

## Servitù prediali ed obbligazioni «propter rem»

1. La questione se sui fondi provinciali si potessero costituire dei diritti reali di usufrutto o di servitù prediale è, come noto, assai dibattuta fra i romanisti. Volendo fare il punto della dottrina al riguardo, potrebbe essere sufficiente questo rilievo: che le varie opinioni risultano, per così dire, cristallizzate in due tesi irriducibilmente antitetiche. Mentre alcuni, infatti, negano che fosse consentita, nel diritto romano classico, la costituzione sui fondi provinciali dei diritti reali di usufrutto o di servitù prediale<sup>1</sup>, altri, al contrario, lo ammettono e lo sostengono con argomenti che non sembrano meno validi di quelli adottati dai loro contraddittori<sup>2</sup>. Nell'ambito di ognuna delle tesi accennate sono indubbiamente rilevabili delle differenze di dettaglio<sup>3</sup>, ma, per quanto concerne il punto centrale della disputa, la dottrina continua a restare ferma sulle due posizioni divenute ormai tradizionali. Potrebbe darsi che, allo stato attuale delle nostre conoscenze, non sia possibile raggiungere risultati più proficui; ma potrebbe anche non essere inutile il tentativo di riesaminare la questione da un diverso punto di vista, che non coincide con quello da cui si pongono, pur giungendo a conclusioni opposte, i sostenitori di entrambe le tesi, della realtà e della obbligatorietà del rapporto nascente dalla *pactio et stipulatio*. Si tratta, come si vedrà, di una prospettiva non nuova<sup>4</sup>, ma diversa da quella che ha orientato le ricerche più recenti, le quali l'hanno, in genere<sup>5</sup>, disattesa senza una critica appro-

---

[«Studi in onore di Edoardo Volterra», II, Milano, 1971, p. 15-48]

<sup>1</sup>) G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 82 s.: «*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». La tesi del Beseler è stata ripresa con gran copia di argomenti da S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 109 ss. Ampie citazioni bibliografiche sul tema delle servitù provinciali in P. CIAPESSONI, 'Servitus personae' ed 'usus personae', in «Per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana», Pavia, 1934, p. 943 nt. 103.

<sup>2</sup>) Cfr. per tutti B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*<sup>2</sup>, Milano, 1954, p. 248 ss.

<sup>3</sup>) Ad esempio, si discute in dottrina sulla questione se il binomio *pactio et stipulatio* sottintendesse due atti distinti, ciascuno dei quali sarebbe stato sufficiente di per sé ad attuare l'intento empirico delle parti (secondo la vecchia tesi già sostenuta dal S. PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, in «RISG.», XXIII, 1897, p. 3 ss. – tesi modificata dallo stesso autore in *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Roma, 1928, I, p. 770 s. –, da H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, Münster, 1911, p. 14 ss., da A. CARCATERRA, *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, Milano, 1942, p. 93 ss.), e sulla questione, inoltre, se le *pactiones et stipulationes* trovassero applicazione solo sui fondi provinciali (cfr. per tutti PEROZZI, *I modi pretorii*, cit., p. 28, e P. COLLINET, *Les pactes et stipulations constitutifs de servitudes*, in *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris, 1912, p. 163 ss.) oppure anche sui fondi italici (cfr. per tutti P. FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali*, in «SUC.», XXII, 1934, p. 124 s.).

<sup>4</sup>) La sua enunciazione risale infatti a R. JHERING, *Passive Wirkungen der Rechte*, in «JJ.», X, 1871, p. 553 ss.

<sup>5</sup>) L'idea dello Jhering è stata ripresa da V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>13</sup>, Napoli, 1957, p. 459, che però l'ha utilizzata a sostegno della tesi dominante, secondo cui la *pactio et stipulatio* sarebbe stata produttiva di effetti reali. A suo avviso, infatti, attraverso una interpretazione più elastica del formulario della *stipulatio* 'neque per te neque per venientes a te personae fieri quo minus mihi ire agere liceat', e cioè intendendo le 'personae venientes a te' con riferimento agli acquirenti a titolo particolare anziché o in aggiunta agli eredi (od altri successori a titolo universale), si sarebbe arrivati nelle provincie ad attribuire alla *stipulatio* gli effetti sopra indicati. L'uso del termine 'pactio' sarebbe stato sufficiente per rendere accettabile l'idea di una *stipulatio* eccezionalmente costitutiva di effetti reali. In genere, però, la dottrina non si è soffermata sullo scritto dello Jhering, se non per criticarlo aspramente: si veda, per tutti, S. RICCOBONO, *Dies vel condicio*, in «T.», III, 1922, p. 359 ss., il quale, peraltro, ha reso omaggio all'efficacia della sintesi

fondita, mentre essa merita, a nostro avviso, di essere considerata con maggior attenzione.

2. E' indiscutibile, anzitutto, che all'accoglimento dell'una o dell'altra delle tesi sopra indicate si oppongono difficoltà gravissime, per non dire insuperabili. Ai nostri fini è sufficiente qui ricordare, da un lato, che il più strenuo sostenitore della tesi della mera obbligatorietà del rapporto nascente *pactionibus et stipulationibus*<sup>6</sup> si è trovato costretto a postulare, come tosto vedremo, una radicale correzione del testo gaiano (*inst.* 2.31) il quale costituisce il punto di partenza necessario per ogni ricerca sul tema delle servitù provinciali; dall'altro, che i suoi avversari sono ben lontani dall'essere riusciti a spiegare in modo convincente come dalla *pactio et stipulatio* potessero scaturire effetti reali, fossero questi da ricollegarsi alla *pactio*<sup>7</sup> ovvero alla *stipulatio*<sup>8</sup>. Nelle due ipotesi sembra, infatti, decisiva l'obiezione che, se è difficile, per non dire impossibile, pensare ad una *stipulatio* costitutiva di un diritto reale limitato, non è meno difficile sostituire ad essa nell'identica funzione la *pactio*, la quale, nel diritto romano classico, non era idonea a produrre nemmeno effetti obbligatori; né le cose cambiano se si pensa ad un negozio complesso, comprensivo sia della *pactio* sia della *stipulatio*, ad un «patto suggellato e garantito dalla formale stipulazione»<sup>9</sup>. E se la seconda tesi sembra aver raccolto una maggioranza di consensi, ciò è dipeso dal fatto che i suoi sostenitori hanno ritenuto di poter superare agevolmente ogni ostacolo, attribuendo *sic et simpliciter* al pretore la creazione di due nuovi *iura in re aliena*, previsti dall'editto provinciale e sostanzialmente analoghi ai corrispondenti istituti del *ius civile*, mentre i caratteri ed i limiti dell'intervento magistratuale in tema di usufrutto e di servitù continuano ad essere aspramente dibattuti dalla dottrina<sup>10</sup>, tanto da far ragionevolmente dubitare della

storica prospettata dal predetto autore prendendo lo spunto dal regime delle *pactiones et stipulationes*.

<sup>6</sup>) SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 112. Analogamente è sfornita di prova la sua ricostruzione di D. 7.4.19 (Gai. 7 ad ed. prov.): «*usus fructus domini mutatione non amittitur*», mentre il testo, ricavato da un commento all'editto provinciale, dice tutto l'opposto: «*neque usus fructus neque iter actusve domini mutatione amittitur*».

<sup>7</sup>) Come ha più volte sostenuto Giuseppe Grosso (*Lezioni di diritto romano. Le servitù prediali*, s.l. [ma Modena], a.a. 1931-1932, p. 206 ss., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944, p. 206 ss., e *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 1958, p. 355 ss.), la *stipulatio*, aggiunta alla *pactio*, sarebbe servita a garantire l'esercizio del diritto reale nato dalla *pactio* medesima.

<sup>8</sup>) Che dalla *stipulatio* nascesse un diritto reale è stato sostenuto con grande vigore dal BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 254 ss., secondo il quale la *stipulatio* avrebbe potuto essere impiegata indifferentemente per produrre sia effetti reali sia effetti obbligatori; solo la volontà delle parti, concretantesi nel *pactum*, avrebbe consentito di distinguere e di attribuire all'accordo formale l'uno o l'altro degli effetti sopra indicati. *Contra*, tra gli altri, GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, cit., p. 356.

<sup>9</sup>) P. BONFANTE, *L'editto publiciano*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1918, p. 407 nt. 2 e p. 941 s., *Sui 'contractus' e sui 'pacta'* (1920), ivi, III, Torino, 1921, p. 146, e *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, p. 109 ss.

<sup>10</sup>) I sostenitori della tesi dell'efficacia reale delle *pactiones et stipulationes* (tesi già sostenuta dai pandettisti, senza precisare se tale efficacia operasse *iure civili* ovvero *iure praetorio*), sono orientati nel senso di attribuire al pretore il riconoscimento e la tutela dei rapporti costituiti con il mezzo sopra indicato sui fondi provinciali. Ma resta pur sempre assolutamente incerto il modo in cui tale tutela si sarebbe realizzata. Già il KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit., p. 23 s., aveva recisamente negata la concessione, da parte del pretore, al titolare di una servitù provinciale di un' *actio* (fosse questa *utilis* o con *formula in factum*); a suo avviso la tutela pretoria si sarebbe attuata mediante interdetti accordati sul duplice presupposto della conclusione di una *pactio* o di una *stipulatio* e dell'esercizio effettivo della servitù: «Der Erwerber muss die verabredete Servitut tatsächlich ausüben. Nur dann erhält er prätorischen Schutz, nämlich in den quasi possessorischen Interdikten». Tale opinione è stata però vivacemente contrastata (cfr. per tutti ALBERTARIO, *La protezione pretoria delle servitù romane*, in «*Filangieri*», XXXVII, 1912, p. 207 ss., e E. RABEL, *Zu den sogenannten prätorischen Servituten*, in «*Mélanges P.F. Girard*», II, Paris, 1912, p. 389 ss.), e la tesi della tutela pretoria delle servitù (o dell'usufrutto) non ha fatto ulteriori progressi. Ad un' *actio in factum* accenna genericamente il RICCOBONO, *Dies vel condicio*, cit., p. 355. Dal canto suo il FREZZA, *Appunti esegetici*, cit., p. 125, pur ammettendo un intervento del pretore diretto a rafforzare gli effetti puramente obbligatori propri della *pactio et stipulatio*, non ha affrontato i problemi inerenti alla tutela giudiziale della servitù provinciale. Un intervento del pretore in questo campo è presupposto, ma non dimostrato, dal C.A. MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in «*BIDR.*», XLVI, 1939, p. 282 ss.: che il pretore avesse il potere di attribuire ad un *pactum* effetti reali (come è avvenuto per la *conventio pignoris*) è certo, ma non è detto che tali effetti siano stati da lui attribuiti anche alle *pactiones et stipulationes*. Ad una  *fictio* formulare ha accennato il CIAPESSONI, «*Servitus personae* e «*usus personae*», cit., p. 943 nt. 103, cui si deve una chiarissima messa a punto dei termini della questione. Questa è stata di recente affrontata decisamente dal BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 253 ss.: a suo avviso, il pretore avrebbe concesso al titolare della servitù provinciale la stessa *actio in factum* spett-

concessione di un'actio in rem (sia utilis che in factum).

A nostro avviso, proprio l'elementare testo di Gaio offre lo spunto per una diversa impostazione del problema, dal momento che in esso non si dice che sui fondi provinciali usufrutto e servitù si costituivano *pactionibus et stipulationibus* e non si dice nemmeno, come sostiene il Solazzi<sup>11</sup>, che *'in provincialibus praediis sive quis usum fructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel alius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiantur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest <ut is stipulatorem uti frui vel ire agere vel aquam ducere patiatur>'* (l'integrazione proposta da 'ut' a 'patiatur' è, infatti, destituita di qualsiasi fondamento). Più semplicemente Gaio, senza lasciare dubbi sull'intento empirico delle parti di costituire sul fondo provinciale un usufrutto od una servitù prediale, afferma che esse avrebbero potuto raggiungere tale risultato, *'id efficere', pactionibus et stipulationibus*. Il che ci sembra già sufficiente per far dubitare sia della tesi del rapporto obbligatorio, ovvio essendo che, mediante la costituzione di un rapporto di questo tipo, si sarebbero raggiunti risultati nettamente diversi da quelli voluti dalle parti e realizzati, sui fondi italici, con l'impiego della *mancipatio* o della *in iure cessio* (si potrebbe anche aggiungere che la *stipulatio* sarebbe stata più che sufficiente, da sola, a produrre degli effetti meramente obbligatori), sia della tesi contraria, che implicitamente equipara gli effetti della *mancipatio* e della *in iure cessio* da un lato a quelli della *pactio et stipulatio* dall'altro. Infatti, se così fosse, Gaio avrebbe detto con ben maggiore concisione e chiarezza che l'usufrutto e le servitù si costituivano sui fondi provinciali non già mediante *mancipatio* od *in iure cessio*, bensì *pactionibus et stipulationibus*<sup>12</sup>.

Entrambe le tesi contrastano, a nostro avviso, già con la stessa impostazione del discorso gaiano, che inizia ai §§ 29-30 con un accenno ai modi di costituzione *iure civili* dell'usufrutto e delle servitù, a proposito dei quali si sottolinea che, a differenza della servitù, *'ususfructus in iure cessionem tantum recipit'*. Subito dopo, al § 31, Gaio precisa che tale regime vale per i fondi italici e non per i fondi provinciali, i quali non tollerano né la *mancipatio* né la *in iure cessio* (*'ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt'*). Il giureconsulto non spiega, a questo punto, il perché di tale limitazione, ma non è difficile ricostruirlo ricordando come la *mancipatio*, costitutiva di un diritto di servitù, presupponesse che il *mancipio dans* ed il *mancipio accipiens* avessero entrambi il *dominium ex iure Quiritium* dei fondi, rispettivamente, servente e dominante, come lo doveva avere chi intendeva costituire mediante *in iure cessio* un diritto di usufrutto sul proprio fondo. Ne consegue che né la *mancipatio* né la *in iure cessio* avrebbero mai potuto trovare applicazione con riguardo ai *provincialia praedia*, che erano di proprietà dello Stato e non dei privati<sup>13</sup>. Alla luce di queste considerazioni diventa particolarmente significativo il raffronto tra la situazione dei *praedia* e quella degli altri beni, pure situati

---

tante a tutela della *possessio vel ususfructus*. Contro questa interpretazione e, più in generale, contro la tesi secondo cui sui fondi provinciali si sarebbero potuti costituire dei diritti reali di usufrutto e di servitù, protetti giudizialmente dal pretore, SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 132 ss. A nostro avviso, le argomentazioni addotte dall'illustre autore risultano ancora pienamente convincenti, in particolare questa, che è assai poco credibile che il pretore abbia potuto violare il principio da cui discendeva l'impossibilità giuridica di costituire sui fondi provinciali dei diritti reali di usufrutto o di servitù, concedendo al soggetto attivo del rapporto costituito *pactionibus et stipulationibus*, contro gli interessi dello Stato proprietario dei fondi medesimi, un'azione esperibile *erga omnes*. Pure convincente ci sembra il rilievo secondo cui la presenza della *stipulatio* accanto alla *pactio* induce a ritenere che la costituzione della servitù, a differenza di quella del pegno, fosse governata dal diritto civile e non dal diritto pretorio. La *stipulatio*, accessibile tanto ai romani quanto ai peregrini, operava sicuramente sul terreno del *ius gentium*, né il pretore avrebbe mai potuto attribuire a quel contratto effetti reali, senza sconvolgere dalle sue basi l'intero sistema.

<sup>11</sup>) *Requisiti*, cit., p. 112. Il Solazzi già aveva avanzato dubbi sulla genuinità di Gai., *inst.* 2.31 in *Glosse a Gaio*, in «Per il XIV centenario della compilazione giustiniana», cit., p. 344, e in *Usus proprius*, in «SDHI», VII, 1941, p. 407 s., espungendo dal testo, come glossema, la parte compresa fra *'vel altius tollendi'* e *'ceteraque similia iura'*, oltre alla frase finale *'quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt'*. Meramente congetturale è la ricostruzione proposta dal CIAPESSONI, *'Servitus personae'* e *'usus personae'*, cit., p. 943 nt. 103, secondo cui dopo la parola *'ducendi'* Gaio avrebbe così proseguito: *'aliudve ius praedii constituere velit non potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt'*.

<sup>12</sup>) L'obiezione è già stata avanzata dal GROSSO, *Corso*, cit., p. 211.

<sup>13</sup>) Sulla situazione giuridica dei fondi provinciali si vedano, in particolare, le limpide pagine scritte dal SOLAZZI, *Usus proprius*, cit., p. 373 ss.

nelle provincie, beni che erano suscettibili di costituire oggetto di *dominium ex iure Quiritium* e quindi anche di essere dati in usufrutto mediante *in iure cessio*, naturalmente se le parti avessero avuto lo *ius commercii*:

Gai., *inst.* 2.32: *Sed cum ususfructus et hominum et ceterorum animalium constitui possit, intellegere debemus horum usum fructum etiam in provinciis per in iure cessionem constitui posse*<sup>14</sup>.

In altri termini, ciò che impediva di compiere la *mancipatio* e la *in iure cessio* in funzione costitutiva dei diritti reali di usufrutto o di servitù sui fondi provinciali era la condizione obbiettiva dei fondi medesimi, non suscettibili di essere oggetto di *dominium ex iure Quiritium* e quindi anche di diritti che avevano in esso la loro matrice. Ne consegue che, per superare questa difficoltà, non sarebbe stato sufficiente ricorrere ad atti diversi dalla *mancipatio* o dalla *in iure cessio*<sup>15</sup>, perché un *ius utendi fruendi* lo avrebbe potuto attribuire solo il *dominus ex iure Quiritium* ed il fondo provinciale, gioverà ripeterlo, non poteva essere oggetto di un tale diritto. Occorreva allora, se si voleva, superando questa difficoltà, ammettere che le parti realizzassero in qualche modo sui fondi provinciali l'intento empirico che li induceva a costituire sui fondi italici un usufrutto od una servitù, trovare un mezzo adatto allo scopo, non implicante necessariamente né la qualità di *dominus ex iure Quiritium* né la costituzione di un diritto reale limitato.

Pertanto, quando il giureconsulto afferma che, essendo inapplicabili la *mancipatio* o la *in iure cessio* al fine di costituire sui fondi provinciali dei diritti di usufrutto o di servitù, i privati avrebbero potuto ricorrere, a quel fine, alle *pactiones et stipulationes*, sottintende pure che, in questa ipotesi, si producevano effetti analoghi, ma non identici, a quelli che si producevano sui fondi italici mediante gli atti sopra indicati: l' *'id efficere potest'* sottolinea appunto, a nostro avviso, tale analogia di effetti e la loro sostanziale conformità all'intento empirico delle parti e sottolinea pure, implicitamente, la distinzione esistente, in tema di modi di acquisto dell'usufrutto e della servitù, tra il regime dei fondi italici e quello dei fondi provinciali.

<sup>14</sup> Naturalmente il SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 113, è indotto a svalutare il significato dell'antitesi, che sarebbe stata già cancellata dall'editore postclassico delle Istituzioni gaiane sostituendo un *'sed'* originario con l' *'et'* che si legge nel manoscritto veronese. Questa semplice modifica testuale rivelerebbe un sostanziale mutamento di regime, dato che, nell'epoca postclassica, *pactionibus et stipulationibus* si sarebbero potuti costituire sui fondi provinciali dei diritti di usufrutto e di servitù con la stessa efficacia reale che aveva la *in iure cessio* per l'usufrutto sui servi e sugli animali.

<sup>15</sup> Il legato *per vindicationem* di usufrutto o di servitù su di un fondo provinciale sarebbe andato incontro, infatti, allo stesso ostacolo. Ed anche ammettendone la conversione *ex senatusconsulto Neroniano* in un legato ad efficacia obbligatoria, sarebbe pur sempre stato impossibile per l'erede l'adempimento della obbligazione, in quanto il *'dare usum fructum – o servitutem – oportere'* avrebbe presupposto l'impiego della *mancipatio* o della *in iure cessio*. Crediamo perciò probabile che si sia giunti ad un'interpretazione più elastica dell'obbligo di *'dare'*, ritenendosi sufficiente che l'erede tollerasse l'esercizio di fatto dell'usufrutto (o della servitù) da parte del legatario. Alla luce di queste considerazioni potrebbe forse spiegarsi D. 7.1.3.pr. (Gai. 2 *aur.*): *'Omnium praediorum iure legati potest constitui usus fructus, ut heres inbeatur dare alicui usum fructum. dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiat uti frui. et sine testamento autem si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest'*. Gaio si occupava, a questo punto della trattazione, dei modi di costituzione dell'usufrutto e delle servitù sui fondi provinciali, distinguendo fra il legato da una parte e gli atti *inter vivos* (*pactiones et stipulationes*) dall'altra. Per quanto concerne il legato è presumibile un intervento compilatorio diretto a cancellare il riferimento originario ai vari tipi di legato, livellati sul piano dell'efficacia meramente obbligatoria. Su questo piano è rimasta traccia di un'interpretazione adeguata alla particolare situazione dei fondi provinciali, per cui l'erede sarebbe stato tenuto soltanto a porre il legatario in condizione di esercitare il diritto di usufrutto o di tollerare tale esercizio, sul presupposto che la situazione di fatto fosse poi difesa dal pretore mediante interdetti. La letteratura concernente il passo sopra citato è amplissima: cfr., in particolare, G. SEGRÈ, *Di nuovo sull'Editto di Caracalla relativo alla concessione della cittadinanza romana e sul papiro di Giessen n.40, col.1 in «BIDR.»*, XXXII, 1922, p. 196, che ha congetturato che il *'si induxerit in fundum legatarium'* fosse preceduto dalle parole *'in iure cesserit et'*, SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p.116 s., che ha addotto il passo a sostegno della tesi della obbligatorietà del rapporto nascente *pactionibus et stipulationibus*, e GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, cit., p. 361 ss., che è propenso ad ammettere un'efficacia *iure praetorio* non solo del legato diretto di fondi provinciali ma anche di diritti reali limitati, quali usufrutto e servitù. D. 7.1.3.pr. dimostra, quanto meno, che l'estensione ai fondi provinciali del regime che valeva per i fondi italici andava incontro a gravi difficoltà.

3. Da Gai., *inst.* 2.31 si può dunque ricavare la premessa per un superamento dell'antitesi fra la tesi della realtà e quella della obbligatorietà del rapporto nascente *pactionibus et stipulationibus*. Infatti, una volta escluso che con questo mezzo si potessero costituire sui fondi provinciali dei rapporti reali di usufrutto o di servitù, non resta che pensare al rapporto obbligatorio (d'altra parte l'impiego della *stipulatio* induce irresistibilmente a riflettere su di un rapporto di questo tipo). Ma se, per questa via, si dovevano produrre risultati analoghi, sul piano della concreta regolamentazione di interessi prevista dalle parti, a quelli propri della *mancipatio* o della *in iure cessio*, non può nemmeno essere accolta l'idea di una *stipulatio* così concepita: '*per te non fieri, quo minus mihi uti frui – o ire agere – liceat, spondes?*', di cui si trovano nelle fonti numerosi esempi (cfr. D. 8.1.20, D. 45.1.4.1, D. 45.1.38.6, D. 45.1.49.1, D. 45.1.75.7, D. 45.1.111, D. 46.3.31). E' indubbio che tale *stipulatio* avrebbe dato vita ad un rapporto in virtù del quale il promittente si sarebbe impegnato a garantire allo stipulante il diritto di usare e godere i frutti del fondo oppure di passare attraverso ad esso<sup>16</sup>; ma, a parte la considerazione che, se ciò fosse vero, diverrebbe assolutamente incomprensibile la funzione della *pactio* aggiunta alla *stipulatio*, di per sé sufficiente a produrre l'effetto sopra indicato, non occorre spendere parole per dimostrare quanto esso fosse diverso da quello proprio della *mancipatio* o della *in iure cessio*. Basti pensare che, trattandosi di una *stipulatio in non faciendo*, il rapporto non sarebbe stato di per sé trasmissibile nemmeno agli eredi dello stipulante o del promittente, a meno che gli eredi stessi non fossero stati espressamente indicati nel testo del contratto o genericamente oppure attraverso una designazione nominativa, nel qual caso la trasmissione avrebbe operato solo nei riguardi della persona o delle persone così designate<sup>17</sup>. Ciò risulta dal fatto che, nelle fonti, si trovano numerosi esempi di *stipulationes in non faciendo* in cui compaiono accanto al promittente ed allo stipulante gli eredi dei medesimi. Lo schema del contratto appare quindi così modificato: '*neque per te heredem tuum fieri quo minus mihi hereditate meo ire agere liceat, spondes?*' (cfr., in via meramente esemplificativa, D. 10.2.25.12, D. 45.1.2.5, D. 45.1.2.6, D. 45.1.37.12, D. 45.1.49.2, D. 45.1.85.3, D. 45.1.131). Ma se nella *stipulatio in non faciendo* fosse stato indicato non già genericamente l'erede o gli eredi, ma specificamente l'erede Tizio, il rapporto si sarebbe trasmesso, anziché a tutti gli eredi del defunto, soltanto a quello espressamente nominato. Si veda in proposito:

D. 45.1.137.8 (Venul. 1. *stip.*): Praeterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse nos uni ex heredibus adquiri, sed necesse est omnibus adquiri: at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendendi.

A differenza delle *stipulationes in dando*, trasmissibili a tutti gli eredi dello stipulante e del promittente in virtù di un titolo che giustificava la sostituzione di chi lo acquistava in tutti i rapporti attivi e passivi già facenti capo al defunto, le *stipulationes in faciendo* erano ritenute intrasmissibili *iure hereditario*, salvo contraria volontà delle parti e nei limiti da essa consentiti: ecco perché era configurabile una *stipulatio in non faciendo* trasmissibile al solo erede menzionato dalle parti medesime, con esclusione dei coeredi<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Sulle obbligazioni *in non faciendo* dirette a non impedire l'uso di una servitù, G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni divisibili ed indivisibili*, II, Torino, 1933, p. 107 ss. A suo avviso tanto nell'obbligo di 'dare' una servitù (in base ad una *stipulatio* o ad un legato) come nell'obbligo derivante dalla vendita, sarebbe stato incluso quello di garantire il pacifico godimento della servitù o dell'usufrutto. Di qui il frequente uso testimoniato dalle fonti di *stipulationes* del tipo '*per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat*'. Sullo stesso tema, FREZZA, *Appunti esegetici*, cit., p. 84 ss., il quale ha contrapposto alle *stipulationes in dando* (dalle quali nasceva l'obbligo di costituire un diritto reale di usufrutto o di servitù) le *stipulationes in non faciendo*, dalle quali nasceva l'obbligo di tollerare l'esercizio dell'usufrutto o della servitù; tale strumento sarebbe stato utilizzato sia sui fondi provinciali che sui fondi italici (qualora fosse impossibile ricorrere alla *mancipatio* od alla *in iure cessio*).

<sup>17</sup> Sulla trasmissibilità delle obbligazioni nascenti dalla *stipulatio in faciendo*: G. SCHERILLO, *La trasmissibilità della 'stipulatio in faciendo'*, in «BIDR.», XXXVI, 1928, p. 29 ss., largamente seguito dalla dottrina.

<sup>18</sup> SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 33, che richiama, a proposito del testo di Venulecio, anche D. 45.1.13.pr., il quale riporta un'opinione di Giuliano secondo cui in virtù di una '*stipulatio neque per te neque per heredem tuum Titium fieri quo minus mihi ire liceat, non solum Titium teneri si prohibeat, sed etiam coheredes eius*'. Giuliano sarebbe stato dunque

Ma se attraverso la *mentio heredum* si riusciva a rendere trasmissibile a costoro il rapporto nascente da una *stipulatio* ‘*per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat*’, restava ancora da superare, al fine sopra indicato, la difficoltà più grave: infatti, se il *ius utendi fruendi* costituito mediante *in iure cessio* spettava nei confronti di tutti i successivi proprietari della cosa e se analogamente il *ius eundi agendi* spettava a tutti i successivi proprietari del fondo cd. dominante nei confronti di tutti i successivi proprietari del fondo cd. servente, di una sostanziale analogia di effetti rispetto a quelli prodotti *pactionibus et stipulationibus* si potrebbe parlare solo se il rapporto obbligatorio che scaturiva da queste fosse stato suscettibile di trasmissione non solo agli eredi dello stipulante e del promittente, ma anche agli acquirenti a titolo particolare dei due fondi. Si potrebbe pensare, a questo punto, ad una *stipulatio* così concepita: ‘*neque per te neque per heredem tuum eumve ad quem ea res pertinet fieri, quo minus mihi hereditaque meo eique ad quem ea res pertinet ire agere liceat, spondes?*’, magari rafforzata da una clausola penale<sup>19</sup>. Naturalmente si tratterà ora di accertare, anzitutto, se nelle fonti vi sono tracce di una *stipulatio* di questo tipo e, in secondo luogo, se essa era idonea di per sé ovvero verificandosi determinati presupposti ad allargare la sfera degli obbligati e degli aventi diritto al di là di quella comprendente lo stipulante, il promittente ed i loro eredi.

Per quanto concerne il primo punto, è già stato rilevato come l’ ‘*is ad quem ea res pertinet*’ compaia frequentemente non solo nelle stipulazioni, ma anche nelle leggi e negli editti<sup>20</sup>. Lo si ritrova, ad esempio, nella *lex Iulia de adulteriis*, come risulta da

D. 48.5.28[27].pr. (Ulp. 3 *adult.*): Si postulaverit accusator ut quaestio habeatur de servo adulterii accusato sive voluit ipse interesse sive noluit, iubeant iudices eum servum aestimari, et ubi aestimaverint, tantam pecuniam et alteram tantam eum, qui nomen eius servi detulerit, ei ad quem ea res pertinet dare iubebunt.

Faceva riferimento agli ‘*omnibus ad quos ea res pertinet*’ l’editto degli edili curuli: ‘... *emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur*’ (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*, D. 21.1.1.1).

La clausola non aveva un significato preciso e costante, tanto è vero che i giureconsulti si preoccupano di accertarlo di volta in volta nei singoli casi concreti. Ulpiano, nel commento alla *lex Iulia*, precisa:

meno rigoroso di Venuleio, ritenendo sufficiente la menzione di un singolo erede perché anche i coeredi di lui risultassero obbligati. Ma potrebbe anche trattarsi di un testo interpolato: così G. BESELER, *Romanistische Studien*, in «ZSS.», XLVI, 1926, p. 102, e FREZZA, *Appunti esegetici*, cit., p. 87.

<sup>19</sup>) Theoph., *Paraphr.* 2.3.4, così commenta il significato del binomio *pactio et stipulatio*: ‘Ο δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παραχωρήσει δουλείαν διὰ συμφώνων καὶ ἐπερωτήσεων τοῦτο δύναται ποιεῖν. συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρηθῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτῶ ὁ μέλλον λαμβάνειν κατὰ παραχώρησιν ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς ὁμολογεῖς διδόναι μοι λόγῳ προστίμου νομίματα ἕκαστον; Il commento rivela il tentativo di spiegare l’uso contemporaneo della *pactio* e della *stipulatio* all’unico fine di costituire un diritto di usufrutto o di servitù, quando ormai l’una e l’altra erano di per sé idonee al fine medesimo. Secondo il parafraste, la *pactio* sarebbe servita a costituire il diritto, la *stipulatio* avrebbe operato come clausola penale per l’ipotesi in cui il diritto fosse stato violato. Gioverà notare, a questo punto, che, come risulta da D. 8.3.36, una *stipulatio poenae* avrebbe potuto essere conclusa, già nel diritto classico, in caso di costituzione, mediante *deductio*, di una servitù di acquedotto (ma vi si contrappone all’efficacia reale della *deductio* quella meramente obbligatoria della *stipulatio poenae*). Sulla *stipulatio* in funzione di garanzia di uno stato di servitù non costituito secondo le forme richieste dallo *ius civile* o in difetto di qualche presupposto, S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Le applicazioni della stipulatio*, Roma, aa. 1934-1935, p. 245 ss. In base a tale stipulazione il promittente si sarebbe impegnato a non impedire allo stipulante l’esercizio di uno stato di fatto corrispondente ad una data servitù e la pena si sarebbe commessa «quando il promittente ostacolò il godimento della servitù dedotta nel vincolo o non si curò di impedire, ove lo possa, che altri ostacolò tale godimento» (cfr. D. 39.2.24.6). Dalla prassi di queste stipulazioni sarebbe nata, secondo il Riccobono, la costituzione di servitù nelle provincie, in quanto esercitate in base ad una convenzione seguita dall’*usus*, considerato alla stregua di una *quasi traditio*, la quale dava luogo a protezione interdittale. Ma, in contrasto con questa ricostruzione, l’autore sostiene a p. 256 che *pactionibus et stipulationibus* si costituivano dei veri e propri diritti reali «sebbene costituiti in fatto come vincolo obbligatorio».

<sup>20</sup>) C. LONGO, *L’origine della successione particolare nelle fonti del diritto romano*, in «BIDR.», XIV, 1902, p. 196 s., e SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 31 nt. 1. Non sembra che la clausola ‘*is ad quem ea res pertinet*’ sia mai stata usata dai compilatori: cfr. Ph. LOTMAR, *Zur Geschichte des interdictum quod legatorum*, in «ZSS.», XXXI, 1910, p. 146 nt. 2.

D. 48.5.28[27].7: Sed dispiciamus, cui ista poena praestanda sit, quia lex eum nominavit 'ad quem ea res pertineret'. igitur bonae fidei emptorem, quamvis ab eo emerit qui dominus non est, recte dicemus eum esse, ad quem ea res pertinet<sup>21</sup>.

Il significato di 'is ad quem ea res pertinet' coincide, in virtù di questa interpretazione, con quello di possessore di buona fede. Ma lo stesso Ulpiano, nel commento all'editto degli edili curuli, in cui pure come già accennato, si faceva menzione dell' 'is ad quem ea res pertinet', così afferma in

D. 21.1.19.5: Deinde aiunt aediles: 'emptor omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus'. pollicentur emptori actionem et successoribus eius qui in universum ius succedunt.

Questa identificazione dell' 'is ad quem ea res pertinet' con i *successores* compare anche in altri due testi, rispettivamente di Paolo e Modestino, testi che, avulsi dal loro contesto originario ed inseriti nel Digesto, il primo sotto il titolo 'de verborum significatione', il secondo sotto quello 'de obligationibus et actionibus', sembrerebbero proporre un'interpretazione autentica, valida in tutti i casi, della clausola in esame:

D. 50.16.70 (Paul. 73 ad ed.): ... verba haec 'is ad quem ea res pertinet' sic intellegentur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur.

Paolo, nel libro 73 ad edictum, si occupava delle *stipulationes praetoriae* per cui, a parte i sospetti che investono la genuinità del testo<sup>22</sup>, l'affermazione che l' 'is ad quem ea res pertinet' stava ad indicare gli eredi civili e pretori, va riferita soltanto alle stipulazioni medesime e non è escluso, pertanto, l'impiego della clausola in un'accezione diversa. Il che trova conferma nel passo di Modestino:

D. 44.7.53.1 (Mod. 3 reg.): Cum generaliter adicimus 'eive ad quem ea res pertinet', et adrogantes et eorum, qui iure nobis succedunt personas comprehendimus.

Il riferimento del testo alle stipulazioni pretorie è, quanto meno, dubbio e la mano dei compilatori sembra anche qui evidente<sup>23</sup>: comunque l'avverbio 'generaliter' fa salvo, anche per il diritto giustiniano, l'impiego dell' 'is ad quem ea res pertinet' per indicare una categoria di persone diversa da quella degli eredi; il che ci sembra possibile nei casi in cui tale clausola veniva aggiunta alla menzione degli eredi, secondo quanto risulta da numerosi testi, ivi compresi alcuni documenti della pratica. Di particolare interesse, a questo proposito, un passo riguardante la *cautio damni infecti*:

D. 39.2.24.1 (Ulp. 81 ad ed.): Adicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum eorumque, ad quos ea res pertinet. successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.

Il testo, largamente alterato dai compilatori<sup>24</sup> allo scopo di enunciare un nuovo concetto di successione, si riferiva molto probabilmente alla *cautio damni infecti* da prestarsi per un *opus* compiuta in *flumine publico*, e con riguardo ad essa Ulpiano precisa che nella *stipulatio* corrispondente dovevano es-

---

<sup>21</sup> Non interessano la nostra ricerca i sospetti di interpolazione avanzati sul testo sopra riportato (cfr. «Index Interpolationum» ad b.l.).

<sup>22</sup> B. FRESE, *Viva vox iuris civilis*, in «ZSS», XLIII, 1922, p. 478 s., ha ritenuto che l' 'is ad quem ea res pertinet' si riferisse originariamente all'erede pretorio; pertanto, nel testo sopra riportato, i giustiniani avrebbero inserito la menzione degli eredi civili accanto a quella degli eredi pretori. Analogamente in D. 43.3.1.11 sarebbe stato inserito l' 'eum ad quem ea res pertinet' per indicare l'erede civile in aggiunta all'erede pretorio che, per diritto classico, sarebbe stato il solo attivamente legittimato all'esperimento dell'*interdictum quod legatorum*.

<sup>23</sup> Cfr. FRESE, *loc. cit.*, secondo cui Modestino si sarebbe riferito agli eredi pretorii.

<sup>24</sup> Si veda per tutti LONGO, *L'origine della successione particolare*, cit., p. 194 ss.

sere indicati oltre gli eredi coloro ‘*ad quos ea res pertinet*’. Ora, anche se la *communis opinio*<sup>25</sup> respinge nettamente la tesi secondo cui la *cautio* avrebbe obbligato al risarcimento del danno non solo il promittente ed i suoi eredi, ma anche gli acquirenti a titolo particolare (‘*ad quos ea res pertinet*’), sembra pure inadeguata la spiegazione secondo cui il promittente si sarebbe obbligato, nell’ipotesi in esame, solo per il fatto proprio e per quello dei suoi eredi. Già il Lenel<sup>26</sup> ha ritenuto che, almeno nel caso dell’*opus in flumine publico*, il promittente si obbligasse oltre che per il fatto proprio e dei suoi eredi anche per quello di coloro ‘*ad quos ea res pertinet*’ e cioè dei suoi successori singolari. In tal modo la *cautio* avrebbe funzionato come una *stipulatio poenae* per mezzo della quale era possibile, come è noto (cfr. *Iust. inst.* 3.19.21 e Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45.1.38.2), che il promittente si obbligasse anche per il fatto di un terzo (o di qualunque terzo o di determinate categorie di terzi, quali erano, ad esempio, i successivi acquirenti dal promittente di una cosa determinata, indicati come coloro ‘*ad quos ea res pertinet*’).

Tutto ciò trova conferma anche in numerosi documenti della pratica: si veda, ad esempio, la *stipulatio* inserita nella *donatio Flavii Syntrophii*<sup>27</sup>, in cui al fine di obbligare il donatario per il fatto proprio, per quello dei suoi eredi e per quello dei successivi acquirenti a titolo particolare, viene menzionato accanto all’*heres* colui ‘*ad quem ea res pertinet*’: ‘... *tum per te no[n fieri factumve iri neque] per heredem tuum, eumve ad quem ea res de qua agitur pertinet pertinebit qua minus ii ho[rti aedificiumve sit com]mune tibi cum conlibertis tuis utriusque sexus*’. La promessa del fatto altrui era resa vincolante anche qui da una clausola penale propria: ‘*[si adversus ea factum erit, quanti ea res erit] tantam pecuniam dari ... stipulatu[s est T. Flavius Syntrophus] spondit T. Flavius Aitbales libertus*’.

In altri documenti<sup>28</sup>, l’*is ad quem ea res pertinet* stava ad indicare l’acquirente a titolo particolare dallo stipulante di una cosa determinata: da tale inserimento derivava che, nella *stipulatio duplae*, la garanzia operava anche se l’evizione si fosse verificata in pregiudizio dell’acquirente suddetto, restando il promittente obbligato nei confronti dell’altra parte alla restituzione del doppio del prezzo ricavato dalla vendita.

Ritornando alla *stipulatio* da noi più sopra ipotizzata, si potrebbe sostenere, sulla base dei richiami testuali che precedono, la sua idoneità ad obbligare il promittente non solo per il fatto proprio, ma anche per quello dei suoi eredi e dei successivi acquirenti del fondo attraverso il quale si esercitava il passaggio; allo stesso modo, dal lato attivo, l’indicazione dell’*is ad quem ea res pertinet* avrebbe potuto far sì che il promittente restasse obbligato, naturalmente nei confronti dello stipulante, anche se fossero stati ostacolati nel passaggio gli acquirenti a titolo particolare dallo stipulante medesimo<sup>29</sup>. Non crediamo, tuttavia, che tale situazione, pur ipotizzabile in astratto, fosse realizzabile in pratica a causa della gravità del vincolo che finiva per gravare sul promittente, il quale ben difficilmente avrebbe potuto o voluto accollarselo. Ci sembra inoltre di poter escludere che gli effetti complessi più sopra descritti fossero commensurabili con quelli propri della *mancipatio* (o della *in iure cessio*) della servitù (o dell’usufrutto) e che fosse perciò in essi ravvisabile il surrogato obbligatorio di un rapporto reale.

D’altra parte, una *stipulatio* concepita nei termini più sopra indicati era suscettibile di una diversa interpretazione, che avrebbe consentito di ricollegarvi, in conformità dell’intento empirico delle

<sup>25</sup> Cfr. per tutti G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 367, con ampi richiami alla letteratura precedente. A suo avviso, attivamente e passivamente legittimati all’*actio ex stipulatu* sarebbero stati soltanto lo stipulante, il promittente ed i loro rispettivi eredi. La questione è ampiamente discussa in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XXXIX.2, (cur. P. BONFANTE), Milano, 1906, p. 368 ss.

<sup>26</sup> *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, p. 552 s.

<sup>27</sup> K.G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*<sup>7</sup> – ed. O. GRADENWITZ –, Tübingen, 1909, I, p. 337 n. 139.

<sup>28</sup> Si vedano i documenti transilvanici di vendita, in BRUNS, *Fontes*, cit., I, p. 329 ss., n. 130, 131, 132 e 133. Sull’efficacia delle stipulazioni di garanzia riportate in tali documenti, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in «AG.», LXXXI, 1908, p. 454 nt. 4.

<sup>29</sup> La tesi è già stata accennata da BONFANTE, *Diritti reali*, cit., p. 110 s., e da RICCOBONO, *Le applicazioni della stipulatio*, cit., p. 247.



parti, risultante da una *pactio* diretta a costituire sui fondi provinciali un diritto di servitù o di usufrutto, il sorgere di obblighi di tipo ambulatorio (o *propter rem*), trasmissibili non solo agli eredi dello stipulante e del promittente, ma anche ai successivi proprietari o possessori di un fondo, indicati come coloro ‘*ad quos ea res pertinet*’.

4. Com'è noto, la dottrina è assolutamente concorde nell'escludere la suddetta ipotesi, negando quasi apoditticamente che, almeno nel diritto romano classico, fosse consentito ai privati di costituire liberamente delle *obligationes propter rem*<sup>30</sup>, sia pure mediante *pactionibus et stipulationibus*: in ultima analisi, per ciò che concerne le servitù provinciali, non resterebbe all'interprete che scegliere fra la soluzione del rapporto reale e quella del rapporto obbligatorio. La stessa dottrina deve però ammettere che il *ius civile*, in varie ipotesi, dettava una disciplina normativa riconducibile, sotto il profilo dogmatico, alla figura sopra indicata: si pensi alle *actiones noxales* in cui l'*obligatio* si trasmetteva a tutti i successivi proprietari dello schiavo autore del delitto; al regime dell'*actio aquae pluviae arcendae* in cui pure l'obbligazione si trasmetteva a tutti i successivi proprietari del fondo; all'*actio ad exhibendum*, esperibile contro chiunque avesse il possesso o la detenzione della cosa che il *dominus* intendeva rivendicare<sup>31</sup>. In ognuna di tali ipotesi il mutamento di una situazione di fatto o di diritto relativa alla cosa implicava una modifica soggettiva nella titolarità del rapporto obbligatorio e quindi, almeno sostanzialmente, una successione nel debito<sup>32</sup>. Certo non si può contestare che tale fenomeno implicasse una deroga al principio che costituiva un caposaldo del diritto delle obbligazioni, per cui il *vinculum iuris* facente capo ad un soggetto non era suscettibile di trasmissione ad altro soggetto, all'infuori del caso della successione universale, ma non si può nemmeno contestare che i romani

<sup>30</sup> Si veda per tutti C. LONGO, *Corso di diritto romano. Obbligazioni*, Milano, 1936, p. 5 ss., che desume il divieto dal fatto che nelle fonti non si trova alcun accenno alla facoltà di costituire liberamente delle obbligazioni *propter rem*, accenno che sarebbe stato, secondo l'autore, indispensabile dato il peculiare regime dell'*obligatio* romana. Il Longo così conclude: «nel diritto romano le obbligazioni ambulatorie sono figure eccezionali; esse cioè sono riconosciute in un limitato numero di casi ben determinati e soltanto in questi casi». Per altro verso, non sembrano pertinenti i richiami alla regola romana secondo cui un'*obligatio* non può sorgere né a favore né a carico di persone estranee al contratto: BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 129.

<sup>31</sup> Troppo radicale, a nostro avviso, la tesi sostenuta da B. BIONDI, *Actiones noxales*, Cortona, 1925, p. 29 nt. 1, secondo cui, con riferimento al diritto classico, sia civile che pretorio, non sarebbe dato di ravvisare una *obligatio propter rem* nemmeno nei pochi casi solitamente adottati dalla dottrina come esempi di tale particolare tipo di rapporto. La formula delle azioni nossali e quella dell'*actio aquae pluviae arcendae* non avrebbe dedotto, nell'*intentio*, alcun *oportere* a carico del convenuto; nell'*actio ad exhibendum* si troverebbe riflessa soltanto «la necessità pratica e giuridica per l'esercizio di un'altra azione»; l'obbligo della *refectio parietis* sarebbe stato individuato in sede di interpretazione della formula di un'*actio in rem*; l'esperibilità dell'*actio quod metus causa* nei confronti dei terzi possessori della cosa costituirebbe il frutto di un'innovazione giustiniana. In conclusione, secondo il Biondi, bisognerebbe ritenere «che la ibrida figura delle *obligationes propter rem*, che partecipano tanto delle obbligazioni che dei diritti reali, abbia origine da talune riforme giustiniane, che si riconducono alla costruzione bizantina di una categoria di azioni che *mixtam causam ... videntur tam in rem quam in personam* (Inst. IV, 6, 20)». Il tema meriterebbe di essere ulteriormente approfondito: comunque, almeno per le azioni nossali (sulle quali si veda, da ultimo, G. PUGLIESE, *Obbligazioni del capo di famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 235 ss.), per l'*actio aquae pluviae arcendae*, per l'obbligo della *refectio parietis*, crediamo non vi possano essere dubbi né sull'esistenza dell'*obligatio* né sulla sua trasmissibilità in dipendenza del mutamento di una situazione di fatto riguardante il *filius* o lo schiavo autore del delitto oppure il fondo ‘*unde aqua nocet*’, oppure il fondo servente. Una ricerca specifica potrebbe convincere che il fenomeno della trasmissibilità dell'*obligatio* a persona diversa da quella dell'erede o dell'arrogatore non era poi così eccezionale come comunemente si ritiene. Di estremo interesse ci sembra D. 7.1.25.2 (Ulp. 18 *ad Sab.*): ‘*si operas suas iste servus locaverit et in annos singulos certum aliquid stipuletur, eorum quidem annorum stipulatio, quibus usus fructus mansit, adquiritur fructuario, sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit semel acquisita fructuario, quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire nisi ad heredem vel adrogatorem*’. Più avanti si afferma addirittura: ‘*ambulabit stipulatio profectaque ad heredem redibit ad fructuarium*’, ma il termine ‘*ambulare*’ è con ogni probabilità di conio giustiniano: si veda BESELER, *Beiträge*, IV, cit., p. 39. Per uno sguardo d'insieme alle varie figure romane di *obligatio propter rem*, cfr. GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit., p. 246 ss.

<sup>32</sup> A nostro avviso, nel fatto della sostituzione del soggetto debitore nel momento in cui si trasferisce il diritto cui l'*obligatio propter rem* è connessa, è da ravvisare una successione particolare nel rapporto. Vi è tuttavia da precisare che la successione avviene senza e indipendentemente dal concorso della volontà del creditore (cfr., in tal senso, G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, Torino, s.d., p. 153 ss.).

siano riusciti ad aggirare l'ostacolo in alcune particolari ipotesi, sotto la spinta di esigenze di carattere pratico, utilizzando, ad esempio, l'istituto della novazione o quello della procura. Nel fedecompresso di eredità, in cui si trattava di realizzare il passaggio dei rapporti personali dall'erede al fedecommissario, il senatoconsulto Trebelliano suggerì al pretore l'adozione di una *factio*, in virtù della quale le azioni spettanti all'erede e contro l'erede divennero esperibili dal fedecommissario e contro di lui. Non si può quindi escludere *a priori* che per soddisfare una concreta e diffusa esigenza i romani siano giunti ad ammettere, naturalmente nei limiti da essa segnati, la possibilità di costituire delle obbligazioni *propter rem*. Gioverà ancora ricordare come le stesse *leges mancipii* offrirono lo spunto per l'attribuzione al patto sottostante di effetti che potevano estendersi, sia pure tra molte difficoltà ed incertezze, ai successivi acquirenti della *res mancipi*<sup>33</sup>.

Ci sembra, quindi di poter quanto meno escludere che l'ipotesi già formulata dallo Jhering possa, a questo punto della ricerca, essere cancellata con un tratto di penna, sulla base di argomentazioni generiche ed astratte. D'altro canto, a favore del suo accoglimento, si possono addurre alcuni passi delle fonti in cui si risolvono dubbi e si profilano soluzioni formulate tenendo conto della particolare struttura dei diritti costituiti sui fondi provinciali, come se tali diritti dovessero, per un verso, essere assimilati a quelli nascenti da una comune *stipulatio*, in quanto tali assoggettabili alla disciplina propria dei rapporti personali, mentre, per altro verso, si imponeva l'estensione ad essi della disciplina elaborata per i diritti reali di servitù e di usufrutto, di cui costituivano un surrogato in forma obbligatoria. E se in alcune ipotesi sembrano prevalere soluzioni che implicano deroga al regime del *ius civile*, in altre se ne ammette, con qualche difficoltà, l'estensione ai rapporti costituiti *pactionibus et stipulationibus*. Tutto ciò, a nostro avviso, sarebbe difficilmente spiegabile sia accogliendo la tesi della mera obbligatorietà dei rapporti sopra indicati, sia la tesi secondo cui sui fondi provinciali si sarebbero potuti costituire, *pactionibus et stipulationibus*, dei veri rapporti reali tutelati *iure praetorio* e perciò soggetti ad una disciplina che, essendo per sua natura assai meno rigorosa e formalistica di quella prevista dal *ius civile*, avrebbe finito per assorbirla rapidamente, con la progressiva eliminazione dei requisiti di ordine formale e sostanziale che caratterizzano il regime civilistico.

5. In un passo di Ulpiano risulta affermata la trasmissibilità *iure hereditario* di un *ius* di *uti frui* costituito mediante *stipulatio* :

D. 45.1.38.10-12 (Ulp. 49 *ad Sab.*): Si quis ita stipulatus fuerit, 'uti frui sibi licere', ad heredem ista stipulatio non pertinet. Sed et si non addiderit sibi, non puto stipulationem de usu fructu ad heredem transire, eoque iure utimur. Sed si quis uti frui licere sibi hereditaque suo stipulatus sit, videamus an heres ex stipulatu agere possit. et putem posse, licet diversi sint fructus. nam et si ire agere stipuletur sibi hereditaque suo licere, idem probaverimus.

<sup>33</sup> Che mediante una *lex privata* si potesse, in epoca classica, imprimere alla *res*, all'atto della *mancipatio*, una destinazione vincolante (come *conditio rei inhaerens*) per tutti i successivi acquirenti della cosa stessa è stato contestato dal V.A. GEORGESCU, *Essai d'une théorie générale des 'leges privatae'*, Paris, 1932, p. 163 ss., seguito da U. von LÜBTOW, *Catos leges venditioni et locationi dictae*, in «Symbolae R Taubenschlag», III, Warszawa, 1950 (= «Eos», XLVIII.3, 1956), p. 252. Secondo lo JHERING, *Passive Wirkungen*, cit., p. 546 ss., invece, i Romani avrebbero considerato gli accordi stipulati all'atto dell'alienazione di una cosa da un particolare punto di vista, giustificante l'attribuzione alla *lex privata* di effetti reali, raggiunti mediante il meccanismo «einer dinglichen geschützten Obligation»: di qui un considerevole allargamento della sfera dell'autonomia privata, più precisamente dei poteri di disposizione spettanti al proprietario. Tale rilievo trova sicura conferma nella disciplina di alcune *leges venditionis* riguardanti gli schiavi: le cd. *leges 'ne prostituantur', 'ne manumittantur'* etc. Per quanto riguarda la *lex 'ne manumittatur'* si vedano D. 40.1.9 e D. 40.9.9.2: l'efficacia reale della *lex* risulta dalla nullità della manumissione compiuta nonostante il divieto. Per quanto riguarda la *lex 'ut manumittatur'* si vedano D. 40.8.1, D. 40.9.30.pr. e C.I. 4.57.3: in virtù di una costituzione di Commodo e Marco Aurelio il servo avrebbe ottenuto la liberazione anche se non fosse stato compiuto l'atto di manumissione imposto a tutti i successivi acquirenti del servo medesimo attraverso la *lex venditionis*. A nostro avviso, anche se tali *leges* devono ritenersi come il residuo di un'epoca arcaica in cui il '*legem dicere suae rei*' era l'espressione di un più vasto e generale potere di disposizione attribuito al proprietario della cosa, e vanno perciò considerate nella loro individualità, tuttavia è chiaro che anche in tali ipotesi, in virtù dell'accordo fra alienante ed acquirente, l'obbligazione si trasmetteva ai successivi proprietari dello schiavo.

Come già abbiamo accennato, le *stipulationes in faciendo* (ed *in non faciendo*) erano intrasmissibili agli eredi dello stipulante e del promittente, a meno che gli eredi medesimi non fossero stati espressamente indicati nel testo del contratto. Pertanto era sicuramente intrasmissibile agli eredi dello stipulante una *stipulatio* così concepita: *‘uti frui mihi licere’* (oppure *‘per te non fieri quo minus mihi uti frui liceat’*), come afferma Ulpiano all’inizio del testo sopra trascritto<sup>34</sup>. Allo stesso modo doveva ritenersi intrasmissibile<sup>35</sup> la *stipulatio* suddetta se fosse stata omessa anche l’indicazione del pronome personale (*‘uti frui licere’*). Ciò che in effetti sorprende è che il giureconsulto, a questo punto, si ponga il problema se una *stipulatio ‘mibi heredique meo ut frui licere’* fosse trasmissibile agli eredi dello stipulante, per risolverlo dubitativamente (*‘et putem posse’*) avanzando un’opinione personale favorevole alla trasmissibilità del rapporto, *‘licet diversi sint fructus’*. La dottrina, con argomentazioni di carattere generale<sup>36</sup>, è propensa a ritenere che si sia verificato, ad opera dei compilatori, un rovesciamento della soluzione ulpiana, che sarebbe stata contraria alla trasmissibilità, con questa motivazione *‘quia diversi sunt fructus’*. Ai nostri fini, non interessa tanto approfondire l’esegesi del brano e discutere della sua classicità quanto piuttosto accertare come e perché abbia potuto porsi un dubbio sulla trasmissibilità della *stipulatio*, dal momento che gli eredi dello stipulante vi erano stati espressamente menzionati. A nostro avviso, Ulpiano lo risolveva positivamente, pur rendendosi conto della difficoltà creata dal fatto che si trattava di un diritto al godimento dei frutti della cosa analogo ad un usufrutto. Se si fosse accentuato questo rilievo, la soluzione avrebbe anche potuto essere opposta, ma tutto ciò sta a significare che, nella valutazione del caso, interferivano considerazioni del tutto estranee alla *conceptio* della *stipulatio* e riguardanti invece la natura del diritto reale sopra indicato. La *stipulatio ‘uti frui licere’* richiamava immancabilmente l’idea di questo diritto, essenzialmente personale ed intrasmissibile agli eredi dell’usufruttuario. Infatti, lo schema del contratto restava formalmente identico (dal lato attivo) sia che le parti intendessero costituire un rapporto meramente obbligatorio sia che intendessero costituire un diritto di usufrutto in forma obbligatoria, nel qual caso alla *stipulatio* avrebbe dovuto aggiungersi la *pactio*. Ma, prescindendo da questa, la *stipulatio* sopra indicata, in quanto produttiva di effetti meramente obbligatori, avrebbe potuto trasmettersi senza difficoltà agli eredi dello stipulante, espressamente menzionati nel testo del contratto (*‘mibi heredique meo uti frui licere’*); se fosse stata invece utilizzata come surrogato obbligatorio di un diritto reale di usufrutto, la regola avrebbe dovuto essere quella dell’intrasmissibilità.

Di qui i dubbi che Ulpiano cerca di risolvere in D. 45.1.38.12, dando la prevalenza all’elemento formale, dubbi che non avrebbero avuto ragione di esistere di fronte ad una normale *stipulatio in non faciendo* e meno che mai se la *stipulatio* avesse direttamente costituito un diritto reale di usufrutto<sup>37</sup>.

Ad una *servitus stipulatione debita* probabilmente costituita su di un fondo provinciale si riferisce

D. 7.1.27.4 (Ulp. 18 *ad Sab.*): Si qua servitus imposita est fundo necesse habebit fructuarium sustinere: unde et si per stipulationem servitus debeatur item puto dicendum.

Il problema è, in un certo senso, analogo a quello affrontato nel testo esaminato precedentemente. Si parte da un principio generale indiscusso: l’usufruttuario di un fondo è tenuto a sopportare le

---

<sup>34</sup>) Cfr. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 72 s.

<sup>35</sup>) Secondo F. VASSALLI, *Sul paradigma classico della stipulazione* (1916), ora in *Studi giuridici*, III.1, Milano, 1960, p. 501 ss., il § 11 sarebbe da ritenere interamente opera dei compilatori: per diritto classico, l’omissione del pronome personale riferito allo stipulante, considerato essenziale nel paradigma della *stipulatio*, avrebbe comportato la nullità del contratto.

<sup>36</sup>) Cfr. VASSALLI, *loc. cit.*: Ulpiano avrebbe detto *‘et puto non posse, quia diversi sunt fructus’*. A più ampia alterazione pensa G. BESELER, *Romanistische Studien*, in «T.», X, 1930, p. 177 s. La correzione proposta dal Vassalli è stata accettata integralmente dallo SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 72, col quale si può convenire nel ritenere non classico il parallelo con le servitù che compare nella parte finale del brano.

<sup>37</sup>) Il testo è stato ritenuto genuino dal FREZZA, *Appunti esegetici*, cit., p. 86 nt. 5. Secondo il PEROZZI, *I modi pretorii*, cit., p. 13, il testo di Ulpiano non avrebbe nulla a che vedere con la *stipulatio* costitutiva di servitù provinciali.

servitù che gravano sul fondo concesso in usufrutto; ma lo stesso principio avrebbe trovato applicazione se si fosse trattato non già di una servitù costituita come diritto reale in virtù di una *mancipatio* (o di una *in iure cessio*), ma di una *servitus stipulatione debita*? A nostro avviso, nella soluzione di Ulpiano è implicito l'accento ad un rapporto obbligatorio posto in essere in luogo del corrispondente rapporto reale di servitù. Di fronte ad un normale rapporto obbligatorio vincolante il promittente a lasciar passare sul proprio fondo lo stipulante, non sarebbe neppure potuto sorgere il dubbio se il vincolo si estendesse pure all'usufruttuario. L' *'item puto dicendum'* sottolinea un'opinione personale di Ulpiano il quale, badando alla sostanza del rapporto, riteneva che esso, dal punto di vista dell'obbligo di astensione dell'usufruttuario, dovesse essere trattato alla stregua di una vera e propria servitù<sup>38</sup>.

Di particolare interesse, ai nostri fini, è un passo di Giuliano, in cui si ammette la possibilità di costituire una servitù con termine finale:

D. 45.1.56.4 (Iul. 52 dig.): Qui ita stipulatur: 'decem, quoad vivam, dari spondes?', confestim decem recite dari petit: sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.

Secondo Giuliano, una *stipulatio* così concepita: *'decem quoad vivam – oppure usque in kalendas – dari spondes'*, sarebbe stata esigibile immediatamente; tuttavia, sopravvenuta la morte del creditore, la pretesa dell'erede avrebbe potuto essere paralizzata da un' *exceptio pacti conventi*. Il giureconsulto trae argomento, per sostenere questa tesi, da una ipotesi in un certo senso analoga: supposta la costituzione di una *servitus praedii* con termine finale coincidente con la morte del suo titolare, all'azione promossa dall'erede il convenuto, soggetto passivo del rapporto, avrebbe potuto opporre la stessa *exceptio pacti conventi*. Il testo accenna ad una *servitus praedii* senza precisarne il tipo: ora non crediamo che si trattasse di una servitù costituita mediante *in iure cessio*<sup>39</sup> per vari motivi: a) anzitutto perché, dato e non concesso che fosse valida *iure civili* l'*in iure cessio* di una servitù *ad tempus* e che il termine potesse essere fatto valere mediante un' *exceptio pacti*, Giuliano ben difficilmente ne avrebbe tratto argomento in via analogica per l'ipotesi, troppo radicalmente diversa sotto ogni profilo, di una *stipulatio 'quoad vivam'*; b) in secondo luogo perché l'*in iure cessio* di una servitù non tollerava, a pena di nullità, un termine finale; c) infine perché la perpetuità del rapporto era requisito essenziale della servitù costituita *iure civili*, che operava indipendentemente dai modi di costituzione della servitù medesima.

Se si pensa, invece, ad una servitù provinciale costituita *pactionibus et stipulationibus*, è impossibi-

<sup>38</sup>) Secondo S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, p. 25 s., il testo ulpiano dimostrerebbe luminosamente che la stipulazione, in epoca classica, non produceva il diritto reale di servitù, ma un rapporto meramente obbligatorio.

<sup>39</sup>) Come ha ritenuto il SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 75 s., facendo leva soprattutto sul *'concessa est'*, che si legge nel testo di Giuliano e che sarebbe stato interpolato in luogo di un originario *'in iure cessa est'*. Per sostenere questa tesi il Solazzi deve però presupporre che l'*in iure cessio*, a differenza degli *actus legitimi*, tollerasse l'aggiunta di un termine finale. Ma il punto è assai dibattuto. Riteniamo, con l'opinione dominante (cfr. per tutti BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 186 ss.), che l'*in iure cessio*, a parte il caso dell'usufrutto che va considerato nella sua individualità, non tollerasse né l'aggiunta di termini né quella di condizioni sia sospensive che risolutive, come risulta dalla prima parte di D. 8.1.4.pr. (Pap. 7 quaest.): *'Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub conditione neque ad certam condicionem (verbi gratia 'quamdiu volam') constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere'*. La seconda parte contraddice apertamente a quanto risulta dalla prima: già il RICCOBONO, *Dies vel conditio*, cit., p. 338 ss., e sulle sue orme il BIONDI, *loc. ult. cit.*, hanno dimostrato che Sabino e Cassio non si riferivano alle servitù costituite *iure civili* mediante *mancipatio* o mediante *in iure cessio*. Papiniano avrebbe contrapposto ad esse le servitù costituite sui fondi provinciali *iure praetorio*, che tolleravano, a differenza delle prime, l'aggiunta di un termine finale reso operante dal pretore mediante l'*exceptio pacti*. Come è detto più sopra nel testo crediamo anche noi che la seconda parte di D. 8.1.4.pr. debba riferirsi alle servitù provinciali.

le ritenere che questa si risolvesse in un rapporto meramente obbligatorio, avente per oggetto una prestazione negativa (*per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat*), perché la *stipulatio in non faciendo* era di per sé intrasmissibile agli eredi dello stipulante e del promittente. Sarebbe stata perciò una *condictio in adiecto* quella rilevabile in una *stipulatio* così congegnata: *per te non fieri quo minus mihi hereditate meo quoad vivam ire agere liceat*? (se, invece, fosse stata omessa la *mentio heredum*, la clausola *quoad vivam* sarebbe risultata *supervacua*)<sup>40</sup>.

Non resta perciò che riferire la soluzione giuliana ad una servitù provinciale costituita in forma di obbligazione a soggetti variabili: il fatto che le parti, come appariva dalla *pactio*, intendessero costituire un rapporto di servitù, avrebbe potuto indurre ad estendere ad esso le regole proprie della servitù civile e quindi a negare efficacia all'eventuale apposizione di un termine finale o addirittura ad escludere la validità del contratto. Ma avrebbe anche potuto ritenersi ammissibile, se si poneva l'accento sulla natura obbligatoria del rapporto avente per oggetto una prestazione negativa, destinata a protrarsi indefinitivamente nel tempo, l'apposizione di un termine finale inerente alla prestazione medesima e perciò operante *ipso iure* nel momento della scadenza<sup>41</sup>. Giuliano, invece, ci prospetta una soluzione in un certo senso intermedia, in cui si riflette, a nostro avviso, la natura, per così dire, polivalente del rapporto costituito *pactionibus et stipulationibus*. Attribuire al termine finale effetti estintivi *ipso iure* avrebbe implicato una deroga troppo grave alla disciplina delle servitù prediali che fungeva da modello, in quanto nelle provincie si cercava di imitarne gli effetti. La concessione dell'*exceptio pacti*, senza intaccare direttamente il requisito della perpetuità, consentiva di adeguare alla comune intenzione delle parti gli effetti di una *pactio et stipulatio* con clausola *quoad vivam*. Di qui l'estensione, propugnata da Giuliano, all'ipotesi di una *stipulatio* di dieci con identica clausola.

Proseguendo nella ricerca non sembra privo di interesse sotto l'angolo visuale dal quale ci siamo posti un testo di Ulpiano concernente l'estinzione dell'usufrutto in seguito a *capitis deminutio*. Il dubbio se essa operasse anche nei riguardi di un usufrutto costituito *pactionibus et stipulationibus* fu risolto in senso sfavorevole all'usufruttuario:

---

<sup>40</sup>) Apparentemente il testo di Giuliano non crea eccessive difficoltà per i sostenitori della tesi della servitù pretoria: anzi già il RICCOBONO, *Dies vel conditio*, cit., p. 341 ss., lo ha utilizzato per dimostrare che l'intervento del magistrato in questa materia si esplicò non solo nella concessione di un'*actio in factum* esperibile *erga omnes* a favore del titolare della servitù costituita *pactionibus et stipulationibus*, ma anche nell'ammettere varie deroghe al regime civilistico, fra le quali sarebbe da annoverare pure quella riguardante la possibilità di apporre al rapporto un termine finale, operante attraverso l'*exceptio pacti conventi*. L'opinione del Riccobono è stata ripresa dal MASCHI, *Contributi*, cit., p. 320 ss., il quale, dando per ammesso l'intervento del pretore, non ha esitato ad attribuirgli lo smantellamento del regime classico delle servitù prediali (per una critica di tale impostazione si veda la recensione di G. GROSSO, in «SDHI», VII, 1941, p. 197 ss.). Naturalmente valgono contro le opinioni sopra indicate le obiezioni che investono, da un punto di vista generale, l'attendibilità della tesi delle servitù pretorie. Se poi il pretore non si fosse limitato alla concessione dell'*actio* sul presupposto che la *pactio et stipulatio* producesse effetti analoghi a quelli della *mancipatio* o della *in iure cessio*, ma avesse pure consentito, in varia misura, che le parti determinassero liberamente il contenuto dei rapporti corrispondenti, si sarebbe giunti rapidamente alla creazione di nuovi tipi di diritti reali, ben al di là dei limiti rigorosi imposti dallo *ius civile*. Bisognerebbe quindi anticipare addirittura all'epoca classica le riforme compiute dai giustinianeî in questa materia, le quali peraltro furono introdotte rispettando sostanzialmente la tipicità delle servitù prediali, ma configurando accanto ad esse nuove categorie di rapporti che, pur rientrando nella categoria generale della *servitus*, si differenziavano sia dalle *servitutes praediorum*, perché erano costituite non a vantaggio di un fondo, ma a vantaggio di una persona proprietaria di un fondo vicino a quello servente, sia dalle *servitutes personarum* tipiche perché, pur essendo costituiti a favore di una persona diversa dal proprietario della cosa, non erano identificabili con nessuna delle servitù predette: si veda, su questo punto, la sintesi tracciata dal CIAPESSONI, *Servitus personae*, cit., p. 1018 ss. In sostanza, le vicende del regime delle servitù prediali dal diritto classico al diritto giustiniano si sarebbero profilate in maniera ben diversa da quanto comunemente si ritiene se già il pretore si fosse indotto a tutelare con un'*actio in rem* i rapporti posti in essere *pactionibus et stipulationibus*, suscettibili di una indefinita varietà di contenuti e capaci perciò, come le cd. servitù irregolari, di adeguarsi alle più svariate esigenze.

<sup>41</sup>) Per un'applicazione al diritto romano della distinzione fra termine inerente alla prestazione e termine inerente alla vicenda del rapporto, G. GROSSO, *Prospettive in materia di termine iniziale e spunti sistematici di Paolo*, in «BIDR.», LXIV, 1961, p. 99 ss.

D. 7.4.1.pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*): Non solum usum fructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usu fructu. et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur.

*Vat. fr.* 61: Amitti autem usum fructum capitis minutione constat nec solum usum fructum, sed etiam actionem de usu fructu: [scilicet si Titio usum fructum ... testamento] vel per fideicommissum lego [vel relinquo et die eius cedente is capite minutus est ... agere non potest]. [et parvi ] refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris; proinde usus fructus] licet in fundo stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie non] iure constitutus capitis minutione amittitur ... capitis minutio exstinguit usum fructum].

Da D. 7.4.1.pr. parrebbe risultare una distinzione tra usufrutto costituito *iure* ed usufrutto costituito *tuitione praetoris*, ma il confronto con *Vat. fr.* 61 dimostra luminosamente che la distinzione medesima si è sostituita a quella originaria fra usufrutto costituito *iure civili* ed usufrutto costituito *pactionibus et stipulationibus*. Il dubbio se la regola che valeva per il primo fosse applicabile pure al secondo fu risolto positivamente, ammettendosi che anche nel secondo caso il diritto si estinguesse per *capitis deminutio* <sup>42</sup>.

6. Abbiamo così trovato traccia nelle fonti di un regime dell'usufrutto e delle servitù che non coincide perfettamente con quello civilistico; ma, ed è quel che più conta, quest'ultimo sembra fungere costantemente da termine di comparazione, ponendo problemi di assimilazione ed estensione di regole e principii che non sono ritenuti senz'altro applicabili all'usufrutto ed alle servitù costituite *pactionibus et stipulationibus*. E se si estende a tali rapporti la regola per cui l'usufrutto si estingue in seguito a *capitis deminutio*, si ammette invece che usufrutto e servitù provinciali potessero costituirsi *ad tempus* o *sub condicione*, a differenza dei corrispondenti rapporti civilistici; così come si ammette che l'usufrutto fosse trasmissibile agli eredi se costituito mediante *stipulatio* contenente la menzione dei successori dello stipulante.

Inoltre è molto significativo il fatto che, con riguardo ai rapporti posti in essere *pactionibus et stipulationibus*, si parli senz'altro di usufrutto e di servitù; non poteva quindi trattarsi di rapporti meramente obbligatori, troppo radicalmente diversi da quelli aventi per oggetto un *ius in re aliena*, quali erano appunto servitù ed usufrutto, e perciò non qualificabili con questi termini cui ineriva un preciso significato tecnico. Ma non poteva trattarsi nemmeno di rapporti reali perché, se così fosse stato, gli effetti derivanti dalle *pactiones et stipulationes* avrebbero coinciso perfettamente con quelli della *mancipatio* e della *in iure cessio* ed identico sarebbe stato perciò il regime giuridico dei rapporti corrispondenti, indipendentemente dal modo in cui erano stati costituiti. Ed anche la tutela pretoria non avrebbe potuto che modellarsi su quella predisposta dal *ius civile*, rinviando per la definizione del contenuto e dei requisiti dell'istituto a quella elaborata dalla giurisprudenza con riguardo all'usufrutto ed alla servitù.

Si dovrà quindi pensare ad un *tertium genus*, intermedio tra il rapporto obbligatorio ed il rapporto reale, in definitiva ad un'obbligazione di tipo ambulatorio <sup>43</sup>, produttiva di effetti analoghi a quelli della *mancipatio* e della *in iure cessio*. Sul piano della difesa processuale, il regime applicabile era naturalmente quello proprio delle *actiones in personam*: usufrutto e servitù provinciali non potevano essere tutelate che da un'*actio ex stipulatu*, e quindi, da questo punto di vista, potrebbero emergere alcune sensibili differenze rispetto al regime processuale proprio dell'usufrutto e delle servitù costituite *iure civili*. Si pensi, ad esempio, alle conseguenze dell'*indefensio*: di fronte ad una *vindicatio* dell'usufrutto o del-

<sup>42</sup> Si veda, sui due testi, la brillante esegesi del SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 122 s.

<sup>43</sup> O, per usare l'immagine già ricordata dello JHERING, *Passive Wirkungen*, cit., p. 546, ad una «dinglich geschützte Obligation».

la servitù il convenuto avrebbe potuto rifiutarsi di contestare la lite lasciando che il titolare del diritto si immettesse nella detenzione della cosa; di fronte all'*actio ex stipulatu*, invece, l'*indefensio* del convenuto avrebbe comportato necessariamente la *ductio* o la *missio in bona* e la *bonorum venditio*.

Per quanto concerne la *condemnatio*, i risultati finivano per coincidere: se il convenuto con l'*actio confessoria* si fosse rifiutato di compiere la *restitutio*, sarebbe stato condannato nel '*quanti ea res erit*'; analogamente il convenuto con l'*actio ex stipulatu* sarebbe stato condannato al risarcimento del danno conseguente alla violazione del diritto spettante allo stipulante. Nella prima ipotesi il pagamento della *litis aestimatio* avrebbe liberato il fondo dalla soggezione all'usufrutto ed alla servitù<sup>44</sup>, nella seconda avrebbe liberato il soggetto passivo del rapporto dall'obbligo definito nello schema '*per te non fieri quo minus ire agere – o uti frui – liceat*'<sup>45</sup>.

In conclusione: il divieto di costituire sui fondi provinciali dei diritti reali di usufrutto o di servitù fu aggirato dalla giurisprudenza ricorrendo allo schema astratto di una *stipulatio in non faciendo*, integrata in modo da predisporre un regolamento di interessi non molto difforme da quello voluto dalle parti mediante l'attribuzione di un *ius in re aliena*, la cui nota peculiare consisteva nella sua opponibilità non solo al proprietario attuale della cosa, ma anche agli acquirenti a titolo particolare. Dalla traduzione e scomposizione in elementi primi della struttura di tale rapporto<sup>46</sup>, emergeva una obbligazione a soggetto variabile, non solo dal lato passivo, ma anche dal lato attivo nel caso particolare della servitù, i cui termini formali trovavano adeguata espressione nel testo di una *stipulatio in non faciendo*, integrata dalla *mentio heredum* e di coloro '*ad quos ea res pertinet*', qualora risultasse *aliunde* che tale clausola doveva essere riferita a tutti i successivi acquirenti di una cosa determinata, destinati a subentrare, in virtù dell'accordo, nella posizione obbligatoria (o creditoria) del proprio dante causa. Naturalmente il rimedio suggerito dalla giurisprudenza fu accettato dal pretore, che concedeva l'*actio ex stipulatu* in ogni ipotesi di violazione dell'accordo sopra indicato. Tale situazione, a nostro avviso, si rispecchia fedelmente in una costituzione di Alessandro Severo (a. 223) riportata in

C.I. 3.34.3: Et in provinciali praedio constitui servitus aquae ductus vel aliae servitutes possunt, si ea praecesserint, quae servitutem constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent. quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt, cum eodem onere preferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse.

Il testo non va esente da sospetti di alterazione<sup>47</sup>: essi però non ne investono la sostanza. Era stato sottoposto all'imperatore il seguente quesito: risultava, probabilmente da un documento, che il promittente si era impegnato nei confronti dello stipulante a lasciar passare una condotta d'acqua attraverso il proprio fondo. Questo era stato venduto dal promittente: gli acquirenti sarebbero stati tenuti a rispettare l'impegno assunto dal proprio dante causa? Secondo l'imperatore si trattava di una questione di fatto: la risposta al quesito avrebbe dovuto essere affermativa, '*si ea praecesserint quae servitutem constituunt*'. Contro questa frase si sono appuntati gli strali pungenti del Solazzi, secondo cui la risposta sarebbe del tutto insignificante per non dire banale e quindi indegna della cancelleria imperiale. In realtà, a nostro avviso, dato il tenore del quesito da noi ipotizzato, non sarebbe stata

---

<sup>44</sup> Cfr. GROSSO, *Usufrutto e figure affini*, cit., p. 403 s.

<sup>45</sup> Infatti lo stipulante avrebbe dovuto agire, in caso di violazione del suo diritto, con un'*actio incerti ex stipulatu*, la cui *intentio* concepita nel '*quidquid alterum alteri dare facere oportet*' avrebbe dedotto in giudizio e consumato l'intero rapporto sostanziale. Per evitare tale conseguenza l'attore avrebbe potuto o avvalersi di una *praescriptio* ovvero ricorrere ad una *stipulatio* penale accessoria, suscettibile di essere perseguita dopo ogni singola violazione del rapporto principale.

<sup>46</sup> Secondo la tesi già brillantemente sostenuta dall'ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti reali*, cit., p. 466 ss., la caratteristica peculiare dei diritti reali sulla cosa altrui (di usufrutto e di servitù) consisterebbe non già nella direzione *adversus omnes*, «ma nel fatto che la persona dell'obbligato è determinata dalla proprietà della cosa oggetto». Tale concezione è stata ribadita, sv. '*Ius in re aliena*', in «Dizionario pratico di diritto privato», III.2, Milano, s.d., p. 117 ss., e in *Istituzioni*, cit., p. 175 s. *Contra*, E. BETTI, *Problemi e criteri metodici di un manuale d'istituzioni romane*, in «BIDR.», XXXIV, 1925, p. 284 ss., e GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit., p. 119 ss.

<sup>47</sup> Per tutti, SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 113 ss.

possibile altra risposta. Tutto in definitiva dipendeva dall'accertamento dell'effettiva intenzione delle parti: il documento stipulatorio non sarebbe stato sufficiente, da solo, a consentirne la ricostruzione, anche perché l'eventuale riferimento all' *'is ad quem ea res pertinet'* non era tale da togliere ogni dubbio sulla volontà dei soggetti di costituire un'obbligazione di tipo ambulatorio e perciò senz'altro trasmissibile a tutti i successivi acquirenti del fondo. In altri termini, nel caso prospettato, sarebbe occorsa la dimostrazione che le parti mediante *pactio* si erano accordate in tal senso, intendendo che l'*onus perferendae servitutis* si trasmettesse con l'alienazione del fondo ai compratori del medesimo. L'importanza del rescritto in cui si ammette che, verificatisi determinati presupposti, si potesse costituire sul fondo provinciale un qualche cosa di analogo alla servitù di acquedotto, sta nel fatto che tale rapporto viene configurato dal punto di vista dell'obbligo di astensione facente capo al promittente ma suscettibile di trasmissione ai suoi successori a titolo particolare.

Risulta così pure chiarito, a nostro avviso, il rapporto che legava la *pactio* alla *stipulatio*: i due atti concorrevano al raggiungimento degli effetti voluti dalle parti ed erano perciò ugualmente necessari nel senso che gli effetti obbligatori si ricollegavano alla *stipulatio*, mentre la *pactio* rivelava l'intento, comune allo stipulante ed al promittente, di creare una servitù in forma obbligatoria<sup>48</sup>. A questo punto, si potrebbe porre il problema se il sistema escogitato per i fondi provinciali potesse trovare applicazione anche per i fondi italici<sup>49</sup>. In effetti non vediamo quali ostacoli impedissero alle parti di ricorrere alla *stipulatio*, anziché alla *mancipatio* ed alla *in iure cessio*, al fine di costituire rapporti analoghi a quelli di usufrutto o di servitù, così come accadeva nelle provincie. Una dimostrazione, quanto meno indiretta dell'assunto, potrebbe essere fornita dal fatto che nei testi della compilazione si sono conservate tracce di numerose stipulazioni *in non faciendo* aventi per oggetto un *'ire agere licere'* od un *'uti frui licere'*<sup>50</sup>: almeno per qualcuna di esse potrebbe trattarsi del residuo semplificato di stipulazioni costitutive di surrogati obbligatori dei diritti reali di usufrutto o di servitù.

7. Abbiamo così cercato di dimostrare che lo schema dell'*obligatio propter rem* fu utilizzato come surrogato obbligatorio dei diritti reali di usufrutto o di servitù sui fondi provinciali. Gioverà, a questo punto, precisare che, se anche fu consentita l'estensione della *pactio et stipulatio* ai fondi italici, come appare probabile, si era ancora ben lontani dall'ammettere che il predetto schema potesse trovare applicazione ogni qual volta i privati lo ritenessero opportuno nell'esercizio dell'autonomia negoziale. L'obbligazione *propter rem* restava, nel sistema classico dei *iura in re aliena*, un fenomeno del tutto isolato ed eccezionale, sorto dalla necessità di soddisfare un'esigenza ben individuata e precisa: il principio della tipicità dei diritti reali non risultava minimamente scalfito dall'impiego delle *pactiones et stipulationes*, dal momento che i fondi restavano onerabili negli stessi limiti consentiti dalla disciplina normativa dell'usufrutto e della servitù (o almeno entro limiti analoghi).

Nell'epoca postclassica, invece, superata la distinzione tra fondi provinciali e fondi italici, in un ambiente sociale non più contrario al loro assoggettamento a vincoli di varia natura, maturarono i presupposti per un'estensione della sfera di applicazione dell'*obligatio propter rem* specialmente nel campo sino allora riservato alle servitù prediali, la cui disciplina, imperniata rigorosamente sul requisito dell'*utilitas fundi*, aveva sempre impedito ai privati di ricorrere, per la tutela di interessi di natura permanente o tendenzialmente permanente, solo indirettamente ricollegati all'utilizzazione del fon-

<sup>48</sup> Su questo punto ci avviciniamo alla tesi del BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 254 s., secondo cui si sarebbe dovuto risalire alla *pactio* per stabilire se la *stipulatio* dovesse avere o meno efficacia reale.

<sup>49</sup> La questione, come già abbiamo accennato, è assai dibattuta in dottrina (cfr. *supra*, nt. 3).

<sup>50</sup> Tale particolarità è già stata acutamente avvertita da S. SOLAZZI, *Stipulazioni di servitù prediali*, in «Iura», V, 1954, p. 126 ss., che ha pure notato come la grande maggioranza dei testi si riferisca a stipulazioni riguardanti soltanto le servitù di passaggio (e, di rado, l'*aquae ductus*); egli ha cercato di spiegare tale apparente anomalia con l'osservare che, di regola, le parti si sarebbero accontentate, in quei casi, di costituire dei rapporti obbligatori confidando in un mutamento, più o meno prossimo, della situazione di fatto («da strada che oggi non c'è si conta che potrà aversi domani»: p. 148). Tale spiegazione, tuttavia, non ci pare molto convincente: i testi cui fa riferimento il Solazzi ci sembrano piuttosto riferibili a schemi contrattuali idonei, secondo la tesi da noi sostenuta, a realizzare dei rapporti di servitù in forma obbligatoria.



do, allo schema del *ius in re aliena*.

Alla luce di queste considerazioni trova, a nostro avviso, adeguata spiegazione un noto testo di Ulpiano, inserito nel libro VIII del Digesto sotto il titolo IV (*communio praediorum tam urbanorum quam rusticorum*), sovente addotto, in vario senso ed a sostegno delle più disparate opinioni, a proposito della dottrina romana delle servitù<sup>51</sup>:

D. 8.4.13.pr. (Ulp. 6 *op.*): Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio tynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium, per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

Il proprietario di due fondi, denominati, rispettivamente, Geroniano e Botriano, nel vendere il primo dei due, aveva pattuito con il compratore che su tale fondo non sarebbe stata esercitata la pesca del tonno in pregiudizio del fondo che restava di proprietà del venditore: si trattava di stabilire quali potessero essere gli effetti di tale *lex venditionis*, che si era verosimilmente tradotta in una *lex mancipii*, diretta a costituire, mediante *deductio* dalla *mancipatio*, un diritto di servitù a favore del fondo del *mancipio dans*.

La risposta al quesito risulta, ad una prima lettura del testo, estremamente sibillina: Ulpiano avrebbe detto in sostanza che, poiché la *fides bona* esige il rispetto della volontà delle parti, sarebbero stati tenuti ad astenersi dall'esercizio della pesca '*personae possidentium aut in ius eorum succedentium*'. I dubbi di interpretazione riguardano soprattutto la determinazione della sfera degli obbligati: se vi si ricomprendono soltanto l'acquirente del fondo Geroniano ed i suoi eredi, non solo si restringe arbitrariamente il significato della frase '*personae possidentium aut in ius eorum succedentium*', che sembra riferirsi piuttosto a tutti i successivi possessori del fondo, ma si attribuisce pure al giureconsulto la paternità di una soluzione che sarebbe in netto contrasto con il motivo addotto per giustificarla. Se infatti doveva ritenersi decisiva, ai fini della soluzione, la comune intenzione delle parti, poiché senza alcun dubbio, come risulta dall'impostazione del quesito, venditore e compratore erano d'accordo sulla costituzione di una servitù e quindi sul fatto che il peso implicito nell'obbligo di astenersi dall'esercizio della pesca dovesse gravare su tutti i successivi proprietari del fondo Geroniano a vantaggio del fondo Botriano, il riconoscere alla *lex venditionis* efficacia meramente obbligatoria, oltre ad essere di troppo lapalissiana evidenza, avrebbe significato disattendere i termini sostanziali dell'impegno, che esigevano invece di essere pienamente rispettati.

D'altro canto, se si ritiene che la soluzione accolta nel testo fosse quella di ammettere, nell'ipotesi considerata, la costituzione di una vera e propria servitù di tipo industriale, sarebbe ravvisabile un contrasto ancor più grave e stridente tra la proposizione concessiva, in cui si esclude che, nell'ipotesi suddetta, potesse imporsi al fondo un diritto di servitù e la proposizione principale in cui invece tale possibilità sarebbe affermata in stretta aderenza alla comune intenzione delle parti.

Da tutto ciò consegue che in nessun caso il testo, se si eccettua la proposizione introduttiva in cui il quesito viene impostato ed enunciato in termini che non lasciano dubbi sulla sua effettiva natura, può nella sua attuale stesura essere attribuito ad Ulpiano. La seconda parte, già per il modo in cui si riallaccia a quella precedente, lascia chiaramente intendere che il giureconsulto si pronunciava in senso contrario all'efficacia della *lex venditionis*, adducendo molto probabilmente non già il principio secondo cui era vietata la costituzione di una servitù sul mare (né compratore né venditore infatti avevano mai pensato ad un'eventualità di questo genere), bensì il fatto che nell'ipotesi sottoposta al suo esame difettava il requisito dell'*utilitas fundi*. A questo punto si è innestata l'opera di un successivo interprete, al quale evidentemente non garbava la soluzione di Ulpiano, ma non garbava neppure un semplice capovolgimento di essa. A ben vedere, infatti, tale soluzione resta in piedi per

---

<sup>51</sup>) Del testo ci siamo già occupati altrove: G. PROVERA, *Visuali romanistiche in tema di patti di non concorrenza*, in «Il Diritto dell'Economia», VI, 1965, p. 789 s (= in «AUCA», XXI, 1965, p. 225 s.), al quale rinviamo anche per le citazioni bibliografiche.

la parte che riguarda la negazione della servitù; la modifica attiene invece al riconoscimento di una particolare efficacia della *lex venditionis* che non poteva essere né quella propria di un atto costitutivo di servitù né quella di un atto produttivo di effetti meramente obbligatori (che non sarebbero stati in discussione). Di qui l'affermazione che, in virtù dell'accordo, restavano obbligati tutti i successivi possessori del fondo Geroniano: in altri termini l'accordo medesimo avrebbe dato vita ad un'*obligatio propter rem* inscindibilmente legata al possesso del fondo predetto. Ma, a questo punto, non è difficile scoprire l'*iter* che ha condotto all'alterazione del testo di Ulpiano: di fronte ad un atto quale la *deductio dalla mancipatio*, formalmente idoneo alla costituzione di una servitù prediale, ma inefficace, nel caso di specie, per mancanza di un requisito essenziale proprio di tale rapporto, ci si poteva domandare se non fosse possibile, con un'interpretazione più lata dei termini dell'accordo, ricollegarvi quanto meno la costituzione di un'*obligatio propter rem*, imitando il modello offerto dal regime delle servitù provinciali. Vi era però una difficoltà, derivante dal fatto che le *pactiones et stipulationes*, nell'epoca classica, potevano essere impiegate per costituire dei rapporti *propter rem* in luogo di corrispondenti diritti reali di servitù e perciò entro i limiti imposti dalla disciplina dei requisiti essenziali dei diritti medesimi. L'ipotesi sottoposta all'esame di Ulpiano, in un certo senso marginale, offriva lo spunto per uno spostamento dei limiti suddetti e quindi per un allargamento della sfera di applicazione delle *pactiones et stipulationes*. Ora, una volta ammesso che là dove la tutela dei privati interessi lo esigeva, si potessero costituire liberamente delle obbligazioni *propter rem*, più nessuna importanza aveva il fatto che l'accordo delle parti si fosse tradotto in una *pactio et stipulatio* oppure in una *lex venditionis*, tanto più che il punto di vista del '*legem dicere suae rei*' favoriva, nell'ipotesi in esame, l'attribuzione di effetti reali ad un patto inerente alla vendita.

Siamo quindi propensi a ritenere che la modifica della soluzione ulpiana risalga all'epoca postclassica, all'epoca cioè in cui fu redatta l'opera intitolata *opinionum libri sex*, falsamente attribuita ad Ulpiano. Affermatosi decisamente l'uso delle *pactiones et stipulationes* per costituire delle servitù in forma obbligatoria, l'utilizzazione dello schema dell'*obligatio propter rem*, nei casi in cui non fosse stato direttamente applicabile il regime classico delle servitù, finiva per apparire inevitabile. Si apriva così la strada per un allargamento della sfera dell'autonomia privata, cui l'impiego dello schema sopra indicato consentiva nuovi e più vasti margini di esplicazione.

8. Il testo ulpiano pervenne ai compilatori nei termini sopra riferiti: '*quamvis mari ... personae possidentium per venditionis legem obligantur*'. Ad essi vanno attribuite due ulteriori aggiunte: quella della frase '*vel in ius eorum succedentium*', dovuta ad un'esigenza chiarificatrice, soddisfatta alla luce del nuovo concetto, elaborato dalle scuole bizantine, di successione a titolo particolare, e quella delle parole '*stipulationis vel*' che, invece, ha un significato sostanziale, in quanto estende e generalizza la portata di una decisione già formulata in vista di un'ipotesi specifica. Infatti, l'affermazione secondo cui l'obbligo di astenersi dall'esercizio della pesca, obbligo trasmissibile a tutti i successivi acquirenti del fondo Geroniano a vantaggio di tutti i successivi acquirenti del fondo Botriano, avrebbe potuto essere costituito non solo mediante una *lex venditionis*, ma anche mediante *stipulatio*, va intesa, a nostro avviso, nel senso che questo contratto è idoneo, per diritto giustiniano, a porre in essere, se ciò corrisponde all'effettiva volontà delle parti, delle obbligazioni a contenuto libero ed a soggetti variabili non solo dal lato passivo, ma anche dal lato attivo<sup>52</sup>.

Fra la categoria dei rapporti reali e quella dei rapporti obbligatori se ne inserisce una terza, in

<sup>52</sup>) In *Iust. inst.* 2.3.4 si parla ancora, sulle orme di Gaio, di *pactiones et stipulationes*; ma la idoneità della sola *pactio* o della sola *stipulatio* ai fini della costituzione di diritti reali di usufrutto o di servitù risulta chiaramente da D. 7.1.25.7, D. 7.1.27.4 e D. 8.3.33.pr. e § 1, nonché da C.I. 3.34.14. Nel diritto giustiniano, il termine '*pactio*' parrebbe riferito, almeno prevalentemente, ad una convenzione accessoria (come nell'ipotesi di vendita con riserva di servitù o di usufrutto); il termine '*stipulatio*' sta ormai ad indicare genericamente il contratto, anche se continuano ad essere utilizzati i vecchi schemi dell'*obligatio verbis* (ad esempio: '*per te non fieri quo minus ire agere liceat*'), laddove potevano ancora servire per tradurre in termini obbligatori l'intento empirico delle parti.

un certo senso intermedia, quella delle obbligazioni *propter rem*<sup>53</sup>, che le parti possono oramai costituire, mediante semplice contratto, con la più ampia libertà di contenuto<sup>54</sup>. La sfera dei *iura in re aliena* si arricchisce in tal modo di nuove figure le quali, a seconda che sia prevalente l'utilità del fondo o quella della persona, vengono di volta in volta assimilate alle servitù prediali o alle servitù personali<sup>55</sup>.

La sfera dell'autonomia privata risulta così estesa ben al di là dei limiti imposti dalla tipicità dei diritti reali in genere e di quelli inerenti alla disciplina delle servitù prediali, che pure i giustinianeî tendono a restaurare alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza del periodo classico. Di qui il moltiplicarsi degli obblighi e dei pesi da cui la proprietà può risultare gravata e compressa oltre ogni limite di tolleranza. Ma tale inconveniente fu la conseguenza inevitabile dell'aver assegnato alla volontà delle parti un ruolo decisivo sia per ciò che concerne la determinazione degli scopi dell'attività negoziale sia per ciò che concerne la scelta dei mezzi più idonei al loro raggiungimento.

---

<sup>53</sup>) D'altro canto, la distinzione tra diritti reali e diritti di obbligazione, tra *actiones in rem* ed *actiones in personam*, si è notevolmente offuscata nel diritto giustiniano, nonostante il rifiorire degli schemi contrattuali del diritto classico: cfr. GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit., p. 265 ss.

<sup>54</sup>) Dovrebbe perciò essere riveduta la tesi di quanti invocano il diritto romano per negare, anche per il diritto odierno, la possibilità di costituire liberamente delle obbligazioni di tipo ambulatorio. Per tutti, cfr. P. BONFANTE, *Servitù e obbligazioni*, in «Rivista di diritto commerciale», XVI.2, 1918, p. 485 ss.

<sup>55</sup>) I risultati della nostra ricerca si incontrano qui con quelli del CIAPESSONI, '*Servitus personae*', cit., p. 1018 ss.