammettendo – e, allo stesso tempo, ritenendo che la fattispecie altro non costituisca se non una servitù reciproca – l'onere mediante regolamento condominiale delle singole unità immobiliari a vantaggio delle altre. 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, attraverso clausole contenute in un regolamento condominiale, la facoltà di esercizio del diritto spettante al proprietario, si configurerebbe come *obligatio propter rem*. Sul punto, assurge a un certo interesse, invero, anche una sentenza precedente – la n. 11.688 del 1999 – attraverso cui la Corte ha ricondotto i rapporti scaturenti da un regolamento riguardante la proprietà lottizzata e le parti comuni costituenti un "villaggio", nel momento in cui le clausole ivi contenute siano state contrattualmente accettate dai proprietari, alle servitù reciproche.

²⁵⁵ È la già citata Cass. 21 Marzo 1927, con note di Albertario e Barassi.

²⁵⁶ Sul punto sia consentito rinviare ad A.L. DE PETRIS, *Sulla categoria degli oneri reali in diritto romano e nella tradizione romanistica*, cit., p. 26.

entro i limiti della compatibilità, la disciplina delle servitù²⁵⁷ – il cui esplicito riscontro, sotto il profilo normativo, si ritrovava nel già ricordato r.d. 215 del 1933²⁵⁸. Esse – pur provviste di connotati chiaramente particolaristici (essendo riferite a rapporti tra singoli) – sono ricomprese nella nozione di funzione sociale della proprietà *ex art. 42 comma 2 della Costituzione*, che tanta importanza ha per la nostra questione.

Per il momento, tuttavia, il quadro dipinto permette di formulare qualche altra considerazione.

Una prima è di carattere logico e, si potrebbe dire, ontologico. A prescindere dalla individuazioni di concrete fattispecie di oneri reali (cui pure si può pervenire), la dottrina non ha mancato di sottolineare, certo a ragione, come la stessa possibilità di riflettere sulla categoria ne implichi la necessaria esistenza²⁵⁹. E tuttavia, ove la questione venga esaminata sul piano ontico, a dispetto del contenuto delle disposizioni codicistiche esaminate, non si potrà mancare di segnalare la consistente lacuna normativa che in tal materia presenta il Codice civile del 1942.

Le conseguenze sui tentativi di sistematizzazione operati su quella congerie di fattispecie nate anche per dare diretta soddisfazione alle esigenze legate ai principi del razionale sfruttamento della proprietà immobiliare²⁶⁰, non possono che essere evidenti.

D'altronde, a rimedio del male non potrà essere addotta la pur ipotizzata esistenza di una disciplina valida per gli oneri di antica co-

²⁵⁷ In proposito cfr. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 233. *Contra*, P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile*, I, *Soggetti – famiglia – successioni – diritti reali – casi e quesiti*, cit., p. 769, secondo cui le limitazioni legali alla proprietà, permeate dal canone della reciproca utilità dei fondi vicini, non potranno essere regolate similmente alla servitù, comportando essa l'asservimento di un fondo rispetto a un altro.

²⁵⁸ In questo senso v. F. DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 186. D'altronde, tale orientamento è confermato specialmente dalla giurisprudenza tributaria. E così, può utilmente richiamarsi Comm. Trib. Reg. Basilicata, Sez. I, n. 123/2019, in cui a tali oneri viene chiaramente riconosciuta la natura reale, trovandosene la giustificazione nei benefici, anche solo potenziali, che il loro adempimento può arrecare al fondo. Nello stesso senso v. anche Comm. Trib. Reg. Emilia-Romagna, Sez. XIII, n. 119/2022, in cui non solo è stata confermata la natura di oneri reali dei contributi consortili di bonifica ma se ne è trovata la medesima giustificazione.

²⁵⁹ M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 235.

²⁶⁰ G. GANDOLFI, s.v. 'Onere reale', cit., p. 143.

stituzione, applicabile, analogicamente, alle fattispecie di più recente affermazione. Il dubbio si poneva, e dovrebbe continuare a porsi, qualora si sposi la lettura (già rifiutata) dell'art. 29 comma 1 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865.

Né, occorre precisare, a una diversa conclusione porterà una lettura orientata dal principio della continuità storica del diritto. Per un verso, l'entrata in vigore del nuovo Codice civile non ha determinato il venir meno della efficacia dell'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice del 1865; per l'altro, la corretta individuazione delle disposizioni cui fa riferimento il sintagma '*leggi anteriori*' – che, come si è visto, non può che rimandare a quell'insieme di norme successive all'abolizione della feudalità²⁶¹ – dovrebbe piuttosto far propendere per l'opposta soluzione.

Al mosaico deve necessariamente aggiungersi un elemento ulteriore, di natura dogmatica, che ha condotto la dottrina a concludere per la inammissibilità di figure riconducibili alla categoria dell'onere reale: l'inconciliabilità del contenuto positivo dell'onere con il principio *servitus in faciendo consistere nequit*, mentre, per gli elementi che possono ricavarsi dall'analisi storico-comparata, assai meno probante sarà l'argomento basato sulla non univocità nell'individuazione degli elementi propri della categoria dell'onere reale²⁶².

I rilievi mossi dalla contraria dottrina (sul punto ancora maggioritaria) non sono, perciò, del tutto accoglibili.

D'un canto, come si è più volte ribadito, l'analisi delle fonti antiche e delle norme contenute nella codificazione germanica, consente di isolare i caratteri propri della categoria dell'onere reale, ciò che permette di individuare (in positivo) alcune fattispecie a essa riconducibili (a questo risultato, per una di esse, cioè quella contemplata dall'art. 860 Cod. civ., si giunge agevolmente leggendo la norma alla luce dell'art. 21 del r.d. 215 del 1933).

²⁶¹ 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 si occupa del problema dei censi costituiti da leggi anteriori, si limita a sancire l'applicabilità, in mancanza di una regolamentazione specifica nel nuovo Codice, della disciplina prevista dalle disposizioni transitorie emanate all'atto dell'entrata in vigore del Codice civile del 1865. Non viene però chiarito quali siano tali *leggi anteriori*.

²⁶² Sul punto v. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 237.

Si noti poi, ma una sintetica osservazione in proposito è stata già formulata esaminando il caso delle limitazioni convenzionali reciproche al diritto di proprietà nella costruzione di edifici, come in punto di razionale sfruttamento della proprietà privata, lo stesso Legislatore si sia riservato la possibilità di imporre prestazioni personali o patrimoniali in virtù dell'art. 23 della Costituzione²⁶³ ove necessarie in funzione dell'utilità sociale *ex art. 42 comma 2 Cost.*²⁶⁴.

²⁶³ Su cui è sufficiente, in questa sede, un rinvio ad A. FEDELE, s. 'Art. 23', in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione. Rapporti civili. Art. 22-25*, Bologna-Roma, 1978, pp. 33-66.

²⁶⁴ La questione relativa alla corretta determinazione del concetto di 'funzione sociale' e, più in generale, della nozione di proprietà effettivamente trasfusa nella norma costituzionale è da lungo tempo dibattuta. Per un verso, ha certo interesse ricordare come la *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, cit., n. 403, p. 84, discorra già di 'funzione sociale', sia pure nell'ottica dell'armonico (e più ampio) disegno costituito dal sistema economico corporativo, sui cui fondamenti v. almeno G. ZANOBINI, *Corso di diritto corporativo*, Milano, 1936², pp. 25-40; S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1939², pp. 39-45; cui *adde*, con riguardo specifico, invece, alla concezione della proprietà nello Stato fascista, R. BALZARINI, *Il concetto di proprietà nello Stato corporativo*, in *Confederazione Fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura* (a cura della), *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, pp. 85-98; L. BARASSI, *Il diritto di proprietà e la funzione sociale*, in *Confederazione Fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura* (a cura della), *La concezione fascista della proprietà privata*, cit., pp. 185-247, il quale, a p. 196, discorrendo in prima battuta del carattere della signoria del titolare quale elemento «fisionomico» del diritto stesso, afferma: «Per conseguenza il sistema giuridico del diritto di proprietà è nel progetto coerente a questo concetto fondamentale. E cioè il diritto di proprietà è – per quanto lo consente la sua funzione sociale – tendenzialmente libero da limiti. Non vorrei a questo punto scandalizzare qualche partigiano della corrente estremista che, chiudendo un occhio, si limita a vedere con l'altro nella proprietà una pura funzione sociale. Ma il vero è proprio quello che qui affermo e che conduce alla necessità che siano determinati con sufficiente precisione i limiti in nome della funzione sociale imposti alla proprietà», per poi aggiungere, a p. 197, come: «Ma non basta in una definizione la menzione della signoria del proprietario. Vi deve pure essere quella dei suoi limiti. E qui, proprio, sta la parte più interessante: quella signoria, come ho già osservato, deve prospettarsi in funzione dell'interesse sociale cui la proprietà deve servire. Senonché proprio qui sorge una difficoltà circa l'indicazione di questi limiti. I quali oggi sono riassunti nella "funzione sociale": ma chi li ha così riassunti è l'uomo politico, l'economista, lo studioso dei problemi sociali [...]», in tal modo evidenziando la novità della formulazione dell'art. 18 del Progetto di Codice civile quanto all'inserimento, appunto, della 'funzione sociale' nella definizione stessa di proprietà (poi, evidentemente, non recepita). Transitando, invece, al testo costituzionale, per ciò che riguarda l'insieme

La disposizione costituzionale, è vero, non autorizza, di per sé, alcuna interpretazione volta a estendere ai privati il potere riservato al Legislatore.

E tuttavia, tale ultimo rilievo, ancor più degli altri, assumerebbe peso notevole (nel senso prospettato dalla dottrina dominante, evidentemente) solo se l'Ordinamento positivo non presentasse, sia pure in via interpretativa, la possibilità di ricondurre l'autonomia privata, che si esprime attraverso lo strumento negoziale²⁶⁵, entro i confini posti dall'Ordinamento stesso che si individuano nella norma "aperta" costituita dall'art. 1030 del Codice civile, la quale rappresenta la concreta attuazione della riserva costituzionale fungendo da disposizione autorizzativa e fondante dell'autonomia privata.

Si aggiunga, poi, come questa interpretazione trovi fondamento proprio nelle esigenze espresse dal dettato costituzionale. Che il razionale sfruttamento della proprietà costituisca una sfaccettatura della funzione sociale è innegabile²⁶⁶. Ma quest'ultima si risolve in

di norme che in esso sono dirette a regolare il diritto di proprietà e la diversità di vedute interpretative che le riguardano, cfr., nella vastissima letteratura sul tema, almeno S. RODOTÀ, s. 'Art. 42', in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, Art. 41-44, Bologna-Roma, 1982, pp. 69-70 (già pubblicato, parzialmente, con il titolo *La proprietà all'assemblea costituente*, in *Politica del diritto* 10.IV, agosto 1979, pp. 395-422 e successivamente, in modo completo, con il titolo *Il sistema costituzionale della proprietà*, in Id., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990², pp. 273-421); cui *adde*, più in generale, l'efficace sintesi di F. SAITTO, *Proprietà*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, pp. 254-270.

²⁶⁵ Si ricordi, come precisa C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2019³, pp. 21-24, che l'autonomia privata – che si manifesta, altresì, a mezzo della libertà negoziale – è pure essa «strumento necessario» di effettiva attuazione della libertà di iniziativa economica *ex art. 41 comma 1 Cost.*

²⁶⁶ Al razionale sfruttamento si riferisce testualmente, a proposito del suolo, l'art. 44 comma 1 Cost., che dispone: *Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà.* Secondo S. RODOTÀ, s. 'Art. 44', in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, Art. 41-44, cit., p. 211, la norma non risponderebbe tanto a esigenze di completezza del testo costituzionale, quanto piuttosto alla persistenza della questione agraria.

un principio generale²⁶⁷, la cui attuazione, ove lo sguardo volga al particolare, non può che essere rimessa ai singoli, i quali, a mezzo del negozio, possono dare concreta esecuzione al precetto costituzionale²⁶⁸.

In altri termini, sarebbe irragionevole limitare l'autonomia dei privati, che è espressione di un diritto costituzionalmente garantito, ove essa, per il tramite del contratto, si mantenga nei limiti (attuandola) della funzione sociale. Diversamente, occorre pure osservare, si produrrebbe uno iato tra lo svolgersi dei rapporti privati – sempre più rapido in ragione dell'adattarsi ai mutamenti socio-economici che interessano la realtà su cui la norma incide – e gli obiettivi, definitivamente cristallizzati nella lettera degli artt. 23 e 42 comma 2 Cost., perseguiti dal Legislatore costituzionale.

I rilievi sino a ora formulati, poi, potrebbero anche condurre a un ripensamento circa l'effettiva portata dei principi del *numerus clausus* e della tipicità²⁶⁹, specie perché individuata la norma, cioè

²⁶⁷ Secondo V. SCALISI, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, in *Riv. dir. civ.* 31.I, 1985, pp. 221-239 e, specialmente, p. 236 – ripubblicato, con il titolo *Il nuovo volto della proprietà. Da "potere" a "titolo" di godimento*, in *Id.*, *Categorie e istituti del diritto civile nella transazione al postomoderno*, Milano, 2005, pp. 463-490, *praecipue* p. 486 per quanto qui di interesse – il quale pure ritiene che l'espressione "funzione sociale" sia priva di «un proprio e autonomo contenuto normativo», «Garantire la funzione sociale nella disciplina delle situazioni proprietarie vuol conseguentemente dire che la legge, nel determinare i modi di godimento e la destinazione di uso dei beni, deve non solo tener conto del regime di appartenenza dei beni stessi, ma anche e soprattutto dare attuazione a quei valori e interessi costituzionalmente protetti, richiamati e resi di volta in volta direttamente rilevanti nella specifica situazione da regolare o dalla particolare qualità e posizione dei soggetti coinvolti nel processo di utilizzazione dei beni oppure dalla speciale e oggettiva natura di tali beni, e cioè da esigenze connesse alla fruizione degli stessi».

²⁶⁸ S. PUGLIATTI, *Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà*, in *Confederazione Fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura* (a cura della), *La concezione fascista della proprietà privata*, cit., p. 166 (= *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 109), sia pure in altra temperie storica, notava come l'iniziativa privata, anche nell'ambito dei rapporti proprietari, si atteggiasse a strumento «più idoneo per l'attuazione dell'interesse pubblico».

²⁶⁹ L'orientamento, sul punto, della dottrina tradizionale è efficacemente sintetizzato da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, II.1, *Diritti della personalità. Diritto della famiglia. Diritti reali (§§ 49-97 bis)*, cit., pp. 423-424, il quale rileva, condivisibilmente, come non vi siano motivi di carattere tecnico che giustificino la necessità di ritenere operante il principio del *numerus clausus*, trovando esso fondamento, piuttosto, in ragioni

di carattere politico. Peraltro, l'analisi condotta nelle pagine precedenti ha mostrato come le ragioni dell'economia fondiaria siano sempre poste a base (più o meno consapevolmente) dell'evoluzione degli statuti proprietari. Ma se ciò è vero, occorrerà pur sempre tenere in considerazione come le esigenze legate al razionale sfruttamento della proprietà fondiaria debbano rientrare, in una visione più moderna della teoria proprietaria, tra le componenti del cennato principio economico che, se da un lato, potrà in linea di principio impedire la creazione di nuove fattispecie provviste del carattere della realtà, dall'altro (e specularmente) consentirà di mitigare l'operatività del principio del *numerus clausus*, in tal modo consentendo, ove lo richieda l'*utilitas* obiettiva del fondo, l'onereamento in senso proprio dello stesso. D'altronde, e in prospettiva più generale, come ha sottolineato U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., p. 75, sono «[...] venute meno in modo definitivo [...] quelle ragioni di ordine pubblico che un tempo erano alla base del principio del numero chiuso dei diritti reali. Di conseguenza, la frantumazione della proprietà [...] col rischio di pregiudicare l'efficiente gestione dei beni non è più considerato un limite che possa impensierire i giuristi. Ma non sembrano più attuali neppure le ragioni che giustificavano limitazioni al sorgere di nuovi diritti reali parziari per concentrare nel proprietario tutti i poteri di gestione. Parimenti, non si considera più un problema la limitazione delle tecniche giuridiche che consentono di tramandare per lungo tempo interi patrimoni o legittimano diritti reali di durata eccessiva [...]». Altra dottrina, poi, ha espressamente puntualizzato – in questo senso v. V. MANNINO, *Riflessioni sul 'mito' della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali*, cit., p. 590 – come a fondamento del principio del *numerus clausus* non potrà porsi neppure il carattere dell'assolutezza del diritto di proprietà. Del resto, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 124, pur discorrendo degli interventi eurounitari in materia di multiproprietà, ha parlato di «preistorica prospettiva del c.d. numero chiuso dei diritti reali». Si noti, tuttavia, come l'orientamento della più moderna dottrina sia stato disatteso, anche di recente, dalla Suprema Corte che, con la sentenza n. 28.972 del 2020 resa a Sezioni Unite, si è nuovamente soffermata, trattando del c.d. diritto reale di uso esclusivo – relativamente all'uso cfr., tra gli altri, F. DE MARTINO, *Usufrutto uso abitazione*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice civile, Libro terzo, Della proprietà (Art. 957-1026)*, Bologna-Roma, 1978⁴, pp. 349-353; G. MUSOLINO, *Il diritto di uso dalla disciplina del Codice alle figure di più recente emersione*, in *Rivista del Notariato* 61.VI, novembre-dicembre 2007, pp. 1327-1374; A. GUARNERI, D. TESSERA, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in P. SCHLESINGER (fondato da), F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2017, p. 965 e ss.; G. MUSOLINO, *Diritto di uso. Tipicità dei diritti reali e limitazione negoziale delle facoltà dell'usuario*, nota a *App. L'Aquila*, 11 gennaio 2019, n. 42, in *Rivista del Notariato* 73.III, maggio-giugno 2019, pp. 571-580 – proprio sulla questione concernente l'operatività dei principi del *numerus clausus* e della tipicità, invero sovrapponendo l'uno all'altro e, in ogni caso, affermando come di essi sarebbe assente una disciplina codicistica positiva dovendosi considerare come l'espressione di una ben più vasta tradizione, da ciò derivando la superfluità di una disposizione di legge in tal senso (anche in considerazione del fatto che il sistema pone al centro della disciplina l'art. 1372 del Codice civile che, come noto, limita gli effetti del contratto alle parti). La decisione della Corte è stata esaminata in A.L. DE PETRIS, *Alcune ri-*

l'art. 1030 del Codice civile che funge da schema normativo per la categoria, non potrà più attribuirsi ai predetti principi carattere ostativo all'ammissibilità di fattispecie *in faciendo* provviste dei caratteri individuati per l'onere reale.

La disposizione può costituire la norma chiave per l'ingresso delle predette figure ogni qual volta esse, limitate sul versante "interno" – del rapporto, cioè, tra il fondo beneficiato, l'onerato e il fondo gravato da cui ricavare, in senso lato, i mezzi per la prestazione – dall'*utilitas* obiettivamente intesa e ove rispecchino, nel movente determinante la costituzione, la concreta attuazione, dal lato "esterno", del precetto costituzionale che consacra la funzione sociale della proprietà, si rendano idonee a perseguire, per il tramite dello strumento negoziale, interessi meritevoli di tutela secondo l'Ordinamento giuridico.

Né, invero, a conclusioni diverse si potrà giungere in ragione dell'asserita operatività del principio – che costituisce, se inteso in senso assoluto, un dogma irragionevole – *servitus in faciendo consistere nequiti*. Valga segnalare, a questo proposito, come la necessità di riaffermare la pienezza del diritto di proprietà – conseguenza delle degenerazioni dell'età di mezzo avversate, poi, dai rivoluzionari francesi – e di frenare gli abusi che potrebbero derivare da una indiscriminata ammissibilità di prestazioni di carattere positivo aggravate dalla inerenza al fondo (destinate, dunque, a vincolare il bene anche sotto il profilo della circolazione), viene soddisfatta quando si ponga come limite all'autonomia privata il requisito più volte richia-

*flessioni in margine a Cass., SS. UU., n. 28972 del 17 dicembre 2020, cit., pp. 55-94; cui adde F. MEZZANOTTE, L'«uso esclusivo» e il «numerus clausus dei diritti reali» secondo le Sezioni unite, in Actualidad Jurídica Iberoamericana 16-bis, junio 2022, pp. 2734-2756. D'altronde, interessanti spunti di segno opposto si possono ricavare dalle pronunce in tema di c.d. servitù di parcheggio che, dopo sentenze contrastanti, parrebbe essere stata definitivamente ammessa dalla Suprema Corte con la sentenza n. 7561 del 2019, su cui v. N.-A. TOSCANO, La servitù di parcheggio esiste: una nuova conferma della Corte di Cassazione, in attesa del probabile intervento delle Sezioni Unite, nota a Cass., Sez. II, 18 marzo 2019, n. 7561, in Rivista del Notariato 73.III, maggio-giugno 2019, pp. 548-557, ove (nello specifico alle pp. 548-551) anche il testo parziale della pronuncia. Nella citata sentenza, invero, si trova altresì applicato il criterio della *utilitas* obiettivamente intesa, giacché qualunque utilità che non sia declinata solo in senso soggettivo, ma rechi un vantaggio al fondo dominante, potrà rientrare nello schema dell'art. 1027 del Codice civile.*

mato dell'*utilitas* in senso oggettivo, nel quadro, naturalmente, del precetto costituzionale.

Sarà in sede di costituzione del vincolo, allora, che occorrerà procedere al controllo di meritevolezza, stabilendo 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.

Brecche nel sistema, d'altronde, si rinvergono in alcuni pronunciati giurisprudenziali che, anche con riferimento a ipotesi regolate da leggi speciali, hanno attribuito natura reale a fattispecie il cui contenuto si sostanzia in un *facere* imposto al soggetto proprietario della *res* gravata²⁷⁰.

Non resta che concludere, dunque, evidenziando come gli elementi emersi nelle pagine precedenti possano giustificare un più generale ripensamento circa l'impostazione stessa dell'indagine sul tema in oggetto.

Se, in passato, la tradizionale impostazione sistematica dei rapporti reali poteva ragionevolmente motivare una interpretazione in senso (assai) restrittivo circa l'ammissibilità di figure provviste dei caratteri propri dell'onere reale – il che vale a spiegare, per un verso, la scarna (e spesso contraddittoria) giurisprudenza e, per l'altro,

²⁷⁰ E così, sia pure implicitamente, la Corte di Appello di Catanzaro, Sez. I, sent. 1612 del 2021, ha riconosciuto la validità, ove enunziate e dichiarate espressamente nell'atto di acquisto dell'unità immobiliare condominiale, di quelle clausole negoziali che impongano limitazioni alle facoltà che ineriscono alla proprietà esclusiva della *res*, che possono dare vita, oltre che a servitù reciproche, anche a oneri reali o obbligazioni *propter rem*. Secondo quanto statuito, invece, dal TAR Brescia, Sez. II, con la sentenza n. 836 del 2021, oneri reali saranno le obbligazioni assunte con apposita convenzione urbanistica e, segnatamente, quelle riguardanti gli oneri di urbanizzazione. D'altronde, rimanendo in tema di legislazione speciale, sempre oneri reali sono qualificate – *ex lege*, essendo ciò espressamente previsto dall'art. 253 del d.lgs. 152/2006 (c.d. Codice dell'ambiente) – le misure primarie, complementari e compensative previste dal medesimo decreto. La prospettiva relativa alla utilizzazione dell'onere reale in tema di tutela e protezione ambientale – sulla "costituzionalizzazione" della tutela ambientale cfr. Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 4, 2021, pp. 109-144 – è evidenziata da G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), A. ZOPPINI (coordinato da), *Diritto civile, II.2, Successioni, donazioni, beni. La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, p. 254.

la dottrina sempre minoritaria – le mutate esigenze del quadro economico-giuridico, da cui emerge una serie sempre più variegata di rapporti tra consociati (la cui legittimità è sovente riconosciuta dalle corti), richiedono approcci differenti e meno legati ai dogmi costituiti dalla stretta interpretazione del principio *servitus in faciendo consistere nequit*, dal *numerus clausus* e dalla tipicità.

Né, lo si è visto, a giustificare siffatta impostazione varrà addurre la lacuna normativa, la cui presenza è comunque innegabile, da cui pure è affetto l'impianto codicistico.

A rimediare ai problemi di individuazione dei caratteri fondanti la categoria suppliscono, come si è cercato di dimostrare, i risultati dell'indagine storica e comparata, che consentono altresì di differenziare l'onere dall'obbligazione *propter rem*.

D'altronde, giova ribadirlo, lo stesso Codice consente, ove si interpreti rettamente l'art. 1030 Cod. civ., di individuare in tale ultima norma il fondamento positivo della categoria. Essa, quindi, non solo fornisce la cornice di legittimità all'autonomia dei privati ma, e viepiù, consente alle parti di dare piena soddisfazione a esigenze legate alla prassi dei rapporti proprietari.

In tal modo, l'ingresso di figure a natura reale, capaci di vincolare la *res* nei successivi eventi circolatori, costituisce strumento privilegiato per dare concreta soddisfazione – si pensi, ad esempio, alla regolamentazione dei rapporti tra condomini o, esulando dalla sfera del giure privato, alle esigenze connesse con la tutela ambientale di aree particolarmente inquinate – a bisogni che, diversamente, rischierebbero di rimanere insoddisfatti ove si dovesse ricorrere allo strumento obbligatorio.

In ultima analisi, allora, l'autonomia privata, proprio grazie all'art. 1030 Cod. civ., darà attuazione alle esigenze che il Legislatore costituzionale ha inteso racchiudere nella formula della funzione sociale della proprietà.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

È opportuno offrire a beneficio del lettore una sintesi delle principali argomentazioni svolte nel corso di questa indagine, di modo che egli possa con più facilità intendere le conclusioni raggiunte.

Si è principiato, nel primo capitolo, con la trattazione della questione che è parsa rispetto a ogni altra preliminare: se, come afferma la storiografia prevalente, al principio che si trova affermato in Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, debba, o meno, attribuirsi il carattere della generalità. Allo scopo, l'analisi della testimonianza di Pomponio non è stata limitata esclusivamente al par. 1, estendendosi altresì il *principium* del brano, ciò che ha consentito di escludere la portata universale del principio affermato dal giureconsulto.

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 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 l'appagamento di una necessità solo voluttuaria del proprietario del predio dominante.

La lettura di Pomp 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1, e, si aggiunga, il ruolo centrale dell'*utilitas* obiettiva come criterio per valutare la derogabilità della regola *servitus in faciendo consistere nequit*, trovano

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 entrambi i casi, sia pure a fronte di fattispecie differenti, si sarebbe potuto pretendere, sperando o una azione reale o, in alternativa, l'interdetto, che il soggetto passivo rimuovesse l'ostacolo. Dall'atteggiarsi intrinseco del rimuovere – che innegabilmente si risolve in un *facere* – si è desunta l'inammissibilità 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. In tal modo opinando, tuttavia, si produrrebbe un contrasto con la possibilità di pretendere la rimozione dell'ostacolo *suīs 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'esperibilità dell'azione reale e, dall'altro, finisce per scontrarsi con il carattere essenzialmente positivo della condotta posta a carico del proprietario del fondo gravato.

A spiegare la *ratio* posta alla base del principio *servitus in faciendo consistere nequit* contribuisce allora, in modo determinante, il requisito dell'*utilitas* obiettiva. Quest'ultima, come pure si vede dai casi in ultimo ricordati, si configura come utilità derivante essenzialmente dal comportamento attivo dell'onerato. Il *facere*, difatti, si rende necessario – e, pertanto, obiettivamente utile – nei casi in cui l'eventuale omissione dell'azione positiva, la cui giustificazione indiretta va individuata nel rapporto dominicale tra il soggetto e il fondo gravato, impedisca al titolare l'esercizio del diritto. Un *facere*, indissolubilmente legato alla qualità di proprietario del fondo gravato dallo *ius in re aliena* dell'attore, può dunque essere preteso (con azione reale) tutte le volte in cui esso si renda utile obiettivamente, cioè renda possibile il godimento del diritto da parte del titolare (e non oltrepassi, beninteso, il limite costituito dalla stessa *utilitas*).

Non valgono 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, *servitutum iure constitutam non videri* [*neque in personam neque in rem*], che pertanto non consegue all'applicazione della regola *servitus in faciendo consistere nequit*. Lo stesso giureconsulto, nel descrivere il caso, si premurava (seppure indirettamente) di chiarire il motivo alla base della decisione, specificando come i fondi fossero situati *diversis pagis*. Ecco perchè Paolo escludeva la sussistenza di una servitù prediale in una fattispecie che pure, vista l'articolazione tra predi del rapporto, sarebbe potuta rientrare in astratto nello schema della *servitus*.

In Scaev. 7 dig. D. 18.1.81.1, invece, è stata 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 (la cui esistenza è confermata dall'impiego del verbo *promitto*) che vincolava all'annua prestazione il promittente, dalla *lex venditionis*, la cui formulazione lascerebbe intendere una volontà tesa all'onereamento del predio. E allora, è plausibile che la mancata costituzione dell'onere fosse piuttosto derivata dalla non corretta scelta del mezzo giuridico impiegato, scaturigine di un rapporto di natura meramente obbligatoria.

Neppure in questo caso, quindi, si trova applicato il principio *servitus in faciendo consistere nequit*. Si potrebbe anzi congetturare, senza timore di eccessi, che se le decisioni assunte nei brani esaminati fossero state determinate dall'impossibilità, per l'operare del predetto principio, di concepire diritti reali *in faciendo*, i giureconsulti vi avrebbero fatto esplicito riferimento.

Concluso, in tal modo, 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 le fattispecie del *tributum* e dello *stipendium* che si caratterizzano per il fatto di essere prestazioni periodiche, e potenzialmente perpetue, che implicano 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 fossero consapevoli del (ed 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. Essi, in progresso di tempo, erano divenuti un *munus publicum*, configurandosi come 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, formulando alcune osservazioni avverso la contraria opinione che vi scorgerebbe natura obbligatoria, di poter includere queste figure, sebbene sviluppate nell'ambito del diritto pubblico, tra gli archetipi degli oneri reali.

In particolare, suscita perplessità l'argomento basato sulle modalità di costituzione di tali oneri, cioè per mezzo di leggi o negozi di natura pubblica, potendosi obiettare come essi, per loro intrinseca natura e indipendentemente dal modo di costituzione, gravino sui fondi, trasmettendosi ai successivi possessori. Inoltre, se, per il periodo più antico, la costituzione per mezzo di strumenti del diritto pubblico si spiegava in conseguenza del fatto che le strade rientravano tra i beni *extra commercium humani iuris*, in tempi più maturi, come pure è stato osservato, ciò avrebbe risposto alle necessità derivanti dagli accresciuti bisogni che lo Stato, mediante il ricorso a queste figure, avrebbe dovuto fronteggiare.

Né, invero, a risultati diversi si giungerà seguendo l'opinione che considera l'inerenza come mero criterio per determinare la distribuzione dei carichi fiscali. L'onere, in ragione della peculiare sua struttura, non può che insistere sul fondo, dovendo essere versato il contributo in conseguenza del rapporto con il predio gravato e in proporzione agli iugeri posseduti.

D'altronde, non è risolutivo il rilievo per cui il concedente sarebbe pur sempre rimasto proprietario del fondo, sicché le prestazioni a carico del concessionario si sarebbero atteggiate a corrispet-

tivo per il godimento del predio. A ciò si oppone lo sviluppo di queste figure che, assunto il carattere della definitività, finirono per essere governate da principi assimilabili a quelli della proprietà, corrispondendo in capo al concedente una condizione equiparabile alla titolarità di un vero e proprio *ius in re aliena*.

Infine, si osservi come la terminologia impiegata nelle fonti – che, si è sostenuto in dottrina, non potrebbe riferirsi se non a fattispecie di natura obbligatoria – non deporrà automaticamente in tale ultimo senso, potendosi spiegare con la necessità di rendere chiaro il carattere dell'inerenza della prestazione, con la conseguente garanzia per il pagamento del canone, al fondo.

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 gli è stata attribuita dalla prevalente storiografia, come peraltro si deduce dalle fonti stesse, le quali, anche al di fuori dell'ambito pubblicistico, presentano fattispecie archetipiche di oneri reali.

Alla luce delle conclusioni in tal modo 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 alcuna esplicita giustificazione in merito alla prevalenza dell'opinione di quest'ultimo giureconsulto, come pure nessuna spiegazione tesa a illustrare quella contraria di Aquilio Gallo. Verosimile è che, in origine, la *disputatio* avesse riguardato la possibilità di imporre pattiziamente e validamente un *facere*, la *refectio parietis*, in capo al proprietario dell'edificio servente, come confermano le stesse fonti, ove più volte si richiama la *lex aedium*.

Parte della storiografia, di contro, vorrebbe individuare il fondamento della dottrina di Aquilio Gallo esclusivamente nel principio *servitus in faciendo consistere nequit*. Ma questa spiegazione non soddisfa del tutto: il giureconsulto applica sì la regola, ma sempre intesa alla luce del requisito dell'*utilitas* obiettiva. Sia pure nel silenzio della testimonianza, si può supporre che egli abbia formulato la propria dottrina avendo presente il caso della diversa ripartizione

dell'*onus refectio* nella *servitus tigni immittendi* – in ragione, si può congetturare, della mancanza di *utilitas* obiettiva per l'edificio dominante, ciò che si deduce considerando la diversità strutturale tra le due ipotesi (che si risolve nella dicotomia *onus ferre/tignum immittere*) – sicché, accostando le due fattispecie, ben avrebbe potuto ritenere che pure nella *servitus oneris ferendi* non esistesse alcun valido motivo per ammettere una differente 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 opinando nel senso della meritevolezza delle stesse – ritenne, esclusivamente nell'eventualità in cui essa avesse rispettato il requisito dell'*utilitas* obiettivamente intesa, che fosse ammissibile anche alla luce del principio *servitus in faciendo consistere nequit* la particolare previsione contenuta nella *lex aedium*.

Questa ricostruzione riuscirà a spiegare, poi, la differenza tra la *servitus tigni immittendi* e la *servitus oneris ferendi*. È possibile che, almeno cronologicamente, si debba accordare preminenza alla *servitus tigni immittendi*. Ma verosimile è che, per i pressanti bisogni della prassi, si fosse resa necessaria una nuova figura, la *servitus oneris ferendi*, che contemplatesse 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 predetto 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.

Quanto asserito viene ulteriormente confermato dalla lettura di Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8 pr. Qui il giureconsulto 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, oltrepasserebbe l'utilità normalmente traibile dalla *servitus oneris ferendi* l'ulteriore attività di puntellamento dell'edificio in stato di rovina, da farsi in attesa delle necessarie riparazioni.

Allo stesso risultato si perviene, inferendo *a contrario*, considerando Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.7. Se, da un lato, l'onerato 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. L'*utilitas* obiettiva funge, dunque, da limite al *facere* cui può essere costretto il proprietario dell'immobile servente, che non può essere preteso per l'ottenimento di 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.

Alla luce delle conclusioni così raggiunte si è ritenuto opportuno precisare come la prestazione positiva non possa essere considerata strutturalmente separata dalla *servitus* o, più in generale, 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*, cioè al reale contenuto della servitù. Valga osservare come la validità di questa ipotesi, che pure potrebbe trovare fondamento nella arcaica natura pattizia dell'*onus refectiois*, sarà limitata al periodo di consolidamento della *servitus oneris ferendi*.

Epperò, superata questa prima fase, l'*onus refectiois* si sarebbe stabilizzato quale carattere intrinseco (e distintivo) della *servitus oneris ferendi*. Diversamente, e per un verso, avrebbe perso di ogni rilevanza la distinzione, che pure le fonti ammettono, tra *onus ferre* e *tignum immittere*, cioè tra *servitus oneris ferendi* e *servitus tigni immittendi* e, per l'altro, si sarebbe minata l'esistenza stessa dell'*onus ferre* che, senza *facere*, non potrebbe mai aversi.

Si è potuta determinare, quindi, la natura di archetipo dell'onere reale 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, operazione resa invero malagevole dalla non chiara distinzione, sul piano dogmatico, tra gli oneri reali e le obbligazioni *propter rem*, oltre che, quanto alle fonti antiche, dai dubbi sollevati in relazione alla possibilità di rinvenire in esse figure archetipiche degli oneri reali.

In questi ultimi, si noti, tenuto alla prestazione, che consisterà esclusivamente in un *facere* perpetuo e periodico, sarà il solo soggetto legato al predio gravato da un rapporto di tipo dominicale, così come, e automaticamente, colui che in esso gli subentri, sia pure, contrariamente a ciò che avviene nell'obbligazione *propter rem*, nei limiti del valore della *res* gravata. Connessa al profilo della responsabilità è la possibilità di valersi della *derelictio* o dell'abbandono liberatorio che dovrà da essa distinguersi in ragione del più limitato scopo perseguito.

Tali caratteri si riscontrano, a ben vedere, in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5.

Va solo osservato, quanto al passaggio dell'onere, come sia pure nel silenzio delle fonti nulla consenta di opinare diversamente dall'automatico oneramento del successore a titolo particolare (o universale) del proprietario del fondo gravato. Nel caso della servitù di appoggio si può addurre, a sostegno di tale ultima conclusione, la configurazione stessa del diritto, con enfasi posta sul carattere di essenzialità e necessità della *refectio parietis*, caratteri che possiede anche il *facere* richiesto in Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5.

D'altro canto, la *derelictio* (e a conclusioni non dissimili si giunge pure per l'abbandono liberatorio) vale a evidenziare il carattere della inerenza dell'onere alla *res*. Il soggetto passivo ha, infatti, la facoltà di abbandonare il fondo gravato nel caso in cui preferisca non adempiere alla prestazione richiesta, come espressamente ammesso 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 verosimilmente esercitata anche nelle particolari fattispecie di cui danno conto Pomp. 5 *ad Sab.* D. 7.1.19.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5.

Peraltro, che la *refectio parietis* debba considerarsi vera e propria figura archetipica di onere reale è confermato dalle parole di Labeone, giacché *hanc servitutem*, ossia la *servitus oneris ferendi*, *non hominem debere, sed rem*. 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.

Non potrà ammettersi, per le ragioni esposte, l'opinione di quanti vorrebbero intravedere nell'*onus refectiois* una sorta di responsabilità pervasa dal carattere della realtà e accessoria alla *servitus*, cioè un archetipo dell'*obligatio propter rem*.

Le risultanze conseguite nei primi due capitoli hanno consentito di studiare, nel terzo e ultimo di essi, il principio *servitus in faciendo consistere nequit* nella tradizione civilistica. Si è adottata una prospettiva diacronica, motivata dalla constatazione per cui il rifiuto della categoria degli oneri reali nell'ordinamento italiano derivi da ragioni di ordine storico, intimamente legate alle rivendicazioni dei rivoluzionari francesi in tema di rapporti fondiari.

L'attenzione si è primariamente focalizzata sullo sviluppo dell'onere reale in diritto intermedio, per poi indugiare sull'esame dei rapporti fondiari di *Ancien régime*.

Si è deciso di sviluppare lo spunto, assai significativo, offerto dal concetto di *Gewere* in cui è racchiusa l'essenza della concezione germanica di dominio, senza tralasciare il dato, invero di carattere prevalentemente economico, rinvenibile nella perfetta rispondenza di quella plethora di figure assimilabili agli oneri reali, nel frattempo sviluppatasi, rispetto alle nuove esigenze dell'economia medievale.

Anche a seguito dell'attenuazione dei rapporti di vassallaggio tipici della prima fase del feudalesimo le prestazioni sorte in ragione di tali vincoli si sarebbero continuate a esigere, gravando alla stregua di oneri reali sulle terre ex feudali, almeno fino alle successive leggi di affrancamento dalla feudalità.

Tra le cause che condussero a uno sviluppo tanto impetuoso di questi particolari diritti preminente è stato l'allargamento delle maglie della sistematica proprietaria, legato all'affermarsi di una differente concezione del sistema fondiario e dei rapporti che a esso si collegavano. Si era in tal modo sostituita, al sistema classico e chiuso dei rapporti reali, una concezione elastica e indefinita, imperniata esclusivamente sul 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 – influenzati dall'ampliamento del concetto di *dominium*, a cui finì per affiancarsi la nozione di *firma possessio* – che, pur non rientrando nella sfera proprietaria, era essenziale includere nella cornice della realtà.

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, almeno per l'epoca altomedievale, rientravano nel fisiologico rapporto tra il soggetto e la *res*.

La nuova e diversa configurazione dei rapporti agrari, cui si era pervenuti anche grazie alle peculiari clausole che li regolavano, aveva fatto sì che differenti fattispecie in precedenza riconducibili alla sfera esclusivamente personale finissero per assumere natura – certo per quel già ricordato carattere dell'inerenza della prestazione alla *res* – di veri e propri oneri reali.

Ma questi oneri, che inizialmente avevano rappresentato 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, divennero in progresso di tempo mero strumento di esercizio della pressione baronale.

In quest'ottica si erano inserite le rivendicazioni dei rivoluzionari francesi che, in un clima influenzato delle idee dei fisiocratici, si erano scagliati, pur con atteggiamenti incerti e oscillanti, avverso l'ormai asfittico sistema dei rapporti fondiari.

Il punto ora accennato ha costituito il secondo dei temi affrontati nel terzo capitolo.

Attraverso l'esame del pensiero di Turgot – il quale, probabilmente, aveva esercitato una notevole influenza sull'elaborazione dell'opuscolo di Pierre François Boncerf, *Inconvénients des droits féodaux* – si è cercato di far risaltare 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, è stata evidenziata la mancata risposta dei corpi legislativi a tali istanze progressiste, sfociata 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 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 *cahiers de demandes* formulati dalle *paroisses* e dai *bailliages*, e tra essi si è messa in evidenza l'importanza di quelli provenienti dalle

parrocchie, formati alla presenza dei contadini, che si caratterizzavano per i fieri attacchi ai privilegi dei signori.

Nonostante il rilievo che i *cahiers de demandes* diedero alla questione feudale durante gli Stati generali, 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 predette richieste che, anzi, almeno nel caso della nobiltà di alto lignaggio, erano state confutate facendo proprie le medesime argomentazioni della Corona, fondate sulla necessità di tutelare quelle "forme di proprietà" che includevano le più svariate tipologie di seraggio reale e personale a cui erano sottoposti contadini e vassalli.

Tuttavia, la sera del 4 agosto, grazie all'intervento di Guy Le Guen de Kerangal, che aveva pronunciato un discorso in cui si insisteva sulla necessità di abolire il regime feudale, si pervenne al raggiungimento degli obiettivi della borghesia e alla redazione di un primo progetto di decreto contenente le istanze e le posizioni manifestate dai deputati nel corso delle discussioni.

L'attenzione si è soffermata, dunque, sul *Décret général du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges* e, più in particolare, sugli artt. 1, 5, 6 e 18. Nello specifico, 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, 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 fonti alternative di rendita. La stessa norma disponeva la regolare riscossione di tutte le altre decime, almeno fin quando non si fosse pervenuti al riscatto. 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, secondo l'art. 18 seconda parte, posto a chiusura del *Décret général*, l'Assemblea avrebbe proceduto alla promulgazione delle leggi vol-

te a dare concreta attuazione ai «... *principes qu'elle a fixés par le présent arrêté ...*».

L'esame delle disposizioni richiamate ha consentito di 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 – erano stati 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 – assoggettandosi al riscatto solo le due ultime ipotesi e potendosi procedere, relativamente alla prima, alla diretta soppressione. Ma il *Décret général*, pur introducendo questo regime differenziato, risultava privo di qualsiasi criterio atto a stabilire quale diritto fosse soggetto al regime della soppressione e quale, al contrario, a quello della riscattabilità.

Il 12 agosto 1789, per tale ultima ragione, venne nominato un *comité de féodalité*. Merlin, uno dei componenti principali, al fine di dare un contenuto effettivo alle norme del *Décret général*, distingueva, operando secondo la partizione *féodalité dominant/féodalité contractant*, due specie di diritti feudali: 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. Criticità si presentavano, però, con riguardo al regime probatorio, che si risolveva nell'adozione di una serie di presunzioni.

Si giungeva, così, alla promulgazione della *Décret général concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rachetables* del 15 marzo 1790, di cui sono stati esaminati gli artt. 1, 5, 7, 8 e 10 del Titolo I. In proposito, è sufficiente ricordare, richiamando l'attenzione sull'art. 8, come 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 anche con riguardo al regime della prescrizione, dalle previsioni delle leggi e delle *coutumes* 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. So-

no stati analizzati, in particolare, gli artt. 1 e 2. La prima norma si rivolgeva all'abolizione della *main-morte personnelle, réelle ou mixte* e 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 insistessero 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 il *Décret général concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rachetables* si fosse limitato a mutare la natura di questi rapporti che si potevano ora dire ordinari diritti reali.

Non meno lacunoso, poi, si mostrava 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, mancando di una disciplina che regolasse tutte quelle ipotesi derivanti dalla prassi del diritto feudale.

Più in generale, come è emerso dalla complessa vicenda normativa, l'unico effetto sortito in questa prima fase – con la sola eccezione delle *servitudes réelle, personnelle* e dei *droits honorifiques*, soppressi non senza difficoltà – fu quello di conferire ai rapporti *féodaux et censuels* natura di 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 trovò alcuna effettiva attuazione.

Si era reso necessario istituire, il 24 ottobre 1791, un *comité de féodalité*, i cui lavori portarono all'approvazione, il 18 giugno-6 luglio 1792, del *Décret 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*.

Del *Décret* 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* esperò un nuovo tentativo volto a facilitare la possibilità di valersi del riscatto mediante il *Décret 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, poi, con il *Décret relatif 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. L'effetto delle leggi sopravvenute era stato l'effettivo smantellamento di quei residui feudali che erano sopravvissuti a cagione delle incoerenze riscontrate nella normativa attuativa del *Décret* dell'11 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 del *Décret* del 25-28 agosto 1792, non erano ricomprese tra i diritti in esso considerati, 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 fiefs*».

Anche a fronte degli effettivi progressi, comunque, la complessiva normativa non era stata in grado di riportare reale quiete nelle campagne.

Fu invero la Convenzione che decise di abbandonare la distinzione tra *féodalité dominante* e *contractante*. Essa adottò, il 17 luglio 1793, il *Décret qui supprime sans indemnité toutes les redevances ci-devant seigneuriales et droits féodaux, même ceux conservés par le décret du 25 août 1792*. 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.

Alcuni rilievi sono stati formulati in merito alla questione delle *rentes* o *prestations purement foncières* che furono, come detto, escluse dal raggio di azione del *Décret* del 17 luglio 1793. Il fatto

che per tali fattispecie non fosse stata prevista 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 *redévance* fosse *seigneuriale* o *purement foncière* e, di conseguenza, ammissibile a norma dell'art. 2.

E così, attraverso il *Décret relatif 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 35 setiers de blé, qualifiée foncière et seigneuriale*, del 7 ventose an 2 (25 febbraio 1794), si interpretò il *Décret* del 17 luglio 1793 giungendosi finalmente a sopprimere, senza indennità, le *rentes foncières* sorte «... avec mélange de cens et autres signes de seigneuries ou féodalité ...».

L'importanza delle *rentes foncières* ha imposto di considerare anche l'opera legislativa antifeudale del Direttorio e del Consolato in merito 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, senza modificazioni strutturali di sorta, 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 che, quindi, sarebbe stato il soggetto passivo di una obbligazione *propter rem* derivante dal contratto di *baile à rente*.

In proposito, tuttavia, si è osservato come il diritto alla percezione della rendita risulti direttamente collegato (e strettamente legato) alla titolarità di un diritto di proprietà sul fondo gravato, sicché 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. D'altro canto, non sussisterebbe 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 e la prestazione 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, che avrebbe perduto la caratteristica garanzia alla percezione dei canoni legata alla natura reale del diritto stesso.

Il *Décret* del 17 luglio 1793, pur sancendo la riscattabilità delle *rentes foncières*, nulla aveva mutato quanto alla natura reale del diritto. Ciò era avvenuto, sia pure indirettamente, con la *Loi* dell'11 *brumaire an 7* (1 novembre 1798), relativa alla regolamentazione dell'ipoteca che, all'art. 7, prevedeva la non assoggettabilità delle rendite a ipoteca.

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 sostanziale rifiuto (sia pure con evidenti eccezioni) della categoria degli oneri reali prima nel Codice civile del 1865 e, poi, 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 che si cristallizzarono, almeno per la specifica materia degli oneri reali, nel *Code civil*.

L'analisi è proseguita, dunque, 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* che 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, per l'influenza esercitata sulla legislazione degli altri Stati italiani (e per ragioni di carattere cronologico), 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.

D'altronde, anche il Codice civile albertino, all'art. 410 comma 2, ripropone il principio normativo sancito dal modello francese (con la sola eccezione costituita dalle rendite dello Stato).

Da ultimo, è stato esaminato il Codice civile per gli Stati Estensi e, più in dettaglio, l'art. 420 che, essendo una riproduzione quasi letterale dell'art. 385 del Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, si conformava al principio della natura mobiliare delle rendite sancito dall'art. 529 comma 2 del *Code civil*, facendo pure riferimento espresso ai censi.

L'indagine riguardante il Codice napoletano, che in certa misura ne costituisce, sia pure in altra temperie, pregevole attuazione, ha consentito l'analisi della legislazione napoleonica introdotta nelle province napoletane relativamente alla disciplina dei censi riservati. L'attenzione è stata rivolta alla l. 2 agosto 1806 relativa all'abolizione della feudalità e al d. 20 giugno 1808, avente a oggetto la

commutazione in canoni pecuniari delle prestazioni di prodotti delle terre già feudali.

Ciò ha permesso di confutare l'opinione – sorta interpretando l'art. 29 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del 1865 – secondo cui gli antichi censi riservativi, la cui disciplina *ex art. 29* sarebbe stata demandata alle leggi sotto la cui vigenza essi vennero costituiti, avrebbero serbato la loro antica natura di oneri reali. Questa lettura non solo non considera la permanenza in vigore della legislazione francese abolitiva della feudalità anche a seguito della cacciata dei Napoleonidi, ma neppure valuta il disposto dell'art. 453 comma 2 contenuto nel successivo Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*.

La diversa ricostruzione proposta, d'altronde, trova conferma 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, però, 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.

Ciò che era stato disposto dalla l. 2 agosto 1806 veniva confermato dall'art. 1 del d. 20 giugno 1808. E così, per una serie di diritti già feudali, si prescriveva che «... *a richiesta dei contribuenti degli 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, aventi la stessa natura dei censi riservativi.

Soverchia attenzione è stata dedicata, poi, al fondamentale 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 cui preambolo richiama 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*. Ciò consente di inferire come il Legislatore abbia voluto qualificare e parificare i diritti nascenti dal censo riservativo a delle vere e proprie rendite, assoggettandoli alla disciplina stabilita per queste

ultime. L'art. 1 prevedeva che le rendite ex feudali, sorte per effetto del d. 20 giugno 1808, fossero passibili di commutazione in denaro e l'art. 3, a esso connesso, disponeva che le predette rendite, tanto prima che dopo l'eventuale commutazione, sarebbero state esigibili solo come censi riservativi.

D'altronde, parimenti inammissibile è la ricostruzione proposta da quanti hanno ritenuto che le fattispecie prese in considerazione dalle cennate disposizioni 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*. Se, per effetto della legislazione precedente al *Code civil* tutte le prestazioni ex feudali si erano ricostituite sotto forma di censi riservativi, la successiva adozione della codificazione napoleonica ebbe 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 (anch'esse mobili ex art. 529 comma 2 del *Code civil* e, ai sensi dell'art. 530, sempre redimibili).

Né, si è precisato, a diversi risultati si sarebbe giunti per quei casi ove il mutamento in censi riservativi fosse avvenuto precedentemente all'entrata in vigore del *Code civil*, le cui norme si sarebbero applicate certamente ai censi già costituiti. Di conseguenza, non si è ritenuto di poter condividere il corollario ulteriore dell'avversata teorica a mente del quale pure ininfluyente sarebbe stato, quanto alla natura reale dei censi, l'art. 452 comma 2 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *Leggi civili*.

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 voluta 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.

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 do-

vuto 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 come ad onta dei tentativi reazionari dei baroni, il restaurato governo borbonico provvide a sancire la validità della precedente legislazione, sia pure 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, nel senso 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 alle 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 un assurdo passo indietro in politica legislativa. E tutto ciò senza contare, poi, che così facendo il Legislatore unitario avrebbe d'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 adottati 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 in ragione del pagamento di un capitale dell'espressione 'rendita semplice' – come non fosse probante nel senso della natura reale della prima specie l'impiego dell'aggettivo ricordato. La ragione di una tale scelta terminologica, a ben considerare la questione, si trova nella differente natura del bene ceduto, alienato o corrisposto, in base a cui il Legislatore differenziava le due forme di rendita.

Maggior peso è stato attribuito all'argomento fondato sull'art. 1782 Cod. civ. 1865, contenente la definizione di rendita semplice, in relazione alla quale, e a differenza della rendita fondiaria, al fine di evitare la ripetizione del capitale si richiedeva la garanzia a mezzo di ipoteca speciale su un fondo. A questa osservazione 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 giacché, per il caso della rendita fondiaria, in favore dell'alienante si sarebbe potuta invocare, *ex art.* 1969 n. 1 Cod. civ. 1865, a garanzia degli obblighi derivanti dalla cessione, l'ipoteca legale sugli immobili ceduti.

D'altronde, nessun argomento si sarebbe potuto trarre dal disposto dell'art. 1786 comma 2 Cod. civ. 1865 che, ugualmente, avrebbe offerto spunto a favore della natura personale della rendita fondiaria. Se queste ultime fossero state oneri reali allora, a seguito dell'alienazione del fondo, per l'obbligo del pagamento avrebbe risposto il nuovo proprietario, non certo 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 della proprietà sull'immobile, non per dare effettivo seguito alla costituzione della rendita.

Un indizio, forse 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 e la natura reale della rendita. E tuttavia, va osservato come, per l'ordinamento spagnolo, il problema sia risolto in radice dalla complessiva normativa che elimina ogni dubbio sulla natura del censo, attraendolo nell'ambito di operatività dell'art. 334 núm. 10 del *Código civil*.

Si è rilevato poi come, in base all'art. 1623, il titolare del diritto avrebbe potuto esperire anche l'azione reale, eccezion fatta per il caso in cui l'immobile fosse gravato da ipoteca o da censo costituito posteriormente (come si ricavava dall'art. 116 della *Ley Hipotecaria* che richiama, a sua volta, gli artt. 114 e 115). 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 ove 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* – contro cui, lo si noti, possono altresì invocarsi motivi di carattere politico – siano probanti in favore della realtà delle rendite fondiariе anche nel Codice civile del 1865.

Per le ragioni viste, quanto alla disciplina della rendita fondiaria 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 per le rendite fondiariе create dopo l'entrata in vigore del primo Codice civile unitario.

L'analisi è proseguita prendendo in esame, seppure brevemente, la normativa 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. 1861 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 precisa come, attraverso la costituzione di una rendita, non si dia origine a un onere gravante sull'immobile ma a un normale diritto di credito (ciò che è confermato pure dal mutamento terminologico manifestatosi 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 siano state accolte dai codici di area tedesca.

L'attenzione è stata rivolta, allora, alla prospettiva adottata dal BGB, con riguardo particolare all'elaborazione della categoria delle *Reallasten*.

A questo proposito è stato considerato il § 1105 che, disciplinando espressamente l'onere reale, lo qualifica quale carico direttamente gravante sul fondo. La norma, infatti, prevede una ideale partizione tra il peso e la prestazione a beneficio del soggetto attivo, attribuendo a entrambi natura reale. Dall'esame della suddetta disposizione emerge la complessità dell'opera di sistemazione dogmatica che aveva interessato la categoria delle *Reallasten*, per cui si era altresì provveduto alla distinzione rispetto alle servitù.

Nell'ultima parte del terzo capitolo si è proceduto a formulare alcune considerazioni intorno alla possibilità di ammettere, nella sistematica dei rapporti reali delineata dal Codice civile vigente, figure riconducibili all'onere reale.

Se, per un verso, è stata evidenziata l'assenza di un disegno compiuto della categoria all'interno della codificazione – mancanza che trova fondamento in ragioni di carattere storico, legate all'interpretazione di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1 e alle reazioni dei rivoluzionari francesi (poi condensate nel *Code civil*) avverso il sistema proprietario di *Ancien régime* – la necessità di esaminare alcune fi-

gure che pure trovano specifica regolamentazione, rende di tutta evidenza l'importanza dell'indagine in chiave storico-comparata.

Quest'ultima, più in particolare, ha consentito di individuare (e meglio differenziare rispetto all'obbligazione *propter rem*) i caratteri propri dell'onere reale, cioè: il contenuto *in faciendo* della prestazione; l'assoggettamento permanente del fondo gravato; la conseguente inerenza al bene; il soddisfacimento della prestazione esclusivamente attraverso ciò che si ricava dal predio onerato; la possibilità di valersi dell'abbandono liberatorio; la tipicità legale; la realtà.

Lo studio è, dunque, principiato dall'art. 860 del Codice civile. La norma, che deve essere letta alla luce dell'art. 21 del r.d. 13 febbraio 1933 n. 215, regola il concorso dei proprietari nella spesa per le opere di bonifica integrale. Si deduce, superata grazie alla lettera del regio decreto la difficoltà terminologica ingenerata dalla lettura dell'art. 860, come i contributi che ciascun proprietario è tenuto a versare siano veri e propri oneri reali.

Di notevole importanza – tanto che, nel corso di questa indagine, si è discusso di norma “aperta” – è, poi, l'art. 1030 del Codice civile.

La predetta disposizione, se correttamente interpretata, vale, per un verso, a contrastare l'opinione che ritiene inammissibile concepire rapporti provvisti di natura reale e di contenuto positivo; per l'altro, può fungere da parametro normativo per dare fondamento alla categoria stessa.

Il dettato è stato esaminato con riguardo al particolare caso della servitù costituita *amoenitatis causa*, giacché, come noto, a mente dell'art. 1030 il proprietario del fondo servente può essere tenuto a eseguire anche prestazioni *in faciendo* ove ciò sia previsto dal titolo costitutivo o dalla legge con lo scopo di rendere possibile l'esercizio della servitù. La particolare servitù per causa d'amenità, dal canto suo, si sostanzia in una prestazione di contenuto positivo consistente nell'impianto e nella successiva manutenzione (che può altresì risolversi nella sostituzione) di una data quantità di alberi.

Parte della dottrina, in tale prestazione positiva, ha creduto (a torto) di poter scorgere una obbligazione *propter rem*. Questa ricostruzione può essere confutata partendo dal seguente assunto: che il *pati* e il *facere* costituiscano parte della medesima struttura giuri-

dica, tanto che il *pati* neppure potrebbe essere ipotizzabile senza il contemporaneo *facere*.

Nessuno dubbio è sorto, poi, circa il fatto che il *pati* debba essere elemento fondamentale della servitù in parola. Il problema si è posto, invece, con riguardo al *facere*, in relazione al quale si è reso necessario stabilirne l'eventuale carattere accessorio.

La soluzione si palesa nel momento in cui sia individuato il reale contenuto della servitù: cioè l'impianto e il mantenimento di un certo numero di alberi. Ritenere, quindi, che la prestazione positiva abbia carattere accessorio significherebbe scomporre il diritto (unitariamente concepito) in due diverse componenti, di per sé esistenti ma reciprocamente necessarie, in quanto unite da un vincolo di interdipendenza causale. L'una, allora, provvista di natura reale (il *pati*); l'altra, invece, compartecipe del carattere obbligatorio e di quello reale (la prestazione presunta accessoria).

Ma ciò, in realtà, causerebbe un cortocircuito, giacché l'art. 1030 Cod. civ., facendo riferimento agli atti finalizzati a rendere possibile l'esercizio del diritto, presuppone che l'esistenza della servitù (almeno astrattamente) possa essere assicurata anche senza *facere* (altrimenti la prestazione non potrebbe più dirsi propriamente accessoria).

Evidentemente, nel caso della servitù *amoenitatis causa*, di accessorietà potrà parlarsi in senso del tutto improprio, dato che l'onere *in faciendo* si porrà, rispetto al diritto, in rapporto appunto di funzionalità necessaria, cioè come elemento definitivamente integrato nella struttura del diritto.

D'altro canto, si è pure visto come il carattere coesenziale del *facere* non contrasti (e, anzi, confermi) il carattere principale dell'onere reale, cioè quello di peso che grava obiettivamente sul fondo. E infatti, l'onere della *res* si rende indispensabile tutte le volte in cui, valutata obiettivamente l'*utilitas* di cui abbisogna il fondo, la prestazione *in faciendo* sia la sola atta a ricavarla. L'elemento dell'utilità obiettivamente intesa consentirà, poi, di limitare l'ammissibilità della prestazione positiva.

D'altro canto, alle medesime conclusioni cui si è giunti in riferimento all'art. 1030 del Codice civile si potrà altresì pervenire per ciò che concerne le spese necessarie all'uso o alla conservazione del-

la servitù, disciplinate invece dall'art. 1070. Si noti, sul punto, come la norma si riferisca, nel primo caso, alla possibilità stessa di ricavare l'*utilitas* per cui la servitù risulta costituita e, nel secondo, all'esistenza del diritto. E allora, alle anzidette prestazioni non potrà che attribuirsi la medesima natura di quelle previste dall'art. 1030 Cod. civ., giacché anch'esse risponderanno al medesimo scopo: rendere in concreto possibile il godimento dell'utilità (ciò che significa garantire la stessa esistenza della servitù).

Come è stato osservato, l'identica natura delle prestazioni previste dalle succitate norme consentirà di valersi, in entrambi i casi, dell'abbandono liberatorio (previsto, per vero, solo relativamente alle fattispecie regolate dall'art. 1070 Cod. civ.), che va distinto dalla *derelictio*. Sul punto è sufficiente evidenziare come nel caso della derelizione scopo del derelinquente sia dismettere il diritto dominicale sulla *res* mentre, attraverso l'abbandono liberatorio, egli vorrà più semplicemente liberarsi dall'onere gravante sul fondo. D'altronde, sia pure a fronte della diversa ampiezza dello scopo perseguito, l'effetto dell'atto sarà il medesimo: esso, recidendo il legame che lega il soggetto alla *res*, provoca l'effetto liberatorio, ciò che evidenzia il carattere dell'inerenza dell'onere al fondo.

Da ultimo, è stato esaminato il caso delle limitazioni reciproche al diritto di proprietà nel caso della costruzione di edifici, partendo da una risalente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione. Essa, interpretando *a contrario* l'art. 531 del Codice civile del 1865, aveva sentenziato nel senso della vincolatività delle predette limitazioni, *ratione rei*, per i contraenti, per gli eredi e aventi causa in conseguenza di una trascrizione validamente eseguita e quella, più in generale, *fundi nomine*, per il caso in cui esse fossero riversate in apposita clausola contrattuale (pure debitamente trascritta).

La predetta pronuncia, invero, oltre che per la ricostruzione giuridica in sé considerata, ha avuto particolare rilevanza nell'equilibrio della trattazione perché ha permesso di evidenziare un elemento ulteriore preso in considerazione dalla Corte nella risoluzione del caso: le esigenze, di natura evidentemente pratica, rappresentate dal razionale sfruttamento della proprietà privata. In merito a queste ultime, si è osservato come esse possano rientrare nella nozio-

ne di funzione sociale posta quale cardine del sistema proprietario dall'art. 42 comma 2 Cost.

I rilievi formulati hanno consentito di opporre alcuni validi argomenti alla dottrina che opina nel senso della inammissibilità, più in generale, di rapporti connotati dalla realtà e dalla prestazione *in faciendo*.

L'analisi storico-comparata, per un verso, ha permesso di isolare i caratteri propri dell'onere reale, consentendo in tal modo di differenziarlo dall'obbligazione *propter rem* e di individuare (alcune) fattispecie rientranti nella categoria.

Si è altresì osservato – e ciò ha notevole rilevanza pratica proprio in virtù della natura “aperta” dell'art. 1030 Cod. civ. – come il combinato disposto degli artt. 23 e 42 comma 2 Cost. abbia riservato al Legislatore la possibilità di imporre prestazioni personali o patrimoniali per il caso in cui esse si rivelino necessarie in funzione dell'utilità sociale. Il dettato costituzionale, che di per sé non consente alcuna estensione della predetta facoltà ai privati, importa tuttavia che essi, proprio nella cornice offerta dalla summenzionata disposizione codicistica, attraverso l'esplicazione dell'autonomia negoziale, possano regolare i rapporti intersubiettivi dando concreta attuazione al dettato costituzionale.

Ciò potrebbe anche condurre a un ripensamento (almeno per quanto riguarda la loro portata) dei principi della tipicità e del *numerus clausus*, specie perché l'art. 1030 Cod. civ. potrà fungere da schema normativo per la categoria dell'onere reale. Di oneri reali, allora, potrà concretamente discorrersi tutte le volte in cui la fattispecie si limiti, sul versante “interno”, in funzione dell'*utilitas* obiettivamente ricavabile dal fondo a favore del quale il rapporto è costituito e, dal lato esterno, in ragione del più volte richiamato precetto costituzionale.

A chiusura di questa ricerca è possibile formulare una riflessione che sintetizzi il percorso argomentativo seguito 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*, basata sul concetto di *utilitas* oggettiva quale limite alla possibilità di imporre un *facere* in capo al proprietario del fondo servente.

Al contempo, si è proposto un diverso inquadramento della *reflectio parietis* – oltre che delle altre fattispecie che pure le fonti esaminano – alla stregua di archetipo dell'onere reale, presentando esso tutti i caratteri che, in progresso di tempo, la dottrina riterrà propri della categoria.

Peraltro, se già il diritto romano aveva ammesso il caso in cui una prestazione *in faciendo* 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, vero e proprio strumento di esercizio della pressione baronale.

Contro il concreto atteggiarsi dei rapporti reali di *Ancien régime* si erano rivolti i rivoluzionari francesi che, con una serie eterogenea di interventi normativi la cui essenza confluì, in seguito, nell'art. 529 comma 2 del *Code civil*, aveva smantellato 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. 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.

Ecco, dunque, in che termini dovrà essere inteso l'insegnamento di Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1. Di conseguenza, l'inammissibi-

lità 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 concretamente configurabile, con il solo limite costituito dall'*utilitas* obiettiva.

D'altro canto, si è altresì mostrato come l'impianto codicistico possa consentire, per il tramite dell'art. 1030 del Codice civile, all'elaborazione di una vera e propria categoria che racchiuda tutte quelle figure che presentano i caratteri, individuati grazie all'indagine storico-comparata, propri dell'onere reale. In questi termini, e nella cornice normativa fornita dalla predetta norma, l'autonomia privata potrà dare concreta attuazione al precetto costituzionale racchiuso nella nozione di funzione sociale della proprietà.

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.
- ABERKANE H., *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, 1957.
- ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, 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 arcednae*, 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.

- AMARELLI F., GERMINO E. (a cura di), CASAVOLA F.P. (con una testimonianza di), *Scritti di Paolo Frezza*, I, Romae, 2000.
- AMELOTTI M., *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, in *SDHI* 19, 1953, pp. 202-234.
- AMELOTTI M., *Scritti giuridici*, cur. L. Migliardi Zingale, 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.
- 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.
- BALDUS CH., LUCHETTI G., MIGLIETTA M. (a cura di), *Prolegomena per una palinogenesi dei libri 'ad Vitellium' di Paolo. Atti dell'incontro di studi italo-tedesco (Bologna - Ponte Ronca, 26-29 maggio 2016)*, Alessandria, 2020.
- BALZARINI R., *Il concetto di proprietà nello Stato corporativo*, in *Confederazione Fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura* (a cura della), *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, pp. 85-98.

- BARALIS G., *I diritti reali di godimento*, in LIPARI N., RESCIGNO P. (diretto da), ZOPPINI A. (coordinato da), *Diritto civile*, II.2, *Successioni, donazioni, beni. La proprietà e il possesso*, Milano, 2009.
- BARASSI L., *La clausola che impone all'acquirente di erigere solo un determinato tipo di edifici*, in *Foro it.* 53, 1928, coll. 41-45.
- BARASSI L., *Il diritto di proprietà e la funzione sociale*, in *Confederazione Fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura* (a cura della), *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, pp. 183-247.
- BARBERO D., s. 'Art. 259', in AZARA A. *et. al.* (a cura di), D'AMELIO M. (diretto da), *Codice civile, Libro della proprietà, Commentario*, Firenze, 1942.
- BARBERO D., *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1993².
- 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.
- BEHREND O., *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index* 12, 1983-1984, pp. 189-225.
- BEHREND O., *Scritti «italiani» con un'appendice «francese», una nota di lettura di Cosimo Cascione ed una postfazione dell'Autore*, 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.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2019⁵.
- 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., *Carattere dell'abbandono liberatorio del fondo servente (nota a Corte di Cassazione, Sezione II, n. 1681)*, in *Foro pad.* 19.I, 1964, coll. 1122-1126.
- 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-Γαῖος, I*, Thessalonicae, 1937.
- BIZOUKIDES C., *Gaius-Γαῖος, 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 obligaciones 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., *Il contratto e i patti*, in *Riv. dir. comm.* 18.I, 1920, pp. 353-362.
- BONFANTE P., *Scritti giuridici varii, III, Obbligazioni comunione e 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., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, I, Milano, 1964.
- BONINI R., *Dal Code civile 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.
- BOSSU C., *L'objectif de l'institution alimentaire: essai d'évaluation*, in *Latomus* 48.II, avril-juin 1989, pp. 372-382.
- BOZZI A., s.v. 'Abbandono di fondo', in *NDI*, I, Torino, 1937, pp. 6-7.
- BRANCA G., s.v. 'Abbandono (derelictio)', in *ED*, I, Milano, 1958, pp. 1-5.
- 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., *Iurisprudentiæ 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, Erlangen, 1884⁵.
- 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., *Servitù prediali*, in GROSSO G., SANTORO-PASSARELLI F. (diretta da), *Trattato di diritto civile*, III.4, Milano, 1960.
- 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 Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, in *Labeo* 35, 1989, pp. 352-367.
- BURDESE A., *Sulla reffectio 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*, III, in FERRINI C., PULVIRENTI G., BUTERA A., *Delle servitù prediali*, in FIORE P. (già diretto dal Prof.), BRUGI B. (e continuato a cura del Professor), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, V, *Delle servitù*, 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 CALVO R. (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., s. 'Art. 219', in AZARA A. et al. (a cura di), D'AMELIO M. (diretto da), *Codice civile, Libro della proprietà, Commentario*, Firenze, 1942.
- CARIOTA-FERRARA L., *La rendita perpetua*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, VIII.2.1, Torino, 1943.
- CARUSI P., *Il negozio giuridico notarile*, I, *Soggetti – famiglia – successioni – diritti reali – casi e quesiti*, Milano, 1994⁵.
- CASTALDO A., *Introduction historique au droit*, Paris, 2003².
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., *Regimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996.
- 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., *Les démembrements de la propriété foncière en France 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 franque 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 de monarchie*, Paris, 1929.
- CHIARELLA M.L., *Diritti reali di godimento*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, III.5, Napoli, 2020.
- 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.
- COLLINET P., *Le rôle 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., *Le servitù prediali*, in RESCIGNO P. (Diretto da), *Trattato di diritto privato*, VIII.2, *Proprietà*, Torino, 2002².
- 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 CICU A., MESSINEO F., MENGONI L. (Già diretto da), SCHLESINGER P. (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.
- CORBO C., *Traiano e gli 'alimenta': profili ermeneutici e sviluppi storici*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica* 22 (2019) fasc. 24, *La Giustizia di Traiano: dalla storia al mito. Atti del Convegno internazionale - Reggio Calabria 3-5 novembre 2017*, pp. 181-205.
- 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 L., *Le servitù prediali. Lezioni dell'anno 1925-1926 raccolte a cura del dott. Giuseppe Stolfi*, Napoli, 1926.
- COVIELLO N., *Della trascrizione*, II, in FIORE P. (per cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, XIII, Napoli-Torino, 1915².
- CRINITI N., *La Tabula alimentaria di Veleia [Introduzione storica, edizione critica, traduzione, indici onomastici e toponimici, bibliografia veleiate]*, Parma, 1991.
- CUJACII JA., *Observationum et emendationum liber XXIV*, in *Opera ad parisensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XI. distributa auctiora atque emendatiora. Pars prior. Tomus tertius*, Venetiis, 1758.

- CUJACII JA., *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 JA., *Recitationes solennes 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 JA., *Recitationes solennes 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 Decimiquarti Pars Tertia, De decimis, et oblacionibus...*, 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 SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro terzo, Della proprietà (Art. 810-956)*, Bologna-Roma, 1976⁴.

- DE MARTINO F., *Usufrutto uso abitazione*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile, Libro terzo, Della proprietà (Art. 957-1026)*, Bologna-Roma, 1978⁴.
- 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 PETRIS A.L., *Alcune riflessioni in margine a Cass., SS. UU., n. 28972 del 17 dicembre 2020*, in *Rivista Semestrale di Diritto* 1, 2021, pp. 54-94.
- 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.
- DI GIOVINE N., *In tema di abbandono del fondo servente a scopo liberatorio (art. 1070 c.c.)*, in *Rivista del notariato* 17, 1963, pp. 502-508.
- DILIBERTO O., *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al Code Napoléon (e viceversa)*, in BONIN P., HAKIM N., NASTI F., SCHIAVONE A. (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, 2019, pp. 89-103.
- DISTASO N., *Diritto reale, servitù e obbligazione «propter rem»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 7, 1953, pp. 437-475.
- 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 DOMÍNGUEZ LUELMO A. (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.
- DOPICO CAÍNZOS M^A.D., *Liberalitas y aeternitas principis en Plinio el Joven*, in *Ktèma* 18, 1993, pp. 227-243.

- 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. 35 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., B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I.2, Torino, 1925 [rist. Torino, 1930].
- FADDA C., BENZA P.E., *Note a B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts*, 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.
- FAVARA E., s.v. 'Abbandono di fondo', in *NNDI*, I.1, Torino, 1957, pp. 8-13.
- FEDELE A., s. 'Art. 23', in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della costituzione. Rapporti civili. Art. 22-23*, Bologna-Roma, 1978.
- FERRABOSCHI M., s.v. 'Capitolo', in *ED*, VI, Milano, 1960, pp. 217-223.
- 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., *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 RESCIGNO P. (Direttore), *Trattato di diritto privato*, VII.1, *Proprietà*, Torino, 2005².
- FRANCIOSI G., *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967.
- FREZZA P., *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali*, in *Studi Economico-Giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Cagliari* 22, 1934, pp. 84-125.
- FUENTESECA M., *La magna quaestio societatis y otros problemas del contrato de sociedad romano*, in *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* 7.1, 1998, 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.
- GALLO F., *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella 'locatio' degli 'agri vectigales'*, in *SDHI* 30, 1964, pp. 1-49.
- GANDOLFI G., s.v. 'Onere reale', in *ED*, XXX, Milano, 1980, pp. 127-148.
- GARAUD M., *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804. La Révolution et la propriété foncière*, Paris, 1958.
- GARCÍA CANTERO G., "Numerus clausus et numerus apertus" dans la moderne 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 arcentae]*, 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» ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992.
- GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 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, 2007⁵.
- 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., DEIANA G., *Le servitù prediali*, I, in VASSALLI F. (redatto da di-

- versi giureconsulti sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, V.1, Torino, 1963³.
- 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 A., TESSERA D., *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in SCHLESINGER P. (fondato da), BUSNELLI F.D. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2017.
- 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.
- GUERINONI E., *Servitù prediali*, in GAMBARO A., MORELLO U. (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011.
- GUERRA Y., MAZZA R., *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 4, 2021, pp. 109-144.
- 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 quintus... Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum...* Genevae, 1768.
- HEISLER P.J., *Erste Untersuchung der Rechtsfrage: Ob in den 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 tomi 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.
- 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, 1985].
- LANFRANCHI F., "Ius exponendi" e obbligo alimentare nel Diritto romano-classico, in *SDHI* 6, 1940, pp. 5-69.
- LANFRANCHI F., *Studi sull'Ager Vectigalis*, III, *La trasmissibilità a titolo singolare del ius in agro vectigali*, Trieste, 1940.
- LAURENDI R., *Institutum Traiani. Alimenta Italiae. Obligatio praediorum. Sors et usura. Ricerche sull'evergetismo municipale e sull'iniziativa imperiale per il sostegno all'infanzia nell'Italia romana*, Romae, 2018.
- 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, 2002⁵.
- LENEL O., *Das Sabinussystem*, Strassburg, 1892.
- LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889 [= rist. Graz, 1960; Roma, 2000].
- LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889 [rist. Graz, 1960; 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, hrsg. O. Behrends und F. d'Ippolito, 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.
- LICANDRO O., PALAZZOLO N., *Papirius Iustus. Libri XX de constitutionibus*, Roma-Bristol, 2021.
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.
- LO CASCIO E., *Alimenta Italiae*, in GONZÁLEZ J. (ed.), *Trajano Emperador de Roma. Actas del Congreso Internacional. 14-17 Septiembre 1998*, Roma, 2000, pp. 287-312.
- LO CASCIO E., *Il princeps e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana*, Bari, 2000.
- LONGO C., *La categoria delle "servitutes" nel diritto romano classico*, in *BI-DR* 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.
- MAININO G., *La Tabula Alimentaria di Veleia fra politica, diritto ed evergetismo: problemi e prospettive*, in *Archivio Storico per le Province Parmensi*, IV serie, XLIV, 1992, pp. 345-375.
- MAININO G., *Veleia, Plinio il Giovane e la Tabula Alimentaria per il diritto romano*, in CRINITI N. (a cura di), *Ager Veleias. Tradizione, società e territorio sull'Appennino Piacentino*, Parma, 2003, pp. 117-130.
- MAININO G., *Studi giuridici sulla Tabula Alimentaria di Veleia*, Milano, 2019.
- MANNA L., *Definizione di obbligazione 'propter rem' e suoi caratteri distintivi*, in GAROFALO L. (diretto da), *Trattato delle obbligazioni*, I.2, *La struttura e l'adempimento – Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, Padova, 2014.
- 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.
- MANNINO V., *Riflessioni sul 'mito' della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, pp. 589-603.
- 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.
- MASCHI C.A., *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in *BIDR* 46, 1939, pp. 274-327.
- 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 des chartes* 133, 1975, pp. 59-91.
- MASUELLI S., *La refectio nelle servitù prediali*, Napoli, 2009.
- MAURO L., *Il contratto di censo bollare o consegnativo con la più recente giurisprudenza*, Napoli, 1911².
- MAYER-MALY TH., *Natura contractus*, in *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum 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.
- Mémoires secrets pour servir à l'histoire de la République des Lettres en France, depuis MDCCLXII jusqu'à nos jours; ou Journal d'un observateur ... Tome neuvieme*, Londres, 1778.
- 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., *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, II.1, *Diritti della personalità. Diritto della famiglia. Diritti reali (§§ 49-97 bis)*, Milano, 1952⁸.
- MESSINEO F., *Intorno a una figura di servitù da costituire «amoenitatis causa»*, in *Riv. dir. civ.* 9.I, 1963, pp. 109-115.
- MEYER-COLLINGS J.J., *Derelictio. Die Dereliktion im römischen Recht bis zum Corpus Iuris Civilis*, Kallmünz, 1932.
- MEZZANOTTE F., *L'«uso esclusivo» e il «numerus clausus dei diritti reali» secondo le Sezioni unite*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 16-bis, junio 2022, pp. 2734-2756.
- 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.
- MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in GAMBARO A., MORELLO U. (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008.
- MOSCATI E., *Il problema del numero chiuso dei diritti reali nell'esperienza italiana*, in CORRIAS P. (a cura di), BANDIERA F.M. et al. (con la collaborazione di), *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, *Parte generale – Il mercato e le regole. Persone famiglia e successioni. Diritti reali – Obbligazioni*, Milano, 2013, pp. 441-456.
- MÜHLENBRUCH C.F., *Ueber servitus oneris ferendi*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 14.3, 1831, pp. 321-340.
- MUSOLINO G., *Il diritto di uso dalla disciplina del Codice alle figure di più recente emersione*, in *Rivista del Notariato* 61.VI, novembre-dicembre 2007, pp. 1327-1374.
- MUSOLINO G., *Le servitù irregolari (l'autonomia negoziale e la questione della tipicità dei diritti reali)*, in *Rivista del Notariato* 64.VI, novembre-dicembre 2010, pp. 1517-1551.
- MUSOLINO G., *Diritto di uso. Tipicità dei diritti reali e limitazione negoziale delle facoltà dell'usuario*, nota a *App. L'Aquila*, 11 gennaio 2019, n. 42, in *Rivista del Notariato* 73.III, maggio-giugno 2019, pp. 571-580.

- NAMUR P., *Cours d'institutes et d'histoire du droit romain*, I, Bruxelles, 1873².
- NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 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, particulierménts 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.
- Opere di Contardo Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, cur. E. Albertario, Milano, 1929.
- 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 *The-saurus 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 BIGIAVI W. (Diretta da), *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1965.
- PANUNZIO S., *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1939².
- 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 ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 [rist. Aalen, 1963].
- PERNICE A., *Parerga*, II, *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte*, in *ZSS* 5, 1884, pp. 57-98.
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, I, *Introduzione – Diritto delle per-*

- sona – *Le cose e i diritti sulle cose – Il possesso*, Roma, 1928² [rist. a cur. di L. Capogrossi Colognesi, Roma, 2002].
- PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, IV, *Storia del diritto privato*, Torino, 1893² [rist. Bologna, 1966].
- PETERS H., rec. a H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, in ZSS 33, 1912, pp. 595-600.
- 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 PLANIOL M., RIPERT G. (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.
- PONTORIERO I., *L'uso delle opere di Sabino nella giurisprudenza antoniniana*, in AG 152.I, 2020, pp. 35-129.
- 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 Tribunal*, 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 ἐπιτεθείκασι 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.
- PROCCHI F., *Profili giuridici delle insulae a Roma antica*, I, *Contesto urbano, esigenze abitative ed investimenti immobiliari tra tarda repubblica ed alto impero*, Torino, 2020.

- PROVERA G., *Servitù prediali e obbligazioni «propter rem»*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano, 1971, pp. 15-48.
- PUGLIATTI S., *Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà*, in *Confederazione Fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura* (a cura della), *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, pp. 161-182.
- PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.
- PUGLIATTI S., *Callistratus. Opera*, Roma-Bristol, 2020.
- RAINER J.M., *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen 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 Julianus*, 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 différentes 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.
- RICCI F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, IX, *Dei Contratti in specie (continuazione e fine)*, Torino, 1923⁵.
- RICCOBONO S., *Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (Fr. 4 D. VIII, I)*, in TR 3, 1922, pp. 333-362.
- RODGER A., *Owners and neighbours in roman law*, Oxford, 1972.
- RODOTÀ S., *La proprietà all'assemblea costituente*, in *Politica del diritto* 10.IV, agosto 1979, pp. 395-422.
- RODOTÀ S., s. 'Art. 42', in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, Art. 41-44, Bologna-Roma, 1982.
- RODOTÀ S., s. 'Art. 44', in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, Art. 41-44, Bologna-Roma, 1982.
- RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990².
- ROMANO F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967.
- ROMANO S., *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padova, 1933.
- 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, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, cur. E. Albertario, Milano, 1922.

- RUDORFF A.F., *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869.
- RUGGIERI O., *Sugli uffici degli agrimensori e degli architetti specialmente in rapporto alle servitù prediali*, II, in *Studi e documenti di storia e diritto* III.4, ottobre-dicembre 1882, pp. 195-223.
- RUSSO A., *Servitù di appoggio e «refectio parietis»*, in *Labeo* 30, 1984, pp. 71-79.
- SAITTO F., *Proprietà*, in CARUSO C., VALENTINI C. (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, pp. 254-270.
- SALERNO F., «*Aqua pluvia*» ed «*Opus manu factum*», in *Labeo* 27, 1981, pp. 218-241.
- SALIOU C., *Les compétences juridiques de l'architecte d'après Vitruve (De architectura I, 1, 10)*, in *Cahiers des études anciennes* 48, 2011, pp. 201-217.
- 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.
- SCALISI V., *Proprietà e governo democratico dell'economia*, in *Riv. dir. civ.* 31.I, 1985, pp. 221-239.
- SCALISI V., *Categorie e istituti del diritto civile nella transazione al postomoderno*, Milano, 2005.
- SCHERILLO G., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Diritti reali e obbligazioni. Storia e concetto dell'obbligazione*, 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, 1915².
- 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*, Napoli, 1954².
- 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 *Studi 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 formule 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.
- SHERWIN-WHITE A.N., *The Letters of Pliny. A historical and social commentary*, Oxford, 1966 [rist. Oxford, 1985].
- 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.
- SIRAGO V.A., *L'Italia agraria sotto Traiano*, Louvain, 1958.
- SITZIA F., *Ricerche in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'. Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano, 1977.
- SITZIA F., *Aqua pluvia e natura agri. Dalle XII Tavole al pensiero di Labone*, 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.
- SOLAZZI S., *Scritti di diritto romano*, V, (1947-1956), Napoli, 1972.
- 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 Gerhardo 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.
- TELLEGEN J.W., *Pline le jeune et le legs pour Côme dans Ep. 5, 7*, in *BIDR* 92-93, 1989-1990, pp. 73-92.
- 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.
- TOSCANO N.-A., *La servitù di parcheggio esiste: una nuova conferma della Corte di Cassazione, in attesa del probabile intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass., Sez. II, 18 marzo 2019, n. 7561, in *Rivista del Notariato* 73.III, maggio-giugno 2019, pp. 548-557.
- 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 A., *In I. atque II. Digesti Veteris Partem Commentaria... Venetiis*, 1580.
- UBALDI B., *In primam Digesti veteris partem Commentaria... Venetiis*, 1577.
- VACCA L., *'Derelictio' e acquisto delle 'res pro derelicto habitae'. Lettura delle fonti e tradizione romanistica*, Milano, 1984.
- VALSECCHI E., *Natura giuridica e fonti della rendita fondiaria*, in AG 157.2, 1959, pp. 130-164.
- VIARO S., *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012.
- 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.
- VINOGRADOFF P., *The growth of the manor*, London, 1911² [rist. New York, 1966].
- VITON DE SAINT-ALLAIS N., s.v. 'Dénombrement', 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 Rechte*, 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 und Leipzig, 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 Pandektenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1900⁸.
- WINSPEARE D., *Storia degli abusi feudali*, Napoli, 1883².
- WOLFF M., KAISER L., *Sachenrecht. Ein Lehrbuch*, in ENNECCERUS 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.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto corporativo*, Milano, 1936².
- 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 DI TRADIZIONE MANOSCRITTA	6.3.1 pr.	61, nt. 86
	6.3.2	61, nt. 86
BASILICA	7.1.19.1	31; 31, nt. 36; 37;
58.1.15.1	5, nt. 1	38; 38, nt. 49; 39,
58.5.6.2	5, nt. 1	nt. 51; 40; 40, nt.
		55; 41, nt. 59; 42,
		nt. 60; 76; 109, nt.
CICERO		51; 138, nt. 103;
(ed. A.C. Clark)		139; 150; 152;
<i>De lege agraria:</i>		153; 240; 268; 274
3.2.9	58, nt. 84; 68, nt.	63, nt. 93
	96	7.1.27.3
		7.1.45
		24, nt. 19
CORPUS IURIS CIVILIS	8.1.2	99; 101
<i>Digesta</i>	8.1.14 pr.	16, nt. 2
1.2.2.44	70, nt. 99; 75, nt.	16; 16 nt. 2; 17, nt.
	109	3; 18, nt. 5; 141
1.8.1.1	23, nt. 18	5; 6, nt. 2; 12; 14;
2.14.7.5	24, nt. 19	15; 16; 16, nt. 2;
2.14.42	64, nt. 94	19; 21; 23; 24, nt.
4.2.10 pr.	111, nt. 57	19; 29, nt. 33; 30;
4.2.12.2	24, nt. 19	30, nt. 34; 42, nt.
4.3.18.4	111, nt. 57	60; 45, nt. 62; 46,
5.3.20.4	24, nt. 19	nt. 64; 48, nt. 66;
6.1.65 pr.	113, nt. 60	48, nt. 67; 52; 75;
6.1.58	113, nt. 60	78; 80; 87, nt. 13;

- 92, nt. 22; 113, nt. 59; 121; 122; 123; 124, nt. 81; 132; 133; 135, nt. 97; 140; 142; 143; 200, nt. 125; 201, nt. 128; 242; 267; 271; 289; 293; 294
- 8.2.32.1 22; 22, nt. 15; 24, nt. 19
- 8.2.33 6; 13; 15; 85; 91; 91, nt. 19; 95; 96; 98; 100; 102; 105; 106; 106, nt. 45; 108; 118; 119; 119, nt. 73; 119, nt. 75; 123, nt. 80; 130, nt. 89; 134, nt. 96; 135; 137, nt. 102
- 8.3.20.3 17, nt. 3
- 8.5.4.2 34, nt. 40
- 8.5.4.3 34, nt. 40
- 8.5.4.4 34, nt. 40
- 8.5.4.5 33, nt. 39; 34; 36, nt. 45; 37; 37, nt. 47; 38; 38, nt. 49; 39, nt. 51; 40, nt. 56; 41, nt. 59; 42, nt. 60; 76; 138, nt. 103; 139; 150; 152; 153; 268; 274
- 8.5.6.2 5; 5, nt. 1; 9, nt. 3; 10; 12; 15; 31; 56, nt. 82; 81; 86; 89; 89, nt. 15; 91; 92; 93; 97; 99; 100; 101; 106; 106, nt. 45; 109; 109, nt. 52; 110; 111; 111, nt. 57; 112; 113; 113, nt. 60; 115; 117; 119; 119, nt. 74; 121; 123, nt. 80; 129; 130, nt. 89; 134, nt. 96; 137, nt. 102; 142; 150; 151, nt. 117; 152; 153; 155, nt. 123; 243; 271; 274
- 8.5.6.3 81; 86; 97; 99; 100; 101; 120, nt. 77; 154, nt. 121
- 8.5.6.4 97, nt. 28; 99; 100; 101
- 8.5.6.5 99; 101; 102, nt. 35; 123, nt. 80; 130, nt. 90
- 8.5.6.6 97, nt. 29; 99; 101; 110; 110, nt. 54; 111
- 8.5.6.7 96, nt. 27; 99; 101; 123, nt. 80; 145; 272
- 8.5.7 86, nt. 9; 90; 93; 97; 98; 100; 103; 105; 108; 109; 111, nt. 55; 114; 117; 120
- 8.5.8 pr. 86, nt. 9; 90; 90, nt. 18; 98; 99; 100; 101; 103; 115; 115, nt. 64; 117; 121; 125, nt. 84; 126, nt. 85; 145; 272
- 8.5.8.1 87, nt. 11; 90, nt. 18; 98; 99; 100;

	101; 104; 111, nt. 57	39.3.2.1 39.3.2.4	111, nt. 57 69; 70, nt. 101; 72, nt. 103; 75; 240
8.5.8.2	86; 87; 98; 100		113, nt. 60; 115
8.5.8.3	100	39.3.2.5	70, nt. 101
8.5.8.4	100	39.3.2.6	113, nt. 60
8.5.8.5	100	39.3.4.2	113, nt. 60
8.5.8.6	100	39.3.24.2	113, nt. 60
8.5.8.7	100	39.4.7 pr.	56; 78; 242; 270
8.5.17.2	113, nt. 60; 115	40.7.20.5	24, nt. 19
8.6.10.1	133, nt. 94	43.8.2.40	37, nt. 46; 42, nt. 60; 153, nt. 119
10.4.8	113, nt. 60		64, nt. 94
11.7.14.13	24, nt. 19	43.18.1.4	30, nt. 35; 72, nt. 102
16.3.24.2	4, nt. 19	43.20.1.11	30, nt. 35; 72, nt. 102
17.2.29	28, nt. 30		111, nt. 57
17.2.30	25, nt. 21; 27; 27, nt. 28; 27, nt. 29; 28, nt. 30	43.20.3 pr. 43.24.14	24, nt. 19 22; 22, nt. 13; 24, nt. 19
18.1.81.1	44; 49; 50, nt. 69; 51, nt. 70; 54; 77; 78; 268; 269	44.7.44.1 45.1.2.1	24, nt. 19 22; 22, nt. 13; 24, nt. 19
18.5.5 pr.	24, nt. 19	45.1.75.4	24, nt. 19
19.1.13.6	63, nt. 91	45.1.83.5	24, nt. 19
19.1.41	63, nt. 93	45.1.139	24, nt. 19
19.5.5.4	24, nt. 19	45.2.9.1	24, nt. 19
20.1.1.2	113, nt. 60	47.2.16	24, nt. 19
20.1.31 pr.	61, nt. 86	48.2.12.4	24, nt. 19
21.1.58 pr.	113, nt. 60	48.5.39(38).3	24, nt. 19
21.2.60	24, nt. 19	50.4.14.2	63; 63, nt. 90
22.5.21.3	24, nt. 19	50.4.18.15	62, nt. 88
33.1.12	44; 45, nt. 62; 46, nt. 64; 48, nt. 66; 51, nt. 70; 52; 54; 77; 268	50.15.5.2	64, nt. 94
33.2.13	21; 22, nt. 13; 22, nt. 14; 24, nt. 19	<i>Institutiones</i> 2.3.1	110; 110, nt. 54; 111; 111, nt. 55
33.8.6.1	24, nt. 19	3.13 pr.	64, nt. 94
35.1.35	24, nt. 19	3.25.2	25; 25, nt. 23; 26, nt. 26; 27, nt. 29;
35.1.91	24, nt. 19		28, nt. 30; 29
39.3.1.2	113, nt. 60	4.13.10	29, nt. 33

- FESTUS
(ed. W.M. Lindsay)
s.v. 'viae' 61, nt. 87
- GAIUS
Institutiones
2.14 23, nt. 18; 110, nt. 54
3.149 24; 24, nt. 20; 26; 27, nt. 29; 28, nt. 30; 29, nt. 31
3.154 28, nt. 30
4.33 24; 24, nt. 20; 26; 29; 29, nt. 33
PSI XI 1182 28, nt. 30
- HYGINUS GROMATICUS
(ed. K. Lachmann)
De condicionibus agrorum
5 58, nt. 84
- LEX XII TABULARUM
VII.6 61, nt. 87
VII.7 61; 61, nt. 87; 79; 270
- PLINIUS MINOR
(ed. R.A.B. Mynors)
Epistulae
7.18 60, nt. 85
- THEOPHILUS ANTECESSOR
Institutionum graeca paraphrasis
3.25.2 28, nt. 30
- VITRUVIUS
(ed. P. Gros)
De architectura
I.1.3 130, nt. 90
- I.1.10 130, nt. 90
- II. FONTI DI TRADIZIONE EPIGRAFICA
- TABULA LIGURUM BAEBIANORUM
(ed. V. Arangio-Ruiz)
ll. 3-5 58, nt. 84
- TABULA HERACLEENSIS
(ed. M.H. Crawford)
ll. 24-28 62; 62, nt. 89
- TABULA VELEIAS
(ed. K.G. Bruns)
Tav. A 1-2 58, nt. 84
- III. FONTI DI ETÀ MEDIEVALE
- 'casus' ad D. 8.2.32
6, nt. 2
gl. 'vellet' ad D. 8.2.32
6, nt. 2
gl. 'scribit' ad D. 8.5.6.2
9, nt. 3
gl. 'non esse' ad D. 18.1.81.1
50, nt. 69
gl. 'vicinum' ad D. 39.3.2.4
70, nt. 100
- III. FONTI DI ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
- a) fonti legislative per lo studio dei rapporti reali durante la Rivoluzione francese, il Direttorio e il Consolato

- Déclaration du Roi concernant la présente tenue des États généraux, lors de la séance royale du 23 juin 1789 - Déclarations des intents du Roi*
- | | | | |
|---------|------------------|------------|--------------------|
| art. 12 | 172; 172, nt. 45 | art. 29 | 188, nt. 87 |
| | | art. 33 | 186; 186, nt. 82 |
| | | Titolo III | |
| | | art. 1 | 188; 189; 194; 279 |
| | | art. 2 | 188; 189; 194; 279 |
| | | art. 3 | 189, nt. 89 |
- Décret général du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges* (11 agosto 1789)
- | | | | |
|---------|--------------------------------------|--|--|
| art. 1 | 176; 177; 177, nt. 59; 191; 196; 279 | | |
| art. 5 | 176; 178; 179; 180; 277 | | |
| art. 6 | 177; 178; 179; 180; 277 | | |
| art. 18 | 177; 179; 277 | | |
- Décret général concernant les droits féodaux supprimés sans indemnité, et ceux déclarés rachetables* (15 marzo 1790)
- Titolo I
- | | | | |
|---------|----------------------------|--|--|
| art. 1 | 183; 184; 278 | | |
| art. 2 | 183, nt. 74; 184 | | |
| art. 3 | 183, nt. 73 | | |
| art. 4 | 183, nt. 73 | | |
| art. 5 | 183; 185; 278 | | |
| art. 7 | 183; 185; 278 | | |
| art. 8 | 184; 186; 278 | | |
| art. 10 | 184; 186; 188, nt. 87; 278 | | |
- Titolo II
- | | | | |
|--------|-----------------------|--|--|
| art. 1 | 187; 187, nt. 86; 279 | | |
| art. 2 | 187; 188; 279 | | |
| art. 3 | 186, nt. 85 | | |
| art. 4 | 186, nt. 85 | | |
| art. 5 | 186, nt. 85 | | |
| art. 7 | 188, nt. 87 | | |
- 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* (3 maggio 1790)
- 190; 279
- Décret sur le rachat des rentes foncières* (18 dicembre 1790)
- 205, nt. 134
- Décret relatif au rachat de plusieurs droits seigneuriaux* (23 febbraio 1791)
- 190; 190, nt. 91
- Décret 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 1792)
- | | | | |
|--------|-----------------------------|--|--|
| art. 1 | 193; 193, nt. 101; 194; 279 | | |
|--------|-----------------------------|--|--|
- Décret sur le mode du rachat successif et divis des droits fixes et casuels ci-devant féodaux* (20 agosto 1792)
- 195; 195, nt. 106; 280

- Décret relatif à la suppression sans indemnité de tous les droits féodaux ou censuels, et de toutes redevances seigneuriales* (25-28 agosto 1792)
 art. 17 196; 196, nt. 109; 280
- Décret qui supprime sans indemnité toutes les redevances ci-devant seigneuriales et droits féodaux, même ceux conservés par le décret du 25 août 1792* (17 luglio 1793)
 art. 1 197; 280
 art. 2 197, nt. 113; 197, nt. 114; 198
 art. 6 197, nt. 114
 art. 7 197, nt. 114
- Décret relatif aux actes de concession à titre d'inféodation, et au brûlement des titres féodaux mixtes* (2 ottobre 1793)
 197, nt. 114
- Décret relatif 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 35 setiers de blé, qualifiée foncière et seigneuriale, 7 ventose an 2* (25 febbraio 1794)
 198; 199, nt. 119; 281
- Loi 11 brumaire an 7* (1 novembre 1798)
- art. 7 202; 202, nt. 131; 203; 205; 282; 283
- b) legislazione abolitiva della feudalità nelle Province napoletane
 l. 2 agosto 1806
 art. 1 217; 217, nt. 160; 218; 222, nt. 172; 284
 art. 4 217, nt. 160
 art. 5 217, nt. 160
 art. 6 218, nt. 163
 art. 7 218, nt. 163
 art. 12 217; 218; 220; 222, nt. 173; 284
 art. 13 218, nt. 162
 art. 14 218, nt. 163
 art. 15 218, nt. 163
 art. 19 218; 218, nt. 162; 220; 222, nt. 173; 284
 art. 20 218, nt. 162; 220; 222, nt. 173; 284
- d. 20 giugno 1808, *Sulla commutazione in canoni pecuniari delle prestazioni di prodotti delle terre già feudali*
 art. 1 219; 284
- d. 17 gennaio 1810, *Regolamento relativo alla commutazione in denaro delle rendite ex-feudali, e per la ricompra di ogni rendita perpetua*
 art. 1 220; 285
 art. 2 221, nt. 167; 222, nt. 173
 art. 3 220; 222, nt. 173; 285

- l. 11 dicembre 1816
225; 286
- l. 20 settembre 1817
226; 286
- c) fonti codicistiche previgenti e legislazione complementare
- CODICE PER LO REGNO DELLE DUE SICILIE, *LEGGI CIVILI*
- art. 452 208; 210
- art. 452 comma 2
208; 212; 222, nt. 173; 223; 223, nt. 174; 225; 226; 234; 285; 286
- art. 453 208; 223, nt. 174
- art. 453 comma 2
208; 216; 284
- art. 1783 209, nt. 141
- CODICE CIVILE PER GLI STATI DI PARMA, PIACENZA E GUASTALLA
- art. 385 210; 210, nt. 146; 212; 283
- CODICE CIVILE ALBERTINO
- art. 410 211
- art. 410 comma 2
210; 212; 283
- CODICE CIVILE PER GLI STATI ESTENSI
- art. 420 211; 212; 283
- CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA
- art. 415 228, nt. 186
- art. 418 227; 227, nt. 185; 286
- art. 418 comma 2
227; 228; 228, nt. 186; 287
- art. 616 257, nt. 254
- art. 1780 228, nt. 186
- art. 1781 comma 1
228, nt. 186
- art. 1782 228, nt. 186; 230; 287
- art. 1786 comma 2
228, nt. 186; 231; 231, nt. 190; 287
- art. 1969 n. 1 230; 230, nt. 189; 287
- r.d. 30 novembre 1865 n. 2606, *Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del Regno d'Italia*
- art. 29 214, nt. 156; 216; 221, nt. 168; 223; 224; 226; 226, nt. 183; 227, nt. 185; 259; 284; 285; 286
- art. 29 comma 1 259
- art. 30 223, nt. 177
- d) fonti codicistiche vigenti
- CODE CIVIL
- art. 529 204; 206; 210; 283
- art. 529 comma 2
202; 204; 206; 211; 212; 216; 216, nt. 159; 222, nt. 173; 223; 227; 283; 285; 286; 294
- art. 530 216, nt. 159; 220; 222, nt. 173; 284; 285
- art. 530 comma 1 206, nt. 135
- CÓDIGO CIVIL
- art. 334 núm. 10
232; 232, nt. 196; 288
- art. 336 232; 232, nt. 195

- | | | | |
|------------------|---|--|---|
| art. 1607 | 232 | | 236; 250; 251; |
| art. 1623 | 231; 232; 288 | | 252; 261; 264;
266; 290; 291;
292; 293; 295 |
| BGB | | | |
| § 1018 | 239, nt. 208 | art. 1372 | 262, nt. 269 |
| § 1021 | 239, nt. 208 | art. 1861 | 235 |
| § 1021 comma 2 | | art. 1861 comma 1 | |
| 239, nt. 208 | | | 236; 289 |
| § 1105 comma 1 | | art. 1868 | 235; 236; 236, nt.
201; 289 |
| 238, nt. 205 | | art. 1870 | 236, nt. 201 |
| § 1105 comma 2 | | | |
| 240 | | NBW | |
| § 1108 comma 1 | | art. 5:71 | 239, nt. 208 |
| 238, nt. 205 | | | |
| § 1111 | 240 | | |
| ZGB | | | |
| | | e) legislazione vigente | |
| | | ITALIA | |
| art. 782 | 240, nt. 211 | | |
| art. 782 comma 1 | | r.d. 13 febbraio 1933 n. 215, <i>Nuove norme per la bonifica integrale</i> | |
| 240, nt. 211 | | art. 21 | 245; 245, nt. 225;
245, nt. 226; 259;
290 |
| art. 782 comma 2 | | | |
| 240, nt. 211 | | d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, <i>Norme in materia ambientale</i> | |
| art. 783 comma 3 | | art. 253 | 265, nt. 270 |
| 240, nt. 211 | | | |
| CODICE CIVILE | | | |
| art. 850 | 245 | | |
| art. 860 | 245; 245, nt. 224;
245, nt. 226; 259;
290 | <i>Costituzione della Repubblica italiana</i> | |
| art. 861 | 245, nt. 226 | art. 23 | 260 |
| art. 862 | 245, nt. 226 | art. 42 comma 2 | 258; 260; 293 |
| art. 921 comma 2 | | art. 44 comma 1 | |
| 245 | | | 261, nt. 266 |
| art. 1027 | 249, nt. 233; 262,
nt. 269 | | |
| art. 1030 | 242; 246; 246, nt.
229; 248; 249, nt. | SPAGNA | |
| | | <i>Ley Hipotecaria:</i> | |

art. 2 núm. 2	160, nt. 6	259, nt. 261
art. 114	233; 233, nt. 197; 288	Cass. 11.688/1999 257, nt. 254 Cass. 11.684/2000
art. 115	233; 233, nt. 197; 288	257, nt. 254 Cass. 7561/2019 262, nt. 269
art. 116	233; 233, nt. 197; 288	Cass. 28.972/2020 262, nt. 269 Comm. Trib. Reg. Basilicata, Sez. I, 123/2019 258, nt. 258
f) fonti giurisprudenziali		
Cass. Napoli 9 maggio 1876		Comm. Trib. Reg. Emilia-Romagna, Sez. XIII, 119/2022
228, nt. 186		
Cass. Roma 20 dicembre 1876		258, nt. 258
227, nt. 185		Cort. App. Catanzaro, Sez. I, 1612/2021
Cass. 21 marzo 1927		1612/2021
241, nt. 212; 257, nt. 254; 257, nt. 255		265, nt. 270 Tar Brescia, Sez. II, 836/2021
Cass. 751/1960		265, nt. 270

INDICE DEGLI AUTORI

- A SAXOFERRATO B. 6, nt. 2; 9, nt. 3
ABERKANE H. 201, nt. 126
ACCARIAS C. 6, nt. 2
ACROSSO L. 216, nt. 157
AGNATI U. 70, nt. 101
AGULHON M. 166, nt. 26
AKKERMANS B. 159, nt. 5; 160, nt. 6
ALBERTARIO E. 21, nt. 11; 27, nt. 29;
32, nt. 38; 241, nt. 212; 257,
nt. 254; 257, nt. 255
ALPA G. 159, nt. 5
ALVIZZI DEL FRATE P. 159, nt. 4
AMARELLI F. 52, nt. 74
AMELOTTI M. 199, nt. 121
ANDREOLLI B. 146, nt. 112; 161, nt.
8
ANDRÉS SANTOS F.J. 232, nt. 193;
232, nt. 194; 233, nt. 197
ARANGIO-RUIZ V. 25, nt. 22; 26, nt.
24; 27, nt. 27; 58, nt. 84; 70,
nt. 99; 85, nt. 6; 94, nt. 25
ARCASIUS J.F. 6, nt. 2
ASTOLFI R. 16, nt. 2
ASTUTI G. 158, nt. 3; 203, nt. 132;
207, nt. 137; 207, nt. 138; 210,
nt. 144; 210, nt. 147; 211, nt.
150; 212, nt. 153
AZARA A. 246, nt. 229; 251, nt. 238
BALBI G. 54, nt. 75; 146, nt. 112;
241, nt. 212
BALDUS CH. 16, nt. 2; 237, nt. 202
BALZARINI R. 260, nt. 264
BARALIS G. 265, nt. 270
BARASSI L. 241, nt. 212; 257, nt.
255; 260, nt. 264
BARBERO D. 246, nt. 229; 251, nt.
238
BASILE R. 9, nt. 3; 31, nt. 36; 32, nt.
38; 42, nt. 60; 46, nt. 64; 83,
nt. 5; 85, nt. 6; 86, nt. 8; 87, nt.
12; 93, nt. 24; 94, nt. 25; 95,
nt. 26; 113, nt. 60; 116; 116,
nt. 66; 117, nt. 71; 119, nt. 73;
119, nt. 75; 120, nt. 77; 121,
nt. 78; 124, nt. 81; 124, nt. 82;
130, nt. 90; 137, nt. 102; 138,
nt. 103; 154, nt. 120; 155, nt.
123
BAUR F. 237, nt. 202
BEHREND O. 18, nt. 4; 27, nt. 29

- BENSA P.E. 6, nt. 2; 12, nt. 6; 31, nt. 36; 33, nt. 39; 40, nt. 55; 47, nt. 65; 50, nt. 69; 51, nt. 71; 56, nt. 78; 56, nt. 82; 58, nt. 83; 69, nt. 97; 74, nt. 107; 74, nt. 108; 83, nt. 5; 124, nt. 81; 140; 149, nt. 113; 154, nt. 120; 155, nt. 122; 155, nt. 123; 158, nt. 3; 161, nt. 7; 162, nt. 11; 162, nt. 12; 162, nt. 14; 228, nt. 186; 233; 241, nt. 212
- BERGER A. 93, nt. 24; 153, nt. 119
- BESELER G. 12; 12, nt. 7; 18, nt. 4; 23, nt. 16; 26, nt. 24; 52, nt. 74; 82, nt. 2; 87, nt. 13; 89; 89, nt. 14; 89, nt. 15; 90, nt. 17; 90, nt. 18; 91; 91, nt. 19; 92; 93; 94, nt. 25; 95; 95, nt. 26; 96, nt. 27; 104, nt. 41; 105; 117, nt. 70; 122
- BESSONE M. 234, nt. 199
- BETTI E. 11, nt. 5; 146, nt. 112
- BIANCA C.M. 261, nt. 265
- BIANCHI E. 29, nt. 32
- BIGIAMI W. 69, nt. 97
- BIGLIAZZI GERI L. 237, nt. 202; 238, nt. 205; 239, nt. 206; 243, nt. 214; 243, nt. 215; 243, nt. 216; 244, nt. 221; 245, nt. 226; 246, nt. 229; 249, nt. 236; 253, nt. 242; 255, nt. 250
- BIGNARDI A. 83, nt. 5; 116, nt. 65; 124, nt. 81
- BIONDI B. 6, nt. 2; 11, nt. 5; 17, nt. 3; 33, nt. 39; 46, nt. 64; 51, nt. 70; 56, nt. 82; 70, nt. 101; 83, nt. 5; 85, nt. 6; 95, nt. 26; 101, nt. 34; 102, nt. 35; 119, nt. 75; 124, nt. 81; 130, nt. 90; 133, nt. 94; 133, nt. 95; 134, nt. 96; 146, nt. 112; 150, nt. 114; 151, nt. 118; 154, nt. 121; 237, nt. 202; 241, nt. 212; 243, nt. 213; 243, nt. 215; 243, nt. 217; 244, nt. 218; 244, nt. 219; 245, nt. 223; 246, nt. 229; 249, nt. 235; 251, nt. 238; 253, nt. 241; 253, nt. 242; 253, nt. 243; 254, nt. 247; 255, nt. 250
- BISCARDI A. 58, nt. 84; 164, nt. 19
- BIZOUKIDES C. 26, nt. 26
- BLANCH J.M. 58, nt. 84
- BLANCH NOGUÉS J.M. 58, nt. 84; 68, nt. 96
- BLAUFARB R. 192, nt. 96; 198, nt. 115; 198, nt. 116
- BLONDY A. 178, nt. 61
- BOHÁČEK M. 85, nt. 6
- BONA F. 25, nt. 22; 25, nt. 23; 26, nt. 26
- BONCERF P.F. 167; 167, nt. 30; 168; 168, nt. 31; 168, nt. 32; 168, nt. 33; 169; 169, nt. 34; 169, nt. 35; 170; 170, nt. 39; 170, nt. 40; 173, nt. 48; 276
- BONELL M.J. 159, nt. 5
- BONFANTE G. 12, nt. 6
- BONFANTE P. 6, nt. 2; 12; 12, nt. 6; 12, nt. 7; 17, nt. 3; 20, nt. 8; 20, nt. 9; 20, nt. 10; 21; 21, nt. 12; 23, nt. 17; 30, nt. 34; 32, nt. 38; 33, nt. 39; 47, nt. 65; 50, nt. 69; 51, nt. 70; 52, nt. 72; 52, nt. 74; 56, nt. 82; 69, nt. 97; 82, nt. 2; 87, nt. 13; 91; 91, nt. 20; 92; 93, nt. 23; 124, nt. 81; 140
- BONIN P. 158, nt. 3

- BONINI R. 63, nt. 90; 158, nt. 3
BORSARI L. 214, nt. 156
BOSSU C. 58, nt. 84
BOZZI A. 253, nt. 241
BRANCA G. 234, nt. 199; 245, nt. 226; 246, nt. 227; 246, nt. 229; 253, nt. 241; 260, nt. 263; 260, nt. 264; 261, nt. 266; 262, nt. 269
BREMER F.P. 16, nt. 2
BRETONE M. 23, nt. 17; 86, nt. 8; 95, nt. 26; 164, nt. 19
BRINZ A. 14, nt. 12
BRUGI B. 6, nt. 2; 36, nt. 45; 87, nt. 12; 129, nt. 88; 130, nt. 90; 141, nt. 105; 212, nt. 151; 214, nt. 156; 226, nt. 183
BUCKLAND W.W. 85, nt. 6
BUND E. 85, nt. 6
BURDESE A. 11, nt. 5; 36, nt. 44; 36, nt. 45; 42, nt. 60; 83, nt. 5; 111, nt. 55; 111, nt. 57; 112, nt. 58; 113, nt. 59; 113, nt. 60; 115, nt. 63; 115, nt. 64; 116, nt. 66; 121, nt. 79; 136, nt. 98; 136, nt. 100; 137, nt. 101; 138, nt. 103; 241, nt. 212; 246, nt. 229; 251, nt. 238; 252, nt. 239; 253, nt. 240; 254, nt. 247; 255, nt. 251; 256, nt. 253
BURN E.H. 159, nt. 5
BURZIO C. 6, nt. 2; 40, nt. 55; 124, nt. 81; 124, nt. 82; 127, nt. 86; 129; 129, nt. 88
BUSNELLI F.D. 262, nt. 269
BUTERA A. 36, nt. 45; 38, nt. 50; 39, nt. 51; 47, nt. 65; 48, nt. 67; 50, nt. 69; 51, nt. 71; 69, nt. 97; 70, nt. 100; 70, nt. 101; 73, nt. 104; 246, nt. 229; 251, nt. 237; 251, nt. 238; 255, nt. 250
CAEPOLLA B. 6, nt. 2
CALASSO F. 161, nt. 9
CALVO R. 203, nt. 132; 205, nt. 134
CANNATA C.A. 164, nt. 19
CAPOGROSSI COLOGNESI L. 52, nt. 74; 61, nt. 87; 104, nt. 42
CARBONNIER J. 206, nt. 136
CARIOTA-FERRARA L. 199, nt. 121; 214, nt. 156; 216, nt. 158; 218, nt. 162; 219, nt. 164; 220, nt. 166; 221, nt. 168; 221, nt. 171; 223, nt. 176; 230, nt. 187; 231, nt. 190; 231, nt. 191; 234, nt. 199; 246, nt. 229
CARTWRIGHT J. 159, nt. 5
CARUSI P. 246, nt. 229; 251, nt. 238; 258, nt. 257
CARUSO C. 260, nt. 264
CASAVOLA F.P. 52, nt. 74
CASTALDO A. 166, nt. 26
CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S. 60, nt. 85
CASTRENSIS P. 6, nt. 2
CECCOPIERI MARUFFI P. 241, nt. 212
CHALLAYE F. 159, nt. 4; 167, nt. 29; 203, nt. 132
CHÉNON É. 166, nt. 26; 167, nt. 30; 169, nt. 36; 171, nt. 42; 172, nt. 43; 172, nt. 44; 174, nt. 52; 174, nt. 53; 175, nt. 54; 175, nt. 57; 178, nt. 61; 180, nt. 65; 180, nt. 66; 181, nt. 67; 181, nt. 68; 181, nt. 69; 182, nt. 70; 182, nt. 71; 182, nt. 72; 185, nt. 77; 186, nt. 83; 186, nt. 84; 188, nt. 87; 189, nt. 89; 190, nt. 90; 190, nt. 91; 190, nt. 92; 191, nt. 93; 192, nt. 98; 193,

- nt. 99; 193, nt. 100; 194, nt. 102; 195, nt. 106; 195, nt. 108; 196, nt. 111; 197, nt. 114; 198, nt. 115; 198, nt. 116; 198, nt. 117; 199, nt. 120; 199, nt. 122; 202, nt. 131; 205, nt. 134
- CHIARELLA M.L. 244, nt. 221
- CHIAZZESE L. 94, nt. 25
- CIAPESSONI P. 17, nt. 3; 18, nt. 5; 19, nt. 7
- CICU A. 237, nt. 202; 244, nt. 221
- CIPROTTI P. 162, nt. 14
- CLAPS G. 40, nt. 55
- CLICQUOT DE BLERVACHE S. 170, nt. 40
- COGLIOLO P. 6, nt. 2
- COLLINET P. 25, nt. 23; 26, nt. 26; 28
- COMPORZI M. 244, nt. 221; 244, nt. 222; 246, nt. 229; 258, nt. 257; 258, nt. 259; 259, nt. 262
- CONNANUS F. 6, nt. 2
- CORAPI D. 159, nt. 5
- CORBINO A. 41, nt. 58; 83, nt. 5; 128, nt. 87; 132, nt. 92; 135, nt. 97
- CORBO C. 58, nt. 84
- CORTESE E. 146, nt. 112; 161, nt. 9
- COSENTINO C. 160, nt. 6
- COSTANZA M. 241, nt. 212; 245, nt. 223
- COVIELLO L. 214, nt. 156; 216, nt. 159; 222, nt. 173; 223, nt. 175; 251, nt. 237; 251, nt. 238
- COVIELLO N. 230, nt. 187; 231, nt. 190; 231, nt. 191; 231, nt. 192
- CRIFÒ G. 12, nt. 6
- CRINITI N. 58, nt. 84
- CUJACIUS J. 9, nt. 3; 47, nt. 65; 50, nt. 69; 56, nt. 79
- CURRY-SUMNER I. 239, nt. 208
- CURSI M.F. 102, nt. 35; 103, nt. 37; 124, nt. 81; 130, nt. 90; 132, nt. 91
- D'AMELIO M. 246, nt. 229; 251, nt. 238
- D'IPPOLITO F. 18, nt. 4
- DATTILO G. 199, nt. 121; 234, nt. 199
- DE CRESCENZIO N. 13, nt. 9
- DE FRANCESCO A. 58, nt. 83
- DE FRANCISCI P. 18, nt. 4; 18, nt. 5; 23, nt. 16
- DEIANA G. 241, nt. 212; 246, nt. 229; 251, nt. 238; 253, nt. 240; 254, nt. 245; 254, nt. 249
- DEL GIUDICE P. 207, nt. 138; 209, nt. 142; 210, nt. 147; 211, nt. 150
- DELLA RATTA L. 209, nt. 143
- DE LUCA A. 54, nt. 75; 55, nt. 76; 55, nt. 77; 56, nt. 82; 58, nt. 83; 60, nt. 85; 61, nt. 86; 63, nt. 92; 83, nt. 5; 146, nt. 112; 155, nt. 123; 162, nt. 11; 162, nt. 13; 162, nt. 14; 214, nt. 156
- DE LUCA JO. BAPT. 162, nt. 14
- DEMANGEAT C. 6, nt. 2
- DE MARTINO F. 245, nt. 226; 258, nt. 258; 262, nt. 269
- DEMEYER S. 237, nt. 202; 239, nt. 208
- DE PETRIS A.L. 157, nt. 1; 238, nt. 203; 239, nt. 207; 245, nt. 223; 257, nt. 256; 262, nt. 269
- DE ROSATE A. 6, nt. 2; 10; 10, nt. 4; 123
- DE SARLO L. 86, nt. 8
- DE SIMONE M. 11, nt. 5; 83, nt. 5;

- 106, nt. 44; 110, nt. 54; 111, nt. 56; 111, nt. 57; 113, nt. 60; 114, nt. 61; 114, nt. 62; 115, nt. 63; 115, nt. 64; 116, nt. 65; 116, nt. 66
- DE UBALDIS A. 9, nt. 3
- DE UBALDIS B. 9, nt. 3
- DEZZA E. 203, nt. 132; 205, nt. 134; 207, nt. 137; 207, nt. 139
- DI GIANDOMENICO G. 234, nt. 199
- DI GIOVINE N. 253, nt. 242; 254, nt. 244; 254, nt. 246; 254, nt. 247; 254, nt. 248; 255, nt. 250; 255, nt. 251
- DILIBERTO O. 158, nt. 3
- DISTASO N. 243, nt. 213; 243, nt. 214; 243, nt. 215; 244, nt. 220
- DODECHOT J. 166, nt. 25
- DOMINGO R. 70, nt. 99
- DOMÍNGUEZ LUELMO A. 160, nt. 6; 232, nt. 193; 232, nt. 194; 232, nt. 196; 233, nt. 197
- DONELLUS H. 6, nt. 2
- DOPICO CAÍNZOS M^a.D. 60, nt. 85
- DOVERI A. 6, nt. 2
- DUARENUS F. 6, nt. 2
- DUBY G. 166, nt. 26
- DUVERGIER J.B. 182, nt. 72; 184, nt. 75; 190, nt. 90; 190, nt. 92; 193, nt. 101; 195, nt. 106; 195, nt. 107; 197, nt. 112; 197, nt. 114; 199, nt. 118; 202, nt. 130
- ELVERS R. 31, nt. 36
- EMMERICH E. 13, nt. 10
- ENNECCERUS L. 237, nt. 202
- ERMAN W. 237, nt. 202; 240, nt. 210
- FADDA C. 6, nt. 2; 12, nt. 6; 17, nt. 3; 19, nt. 6; 30, nt. 35; 31, nt. 36; 33, nt. 39; 40, nt. 55; 47, nt. 65; 50, nt. 69; 51, nt. 71; 56, nt. 78; 58, nt. 83; 69, nt. 97; 74, nt. 107; 74, nt. 108; 83, nt. 5; 124, nt. 81; 140; 154, nt. 120; 155, nt. 123; 158, nt. 3; 161, nt. 7; 162, nt. 11; 162, nt. 12; 162, nt. 14; 228, nt. 186; 233; 241, nt. 212
- FALCHI A. 187, nt. 86
- FALCONE G. 23, nt. 18
- FAVARA E. 253, nt. 241; 254, nt. 247; 256, nt. 252
- FEDELE A. 260, nt. 263
- FENET P.A. 205, nt. 134
- FERRABOSCHI M. 163, nt. 15
- FERRARY J.-L. 26, nt. 26
- FERRI G. 159, nt. 4
- FERRINI C. 27, nt. 29; 36, nt. 45; 46, nt. 64; 55, nt. 76; 58, nt. 83; 60, nt. 85; 61, nt. 86; 62, nt. 88; 63, nt. 92; 154, nt. 121; 230, nt. 187; 231, nt. 190; 231, nt. 191
- FIORE P. 36, nt. 45; 212, nt. 151; 214, nt. 156; 230, nt. 187
- FIOROT D. 166, nt. 25
- FOSCHINI G. 223, nt. 177
- FRANCARIO L. 245, nt. 226
- FRANCIOSI G. 6, nt. 2; 36, nt. 45; 46, nt. 64; 86, nt. 7; 128, nt. 87; 132, nt. 92; 132, nt. 93
- FREZZA P. 52, nt. 74
- FUENTESECA M. 25, nt. 22
- FUMAGALLI V. 146, nt. 112; 161, nt. 8
- FUNAIOLI C.A. 241, nt. 212
- FUSARO A. 54, nt. 75; 56, nt. 82; 146, nt. 112; 150, nt. 114
- GALLO F. 60, nt. 85

- GAMBARO A. 160, nt. 6; 241, nt. 212; 246, nt. 229
- GANDOLFI G. 54, nt. 75; 146, nt. 112; 150, nt. 114; 158, nt. 3; 203, nt. 133; 238, nt. 205; 239, nt. 206; 240, nt. 209; 240, nt. 211; 258, nt. 260
- GARAUD M. 166, nt. 26; 167, nt. 27; 167, nt. 28; 167, nt. 30; 168, nt. 32; 169, nt. 35; 169, nt. 36; 170, nt. 38; 170, nt. 39; 170, nt. 40; 172, nt. 43; 173, nt. 48; 173, nt. 49; 174, nt. 50; 174, nt. 51; 175, nt. 54; 175, nt. 57; 177, nt. 59; 178, nt. 60; 179, nt. 62; 180, nt. 65; 181, nt. 68; 182, nt. 70; 185, nt. 77; 186, nt. 83; 188, nt. 87; 189, nt. 89; 190, nt. 90; 191, nt. 93; 191, nt. 94; 192, nt. 95; 192, nt. 96; 192, nt. 97; 192, nt. 98; 194, nt. 102; 194, nt. 103; 195, nt. 104; 195, nt. 105; 195, nt. 108; 196, nt. 110; 196, nt. 111; 197, nt. 114; 198, nt. 115; 198, nt. 116; 198, nt. 117; 202, nt. 131
- GARCÍA CANTERO G. 160, nt. 6
- GARCÍA VÁZQUEZ C. 23, nt. 16
- GARDELLA TEDESCHI B. 214, nt. 156; 234, nt. 199
- GARNIER M. 179, nt. 62; 179, nt. 63; 184, nt. 76; 185, nt. 78; 185, nt. 79; 185, nt. 80; 185, nt. 81; 187, nt. 86; 189, nt. 88
- GARNSEY P. 159, nt. 4
- GAROFALO L. 146, nt. 112
- GENTILIS S. 9, nt. 3
- GERKENS J.F. 70, nt. 101
- GERMINO E. 52, nt. 74
- GIARDINA A. 25, nt. 22
- GIORGIANNI M. 54, nt. 75
- GIUFFRÈ V. 20, nt. 8; 20, nt. 10; 128, nt. 87; 132, nt. 92
- GLÜCK C.F. 6, nt. 2; 129, nt. 88; 130, nt. 90; 141, nt. 105; 214, nt. 156; 226, nt. 183
- GOLDSCHMIDT C.L. 13, nt. 9
- GONZÁLEZ J. 58, nt. 84
- GONZÁLEZ BUSTELO A. 70, nt. 99
- GRANDI D. 235, nt. 200; 236; 260, nt. 264; 289
- GRELLE F. 55, nt. 77
- GROSSI P. 146, nt. 112; 158, nt. 2; 163, nt. 16; 164, nt. 17; 164, nt. 18; 164, nt. 19; 164, nt. 20; 165, nt. 21; 165, nt. 22; 165, nt. 23; 165, nt. 24; 166, nt. 25; 172, nt. 46
- GROSSO G. 9, nt. 3; 11, nt. 5; 16, nt. 2; 17, nt. 3; 18, nt. 5; 32, nt. 38; 33, nt. 39; 36, nt. 44; 36, nt. 45; 45, nt. 62; 46, nt. 64; 54, nt. 75; 56, nt. 82; 61, nt. 87; 83, nt. 5; 85, nt. 6; 86, nt. 7; 87, nt. 13; 94, nt. 25; 101, nt. 34; 102, nt. 35; 103, nt. 36; 103, nt. 38; 104, nt. 42; 104, nt. 43; 106, nt. 44; 118, nt. 72; 120, nt. 77; 124, nt. 81; 132, nt. 92; 149, nt. 113; 154, nt. 121; 241, nt. 212; 246, nt. 227; 246, nt. 229; 247, nt. 230; 251, nt. 238; 253, nt. 240
- GUALANDI G. 56, nt. 81
- GUARINO A. 25, nt. 22
- GUARNERI A. 262, nt. 269
- GUARNERI CITATI A. 11, nt. 5; 27, nt. 29

- GUERINONI E. 246, nt. 229; 249, nt. 236; 252, nt. 239
GUERRA Y. 265, nt. 270
GUIGOU J-L. 166, nt. 25
GUYET C.J. 13, nt. 9
HAIMBERGER A. 6, nt. 2
HAKIM N. 158, nt. 3
HEINECCIUS IO. GOTT. 6, nt. 2
HEISLER P.J. 6, nt. 2
HORAK F. 26, nt. 26
HUBER U. 6, nt. 2
JANNACCONE C. 162, nt. 14
JOOST D. 239, nt. 208; 240, nt. 210
JUILLARD É. 166, nt. 26
KAISER L. 237, nt. 202
KARÉIEW N.I. 166, nt. 26; 167, nt. 30; 175, nt. 56; 181, nt. 68; 181, nt. 69
KARLOWA O. 107, nt. 48
KASER M. 103, nt. 36
KERN CH. A. 237, nt. 202
KIPP T. 237, nt. 202
KUBITSCHK J.W. 55, nt. 76
LAFARGUE P. 159, nt. 4
LANFRANCHI F. 56, nt. 79; 58, nt. 83; 60, nt. 85
LAURENDI R. 58, nt. 84; 60, nt. 85
LAVAGGI G. 58, nt. 83
LAWSON F.H. 159, nt. 5
LENEL O. 11, nt. 5; 16, nt. 2; 18, nt. 4; 20, nt. 8; 25, nt. 21; 32, nt. 37; 34, nt. 40; 44, nt. 61; 49, nt. 68; 56, nt. 80; 69, nt. 98; 70, nt. 99; 82, nt. 1; 83, nt. 3; 83, nt. 4; 83, nt. 5; 87, nt. 10; 95, nt. 26; 98; 98, nt. 30; 98, nt. 31; 98, nt. 32; 98, nt. 33; 100; 101; 104, nt. 39; 104, nt. 40; 117; 117, nt. 68; 117, nt. 70
LENT F. 237, nt. 202; 238, nt. 205
LETROSNE G.F. 170, nt. 40
LEVY E. 164, nt. 19
LICANDRO O. 56, nt. 82
LIEBERICH H. 237, nt. 202
LIPARI N. 262, nt. 269; 265, nt. 270
LO CASCIO E. 58, nt. 84
LONGO C. 17, nt. 3; 18, nt. 4; 18, nt. 5; 19, nt. 6; 26; 26, nt. 25; 29, nt. 33; 45, nt. 62; 46, nt. 64; 85, nt. 6
LONGO S. 25, nt. 22
LÓPEZ SUÁREZ M.A. 232, nt. 196
LUCHETTI G. 16, nt. 2; 27, nt. 29
LUZZATTO G.I. 55, nt. 77
MACIOCE F. 234, nt. 199; 236, nt. 201
MACKELDEY F. 13, nt. 11
MAGANZANI L. 56, nt. 82; 58, nt. 84; 61, nt. 86; 68, nt. 95; 68, nt. 96
MAININO G. 58, nt. 84; 60, nt. 85
MANNA L. 146, nt. 112; 150, nt. 114
MANNINO V. 160, nt. 6; 241, nt. 212; 262, nt. 269
MANZIUS C. 13, nt. 9
MARICONDA V. 54, nt. 75
MARINI A. 234, nt. 199
MARINI C. 209, nt. 143
MARRONE M. 104, nt. 43
MARTUCCI L. 207, nt. 139
MASCHI C.A. 21, nt. 11; 21, nt. 12; 22, nt. 14; 23, nt. 18; 27, nt. 29; 28, nt. 30; 29, nt. 33; 52, nt. 74
MASOERO A. 166, nt. 26
MASSA-GILLE G. 166, nt. 26
MASUELLI S. 35, nt. 43; 36, nt. 44; 83, nt. 5; 85, nt. 6
MAYER-MALY TH. 27, nt. 29

- MAYNZ C. 13, nt. 11
 MAURO L. 212, nt. 152
 MAZZA R. 265, nt. 270
 MENGONI L. 237, nt. 202; 244, nt. 221
 MERRYMAN J.H. 159, nt. 5
 MESSINEO F. 237, nt. 202; 244, nt. 221; 246, nt. 227; 249, nt. 233; 249, nt. 234; 255, nt. 250; 262, nt. 269
 MEYER-COLLINGS J.J. 93, nt. 24
 MEZZANOTTE F. 262, nt. 269
 MICHELET J. 171, nt. 41; 172, nt. 45; 175, nt. 55
 MIGLIARDI ZINGALE L. 199, nt. 121
 MIGLIETTA M. 16, nt. 2; 25, nt. 21
 MIRABELLI G. 214, nt. 156; 221, nt. 167; 221, nt. 169; 221, nt. 170; 222, nt. 173; 223, nt. 174; 223, nt. 175; 224, nt. 178
 MIRAGLIA G. 209, nt. 142
 MITTEIS H. 237, nt. 202
 MOCCIA L. 159, nt. 5
 MOLITOR J.P. 6, nt. 2
 MONTANARI C. 214, nt. 156; 228, nt. 186
 MONTANARI M. 146, nt. 112; 161, nt. 8
 MONTI G.M. 213, nt. 155
 MORELLO U. 241, nt. 212; 246, nt. 229; 262, nt. 269
 MOSCATI E. 241, nt. 212
 MÜHLENBRUCH C.F. 13, nt. 11
 MUSOLINO G. 241, nt. 212; 262, nt. 269
 NAMUR P. 6, nt. 2
 NASTI F. 158, nt. 3
 NATUCCI A. 160, nt. 6
 NAVARRA M. 30, nt. 35
 NOODT G. 6, nt. 2
 ORESTANO R. 58, nt. 83
 ORTOLAN M. 6, nt. 2
 OTTO E. 6, nt. 2
 PALATIELLO A. 214, nt. 156; 216, nt. 157
 PALAZZOLO N. 56, nt. 82
 PALERMO A. 69, nt. 97
 PANUNZIO S. 260, nt. 264
 PARADISO M. 234, nt. 199
 PASTORI F. 154, nt. 121
 PATAULT A.-M. 166, nt. 26; 206, nt. 136
 PECCHIUS F.M. 6, nt. 2
 PERLINGIERI P. 244, nt. 221
 PERNICE A. 6, nt. 2; 47, nt. 65; 56, nt. 82
 PEROZZI S. 52, nt. 74; 92, nt. 22
 PERTILE A. 146, nt. 112; 162, nt. 14
 PETERS H. 52, nt. 74
 PETRONIO U. 158, nt. 3
 PETRUCCI A. 63, nt. 93
 PICARD M. 200, nt. 123; 200, nt. 124; 200, nt. 125; 201, nt. 126
 PISTOLESI O. 34, nt. 41; 35, nt. 42; 36, nt. 44; 36, nt. 45; 38, nt. 49; 39, nt. 53; 40, nt. 54; 40, nt. 55; 83, nt. 5
 PLANIOL M. 200, nt. 123; 200, nt. 124; 200, nt. 125; 201, nt. 126; 201, nt. 127; 202, nt. 131; 206, nt. 136
 PONTIERI E. 213, nt. 155
 PONTORIERO I. 16, nt. 2
 PORTALIS J.-É.-M. 203, nt. 132; 205, nt. 134; 210, nt. 147
 POTHIER R.J. 200; 200, nt. 125; 201, nt. 128; 281
 PRINGSHEIM F. 26, nt. 26

- PRIVITERA MANNINO F. 241, nt. 212
PROCCHI F. 130, nt. 90
PROVERA G. 9, nt. 3; 52, nt. 74; 154, nt. 121
PUGLIATTI S. 262, nt. 268
PULIATTI S. 63, nt. 90
PULVIRENTI G. 36, nt. 45
RAINER J.M. 11, nt. 5
RANDAZZO S. 52, nt. 73; 86, nt. 7
RECHNITZ W. 23, nt. 16
RESCIGNO P. 234, nt. 199; 245, nt. 226; 246, nt. 229; 265, nt. 270
RICCI F. 231, nt. 190
RICCIO D. 234, nt. 199
RICCOBONO S. 52, nt. 74
RIPERT G. 200, nt. 123; 200, nt. 124; 200, nt. 125; 201, nt. 126; 201, nt. 127; 202, nt. 131; 206, nt. 136
RIXECKER R. 237, nt. 202; 239, nt. 208; 240, nt. 210
RIZZI G. 216, nt. 157
RODGER A. 94, nt. 25
RODOTÀ S. 260, nt. 264; 261, nt. 266
ROMANO F. 241, nt. 212
ROMANO S. 93, nt. 24
RONKE M. 237, nt. 202; 240, nt. 210
ROTONDI G. 21, nt. 11; 21, nt. 12; 22, nt. 14; 23, nt. 18; 26, nt. 26; 27; 27, nt. 27; 27, nt. 29; 28, nt. 30; 29, nt. 31
RUDDEN B. 159, nt. 5
RUDORFF A.F. 11, nt. 5; 83, nt. 5
RUGGIERI O. 6, nt. 2; 130, nt. 90
RUSSO A. 6, nt. 2; 83, nt. 5; 130, nt. 90
SÄCKER F.J. 237, nt. 202; 239, nt. 208; 240, nt. 210
SAITTO F. 260, nt. 264
SALERNO F. 70, nt. 101
SALIOU C. 130, nt. 90
SÁNCHEZ JORDÁN M.E. 160, nt. 6
SANTORO-PASSARELLI F. 246, nt. 229
SANTUCCI G. 25, nt. 22
SARGENTI M. 70, nt. 101
SCALISI V. 262, nt. 267
SCHERILLO G. 11, nt. 5; 56, nt. 82; 64, nt. 94; 149, nt. 113
SCHIAVONE A. 25, nt. 22; 26, nt. 26; 158, nt. 3
SCHLESINGER P. 244, nt. 221; 262, nt. 269
SCHNEIDEWIN JO. 6, nt. 2
SCHÖNBAUER E. 70, nt. 101
SCHULZ F. 16, nt. 2; 86, nt. 8
SCHUPFER F. 146, nt. 112
SCHWAB K.H. 237, nt. 202; 238, nt. 205
SCIALOJA A. 234, nt. 199; 245, nt. 266; 246, nt. 227; 262, nt. 269
SCIALOJA V. 10; 10, nt. 4; 11, nt. 5; 13, nt. 8; 15, nt. 1; 31, nt. 36; 33, nt. 39; 40, nt. 55; 41, nt. 59; 42, nt. 60; 46, nt. 64; 83, nt. 5; 123; 123, nt. 80; 124, nt. 81; 124, nt. 82; 125, nt. 83; 126, nt. 85; 129, nt. 88; 130, nt. 89; 130, nt. 90; 132; 132, nt. 91; 137, nt. 102; 143, nt. 108
SCOGNAMIGLIO C. 160, nt. 6
SCUTO C. 251, nt. 237
SCUTO E. 199, nt. 121; 234, nt. 199
SEGRÈ G. 9, nt. 3; 10; 11, nt. 5; 34, nt. 41; 58, nt. 83; 83, nt. 5; 85, nt. 6; 87, nt. 13; 91; 91, nt. 21; 92, nt. 22; 94, nt. 25; 95; 95,

- nt. 26; 96; 96, nt. 27; 101, nt. 34; 102, nt. 35; 104, nt. 41; 106; 106, nt. 44; 106, nt. 45; 107, nt. 46; 107, nt. 47; 107, nt. 48; 108, nt. 49; 108, nt. 50; 109, nt. 51; 109, nt. 52; 109, nt. 53; 110; 116; 116, nt. 66; 116, nt. 67; 117, nt. 71; 118; 118, nt. 72; 119, nt. 74; 120, nt. 77; 121; 122; 134, nt. 96; 154, nt. 121
- SERAFINI F. 6, nt. 2
- SHERWIN-WHITE A.N. 60, nt. 85
- SIMONCELLI V. 212, nt. 151
- SIMONCELLI SCIALOJA V. 246, nt. 228; 248, nt. 231
- SIRAGO V.A. 58, nt. 84; 60, nt. 85
- SITZIA F. 70, nt. 101
- SOBOUL A. 185, nt. 79
- SOLAZZI S. 11, nt. 5; 16, nt. 2; 17, nt. 3; 20, nt. 8; 21; 21, nt. 12; 22, nt. 14; 23, nt. 16; 30, nt. 35; 34, nt. 41; 48, nt. 66; 52, nt. 74; 83, nt. 5; 85, nt. 6; 86, nt. 8; 87, nt. 13; 94, nt. 25; 102, nt. 35; 103, nt. 36; 104, nt. 41; 104, nt. 42; 116; 116, nt. 67; 117; 117, nt. 69; 117, nt. 70; 117, nt. 71; 118; 118, nt. 72; 119; 119, nt. 74; 120; 120, nt. 76; 120, nt. 77; 123; 124, nt. 81
- SOLIDORO MARUOTTI L. 146, nt. 112; 164, nt. 19
- SOLIMÈNA C. 60, nt. 85
- SPINOSA A. 158, nt. 3
- STEVERUS H.C. 13, nt. 11
- STOLFI E. 26, nt. 26; 35, nt. 43; 36, nt. 44; 37, nt. 47
- STOLFI N. 214, nt. 156; 221, nt. 168; 225, nt. 179; 225, nt. 180; 230, nt. 187; 231, nt. 190; 231, nt. 191
- STRAUCHIUS JO. 6, nt. 2
- TALAMANCA M. 25, nt. 22; 27, nt. 29
- TARTUFARI L. 33, nt. 39; 37, nt. 48; 39, nt. 51; 46, nt. 64; 50, nt. 69; 83, nt. 5; 124, nt. 81; 130, nt. 89; 155, nt. 123
- TELLEGEN J.W. 60, nt. 85
- TESSERA D. 262, nt. 269
- THIBAUT A.F.J. 6, nt. 2
- THOMAS R. 239, nt. 208
- THOMASIVS CH. 6, nt. 2
- TORRENT A. 46, nt. 64; 83, nt. 5; 141, nt. 105; 143, nt. 107; 145, nt. 110; 146, nt. 112; 149, nt. 113; 150, nt. 115; 151, nt. 117; 154, nt. 121
- TORRENTE A. 234, nt. 199
- TOSCANO N.-A. 262, nt. 269
- TRIFONE R. 161, nt. 10; 207, nt. 139; 213, nt. 155; 216, nt. 157; 217, nt. 160; 217, nt. 161; 218, nt. 162; 225, nt. 181; 226, nt. 182
- TUMINELLI R. 167, nt. 28
- VACCA L. 151, nt. 117
- VALENTINI C. 260, nt. 264
- VALSECCHI E. 214, nt. 156; 230, nt. 187; 231, nt. 190; 231, nt. 191
- VASSALLI F. 199, nt. 121; 246, nt. 229
- VIARO S. 111, nt. 57
- VILLARI L. 167, nt. 29
- VINNIUS A. 6, nt. 2
- VINOGRADOFF P. 159, nt. 5
- VITON DE SAINT-ALLAIS N. 185, nt. 78

- VON LÜBTOW U. 237, nt. 202
VON VANGEROW K.A. 13, nt. 11
VOVELLE M. 171, nt. 41; 173, nt. 47;
175, nt. 55
WALLON A. 166, nt. 26
WARENDORF H. 239, nt. 208
WESTERMANN H.P. 237, nt. 202;
240, nt. 210
WIEACKER F. 27, nt. 29
WINDSCHEID B. 6, nt. 2; 12, nt. 6; 31,
nt. 36; 33, nt. 39; 40, nt. 55; 47,
nt. 65; 50, nt. 69; 51, nt. 71; 56,
nt. 78; 56, nt. 82; 58, nt. 83; 69,
nt. 97; 74, nt. 107; 74, nt. 108;
83, nt. 5; 124, nt. 81; 154, nt.
120; 155, nt. 123; 158, nt. 3;
161, nt. 7; 162, nt. 11; 162, nt.
12; 162, nt. 14; 228, nt. 186
WINSPEARE D. 207, nt. 139
WOLFF M. 237, nt. 202
YDRAUT J.-P. 179, nt. 63
ZACCAGNINI M. 214, nt. 156; 216,
nt. 157
ZANOBINI G. 260, nt. 264
ZASIUŠ U. 6, nt. 2
ZENO-ZENCOVICH V. 159, nt. 5
ZOPPINI A. 159, nt. 5; 265, nt. 270
ZOZ M.G. 58, nt. 83
ZUCCOTTI F. 34, nt. 41; 36, nt. 44;
36, nt. 45; 42, nt. 60; 52, nt. 74

SOMMARIO

PREFAZIONE	5
CAPITOLO I	
IL PRINCIPIO <i>SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT</i> 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>	15
2. Alcune riflessioni sulla possibilità di individuare altre eccezioni al principio <i>servitus in faciendo consistere nequit</i>	31
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 ad alcune figure archetipiche di oneri reali nel diritto pubblico romano	55
5. L'archetipo dell'onere reale nelle fonti del diritto privato romano	69
6. La presunta validità generale della regola <i>servitus in faciendo consistere nequit</i> e l'ammissibilità di archetipi dell'onere reale in diritto romano	75
CAPITOLO II	
LA <i>REFECTIO PARIETIS</i> NELLA <i>SERVITUS ONERIS FERENDI</i> : UNA RICOSTRUZIONE ALTERNATIVA	
1. Analisi e inquadramento della fattispecie considerata in Ulp. 17 <i>ad ed.</i> D. 8.5.6.2	81
2. Se l' <i>onus refectionis</i> nella <i>servitus oneris ferendi</i> sia di matrice giustiniana	89
3. Se possa accogliersi la congettura di Gino Segrè circa la <i>vindicatio</i> della <i>servitus oneris ferendi</i>	106
4. Esame dei diversi tentativi volti a spiegare e conciliare l' <i>onus refectionis</i> nella <i>servitus oneris ferendi</i> con la regola <i>servitus in faciendo consistere nequit</i> e obiezioni a essi movibili	122

5. Una congettura alternativa circa la portata della regola <i>servitus in faciendo consistere nequit</i> e sulla sua relazione con l' <i>onus refectionis</i> nella <i>servitus oneris ferendi</i>	141
6. La natura giuridica della <i>refectio parietis</i> nella <i>servitus oneris ferendi</i> e del <i>facere</i> previsto in Pomp. 5 <i>ad Sab.</i> D. 7.1.19.1 e in Ulp. 17 <i>ad ed.</i> D. 8.5.4.5	146

CAPITOLO III

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

1. Raggugli sullo sviluppo degli oneri reali in diritto intermedio. Esame delle istanze in tema di proprietà fondiaria affermatesi a seguito della Rivoluzione francese. Cenni alla disciplina rivoluzionaria in materia di <i>rentes foncières</i>	157
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	204
3. Alcune osservazioni sulle <i>Reallasten</i> e sulla disciplina del § 1105 del <i>BGB</i>	236
4. Alcune considerazioni sull'ammissibilità di fattispecie riconducibili alla categoria dell'onere reale nella sistematica dei rapporti reali	241

RIFLESSIONI CONCLUSIVE	267
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	297
--------------	-----

INDICE DELLE FONTI	325
--------------------	-----

INDICE DEGLI AUTORI	335
---------------------	-----

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*", 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOLZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOLZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggino*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini. I. Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore, I*, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA E., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LISSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze*. *Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. GIUSTIZIA senza confini. Studi offerti a Federico Carpi, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO E., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI E., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI E., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L' homo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., «Proxenetes est in tractando». *La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. PIERI B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei consilia di Paolo da Castro*, 2016.
283. RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. POLACCHINI F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. CALCAGNILE M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. VINCIERI M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. CASALE D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. GANARIN M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. LAUS F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. BONACINI P., *Multā scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. GABELLINI E., *L'azione arbitrare. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. LUPOI M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. DALLARI F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. DONINI A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. NOVARO P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. MATTIOLI F., *Giustiniano, gli argentari e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. RAFFIOTTA E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. MEDINA M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. CENTAMORE G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. CARUSO C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. BOLOGNA C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. ABIS S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
308. CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A. (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, 2020.
- 308.BIS CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. MORRONE A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. PEZZATO E., *Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstita in età tardoantica e giustiniana*, 2022.
311. MOLINARI M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra methodus docendi e mito. Έχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, 2021.
312. GUERRIERI G., LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.
313. MORRONE A., MOCCHEGIANI M. (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, 2022.
314. GIUPPONI T.F., ARCURI A. (a cura di), *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, 2022.

315. BONETTI T., *La partecipazione strumentale*, 2022.
316. GUARNIERI E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, 2022.
317. CAVINA M., *Un inedito di Giulio Claro (1525-1575): Il «trattato di duello». Edizione dal manoscritto [Madrid] Biblioteca de San Lorenzo de El Escorial, g. II. 10*, 2022.
318. PACILLI M., *La tutela camerale tra forme e garanzie*, 2022.
319. CALCAGNILE M., *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, 2022.
320. MENGOZZI P., *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione Europea*, 2022.
321. TOMER A., *'Aedes sacrae' e 'edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico'. La condizione giuridica delle chiese tra ordinamento canonico e ordinamento italiano*, 2022.
322. CALETTI G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, 2023.
323. MULAZZANI G., *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, 2023.
324. VISCONTI A.C., *Banca centrale europea e sovranità economico-finanziaria*, 2023.
325. PEDULLÀ A., *Contributo per una teoria sulla costituzionalizzazione del giusto procedimento*, 2023.
326. D'ANGELO G. (edited by), *Aspects of customs control in selected EU Member States*, 2023.
327. DE PETRIS A.L., *Il principio servitus in faciendo consistere nequit e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica*, 2023.

Finito di stampare nel mese di giugno 2023
per i tipi di Bologna University Press