

Sulla categoria degli oneri reali in diritto romano e nella tradizione romanistica

1. Introduzione – 2. D. 33.1.12 (Paul. 13 *resp.*) e D. 18.1.81.1 (Scaev. 7 *dig.*): ragioni di un'esclusione – 3. Il problema degli oneri reali nel diritto pubblico – 4. Due possibili esempi di oneri reali: D. 39.3.2.4 (Paul. 49 *ed.*) e D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*) – 5. Se il canone enfiteutico possa essere ricondotto alla categoria – 6. Alcune osservazioni circa il diritto intermedio – 7. Le codificazioni civili – 8. L'onere reale nella civilistica italiana – 9. Conclusioni.

1. Il problema generale relativo all'ammissibilità degli oneri reali, in diritto romano e nella tradizione romanistica, deve essere affrontato in una prospettiva che tenga in considerazione i diversi piani su cui la questione si articola. Sarà necessario valutare, quanto all'elaborazione romana, la possibilità che una serie di rapporti giuridici, di cui vi è notizia nelle fonti, possano ricondursi alle caratteristiche individuate per la categoria degli *onera realia*¹. Questa prospettiva si complica per le difficoltà definitorie di una categoria generale che possa racchiudere i rapporti riconducibili a questo, piuttosto che ad altro tipo giuridico, e segnatamente alla altrettanto controversa categoria delle *obligationes propter rem*². A tale problematica di carattere strutturale, se ne aggiunge una di carattere genetico, re-

¹) Nel presente contributo si considereranno i seguenti frammenti: D. 18.1.81.1 (Scaev. 7 *dig.*) e D. 33.1.12 (Paul. 13 *resp.*), a proposito dei quali si dimostrerà come non possano addursi quale ulteriore prova della correttezza del principio '*servitus in faciendo consistere nequit*'; al contrario D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*) e D. 39.3.2.4 (Paul. 49 *ed.*) si riveleranno atti a supportare l'assunto per cui il diritto romano aveva conosciuto e ammesso figure riconducibili all'onere reale. Verrà inoltre considerato D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 *ed.*) la cui lettura aveva creato problemi relativi all'applicazione analogica in riferimento a D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*). Relativamente al diritto pubblico si analizzerà una possibile estensione del principio enunciato in D. 39.4.7 (Pap. Iust. 2 *const.*).

²) Cfr. G. GANDOLFI, '*Onere reali*', in «ED.», XXX, Milano, 1980, p. 127. La difficoltà sopra accennata è legata al concetto stesso di «diritto reale». In effetti, la possibilità di attribuire il carattere della realtà a rapporti che, nella loro struttura, prevedano a carico dell'onerato prestazioni consistenti in un *facere*, si pone necessariamente in contraddizione palese con la tradizionale configurazione del diritto reale. Alla problematica ora accennata è strettamente connessa quella relativa alla non chiara distinzione intercorrente tra l'onere reale e l'*obligatio propter rem*, figure, queste, caratterizzate appunto da prestazioni positive a carico degli onerati. L'esistenza di questa seconda categoria nel diritto romano è messa in relazione da G. GROSSO, '*I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*', Torino, 1944, p. 258 e ss., con quelle particolari azioni *in personam* in cui la legittimazione, tanto attiva che passiva, sarebbe dipesa dalla titolarità di un diritto o dalla sussistenza di una particolare situazione di fatto sulla *res*, e che si sarebbero differenziate rispetto a quelle reali per la previsione di un *oportere* a carico del convenuto conseguente al rapporto con la cosa. Si individuerebbe così una particolare e chiusa categoria di azioni a soggetto variabile, all'interno della quale sarebbero da includere anche quelle situazioni che, prevedendo particolari prestazioni periodiche di contenuto positivo a carico di un soggetto, si qualificerebbero, appunto, quali '*obligationes propter rem*'. Rimarrebbero comunque ben distinte fra loro le categorie dei diritti reali e di obbligazione e conseguentemente le *actiones in rem* e *in personam*. Meno cristallina si presenta invece la situazione nel panorama della civilistica moderna. Sul punto, per un inquadramento generale, si veda A. FUSARO, '*Obbligazione «propter rem» ed onere reale*', in «Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile», XII, Torino, 1995, p. 390 ss. Non sono mancati però tentativi volti a tracciare in modo definito i contorni del «tipo» onere reale, e, di conseguenza, diretti a distinguere da esso le obbligazioni *propter rem*. Di particolare interesse, perché l'Autore avrebbe infine ricondotto entrambe le fattispecie alla categoria delle obbligazioni, è la posizione di G. BALBI, '*Le obbligazioni propter rem*', Torino, 1950, p. 34 ss., che per queste

lativa alla difficoltà che la teoria tradizionale ha avuto nel considerare alcuni archetipi di tali figure come già ammessi nel diritto romano, tanto pubblico che privato. A questo proposito, allora, si dovrà ritenere di particolare interesse l'analisi di quelle fonti romane ed insieme ad esse dello *ius emphyteuticarium*, che ha posto numerose problematiche circa la natura del canone enfiteutico, per poi considerare i riflessi di questo sviluppo sul diritto intermedio, valutando pure in che termini l'elaborazione romana abbia influito sul processo di codificazione.

2. L'eventualità che il diritto romano abbia conosciuto figure riconducibili alla categoria degli oneri reali è sempre stata al centro di un acceso dibattito, contrapponendosi una visione meno tradizionale e favorevole ad una risposta positiva, ed una per altro verso ostile ad una lettura innovativa delle fonti³.

In proposito si consideri il seguente testo:

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

ultime individuava le seguenti caratteristiche. Esse ricomprenderebbero diversi rapporti di natura meramente obbligatoria, a loro volta caratterizzati da prestazioni a scadenza periodica e di contenuto positivo con soggetto passivo individuabile nel proprietario, possessore del fondo o titolare di un diritto reale di godimento; a tutela delle prestazioni periodiche si sarebbe prevista una garanzia reale, con diritto di prelazione, sorta automaticamente al momento della costituzione del rapporto obbligatorio e senza alcun vincolo legato alla trascrizione o pubblicità ove non espressamente previsto; l'adempimento si sarebbe potuto pretendere dal proprietario, dal possessore o dal titolare del diritto attuale o da colui che fosse stato tale al momento della scadenza; all'onerato si sarebbe concesso, infine, diritto di abbandono. Lo studioso concludeva (p. 44) evidenziando come, nella loro configurazione originaria, gli oneri reali avessero la funzione di ovviare alla mancanza di una garanzia di tipo ipotecario che fosse anche slegata dal necessario adempimento inerente la pubblicità. L'onere reale si sarebbe poi differenziato per le seguenti ragioni (p. 47 ss.). Quanto alla prestazione, essa sarebbe legata al diritto di proprietà o al possesso solo saltuariamente al fine di tutelare l'adempimento. Quest'ultima sarebbe dunque legata al diritto di proprietà, e sul fondo si sarebbe potuto rivalere il creditore rimasto insoddisfatto. Ancora, il proprietario attuale del fondo, nel caso di onere reale, non sarebbe responsabile, contrariamente al precedente titolare del diritto, per le prestazioni ormai scadute e relative al periodo in cui egli ancora non vantava alcun diritto sul fondo. Sarebbe da segnalare, poi, la mancanza di una garanzia di tipo reale con conseguente privilegio. L'ultima differenza intercorrerebbe in relazione alla derelizione, visto che in caso di onere reale, tramite abbandono, il derelinquente non avrebbe conseguito la liberazione per le prestazioni scadute risalenti al periodo in cui era proprietario. In conclusione, come si è accennato, si giungeva al risultato per cui l'onere reale e l'obbligazione *propter rem* avrebbero costituito due figure differenti ma sempre di natura obbligatoria (p. 50). Utile, su quest'ultimo punto, è V. MARICONDA, *Vincoli alla proprietà e termini di durata*, in «Corriere giuridico», IX, 1987, p. 964 e ss. L'autore ha posto bene in evidenza come l'orientamento teso a ricondurre entrambe le figure al rapporto obbligatorio, conclusione cui perviene pure come si è visto Balbi, risulti frutto della classica concezione del diritto reale come potere del soggetto *erga omnes* immediatamente esercitabile sulla *res*. Tale opinione, per un verso già posta in discussione da una risalente monografia di M. GIORGIANNI, *Contributo allo studio dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milano, 1940, p. 135 ss., risulterebbe ormai superata in conseguenza dell'emersione di criteri diversi di individuazione della categoria dei diritti reali, e segnatamente l'inerenza passiva e il diritto di sequela.

³ Cfr. A. BUTERA, *Delle servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo*, in «Il diritto civile italiano» (cur. P. Fiore), Napoli-Torino, 1926, p. 184 (l'autore ritiene ammissibile un diritto reale *in faciendo*), A. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, Roma, 1915, p. 9, e A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 794. In particolare quest'ultimo ha ritenuto che lo *ius privatum* avesse riconosciuto senza difficoltà una certa categoria di obbligazioni ambulatorie chiamate impropriamente oneri reali, o, più correttamente, *obligationes propter rem*. Si vedano anche C. FADDA, P.E. BENZA, Note a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1902-1914, trad. it. – *Diritto delle Pandette* –, 1902-1914, rist. Torino, II (1930), p. 78 ss. Per un'opinione negativa, o comunque in questo senso orientata, circa la questione qui affrontata si considerino: C. FERRINI, 'Obbligazione', in «Enciclopedia Giuridica», XII.1, Milano, 1900, p. 372 s., C. NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Torino, 1902, p. 352, B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1914, p. 434 (l'autore aveva escluso l'operare della categoria nel diritto civile della prima codificazione), A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1918, p. 455 ss. (il quale, in verità, non accenna neppure ad una possibile origine romana dell'istituto), e B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*², Milano, 1954, rist. Milano, 1969, p. 122 ss.

La fattispecie è relativa ad un legato tramite il quale il testatore, Gaio Seio, aveva disposto che *ex praediis Potitianis praediis Lutatianis* venissero prestate annualmente una certa quantità di canne e di salici a favore di Mevia e Seia. Il frammento è particolarmente interessante poiché in esso Paolo nega la costituzione di una servitù sul fondo legato (*servitutem iure constitutam non videri*), non motivando però la propria affermazione. Secondo una prima ricostruzione la servitù non si sarebbe costituita essenzialmente per due motivi: la distanza tra i fondi, collocati *diversis pagis*, ed il contenuto della prestazione, ossia il *facere* imposto al proprietario del fondo Potiziano⁴.

Ma la rilevanza attribuibile ai motivi appena evidenziati va letta alla luce di un'osservazione non secondaria. La presunta applicazione, nel caso di specie, del principio *'servitus in faciendo consistere nequit'* non sembra infatti pacificamente accertabile, al contrario del dato spaziale che viene esplicitamente evidenziato da Paolo. E' quindi a quest'ultimo che occorrerà guardare per comprendere l'esclusione della servitù⁵. Il testo invero si apre con l'indicazione della collocazione dei fondi, rilevando sempre a questo riguardo la terminologia impiegata: l'aggettivo *'diversus'* è qui utilizzato proprio per sottolineare la distanza tra i due villaggi in cui si situavano i fondi⁶. E' probabile quindi che il sintagma *'diversis pagis'* acquisti nell'economia della fattispecie una parte non secondaria, valendo ad influenzare la risposta negativa di Paolo.

Si dovrà escludere allo stesso modo la costituzione della servitù personale⁷. In primo luogo perché difficilmente ammissibile con riguardo ad una sola parte dei redditi ricavabili dai fondi; in secondo luogo per la mancanza dell'elemento dell'*usus*.

Negandosi la valida costituzione della servitù, tanto prediale che personale, il passo potrebbe riguardarsi come esempio di *obligatio* con soggetto passivo individuabile in colui al quale era stato legato il fondo Potiziano⁸. Di conseguenza, l'adempimento di tale legato sarebbe spettato personalmente solo a questo soggetto e ai suoi eredi.

Comunque voglia considerarsi la questione relativa all'esclusione della servitù, è evidente che al di là della diversa ricostruzione facente capo alla teoria delle c.d. obbligazioni ambulatorie, la quale evidentemente presuppone che si individui con assoluta sicurezza tale categoria, tra le ragioni che potrebbero aver portato Paolo ad una simile decisione si può verosimilmente includere anche quella relativa all'elemento spaziale⁹.

⁴) FERRINI, *'Obbligazione'*, cit., p. 372. Rispetto alla ricostruzione del Ferrini, BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 115, non aveva considerato in riferimento alla fattispecie analizzata il problema della distanza, sostenendo al contrario la possibilità che il rapporto così costituito avesse tutte le caratteristiche proprie della servitù. Doveva essere altro il motivo per escludere la sussistenza della *servitus* e cioè il contenuto *in faciendo* dell'onere. Il Bensa, sempre differenziandosi rispetto alla ricostruzione del Ferrini, ha sostenuto la possibilità che fosse proprio l'eccessiva distanza tra fondi ad impedire il sorgere del rapporto di servitù (cfr. P.E. BENSA, *Delle servitù prediali. Lezioni*, Siena, 1899, p. 57, FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 84 ss., P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III. *Diritti reali*, Roma, 1920, p. 32 ss., e ID., *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, in «Studi A. Ascoli», Messina, 1930, p. 185 ss.

⁵) Sebbene FERRINI, *'Obbligazione'*, cit., p. 373, abbia sostenuto la possibilità di superare l'ostacolo costituito dalla lontananza. Va in ogni caso tenuto presente a questo proposito quanto Paolo specifica nel testo, che cioè i poteri risultano collocarsi addirittura in villaggi diversi. Sul problema della vicinanza in riferimento al caso concreto si veda anche A. TORRENT, *Estudios sobre la servitus oneris ferendi*, in «Cunabula iuris. Studi G. Broggin», Milano, 2002, p. 419 ss.

⁶) L'aggettivo deriva dal verbo *'diverto'* i cui significati sono tutti etimologicamente ricollegabili all'idea della separazione. Sugli ulteriori utilizzi di *'diversus'*, si veda «VIR.», II.1, Berlin, 1906, sv. *'diversus'* c. 284 ss., *praecipue* c. 285.

⁷) Queste ultime infatti sarebbero rientrate nella categoria delle *'servitutes'* solo ad opera dei compilatori (C. LONGO, *La categoria delle servitutes nel diritto romano classico*, in «BIDR.», XI, 1898, p. 281 ss.). La tesi che nega la classicità della categoria delle servitù personali è accettata in dottrina (E. COSTA, *Corso di storia del diritto romano dalle origini alle compilazioni giustiniane*, II, Bologna, 1903, p. 121 ss., P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, p. 381 nt. 2 e p. 382, C. SANFILIPPO, *Servitutes personarum*, I, Catania, 1960, p. 5 ss., G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 4 ss., TORRENT, *Estudios sobre la servitus oneris ferendi*, cit., p. 421. Gli autori citati riprendono le principali conclusioni del Longo. Con fondamentali differenze si veda tuttavia B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano, 1938, p. 383 ss.).

⁸) La ricostruzione proposta è quella del Ferrini (*'Obbligazione'*, cit., p. 373).

⁹) FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 85.

Fatte queste precisazioni è il caso di rivalutare l'importanza di D. 33.1.12 (Paul. 13 *resp.*), dovendo rivolgere l'attenzione altrove. In particolare si consideri:

D. 18.1.81.1 (Scaev. 7 *dig.*): Lucius Titius promisit de fundo suo centum milia modiorum frumenti annua praestare praediis Gaii Seii: postea Lucius Titius vendidit fundum additis verbis his: 'quo iure quaque condicione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt itaque habebuntur': quaero, an emptor Gaius Seio ad praestationem frumenti sit obnoxius. respondit emptorem Gaius Seio secundum ea quae proponerentur obligatum non esse.

Lucio Tizio aveva promesso, mediante *stipulatio*, di dare una certa quantità di frumento dal proprio fondo a quello di Gaio Seio; alienava poi il *fundum* nelle medesime condizioni in cui esso si trovava ('... *postea Lucius Titius vendidit fundum additis verbis his: 'quo iure quaque condicione ea praedia Lucii Titii hodie sunt ita veneunt itaque habebuntur' ...*'). Al giurista, che avrebbe replicato negativamente, si chiedeva se l'acquirente dovesse rispondere della prestazione annua di frumento. Anche in riferimento al passo di Scevola si presentano due possibili letture: da un lato considerarlo influente in relazione alla questione qui affrontata, dall'altro addurlo ad ulteriore conferma della regola '*servitus in faciendo consistere nequit*'.

In relazione alla prima ricostruzione è opportuno operare una distinzione tra l'obbligazione, mediante la quale Lucio Tizio si è vincolato a prestare una data quantità di frumento, e la *lex* contenuta nella vendita. L'utilizzo del verbo '*promitto*' nel caso di specie infatti, fornisce un elemento di notevole rilievo deponendo in favore della natura solo obbligatoria della prestazione¹⁰. In relazione alla *lex* posta nella vendita, trattandosi di obbligo meramente personale, intenzione del venditore doveva essere solo quella di far sopportare ai futuri acquirenti ogni peso insistente sul fondo, obbligandosi questi ultimi per tutto ciò che avesse costituito *condicio fundi*¹¹. La questione deve essere quindi affrontata dal punto di vista del mezzo giuridico utilizzato.

Va comunque precisato che, a dispetto del ricorso improprio alla stipulazione, sembra che il primo proprietario avesse quale scopo appunto quello di onerare in senso stretto il fondo¹². Ma l'errore nel mezzo giuridico utilizzato, e dunque la natura meramente obbligatoria dell'impegno assunto, si rendeva evidente nell'impiego, da parte del proprietario-alienante, del verbo '*promitto*'. Tramite tale negozio verbale non sarebbe stato possibile costituire diritti reali, giacché per mezzo di esso si operava solo la costituzione o l'estinzione di rapporti obbligatori¹³.

¹⁰ Sul punto si era espressa in questi termini anche la Glossa: cfr. gl. '*Non esse*' ad D. 18.1.81.1 (ed. Lyon, 1560, «Digestum Vetus», c. 1435): '*Scilicet personaliter, cum personalis obligatio non sequatur fundum ...*'.

¹¹ Il Biondi (*Le servitù prediali*, cit., p. 126) al contrario riteneva che intenzione dell'alienante, nel caso di specie, dovesse essere proprio quella di onerare il fondo. Ciò sarebbe stato desumibile dalla stessa clausola mediante la quale si specificava che il fondo doveva essere venduto nelle medesime condizioni in cui si trovava. Al di là dell'opinione del Biondi, occorre dire che l'obbligo personale contratto mediante *stipulatio*, si sarebbe trasmesso ai successivi compratori solo se la *lex venditionis* lo avesse espressamente previsto. Fadda e Bensa (*Note dei Traduttori*, cit., p. 86) inoltre, ritenevano che Scevola avrebbe fornito la medesima risposta anche a fronte di una *lex* così formulata: '*hunc fundum ea lege vendo ut obnoxium sit ad praestationem centum milia modiorum frumenti praediis mei Lutatianis*', rilevando che se realmente la questione avesse riguardato l'impossibilità di onerare l'immobile si sarebbe dovuto certamente fare riferimento ad un principio generale, non presente nel caso concreto.

¹² E infatti FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 86, sottolineavano che dal tenore della risposta poteva arguirsi che qualora gli elementi valutati fossero stati diversi anche l'affermazione di Scevola sarebbe potuta essere verosimilmente differente.

¹³ La questione merita attenzione. In particolare si deve ricordare che tra i modi di costituzione della servitù, in età postclassica, si era ammesso quello per *pactio et stipulatio*. E' abbastanza pacifico che prima dell'innovazione postclassica, la *stipulatio* non potesse dar vita ad una servitù, la quale doveva essere costituita normalmente o mediante *mancipatio* o in *iure cessio* (S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 92 ss.). In questi termini si inquadrano i rimaneggiamenti su D. 8.6.19 (Pomp. 32 *Sab.*): '*Si partem fundi vendendo lege caverim, uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum tempus intercesserit, antequam rivum facerem, nihil iuris amitto, quia nullum iter aquae fuerit, sed manet mihi ius integrum: quod si fecissem iter neque usus essem, amittam*'. Dal frammento era stato eliminato l'elenco dei negozi solenni mediante i quali sarebbe stato possibile costituire la servitù, ammettendo, dunque, che il contratto di compravendita avesse efficacia immediata per la costituzione di quest'ultima. Depone in questo senso anche D. 8.5.16 (Iul. 7 *dig.*): '*Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicii*'.

Non sarebbe stato dunque l'eventuale contenuto di carattere positivo del peso fondiario a far scaturire una risposta negativa, ma più semplicemente l'impiego di un mezzo (la *stipulatio*) del tutto inidoneo a creare un vincolo di natura reale¹⁴. Ciò detto, cade ogni elemento per poter giudicare sulla ammissibilità o meno della prestazione reale *in faciendo*, almeno nel caso esaminato¹⁵.

La possibilità di invocare D. 33.1.12 (Paul. 13 *resp.*) e D. 18.1.81.1 (Scaev. 7 *dig.*) a supporto del principio '*servitus in faciendo consistere nequit*' andrebbe perciò accolta con cautela. Nel primo caso perché la questione, con più aderenza al testo di riferimento, va risolta nel senso di escludere la servitù a causa dell'ubicazione dei fondi, collocati *diversis pagis*¹⁶. Nel secondo caso perché l'inammissibilità della prestazione *in faciendo* discende dal fatto che quest'ultima si inquadra come contenuto di una mera promessa non suscettibile di originare un diritto reale.

*dium immittere et postea te sciente ex causa emptiois immissum habeam, quaero, an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim. respondi utroque auxilio me usurum*⁷. In questo secondo caso era stato soppresso il riferimento all'*actio empti* al fine di mostrare come l'adempimento della vendita facesse sorgere in capo all'acquirente il diritto di servitù (SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 95). La novità postclassica era stata dunque definitivamente recepita dai compilatori come peraltro mostrano le probabili alterazioni dei frammenti di Pomponio e Giuliano. Diversamente rispetto alla ricostruzione proposta dal Solazzi, si pone G. PROVERA, *Servitù prediali e obbligazioni propter rem*, in «Studi E. Volterra», II, Milano, 1971, p. 15 ss. In particolare lo Studioso citato, partendo dalla evidente impossibilità di impiegare *mancipatio* e *in iure cessio* al fine di costituire usufrutto e servitù su fondi provinciali, presupponendo il *dominium ex iure Quiritium*, ha ritenuto utilizzabile per gli stessi fini il modo per *pactio et stipulatio* (PROVERA, *op. cit.*, p. 22). A questo riguardo va detto che da Gai., *inst.* 2.31 si deduce il criterio per il superamento dell'antinomia fra la tesi che ammetteva la costituzione di un rapporto di natura meramente obbligatoria e quella opposta che ne rimarcava la natura reale (PROVERA, *op. cit.*, p. 22). La *stipulatio in non faciendo* dunque, si sarebbe potuta interpretare anche nel senso che la *pactio* ad essa collegata avrebbe potuto dar vita a un diritto di servitù o usufrutto (PROVERA, *op. cit.*, p. 29). Tale ricostruzione andrebbe letta anche considerando la *communis opinio* che propende per l'inammissibilità dell'obbligazione *propter rem*, rendendosi necessario però notare che i romani non erano del tutto adusi dall'ammettere figure di questo genere: si pensi alle *actiones noxales* o alla disciplina relativa all'*actio aquae pluviae arvendae* (PROVERA, *op. cit.*, p. 30). In buona sostanza si rendeva necessario aggirare il problema della intransmissibilità del *vinculum iuris*, non potendosi escludere che per tale esigenza si siano ammessi rapporti riconducibili all'obbligazione *propter rem* (PROVERA, *op. cit.*, p. 31). Tale dato sarebbe desumibile da D. 45.1.38.10 (Ulp. 49 *Sab.*) relativo alla trasmissione ereditaria di uno *ius* di *uti frui* (PROVERA, *op. cit.*, p. 32); Ulpiano avanzava nel caso di specie una opinione favorevole alla trasmissibilità del vincolo. In questo senso deporrebbe anche D. 7.1.27.4 (Ulp. 18 *Sab.*) relativo ad una *servitus stipulatione debita*. A questo riguardo Provera (*op. cit.*, p. 35) notava come Ulpiano, prospettando la decisione riportata, avrebbe presupposto un rapporto obbligatorio in luogo della fattispecie reale. Militerrebbe a proposito anche D. 45.1.56.4 (Iul. 52 *dig.*). Gli argomenti del Provera (*op. cit.*, p. 36) per escludere che nel caso di specie si fosse trattato di una servitù costituita mediante *in iure cessio* sono persuasivi. Ed è suggestiva l'ipotesi che anche in questo caso possa trattarsi di una servitù costituita su fondo provinciale in forma di obbligazione con soggetti variabili (così PROVERA, *op. cit.*, p. 37). Ciò detto, significativamente l'Autore (*op. cit.*, p. 39 s.) nota come in relazione a fattispecie così costituite si parli sempre di servitù od usufrutto, non potendosi quindi trattare di rapporti solo obbligatori o solo reali. Provera (*op. cit.*, p. 40 s.) ipotizza dunque che nei casi esaminati si sia in presenza di obbligazioni ambulatorie mediante le quali si aggirava il divieto di costituire servitù e usufrutto sul fondo provinciale. Si comprende anche quale nesso dovesse legare la *pactio* e la *stipulatio*: la prima manifestazione dell'intenzione di costituire una servitù in forma obbligatoria, la seconda idonea a produrre tale forma (PROVERA, *op. cit.*, p. 42). Naturalmente in età postclassica i termini della questione sarebbero cambiati, e del pari, venuta meno la distinzione tra fondi provinciali ed italici, sarebbero variati anche i presupposti per estendere l'uso dell'*obligatio propter rem* (PROVERA, *op. cit.*, p. 44). Concludendo quindi, Provera (*op. cit.*, p. 47) ritiene corretto individuare tra la categoria reale e quella obbligatoria anche quella dell'obbligazione *propter rem*. In relazione alla questione si veda anche F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico», Milano, 2011, p. 355 ss. (*on line* nel sito della «Rivista di Diritto Romano»).

¹⁴ E risulta piuttosto probabile che il proprietario, come peraltro già evidenziato da FERRINI, '*Obbligazione*', cit., p. 373, FADDA, BENSÀ, *Note dei Traduttori*, cit., p. 86, e BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 126, avesse effettivamente intenzione di costituire un onere reale sul fondo.

¹⁵ In realtà, se si ragionasse *a contrario*, si potrebbe addirittura pensare che Paolo, ritenendo aberrante la costituzione di un diritto reale *in faciendo*, avrebbe potuto cogliere l'occasione per ribadirlo, così ponendo in secondo piano l'errore di Lucio Tizio nell'utilizzo della *stipulatio*. Si rimane però nell'indimostrabile campo delle congetture. Maggiormente sensato pare dunque attribuire valore all'elemento più evidente nel passo: l'errore nell'utilizzo di un mezzo non idoneo a costituire un onere reale.

¹⁶ Ad ulteriore conferma di questa ricostruzione, cfr. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, cit., p. 185. A parere dell'Autore qui citato inoltre, la problematica della servitù '*neque in personam neque in rem*' si spiegava considerando il testo interpolato.

3. A questo punto non sembra del tutto fuori luogo una breve digressione nel campo del diritto pubblico, ove si sono affermate più largamente figure riconducibili alla categoria degli *onera realia*. La tematica, collegata alla dibattutissima teoria della proprietà dei fondi provinciali spettante al popolo romano¹⁷, richiama direttamente il problema delle imposte sugli agri provinciali: il *tributum*¹⁸ e lo *stipendium*¹⁹. Entrambi i casi menzionati riguardano infatti pesi imposti direttamente sui fondi, caratterizzati da prestazioni periodiche e perpetue e dalla responsabilità del possessore *pro tempore* per gli arretrati²⁰. Con riguardo specifico alla tematica qui affrontata, assumono un peso piuttosto rilevante le considerazioni formulabili in riferimento al *vectigal*, alle c.d. fondazioni alimentari e agli oneri di contribuzione relativi alle opere di manutenzione delle cloache, delle strade e degli acquedotti. In riferimento al primo punto si consideri il seguente frammento:

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

Il passo contiene un rescritto dei *divi fratres* che definisce la prestazione ‘*obligatio rei*’, considerando per un verso quale debitore il fondo stesso (‘... in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri ...’) e

¹⁷ A. PERNICE, *Parerga*, II, in «ZSS.», V, 1884, p. 57 ss.: altri contributi di rilievo sono: J.W. KUBITSCHKEK, ‘*Ager*’, in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», I, Stuttgart, 1894, c. 780 ss., *praecipue* c. 791-793, G. BRANCA, ‘*Ager publicus*’, in «NNDI.», I.1, Torino, 1957, p. 413 (dove si afferma che il possesso di tali appezzamenti era revocabile dallo Stato, ma che al contempo esso si consolidava divenendo definitivo), DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 11 s., FERRINI, ‘*Obbligazione*’, cit., p. 376; *contra*, GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 746, nt. 61.3, che sostiene, se pur incidentalmente, che lo Stato romano si considerava diretto proprietario dei territori provinciali. Le risultanze dell’orientamento maggioritario possono riassumersi come segue: contro il testo di Gai., *inst.* 2.7 (‘*Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur; utique tamen etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur*’), si adducevano diversi argomenti, il principale dei quali aveva riguardo alla possibilità dei titolari di costituire servitù su tali fondi attraverso *pactiones et stipulationes*, sebbene a questo proposito vada rilevato che la stipulazione avrebbe, al più, contenuto la promessa di costituire la servitù, ciò che poi sarebbe avvenuto tramite uno dei modi ordinari. Si dovrebbe quindi propendere per una soluzione negativa circa la teoria della proprietà dello Stato sugli agri provinciali.

¹⁸ Quanto al ‘*tributum*’, occorre porre mente al fatto che, a dispetto di un impiego alternativo del termine per indicare lo ‘*stipendium*’, il primo si differenzia rispetto al secondo poiché quest’ultimo designa qualsiasi tipo di reddito ricavabile dai beni demaniali. Addetti alla riscossione furono, per l’età più antica, i *tribuni aerarum*, mentre relativamente alla ripartizione, essa avveniva per censo. Tenuti alla prestazione erano i possessori *pro tempore* del predio che rispondevano anche degli arretrati (FERRINI, ‘*Obbligazione*’, cit., p. 377, e FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 78).

¹⁹ In altre province si doveva invece lo *stipendium*. La scelta di una diversa forma di imposizione non è infatti priva di significato politico. Se si considera che lo *stipendium*, diversamente dal *tributum*, costituisce indice di autonomia della comunità soggetta da un punto di vista dell’esazione e della ripartizione dei carichi fiscali, si comprende la scelta di assoggettare a *tributum* solo la Sicilia e le province asiatiche. Era qui imperante la concezione, propria delle monarchie orientali, che vedeva il tributo come gravante direttamente sul suolo in conformità al principio ‘*dominium populi Romani est vel principis*’ (G.I. LUZZATTO, ‘*Tributum*’, in «NNDI.», XIX, Torino, 1973, p. 852). Tale ultimo principio si sarebbe poi definitivamente affermato durante l’Impero, portando alla definitiva distinzione fra province senatorie, soggette a *stipendium*, e province imperiali sulle quali gravava invece il *tributum*. Ciò detto, occorre comunque specificare che lo *stipendium* nel periodo della Repubblica costituiva un’imposta a cui erano soggette le comunità vinte (‘*victoriae praemium ac poena belli*’), le quali avevano massima libertà quanto a ripartizione e ad esazione (G.I. LUZZATTO, ‘*Stipendium*’, in «NNDI.», XVIII, Torino, 1957, p. 444). Tale libertà venne però meno con l’avvento dell’Impero (DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 13). Ciò perché, sebbene le comunità locali continuassero a riscuotere lo *stipendium* rimanendo responsabili della riscossione, l’ammontare di esso veniva determinato con riferimento al singolo fondo. In conseguenza di ciò la nozione di ‘*stipendium*’ si venne a confondere con quella di ‘*tributum*’ (DE LUCA, *op. cit.*, p. 13). Sulla tematica qui affrontata si consultino anche FERRINI, ‘*Obbligazione*’, cit., p. 376 ss., DE LUCA, *op. cit.*, p. 12 ss., FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 77 ss., e F. GRELLI, *Stipendium vel tributum. L’imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo*, Napoli, 1963, p. 19 ss.

²⁰ FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 78.

per l'altro quale responsabile per gli arretrati l'attuale possessore del fondo²¹. E' riconoscibile nella fattispecie qui in esame la presenza di un onere insistente sulla cosa, come desumibile dalla terminologia utilizzata e dal principio *'in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri'*.

Nello stesso senso si dovrà considerare la questione delle fondazioni alimentari²². Attraverso la fondazione alimentare un predio veniva onerato affinché prestasse una rendita annua a favore di una città per scopi umanitari. Notevole, in relazione alle fondazioni alimentari, è che esse venissero espressamente indicate nelle fonti come *'obligationes praediorum'*²³. La loro costituzione seguiva percorsi differenti: un privato poteva trasferire un fondo alla città, la quale lo avrebbe onerato tramite *vectigal* e successivamente restituito all'originario proprietario; ancora i proprietari, dopo aver percepito una somma di denaro messa loro a disposizione dall'imperatore, oneravano i propri fondi affinché fornissero prestazioni periodiche e perpetue²⁴. Non sono determinabili con certezza le conseguenze del mancato pagamento del canone, è però verosimile che il fondo ritornasse alla città, la quale lo avrebbe restituito nuovamente gravato dal canone periodico²⁵. Si tenga presente che le istituzioni alimentari furono poi alla base di due istituti molto utilizzati in età medievale: il censo co-

²¹) FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 80.

²²) Cfr. FERRINI, *'Obbligazione'*, cit., p. 377 s., DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 14 ss., e FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 78. Si vedano in proposito, per un inquadramento generale del tema, C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1953⁴, p. 82, B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p. 148, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1976, p. 73, e GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 309 s. A questo proposito è necessaria qualche ulteriore considerazione sui dubbi espressi in relazione all'idea di fondazione. Guarino ha sostenuto che i Romani, non avvezzi all'astrazione, difficilmente avrebbero potuto ammettere la soggettività giuridica per i patrimoni senza titolare, e di conseguenza non sarebbero state accettate nemmeno le fondazioni con personalità giuridica (GUARINO, *loc. ult. cit.*, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 183 s.). Si ammettevano le fondazioni fiduciarie attraverso le quali ad un determinato soggetto era affidata la titolarità di un patrimonio, affinché quest'ultimo o il reddito da esso ricavabile fosse destinato ad un determinato scopo sovente di tipo caritatevole. Di notevole importanza poi, e in diretta connessione con l'affermazione dei principi propri della carità cristiana (FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit., p. 86, e BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 148) furono le *'piae causae'*, al centro peraltro di una legislazione di favore (ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 74). Mediante queste ultime erano affidati ad enti corporativi o ad uffici, patrimoni destinati a scopi di pietà che avessero durata prolungata (GUARINO, *op. cit.*, p. 309). Singolare risalto aveva inoltre la c.d. *'hereditas tacens'*, specie di persona giuridica associativa nata per ovviare ai problemi nascenti dalla sua natura di patrimonio in attesa di accettazione (TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 183, *praecipue* p. 679 s.): essa si considerava alla stregua di auto-sostituto del soggetto tanto da divenire in progresso di tempo soggetto giuridico «provvisorio» (GUARINO, *op. cit.*, p. 310). Quanto al più generale tema degli alimenti in diritto romano, cfr. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 670 s., R. ORESTANO, *Nuove osservazioni in tema di istituzioni alimentari imperiali*, in «Studi A. Albertoni», I, Padova, 1935, p. 347 ss., G. SEGRÈ, *Sulle istituzioni alimentari imperiali. A proposito di una monografia del Brinz*, in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, p. 36 ss., F. LANFRANCHI, *Ius exponendi e obbligo alimentare nel Diritto romano-classico*, in «SDHI», I, 1940, p. 5 ss., R. ORESTANO, *'Alimenti (diritto romano)'*, in «NNDI», I.1, Torino, 1957, p. 482 ss., G. LAVAGGI, *'Alimenti'*, in «ED», II, Milano, 1958, p. 18 ss., M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in «BIDR.», LXXIII, 1970, p. 323 ss., e A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in «Labeo», XLVII, 2001, p. 28 ss.

²³) Si consideri la Tavola di Veleia: *'Obligatio praediorum ob HS deciens quadraginta quattuor milia, ut ex indulgentia optimi maxime principis imp. Caes. Nerva Traiani Aug. Germanici Dacici pueri puellaeque alimenta accipiant'* (K.G. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*⁷ (ed. O GRANDEWITZ), Tübingen, 1909, II, *Leges et Negotia*, § 145, p. 346 ss.). Pure interessante è la Tavola Bebiana: *'Qui i(n)fra s(c)ripti s(un)t, ex praecepto optimi maxime principis obligarunt prae[di]a, ut ex em]pto Ligures Baebiani [usuras semestres i(n)fra s(c)riptas] percipiant et] ex indulgentia eius pueri puellae[que] al[imenta] accipiant.'* (BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, cit., p. 348 ss.).

²⁴) E' utile sottolineare in particolare il primo modo di costituzione, ossia quello tramite *vectigal* imposto dalla città. E' rilevante a questo proposito che tra le fonti antiche Plinio dia notizia proprio di una istituzione da lui fondata: è il caso contenuto nel suo Epistolario (7.18) in cui egli illustra di come abbia trasferito per *mancipatio* il fondo alla città, per poi riceverlo gravato da un *vectigal* annuo (ne dà notizia il FERRINI, *'Obbligazione'*, cit., p. 378: cfr. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 15).

²⁵) FERRINI, *'Obbligazione'*, cit., p. 378, DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 16. A sostegno di questa ricostruzione è D. 20.1.31.pr.-1 (Scaev. 1 resp.): *'Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat: postea is fundus a possessore pignori datus est: quaesitum est, an recte pignori datus est. respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Item quaesit, si, cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent et propterea pronuntiatum esset fundum secundum legem domini esse, cuius potior causa esset. respondit, si ut proponeretur vectigali non soluto iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius evanuisse.'*

stitutivo e quello riservativo²⁶.

Sarà opportuno infine accennare alle ultime fattispecie di diritto pubblico riconducibili agli *onera realia*: le contribuzioni per le opere di manutenzione relative alle cloache, alle strade e agli acquedotti. Relativamente alle strade, secondo quanto prevedevano le XII Tavole, ed in particolare la *Tab. VII.7*²⁷, la manutenzione spettava ai frontisti, i quali dovevano prestare determinate opere per il mantenimento e la manutenzione delle stesse²⁸. Solo successivamente le opere prima svolte da questi soggetti furono date in appalto ripartendo le spese tra coloro che avrebbero dovuto materialmente provvedervi.

In questa seconda fase le spese per le opere, come detto divise tra i frontisti, erano divenute un vero e proprio *munus publicum*, ossia un onere gravante sui fondi, come desumibile dalla *Lex Iulia municipalis* risalente al 45 a.C.²⁹. Proprio in considerazione della natura di *munera* delle riparazioni, si può spiegare anche il tenore di D. 50.4.14.2 (Call. 1 *cogn.*), in cui si specifica che le *'viarum munitiones'*, ossia le riparazioni delle strade, e le *'praediorum collationes'*, cioè i contributi occorrenti per le opere necessarie ai fondi, *'non personae, sed locorum munera sunt'*: oneri gravanti sui poderi e non sui possessori degli stessi³⁰. Dal carattere di onere reale discende la trasmissione ai futuri possessori³¹.

Brevemente si dovrà poi considerare la questione relativa agli acquedotti pubblici. Anche in questo caso i proprietari dei fondi attraversati dagli impianti erano tenuti alle riparazioni e alla manutenzione degli stessi³². Il parallelismo con le *collationes viarum* risulta da D. 7.1.27.3 (Ulp. 18 *Sab.*)³³

²⁶ Come rileva DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 16.

²⁷ Fest., *verb. sign.*, sv. *'viae'* (Lindsay, p. 508): *'Viae sunt et publicae, per <quas ire ager>e omnibus licet, et privatae, quibus neminem uli ... praeter eorum quorum sunt. Et ita privatae VIII pedes in latitudine iure et lege, publicae quantum utilitatis permittit. lex iubet XVI <in anfracto fle>xuque pedes esse vias ut qui vias mununt: ?onisam? dilapidassunt, qua volet, iumento agelo'* (cfr. «Roman Statutes», ed. M. H. CRAWFORD, London, 1996, II, p. 580). Sulla parte finale del lemma (*Tab. VII.7*) si veda F. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in «SDHI.», LX, 1994, 159 ss., soprattutto p. 184 ss. In relazione a tale disposizione, occorre precisare che G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 21 ss., in particolare p. 24 ss. (in senso conforme cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 260 ss.), ha avanzato l'ipotesi che il *'viam munire'* potesse riferirsi più in generale alle vie private percorrenti diversi fondi privati e utilizzate da tutti i proprietari di questi ultimi, per cui la *via* sarebbe appartenuta a tutti, e qualora uno dei proprietari non avesse provveduto ad adempiere all'onere di *'munire'* la *via*, agli altri, che avevano il diritto di *'agere iumentum'*, sarebbe stato consentito di passare per il fondo dell'inadempiente dove avessero voluto (cfr. GROSSO, *op. cit.*, p. 24). In relazione a tale ipotesi ricostruttiva occorre notare come – accanto all'impiego del verbo al plurale (*'mununt'*) – la tesi di Giuseppe Grosso verrebbe confermata dall'uso al singolare del sostantivo *'via'*, atteso che la norma viene riportata dall'autore nella forma *'viam mununt'*. In proposito è stato però rilevato (ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 183 ss., p. 184 nt. 12 e p. 211 nt. 230) che la lezione riportata da Giuseppe Grosso non ha riscontro negli editori del *de verborum significatu*, i quali recano *'vias mununt'*, cosicché l'uso del sostantivo al plurale viene a rendere meno probante tale ultimo argomento (cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 211 nt. 230).

²⁸ Si noti che in età più risalente gli edili esigevano la prestazione dell'onere in natura (FERRINI, *'Obbligazione'*, cit., p. 378.) e tale dato si desume da quanto previsto in età successiva per le province: D. 50.4.18.15 (Arc. Char. *l.s. mun. civ.*): *'Si aliquis fuerit electus, ut compellat eos, qui prope viam publicam possident, sternere viam, personale munus est'*.

²⁹ «Fontes Iuris Romani Antejustiniani», I² (cur. S. RICCOBONO), Firenze, 1968, n. 13, p. 140 s., *praecipue* p. 143, ll. 20 ss.

³⁰ D. 50.4.14.2 (Call. 1 *cogn.*): *'Viarum munitiones, praediorum collationes non personae, sed locorum munera sunt'*.

³¹ A questo proposito può considerarsi adeguata dimostrazione di quanto affermato D. 19.1.13.6 (Ulp. 32 *ed.*): *'Idem Iulianus dolum solere a venditore praestari etiam in huiusmodi specie ostendit: si, cum venditor sciret fundum pluribus municipiis legata debere, in tabula quidem conscripserit uni municipio deberi, verum postea legem consignaverit, si qua tributorum aut vectigalis indictionisve quid nomine aut ad viae collationem praestare oportet, id emptorem dare facere praestareque oportere, ex empto eum teneri, quasi decepisset emptorem: quae sententia vera est'*.

³² FERRINI, *'Obbligazione'*, cit., p. 379, e DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 18.

³³ *'Si quid cloacarii nomine debeatur vel si quid ob formam aquae ductus, quae per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit: sed et si quid ad collationem viae, puto hoc quoque fructuarium subiturum: ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus: sed et si quid municipio, nam solent possessores certam partem fructuum municipio viliori pretio addicere: solent et fisco fusiones praestare. haec onera ad fructuarium pertinebunt'*. In questo caso la dottrina ha sottolineato come, pur essendo meno sicuro che le acque fossero dedotte dal *castellum*, ciò ammettendo, si sarebbe avuta una concessione di *ius aquae ducendae* avente carattere reale (A. PETRUCCI, *'Fistulae aquariae'* di Roma e dell'ager Viennensis, in «Labeo», XLII, 1996, p. 189).

e da D. 19.1.41 (Pap. 3 *resp.*)³⁴.

Dopo questa breve disamina relativa al diritto pubblico, si è reso evidente un dato particolarmente significativo relativo alla tematica qui trattata. I casi di cui si è dato conto, siano essi inerenti al *vectigal*, alle fondazioni alimentari, alla manutenzione e riparazione delle strade e degli acquedotti, pongono a carico del fondo un onere di natura reale che si risolve in una prestazione positiva³⁵. Così la prestazione, consistente appunto in un *facere*, doveva essere adempiuta dal possessore proprio perché gravante sul fondo di quest'ultimo³⁶.

4. Nel precedente paragrafo la questione è stata brevemente affrontata in riferimento al diritto pubblico, sebbene, come si accennava, la possibilità di trattare l'argomento qui in parola si offra anche nella sfera prettamente privatistica³⁷. A questo riguardo è degno di nota il seguente frammento:

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

Dal fondo superiore scorrevano delle acque provenienti da un canale ivi situato, che, senza l'intervento di alcuno, sgorgavano nel fondo inferiore. Il proprietario del fondo su cui insisteva il canale era onerato dello spurgo di quest'ultimo³⁸. Occorre sgombrare il campo da un dubbio che potrebbe sorgere analizzando la fattispecie riferita da Paolo: che nel caso qui prospettato possa trattarsi di una servitù.

Ad escludere tale eventualità, pur non risultando argomento definitivo, varrebbe in primo luogo la collocazione del frammento: esso è inserito nel titolo XXXIX.3, '*De aqua et aquae pluviae arcendae*', relativo alle limitazioni legali della proprietà. Inoltre nel caso in esame non si sarebbe voluto gravare un fondo a vantaggio di quello dominante, ma tutelare il diritto di proprietà attraverso l'imposizione di una prestazione positiva periodica³⁹. In altre parole l'interesse qui perseguito non

³⁴) '*In venditione super annua pensatione pro aquae ductu infra domum Romae constitutum nihil commemoratum est. deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit: itaque, si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur*'. PETRUCCI, '*Fistulae aquariae di Roma e dell'ager Viennensis*', cit., p. 189, con riferimento a questo frammento, avverte come l'elemento della *deductio aquae* a favore di una abitazione situata a Roma, dovesse far propendere per una probabile derivazione di tale acqua dal *castellum*. Quest'ultima conclusione getta luce sulla natura dell'*annua pensatio*. Essa, essendo dovuta per la derivazione dell'acqua dal *castellum*, ha natura di onere reale derivante da uno *ius aquae ducentiae*. Si evidenziava (DE LUCA, '*Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*', cit., p. 18, e FERRINI, '*Obbligazione*', cit., p. 379) che il *vectigal* dovuto da Cicerone *pro aqua Crabra* (*leg. Agr.* 3.9) si identificava con un *onus* del fondo Tuscolano di cui egli era stato acquirente a titolo particolare.

³⁵) FADDA, BENSÀ, *Note dei Traduttori*, cit., p. 79.

³⁶) Non deve attribuirsi troppa importanza al fatto che tutti questi oneri si costituissero per mezzo di una legge o di un negozio giuridico avente natura pubblica. Essi infatti rimangono comunque oneri reali che gravano sul bene e si trasmettono con la circolazione del fondo gravato, spiegandosi questo modo di costituzione in virtù degli accresciuti bisogni a cui lo Stato doveva provvedere. Non sorprende quindi l'imposizione di tali oneri mediante legge o negozio con natura pubblica. Anche le XII Tavole, in riferimento alle strade, prevedevano, in capo ai frontisti, l'effettuazione delle riparazioni. Tali obblighi erano infatti imposti con legge perché le strade costituivano beni *extra commercium humani iuris*, ossia beni sottratti alla disponibilità dei privati per ragioni di pubblica opportunità. Contribuisce a spiegare tale affermazione inoltre, per il periodo più antico, l'assenza di un fisco sviluppato.

³⁷) FADDA, BENSÀ, *Note dei Traduttori*, cit., p. 79. Si veda nello stesso senso: A. PALERMO, *Enfiteusi, superficie, oneri reali, usi civici*, Torino, 1965, p. 519 ss. L'Autore ammette esplicitamente la presenza nel diritto romano classico di diritti reali di contenuto non meramente negativo, ma che si sostanziano in un comportamento positivo a carico del possessore del fondo onerato (p. 519).

³⁸) Già i Glossatori intravedevano una certa «anomalia» nell'onere costituito dallo spurgo del canale, ritenendo perciò più corretto interpretare il '*fossam purgare*' come '*pati fossam purgare*' (cfr. gl. '*Vicinum*' ad D. 39.3.2.4 [*ed. cit.*, «Digestum Novum», c. 103]). BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 187 correttamente evidenziava in proposito che tale interpretazione era dovuta al fatto che essi non concepivano i diritti reali *in faciendo*.

³⁹) BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 187. La conseguenza è che l'*actio aquae pluviae arcendae* (sul tema generale del regime delle acque in diritto romano si vedano E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1918, S. GIANZANA, '*Acque private [diritto romano]*', in «NDI», I, Torino, 1937, p. 104 ss., e L. BOVE, '*Acque [diritto*

sarebbe stato quello di arrecare una utilità al fondo inferiore, ma più semplicemente quello di evitare che il maggiore afflusso di acqua provocato dal mancato spurgo, avesse arrecato un danno mutando lo stato precedente dei luoghi. Il frammento è di particolare interesse perché consente di precisare un aspetto relativo alla differenza intercorrente fra la servitù e l'onere reale in relazione ai limiti legali del diritto di proprietà. La valida costituzione della *servitus* presuppone che essa arrechi una uti-

romano]’, in «NNDI.», I.1, Torino, 1957, p. 191 ss.: con riferimento specifico all'*actio aquae pluviae arcendae* si considerino E. SCHONBAUER, *Die actio aquae pluviae arcendae*, in «ZSS.», LIV, 1934, p. 233 ss., GIANZANA, 'Acque private', cit., pp. 112-113, M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae, contributo alla teoria della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano, 1940, p. 41 ss., G. GROSSO, rec. a SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, cit., in «SDHI.», VII, 1941, p. 203 ss., M. SARGENTI, *Actio aquae pluviae arcendae, servitù, obbligazioni ambulatorie*, in «Foro padano», III, 1950, c. 90 ss., A. BURDESE, 'Actio aquae pluviae arcendae', in «NNDI.», I.1, Torino, 1957, p. 257 ss., F. SITZIA, *Ricerche in tema di 'actio aquae pluviae arcendae', dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano, 1977, p. 41 ss., F. SALERNO, 'Aqua pluvia' ed 'Opus manu factum', in «Labeo», XXVII, 1981, p. 218 ss., J.F. GERKENS, *Exégèse de Paul. D. 39, 3 [de aqua et aquae pluviae arcendae]*, 2, 6, in «TR.», XLIII, 1995, p. 11 ss., F. SITZIA, *Aqua pluvia e natura agri. Dalle XII Tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999, p. 17 ss., e U. AGNATI, *Le Dodici Tavole: il versetto VII, 8 e l'actio aquae pluviae arcendae*, Cagliari, 2000, p. 55 ss.), concessa al proprietario di un fondo contro il vicino che a causa di opere intraprese abbia provocato un aumento dell'afflusso di acque verso il fondo dell'attore, tutelava l'integrità dei luoghi, affinché il fondo che riceveva le acque non fosse dal maggiore afflusso di esse danneggiato. Così l'azione non era impiegata a tutela di una servitù, ma solo per costringere il soggetto a ripristinare l'originario stato dei luoghi. In verità la questione merita qualche ulteriore attenzione. Sulla possibilità di concedere l'azione la dottrina non aveva in realtà dubitato, sebbene l'analisi di D. 39.3.2.4 (Paul. 49 ed.) si fosse inserita nella più generale problematica derivante dalle conclusioni contenute in D. 39.3.2.6 (Paul. 49 ed.): 'Apud Namusam relatam est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agri, ut sinat purgari: hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint. Labeo contra Namusam probat: ait enim naturam agri ipsam a se mutari posse et ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior sive deterior eius condicio facta sit. idcirco et si terrae motu aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinam locum condicionem redigi. sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus'. Il frammento riportato sembrava spingere verso conclusioni differenti circa i presupposti richiesti al fine di concedere l'azione in parola. Da un lato SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, cit., p. 41 s., sosteneva che non occorre necessariamente il requisito dell'*opus manu factum*, raggiungendosi tale conclusione anche in riferimento alla ricostruzione della formula decemvirale la quale non avrebbero mai fatto riferimento al *manu nocere*, argomentando appunto dalle conclusioni del giurista Namusa, il quale aveva affermato che l'azione dovesse concedersi anche quando il danno minacciato non dipendesse da un *opus manu factum*. L'opinione di Namusa, contrastata da quella «canonica» di Labeone, avrebbe allora avvalorato la tesi di una sorta di responsabilità oggettiva in capo al proprietario del fondo su cui l'opera idraulica era collocata, e ad ulteriore conferma di ciò si adduceva proprio D. 39.3.2.4 (Paul. 49 ed.). Il Sargenti (p. 114) affermava che qui il proprietario del fondo su cui era collocata l'opera risultava obbligato a *purgare* il canale al fine di evitare che un anomalo afflusso di acqua al fondo inferiore recasse danno a quest'ultimo, pur non essendo tale danno conseguenza diretta dell'attività del *dominus fundi*. In altri termini, alla minaccia del danno sarebbe corrisposta la necessità che si effettuasse lo spurgo del canale (SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, cit., p. 115). Su questa conclusione occorre riflettere ulteriormente. Si consideri che l'attribuzione della responsabilità per il danno cagionato deve essere tenuta distinta, come momento ulteriore, dall'onere di effettuare lo spurgo. Se infatti si concede l'*actio aquae pluviae arcendae*, ciò vuol dire che il *dominus* non ha provveduto alla manutenzione del canale, legittimando tramite il proprio comportamento negligente l'attribuzione di responsabilità e l'esperimento dell'azione in parola. L'elemento della responsabilità e l'onere vanno quindi separati. Detto ciò, non è del tutto irragionevole ammettere una responsabilità impropriamente oggettiva, sussistente cioè solo ammettendo la realtà dell'onere: ogni proprietario o possessore è considerato responsabile ove provochi un danno con la propria condotta omissiva. Tuttavia, e qui sta il punto, il versante della responsabilità, e quindi la possibilità di esperire l'*actio aquae pluviae arcendae*, è momento distinto dall'onere incombente sul proprietario: quest'ultimo è tenuto fisiologicamente ad effettuare lo spurgo, ma l'elemento della responsabilità è tale ove si rientri nella patologica omissione del *purgare*. Il comportamento omissivo, in altri termini, essendo anormale, rientra in una sfera diversa, che non ha nessun legame con l'ordinario onere di spurgo del canale. Ritornando all'analisi dell'opinione di Namusa, SITZIA, *Ricerche in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'*, cit., p. 44, riteneva più corretto riferire l'elemento della *voluntas*, contenuto in D. 39.3.2.6 (Paul. 49 ed.), al proprietario del fondo 'unde aqua nocet'. Di conseguenza Namusa più sottilmente avrebbe inteso l'*opus manu factum* come riferibile a tutte quelle ipotesi in cui l'opera del proprietario avesse volontariamente causato un danno in conseguenza dell'afflusso maggiore di acqua (SITZIA, *Ricerche in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'*, cit., p. 44). Quanto a D. 39.3.2.4 (Paul. 49 ed.) rimane problematica l'opinione del Sargenti che aveva rivisto nel frammento una ulteriore conferma del carattere oggettivo della responsabilità. Ma provando ad estendere il ragionamento fatto sopra al caso ora prospettato, è naturale che si debba tener distinto l'onere reale dalla responsabilità. Quest'ultima infatti ha un legame con l'onere ma solo nel senso di essere generata dall'inadempimento dello stesso.

lità (in senso oggettivo) al fondo dominante⁴⁰.

Ma nel caso di specie non sembra che l'obiettivo seguito sia quello di accrescere il godimento del presunto fondo dominante⁴¹. Certo è indubitabile che lo spurgo del canale arreca una «utilità» al proprietario del fondo inferiore, ricevendo egli il giusto afflusso di acqua. Ma in realtà il proprietario del fondo superiore, avendo adempiuto all'onere dello spurgo non avrebbe che evitato di contravvenire alle previsioni di cui al titolo XXXIX.3, *'De aqua et aquae pluviae arcendae'*, e dunque alle conseguenze pregiudizievoli dell'*actio aquae pluviae arcendae*⁴². Le c.d. limitazioni legali al diritto di proprietà infatti, hanno l'obiettivo di stabilire carichi e vantaggi comuni al fine di assicurare l'esercizio del diritto secondo la legge⁴³. Ovviamente il proprietario del fondo, non effettuando lo spurgo, reca un danno al proprio fondo e a quelli al suo contigui, risultando quindi chiaro il motivo per cui il *facere* debba competere al proprietario del fondo servente su cui insiste l'*opus manu factum*⁴⁴. Si consideri ora il seguente brano di Pomponio⁴⁵:

⁴⁰ SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 21 ss.

⁴¹ A ben vedere il requisito dell'utilità è inteso in senso particolarmente ristretto e rigoroso (SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 21). Si consideri a questo proposito la servitù di acquedotto: i frammenti che interessano sono D. 43.20.1.11 (Ulp. 70 *ed.*) e D. 43.20.3 (Pomp. 34 *Sab.*). Evidente, in particolare nell'ultimo passo citato, è la stretta interpretazione del concetto di «utilità»: l'acqua reca utilità in primo luogo all'irrigazione, degradando quando si tratti di abbeverare il bestiame o di curare l'*amoenitas* del luogo.

⁴² Senza considerare poi il vantaggio per il proprio fondo, il quale avrebbe certamente subito danni qualora a causa del mancato spurgo il canale si fosse intasato e l'acqua avesse esondato dal proprio percorso lungo il canale stesso. E' dunque evidente la doppia utilità per il proprietario del fondo superiore: non subire le conseguenze dell'esperimento dell'azione e al contempo evitare che il proprio fondo sia invaso dalle acque. Oltre tutto è innegabile che anche il proprietario del fondo inferiore riceva utilità dallo spurgo del canale, poiché anche egli a seguito della manutenzione potrà ricevere il giusto afflusso di acqua. Tuttavia l'onere non doveva avere come obiettivo principale quello di arrecare un'utilità in senso oggettivo come nel caso della servitù, ma quello di tutelare l'altrui proprietà, spiegandosi proprio in questi termini la possibilità di esperire l'*actio aquae pluviae arcendae*. Va poi considerato che la servitù tende a creare uno squilibrio a favore del fondo dominante tanto che il proprietario di quest'ultimo potrà profittare del maggiore godimento da esso derivante. A questo godimento, quindi all'accresciuta utilità, corrisponde una posizione di soggezione del fondo servente con annessa compressione del diritto di proprietà. E' abbastanza chiaro che nel caso prospettato di tale squilibrio vi sia solo una minima traccia e ciò perché l'utilità non è recata al solo proprietario del fondo che riceve le acque, ma anche al proprietario del fondo su cui insiste l'*opus*.

⁴³ BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 187.

⁴⁴ Altrettanto vero è che le acque avrebbero dovuto scorrere *naturaliter*, intendendosi far riferimento con questo avverbio alla naturale predisposizione dei luoghi. Sempre al riguardo, va detto che il flusso delle acque sarebbe potuto essere determinato dalla *lex agro dicta* o dalla *vetustas*, quest'ultima ricomprendente le opere esistenti sul fondo da tempo immemore.

⁴⁵ V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi*, in *Studi giuridici*, I, Roma, 1933, p. 84 ss., *praecipue* p. 93. Si è richiamato lo Scialoja per un motivo non secondario. Quest'ultimo aveva infatti sostenuto che nel caso prospettato da Pomponio dovesse operare l'abbandono liberatorio, riferendolo agli alberi che ostruivano la via. Sulla questione però occorre riflettere brevemente, tentando di capire se in effetti la *derelictio* debba essere riferita al fondo, o meglio, alla porzione di esso su cui insiste la servitù, o agli alberi stessi. A questo proposito risulta di particolare interesse D. 43.8.2.40 (Ulp. 68 *ed.*): *'Si ex fundo tuo arbor in viam publicam sic ceciderit, ut itineri sit impedimento, eamque pro derelicto habeas, non teneri Labeo scribit: si tamen, inquit, actor sua impensa arborem tollere paratus fuerit, recte tecum acturum interdicto de via publica reficienda. sed si pro derelicto non habeas, recte tecum agi hoc interdicto'*. In primo luogo è bene tener distinta la fattispecie riportata nel passo appena citato da quella contenuta in D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 *ed.*). In questo secondo caso infatti l'impedimento è frapposto volontariamente dal proprietario del fondo servente, sicché l'analogia riguarderà in buona sostanza solo l'ostacolo che impedisce l'esercizio del diritto e l'azione esperibile per costringere il proprietario riluttante alla rimozione (cfr. L. TARTUFARI, *Intorno alla regola 'servitus in faciendo consistere nequit'*, Macerata, 1897, p. 13). Ben più interessanti sono i parallelismi tra D. 43.8.2.40 (Ulp. 68 *ed.*) e D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*). In entrambi i casi l'impedimento è costituito da alberi accidentalmente caduti che ostacolano, sino a renderlo impossibile, l'esercizio del diritto. Ora, mentre esplicitamente nel frammento di Pomponio si sostiene che la rimozione dell'ostacolo può essere pretesa mediante azione reale, nulla è detto nel caso prospettato da Ulpiano, ove è fatta esplicita concessione dell'interdetto *de via publica reficienda*, spiegabile con la specifica collocazione del frammento nel Digesto e con la necessità di risolvere una controversia in via d'urgenza. Ciò detto, è evidente che qui si possa accordare la medesima azione prevista per il caso prospettato da Pomponio, e ciò perché il caso esaminato in D. 43.8.2.4 (Ulp. 68 *ed.*) come quello in D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*), è relativo all'impossibilità di esercizio dell'*iter*. Oltre tutto in D. 43.8.2.40 (Ulp. 68 *ed.*) esplicitamente si ammette la possibilità di abbandonare la via pubblica (*'...eamque pro derelicto habeas...'*) non lasciandosi quindi alcun dubbio su quale debba essere l'oggetto della *derelictio*: non gli alberi, ma la pub-

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

Il passo riportato, secondo il Butera, recherebbe un notevole esempio di onere reale *in faciendo*⁴⁶. Brevemente la spiegazione del testo: il proprietario del fondo servente aveva l'onere, che si risolvesse in un comportamento positivo, di rimuovere alcuni alberi abbattuti dall'impeto del vento che avrebbero ostacolato il godimento dell'usufrutto o dell'*iter*. La rimozione poteva essere pretesa tramite azione reale. Ma il Tartufari contestava questa interpretazione in base a⁴⁷:

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

blica via, essendo il pronome riferibile sintatticamente solo all'accusativo femminile. Peraltro già la Glossa (gl. '*Suis actionibus*' ad D. 7.1.19.1 [ed. cit. «Digestum Vetus», c. 710]: '*Quibus actionibus agetur, ut tollat, vel pro derelicto habeat ...*') aveva evidenziato che pure nel caso prospettato da Pomponio dovesse ammettersi l'abbandono liberatorio. Se ciò è vero, occorre che si ponga mente al fatto che l'abbandono avrà ad oggetto non gli alberi, ma la porzione di strada su cui insiste il diritto del proprietario del fondo servente. Questa affermazione si presta ad un ulteriore rilievo. In D. 43.8.2.40 (Ulp. 68 *ed.*) la via è definita pubblica, e del pari ne è ammesso l'abbandono liberatorio. Ora, per avere *derelictio* in senso tecnico, e l'espressione *pro derelicto habeas* spinge a non poter dubitare del contrario (*contra*, A. BERGER, *In tema di derelizione. Osservazioni critico-esegetiche*, in «BIDR.», XXXII, 1922, p. 131 ss., *praecipue* p. 131-139), occorre la titolarità del diritto di proprietà sul bene da derelinquere. Ma ammettere la *derelictio* di una via pubblica implica necessariamente che su di essa il derelinquente possa esercitare il diritto di proprietà, cosa invero non del tutto pacifica. Non sembra che in riferimento al frammento di Ulpiano possa parlarsi di interpolazione (e in verità nemmeno di glossema), poiché non vi sono indizi formali in merito, ed i principi affermati paiono genuinamente classici. Rimane certo la stranezza di quell'aggettivo, utilizzato forse impropriamente per indicare la strada comune a più fondi.

⁴⁶) BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 188.

⁴⁷) TARTUFARI, *Intorno alla regola 'servitus in faciendo consistere nequit'*, cit., p. 9 ss. In relazione alle complesse problematiche relative al passo si veda F. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della refectio delle servitù di passaggio*, in «Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche F. Gallo», Napoli, 1997, p. 617 ss. In merito al frammento ulpiano è stato evidenziato come in esso sia possibile scorgere problematiche connesse alla questione della *refectio* delle servitù di passaggio. A questo proposito occorre notare come, stando al dettato del frammento, sia concesso, a colui che risulti titolare dello *ius eundi agendi*, lo strumento della *vindicatio servitutis* al fine di ottenere che il proprietario del fondo servente provveda alla riparazione della strada (cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 619). Andando oltre le questioni relative alle probabili alterazioni presenti nel testo, occorre evidenziare, quale elemento di particolare interesse la emersione del problematico rapporto tra *interdictum* ed *actio* quali strumenti di tutela della *refectio*, e sebbene siano sati vari i tentativi di ricostruzione volti a spiegare tale difficile rapporto (cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 621 nt. 13), le non immediatamente comprensibili relazioni tra tali due mezzi di tutela porterebbero a ritenere che vi fosse concorrenza e alternatività tra essi, nel senso (cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 622 e 625) che l'*interdictum de itinere actuque reficiendo* spettasse al titolare della servitù qualora l'atto costitutivo gli attribuisse lo *ius reficiendi*, e che invece la *vindicatio* fosse utilizzabile mancando tale attribuzione e la *refectio* spettasse dunque al titolare del fondo servente: infatti la clausola '*ut tibi ius est*' contenuta nella formula editale dell'interdetto (D. 43.19.3.11, Ulp. 70 *ed.*) avrebbe implicato la prova dello *ius reficiendi* in relazione al titolo costitutivo, e ciò in buona sostanza sia in quanto il transito *sine vitio* verificatosi nell'anno precedente non avrebbe di per sé giustificato che si procedesse altresì alla *refectio* del sentiero, sia in quanto la prova di tale requisito sarebbe stata resa ulteriormente necessaria per la diffusa prassi di escludere (o limitare) nell'atto costitutivo la facoltà del titolare della servitù di procedere alla *refectio* (cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 644). In tale prospettiva, l'esclusione di questa facoltà implicava l'onere del titolare del fondo servente di provvedere lui stesso alla *refectio* del sentiero, e tale circostanza avrebbe importato, qualora quest'ultimo non avesse provveduto alla manutenzione, l'esperimento del mezzo di tutela di cui si sarebbe potuto avvalere il titolare della servitù, il quale, non avendo lo *ius reficiendi*, non avrebbe potuto ricorrere all'interdetto: e a questo fine gli si sarebbe appunto concessa la *vindicatio servitutis* in tale sua particolare esplicazione (cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 669). In buona sostanza, dunque, D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 *ed.*) sembra prendere in considerazione, nella parte iniziale, un'ipotesi in cui lo *ius reficiendi* doveva essere escluso, e anzi il tenore stesso del passo può suggerire l'ipotesi per cui il titolare della servitù avendo tentato, di fronte all'inerzia del *dominus* del fondo servente, di provvedere personalmente alla manutenzione del sentiero, essendo intervenuta la *prohibitio* di quest'ultimo e non potendo egli reagire con l'interdetto, poté profittare della concessione della *vindicatio* (ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 671).

Una prima spiegazione della fattispecie potrebbe orientarsi nel senso che la rimozione degli ostacoli andrebbe a rappresentare il naturale risultato del dovere di non frapporre impedimenti all'esercizio del diritto. E in verità Ulpiano, richiamando l'autorità di Pomponio per il primo caso illustrato ove il proprietario del fondo servente impediva al titolare della servitù di *reficere* o *sternere* il sentiero, concedeva l'*actio confessoria* al proprietario del fondo dominante.

Ma in realtà il principio ricavabile da D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 *ed.*) non può trovare alcuna applicazione analogica all'ipotesi prospettata in D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*) poiché le fattispecie presentano una differenza sostanziale quanto al profilo causale degli eventi impeditivi. Nel frammento di Pomponio, infatti, il ruolo di agente nel rapporto causale evento-danno è assunto dal vento (*‘Si arbores vento deiectas ...’*), mentre in quello di Ulpiano dal proprietario del fondo servente (*‘... nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter inivium vel inhabile facit ...’*), dato, quest'ultimo, in conseguenza del quale è quindi da escludere la possibilità di applicare per analogia la regola espressa in D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 *ed.*)⁴⁸. Di interpretazione analogica potrà parlarsi, se mai, non relativamente alla identità dei casi trattati, ma con riferimento alla tutela⁴⁹. Pur essendo differenti le cause da cui scaturiscono gli impedimenti all'esercizio del diritto, medesimo è il risultato, da ciò conseguendo che sempre con l'azione reale o con l'interdetto⁵⁰ potrà richiedersi la rimozione dell'ostacolo⁵¹. Oltre tutto la concessione dell'azione reale si potrà più facilmente spiegare considerando che in D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*) non di servitù, ma di onere reale sarebbe stato più corretto parlare, sebbene una parte della dottrina avesse ritenuto che in relazione al rapporto giuridico delineato nel passo di

⁴⁸ Si tenga presente che l'inclusione dell'analogia tra le possibili metodologie di accertamento delle fattispecie giuridiche, e del pari tra i procedimenti integrativi dell'ordinamento, non è pacifica in dottrina (GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 73, nt. 3.2.1). L'analogia sarebbe, in realtà, un'operazione di interpretazione in senso proprio. A prescindere da questo problema, ciò che conta è il presupposto da cui scaturisce. Essa infatti si utilizza qualora si ritenga che l'ordinamento presenti una qualsiasi lacuna, sicché la regolamentazione di una determinata fattispecie rilevante viene lasciata all'interprete. Ma pare abbastanza evidente che in D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*), dal punto di vista della fattispecie, manchi il presupposto dell'interpretazione analogica, ossia, come detto, una lacuna nell'ordinamento, e ciò perché il caso prospettato è semplicemente differente rispetto a quello di cui a D. 8.5.4.5 (Ulp. 14 *ed.*). Di contrario avviso O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di “iter”, “actus”, e “via”*, in «Studi in onore di A. Biscardi», V, Milano, 1984, p. 278 ss., il quale basa la propria diversa opinione prendendo in esame il dato parallelo emergente dai due frammenti, e in particolare dai periodi *‘... si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter inivium vel inhabile facit ...’*, e *‘Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter ...’*. Sull'analogia si veda, in particolare, F. GALLO, *Alle origini dell'analogia*, in «Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera», Napoli, 1994, p. 37 ss.

⁴⁹ BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 189, il quale ritiene che l'identità della tutela concessa al proprietario del fondo dominante non debba condurre all'individuazione di un insussistente parallelismo nelle cause determinanti dell'impedimento.

⁵⁰ Cfr. *supra*, nt. 47, e anche S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949, p. 8 s., GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 298, A. RODGER, *Actio Confessoria and Actio Negatoria*, in «ZSS», LXXXVIII, 1971, p. 184 ss., e, specialmente per la questione della tutela, p. 208 ss., PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di “iter”, “actus”, e “via”*, cit., p. 271 ss., A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*, Milano, 1992, p. 72 ss., ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della reiectio delle servitù di passaggio*, cit., p. 625, A. BURDESE, *Sulla reiectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, in «Scritti in ricordo di B. Bonfiglio», Milano, 2004, p. 70 ss., e S. MASUELLI, *La reiectio nelle servitù di passaggio*, Napoli, 2009, p. 138 ss. Di particolare rilievo è la richiamata opinione di Pomponio che ritiene, nel caso prospettato, ammissibile l'esperimento dell'*actio confessoria*, soluzione corroborata dall'ulteriore citazione di Marcello, relativa all'*arbor impendens* appartenente al vicino che impedisca di servirsi dell'*iter* o della *via*, che a sua volta porta a sostegno l'autorità di Giuliano. Sulla posizione di Pomponio, anche in riferimento a quella degli altri giureconsulti, cfr. E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, p. 357 e ss., che riconduce la particolare applicazione della *vindicatio servitutis* all'originale elaborazione pomponiana. Per la collocazione palinogenetica della citazione di Pomponio si rinvia a O. LENEL, *Palinogenia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz 1960, Roma 2000, II, c. 28 n. 89.

⁵¹ BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 189. Qualche ulteriore osservazione in proposito è opportuna. TARTUFARI, *Intorno alla regola ‘servitus in faciendo consistere nequit’*, cit., p. 10 ss., ha sostenuto che l'onere di rimozione degli alberi abbattuti dal vento non costituisca una servitù, ma il dovere in capo ad ogni proprietario di non frapporre ostacoli all'esercizio dell'altrui diritto. Tale osservazione non è priva, invero, di fondamento, pur non essendo ricavabile da D. 8.5.4.5 (Ulp. 14 *ed.*) e dall'interpretazione analogica riferita a D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*). Indiscutibile è che le fattispecie siano, come si è precisato, differenti sotto il profilo causale: cfr. *supra*, nt. 45 e 48.

Pomponio potesse individuarsi una servitù⁵².

5. L'analisi di D. 33.1.12 (Paul. 13 *resp.*) e di D. 18.1.81.1 (Scaev. 7 *dig.*) ha dunque permesso di ridimensionare l'importanza dei frammenti in riferimento alla tematica qui affrontata. Del pari si è evidenziata la sussistenza di fattispecie riconducibili a quella dell'onere reale in D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*) e in D. 39.3.2.4 (Paul. 49 *ed.*), sicché è utile considerare brevemente la questione relativa all'enfiteusi⁵³. E' ben possibile che anche l'enfiteusi possa rientrare tra le figure in cui al diritto reale si connette una prestazione positiva e periodica: ossia il pagamento del canone enfiteutico⁵⁴. In riferimento a quest'ultimo punto è evidente la necessità di accertare se i rapporti di diritto pubblico di cui si è detto in precedenza, abbiano in qualche modo influito sul carattere reale del canone enfiteutico. Proprio l'origine pubblicistica dell'istituto in esame ha costituito infatti la principale spiegazione alla particolare natura del canone⁵⁵. In relazione al problema dell'origine della figura in parola

⁵² BUTERA, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, cit., p. 189. Di particolare rilevanza è in proposito il rapporto fra il *reficere parietem* della *servitus oneris ferendi*, attività di carattere positivo posta a carico del proprietario del fondo servente e costituente caratteristica immanente alla servitù stessa, e le ipotesi previste in D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*) e D. 8.5.4.5 (Ulp. 14 *ad ed.*). Sul punto cfr. R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, in «Labeo», XLVII, 2001, p. 87 ss., il quale sostiene che vi sia una differenza di carattere strutturale tra l'ipotesi della *refectio*, appunto connaturata alla *servitus oneris ferendi*, e i casi illustrati nei brani di Pomponio e Ulpiano. In essi le particolari attività richieste non rappresenterebbero, infatti, il contenuto di un obbligo sorto in sede di costituzione del vincolo reale, ma sarebbero conseguenza dell'obbligo di consentire l'esercizio della servitù. Si distacca da questa ricostruzione BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit., p. 75 s., sottolineando come anche in queste ulteriori ipotesi, che implicano comunque un *facere* a carico del proprietario del fondo servente, il contegno positivo costituisca parte del contenuto stesso del diritto, e che debba essere dunque respinta l'idea per cui ad ogni rapporto giuridico sia altresì connesso l'obbligo di consentirne l'esercizio. Va rilevato che l'incompatibilità tra la particolare previsione di un'attività di carattere positivo imposta al proprietario del fondo servente e il contenuto della servitù, sussisterebbe secondo A. CORBINO, *Servitus oneris ferendi e refectio parietis*, in «Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata», Bâle-Genève-Munich, 1999, p. 25 ss., e, con riguardo particolare ai frammenti analizzati in questa sede (p. 31), solo quando il *facere* risulti necessario affinché lo stesso esercizio della servitù non possa esplicarsi che con il concorso del proprietario del fondo servente.

⁵³ Per un inquadramento generale delle problematiche relative all'enfiteusi si consultino T. CARAFFA, 'Enfiteusi', in «DI», X, Torino, 1926, p. 419 ss., P. GERMANI, 'Enfiteusi', in «NDI», V, Torino, 1938, p. 398 ss., FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit., p. 394, BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 319 ss., e ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 253 ss. In riferimento a tematiche specifiche si rimanda a S. PIVANO, *I contratti agrari in Italia nell'alto medio-evo*, Torino, 1904, p. 249 ss., R. TAUBENSCHLAG, *The law of greco-roman Egypt in the light of papyri*, Warszawa, 1955, p. 263 ss., e A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli, 1994, p. 16 ss.

⁵⁴ Si tenga presente che una fattispecie parecchio simile è quella della *superficies*. Tale figura, pur presentando ben note difficoltà ricostruttive, in particolare dovute all'operare nel periodo preclassico e classico del noto principio '*superficies solo cedit*', trova origine nelle concessioni inizialmente temporanee di suolo pubblico a privati. Queste concessioni erano naturalmente collegate alla corresponsione di un canone periodico, il *solarium*, la cui natura di onere reale, con la conseguente responsabilità del possessore per gli arretrati, ben fu evidenziata da DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 24. Una volta recepito l'istituto nel diritto privato, il *solarium* non avrebbe comunque perso la sua natura reale. Così il creditore ipotecario del superficiario, qualora sia creditore di prestazioni arretrate, può impedire l'alienazione del diritto ipotecato, o soddisfarsi sul prezzo di vendita. In tale meccanismo si evidenzia la garanzia particolarmente forte che il creditore ha sul diritto del superficiario, riconducibile proprio alla natura reale del diritto (DE LUCA, *op. cit.*, p. 25).

⁵⁵ Il problema relativo alla configurazione originaria dell'enfiteusi è di difficile soluzione e non può essere qui affrontato. Si impone però qualche precisazione. E' pacificamente ammesso che il diritto classico conobbe solo il possesso degli *agri vectigales* (BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 7). Ed è del pari indubitabile il carattere pubblico della *locatio* degli *agri vectigales* (DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 19). Rimane però incerto se un secondo tipo di locazione, già conosciuto in Grecia, abbia affiancato la *locatio* degli *agri vectigales*. In particolare, con riferimento alla configurazione zenoniana dell'istituto, non pare potersi ammettere l'accoglimento dell'esempio, più antico, contenuto nelle Tavole di Eraclea, su cui si veda A. UGUZZONI, F. GHINATTI, *Le Tavole greche di Eraclea*, Roma, 1968, p. 163 ss., ove si analizzano i particolari problemi relativi all'appartenenza delle terre oggetto di contratto, specie considerando che il testo parrebbe indicare quali titolari del diritto di proprietà i santuari dedicati al dio Dioniso (*tab. I.8, 13, 47 e 58*) e alla dea Atena Poliade (*tab. II.7 e 22*): cfr. UGUZZONI, GHINATTI, *op. cit.*, p. 169 ss. Qui infatti il contratto stipulato tra il futuro coltivatore del fondo e la comunità cittadina, è qualificato come locazione di durata quinquennale, fatto che, pur non trovando corrispondenza negli schemi contrattuali già in uso nel

si ricordi che in diritto giustiniano lo *ius in agro vectigalis* e lo *ius emphyteuticum* vennero infine a coincidere, applicandosi al secondo la disciplina del primo⁵⁶. Questo fenomeno di assimilazione si rende evidente nella formulazione del titolo VI.3 del Digesto (*‘Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur’*), e in D. 2.8.15.1 (Macer 1 *app.*)⁵⁷. Da qui dovrebbe discendere la natura reale del canone enfiteutico con ogni conseguenza che da essa deriva: in particolare il fatto che quest’ultimo sarebbe gravato su ogni proprietario o possessore tenuto anche per gli arretrati⁵⁸.

In riferimento a quanto appena detto deve considerarsi la controversa interpretazione di D. 30.39.5 (Ulp. 21 *Sab.*)⁵⁹. In particolare di rilievo è la problematica, direttamente connessa con il passo in parola, relativa alla possibilità di identificare la natura del canone enfiteutico con quella del *vectigal*⁶⁰. Sulla base di D. 39.4.7.pr. (Pap. Iust. 2 *const.*), non potendosi ritenere applicabile al canone enfiteutico il rescritto degli Imperatori Antonino e Vero contenuto nel frammento da ultimo citato, parrebbe doversi escludere qualsiasi identità tra le figure in parola.

Tale interpretazione non sembra tuttavia interamente accoglibile per la fondamentale ragione che i passi relativi all’*ager vectigalis* nel diritto giustiniano non sono riferibili ai soli terreni provinciali soggetti ad imposta⁶¹. Inoltre all’applicazione di D. 39.4.7.pr. (Pap. Iust. 2 *const.*) contenente il principio *‘in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri’*, risulta ostativo D. 30.39.5 (Ulp. 21 *Sab.*): infatti il passo di Ulpiano prova che l’enfiteuta, a seguito dell’alienazione del fondo, non è tenuto per il canone non corrisposto, sicché il suo erede (successore in tutti i debiti del *de cuius*) paga il canone scaduto e non quello futuro. E’ ovvio che considerare il principio contenuto in D. 39.4.7.pr. (Pap. Iust. 2 *const.*) inapplicabile al canone enfiteutico doveva seriamente minare la natura reale di quest’ultimo per l’ovvia ragione che se ne sarebbe negata una delle principali caratteristiche: la trasmissibilità ai possessori successivi del fondo gravato. Ma a ben vedere D. 30.39.5 (Ulp. 21 *Sab.*) aveva riguardo solo ai rapporti fra erede e legatario, risultando perciò inaccoglibile l’interpretazione poco sopra proposta dato che in base a D. 39.4.7.pr. (Pap. Iust. 2 *const.*)⁶² il legatario (ossia il possessore attuale) è tenuto anche per gli arretrati⁶³.

Non è possibile disconoscere la natura reale della prestazione posta a carico del fondo enfiteutico. Ciò è certamente vero per il diritto giustiniano, poiché esso ha ribadito il carattere reale dell’onere e dunque la responsabilità del possessore attuale anche per gli arretrati, non valendo a confutare tale risultanza l’origine pubblicistica dell’enfiteusi⁶⁴. Infatti almeno dall’età imperiale si iniziano ad attingere, al fine di caratterizzare lo *ius emphyteuticarium*, elementi strutturali propri di istituti quali la *locatio conductio* e la *emptio venditio*⁶⁵. E a questo riguardo va detto che già la più risa-

mondo greco, è stato ritenuto comune nelle colonie greche della Sicilia (cfr. UGUZZONI, GHINATTI, *op. cit.*, p. p. 178, e la letteratura ivi citata). In particolare il testo di *tab. I.96*, relativo alle terre di Dioniso, reca: Ἡρακλείδης Ζωπύρω μισθῶντι τὸς ἡ ἀρὸς χώρος τὸς τῷ Διονύσω ... Per una generale panoramica di questi problemi cfr. BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, cit., p. 15 ss.

⁵⁶ Con la dovuta precisazione che ancora sotto Diocleziano l’enfiteusi e la *locatio* degli *agri vectigales* erano considerati istituti separati: C.I. 5.71.13 (*Dioc. et Max. AA. et CC. Zenonillae*, a. 293): *‘Etiam vectigale vel patrimoniale sive emphyteuticum praedium sine decreto praesidis distrabi non licet’*. E’ evidente che il *fundus emphyteuticus* risulta ancora contrapposto al *fundus patrimonialis*, ma soprattutto all’*ager vectigalis*.

⁵⁷ *‘Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet aut ex asse aut pro parte. sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intellegitur. item qui solam proprietatem habet, possessor intellegendus est. eum vero, qui tantum usum fructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit’*.

⁵⁸ DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 20.

⁵⁹ *‘Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum vel tributum vel solarium vel cloacarium vel pro aquae forma’*.

⁶⁰ FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 79.

⁶¹ Cfr. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 17, e FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 79. La necessaria conseguenza di ciò è che il canone dovrebbe considerarsi un peso imposto sul fondo.

⁶² FERRINI, *‘Obbligazione’*, cit., p. 380. L’Autore citato aveva, correttamente, sostenuto che D. 39.4.7.pr. (Pap. Iust. 2 *const.*) fosse estratto dalla rubrica *‘Si ex testamento agatur’*, riferibile all’*actio ex testamento*.

⁶³ FADDA, BENSA, *Note dei Traduttori*, cit., p. 80.

⁶⁴ DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 20.

⁶⁵ BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, cit., p. 72. Si è giustamente osservato che fino al riordino zenoniano della materia la Cancelleria imperiale non aveva avuto remore nell’utilizzare l’elaborazione dei *veteres*. Ciò è

lente dottrina romana individuava, negli elementi che il diritto giustiniano considerava costitutivi dell'enfiteusi, ora le caratteristiche della *venditio*, ora quelle della *locatio*⁶⁶. Del pari nelle Istituzioni non è nascosta l'innovazione della disciplina zenoniana⁶⁷. E' infatti C.I. 4.66.1 (*Imp. Zeno A. Sebastiano pp.*, a. 476)⁶⁸ a sancire l'indipendenza giuridica dello *ius emphyteuticarium*. Esso perde la natura della locazione e quella della vendita acquistando la qualità di contratto a sé stante⁶⁹.

In definitiva lo sviluppo dell'enfiteusi come diritto autonomo spingerà pure verso l'identificazione giustiniana dell'*ager vectigalis* con il fondo enfiteutico, sicché la disciplina pubblica dello *ius in agro vectigalis*, influirà, a sua volta, sulla completa configurazione dell'enfiteusi⁷⁰. A dispetto di tale influenza, il diritto di enfiteusi si caratterizza nella sua maturità per tutta una serie di obblighi che il titolare del diritto dovrà adempiere, e tra questi il pagamento del canone. Tale obbligo è direttamente collegato alla titolarità del diritto, ed anzi, più correttamente, è esso stesso carattere fondamentale dello *ius emphyteuticarium*, indipendentemente dall'origine pubblicistica di quest'ultimo. Nella più compiuta elaborazione giustiniana si giungerà ad affermare che il mancato pagamento del canone provocherà addirittura la decadenza dal diritto, ciò ad ulteriore conferma del carattere dello stesso⁷¹.

6. Nei paragrafi che precedono si è cercato di dimostrare come la possibilità di rinvenire nel diritto romano privato figure riconducibili all'onere reale non sia da respingere, sebbene in contrasto con i risultati tradizionalmente accettati secondo i quali lo sviluppo della categoria avrebbe preso piede

evidente in *Iust. inst.* 3.24.3: '*Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuius conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit, auferre liceat. sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad venditionem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere, ac si naturalis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. quo iure utimur*'. Cfr. inoltre, sul rapporto intercorrente tra C.I. 4.66.1 e il passo delle Istituzioni, G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, p. 454 ss.

⁶⁶ Nelle Istituzioni si afferma l'esistenza di una sorta di *familiaritas* tra la *emptio-venditio* e la *locatio-conductio* ('*Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio ...*'). Cfr. BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, cit., p. 72.

⁶⁷ BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, cit., p. 74.

⁶⁸ '*Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt, pactionum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur: sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum*'.

⁶⁹ BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, cit., p. 101-102.

⁷⁰ Si tenga presente a questo proposito un dato particolarmente importante. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., p. 161 s., evidenziava che la disputa circa la natura della *locatio* degli *agri vectigales*, sorta già fra i classici, mostrava come uno *ius in re aliena* di tal genere fosse lontano dai canoni della giurisprudenza classica. Questa controversia avrebbe poi portato Zenone a risolvere autoritativamente la questione attribuendo all'enfiteusi il carattere di contratto autonomo e confondendo così il contratto costitutivo con il diritto sorto per effetto di quest'ultimo. La nascita del diritto reale di enfiteusi si deve allora all'opera di Zenone (BONFANTE, *op. ult. cit.*, p. 162).

⁷¹ C.I. 4.66.2 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.*, a. 529) è al riguardo di notevole importanza. Controversa è l'interpretazione delle parole '*si quidem aliae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae*'. A questo proposito i dubbi riguardano la possibilità che le *aliae pactiones* abbiano ad oggetto la possibilità di derogare al pagamento del canone, o viceversa che si riferiscano al periodo in cui il canone deve essere pagato. Più verosimilmente si ritiene che con *aliae pactiones* si debba intendere la possibilità, data ai contraenti, di stabilire che in caso di mancato pagamento non si possa effettuare la devoluzione, oppure che il termine finale per il pagamento del canone risulti diverso dal *triennium* (BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, cit., p. 107).

solo con l'affermazione e l'elaborazione dovuta al diritto germanico⁷². E' comunque certo che una visione troppo ristretta della questione si sia affermata in relazione all'argomento in parola, sembrando evidente che già il diritto romano non avesse esplicitamente disconosciuto la possibilità di ammettere, anche in ambito privatistico, alcune figure riconducibili agli *onera realia*⁷³.

Rimane comunque necessario comprendere in che termini si sia attribuita l'introduzione di quest'ultima figura ad opera del diritto germanico⁷⁴. In proposito sembra infatti più corretto parlare di ulteriore sviluppo della categoria e non di origine vera e propria, specialmente considerando l'evoluzione della nozione di dominio⁷⁵. E di certo non può negarsi lo stretto legame intercorrente tra il degenerare dell'originario concetto di proprietà e il consolidamento della categoria dell'onere reale, dovuto in buona parte alla concentrazione della proprietà fondiaria in capo a un numero ristretto di soggetti.

Tale situazione favoriva il sorgere di vincoli e oneri gravanti sulla proprietà stessa, tanto da allargare e ridefinire, in senso meno netto, l'originaria categoria degli *iura in re aliena*⁷⁶. Ma quanto detto acquista tutt'altro rilievo solo considerando il fattore determinante di questo cambiamento: la «Gewere». Risultando essa il concreto realizzarsi del godimento, diveniva elemento fondante, non della sola proprietà, ma di tutti i diritti che, sia pure indirettamente, implicassero il godimento su un bene determinato⁷⁷. La concezione di signoria sulla *res* sviluppata dal diritto germanico, risultava quindi in evidente

⁷²) Una variante di questa teoria individuava l'origine degli oneri reali nelle mutate condizioni economiche del periodo medievale. Che il condizionamento economico abbia influito sullo sviluppo della categoria è innegabile, e di ciò si dovrà tener conto: del pari però attribuire la responsabilità del fenomeno alle sole esigenze dell'economia medievale, pur rilevanti, sembra eccessivamente restrittivo. A questo proposito è importante evidenziare che lo stesso assetto dell'economia altomedioevale si modifica repentinamente e, in particolare, da una forte presenza di terre incolte, che affiancano la proprietà colonica, si passa al nuovo regime del fondo agricolo ove la preoccupazione maggiore, ossia quella relativa all'incremento della produzione cerealicola, si palesa specialmente nella modificazione degli strumenti giuridici a disposizione dei soggetti coinvolti in tali rapporti giuridico-economici. Così, nei contratti di locazione compaiono clausole più favorevoli ai coloni, accanto a previsioni relative alla quantità di prodotto da ricavare e da norme tecniche sulla coltivazione dei cereali (cfr. V. FUMAGALLI, *L'evoluzione dell'economia agraria e dei patti colonici dall'alto Medioevo*, in «Le campagne italiane prima e dopo il mille» – cur. B. Andreolli, V. Fumagalli, M. Montinari –, Bologna, 1985, p. 18 ss.).

⁷³) Proprio perché alcuni luoghi del Digesto, e in particolare D. 39.3.2.4 (Paul. 49 ed.) e D. 7. 1.19.1 (Pomp. 5 Sab.), non avevano alcuna relazione con il diritto pubblico.

⁷⁴) NANI, *Storia del Diritto privato italiano*, cit., p. 352, e BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 698 s. L'Autore da ultimo citato, sulla scorta della radicata idea che la figura sia creazione del diritto germanico, in relazione agli elementi costituenti l'onere reale richiama il § 1105 del «BGB», che ne contiene la definizione («Reallaste»). Del pari egli sostiene che, per alcuni rapporti affini ai diritti reali, i Romani abbiano coniato espressioni per indicare l'inerenza del rapporto al fondo. In effetti questa notazione è interessante specialmente perché tali rapporti («che arieggiano agli oneri reali»: così BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 699), non vengono meglio definiti: essi sarebbero simili all'onere reale pur non appartenendo alla categoria. L'opinione si accorda con la linea argomentativa dell'autore, per cui sarebbe impossibile rinvenire qualche traccia dell'onere reale nel diritto privato romano (BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 702).

⁷⁵) F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Città di Castello - Roma, 1915, p. 10. E' proprio in relazione alla nuova nozione di «dominio» assume rilevanza fondamentale la figura della «Gewere», concetto che descrivendo il rapporto materiale tra il soggetto e la *res* e conferendo una posizione di vantaggio in sede processuale, indica una semplice posizione di fatto che considera l'*animus* del possessore. Ciò si traduce, sul piano processuale, nella possibilità di continuare a godere del rapporto di fatto instauratosi sulla cosa, qualora chi pretenda di avere su di essa un diritto superiore non riesca a dimostrarlo. La «Gewere», che si risolve nel semplice atto di apprensione della *res*, implica inoltre una diversa estensione del concetto di «possesso» che travalica i confini della nozione romana: essa quindi non indica altro se non il mero godimento del bene, che non è proprio del solo *dominus* ma che va ad estendersi anche a tutte quelle situazioni non immediatamente identificabili con la nozione di «proprietà», ma che in ogni caso implicano la traibilità di una certa forma di godimento dallo sfruttamento dell'immobile.

⁷⁶) Proprio a questo proposito si può affermare, sebbene con qualche cautela ulteriore, che l'originario carattere tipico degli *iura in re aliena* abbia perso di consistenza. Si è addirittura parlato di volgarizzazione del *dominium* che sarebbe iniziata già con l'età di Costantino (GANDOLFI, «Onere reale», cit., p. 130). Tale passaggio è di particolare rilievo. Esso infatti consente di specificare ulteriormente alcuni aspetti relativi anche allo *ius emphyteuticarium*. Si veda diffusamente E. LEVY, *West Roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia, 1951, p. 32 ss., il quale ha sostenuto come il *dominium* avesse perso la sua originaria configurazione perché mediante *dominium* poteva indicarsi ciò che, al contrario, si sarebbe correttamente designato come «*possessio*».

⁷⁷) L'origine del termine «Gewere» è oscura, e dubbi vi sono anche in merito alla prima apparizione della parola, che difficilmente potrà farsi risalire ad un periodo anteriore al secolo VIII o IX. Va comunque detto, come

attrito con la nozione di dominio propria dei Romani, la quale, avendo invece sempre conservato l'originario carattere unitario del diritto, aveva finito per indicare solo la posizione del titolare del diritto di proprietà⁷⁸. Proprio il concetto di «Gewere» avrebbe allora favorito lo smembramento dell'originario concetto di 'dominium' («proprietà») sul bene: infatti essa non individuando solo la situazione del *dominus*, ma adattandosi per altro verso a tutti i casi implicanti il possesso del bene, avrebbe permesso che sullo stesso fondo iniziassero ad insistere situazioni concorrenti con la proprietà fondiaria che proprio in virtù dell'inerenza al fondo potevano essere considerate di natura reale.

Questo fenomeno, si potrebbe dire di impetuoso sviluppo della categoria, spiegabile alla luce della diversa estensione del dominio, aveva fatto sì che autorevolmente si considerassero fuori dal diritto pubblico romano del tutto inammissibili figure di oneri reali in senso proprio⁷⁹. Questa opinione appare forse troppo ristretta. Non è certo errato considerare attribuibile in particolare al diritto germanico lo sviluppo ulteriore della categoria, ma negare del tutto l'operare di quest'ultima nel diritto privato romano è quanto meno improbabile.

Del pari è anche vero che differenti erano le esigenze alla base dell'elaborazione della nozione stessa di onere reale. Per il diritto romano privato, ad esempio, in un caso si tutelava l'interesse all'integrità della proprietà fondiaria, mentre per il diritto germanico si aveva riguardo alle esigenze derivanti, come ebbe a dire il Pertile, «dall'istinto di popoli pieni di vita e di aspirazioni», e in particolare dall'esigenza di superare le limitazioni derivanti dalla rigorosa applicazione dei dogmi roma-

notava E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2010, p. 194 ss., *praecipue* p. 195, nt. 569, che con qualche probabilità la radice della parola debba ritenersi presente in *Rot.* 225 nelle parole longobarde «Andigawere» e «Arigawere», riferite al peculio accumulato tramite il lavoro manuale e il servizio militare.

⁷⁸) GANDOLFI, 'Onere reale', cit., p. 130. A proposito della «Gewere» si impone qualche ulteriore, se pur breve, precisazione. In origine il concetto di possesso, sviluppato nel diritto germanico, si sostanzialmente, come nella nozione romana, in una signoria sul bene e nel diritto ad essa associato (SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, cit., p. 11). In entrambi i casi ciò che si rappresentava era l'esistenza di un potere di fatto sulla *res*, e, in astratto, lo stesso diritto di proprietà. Ma poichè il concetto di proprietà del diritto germanico si era sviluppato dall'antica nozione di proprietà collettiva, la stessa «Gewere» si presentava come proprietà *minus*, concessa ad un soggetto sul fondo appartenente alla famiglia (SCHUPFER, *op. cit.*, p. 12). Non va però taciuto come l'idea unitaria della proprietà, che si cercherà di cogliere specie ad opera della Pandettistica nel concetto romano di *dominium* emergente dal Digesto ma frutto della ripresa da parte dei giustinianeî di particolari correnti risalenti al secondo secolo a.C., sia, in realtà, come ha sottolineato L. SOLIDORO MARUOTTI, 'Abstraktes Eigentum' e forme di appartenenza fondiaria nell'Impero romano, in «SDHI.», LXVII, 2001, p. 135 ss., il portato di correnti affermatesi specie a seguito della Rivoluzione francese, volte ad attribuire il carattere dell'assolutezza al diritto in contrasto con la frammentazione e il sorgere di vincoli sulla proprietà tipico dell'epoca medioevale. Infatti già per il Tardoantico, e comunque con alcuni elementi di disomogeneità presenti nelle epoche precedenti, si profilerebbe un distacco dalla concezione classica del *dominium*, specie in conseguenza dell'affermazione di nuove figure connesse all'evoluzione della proprietà fondiaria. La possibilità, tuttavia, di individuare un filo conduttore che congiunge la classica concezione di *dominium* con le successive elaborazioni, segnatamente il dominio utile dei Glossatori e il modello proprietario della Pandettistica, si individua secondo P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, p. 77 ss., nella sentita esigenza di riaffermare quel massimo potere sulla *res* proprio del concetto stesso di *dominium*. È così per queste fattispecie che nascono dalla *res*, si sostanziano in un fascio di attività esercitabili sul bene a seconda del diritto da ciascuno vantato e costituiscono il riflesso dei nuovi bisogni di una società in evoluzione, si pone il problema, non avvertito ove la nozione di proprietà sia elaborata sul soggetto, segnatamente in culture caratterizzate da un marcato individualismo, di individuare il contenuto minimo del diritto di proprietà, questione che si risolve identificando quest'ultimo nel potere sulla cosa indipendentemente da quale intensità esso abbia.

⁷⁹) A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*², IV, *Storia del diritto privato*, Torino, 1893, rist. Bologna, 1966, p. 431. L'autore, pur sostenendo come la categoria dell'onere reale ripugnasse ai principi romani, metteva però in evidenza l'inadeguatezza di una linea ricostruttiva che avrebbe voluto ricondurre l'onere reale alla categoria obbligatoria, proprio per la cessazione dell'obbligo una volta venuta meno la *res* (PERTILE, *op. cit.*, IV, p. 434). Molto contestata pare comunque, più che l'appartenenza degli oneri reali alla categoria obbligatoria, l'accostamento operato con la categoria delle servitù. Sebbene una certa analogia fra gli istituti in parola sia innegabile, altrettanto vero è che molti caratteri propri della servitù male si adattano agli oneri reali, tanto che per questi ultimi si rende necessario adottare una categoria apposita, quella delle c.d. *servitutes iuris germanici*. E tuttavia l'appartenenza alla categoria delle servitù deve essere negata per le profonde differenze sussistenti ad un esame più approfondito: una fra tutte, la diversa identificazione dell'oggetto, nella servitù il fondo, nell'onere la prestazione.

ni⁸⁰. E a questo riguardo non sembra possibile negare una più estesa applicazione dei principi propri della categoria. Si pensi, a titolo esemplificativo, agli oneri reali nati nell'ambito del diritto canonico, pur con le dovute cautele in relazione alle decime⁸¹. Fuori dalla sfera canonistica, meno dubbi sono formulabili per quanto riguarda il censo costitutivo e quello riservativo, sebbene qualche perplessità sorga, invero, rispetto al censo consegnativo⁸². L'incidenza del diritto germanico e delle consuetudini feudali sullo sviluppo successivo dell'onere reale nel diritto intermedio è dunque innegabile, sebbene a questo proposito una parte rilevante nell'elaborazione dell'intera categoria la giocarono anche le necessità derivanti da bisogni economici differenti. Tutto ciò però non sembra deporre in favore di una netta cesura rispetto al diritto romano. Si tenga presente che, oltre agli esempi forniti, come si accennava, proprio nelle fondazioni alimentari si era rinvenuta l'origine dei censi riservativo e costitutivo⁸³. Come a quest'ultimo riguardo è stato specialmente sostenuto dal De Luca, l'obbiettivo di costituire un reddito a favore di una città poteva essere raggiunto o facendo in modo che essa, a cui il fondo apparteneva, si riservasse il censo, oppure, qualora il predio fosse appartenuto ad altro soggetto, normalmente un privato, costituendolo sull'immobile⁸⁴: proprio in quest'ultima ipotesi si individuerebbe la fattispecie di cui in D. 22.1.33.pr. (Ulp. *l.s. off. cur. r. publ.*)⁸⁵, che poi richiamerebbe, a sua volta, quella descritta nell'opera pliniana.

7. Prima di considerare la questione dell'onere reale nella prospettiva della dottrina e della giurisprudenza italiana, è di notevole interesse stabilire quale sia stata l'influenza dello sviluppo storico poc'anzi delineato sulla codificazione francese e tedesca.

Il dibattito in area francese fu particolarmente acceso in considerazione della notevole influenza che la questione dei pesi fondiari ebbe in relazione all'abolizione della feudalità. Il primo punto in proposito riguardava il processo di secolarizzazione dei beni ecclesiastici. Lo Stato era infatti subentrato in un numero elevatissimo di contratti di rendita. In particolare tra il 1791 e il 1793 il valore complessivo degli stessi oscillava fra i 200 e i 300 milioni di franchi, e, aggiornata successivamente la

⁸⁰ PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., IV, p. 431.

⁸¹ Va detto che in riferimento alle decime ecclesiastiche non sono applicabili tutte le regole proprie della categoria degli oneri reali (PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., IV, p. 440). Alcune specie non sarebbero nemmeno rientrate in essa, essendo gravanti direttamente sui frutti e non sui fondi (cfr. PERTILE, *op. cit.*, IV, p. 440, e DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 96). Le decime ecclesiastiche, a loro volta suddivise in personali, miste o prediali, in base alla provenienza del ricavo, meritano qualche ulteriore considerazione. In particolare le decime c.d. prediali vanno distinte proprio rispetto agli oneri reali. Esse, gravando sui frutti del fondo e non su quest'ultimo, si caratterizzano per il carattere mobile, mutando l'entità della prestazione in base alla rendita del fondo, ossia alla quantità di frutti prodotti. Al contrario l'onere reale insistendo sul fondo in quanto tale, cioè indipendentemente dalla quantità dei frutti prodotti, non muta nell'entità della prestazione. Per questi motivi DE LUCA, *op. cit.*, p. 97, includeva le decime ecclesiastiche nella categoria delle obbligazioni *ob rem*. Relativamente alle decime cfr. A. BURDESE, 'Decima (diritto romano)', in «NNDI», V, Torino, 1960, p. 257 ss. Per il diritto canonico si vedano C. JANNACCONE, 'Decima (diritto ecclesiastico)', in «NNDI», V, Torino, 1960, p. 258 ss., e P. CIPROTTI, 'Decima', in «ED.», XI, Milano, 1962, p. 806.

⁸² DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 98. La stessa struttura del censo riservativo implica che si consideri onerato il fondo, da ciò derivando tutte le conseguenze proprie della realtà dell'onere: diritto di abbandono e obbligo per i canonici non versati dal precedente possessore del fondo. Ben più travagliata è la questione circa la natura del censo consegnativo. Per esso, nato al fine di ovviare alle restrizioni religiose sull'usura e derivante dalla compera del censo, la qualificazione di onere reale è riconducibile ad una bolla papale ('*Cum onus*') del 1569. Sulle ulteriori questioni riguardanti il censo consegnativo si rimanda a DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 98 s.

⁸³ Si veda *supra*, § 3.

⁸⁴ Cfr. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 16 ss.

⁸⁵ '*Si bene collocatae sunt pecuniae publicae, in sortem inquietari debitores non debent et maxime, si parient usuras: si non parient, prospicere rei publicae securitati debet praeses provinciae, dummodo non acerbum se exactorem nec contumeliosum praebeat, sed moderatum et cum efficacia benignum et cum instantia humanum: nam inter insolentiam incuriosam et diligentiam non ambitiosam multum interest*'. In relazione alla possibilità di individuare precedenti romani della figura del censo si veda anche C. TREVES, 'Censi', in «DI» VII.1, Torino, 1887, p. 710 ss.

cifra, essa raggiunse un valore compreso fra i 500 e i 600 milioni⁸⁶. La secolarizzazione dei beni ecclesiastici aveva dunque contribuito a creare una enorme fonte di reddito per lo Stato stesso, il che certo avrebbe influito sulla disciplina normativa che si sarebbe stabilita successivamente⁸⁷. D'altro canto in merito alla questione della «rente foncière», ritenuta, come detto, centrale nel dibattito politico di quel periodo, si delineano due ulteriori temi: il primo inerente alla natura feudale di detta rendita, e il secondo legato al *vulnus* all'invulnerabilità del diritto di proprietà in caso di abolizione senza alcuna compensazione per i soggetti attivi⁸⁸.

Relativamente al primo problema accennato, la soluzione si rinviene nella netta distinzione fra «bail à rente foncière» e «bail à rente seigneuriale», ove solo il secondo genera, non una semplice rendita, ma più propriamente diritti signorili in campo ereditario, che implicavano a loro volta il riconoscimento di diritti feudali⁸⁹.

In relazione alla seconda questione invece, occorre considerare le inique conseguenze per il «bailleur» derivanti dall'abolizione della «rente» non seguita da alcuna forma di compensazione. Va evidenziato in proposito il venir meno dell'equilibrio economico fra la possibilità offerta al concedente di sfruttare in altro modo il capitale costituito dalle rendite, e la messa a rendita dell'immobile alienato da parte del «preneur»⁹⁰.

Si è compreso per quali ragioni la figura qui considerata abbia subito uno sviluppo notevole: motivi tanto di natura economica che giuridica. Ma il *vulnus* al diritto di proprietà era insito fra questi ultimi: in primo luogo perché a seguito del peso imposto sull'immobile non si sarebbe potuto affermare, nella pienezza che gli è congeniale, il diritto di proprietà; in secondo luogo perché non vi era alcun obbligo di miglioramento dell'immobile, essendo sufficiente che questo fosse mantenuto nelle condizioni di produrre quanto pattuito⁹¹. Alle motivazioni dette, se ne univa una di carattere meramente politico: rimaneva ovvio lo stato di soggezione del «preneur» in spregio all'art. 1 della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino, ove la posizione di preminenza economica del concedente si sarebbe risolta in una situazione di evidente supremazia sociale.

Si scorgono facilmente i problemi da affrontare in un dibattito volto a sostenere l'abolizione di queste figure, retaggio evidente della feudalità. Nella contingenza del momento, le rivendicazioni abolitive avevano però prodotto solo un limitato effetto poiché le differenti ipotesi di «rente foncière» si erano rese, in un primo momento, solamente riscattabili: l. 5 agosto 1789. La limitata portata di questo provvedimento, si riduceva ulteriormente per effetto della l. 18 dicembre 1790 la quale aveva comunque specificato che, nonostante la possibilità di riscatto, la natura delle rendite sarebbe rimasta immobiliare, sottoponendole dunque alla medesime regole valedole in passato. Ma la carica innovativa di

⁸⁶ R. BLAUFARB, *Propriété, politique et delimitation des groupes sociaux: le débat sur les rentes foncières (1789-1811)*, in «Annales Historiques de la Révolution Française», CCCLIX, 2010, p. 122.

⁸⁷ In verità merita considerazione il fatto che oltre all'aspetto economico in relazione allo Stato in generale, il problema ha riguardato in prospettiva anche gli stessi titolari dei redditi fondiari e le ragioni da essi addotte (BLAUFARB, *Propriété, politique et delimitation des groupes sociaux*, cit., p. 122).

⁸⁸ BLAUFARB, *Propriété, politique et delimitation des groupes sociaux*, cit., p. 123.

⁸⁹ M. GARAUD, *La révolution et la propriété foncière*, Paris, 1958, p. 122. L'Autore ha comunque evidenziato che la forma più diffusa rimaneva la semplice «rente foncière», sicché è facile comprendere come in realtà il problema si ponesse in relazione all'abolizione di quest'ultima. Infatti nel «bail à rente seigneuriale», a differenza del «bail à rente foncière», l'alienazione del bene a cui conseguiva non solo il pagamento del prezzo, ma anche la costituzione di una rendita perpetua a favore degli eredi dell'alienante, si sarebbe atteggiata, per le implicazioni in campo ereditario, nei termini di un vero e proprio privilegio feudale. Che poi in realtà tanto il «bail à rente seigneuriale» che il «bail à rente foncière» fossero poco diffusi, e che avesse trovato maggiore impiego la semplice «rente foncière», spiega il motivo per cui i problemi più rilevanti si sarebbero avuti in seguito all'abolizione di quest'ultima.

⁹⁰ Mentre è stata proprio la convenienza economica a permettere la larga diffusione dell'istituto in parola. L'operazione economica ad esso connotata infatti permetteva da un lato ad un largo seguito di individui, sprovvisti dei necessari capitali, di acquistare un immobile, dall'altro al «bailleur» di poter contare sui capitali derivanti dalla rendita (GARAUD, *La révolution et la propriété foncière*, cit., p. 122). Da un lato quindi la possibilità di occupare gli immobili anche nel caso in cui l'elevato costo non ne avrebbe permesso alcuno sfruttamento da parte di soggetti privi delle necessarie risorse, dall'altro, e di conseguenza, la possibilità di reinvestire le risorse ricavate dalle rendite così costituite.

⁹¹ GARAUD, *La révolution et la propriété foncière*, cit., p. 123.

questa disciplina aveva ormai segnato la via, sicché si addivenne agli attuali articoli 529 e 530 del «Code Civil des Français»: mediante il primo si rendevano mobili per determinazione della stessa legge «des obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers⁹²». L'art. 530 permetteva il riscatto di «toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier».

Oltre queste brevi considerazioni di carattere storico, ciò che preme qui sottolineare è la linea evolutiva di queste figure, su cui certo ha influito quella dilatazione del concetto di *dominium* di cui si è detto sopra⁹³. D'altra parte, come si è cercato di dimostrare, non è del tutto corretto ritenere improbabile che già il diritto romano conoscesse figure non eccessivamente dissimili da quelle qui in parola.

E' tuttavia necessario prospettare anche un correttivo, volto a limitare la portata di quanto appena detto, da un lato perché è sempre vero che il concetto di *dominium* romano, essendo ben più ristretto di quello affermato per il tramite dell'elaborazione germanica, non avrebbe certo ammesso una compressione tanto forte del diritto di proprietà; dall'altro perché si avrà modo di dimostrare come la stessa evoluzione di tali figure avrebbe implicato che si tenesse ben presente il concetto oggettivo e limitato di *utilitas*, valevole a restringere l'ammissibilità di esse nei soli casi in cui il godimento derivante dal *facere* non fosse rivolto al solo soggetto.

A questo proposito è di notevole interesse l'articolo 686 del «Code Civil des Français», relativo alle «servitudes établies par le fait de l'homme⁹⁴». Esso infatti consente che per volontà delle parti si possano stabilire le servitù che ad esse paiano più convenienti, essendo però necessario che non siano imposte sulla persona o in favore della persona, ma solamente sul fondo e a favore di quest'ultimo. L'articolo in parola è di notevole interesse per l'argomento qui svolto: se *ex art. 637* «Code Civil des Français» si desume che la servitù è imposta per l'utilità di un fondo, allora sarà necessario dedurre che in riferimento all'inciso «mais seulement à un fonds et pour un fonds», di cui all'art. 686 comma 1°, il limite all'imposizione di una servitù sul fondo dovrà essere riguardato nell'utilità, ossia all'accresciuto godimento del fondo stesso. L'art. 686 infatti non vieta che la servitù possa consistere in un *facere*⁹⁵, ma in ragione di ciò prevede espressamente che essa non sia imposta né sulla persona né in favore della persona, ma che il limite si rinvenga nell'utilità che la servitù apporta al fondo dominante⁹⁶.

Quanto qui ricordato è di particolare interesse: la preoccupazione evidenziata in riferimento alla questione della «rente foncière», ossia eliminare le disuguaglianze nascenti dagli iniqui rapporti reali riducibili a quel tipo, si esplica infatti anche in riferimento all'articolo ora in parola. La breve

⁹² A questo proposito si confronti: C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, I, Paris, 1861, p. 267 ss., e E. FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, I, Paris, 1935 p. 634 ss. e 638 ss. Particolarmente interessante in merito alla questione delle «rentes foncières» è P.A. FENET, *Recueil complete des travaux préparatoires du Code Civil*, XI, Paris, 1836, p. 56 ss.

⁹³ Cfr. *supra*, § 6.

⁹⁴ «Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se réglent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, par les règles ci-après».

⁹⁵ A questo proposito si veda F. JACOB, A. TISSERAND MARTIN, G. VENANDET, G. WIEDERKEHR, X. HENRY, *Code civil*, Paris, 2012, p. 945.

⁹⁶ In dottrina, a questo riguardo, si evidenziava come l'articolo 686 1° comma «Code Civil des Français» avesse espressamente previsto che la servitù non fosse imposta sulla persona o in favore della persona per la preoccupazione che sotto mentite spoglie si accogliessero vecchi istituti che richiamavano le «corvées» di feudale memoria. Così la prestazione positiva eventualmente gravante sul fondo servente, non sarebbe stata in alcun modo una obbligazione personale del proprietario di quest'ultimo (R. BÉROD, *Servitudes, bornage, mitoyenneté, clôture*, Paris, 1957, p. 55). Colin e Capitant richiamavano D. 8.1.15.1 (Pomp. 33 *Sab.*) per chiarire la portata della frase: «pourvu néanmoins que les services établis se soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne» (A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*¹¹, I, Paris, 1947, p. 838: cfr. M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*², III, Paris, 1952, p. 872 ss.). Ma questa interpretazione non sembra accoglibile. Da un lato il frammento è di per sé disputato, ma soprattutto, come già detto, qualora il *facere* sia imposto per l'utilità oggettiva del fondo dominante e non per l'utilità soggettiva del proprietario di quest'ultimo, allora la previsione dell'art. 686 comma 1° sarebbe certo rispettata.

disamina della legislazione francese in materia, ha anche lo scopo di richiamare i problemi affrontati dal Legislatore italiano della prima codificazione in merito alla condizione delle prestazioni fondiari stabilite sotto le legislazioni degli Stati preunitari. La scelta in verità non era stata molto diversa da quella del Legislatore francese, pur distinguendosi per un aspetto specifico: la natura immobiliare di tali prestazioni era stata messa in discussione limitandosi a stabilire la riscattabilità di dette figure⁹⁷.

Ben diverso doveva essere il destino delle figure riconducibili all'onere reale nella legislazione di area tedesca.

Il «Bürgerliches Gesetzbuch» disciplina espressamente la figura nell'«Abschnitt 6», intitolato «Reallasten⁹⁸». In particolare il § 1105 rubricato «Gesetzlicher Inhalt der Reallast», è relativo al contenuto del diritto, il quale viene configurato quale carico «belastet» imposto sul fondo, in modo che il soggetto in favore del quale l'onere è costituito, riceva prestazioni periodiche dal fondo gravato⁹⁹. La problematica circa la natura di queste prestazioni, per esplicita previsione del § 1105 «BGB.», può dirsi risolta: quest'ultimo infatti prevede una ideale divisione individuando da un lato il peso gravante sul fondo, dall'altro le prestazioni che in forza di esso saranno dovute al beneficiario dell'onere, attribuendo in entrambi i casi la natura reale¹⁰⁰.

Il «Reallast» si sostanzia allora non nel diritto di poter beneficiare direttamente del bene gravato, o meglio di poter porre in essere una qualsiasi attività su quest'ultimo, ma di profittare del valore da esso derivante¹⁰¹. Quanto alla natura di tali oneri reali, la dottrina tedesca si è sempre divisa ora ammettendo che essi potessero considerarsi quali diritti reali di garanzia (ma concepiti come «Verwertungsrecht»), diritti reali di godimento, o infine figure ibride fra queste due. Prevale comunque l'ipotesi del diritto reale di garanzia¹⁰².

⁹⁷ Cfr. *infra*, § 8.

⁹⁸ Riguardo alla disciplina contenuta nel «Buch 3», relativo al «Sachenrecht», va evidenziata la notevole organicità che la contraddistingue. Quanto al contenuto tuttavia, esso si limita a fissare la disciplina vigente nelle leggi locali che caratterizzavano le varie parti dell'Impero tedesco (GANDOLFI, 'Onere reale', cit., p. 135). Cfr. inoltre, U. VON LÜBTOW, *Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten*, I, in «Festschrift H. Lehmann», Berlin - Tübingen - Frankfurt a.M., 1956, p. 328 ss., W. ERMAN, H.P. WESTERMANN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, Münster, 1972, p. 372 ss., F. LENT, K.H. SCHWAB, *Sachenrecht, ein Studienbuch*, München, 1976, p. 302 ss., GANDOLFI, 'Onere reale', cit., p. 135 ss., L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in «Trattato di diritto civile e commerciale» (cur. A. CICU, F. MESSINEO), XI, Milano, 1984, p. 12 ss.

⁹⁹ § 1105 «BGB.»: «(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (Reallast). Als Inhalt der Reallast kann auch vereinbart werden, dass die zu entrichtenden Leistungen sich ohne weiteres an veränderte Verhältnisse anpassen, wenn anhand der in der Vereinbarung festgelegten Voraussetzungen Art und Umfang der Belastung des Grundstücks bestimmt werden können. (2) Die Reallast kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden».

¹⁰⁰ Ciò risulta in modo evidente dallo stesso testo del § 1105. Infatti si dice che il fondo può essere gravato, specificandosi poi che le prestazioni periodiche dovute al beneficiario saranno tratte dal fondo «aus dem Grundstück».

¹⁰¹ BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 13. A questo riguardo non vale a confutare tale affermazione la constatazione per cui, secondo il § 1108 comma 1° «BGB.» rubricato «Persönliche Haftung des Eigentümers», il soggetto prima proprietario del fondo risponderebbe «auch persönlich» ossia personalmente, per le prestazioni scadute relative al periodo in cui egli era proprietario del bene gravato. Sembra che a tale conclusione non si possa che aderire, specialmente considerando che comunque il dato desumibile dal § 1105 comma 1° «BGB.» risulta preciso in merito, specificandosi in primo luogo che è il fondo ad essere gravato: «Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden», ed in secondo luogo che le prestazioni periodiche devono ricavarsi dal fondo. Quanto alla previsione del § 1108 comma 1° «BGB.», valga anche la seguente considerazione: posto che la prestazione è la distrazione di una parte del reddito del fondo ricavabile dal proprietario di quest'ultimo, la previsione del paragrafo in parola risponde anche alla necessità di impedire che il soggetto una volta proprietario possa profittare, non avendo adempiuto alla prestazione, della parte di reddito destinata a costituire oggetto della prestazione reale. In buona sostanza allora, il beneficiario di tale prestazione potrebbe soddisfarsi su ogni parte di reddito traibile dalla cosa nei confronti del proprietario anche qualora questi sia cambiato (BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 13, GANDOLFI, 'Onere reale', cit., p. 136, LENT, SCHWAB, *Sachenrecht, ein Studienbuch*, cit., p. 302).

¹⁰² BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 14, GANDOLFI, 'Onere reale', cit., p. 136. Si tenga presente che la Bigliuzzi Geri, nell'esaminare la figura della «charge foncière» di cui all'art. 782 1° comma «ZGB.», sosteneva che tale figura e più in generale le «charges», rientrassero nella categoria dei diritti reali limitati, tanto sul versante del diritto di uso e di godimento diretto del bene che appunto come diritti di valore (BIGLIAZZI GERI, *One-*

La civilistica tedesca interessa in questa sede proprio perché ha meditato sull'elaborazione della categoria del «Reallast», considerandola figura autonoma rispetto alla servitù. La questione è tuttavia più complessa. Da un lato infatti, volendo accettare senza altre riserve la regola '*servitus in faciendo consistere nequit*', si sarebbe dovuto sanare un contrasto con il normale contenuto dell'onere reale, ossia il *facere*¹⁰³. Aspetto però di massimo rilievo, una volta precisato in quali termini debba inquadarsi il contenuto positivo dell'onere, è che comunque la prestazione in cui esso si sostanzia deve mirare ad ottenere dal fondo la data quantità di prodotti da prestare.

L'accostamento alla servitù è ancora più forte quando si specifica che l'onere reale può poi costituirsi anche a favore del proprietario di altro fondo secondo l'esplicita previsione del § 1105 comma 2° «BGB.¹⁰⁴». Ma una volta considerato il § 1111 «BGB.» rubricato «Subjektiv-persönliche Reallast», l'accostamento con la servitù diverrà del tutto arbitrario poiché il paragrafo in parola prevede espressamente che l'onere reale possa costituirsi anche a favore di un soggetto che non sia proprietario di alcun fondo. Proprio in riferimento a questa previsione allora, diviene particolarmente evidente l'estensione della categoria nel diritto civile tedesco, sicché pare necessaria qualche precisazione in chiave critica.

Si è sostenuto nelle pagine precedenti che, fuori dalle ipotesi esplicitamente riferibili alla sfera pubblicistica, il diritto romano conosceva una serie di casi riconducibili alla categoria qui in parola. In merito a questa affermazione occorre precisare che sia in D. 39.3.2.4 (Paul. 49 *ed.*) che in D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*), la prestazione ritenuta reale è intercorrente fra soggetti che sono entrambi proprietari di un fondo¹⁰⁵. Solo in questo secondo caso allora potrà sussistere quella limitazione rappresentata dall'utilità per il fondo del beneficiario: l'onere sarà costituibile solo quando il beneficio potrà oggettivamente riferirsi al proprietario del fondo¹⁰⁶. A quest'ultimo proposito, è interessante la previsione dell'art. 782 comma 3° «ZGB.», ove espressamente si prevede che l'onere fondiario debba avere quale contenuto prestazioni, ovviamente *in faciendo*, le quali dovranno dipendere o dalla natura economica del fondo gravato, o dovranno avere riguardo ai bisogni economici del fondo a favore del quale è costituito l'onere. E' questa seconda previsione che denota grande equilibrio: plausibilmente l'utilità andrà ad includere, quale propria sottocategoria, anche i bisogni economici del fondo dominante, sicché in questo caso l'*utilitas* esplicherà la propria funzione di limite all'autonomia delle parti¹⁰⁷.

ri reali e obbligazioni propter rem, cit., p. 15).

¹⁰³ Valga a questo proposito una precisazione. Il «BGB.» non si riferisce direttamente a questa esclusione. Tuttavia esso al § 1105 comma 1°, relativo al contenuto legale del «Reallast», espressamente prevede che sia costituito da una prestazione periodica da trarre dal fondo, dunque di evidente contenuto positivo. Il contenuto positivamente previsto vale ad escludere il *patis* ed il *non facere* dal contenuto del «Reallast».

¹⁰⁴ Ed è proprio a questo riguardo che si usa distinguere fra «Reallast» c.d. subiettivo-personale e «Reallast» c.d. subiettivo-reale (GANDOLFI, '*Onere reale*', cit., p. 136).

¹⁰⁵ Per la ricostruzione delle fattispecie qui richiamate si veda: *supra*, § 4.

¹⁰⁶ Non è del tutto irrilevante specificare che la possibilità di ammettere una *servitus in faciendo*, non renderà inutile la contemporanea ammissibilità dell'onere reale. Questa affermazione necessita di ulteriori spiegazioni. E' certo ovvio che qualora si accetti il tradizionale brocardo '*servitus in faciendo consistere nequit*', l'ammissibilità della figura qui considerata fungerà da «valvola di sfogo» per un sistema che riconosce la tipicità del diritto reale e l'impossibilità di ammettere figure in cui il principale contenuto si sostanzia in un *facere*. Qui tuttavia non si sostiene la necessità di aggirare il principio del *numerus clausus* e nemmeno di estendere oltre modo il concetto di onere reale sino a ricomprendere la possibilità che quest'ultimo possa costituirsi anche a favore di soggetti non proprietari. In verità, ed è questo un aspetto di rilievo, l'utilità di una categoria quale quella qui richiamata, sarà evidente anche quando con le dovute limitazioni si ammetta una *servitus in faciendo*, e ciò per due ragioni fondamentali. Da una parte infatti non è necessariamente detto che le prestazioni di contenuto positivo possano ricondursi a fattispecie tipiche di servitù. In secondo luogo non è detto che i bisogni economici, di cui tali figure costituiscono il portato giuridico, possano essere soddisfatti tramite servitù. E' ovvio e naturale che la previsione di possibili oneri reali, per lo meno nella legislazione italiana, debba comunque essere di matrice legislativa, dovendo trovare al contempo una ulteriore limitazione nel concetto di utilità.

¹⁰⁷ Comunque in riferimento alle problematiche concernenti la natura della «charge foncière» nello «ZGB.», ritenuta dalla dottrina comunque una figura mista, si veda: GANDOLFI, '*Onere reale*', cit., p. 137.

8. Dopo questo *excursus* che oltre al diritto romano, pubblico e privato, ha riguardato anche i due modelli tradizionali di codificazione, conviene trattare dell'argomento nella civilistica italiana tanto in riferimento al primo codice quanto in riferimento al secondo. Anche in ambiente italiano si manifestava la difficoltà di qualificare talune figure che sarebbero dovute rientrare nella categoria dell'onere reale¹⁰⁸, implicando, tale questione, anche una più generale considerazione circa la tipicità ed il *numerus clausus* dei diritti reali, affermandosi per altro verso come fosse del tutto improbabile qualsiasi discorso relativo all'onere reale nel diritto privato¹⁰⁹.

Nonostante le ripetute attestazioni del principio in parola¹¹⁰, appare invero poco spiegabile l'orientamento giurisprudenziale¹¹¹, fino al 1951, in merito alla questione degli oneri reali¹¹². Che tale *modus operandi* delle corti debba essere letto alla luce dell'evoluzione storica della questione è indubbio. Ciò è tanto più vero, considerando che a fini qualificatorii rientravano nella categoria dell'onere reale tutti quelli di più risalente origine, il canone enfiteutico, i contributi relativi alle opere di bonifica e tutti gli obblighi derivanti dai rapporti di vicinato¹¹³.

Come punto di partenza dell'analisi, può essere utile considerare la disciplina delle rendite perpetue *ex art. 29 disp. trans.* del «Codice Civile italiano» 1865, riscattabili ai sensi dell'art. 30 *disp. trans.*¹¹⁴. Ciò che più interessa a questo riguardo è la natura reale attribuita alle rendite, poiché queste

¹⁰⁸) GANDOLFI, 'Onere reale', cit., p. 139.

¹⁰⁹) M. COMPORI, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in «I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. C. Lazzara (Catania, 12-14 settembre 2002)» – cur. M. PARADISO –, Milano, 2005, p. 201 ss., e, con particolare riguardo all'analisi critica di alcune fattispecie di recente affermazione, p. 211 ss., ID., *Diritti reali in generale*², in «Trattato di diritto civile e commerciale», cit., XIV, Milano, 2011, p. 217 ss. È molto interessante è pure la giustificazione data in dottrina circa le motivazioni che hanno portato ad una riaffermazione del principio del numero chiuso dei diritti reali di derivazione romanistica. E' stata la reazione dei rivoluzionari francesi a riportare in auge un principio totalmente ignorato dal diritto intermedio. Ciò perché la possibilità di costituire oneri gravanti sui beni, che non solo agiva in senso limitativo delle libertà individuali (con un netto favoritismo per le classi privilegiate), ancor più costituiva un ostacolo alla libera circolazione dei beni. Era parso quindi che l'affermazione del nuovo pensiero liberista e la decisa eversione dell'ordinamento feudale avrebbero per necessità implicato di frapporre un limite alla possibilità di costituire tanto liberamente oneri di natura reale (COMPORI, *op. ult. cit.*, p. 217 s., e letteratura ivi citata). Si ritornava così all'ammissibilità di pochi diritti reali, e alla decisa affermazione del principio del numero chiuso della categoria. Riferisce poi di tale questione: BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 2.

¹¹⁰) Peraltro giustificato in modi differenti, sebbene la teoria storica sia la più solida: COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 220 ss. E si consideri che C. SCUTO, *Delle servitù prediali*, Catania, 1929, p. 132 ss., *praecipue* p. 135, ha ritenuto, stante l'operare del principio '*servitus in faciendo consistere nequit*', valido per tutti i diritti reali, che la categoria dell'onere reale non dovesse considerarsi ammissibile, eccezion fatta per il solo canone enfiteutico.

¹¹¹) Per una prima critica della posizione giurisprudenziale più risalente si veda BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 707. L'autore giustamente sostiene che più superficialmente una spiegazione sia da rinvenire nella necessità, avvertita dalla Corte di Cassazione e dalle Corti di merito, di superare la rigida e originaria applicazione dei principi in tema di proprietà così da dare spazio e tutela alle pratiche esigenze di volta in volta riscontrate. L'avvertito bisogno di dare tutela a situazioni scaturenti da necessità contingenti, è altresì sottolineato da FUSARO, '*Obbligazione «propter rem» ed onere reale*', cit., p. 392 s., il quale, tuttavia, pone l'accento sull'incoerenza delle soluzioni prospettate, evidenziando come la giurisprudenza, anche successivamente al 1951, tendesse a riconoscere in ossequio al principio dell'autonomia privata, la possibilità che pattizamente si costituissero oneri reali trasmissibili a seguito di trascrizione.

¹¹²) Ciò perché alla luce della netta affermazione del *numerus clausus*, corrispondeva una singolare tendenza a riconoscere come del tutto lecite figure riconducibili alla categoria degli oneri reali e delle obbligazioni *propter rem*.

¹¹³) GANDOLFI, 'Onere reale', cit., p. 139. Invero la natura reale del canone enfiteutico doveva confrontarsi con la presunta mancanza, nel caso di specie, di una qualche garanzia reale a favore del creditore. Nello specifico occorre notare come la possibilità di negare la natura reale del canone enfiteutico trovi una conferma nel fatto che il soggetto passivo risponde della mancata corresponsione del canone con tutto il proprio patrimonio, mentre il concedente non è assistito da alcuna garanzia reale ad esclusione del privilegio sui frutti rimasti presso il fondo (cfr. GANDOLFI, *op. cit.*, p. 139).

¹¹⁴) Naturalmente la disciplina non si arrestava ai due articoli citati. Per una completa disamina della stessa si veda DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 102 ss. Critica era stata in merito BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 16 ss.: la norma qui in parola era infatti ritenuta scarsamente significativa, sebbene fosse, secondo la Studiosa, uno dei pochissimi appigli normativi per ricostruire la figura dell'onere reale.

ultime qualora costituite anteriormente al 1809, avrebbero mantenuto tale qualifica sebbene i canoni venissero pagati in denaro¹¹⁵. Oltre tutto, le leggi speciali, emanate successivamente all'entrata in vigore del Codice, non avevano in alcun modo abrogato l'art. 29 *disp. trans.* La natura reale di tutte le rendite più risalenti rimaneva allora del tutto immutata¹¹⁶. Più in generale comunque, è da dire che il Codice civile del 1865 non disponeva relativamente all'onere reale, nemmeno nel secondo Libro, ove sarebbe stato più appropriato rinvenirne la disciplina¹¹⁷.

Fatte queste considerazioni è stato necessario ribadire, tramite il riferimento alla questione delle rendite fondiare, che pure sotto la vigenza del primo Codice civile si ammetteva la presenza di oneri reali che trovavano la loro origine in disposizioni legislative.

Prima di richiamare il pensiero delle Corti in materia, occorrerà completare la disamina delle fonti legislative in relazione al Codice civile del 1942. Si rifletta sul fatto che pure quest'ultimo aveva rinunciato a predisporre una disciplina normativa organica relativa agli oneri reali¹¹⁸. In merito giova richiamare l'art. 860 *cod. civ.*, relativo al concorso dei proprietari nella spesa per le opere di bonifica integrale¹¹⁹. Quanto alla natura giuridica di tale onere, la *l.* 215 del 1933, all'art. 21, non mancava di definirlo reale, sebbene attraverso la trasposizione della norma speciale nell'art. 860 *cod. civ.* si sia omessa quest'ultima qualifica, facendo riflettere la dottrina sulla natura stessa di tale contributo¹²⁰. Nonostante tale dubbio le norme della citata legge speciale del 1933 estendevano la loro portata anche ai consorzi *ex art.* 850 *cod. civ.* ed ai consorzi coattivi *ex art.* 921 comma 2° *cod. civ.*

Comunque quanto l'incertezza qualificatoria delle suddette fattispecie abbia avuto un ruolo sull'orientamento giurisprudenziale è difficile dire. Probabilmente però la tendenza propria del Codice civile del 1865, ma anche del Codice civile del 1942, ad omettere una specifica disciplina per la categoria, la cui regolamentazione era demandata all'operare di leggi speciali, potrebbe spiegare per quale ragione la giurisprudenza, successiva al 1951, abbia riconosciuto come l'unico titolo per la costituzione degli oneri reali (e delle obbligazioni *propter rem*) dovesse rinvenirsi nella legge¹²¹. Naturalmente la spiegazione non è in questo senso univoca¹²². E per comprenderla conviene riflettere sui precedenti orientamenti giurisprudenziali. Fino al 1951 le corti avevano ben chiara la delimitazione dello schema della servitù, e di converso, esse ben più largamente ammettevano figure ricon-

¹¹⁵ DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 104.

¹¹⁶ In relazione all'art. 418 del «Codice Civile italiano» 1865, può ipotizzarsi la possibilità che esso avesse attribuito natura mobiliare ai censi costituiti anteriormente all'entrata in vigore della disciplina codicistica. Ma tale articolo andrebbe interpretato in senso contrario a questa ricostruzione. DE LUCA, *Gli oneri reali e le obbligazioni ob rem*, cit., p. 106, notava correttamente che la natura mobiliare non sarebbe stata conciliabile con l'inerenza al fondo, ossia con il principale carattere dell'onere reale.

¹¹⁷ La disciplina delle figure riconducibili alla categoria fu invece demandata appunto all'art. 29 *disp. trans.* «Codice Civile italiano» 1865.

¹¹⁸ Proprio la mancata disciplina nel Codice civile del 1942 faceva ritenere inammissibili tali figure nell'ordinamento italiano. A questo riguardo si rilevava che la ricostruzione della categoria, in mancanza appunto di una esplicita normativa in materia, si doveva necessariamente basare sul riferimento ad ordinamenti che ammettevano tale figura oppure addirittura a schemi risalenti all'età intermedia (BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 11 ss.).

¹¹⁹ L'articolo in parola stabilisce che i proprietari dei beni situati nel perimetro del comprensorio (individuato dalla legge speciale) siano obbligati a contribuire per l'esecuzione delle opere di bonifica, alla manutenzione delle stesse, e per il loro impiego, in relazione al beneficio tratto dalla bonifica stessa.

¹²⁰ F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in «Commentario del Codice civile» (cur. A. SCIALOJA, G. BRANCA), III, Bologna-Roma, 1946, p. 190. L'Autore ha sostenuto che proprio in virtù dell'art. 21 *l.* 215/1933 potesse attribuirsi natura di onere reale alla contribuzione per le spese di bonifica, sebbene il legislatore avesse ommesso di riportare la dicitura nell'art. 860 *cod. civ.* L. FRANCIOSI, *La proprietà*, in «Trattato di Diritto privato» (cur. P. Rescigno), I, Torino, 2005, p. 517, segnalava invece la possibilità che la non menzione dell'onere reale nell'articolo in parola, avesse costituito una «svista» il cui merito sarebbe però stato quello di far sì che si rivolgesse nuovamente attenzione alla presunta realtà dell'onere di contribuzione.

¹²¹ Con l'ovvia conseguenza che le figure ammesse non potevano essere applicate per semplice volontà delle parti, pur se la natura reale era stata loro attribuita dalla trascrizione dei patti relativi alla costituzione delle stesse (COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 233).

¹²² Avendo su di essa influito anche ragioni volte alla tutela del principio del *numerus clausus*.

ducibili all'onere reale (e alle obbligazioni *propter rem*), ritenendole non rientranti nel canone della tipicità dei diritti reali e dunque passibili di essere costituite anche mediante atti di tipo convenzionale, che debitamente trascritti sarebbero divenuti opponibili ai terzi¹²³.

I motivi addotti a giustificare tale atteggiamento erano in verità i più disparati ed in quanto tali fortemente criticati dalla dottrina¹²⁴. In questi termini, emblematicamente, si contestava la decisione della Corte di Cassazione, la quale aveva stabilito che nel caso di limitazioni convenzionali reciproche al diritto di proprietà, riguardanti la costruzione di edifici, esse avrebbero vincolato *ratione rei* i contraenti, gli eredi e aventi causa, qualora validamente trascritte¹²⁵. E' evidente la qualificazione attribuita dalla Corte a tale rapporto avendo sancito che le limitazioni convenzionali reciproche, poste con clausola contrattuale, vincolano i contraenti, i loro eredi ed aventi causa, *fundi nomine*. Nel momento in cui tale limitazione sia sorta nei modi conformi alla legge, e altrettanto conformemente venga trascritta, essa acquista la forma di onere reale, seguendo naturalmente le sorti del bene su cui insiste. Infatti la possibilità di stabilire tale limitazione, ben poteva derivare dalla interpretazione *a contrario* dell'art. 531 «Codice Civile italiano» 1865, ammettendosi che l'originario titolare del diritto di proprietà costituisca una limitazione reciproca che imponesse però l'esclusione della servitù.

Ma l'Albertario contestava questa ricostruzione ritenendo più corretto nel caso concreto, al massimo, parlare di servitù e non di limitazione convenzionale, essenzialmente perché una qualificazione di questo tipo avrebbe ripugnato all'ordinamento coevo alla sentenza, il quale non avrebbe ammesso la costituzione di una figura riconducibile alla categoria dell'onere reale¹²⁶. Probabilmente la spiegazione più opportuna, non volendosi ammettere l'esistenza della categoria nel diritto civile

¹²³) Cfr. L. FERRI, P. ZANELLI, *Della trascrizione*, in «Commentario del Codice civile», cit., VI, Bologna-Roma, 1995, p. 154 ss.

¹²⁴) Indubbiamente tra i fattori che più avevano inciso sull'orientamento di cui si è detto, vi era la troppo rigida applicazione del principio '*servitus in faciendo consistere nequit*', che ritenuto valido per la servitù, estendeva i propri effetti a tutti i diritti reali. Tale atteggiamento si spiegava solo con una eccessiva preoccupazione per la difesa dei principi dell'assolutezza e della pienezza della proprietà (COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 232).

¹²⁵) Cass. 21 Marzo 1927, in «Rivista di diritto commerciale», II, 1927, p. 621 ss., con nota di E. ALBERTARIO, *Servitù e obbligazione*, e in «Foro italiano», 1928, I, c. 40 ss., con nota di L. BARASSI, *La clausola che impone all'acquirente di erigere un determinato tipo di edifici*.

¹²⁶) ALBERTARIO, *Servitù e obbligazione*, cit., p. 627. Ma neppure la costituzione della servitù sarebbe stata possibile: infatti l'Autore sottolineava come, nonostante il dettato dell'art. 616 «Codice Civile italiano» 1865, ampliare il novero delle servitù avrebbe costituito una seria minaccia all'assolutezza e alla pienezza del diritto di proprietà. La categoria degli *oneri realia* allora, considerata quale degenerazione medievale dei principi romani, avrebbe tanto ripugnato al diritto moderno che la Corte più che qualificare in questi termini la natura del patto, avrebbe dovuto considerare la figura come una sorta di moderna *servitus altius non tollendi* (ALBERTARIO, *Servitù e obbligazione*, cit., p. 627). Comunque per la non chiara spiegazione della Corte si vedano i punti evidenziati da BARASSI, *La clausola che impone all'acquirente di erigere un determinato tipo di edifici*, cit., c. 43. Sempre in relazione alla problematica configurazione delle limitazioni al diritto di proprietà, non molto recentemente la Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata con la sentenza 11.684 del 2000 che, accanto ad ulteriori delucidazioni in merito alle caratteristiche dell'onere reale, ha specificato che tramite regolamento condominiale è possibile imporre pesi a carico di singole unità immobiliari e a vantaggio di altre, integrando tale ipotesi la fattispecie della servitù reciproca. Al contrario, quando si impongono pesi che si risolvono in un comportamento positivo a carico del proprietario di un immobile a favore del *dominus* di un altro, a dire della Suprema Corte, tale peso appartiene alla categoria dell'onere reale. Infine, l'ultima ipotesi presa in considerazione ha riguardato la possibilità di limitare, sempre con regolamento condominiale, la facoltà di esercizio del diritto spettante al proprietario: in quest'ultimo caso si rientrerebbe nell'ipotesi di *obligatio propter rem*. Nel medesimo filone della sentenza citata si inserirebbe una precedente sentenza della Suprema Corte – n. 11.688 del 1999 – che, in relazione all'ipotesi di un regolamento avente ad oggetto la proprietà lottizzata e le parti comuni costituenti un «villaggio», ha ritenuto corretto, una volta che tali clausole siano state contrattualmente accettate dai proprietari, qualificare i rapporti da esse nascenti alla stregua di servitù reciproche, con tutti i caratteri propri del diritto reale. Recentemente la Corte, con sentenza 17.493 del 2014, ha affrontato il problema relativo alla opponibilità dei vincoli nascenti da regolamento contrattuale e costituenti servitù reciproche: in questi termini è stato ricordato come *ex art. 2659, 1° c., n. 2, cod. civ.* (su cui cfr. FERRI, ZANELLI, *Della trascrizione*, cit., p. 386 ss.) si richiede di indicare, all'atto della trascrizione, il titolo in relazione al quale si richiede quest'ultima e la data dello stesso: tale disposizione, secondo l'indicazione della Corte, va letta congiuntamente all'art. 2655 *cod. civ.*, che dispone che la trascrizione non sia inficiata dalla inesatta od omessa indicazione di quanto necessario ai fini in esame, solo se, però, ciò non indica incertezza sulle persone, sui beni o sul rapporto giuridico a cui la trascrizione si riferisce.

moderno, si doveva rinvenire nelle esigenze, di natura pratica, relative al più razionale sfruttamento della proprietà privata a fini edilizi¹²⁷. Si dovrebbe poi riflettere, a questo proposito, su un secondo elemento relativo alla disciplina che tali figure ricevevano, la quale era del tutto simile a quella della servitù, sebbene esse non partecipassero alla medesima categoria¹²⁸.

Conviene infine segnalare come, se da un lato è vero che della categoria degli oneri reali non si occupi la disciplina del Codice civile, né del 1865 né del 1942, dall'altro è pur vero che le leggi speciali (l. 251 del 1933, art. 21) avevano esplicitamente ammesso la qualifica di onere reale per il contributo alle spese di bonifica¹²⁹. Non pare perciò del tutto peregrina la qualifica di onere reale che la Corte aveva dato al patto oggetto di controversia, e infatti anche in questo caso, come in quello relativo alla bonifica integrale, la ragione di una tale limitazione si sarebbe potuta agevolmente rinvenire nel più razionale sfruttamento della proprietà immobiliare¹³⁰.

Il caso prospettato a titolo esemplificativo, mostra dunque l'atteggiamento largheggiante delle corti nell'ammettere vincoli riconducibili alla categoria dell'onere reale¹³¹. Ciò, si è detto, fino al 1951, poiché da quel momento in poi, si stabilì che anche per gli oneri reali (e le obbligazioni *propter rem*), rimanesse valido il principio del *numerus clausus*¹³², ritenendo però che ben altra estensione dovesse avere il tipo della servitù reciproca, ammettendo al contempo la qualificazione di servitù, per tutte quelle limitazioni reciproche e per i vincoli di natura edilizia, qualora imposti per l'utilità oggettiva dei fondi¹³³.

Da quanto detto fino ad ora è possibile trarre qualche conclusione di rilievo. In primo luogo pare corretta la notazione di quella dottrina la quale, sulla scorta dell'abbondante elaborazione sul tema, ritiene che quest'ultima mantenga, quale presupposto di partenza, l'esistenza stessa della categoria¹³⁴. La questione però deve essere affrontata con più cautela dovendosi segnalare che il diverso orientamento della giurisprudenza aveva svelato un preoccupante vuoto nel Codice civile del 1942.

I maggiori problemi si rinvenivano proprio con riferimento alla serie di rapporti aventi ad oggetto il complesso delle relazioni di vicinato, con riguardo in particolare al novero delle esigenze urbanistiche legate al razionale sfruttamento della proprietà immobiliare¹³⁵. Ed è fonte di ulteriore interesse il fatto che tutta questa congerie di rapporti difficilmente sarebbe potuta rientrare nella ristretta categoria della servitù¹³⁶. Occorre poi considerare se, oltre all'orientamento della giurisprudenza, sia possibile ritrovare una disciplina per gli oneri reali di più antica costituzione, differente ri-

¹²⁷) Evidentemente riconoscere la natura giuridica di tali vincoli, ed ancor più ammetterne la liceità, avrebbe certamente risposto all'esigenza di attenuare le remore allo sfruttamento innovativo della proprietà immobiliare.

¹²⁸) COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 233.

¹²⁹) Sebbene nella traduzione della disposizione speciale (art. 21) nell'art. 860 *cod. civ.* la qualifica di onere reale si sia persa.

¹³⁰) Considerando che proprio la bonifica integrale (a cui si riferisce l'onere reale della contribuzione alle spese ex art. 860 *cod. civ.*), risultava essere un limite (od onere) imposto alla proprietà fondiaria (DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 186).

¹³¹) Cfr. a questo proposito: Cass. 6 Novembre 1928, in «Foro italiano», 1929, I, c. 1 ss., con nota di A. BUTERA, *Sulla regola di diritto 'servitus in faciendo consistere nequit'*.

¹³²) Da questo atteggiamento discendeva che l'applicazione generica di queste figure, tramite mezzi convenzionali, non sarebbe più stata possibile, nemmeno se di tali convenzioni si fosse legittimamente effettuata la trascrizione (COMPONENTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 233).

¹³³) COMPONENTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 234. L'Autore concorda con l'orientamento più aderente al principio del *numerus clausus* e della tipicità degli oneri reali.

¹³⁴) COMPONENTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 235.

¹³⁵) GANDOLFI, *'Onere reale'*, cit., p. 143. L'osservazione è interessante, specialmente perché a questo proposito può richiamarsi l'emblematica sentenza della Cassazione risalente al 1927 di cui si è detto. In quella sede, anche se sotto la vigenza del primo Codice, si evidenziavano appunto tali esigenze, che avevano spinto la giurisprudenza ad ammettere la possibilità che anche pattiziamente si stabilissero oneri che, *fundi nomine*, avrebbero vincolato, quando debitamente trascritti, anche gli aventi causa a titolo particolare.

¹³⁶) Ciò in buona sostanza perché la possibilità di ammettere oneri di contenuto positivo si scontrava con la massima *'servitus in faciendo consistere nequit'*, che al fine di assicurare la più totale pienezza al diritto di proprietà, si era ritenuta applicabile ad ogni diritto reale (COMPONENTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 232).

spetto a quella prevista per quelli costituiti secondo la normativa vigente. Il dubbio si poneva, e ad oggi continua a porsi, considerando l'art. 29 comma 1° *disp. trans.* «Codice Civile italiano» 1865, il quale prevedeva che i rapporti riconducibili alla categoria dell'onere reale, sorti e disciplinati da leggi precedenti, continuassero ad essere regolati dalle medesime norme¹³⁷.

Ora, il problema è capire cosa sia accaduto con l'entrata in vigore del Codice civile attuale, se cioè la disciplina prevista dall'art. 29 comma 1° *disp. trans.* continui ad avere vigenza. E' intuibile che la questione si riconnette direttamente a quella poco sopra accennata, relativa all'esigenza di un ripensamento della stessa esistenza della categoria nel diritto civile odierno. Ammettere che la disciplina di cui all'articolo in parola sia ancora vigente, vuol dire implicitamente ammettere che un tale «revirement» non potrebbe che incontrare un ostacolo insormontabile nella stessa lettera della legge¹³⁸.

La risposta a questo interrogativo può essere individuata nel principio della «continuità storica del diritto», in virtù del quale una certa normazione seguita a produrre i propri effetti finché non sopraggiunga una disposizione con essa incompatibile. Il principio è applicabile al caso concreto, e ciò perché in buona sostanza, pur essendo entrato in vigore il nuovo Codice civile, le disposizioni transitorie del Codice abrogato non hanno perso la propria validità, non essendo venuti meno alcuni dei rapporti a cui esse si riferiscono. A questo proposito si consideri che la Cassazione stessa ha rilevato e confermato questo fondamentale orientamento¹³⁹.

Ciò detto, pur volendo trascurare tale dato, si dovrà comunque rilevare l'impossibilità di desumere dallo stesso impianto del Codice vigente una tacita abrogazione dell'art. 29 comma 1° *disp. trans.*¹⁴⁰. Così è possibile, in buona sostanza, ritenere che le uniche figure contemplate siano il contributo per la bonifica integrale e il tributo per proventi fondiari¹⁴¹. Alla luce di queste considerazioni però, un ripensamento totale circa l'effettiva sussistenza della categoria deve essere respinto nelle sue conseguenze più radicali¹⁴². Che su un piano del tutto teorico di ripensamento si sia in differenti modi parlato, è altrettanto vero, ciò facendo in virtù di un presupposto ben noto: l'inconciliabilità del contenuto positivo dell'onere con il principio '*servitus in faciendo consistere nequit*'¹⁴³.

Volendo estendere questo dogma alla totalità dei diritti reali, si sarebbe dovuta necessariamente rilevare l'inammissibilità, in generale, del diritto reale *in faciendo*¹⁴⁴. Inoltre a favore di questa ricostruzione, si è sostenuto che gli elementi propri della categoria, non sarebbero stati facilmente individuabili e dunque passibili di una distinzione dalle altre fattispecie¹⁴⁵. D'altra parte però, nemmeno deve accettarsi integralmente ogni conclusione di questa teoria¹⁴⁶. Anzi, figure di tal genere esistono, e inoltre, come la dottrina ha sostenuto¹⁴⁷, il legislatore stesso si è riservato la possibilità di imporre prestazioni personali o patrimoniali in virtù dell'art. 23 della Costituzione, in una tendenza

¹³⁷) GANDOLFI, 'Onere reale', cit., p. 144.

¹³⁸) Naturalmente questo discorso non nega l'applicazione delle norme relative alla soppressione di particolari oneri o alla possibilità di affrancamento (ad esempio l'art. 1869 *cod. civ.*).

¹³⁹) Cass. 2 Aprile 1960, n. 751, in «Giustizia civile», 1960, I, p. 1392. La sentenza qui richiamata aveva ad oggetto il problema relativo ai censi costituiti da leggi anteriori. La Cassazione aveva in questo caso esplicitamente affermato che, non essendo prevista una disciplina specifica nel nuovo Codice, essi sarebbero stati regolati dalle disposizioni transitorie emanate in concomitanza con l'entrata in vigore del Codice civile del 1865.

¹⁴⁰) GANDOLFI, 'Onere reale', cit., p. 145.

¹⁴¹) GANDOLFI, 'Onere reale', cit., p. 146.

¹⁴²) E pare quasi contraddittorio sostenere da un lato una tesi revisionista, per poi affermare, dall'altro, che in realtà tali figure, seppure derivanti da antichi rapporti e passibili di affrancamento, vengano ancora ammesse e continuino per questa via ad esistere (COMPORTE, *Diritti reali in generale*, cit., p. 236).

¹⁴³) Specialmente in relazione all'estensione del principio oltre la sua naturale sede, avendolo ritenuto applicabile ad ogni diritto reale. In quest'ultimo caso, la costituzione di una prestazione positiva è ammessa solo qualora essa abbia carattere accessorio rispetto alla servitù. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 706, al contrario propende per una inconciliabilità totale.

¹⁴⁴) Così, COMPORTE, *Diritti reali in generale*, cit., p. 237.

¹⁴⁵) COMPORTE, *Diritti reali in generale*, cit., p. 237.

¹⁴⁶) Come si è posto in luce nel discorso fatto, è anzi del tutto vero che diversi casi di oneri reali devono ancora ritenersi del tutto ammessi.

¹⁴⁷) COMPORTE, *Diritti reali in generale*, cit., p. 238.

che vuole riaffermarne la necessità in funzione dell'utilità sociale. Non sembra poi del tutto fuori luogo far notare che l'art. 1030 *cod. civ.* rubricato «Prestazioni accessorie», sembra per certi versi contraddire il principio su ricordato¹⁴⁸. Più che soffermarsi sull'interpretazione dell'articolo in parola, conviene che lo si riguardi in riferimento ad un caso invero assai interessante: quello della servitù costituita *amoenitatis causa*¹⁴⁹. La fattispecie è oltre tutto particolarmente adatta a chiarire la portata dell'utilità come limite alla possibilità di costituire una servitù *in faciendo*.

L'art. 1030 *cod. civ.* consente e ammette che il proprietario del fondo servente sia tenuto a compiere attività *in faciendo*, qualora previsto dal titolo costitutivo o dalla legge, al fine di rendere possibile l'esercizio della servitù.

In quest'ottica si inserisce la più specifica questione relativa alla natura di tali attività (*rectius* prestazioni). E' necessario ricordare, infatti, come anche in riferimento al caso specifico accennato, cioè alla servitù costituita *amoenitatis causa*, la dottrina abbia sostenuto che la prestazione oggetto della servitù, ossia quella volta ad imporre all'attuale proprietario del fondo servente e ai successivi di piantare e successivamente mantenere e sostituire una data quantità di alberi, dovesse considerarsi *obligatio propter rem*¹⁵⁰. Però, a ben vedere, in questa fattispecie non vi sarebbe potuto essere alcun *facere* senza il contemporaneo *pati*, elemento necessario, quest'ultimo, al fine di poter configurare una servitù costituita *amoenitatis causa*: senza *pati* non si sarebbe potuta avere alcuna utilità per il fondo dominante¹⁵¹.

E infatti, essendo la servitù è costituita *amoenitatis causa*, la permanenza degli alberi in condizioni da rendere il fondo più ameno si configura come necessaria all'esistenza della servitù stessa. Il problema è stabilire se la prestazione positiva che costituisce il contenuto della servitù sia del pari necessaria o debba più correttamente considerarsi accessoria, se, cioè, il contenuto della servitù si sostanzia comunque nel tradizionale ed ammesso *pati*, oppure nell'innovativo e avversato *facere*.

Ora, se il contenuto della servitù si sostanzia nell'impiantare e mantenere un determinato quantitativo di alberi sul fondo, risulta evidente che il *facere* non può costituire una *obligatio propter rem*, ossia un obbligo accessorio al *pati* in cui invece si sostanzierebbe la servitù. Qualora si volesse adottare tale ricostruzione, occorrerebbe in primo luogo scomporre la servitù in due parti separate ma necessarie l'una all'altra: la parte propriamente reale (il *pati* tradizionale) e una parte accessoria a quest'ultima, che parteciperebbe tanto della natura reale quanto di quella obbligatoria (l'*obligatio propter rem*). Tuttavia tale operazione è inverosimile. Se l'oggetto della servitù si sostanzia nell'imporre al proprietario attuale e ai futuri di impiantare e mantenere in condizioni idonee da servire allo scopo un certo numero di arbusti, tutti comportamenti che si risolvono in un *facere*, allora si dovrebbero qualificare come accessorie delle prestazioni che, invece, costituirebbero il contenuto (*rectius* l'oggetto) della servitù.

L'operazione, in altri termini, consentirebbe di salvare un principio per altro verso non applicato nel caso concreto. E' la stessa previsione dell'art. 1030 *cod. civ.*, infatti, che permette di derogare al principio '*servitus in faciendo consistere nequit*' qualora lo permettano il titolo o la legge. A ben vedere il comportamento positivo si risolverebbe, rendendolo possibile, nel *pati*, ossia nel sopportare che sul fondo servente insistano detti arbusti. Quest'ultima proposta ricostruttiva fu autorevolmente sostenuta dal Messineo, il quale, pur ammettendo che normalmente il contenuto della servitù

¹⁴⁸) In argomento si vedano G. GROSSO, *Alberature e servitù 'amoenitatis causa'*, in «Rivista di diritto civile», I, 1963, p. 99 ss., F. MESSINEO, *Intorno a una figura di servitù da costituire 'amoenitatis causa'*, ivi, I, 1963, p. 109 ss., G. BRANCA, *Delle servitù prediali*, in «Commentario del codice civile», cit., V, Bologna-Roma, 1967, p. 54 ss., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 652 ss., R. TRIOLA, *Le servitù*, in «Il Codice civile» (Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli), Milano, 2008, p. 69 ss.

¹⁴⁹) V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Servitù 'amoenitatis causa' e miglioramento paesistico*, in «Rivista di diritto civile», I, 1963, p. 90 ss.

¹⁵⁰) GROSSO, *Alberature e servitù 'amoenitatis causa'*, cit., p. 103, con specifico riguardo al caso qui analizzato; BRANCA, *Delle servitù prediali*, cit., p. 61 ss., BIANCA, *La proprietà*, cit., p. 653, e TRIOLA, *Le servitù*, cit., p. 72 ss.

¹⁵¹) SIMONCELLI SCIALOJA, *Servitù 'amoenitatis causa' e miglioramento paesistico*, cit., p. 96.

si sarebbe sostanziato in un *patis*, richiamandosi naturalmente all'art. 1027 *cod. civ.* (infatti, secondo la disposizione normativa richiamata, la servitù è un «peso» imposto sul fondo)¹⁵², qualora le prestazioni *in faciendo* avessero reso possibile l'esercizio della servitù, esse, non più autonome, avrebbero costituito un dovere «parte del complesso contenuto della servitù»¹⁵³.

Ciò detto rimane da specificare in che senso il caso prospettato varrebbe a chiarire il riferimento all'*utilitas* in funzione di limite all'ammissibilità di tali figure. Si è sostenuto che il *facere* in cui si sostanzia il contenuto della servitù è volto a dare attuazione a quest'ultima, che, a sua volta, è costituita *amoenitatis causa*. Di conseguenza, la prestazione positiva a carico del proprietario del fondo servente non può sostanziarsi in comportamenti che oltrepassino la reale utilità che la servitù dovrebbe arrecare al titolare del diritto. In altri termini, quando l'utilità non sia più diretta ad accrescere il godimento del fondo dominante, ma sia a esclusivo beneficio del titolare, allora la prestazione positiva smetterà di essere ammissibile.

9. Volendo concludere il discorso, conviene riprendere e sottolineare brevemente i punti salienti di quanto detto. Considerata la questione nel diritto romano, si è potuto constatare come, al di fuori del diritto pubblico, in cui l'esistenza di pesi gravanti sui fondi è accettata, l'opinione di coloro che avrebbero voluto decisamente negare l'esistenza di figure riconducibili a quella dell'onere reale nel diritto privato, dovrebbe quanto meno essere riconsiderata alla luce di D. 39.3.2.4 (Paul. 49 *ed.*) e di D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *Sab.*). Partendo da questo dato, non è però possibile negare che il più grande sviluppo della categoria si sia avuto con l'affermarsi del diritto germanico, sebbene esso avesse trovato un terreno fertile su cui agire¹⁵⁴.

E' stato anche possibile apprezzare, da un punto di vista comparatistico, l'orientamento dei modelli francese e tedesco in merito alla figura qui considerata. Nel primo caso le spinte derivanti dal sentimento antif feudale, avrebbero portato, dopo una evoluzione non priva di impulsi contrari, alla formulazione degli attuali artt. 529 e 530 del «Code Civil des Français». Il processo abolitivo aveva trovato il proprio fondamento principale nella necessità di dare sviluppo al diritto di proprietà troppo spesso compresso dai diritti di natura feudale, i quali si ponevano oltre tutto in contrasto con i canoni di uguaglianza proposti dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.

Nel secondo caso, riferibile alla legislazione di area tedesca, il processo abolitivo non aveva trovato uno sviluppo tale da provocare una totale erosione della figura. Il «BGB.» accoglie e disciplina infatti dal § 1105 la figura del «Reallast», la quale in buona sostanza si caratterizza di tutti gli elementi propri della categoria. Va poi precisato che il Codice tiene ben distinta la servitù dall'onere reale, disciplinando quest'ultimo nell'«Abschnitt 6», affermando espressamente la natura reale dello stesso.

In riferimento all'esperienza italiana, va detto che le figure sviluppate dalle mutate esigenze dell'economia feudale e quelle nate nel diritto canonico in alcuni casi rimasero vive nell'ordinamento post-unitario, tanto da costringere il legislatore del Codice Civile italiano del 1865, a prevedere nelle disposizioni transitorie l'art. 29 comma 1°, il quale deve ritenersi, per il principio di «continuità storica del diritto» ancora vigente. Tale ultima circostanza, da un punto di vista strettamente teorico,

¹⁵²) MESSINEO, *Intorno a una figura di servitù da costituire 'amoenitatis causa'*, cit., p. 112.

¹⁵³) MESSINEO, *Intorno a una figura di servitù da costituire 'amoenitatis causa'*, cit., p. 112. A questo riguardo uno dei corollari evidenziato da MESSINEO, *Intorno a una figura di servitù da costituire 'amoenitatis causa'*, cit., p. 113, e relativo ad una possibile identificazione di tali prestazioni con obbligazioni *propter rem*, si sostanzia nell'esigenza di dover individuare il lato passivo della servitù in base alla posizione del soggetto nel rapporto obbligatorio. Una seconda conseguenza, di cui si è già detto, verte sulla ovvia scomposizione del diritto reale in due tronconi, uno propriamente tale e l'altro di natura obbligatoria.

¹⁵⁴) E' naturale che la categoria avrebbe trovato uno sviluppo estremamente pronunciato in conseguenza dell'affermazione di tutti quei rapporti rientranti nel novero delle prestazioni feudali. Ma ciò testimonia, come pare evidente, una degenerazione dell'originario concetto di proprietà romana, certamente facilitato dalla «Gewere» germanica e dalle esigenze dell'economia curtense.

costituisce un notevole ostacolo alla dottrina che vorrebbe negare l'esistenza di simili figure nell'ordinamento attuale. Non solo esse continuano ad esistere, ed in virtù dell'art. 29 comma 1° *disp. trans.* «Codice Civile italiano» 1865 continuano ad essere disciplinate dalle leggi che le costituirono, ma il Codice civile del 1942 accoglie, all'art. 860 *cod. civ.*, l'onere reale consistente nella contribuzione alle spese per la bonifica integrale, estendendo questa disciplina alle figure previste dagli artt. 850 e 921 comma 2° *cod. civ.*

Si è poi avuto modo di vedere come l'elemento dell'*utilitas* valga a tracciare un limite alla possibilità di estendere il contenuto positivo della servitù, e a questo proposito è stata presa in considerazione un'applicazione particolare, ma non anomala, dell'art. 1030 *cod. civ.* consistente nella servitù costituita *amoenitatis causa*. E' stato infine tracciato un quadro degli orientamenti giurisprudenziali in materia. Fino al 1951 le Corti avevano optato per l'ammissibilità di figure che in concreto si sostanziano in oneri reali, e ciò per ragioni riconducibili, da un lato al più razionale sfruttamento della proprietà e dall'altro al fine di rispondere alle esigenze derivanti dai rapporti di vicinanza. Da un punto di vista teorico, successivamente al 1951, le corti, mutando indirizzo, avevano dato una più coerente risposta alle esigenze di tutela della pienezza e dell'assolutezza del diritto di proprietà, caratteristiche queste ultime che mal si conciliavano con l'atteggiamento largheggiante fino a quel momento tenuto.

Da quanto detto, appare allora evidente che gli atteggiamenti estremi della dottrina, per un verso volti a negare totalmente l'esistenza di tali figure nel diritto romano, per l'altro inclini ad affermare il carattere insitico dei frammenti che attestano l'esistenza di pesi riconducibili alla categoria degli oneri reali, debbano essere, se non respinti, quanto meno riconsiderati.