

R. Università di Napoli
Corso Ufficiale di Diritto Romano - Anno 1912-13

IV. - parte II.

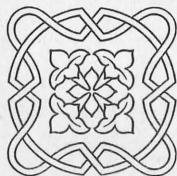


SERVITÙ

LEZIONI

DEL

Prof. CARLO FADDA



NAPOLI

Lorenzo Alvano, LIBRAIO-EDITORE
Via Università, 26—S. Marcellino, 1
1913

I.

Bibliografia.

§ 1.

La letteratura in tema di servitù è per il diritto romano assai ricca: gli è per ciò che dobbiamo contentarci di indicazioni molto sommarie e limitate alle opere più importanti sia dal punto di vista storico che dal dogmatico.

Quanto agli antichi, non sarà mai abbastanza raccomandata la lettura della Glossa e delle opere dei postglossatori. Quella è — qui come sempre — di capitale importanza per l'esegesi delle fonti e in una alle dottrine dei postglossatori costituisce l'indispensabile preparazione per la conoscenza del diritto moderno. Di opere speciali appartenenti al periodo intermedio meritano ricordo.

CAEPOLLA *de servitutibus praediorum rusticorum et urbanorum* (Coloniae 1666).

D'AVEZAN *servitutum liber* (in MEERMANN *Thesaurus* IV, p. 119-232);

RAMOS DEL MANZANO *Commentar. ad tit. Dig. de servitutibus* (*ibid.* VII, p. 43-69);

MERILLIUS *ad titulum Dig. de servitutibus comm.* (OTTO *Thes.* III, p. 634-656);

La prevalenza del metodo esegetico in questi studi è troppo nota. Ma sotto questo profilo non sarà mai a sufficienza raccomandata la consultazione dell'impareggiabile maestro dell'esegesi, il CUIACIO, che anche su questa materia ha sparso a piene mani il tesoro della sua sapienza nell'esame de' singoli passi

delle fonti. Ma d'altra parte bisogna dare tutto il suo pregio alla precisa esposizione sistematica del DONELLO (*Comment. iur. civ.*), della quale uno scrittore della prima metà del secolo XIX non ha esitato a dire, che è quanto di meglio si fosse fatto fino a quel punto.

La letteratura moderna, a canto a scritti di dubbia o di mediocre portata, ci presenta lavori di alto valore, e che hanno conservato molta importanza anche dopo la recente rivoluzione nel metodo dei nostri studi. Secondo la corrente che ha prevalso fino a questi ultimi tempi, si usò radunare nei trattati generali i diritti personali di godimento (usufrutto, uso, abitazione) colle servitù propriamente dette, distinguendo nel concetto generale di servitù le così dette servitù personali dalle prediali. Così nel LUDEN, *La dottrina delle servitù* (die Lehre von den Servituten) [Gotha 1837], libro che si propone il compito di un'esposizione complessiva aliena dalle minute discussioni e che del resto in generale non si eleva al disopra della mediocrità. Così ancora nello HOFFMANN, *La dottrina delle servitù secondo il diritto romano* (die Lehre von den Servituten nach röm. R.) [I vol. Darmstadt 1838, II vol. 1843]. Questo scrittore nega ogni valore scientifico al precedente lavoro del LUDEN e, come già osservammo, non si può in ciò dargli torto. Egli si propone di derivare tutta la disciplina delle servitù dal concetto fondamentale di una proprietà del fondo dominante allargata per opera della servitù, ritenendo che, direttamente o indirettamente, ne dipendano tutte le caratteristiche di questa. La sua esposizione delle servitù prediali si diffonde specialmente su tali caratteristiche, mentre procede spedita riguardo ai singoli tipi. Il libro non manca di pregi e contiene osservazioni che possono attualmente essere sfruttate.

Ma si tiene a gran pezza superiore la completa trattazione dell'ELVERS *die römische Servitutenlehre* (la dottrina romana delle servitù) [Marburgo 1856], che, anche dopo i nuovi studi, rappresenta un'opera scientifica di capitale importanza. Ad essa si può senza esagerazione attribuire la revisione di tutta la teorica delle ser-

vitù e dei diritti reali di godimento e l'inizio di una ricerca che ha condotta a fruttuosi risultati sia dal punto di vista storico, che da quello dommatico ed esegetico.

Vengono dopo P'ELVERS — e non solo per ragione di tempo — un lavoro dello HEDEMANN *acquisto e tutela delle servitù secondo il diritto romano* (Erwerb und Schutz der Servituten) [Berlino 1864] e un trattato generale dello SCHOENEMANN *La Servitù* (die Servituten) [Lipsia 1866].

Dei libri di carattere generale merita particolare menzione il GLUECK, che nel vol. X del suo noto *Commentario* ci dà una diffusa trattazione delle servitù prediali. La traduzione italiana è del BRUGI ed è arricchita di note ed appendici preziose per la conoscenza di tutta la materia sotto ogni profilo. Essa si contiene nel vol. VIII della collezione. E come sempre vanno consultati i trattati del VANGEROW, del WINDSCHEID (trad. it. di Fadda e Bensa), e del DERNBURG (trad. ital. del Cicala).

Della letteratura francese e belga si può rammentare il libro del MOLITOR *la possession, la revind., la publicienne et les servitudes* (Parigi 1874), tradotto anche in italiano e fra i trattati generali quelli del MAYNZ e del GIRARD (trad. Longo).

Ricchissima è la letteratura italiana sul nostro argomento. Vi è una vera profusione di studi d'indole storica, dommatica ed esegetica. È merito indiscutibile del BRUGI di avere per primo aperto la via con risultati di segnalata importanza, e dopo di lui vanno rammentati lo SCIALOJA, il PEROZZI, il LONGO, il PAMPALONI, il FERRINI, che con pregevoli studi hanno preso in esame i singoli punti della non facile teorica. Una completa rassegna si può trovare nella nota bibliografica premessa dal BRUGI alla sua traduzione del GLUECK. Noi indicheremo questi scritti nella trattazione delle varie parti del corso. Debbono poi consultarsi i nostri pregiati lavori d'indole generale come le *Istituzioni* del BONFANTE e del PEROZZI, le *Pandette* del nostro compianto FERRINI e il *Corso di dir. romano* del PACCHIONI (vol. II).

II.

Le fonti.

§ 2.

Nei libri *ad Sabinum*, che rispecchiano le dottrine dello *ius civile*, l'esposizione delle servitù è relegata nell'ultima parte, che sarebbe il libro terzo dell'opera di Sabino (1). De' tre massimi commentari a Sabino quello di Ulpiano non ci permette di confermare o negare questa affermazione, perchè i passi, che in esso si riferiscono alle servitù, appartengono alla trattazione delle *leges mancipationis* (2). Il commentario di Paolo e quello di Pomponio invece sonodecisivi in proposito. Il primo ci presenta l'ordine seguente, a stregua della ricostruzione del LENEL (3).

lib. XIV de acquirendo rerum dominio;

lib. XV de possessione et usucapione;

de donationibus;

de servitutibus

de aqua et aqua pluvia arcenda

de fluminibus publicis

de postliminio.

Il comento di Pomponio ci dà lo stesso risultato (4).

lib. XXXI de rei vindicatione;

« XXXII de possessione et usucapione;

« XXXIII de donationibus;

de servitutibus;

(1) Cfr. KRUEGER *St. delle fonti* 2^a ed. § 21 p. 164 sgg.; BREMER *Iurisprud. antehadrian.* II. 1 p. 547 sgg.

(2) LENEL *Paling.* II. 1116 sg. Però a p. 1053 n.° 2536 LENEL sospetta che Ulpiano, nel libro XVIII dopo esaurita la trattazione del legato di usufrutto, abbia trattato *de servitute legata*.

(3) PALING. I p. 1287 sgg.

(4) LENEL II p. 139 sgg.

lib. XXXIV de aqua et aqua pluvia arcenda;
de fluminibus publicis;

« XXXIV de fiducia

« XXXV (?) de postliminio.

Nei comentari all'editto, per contro, la collocazione è assai diversa. Essi naturalmente ne debbono parlare a proposito delle formule edittali relative alle azioni. E di queste l'editto trattava come complemento della *vindicatio rei*, premesse le formule delle azioni, in cui l'usufrutto era affermato o negato (1). I diversi comentari o libri ordinati secondo l'editto confermano quest'ordine. Ulpiano, dopo avere nel libro XVI esposto quanto si riferisce alla *vindicatio rei* e alla *Publiciana*, continuando nel principio del libro XVII a parlare di queste due azioni e di quelle relative all'*ager vectigalis* e al *praedium stipendiarium*, subito dopo tratta dell'usufrutto in relazione al titolo *si usus fructus petatur* e poi delle servitù alla rubrica *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*.

Analogamente Paolo nel Libro XXI discorre della rivendica e della *publiciana*, dell'usufrutto e delle servitù. E così Gaio (*ad edictum provinciale*) nel libro VII, Pomponio nei suoi *libri ad edictum* (2) ed infine Giuliano nel libro VII dei suoi *Digesta*.

Va qui rilevata una singolarità. Ha osservato infatti il LENEL (3), che l'editto, mentre a questo punto prospetta le formule delle azioni relative alle servitù rustiche ed urbane, tace sulla formula concernente la servitù di acquedotto, della quale si occupa, invece, in connessione all'*actio aquae pluviae arcendae*.

Dei libri di giuristi classici a noi conservati integralmente o quasi si deve menzionare in prima linea Gaio, il quale nelle sue Istituzioni parla degli *iura praediorum*, sia nel dar ragione della categoria delle *res incorporales* (II. 14), fra le quali pone *hereditas*, *usufructus*, *obligatio*, soggiungendo che *eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum*, sia quanto all'enumerazione

(1) Cfr. su tutto ciò LENEL *Edictum* 3^a ed. § 73 p. 186 sgg.

(2) LEN. 86-99.

(3) *Ed. perp.* §§ 73, 176, p. 186 sgg. 360 sg.

delle *res mancipi* (II. 17) e al loro modo di acquisto in paragone all'usufrutto (II. 29 sg.). — Paolo nelle sue *Sententiae* ha un titolo speciale *de servitutibus* (I. 17) incuneato fra due giudizi divisori: tra l'*actio finium regundorum* e lo *iudicium familiae herciscundae*. Ulpiano nelle sue *regulae* non ne tratta di proposito.

Occorre infine indicare quale collocazione abbia avuto il nostro istituto nelle varie parti della collezione giustiniana. Le Istituzioni prendono le mosse dalla distinzione fra cose corporali ed incorporali (II. 2) modellata sul citato passo di Gaio e al relativo titolo fanno seguire due rubriche: *de servitutibus*, (II. 3) e *de usufructu* (II.4). La trattazione delle servitù sarebbe stata, secondo il FERRINI (1), tolta ad Ulpiano, quella *de usufructu* a Gaio. Il Digesto fa precedere la trattazione dell'usufrutto e nel libro VIII espone tutta la dottrina delle servitù, dividendola come appresso.

- VIII. 1. de servitutibus ;
2. de servitutibus praediorum urbanorum ;
3. de servitutibus praediorum rusticorum ;
4. communia praediorum am urbanorum quam rusticorum ;
5. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur ;
6. quemadmodum servitutes amittuntur.

Nel codice, subito dopo il titolo *de rei vindicatione* (III. 32), viene quello *de usufructus et habitatione et ministerio servorum* (III. 33) e poi l'altro: *de servitutibus et aqua*. La quale rubrica è stata adottata dal LENEL a sostegno della congettura, or ora rammentata, di una trattazione edittale della servitù di acquedotto separata da quella delle altre servitù.

III.

Concetto e origine storica delle servitù.

§ 3.

La servitù propriamente detta si presenta con questa caratteristica di un assoggettamento di un fondo ad un altro fondo.

(1) *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* 2ª ed. p. 53 sg.

Riserbandoci di indicare più partitamente la terminologia delle fonti relativa all'uno e all'altro fondo, rammentiamo qui subito che mentre nelle fonti giustiniane è quasi senz'eccezione l'uso dell'espressione *servitus* per designare questo rapporto tra fondo e fondo, espressione che del resto i bizantini hanno posto a significare un concetto più generale, che comprende anche l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e le *operae servorum*, e quindi le cosiddette servitù personali, Gaio, colla sua maniera di esprimersi, mostra all'evidenza come quella parola sia stata preceduta da una locuzione più generica, nella quale più tosto che il lato passivo, quello cioè dello asservimento, viene posto in rilievo quello attivo, ossia, della signoria: la locuzione *iura praediorum*. Infatti nel § 14 del libro II delle sue Istituzioni egli pone in prima linea questa locuzione, e se pure la lacuna del passo non consente una affermazione recisa sul seguito del discorso, gli elementi tratti dal confronto coll'epitome gaiano, col Digesto e colle Istituzioni giustiniane hanno persuaso gli editori in generale ad ammettere, che il riassunto delle varie figure di servitù si chiudesse coll'affermazione: « haec iura praediorum urbanorum et rusticorum servitutes vocantur » (1). Anche altrove egli parla di *ius eundi agendi* etc. e di *similia iura* (II. 31 cfr. IV. 3). Ad ogni modo è certo che anche Gaio qualifica per *servitus* il rapporto in questione (II. 17), ma appunto in guisa da confermare che non si tratta della terminologia originaria. La quale invece troviamo sicuramente in ripetuti passi di Cicerone, come ad es. nella oratio *pro Caecina* (26.74): « *iura aquarum itinerumque* ». Così che è oramai pacificamente ritenuto che la espressione *servitus* sia più recente, sebbene non sia contestabile che espressioni analoghe si trovino anche in Cicerone: come *praedia serva e servire* (*de lege agr.* III. 2.9; *de orat.* I.39; *de off.* III. 16. 67). Il che prova che l'idea di assoggettamento è insita al concetto di servitù, anche quando questo era designato tecnicamente col termine ge-

(1) Cfr. nella 4ª ed. di KRUEGER e STUEMUND nota p. 47 e v. da ultimo KNIEP ad h. l. p. 4 e 123.

nerale suaccennato (1). Non è però da tacere, che se l'idea di assoggettamento trova la sua espressione così caratteristica nel *servire*, essa, benchè non con tecnica costanza, si appalesa anche a proposito di altri diritti reali speciali, e viene pure in questione a proposito di rapporti inerenti alla speciale posizione in cui si trovano certi fondi. È innegabile che ogni diritto reale su cosa altrui si presenta coll'impronta di una limitazione della proprietà di questa cosa. I diritti reali speciali, sia che abbiano per oggetto l'uso o il godimento di una cosa, sia che mirino a servirsi di questa come garanzia, si presentano sempre come restrizioni della proprietà, la quale è libera quando ad essi non sia soggetta, ed è gravata, in maggiore o minor misura, quando essi invece la colpiscono. Sotto questo profilo è servitù l'usufrutto, come lo sono la superficie, l'enfiteusi, il pegno. E appunto le fonti non mancano di qualche traccia, la quale denota l'influenza dell'idea di assoggettamento anche fuor dell'ambito della servitù. Così nel fr. 86 § 4 *de leg. I* [30] (Iulianus l. 34 *digestorum*) troviamo qualificata servitù la figura della superficie.

Valet legatum, si superficies legata sit ei, cuius in solo fuerit, licet is dominus soli sit: nam consequetur, ut hac servitute liberetur et superficiem lucrifaciet.

Il caso è semplice. Il titolare di un diritto di superficie lo lega al proprietario del suolo, su cui cade quel diritto, e che ha quindi sul suo suolo l'edificio (o la piantagione) appartenente ad altra persona, al testatore. Il legato è valido, afferma Giuliano, e il suo vantaggio è duplice, perchè da un canto libera il suolo da quel diritto altrui, dall'altro attribuisce al proprietario del suolo l'edificio (o la piantagione). Ed ecco dunque che il modo generale di estinzione dei diritti reali speciali, la confusione, fa venire meno la ragione di superficie, e che questa estinzione si qualifica come liberazione da tale servitù, comprendendo sotto

(1) Il KARLOWA *Storia del dir. rom.* II. p. 495 vuole che solo *servitus* sia stato il termine tecnico comune adoperato da' Romani per le quattro figure antichissime delle servitù rustiche. Secondo lui *iura praediorum* non è una denominazione.

questa categoria generale un diritto che i Romani non hanno mai scambiato colla vera e propria servitù.

§ 4.

Non meno interessante è per la terminologia delle fonti il fr. 1 § 22 del titolo *de aqua et aquae pluviae arcendae* 39.3 (Ulpianus l. 53 *ad edictum*).

... si vicinus opus tollat et sublato eo aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat, Labeo existimat aquae pluviae arcendae agi non posse: semper enim hanc esse servitutum inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant.

L'acqua, che decorre dal fondo superiore, è fermata da una costruzione fatta nello stesso fondo: ma al proprietario conviene di abbattere quest'opera, rimettendo così il fondo nel pristino suo stato naturale. Ora l'acqua non più infrenata scende nel fondo inferiore e lo danneggia. Avvisa Labeone, che non possa in tal caso il proprietario di questo fondo agire coll'*actio aquae pluviae arcendae*, perchè i fondi inferiori sono soggetti alla servitù di ricevere l'acqua che naturalmente scorre dai fondi superiori. Il concetto del giureconsulto è evidente: solo di quel danno può dolersi il proprietario del fondo inferiore, che dipende dal fatto di chi è al possesso del fondo superiore. Ma il distruggere un'opera, che di fatto impediva il deflusso dell'acqua, non è già provocare artificialmente il deflusso, perchè con tale distruzione non si fa che rimettere il fondo nel suo stato naturale e tale stato assoggetta appunto a quell'onere. Ma tale onere è qualificato *servitus*, benchè qui si sia le mille miglia lontani dalla servitù, come da quella di qualunque diritto reale speciale. La nostra legge moderna parla qui di servitù legale derivante dalla situazione de' luoghi (art. 536 cod. civ. e la relativa rubrica), ma questa denominazione, che pur tanto è criticata nella legge moderna, non si attaglia al concetto Romano. Qui è *iure proprietatis*, non per una particolare servitù, che il proprietario del fondo superiore ha diritto di imporre all'inferiore

che riceva l'acqua naturalmente defluente. Ma in sostanza, per quanto ciò dipenda dalla naturale posizione de' fondi, vi è un assoggettamento dell'uno all'altro. Ed è questa idea dell'assoggettamento che anche qui viene a galla.

Tutto ciò conferma che, per quanto l'idea di assoggettamento si trovi in tutte le figure, per cui non solo una proprietà deve subire un potere per parte di chi non ne è il titolare, ma in cui essendovi quel potere manca un corrispondente diritto autonomo, tuttavia essa ha assunto un particolare carattere ed una speciale figura in quel rapporto, per cui un fondo è tenuto a sopportare un'estranea ingerenza a pro di un'altro fondo. Ed è lecito congetturare, che l'idea dell'asservimento abbia avuto quella denominazione, per così dire antonomastica, a cagione della precedenza di questo rapporto sopra ogni altra figura e che tale priorità abbia fatto sì che, una volta incorporata l'idea in quella figura e fornita questa di quella denominazione, sia questa rimasta propria ed esclusiva anche dopo il sorgere di altre figure di assoggettamento della proprietà.

§ 5.

Come la servitù dell'uomo è la privazione di quella *naturalis facultas* che è la *libertas*, così la servitù del fondo è la limitazione di quella pienezza di facoltà che spettano al proprietario del fondo. Il fondo in questo stato di pieno godimento delle facoltà spettanti al proprietario è libero ed è *optimus maximus*, *optimo iure*. Cicerone (*de lege agr.* 3.2.9.): « *Optimo iure sunt profecto praedia, quae optima condicione sunt. Libera meliore iure sunt quam serva* ». Dal che deduce l'oratore che la dichiarazione proposta in una legge che attribuisce i fondi ai possessori *ut quae privata optimo iure sunt*, avrebbe liberato dalle servitù i fondi: « *capite hoc, omnia quae serviebant, non servient* ». Ed è interessante il notare come Cicerone, volendo mostrare gli assurdi della legge proposta con tale formula, osservasse, che, poichè il fondo vincolato per garanzia è in condizione giuridica inferiore a quello non vinco-

lato, e i fondi immuni da prestazioni reali sono superiori a quelli che tali non sono, con quella formola si sarebbero liberati i fondi vincolati in garanzia (*subsignata*) e quelli gravati di prestazioni non lo sarebbero più stati, tra cui uno di Cicerone: « *ego... Rulli lege non penderem* ». Come si vede il vincolo pignoratizio o quello di prestazioni reali non rendevano servo il fondo, sebbene per essi questo non fosse più *optimo iure*. Il che mostra come solo la servitù nel concetto di Cicerone toglieva la libertà dei *praedia* che diventano *serva*, non gli altri vincoli ed oneri, di cui sopra.

Certo è però che nel linguaggio giuridico romano vi è una clausola, che pare fosse assai frequente nelle vendite immobiliari: *uti optimus maximus est fundus, uti optimae maximaeque sunt aedes* (1). Ugualmente questa formola s'interpretava nel senso, che con essa si promettesse la piena libertà del fondo, l'esenzione di esso da servitù, ma non mancava un'interpretazione più larga, per cui s'intendeva promessa anche l'esistenza di servitù attive a favore del fondo (2). Ma la prima interpretazione prevalse per opera di A. Mucio (3).

§ 6.

Che le prime figure di servitù sieno le quattro notissime *iter, actus, via, aquaeductus*, è cosa su cui non si può avere dubbio alcuno. Basterebbe ad attestarlo la circostanza, che solo quelle quattro vengono annoverate fra le *res mancipi*, che rappresentano gli elementi dell'antichissimo patrimonio romano (4). Ma è assai incerto il modo con cui sorsero e si presentarono originariamente queste figure primitive. Che abbiano preceduto la pro-

(1) Cfr. la *emptio domus* in BRUNS-MOMMSEN-GRADENWITZ 7^a ed. *Fontes* I 331 e la *formula Baetica* ib. 334

(2) Cfr. su tutto ciò FADDA *Studii e quistioni di diritto* I p. 446 sg.

(3) Cfr. fr. 21.2.75.

(4) Ma non è questo solo elemento che documenta la priorità. Anche la tutela speciale per via di appositi interdetti e l'applicazione degli interdetti generali alle altre servitù, documentano la posteriorità di queste.

prietà (tanto se questa si consideri come diritto politico di un gruppo, quanto se la si voglia prevalentemente privata) non pare possibile sostenerlo sopra tutto per quell'idea essenziale di assoggettamento e menomazione della libertà del fondo. Lo stesso SCHÖNEMANN (1), che afferma la precedenza della servitù alla proprietà lo fa in un senso tutto suo, che non è per ciò meno infondato.

Infatti egli assume che il godimento primitivo del suolo non è stato completo ed assoluto, ma limitato ai bisogni di popoli dediti alla pastorizia, e quindi che la servitù di pascolo sia la prima figura storica, con carattere però personale, che diventò prediale solo in appresso, ma sempre indipendentemente dall'essere il fondo servente in proprietà di qualcuno. Il godimento limitato de' popoli pastori se non dà luogo alla proprietà nel senso posteriore, non dà luogo neppure ad un diritto, che è speciale solo quando sia contrapposto al dominio come rapporto universale (2). Il godimento a scopo di pascolo tanto poco asservisce il fondo su cui non si ha l'idea di proprietà, quanto lo asservisce la proprietà quando essa sorge. Il dominio dell'uomo sulle cose non è assoggettamento anormale, ma destinazione necessaria: assoggettamento vi è solo a vantaggio di un terzo. Tutto ciò senza pure tener conto della indiscutibile priorità delle quattro servitù surricordate, alle quali certamente sarebbe stata associata, comprendendola nelle *res mancipi*, anche la servitù di pascolo (e quella di abbeveraggio) se questa avesse avuto contemporanea o precedente esistenza, trattandosi appunto di un diritto prezioso per le popolazioni nei periodi primitivi. La servitù di pascolo non sorse in quelle epoche appunto perchè i pascoli comuni provvedevano ai bisogni della pastorizia. È bensì vero che la servitù si possa avere, come mostreremo, anche sulle *res nul-*

(1) *Le servitù* (die Servituten) p. 18 sg.

(2) Giustamente osserva il COSTA *St. del dir. rom. priv.* p. 251 nota 1, che lo SCHÖNEMANN è traviato dalla confusione che egli fa tra la facoltà di pascolo, che è la prima limitata ed imperfetta esplicazione del dominio, e la tarda *servitus pascendi*.

lius, ma come stato transeunte, perchè la servitù presuppone i fondi nella loro condizione normale di proprietà.

§ 7.

Altra opinione più autorevolmente sostenuta è che la servitù sia coeva alla formazione ed alla disciplina della proprietà. Essa risale agli antichi (1), ma ha avuto sostenitori anche fra i moderni (2). Si vuole che nella partizione primitiva delle terre, come nelle posteriori *limitationes*, fossero le singole quote distribuite con reciproche relazioni di diritti ed oneri e sopra tutto si fa assegnamento sul fr. 39. 3. 1, 23 e sopra alcuni passi degli agrimensori (3) per la dimostrazione di questa contemporanea distribuzione di proprietà e di diritti ed oneri sovresse. Mentre altri, e fra essi in prima linea il BRUGI, in ripetute occasioni (4) hanno sostenuto che la figura vera e propria della *servitus* sia posteriore alla *limitatio* e in genere al riconoscimento del diritto di proprietà. Il concetto del BRUGI è che tutto quanto rappresenta una necessità per il fondo sia stato disposto, attribuito e disciplinato dalla legge. La servitù prediale, dovuta al negozio giuridico, rappresenterebbe invece quei servigi che accrescono il vantaggio e l'utilità del fondo dominante. E questo concetto dogmatico egli si industria a rafforzare coll'indagine storica sulle origini delle prime figure di servitù, ossia degli *iura itinerum et aquarum*. Non vi sarebbe stato bisogno di provvedere di strade d'accesso l'antico fondo per via di accordi fra privati in quanto a quella necessità era già provveduto dall'ordinamento giuridico. Il fondo limitato aveva appunto nei *fines* e nei *limites*, che

(1) Tale opinione traspare già in CUIACIO, nel D'AVEZAN e in altri. Cfr. LUSIGNANI *Le origini delle servitù prediali in dir. rom.* p. 227 (Studi e documenti di st. e di dir. XIX); BRUGI *su Glueck* p. 20.

(2) Cfr. ZACHARIAE v. LINGENTHAL *Sulla distinzione fra « Servitutes rusticae » e « urbanae »* (1844) p. 17; BOECKING *Pand.* II p. 277. A torto il COSTA attribuisce tale opinione al KARLOWA, che invece la confuta.

(3) Siculo Flacco *de cond. agr.* in *Gromatici* p. 157. 11 sqq.

(4) V. da ultimo le note al GLUECK p. 20 sgg.

Dir. rom. IV p. 2^a. — C. FADDA, *Servitù*.

lo circondavano e che erano parte coordinata dell'intero sistema di viabilità costituito nella primitiva ripartizione de' terreni per opera degli agrimensori, il mezzo per provvedere completamente al bisogno della comunicazione con le vie pubbliche. Il confine, dice il BRUGI, individualizza il fondo, i limiti chiudono la centuria e tutta la colonia (rispettivamente una zona di suolo diviso) è legata da una fitta rete di sentieri di confine congiunti coi limiti massimi. Ma anche per il suolo non limitato, per l'*ager arcefinius*, indipendentemente da ogni servitù, vi sarebbe stato il passo coattivo, come apparirebbe anche dal passo di Siculo Flacco (146.14): « ad omnes agros semper iter liberum esse debet. « nam aliquando deficientibus vicinalibus viis per agros alienos « iter praestatur, quidam etiam conveniunt uti servitutem praestent his agris ad quos necesse habent transmittere per suum ». Anche la *servitus aquaeductus* sarebbe sorta per il vantaggio non per la necessità dei fondi, perchè a questa avrebbero provveduto le norme sulla ripartizione delle grandi masse di acqua pubblica, sulle fosse di confine, sul regolamento dell'acqua piovana, sulla appartenenza della sorgente al fondo (*portio agri est aqua viva*). E dopo queste figure tipiche delle antiche servitù rustiche, anche le urbane avrebbero corrisposto allo stesso concetto fondamentale, poichè la casa tipica antica, isolata, non aveva bisogno di prestazione di servizio dal vicino, avendo libero l'accesso, la luce, l'esito dell'acqua piovana. E quando le case furono addossate l'una all'altra, al bisogno dell'esito dell'acqua era provvisto normalmente colla costruzione dei tetti inclinati allo interno e le regole della comunione disciplinavano la parete divisoria. Anche qui dunque non la vera necessità, sibbene il maggior vantaggio del fondo dominante avrebbe ispirato la figura della servitù.

§ 8.

La conclusione a cui giunge il BRUGI è quella che già trovasi nello JHERING (1) e che ha avuto l'adesione anche dallo SCIA-

(1) *Sp. del d. rom.* 5^a ed. II. 1 p. 228 sgg., ma specialmente p. 231.

LOJA (1), e, cioè, che la servitù prediale altro non sia stata se se non un regolamento convenzionale dei rapporti di vicinanza già disciplinati dal diritto. Il BRUGI in tutti i molteplici suoi lavori ha sopra tutto cercato di mostrare la verità di questa congettura in relazione alla primordiale servitù di passaggio. Le tre figure di queste — *iter, actus, via* — sarebbero sorte sotto forma di scorciatoie per abbreviare il cammino, come apparirebbe da accenni nella Parafraresi attribuita a Teofilo (III. 2) e nel così detto *Epitome exactis regibus* e dai residui tuttora visibili in qualche agro colonico, nonchè dalle denominazioni stesse delle tre figure, che sarebbero state tolte alla terminologia della vicinanza legale, così come la *servitus aquaeductus* avrebbe preso nome dagli *aquaeductus* pubblici. Una conferma della derivazione della servitù dalle modificazioni del regime della vicinanza si avrebbe nei passi delle fonti, che mostrano come l'*actio aquae pluviae arcendae*, ossia, il mezzo a tutela del rapporto di vicinanza derivante dal corso naturale delle acque, si modifica o cessa a seconda delle servitù che disciplinano il corso dell'acqua piovana.

A rinforzare questa congettura vengono le considerazioni fatte dallo SCIALOJA, il quale si richiama all'analogia di altri diritti, soprattutto del greco; alla legislazione decemvirale, che conosce solo servitù legali; alla posizione delle servitù nei libri edittali e sabiniani e alla facile spiegazione che tale congettura dà delle norme proprie delle servitù.

Uno studio apposito sull'origine delle servitù si deve al professore LUSIGNANI (2). Il quale sostiene, che la precedente congettura non si possa accogliere perchè l'antichissimo diritto romano non avrebbe tollerato la figura della servitù legale, dato il concetto rigidamente autonomo ed assoluto della proprietà quiritaria; nè quindi si sarebbe potuto modificare convenzionalmente quel che legalmente non esisteva. A suo avviso bisogna

(1) *L'orazione di Demostene contro Callicle* (Atti della R. Accademia di Torino) p. 11; *Bullett. dell'Ist. di D. R.* p. 177 sgg.

(2) *Studi e documenti di storia e di diritto* p. 209 sg.

porre in relazione il *mentor* della *limitatio* coll' *arbiter* del giudizio *familiae eriscundae*. Questo giudizio fu lo strumento con cui, in una alle assegnazioni *viritanae* nel diritto pubblico, si venne battendo in breccia l'antico concetto della proprietà territoriale familiare, residuo dell'antico carattere politico del gruppo. E l'*arbiter* avrebbe in questo giudizio il significato di giudice che si reca sul luogo e che dall'osservazione dello stato presente de' luoghi trae appunto norma per regolare i rapporti fra i condividenti. Come il *mentor* nella sua partizione manteneva nella stessa condizione quei passaggi e quelli acquedotti che servivano ai bisogni del fondo da assegnare, così l'*arbiter* nel giudizio divisorio imponeva una *lex* per cui erano conservati alla loro destinazione i sentieri, i canali, le fosse, che per lo innanzi provvedevano per l'economia del fondo, a modo che ciascuno de' condividenti, ricevendo la sua parte di terra, conservava per diritto quei mezzi che già per lo innanzi rendevano possibile la coltivazione di questa, ma li conservava appunto non come persona e a suo personale vantaggio, ma a pro della sua terra, e alla sua volta doveva tollerare che la sua parte fosse soggetta alle stesse limitazioni a favore degli altri condividenti. Onde l'inerenza reale attiva e passiva che è propria delle servitù.

§ 9.

È molto nota un'idea del VOIGT (1) sull'origine della servitù in Roma. La primitiva figura non sarebbe stata quella di uno *ius in re aliena*, di un diritto speciale in contrapposto al diritto generale di proprietà; ma precisamente un dominio sulla cosa che era oggetto del servizio prestato al fondo, e quindi sulla striscia di terreno destinata al passaggio, sul *rivus*, sull'*aqua*. Non vi sarebbe quindi stata una speciale azione per la servitù, sibbene

(1) *Sulla consistenza e sull'evoluzione storica delle servitù e delle azioni di servitù* (ueber den Bestand und die hist. Entwicklung der Servituten etc.). — Atti dell'Accademia di Lipsia 1874.

avrebbe avuto luogo l'ordinaria *rei vindicatio* colla relativa formula del *meum esse aio ex jure Quiritium* nell'*actio sacramenti in rem*. Per spiegare il passaggio da questo stato d'identità col dominio, nella figura generale della *manus*, alla figura speciale del diritto classico il VOIGT fa ricorso al diverso contenuto delle nuove servitù, sia rustiche che urbane, le quali non potevano coincidere col diritto amplissimo del proprietario e all'influenza esercitata dalla introduzione del diritto di usufrutto. L'idea di un assoggettamento parziale si sarebbe fatta strada e alla sua formazione giuridica avrebbe contribuito la figura tradizionale della servitù dell'uomo. Allora solo si sarebbe potuto parlare di un'azione, non già rivolta al *meum esse*, ma allo *ius mihi esse immissum, protectum... habere*. Ciò sarebbe stato impossibile nelle *legis actiones*.

L'ELVERS (1) distingue fra gli *agri limitati* e gli *arcefinii*. Dopo che la *limitatio* aveva provveduto a quel che era il bisogno urgente del fondo, e cioè, la comunicazione colla via pubblica e l'acqua, sarebbe intervenuto l'accordo de' possessori delle singole quote per reciproche facilitazioni, le quali avrebbero avuto in origine carattere precario o di semplice rapporto obbligatorio. Come si vede, per quanto si riferisce a questa specie di terreni, il concetto di ELVERS è quello su cui si sono poi modellati il BRUGI, e gli altri, di cui ora fu cenno: anch'egli ritiene che non si tratti di creare un accesso al fondo, ma di assicurare a questo, accanto al passaggio esistente, una via più comoda e più spiccia. Quel rapporto precario ed obbligatorio acquistava nella realtà effettuale la parvenza di una servitù data la stabilità del possesso fondiario, per cui l'avente diritto e il vincolato erano normalmente successori universali dei primi fondatori del rapporto; parvenza che si sarebbe trovato opportuno di tradurre in realtà vera quando fu possibile ed usuale l'alienazione della quota assegnata. Quando fu consentita la divisione delle quote sorse una nuova ragione per la costituzione di servitù a prò di quelle parti che più non

(1) Op. cit. p. 2 sgg.

erano confinanti col *finis* o col *limes*. E sarebbe sorta non più colla figura di semplice precario, che avrebbe potuto mettere in pericolo lo sfruttamento della parte nell'avvenire, sibbene con quella del vero e proprio diritto reale. La cosa sarebbe stata diversa quanto agli *agri arcefinii* aperti alla occupazione, in quei modi che noi ignoriamo. Se un cittadino avesse scelto quei terreni che meglio promettevano al coltivatore, ma che erano situati a modo da dover passare attraverso spazi non occupati per la loro minore fertilità o per altre ragioni, egli non avrebbe potuto lasciare al caso la possibilità di questo passaggio di fronte a susseguenti occupatori di quelli spazi, ma avrebbe dovuto assicurarselo a modo che non sorgessero ostacoli da parte di nessuno, epperò nella forma di un diritto di servitù.

Recentissima, e come sempre geniale, è la congettura esposta dal PEROZZI nei suoi *Problemi d'origini* (1). Le prime servitù, le rustiche, sarebbero state originariamente dei diritti d'uso del proprio territorio, che una gente avrebbe accordato ad un'altra vincolandosi come gente e non nella sola persona del *pater gentis*. La gente — soggiunge il PEROZZI — col suo territorio, che teneva in proprietà-sovrantà collettiva, formava uno Stato; ed il diritto restava così permanentemente collegato attivamente e passivamente ad essa, come alla corporazione sovrana del territorio. Quando le famiglie vennero formandosi dallo sfacelo della gens, quei diritti continuarono ad essere costituiti col loro carattere primitivo, ed essi non si riannodavano alla persona, ma alla sovranità territoriale, che poi si mutò in proprietà economica. Con l'ipotesi intergentilizia si spiegherebbe l'inerenza reale attiva e passiva; la qualifica di servitù, che non avrebbe ragion d'essere ove si fosse trattato solo d'interdipendenze economiche, ma che è giustificata quando si tratti di diminuzione di sovranità territoriale e quindi di vero asservimento di territorio gentilizio ad altro territorio; la successione fra le figure *iter*, *actus via*, *aquaeductus*, non potendosi spiegare come le prime servitù

(1) Estratto dagli *Studi in onore di V. Scialoia*.

sieno quelle di passaggio, mentre il fondo limitato non ne aveva normalmente bisogno, e tanto meno la precedenza dell'*iter* presso che inutile all'agricoltura, e quella dell'*actus*, mentre questo può servire non solo all'agricoltura, ma anche ad altri scopi. I territori gentilizi, chiusi in linea di diritto agli stranieri, si aprivano per concessione precaria a fine di permettere la comunicazione con altre genti, e poi la concessione prese consistenza giuridica. Si cominciò colla più ristretta diminuzione di sovranità, consistente nel permettere il passaggio a piedi ai gentili d'altro gruppo, quasi a simiglianza dei tardi usi civici. Colla maggiore intimità fra le genti si sarebbe giunti all'*actus*, dal quale apparirebbe che si fosse provveduto per la prima volta ad un bisogno di comunicazione corrispondente alla vita dei campi. Infine sarebbe venuta la *via*, che si potrebbe spiegare solo colla facoltà concessa ad una gente di passare armata (*rectam hastam ferre*) sul territorio di altra gente e di trainare pietre e travi per opere di difesa e di attacco. In quanto all'*aquaeductus* congettura il PEROZZI che non abbia avuto origine nei bisogni dell'agricoltura, ma che servisse per provvedere acqua potabile alla gente che ne mancava, proprio come il vero e tipico *aquaeductus* pubblico. Le servitù urbane, per contro, si esplicano nell'ambito della stessa gens, suppongono la coabitazione nello stesso territorio e il servizio reso da casa a casa.

§ 10.

Senza indugiare in una minuta discussione su tutte e singole queste congetture, mi limiterò a brevi osservazioni, che tendono a chiarire volta a volta l'attendibilità o meno dei vari profili tentati, fermandomi sopra tutto su quanto ha importanza sostanziale.

Premetto che non divido del tutto il criterio direttivo che si vuole porre come guida in questa ricerca e, cioè, che la spiegazione congetturale debba servire a dare ragione di tutti gli elementi sostanziali e di tutte le regole della figura classica della

servitus. Allora soltanto, dice il PEROZZI, la teorica ha pregio ed utilità per la scienza. Non basterebbe indicare quel che precedette le servitù e che, più o meno bene, provvedeva agli scopi cui queste servirono, perchè vi sarebbe sempre una maggiore o minore soluzione di continuità fra l'istituto precedente e il successivo, nè si scorgerebbe la derivazione. Ciò, se preso troppo alla lettera, condurrebbe a pretendere che la figura della servitù non abbia patito una qualunque evoluzione negli elementi suoi sostanziali. Se la servitù ha provveduto ad un bisogno (prendiamo per ora la parola in senso molto largo, che comprende anche l'utilità), occorre pur vedere se a tale bisogno l'ordinamento giuridico sovvenne fin da principio colla forma tipica della servitù e in caso affermativo dare ragione del passaggio dall'una all'altra forma, cercando il nesso causale. Di solito non accade che la figura sorga con contorni definiti e tanto meno recisi. È solo colla successiva evoluzione che la figura prende mano a mano il suo assetto. Pur che noi riesciamo a rendere verosimile il trapasso da uno ad un altro tipo o da uno ad un altro stadio del tipo, si può rimanere soddisfatti. E a riprova di quanto noi siamo venuti osservando in linea generale può valere qualche considerazione sulla congettura stessa del PEROZZI.

§ 11.

Infatti non sembrami possibile che proprio colla congettura sua si possa riescire a documentare l'inerenza reale attiva e passiva propria delle servitù. Indubbiamente lo stato originario delle varie *gentes*, come del resto fu poi delle varie *civitates*, è quello di ostilità, nel prisco senso latino della parola. Ogni rapporto intergentilizio è fondato su patti rivestiti delle solennità proprie del diritto feziale. Il trattato dura finchè dura lo stato di pace e cade collo stato di guerra. Date le idee di queste genti è impossibile che esse considerassero come perpetuo, o per lo meno duraturo, questo asservimento dell'una all'altra. E data l'uguaglianza fra le varie genti, confermata dalla solenne pat-

tuizione — *foedus aequum* — anche lo stato di asservimento si presenta strano. S'intende una concessione graziosa, non già un vincolo che pone le due parti in una condizione tanto disparata. Lo stesso PEROZZI non disconosce, che il vincolo si riferisce alla gente come tale e solo perchè la gente è la corporazione sovrana del territorio, la servitù, che le è permanentemente collegata dal lato attivo e passivo, viene a colpire il territorio stesso. Ma dal vincolo della gente al vincolo del territorio il salto logico è enorme. Si è chiesto il PEROZZI se la cessione, volontaria o meno, del territorio fa passare l'onere alla nuova gente? Ed ecco che se fosse vera la congettura del PEROZZI si avrebbe una figura originaria in cui manca proprio l'inerenza reale, che pure è la caratteristica delle servitù nel periodo classico.

E poichè abbiamo cominciato a discorrere dell'ipotesi del PEROZZI valgano qui poche altre osservazioni a giustificare il nostro dissenso. Noi troviamo assai dubbia la congettura sulla *mancipatio* come modo di alienazione intergentilizio. In mezzo alla selva selvaggia delle tante ipotesi su questo antichissimo modo di alienazione è assai azzardata l'affermazione recisa (1) che sia un'idea storta il riferimento originario della *mancipatio* alle sole cose mobili. Ad ogni modo, pure ammettendo che essa fosse in origine relativa anche agli immobili e che dovesse proprio compiersi sovr'essi (2), resta sempre a spiegare come questo modo di traslazione si potesse applicare anche originariamente alle servitù, *res incorporales*. Tengasi pur presente il simbolismo antico (3), ma è lecito chiedere come qui questo simbolismo possa esplicarsi. Capisco la *mancipatio* sul fondo quando si tratti di alienarlo e capisco il simbolo posteriore della zolla che il fondo rappresenti: ma, se non si fa capo alla ipotesi del VOIGT, com'è possibile simboleggiare quel voluto stato di asservimento di ter-

(1) BONFANTE, *Ist.* pag. 258 nota 1.

(2) PEROZZI, *Ist.* I p. 403 nota 3.

(3) BONFANTE l. c. Sappiamo bene che si suole affermare l'applicabilità iniziale della *mancipatio* alle *res incorporales*, ma è da chiedere se proprio nel periodo gentilizio si possa parlare di tale categoria di cose.

ritorio a territorio? Se la servitù si riconduca a un periodo posteriore alla così detta legge decemvirale, quando la *mancipatio* non era più che una forma solenne artificialmente applicata fuor della sua cerchia nativa, questa difficoltà cade. Come cadono tante altre difficoltà che mal si conciliano colle condizioni primitive. Che l'asservimento del territorio abbia dato la caratteristica alla servitù si deve consentire: ma non occorre per ciò risalire fino alla preistoria, ai territori sovrani politicamente. Basta tener presente il fondo romano, colla sua forma ben determinata dalla *limitatio* e il suo carattere di *optimus maximus*, per intendere come ogni diminuzione di questa autonomia — sia pure ricordo dell'antica sovranità — dovesse considerarsi come un vero asservimento. Le specifiche congetture del PEROZZI sulle varie figure di servitù trovano miglior considerazione nella esposizione della parte speciale.

§ 12.

La tesi del VOIGT si presenta largamente documentata, ma non ha trovato seguito. La confutazione ne è stata fatta sopra tutto dal BRUGI, non tutti gli argomenti del quale hanno eguale consistenza. Così ad esempio, non ci pare che ne abbia quello che il BRUGI chiama il primo e più potente argomento e che si fonda sopra un'osservazione dello HASSE. Si dice che sarebbe stato dannoso il concepire la servitù come un diritto su cosa propria, perchè ne sarebbe derivato un frastagliamento del terreno, in quanto queste strisce concesse ad altri per il passaggio avrebbero spezzato con sommo danno l'integrità reale ed economica del fondo altrui. L'assegnazione delle *possessiones* era fatta senza soluzioni di continuità e solo nei periodi più tardi si sarebbe verificato questo spezzettamento dei fondi. Credo che con ciò non si faccia giusta ragione al VOIGT, il quale, se fa capo ad un dominio del proprietario del fondo dominante sulla striscia destinata al passaggio, non toglie il dominio sulla stessa striscia al proprietario del fondo servente, e così giunge ad una specie di comproprietà,

nella quale non solo si evita quel frastagliamento nell'apparenza, ma anche nella sostanza, perchè in definitiva il contenuto del formale diritto di proprietà a favore di chi vuole il passaggio, non si estrinseca se non nel solo passaggio e il nome di proprietà (meglio, il nome generale di *manus*) è una conseguenza dell'unica potestà sotto cui si rivela il diritto del capo del gruppo. Vuol dire che la specializzazione, che ha scisso questo diritto unitario nelle varie figure posteriori: diritti sulla moglie, sui figli, sugli schiavi, sulle cose del patrimonio, avrà portato posteriormente a dare figura speciale anche alla servitù. Che se così è cadono anche altre osservazioni, come, ad esempio, la mancante spiegazione del trapasso attivo della facoltà di passaggio da un titolare ad un altro. Certo se la proprietà sulla striscia si fosse considerata come per sè stante non vi sarebbe ragione per il necessario suo appartenere al proprietario stesso del fondo, cui era destinato il servizio. Ma appunto la circostanza che vi era tale destinazione legava l'una all'altra proprietà e ne faceva un tutto economicamente inscindibile, che dava ragione del trapasso attivo a favore del proprietario del fondo dominante. Nè si può negare che alla rigida semplicità dell'*a. sacramenti in rem* mal potesse convenire la formula *ius mihi esse* o *ius tibi non esse*, che è propria delle servitù nel diritto classico. Invano si fa ricorso al fr. 43.27.2, nel quale Pomponio (l. 34 *ad Sabinum*) (1), afferma che ove un albero sia per forza del vento inclinato sul fondo tuo, « *ex lege duodecim tabularum de adimenda ea recte agere potes ius ei non esse ita arborem habere* ». Pongasi in relazione quest'affermazione di Pomponio con quella di Ulpiano (fr. 1 § 8 — l. 71 *ad edictum*) e si vedrà che l'azione fondata sulla così detta legge decemvirale non è altro se non una dipendenza del diritto di vicinanza, che ha con nuova disciplina rafforzato l'editto pretorio e non può avere sostanzialmente diversa carattere, nè quindi figura di *actio negatoria*. Ed è del resto inconcepibile come qualcuno abbia voluto osservare, che all'età più an-

(1) LENEL 33 (Pal. II p. 144 n° 784 n. 3).

tica non si può attribuire l'esattezza del concetto e dell'espressione, e che non sia lecito argomentare sovr' esse (1), quando proprio tali osservazioni provano che non si può fare a fidanza colle parole di Pomponio. Anche la possibilità di una *mancipatio servitutis*, addotta contro il VOIGT, non parmi sicura, per le ragioni che or ora ho indicato a proposito dell'ipotesi del PEROZZI. E se è vero che vi è un *legatum per vindicationem*, che abbia per oggetto la servitù (2), bisognerà col FERRINI trovarvi una conferma delle risultanze cui giunse il VOIGT, e non un ostacolo, come vuole il BRUGI. Tutto ciò prova come non si possa con troppa disinvoltura negare il concetto storico del VOIGT. Le argomentazioni del compianto romanista, per quanto lascino l'adito a gravi dubbî, come avviene sempre in questi problemi di origini, non mancano però di gravità.

§ 13.

Le congetture dell'ELVERS quanto agli *agri occupatorii* trovano meno favore che non quelle sugli *agri limitati*, che, come vedemmo, furono sostanzialmente accolte dai migliori e più recenti studiosi. Ma con tutto ciò non bisogna dare troppa importanza a certe osservazioni mosse contro quelle prime congetture. E così non sta che l'ELVERS dall'esercizio di una facoltà sopra un fondo *nullius* — come sarebbe la parte non ancora occupata dell'*ager arcefinius* — assurga immediatamente al concetto di servitù non appena l'occupazione sia avvenuta. Egli — per quanto forse la espressione non riesca troppo perspicua — ammette la figura della servitù ancor prima dell'occupazione. Certo è ad ogni modo che appunto la nostra ignoranza sulle modalità concrete dell'occupazione non ci consente giudizi troppo recisi al riguardo. Nè sarebbe, del resto, impossibile conciliare anche il supposto dell'ELVERS coll'ipotesi del VOIGT, congetturando

(1) LUSIGNANI, op. cit. p. 219, che si riferisce al PERNICE.

(2) FERRINI, *Legati* p. 2.

che la proprietà sulla striscia, che serviva originariamente al passaggio, abbia preso in seguito la figura speciale di servitù dopo l'occupazione.

Quanto alla ipotesi relativa agli *agri limitati*, svolta, rettificata e fornita di copiose argomentazioni nei lavori del BRUGI e dello SCIALOIA, essa ha per sè molta verisimiglianza. Le obiezioni ad essa rivolte dal LUSIGNANI non si presentano troppo consistenti. Che l'antico diritto romano non conoscesse servitù legali si può concedere. Ma al riguardo bisogna bene intendersi, perchè anche per diritto moderno, a malgrado della lettera della legge, si nega che si possa parlare di vere servitù legali. Ma tutto ciò non toglie che vi sia una disciplina giuridica de' rapporti di vicinanza, per cui i fondi sono soggetti a certe restrizioni a favore dei fondi vicini. E l'esistenza di una tale disciplina giuridica anche nella legislazione decenvirale non è seriamente contestabile. Or bene è la disciplina convenzionale di questi rapporti quella che si congetture abbia dato origine alle servitù prediali vere e proprie. Non si deve fare questione di nomi, sibbene guardare alla realtà. Che questo regime convenzionale abbia potuto originariamente creare semplici obbligazioni, può essere. Ma, come ho già osservato di sopra, non è questa una buona ragione per negare che questo rapporto di obbligazione abbia poscia assunto carattere reale. Io parlo in linea di semplice possibilità, perchè in un tema così oscuro, le affermazioni e le negazioni recise mostrano poca ponderatezza. Gli è perciò che, pur riconoscendo la grande verisimiglianza dell'ipotesi che fa risalire l'origine della servitù alla disciplina concreta dei rapporti di vicinanza, non oserei dichiararla qualche cosa di più che una ipotesi. E tanto meno accolgo il concetto fondamentale del BRUGI, secondo cui la *melior causa praediorum*, la *utilitas*, costituisce la ragion d'essere della servitù prediale, mentre la necessità sta a base della disciplina legale dei rapporti di vicinanza. A suo luogo darò ragione di questo mio avviso. Intanto però tengo a riconoscere che dal punto di vista storico il concetto dello IHERING, accettato dal BRUGI e dallo SCIALOIA, si presenta fornito di buoni argomenti. Il che

non esclude che anche la congettura del LUSIGNANI possa coesistere con quella ipotesi. In buona sostanza lo *iudicium familiae erciscundae* costituisce un regolamento speciale de' rapporti di vicinanza fra i condividenti ed è un regolamento in cui non manca l'elemento convenzionale, perchè convenzionale è l'essenza dell'antica procedura romana. L'*arbiter* eletto dalle parti determina appunto i reciproci rapporti tra i fondi ereditari. Non vi è dunque nulla di essenzialmente diverso in questa ipotesi. E per riunirla a quella del BRUGI basta una formula più comprensiva, la quale ponga da una parte la disciplina dei rapporti di vicinanza derivante dalla legge e quindi generale, e dall'altra la disciplina speciale fra due fondi per opera degli interessati. E io andrei ancor più in là. Non vi sarebbe, infatti, nulla di strano che nei primi tempi, in cui vi fu il bisogno di questa speciale disciplina, essa fosse presentata sotto l'aspetto indicato dal VOIGT e che quindi il servizio fosse reso sotto la parvenza di partecipazione alla proprietà del suolo su cui la servitù si veniva esercitando. Ma ripetiamolo, il terreno è qui assai malsicuro e non si può affermare nulla di preciso.

IV.

Particolare determinazione della servitù.

§ 14.

Per determinare il concetto della servitù secondo il diritto romano ci pare più opportuno, anzichè discutere preliminarmente i molti e sottili ragionamenti con cui si tenta la giustificazione delle varie costruzioni, procedere all'esame de' singoli punti fondamentali del nostro istituto e sulle risultanze cercare di fondare il concetto che più ci sembra probabile. Avremo così una base positiva sicura.

Come spesso abbiamo già rilevato, è essenziale per il concetto della servitù, che il servizio sia prestato da fondo a fondo. Ed

è essenziale tanto per la ragione economica e sociale, che sta a base del nostro istituto, ossia, l'ordinamento razionale della proprietà fondiaria, quanto per la costruzione giuridica. Le nostre fonti accentuano ad ogni occasione questo rapporto e basta per tutti rammentare il fr. 8.4.12: « fundus fundo servit ». Le moderne legislazioni accentuano ancor più recisamente tale rapporto. Così il codice Napoleone all'art. 637 definisce la servitù per « une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». E il nostro codice civile all'art. 531 non fa che tradurre tale definizione: « la servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un « fondo per l'uso e per l'utilità di un fondo appartenente ad un « altro proprietario ». E l'art. 616 dà facoltà a' proprietari di stabilire *sopra i loro fondi od a beneficio di essi* qualunque servitù, « purchè sia solamente imposta ad un fondo e a vantaggio di un altro fondo ».

§ 15.

Il fondo gravato si suole nelle nostre fonti indicare con espressioni, che, per quanto differenti, esprimono tutte l'idea dell'assoggettamento: *praedium quod servitutem debet, serviens, servum, aedes servae*. E noi abbiamo già visto analoga espressione in Cicerone (1). Nella scuola si suole comunemente parlare di *praedium dominans* per indicare il fondo, a cui favore la servitù è costituita: ma l'espressione non è delle fonti. Il nostro codice civile adopera come tecniche le espressioni *fondo dominante* e *fondo servente*, le quali, del resto, sono universalmente accettate nella scienza e rispondono a una secolare tradizione.

Il fondo servente è l'*oggetto* del diritto reale di servitù. Vi è chi sostiene (2) che il fondo servente sia *soggetto passivo* e che l'*oggetto* della servitù sia qualche cosa di diverso da questo fondo.

(1) V, sopra § 3 p. 11.

(2) Così, tra altri, BIANCHI Ferd. *Servitù legali*, n.º 39 p. 145 sg.

Ricercando il soggetto passivo si verrebbe a rispondere alla domanda *quis debeat*, mentre la ricerca dell'oggetto tenderebbe a determinare *quid debeat*. Posto il fondo come debitore della servitù, l'oggetto di questa sarebbe soltanto una funzione (positiva o negativa), un elemento particolare e determinato del fondo stesso. Si tratta però di sottigliezza, che nè colpisce il vero, nè risponde all'idea romana, per quanto quelle stesse espressioni delle fonti, che, come vedemmo, valgono a designare il fondo gravato, possano facilmente dar luogo all'equivoco. Se *omne ius hominum causa constitutum est*, come non vi è diritto che a favore dell'uomo, così non vi è obbligazione che in definitiva non vada a ricadere sull'uomo. La cosa è semplice strumento per cui l'uomo ha il diritto o soggiace ad un obbligo. In definitiva, per quanto lo scrittore, di cui combattiamo l'opinione, si affretti a sconfessare l'opinione che fa una persona giuridica del fondo dominante, finisce per configurare come tale il fondo servente. Si dimentica che nei diritti reali — e tale è certamente la servitù — l'uomo si trova in rapporto diretto colla cosa e che il parlare di *quis debeat* a proposito dei diritti reali è trasportare in questo campo la nozione della obbligazione. Nei diritti reali non vi è debitore: tutti debbono, in quanto sono tenuti a rispettare l'attività del titolare che esercita il suo diritto, sebbene vi sia nei diritti reali speciali, e quindi anche nella servitù, chi ha quell'obbligo in prima linea ed in una maniera tutta particolare, ossia, il proprietario della cosa su cui cade il diritto. Questo concetto di relatività proprio degli *iura in re aliena* è stato spesso trascurato dagli scrittori e noi abbiamo altra volta cercato di mostrare la necessità di tenerlo presente (1). Ma da ciò a fare del fondo servente, e per esso del suo proprietario, un debitore, è un abisso. Che non vi sia un'obbligazione del proprietario, non si può contestare, perchè egli può in qualunque momento rompere il legame colla cosa abbandonandola e sottrarsi così a quella speciale posizione in cui si trovava di fronte al proprietario del

(1) Note al WINDSCHEID, I p. 577 sg.

fondo dominante. Che non possa esservi obbligazione del fondo è evidente, perchè l'obbligazione vincola a una determinata prestazione e a nessuno può venire in mente di affermare che il fondo è capace di prestare, sia pure coll'astensione, perchè il contegno passivo può costituire prestazione quando si riferisca a cosa che potrebbe anche fare, ossia, negare la prestazione. Il *debere*, che spesso è nelle fonti applicato al fondo servente, costituisce semplicemente un'espressione figurata, che ha i suoi vantaggi pratici e che si spiega appunto per ciò che la prestazione del servizio esclude l'opera personale di chi è in rapporto col fondo servente. Il *quid debeat* non è l'oggetto, ma il contenuto della servitù, ossia, è il complesso di quelle facoltà che nell'interesse del fondo dominante si possono esplicitare a carico del fondo servente. In buona sostanza col ridurre queste facoltà ad oggetto della servitù, si ritorna, inconsapevolmente, al concetto di qualche scrittore, che vorrebbe definire la servitù come un dominio su cosa incorporale

È il fondo servente che per sè, colla sua sostanza, deve rendere il servizio utile al fondo dominante. Tutte le volte che interviene l'opera personale del proprietario esula il concetto della servitù prediale. Convien però non esagerare a questo proposito. A suo tempo mostreremo, che costituisce vero e proprio contenuto della *servitus oneris ferendi* l'obbligo di riparare la colonna o la parete, il quale in definitiva incombe al proprietario di questa. E riteniamo che per il diritto moderno abbia pure carattere reale l'obbligo delle riparazioni, che per contratto può essere imposto al proprietario del fondo servente in qualunque servitù (art. 641 cod. civ. it.). La questione va esaminata in relazione alla portata della nota massima: *servitus in faciendo consistere nequit*.

§ 18.

Il fondo servente dev'essere in commercio. La *res extra commercium* non tollera il diritto di servitù, come non tollera la proprietà e gli altri diritti reali. Ecco perchè noi troviamo esclusa

Dir. rom. IV p. 2^a. — C. FADDA, *Servitù*.

la possibilità di una servitù a carico delle *res sacrae* e delle *res religiosae*.

fr. 8.1.14,2. — Paulus l. 15 *ad Sabinum*.

Sacri et religiosi locus interventus, etiam itineris servitutum impedit, cum servitus per ea loca nulli deberi potest.

fr. 39.3.17,3. — Paulus l. 15 *ad Plantium*.

Sed loco sacro vel religioso vel sancto interveniente, quo fas non sit uti, nulla eorum servitus imponi poterit.

Come si vede i *loca sacra, religiosa, sancta*, ossia, *res divini iuris* e quindi fuori commercio, non possono essere oggetto di servitù di passaggio, perchè in genere non possono formare oggetto di servitù. Il caso contemplato nei passi è quello di un fondo di tal genere, interposto tra il fondo dominante e il punto cui si vuol giungere col passaggio.

La massima si applica tanto rigorosamente che per essa non solo si esclude quella qualunque servitù che gravi sul suolo, ma anche quelle altre che si riferiscano all'occupazione dello spazio sovrastante.

fr. 43.24.22,4. — Venuleius l. 2 *interdictorum*.

Si quis proiectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus qui recipiat humationem, sed etiam omne supra id coelum: eoque nomine etiam sepulchri violati agi posse.

Il luogo di sepoltura — *sepulchrum* — consta non soltanto del sito in cui è contenuto il cadavere, che lo rende religioso, ma ne fa parte integrante anche la colonna d'aria, lo spazio sovrastante (*coelum*), nè quindi è lecito di fabbricarvi o di immettervi cosa alcuna *etiam si ipsum monumentum non tangeret* (1). La qualità giuridica del suolo si estende così allo spazio sovrastante, che ne segue la sorte. La ragione è evidente: l'uso, cui la cosa è destinata, diverrebbe in sommo grado incerto se fosse lecita

(1) HESSE *rapporti giuridici di vicinato* (Nachbarrechtsverhältnisse), 2.^a ed., pag. 481.

l'invasione dello spazio sovrastante: e come la libera esplicazione del diritto di proprietà in genere esige — almeno fino a un certo limite — l'assoluta esclusione di ogni estranea ingerenza nello spazio sovrastante, così la destinazione del sepolcro conduce logicamente allo stesso risultato (1). Onde l'esclusione di quelle servitù che importano invasione dello spazio aereo. E così è esclusa ogni sporgenza, come è escluso lo stillicidio, il quale importa appunto sporgenza per far cadere dal tetto l'acqua del fondo vicino.

In quanto alle *res publico usui destinatae*, alle *res publicae* in senso stretto, la esclusione delle servitù non può essere dubbiosa. Ma in proposito conviene fare qualche osservazione per evitare facili equivoci. Ci apre l'adito a tali osservazioni l'esame di alcuni passi delle fonti.

fr. 8.1.14,2. — Paulus l. 15 *ad Sabinum*.

Publico loco interveniente vel via publica haustus servitus imponi potest, aquaeductus non potest: a principe autem peti solet, ut per via publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat.

fr. 8.2.1. — Paulus l. 21 *ad edictum*.

Si intercedat solum publicum vel via publica, neque itineris actusve, neque altius tollendi servitutes impedit: sed immittendi protegendi prohibendi, item fluminum stillicidiorum servitutum impedit, quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.

§ 19.

Il principio generale è anche qui che non vi può essere servitù vera e propria sul suolo destinato all'uso pubblico. Ma può sembrare che questi passi distinguano fra servitù e servitù, consentendo la possibilità di alcune e negandola per altre. Ma appunto bisogna evitare il facile equivoco. Quando si afferma che l'esistenza di un luogo pubblico in genere o di una via pubblica in specie non impedisce la servitù di passaggio o di attingere

(1) Cfr. IHERING *articoli riuniti* (Gesammelte Aufsätze) II p. 28 sg.

acqua o di non edificare, non si vuole già dire che tali servitù possono essere costituite a carico del suolo pubblico, sibbene che l'esservi tra il fondo dominante e il fondo servente un tale suolo non impedisce il sorgere della servitù. Prendasi ad esempio la servitù di passaggio. Se io possiedo due fondi, tra i quali sono terreni privati spettanti a varii proprietari, io non posso acquistare la servitù di passaggio sopra uno o più fra questi terreni per giungere al mio fondo, ma debbo avere la facoltà di passare a traverso tutti questi terreni, perchè basta la impossibilità di passare sovr'uno soltanto per rompere quella catena, che legar deve il fondo dominante al servente. Vedremo a suo luogo come la possibilità di passare può sussistere anche solo a titolo precario. Or bene, se fra i terreni frapposti vi sia una via pubblica ciò non impedisce il sorgere del diritto di passaggio come vera e propria servitù sugli altri terreni privati, perchè, avendo il proprietario del fondo dominante il diritto di passare sul suolo pubblico *iure civitatis*, basta questa possibilità per costituire quella serie ininterrotta che si richiede per la costituzione della servitù. Insomma non occorre che il passaggio sia per tutto il tratto esercitato *iure servitutis*, ma basta che per tutto il tratto vi sia la possibilità del passaggio. Analoghe considerazioni valgono per la *servitus aquae haustus*. Se io voglio costituire a vantaggio di un mio fondo sopra una pubblica via la servitù di attingere acqua a carico di un fondo posto al di là questa via, posso ben farlo, perchè la possibilità del passaggio per arrivare al punto in cui l'acqua si attinge, possibilità indispensabile per costituire la servitù, non occorre sia fondata sopra diritto di servitù, ma all'uopo è anche sufficiente lo *ius civitatis*, per cui si ha diritto di camminare sulla pubblica via. Ed ancora: non vi è dubbio che a favore del mio fondo posto sul confine di un suolo pubblico posso costituire una *servitus altius non tollendi* a carico di altro fondo posto al di là del suolo pubblico, perchè il non edificare in tali condizioni rende servizio al mio fondo senza gravare di servitù il suolo pubblico interposto. Così

che in tutti questi casi la servitù è possibile, ma non grava il suolo pubblico.

Non è invece possibile quando il suo contenuto si riferisce a una invasione del suolo pubblico o dello spazio aereo ad esso sovrastante. Ogni immissione, ogni sporgenza, che il cittadino pretendesse compiere, eccederebbe il diritto di uso pubblico ad esso spettante. Se si pretendesse di gravare un fondo con una di tali servitù, per il cui esercizio occorrerebbe una occupazione e una invasione dello spazio sottostante o sovrastante al suolo pubblico intercedente tra il fondo dominante ed il servente, si farebbe cosa illegale. La servitù in tali condizioni non potrebbe costituirsi, perchè il suolo pubblico frapposto tra i fondi verrebbe ad essere gravato con uso che eccede il contenuto del diritto spettante al cittadino come tale.

Ciò non toglie però che la competente autorità, quella cui è affidata la tutela dell'uso pubblico del suolo, e sarebbe l'imperatore secondo il passo surriferito, possa concedere anche il particolare diritto di uso necessario per il sorgere della servitù, quando non ne derivi incommodo all'uso generale. E così tanto per il diritto romano quanto per il moderno potrà farsi la concessione di attraversare la via con canali sotterranei destinati alla condotta d'acqua da un fondo ad un altro, di costruire un cavalcavia per congiungere due fondi, permettendo così il passaggio dall'uno all'altro con questa costruzione che occupa il *coelum* della pubblica via, il quale, di regola, come dice il testo, deve essere invece completamente libero da ogni estranea ingerenza.

§ 20.

Una questione vivamente disputata è quella sulla possibilità giuridica di una servitù a carico di un fondo *nullius*. Secondo alcuni scrittori (1) la servitù non può nè sorgere nè perdurare a carico di un fondo abbandonato dal suo proprietario e ciò per la ragione che la servitù importa limitazione del diritto del proprietario e

(1) P. e. BOECKING, *Pand.* II, 1 § 159.160.

ove proprietà non esista non si può parlare di limitazioni di essa. Il prof. BIANCHI (1) giunge alla stessa conclusione osservando, che servitù importa uno stato di giuridica disuguaglianza tra due fondi, ossia, una sommissione di fondo a fondo. Ciò potrebbe avere significato solo quando essendo i due fondi oggetto di un diritto di proprietà, ciascuno rappresenta una propria e distinta entità giuridica, mentre non si potrebbe intendere disuguaglianza di posizione rispetto ad un fondo *nullius*, il quale, finchè resta tale, esisterebbe solo come cosa materiale e non come oggetto di un rapporto giuridico. Ad avviso del BIANCHI la stessa ragione per cui si esige che i due fondi appartengano a diversi proprietari, varrebbe identicamente per far ritenere necessario che i due fondi sieno attualmente oggetto di proprietà, appunto perchè la sola materiale esistenza di un vantaggio a favore di un fondo e a carico di un altro non basta a costituire la servitù. Riconosce il BIANCHI che il proprietario del fondo dominante anche dopo l'abbandono del fondo servente e a malgrado di tale abbandono, continuerà a godere del vantaggio portato dalla servitù e potrà anche farlo valere di fronte ai terzi. Soggiunge persino che si potrà anche acquistare un tale diritto sopra il fondo di nessuno. Ma un diritto di tal genere non avrebbe carattere di servitù, ma sarebbe una facoltà liberamente esercitata, cioè, una modalità, una speciale estensione della proprietà, quasi un'appendice di essa. Acquisterebbe figura di servitù solo quando il fondo servente ritrovi un padrone, poichè allora soltanto, nel contatto delle due proprietà sorgerà quel rapporto di disuguaglianza per cui al vantaggio da una parte corrisponde l'onere dall'altra, senza il quale sarebbe perfettamente vano parlare di servitù (2).

(1) Op. cit. p. 112.

(2) In senso analogo ELVERS *Servitù* p. 30, WINDSCHEID § 201 nota 1, ma sopra tutto BRUGI *Appendice* alla trad. italiana del GLUCK VIII, p. 161. In senso contrario ripetutamente FADDA *Studi e questioni* I p. 211 sgg. 221 sgg. al quale rinviamo per le maggiori spiegazioni.

§ 21.

Certamente la questione non ha seria importanza pratica, come già rilevava lo IHERING (1) per spiegare il silenzio delle fonti romane in proposito. Ma essa tocca così direttamente il concetto della servitù prediale, che la sua importanza teorica è appunto in ragione inversa della pratica. Se è vero che raro sia il caso di abbandono di un fondo, non è del pari vero che anche in tal caso la questione non sorgerà perchè il proprietario del fondo dominante, l'interessato all'esercizio della servitù, occuperà e farà proprio il fondo che già era gravato. Poichè l'abbandono di un fondo non avviene senza ragione è difficile che le stesse ragioni, che hanno consigliato l'abbandono all'antico proprietario non sconsiglino l'occupazione all'interessato al perdurare della servitù. Il che mostra che neppure si potrebbe pretendere che per conservare il vantaggio dato dalla servitù il proprietario del fondo dominante occupi il fondo abbandonato, conservando così quel vantaggio *iure proprietatis*. Il proprietario del fondo dominante ha un diritto reale sul fondo servente, e questo diritto, appunto perchè è reale e mette in diretta relazione colla cosa, è indipendente non solo dalla identità della persona del proprietario di questa, che può quindi mutare senza che si alteri il rapporto di servitù, ma anche dalla esistenza di una tale persona. Come sopra osservai, la speciale posizione del proprietario del fondo servente, come quella che *in prima linea* è tenuta al rispetto della servitù, fu accentuata da noi di fronte alla comune opinione. Ma conviene fare giusta ragione a questo concetto non esagerandone la portata a modo da snaturare la figura del diritto reale. Rammentiamo al riguardo i precisi insegnamenti del WINDSCHEID (2), secondo cui la facoltà attribuita dalla servitù è attribuita non soltanto contro il proprietario del fondo servente, ma *in equal guisa* (e questa eguaglianza per noi non sus-

(1) *Articoli riuniti* II p. 229.

(2) I § 200 nota 3 in f.

siste) contro ogni terzo, e il rapporto del titolare al proprietario viene accentuate specialmente perchè questi, come tale, ha un diritto opposto, che appunto viene vinto colla servitù. La restrizione della proprietà, afferma il sommo pandettista, è un effetto della servitù, ma la servitù non consiste nella limitazione della proprietà.

§ 22.

L'essenziale è che una cosa che non ci appartiene presti servizio alla nostra. La circostanza che quella sia *nullius* non ha tale influenza da far considerare come un nudo fatto il vantaggio che essa rende al fondo dominante. Forse che, come vedemmo, gli avversari dal nostro modo di vedere non riconoscono al proprietario del fondo dominante il diritto di goderne di fronte a' terzi e quindi di sperimentarlo giudizialmente contro di questi? E che sorta mai di diritto sarebbe questo? Non già la proprietà, perchè il proprietario del fondo dominante non vuole occupare il fondo, non vuole averlo per sè, ma si limita ad esercitarvi quelle facoltà che sono contenute nella servitù. Non un'altra figura qualunque di diritto speciale, perchè si andrebbe sempre incontro alla stessa difficoltà di uno *ius in re aliena* su cosa che non è altrui, appunto perchè è *nullius*. Dunque è sempre lo stesso diritto di servitù. Bisogna esser logici o negare affatto il diritto, perchè con ciò si porrebbe in balia del proprietario del fondo servente il troncamento non il solo diritto proprio, ma quello altrui. Se si cercasse di rimediare affermando che il diritto di servitù risorgerebbe colla nuova occupazione, si potrebbe agevolmente rispondere, non essere possibile trovare un titolo per la risurrezione di un diritto a cagione della *derelictio* del proprietario.

La nostra opinione invece si giustifica pienamente ove si osservi che come può perdurare un diritto a mal grado della temporanea mancanza del soggetto, così a tanto maggior ragione può perdurare quando non manchi già il soggetto, ma solo quella particolare condizione giuridica di questo che risponde alla nor-

malità del rapporto. Se può sussistere il lato passivo del diritto per la temporanea deficienza del lato attivo, perchè non potrà aver luogo il rapporto inverso? Tanto meno poi dovrebbe trovarsi difficoltà per parte di coloro che, come sopra abbiamo accennato, vogliono considerare il fondo come soggetto passivo della servitù. Poichè il fondo servente non manca, non si può negare che manchi il soggetto passivo.

Non può, del resto, considerarsi il nostro modo di vedere come privo di ogni testimonianza delle fonti, perchè vi è un accenno in Ulpiano (*Reg. I. 19.*), che mostra come il concetto di un diritto speciale su cosa *nullius* fosse ammesso senza difficoltà.

Servus in quo alterius est ususfructus, alterius proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est.

Il padrone di uno schiavo, su cui altri ha l'usufrutto, lo manomette. Se diventasse libero lo schiavo, non sarebbe possibile parlare più di usufrutto. Ma la disposizione del *dominus* non può nuocere al *fructuarius* e questo appunto conserva il suo diritto. Lo schiavo resta tale, ma non ha padrone: è *nullius*. Ed ecco un diritto di usufrutto su cosa di nessuno. Per quanto si sia cercato di sottrarsi alla logica conseguenza del passo, essa si impone. Va bene che l'usufrutto, secondo il concetto classico, non possa comprendersi nella categoria generale delle servitù, ma è sempre un diritto reale speciale, che al pari della servitù è *in re aliena*. Ora la *res nullius* non è *aliena*. Non si potrebbe obiettare qui la specialità dell'oggetto: lo schiavo. Se mai questa avesse dovuto avere influenza, si sarebbe aspettata a vantaggio dello schiavo *favore libertatis*. Ma nulla di tutto ciò per il diritto classico. È solo Giustiniano (c. 7.15.1), che risolve la questione a favore dello schiavo.

§ 23.

Il fondo servente è elemento indispensabile per il concetto di servitù: onde la servitù non sorge ov'esso non esista e vien

meno ove esso perisca. Ma, naturalmente, la costituzione può riferirsi anche a fondi che ancora non esistono nel patrimonio del promettente, con l'effetto però che il diritto reale sorgerà solo quando il fondo servente venga ad esistere o entri nel patrimonio del promettente.

fr. 8.2.23, 1 — Pomponius l. 30 *ad Sabinum*.

Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.

Al qual riguardo conviene però intendersi. Osserva giustamente la Glossa che il senso del passo non è *ut sit servitus, sed ut quis obligetur nomine servitutis*. Ma se, ad es., si stabilisca che un nuovo edificio non dovrà eccedere una certa altezza, non si può contestare che la servitù sorga fin d'ora per la semplice ragione che la *servitus altius non tollendi* grava sul suolo e questo è una cosa che già esiste. Tanto quando si proibisca a dirittura la costruzione quanto allor che di questa si stabilisca la massima altezza, la restrizione è del suolo, perchè appunto esso si viene a trovare in quella condizione d'inferiorità. Ma se la limitazione sia consentita non dal *dominus soli*, sibbene da colui che ha acquistato il diritto di edificare su quel suolo, la restrizione è del solo edificio, sorgerà con esso e verrà meno col diritto del superficiario, che è solo gravato. L'esistenza del fondo è dunque necessaria perchè possa sorgere il diritto reale in esecuzione dell'obbligo assunto: ma bisogna ben guardare se la restrizione colpisca il fondo o un elemento costitutivo soltanto, nel senso suaccennato.

§ 24.

Come è elemento essenziale per il concetto della servitù il fondo servente, così e del pari lo è il fondo dominante, che le fonti designano colla espressione *fundus cui servitus debetur, cui servitur*. Non può appunto acquistare una servitù prediale se non chi ha un fondo e per il vantaggio di questo fondo.

fr. 8.4.1,1 — Ulpianus l. 2 *institutionum*.

Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutum acquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.

È da rilevare qui che servitù de' predii rustici o urbani significa servitù a favore di predii rustici o urbani e che perciò si nega la possibilità di una servitù a favore di chi non ha un predio. E quando pure un proprietario di stabile convenisse a suo favore un vantaggio sopra fondo altrui non già in ragione di suoi stabili, ma sotto altri riguardi, non verrebbe con ciò a costituire una servitù prediale (1). Nulla certo vieta in via di principio che una persona acquisti un diritto speciale sopra un fondo altrui per suo individuale vantaggio, ma con ciò non sorge servitù prediale, sibbene o un diritto reale d'altro genere, o sia pure, un mero diritto di obbligazione (2). La circostanza che appunto il fondo dominante è il destinatario del beneficio, congiunta alle espressioni molteplici che ci presentano in modo figurato quel fondo come titolare della servitù, ha fatto sì che qualche scrittore abbia preso quelle espressioni alla lettera e considerato il fondo come soggetto della servitù. Le fonti, come dicemmo, ci presentano spesso di tali espressioni figurate. E così « *fundo* » « *recte servitus acquiritur* » (fr. 8.1.12); « *fundo servitutum aquae quaesierat* » (fr. 8.3.31); « *certo generi agrorum acquiri servitus potest, velut vineis* » (fr. 13 eod. tit.); « *fundus cui servitus debetur* » (fr. 23 § 2 eod. tit.); « *servitus fundo debetur* » (fr. 23 § 3 eod.); « *aedes aedibus serviunt* » (fr. 8.2.6); « *si domus aedi-
« ficiis servitutum deberet* » (fr. 21 eod.); « *fundus fundo servit* » (fr. 8.4.12); « *pars praedii..... cui servitur* » (fr. 45.1.140 in f.). E, come or ora abbiamo rilevato, si parla di *ius praedii, ius fundi* (fr. 1.8.1,1; fr. 8.1.20; fr. 8.3.20; fr. 13.7.15). Si arriva persino ad attribuire una dichiarazione giudiziale al fondo quasi fosse parte in causa: « *sententia praedio datur* » (fr. 3.5.30,7). Non è dunque da meravigliare se questo costante linguaggio delle fonti

(1) PUCHTA, *Ist.* II p. 785.

(2) BIANCHI, *op. cit.* p. 147.

abbia finito per trarre in inganno, pur essendo evidente che si tratta di figure efficacissime per esprimere che il vantaggio del proprietario del fondo gli perviene e gli deve pervenire solo a mezzo del fondo. Notava un illustre pandettista (1), che i giuristi non hanno precisate queste espressioni a modo da poterne trarre un dogma. E d'altro canto notava l'ARNDTS (2), che proprio in tema di servitù le fonti hanno espressioni analoghe, le quali, se fossero prese alla lettera, condurrebbero ad assurdi evidenti. E così « *pecori, cui adpulsus debetur* » (fr. 43.20.1,18); « *ager itineri aut actui servit* » (fr. 8.3.13,1). Si può forse immaginare un gregge come titolare della servitù di abbeveraggio o l' *iter* e l' *actus*, come titolari della corrispondente servitù? A giusta ragione richiama qui il WINDSCHEID (3) un'altra notissima espressione relativa ad altro istituto: *servus poenae*, ove certo non si vorrà concepire la pena come padrona dello schiavo. Tanto poco, del resto, le fonti si propongono con quelle espressioni di affermare un dogma che con eguale frequenza esse, più correttamente, designano come titolare della servitù il proprietario del fondo dominante. Onde: « *pollicetur venditor sibi servitutum deberi* (fr. 8.2.17,3); « *nemo enim potest servitutum acquirere...* » (fr. 8.4.1,1); « *quod mihi aut cui ego serviam* » (fr. 8.2.30,1); « *sibi servitutum competere* » (fr. 8.6.2); « *si stillicidii immittendi ius* » « *habeam in aream tuam... via mihi debeatur* » (fr. 8.6.8). La indifferenza, con cui le fonti si avvalgono dell'una e dell'altra maniera d'esprimersi, mostra come non sia lecito fondarsi esclusivamente sopra di esse per determinare il concetto della servitù. Il concetto poi di un fondo che abbia il diritto di servitù non può avere fortuna migliore dell'altro, da noi respinto, che del fondo servente fa il soggetto passivo, quasi il debitore della servitù. Che queste personificazioni non rispondano al concetto romano abbiamo appunto detto in quell'occasione.

(1) DERNBURG, *Pand.* I § 238 nota 6.

(2) *Pand.* 14^a ed. § 41 nota 5.

(3) *Pand.* § 57 nota 10.

§ 23.

È nello stesso ordine di idee da noi combattuto il BÖCKING (1), il quale, per evitare l'attribuzione del diritto al fondo dominante come tale, fa di questo una persona giuridica. Allorquando la legge connette, come suol dirsi, la qualità di soggetto di un diritto ad un determinato patrimonio o ad un oggetto di carattere patrimoniale, destinato ad essere goduto da certe persone succedentisi a stregua di un determinato ordine, di quel patrimonio o di quell'oggetto non può il titolare *pro tempore* disporre quanto alla sostanza, nè il patrimonio o il singolo oggetto resta sotto l'influenza delle vicende che possono per avventura colpire la persona. Lo scopo stesso — o come altri dice — la persona giuridica corre la sua sorte indipendentemente da tali vicende. Che se, per contro, il destinatario del diritto è pur titolare del patrimonio o dell'oggetto singolo, allora le sorti del diritto sono legate a quelle del patrimonio e rispettivamente, a quelle di quest'oggetto (2).

Facciasi ora applicazione di questi concetti al caso della servitù prediale, nella quale, appunto, il diritto è connesso alla qualità di proprietario del fondo dominante. Questi ha la servitù a sua completa disposizione, come se altri non l'avesse avuta prima di lui, nè dovesse averla dopo di lui. Egli può disporne senza un riguardo alcuno verso i titolari a venire del fondo (3). Ciò esclude senz'altro il concetto della personalità giuridica e appunta nel proprietario del fondo la qualità di titolare della servitù. Fu giustamente osservato (4), che la servitù prediale vien meno per confusione quando il proprietario del fondo dominante diventa ad un tempo proprietario del fondo servente. Se soggetto del diritto fosse effettivamente il fondo non vi sarebbe ragione alcuna

(1) *Pand.* I § 38. *Inst.* § 62.

(2) WINDSCHEID, *Pand.* § 57 nota 10.

(3) Cfr. WINDSCHEID, l. c.; BIANCHI, op. cit. p. 170; VANGEROW, *Pand.* § 53.

(4) DERNBURG, *Pand.* I § 238.

che impedisse il perdurare della servitù. Vuol dire, dunque, che il soggetto del diritto è il proprietario del fondo, e non il fondo. Questo non è altro se non l'intermediario per cui il diritto si appartiene al suo proprietario (1).

§ 24.

Appunto perchè, come rilevammo, la servitù è un accessorio, una pertinenza del diritto di proprietà, chiunque sia titolare di questo è perciò stesso e senz'altro titolare del diritto di servitù. Ma se la cosa, il fondo, è intermediario di tal diritto, non bisogna credere che sia semplicemente tale. Vi è qualche cosa di più: il diritto è destinato al suo vantaggio, alla sua utilità. Il titolare ne profitta in quanto ne trae profitto il suo fondo e solo per tal modo e non altrimenti. Questa considerazione separa nettamente la servitù da quelli altri diritti, che sono bensì attivamente inerenti ad una cosa, ma indipendentemente dalla destinazione a vantaggio di questa. Prendasi ad esempio una notissima figura del diritto moderno: il titolo al portatore. Questo attribuisce al possessore il diritto ad una certa somma di danaro, ma questa somma non torna a vantaggio della carta che documenta ed attribuisce il diritto. E così dicasi di quelle altre figure speciali del diritto intermedio per cui al proprietario di una terra spettavano certi vantaggi, che non tornavano a profitto della terra. Appunto per questa specialità della servitù prediale le fonti ce la presentano come una qualità del fondo dominante. Per il servizio economico che a questo rende un altro fondo, si ritiene che il fondo dominante acquisti una qualità o prerogativa.

fr. 50.16.86 — Celsus l. 5 *digestorum*.

Quid aliud sunt « iura praediorum » quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo ?

Con molta opportunità il BRUGI (2) s'indugia nel rilevare come

(1) DERNBURG, l. c.; BEKKER, *Pand.* I § 19 append. III; § 60 append. I. C.

(2) *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali* (arch. giur. XXVII) II p. 85. Cfr. dello stesso app. al § 659 del Glück p. 17.

questo concetto di Celso altro non sia se non l'applicazione di un concetto della filosofia stoica, su cui già richiamava l'attenzione il CUIACIO e che Seneca (*Epist.* 113) così esprime: « Virtus nihil aliud est quam animus quodammodo se habens ». Il chiaro romanista rammenta pure come la filosofia scolastica chiamasse *habitus* ogni forma o qualità permanente di una cosa o di un soggetto, e come, modellandosi su tale concetto, Azzone avesse qualificato la servitù come un *habitus praedii*. Il concetto di Celso è acuto e ci presenta la servitù come un attributo del fondo al pari della bontà dell'aria, della fertilità, della sua posizione, della sua estensione. Sostanzialmente risponde al vero e vale a scolpire la funzione che ha il fondo dominante nella servitù.

Pare all'ELVERS (1) che il diritto romano sotto un certo profilo si appalesi favorevole all'opinione che il diritto di servitù competa al fondo stesso e non al suo proprietario. Starebbero affatto in tal senso le disposizioni relative alla perdita per non uso, in quanto essa sarebbe impedita anche quando le facoltà contenute nella servitù fossero state esercitate non già dal proprietario sibbene dal possessore di buona fede e persino da quello di mala fede. Egli adduce in proposito il fr. 8.6.12 (Celsus l. 23 *digestorum*).

Qui fundum alienum bona fide emit, itinere quod ei fundo debetur usus est: retinetur id ius itineris: atque etiam, si precario aut vi deiecto domino possidet: fundus enim qualiter se habens, cum in suo habitu possessus est, ius non deperit, neque refert iuste nec ne possideat, qui talem eum possidet.

Chi ha in buona fede comprato un fondo dal non proprietario, messo in possesso del fondo ha esercitato il diritto di passaggio costituito a favore del fondo stesso. Il giureconsulto afferma che per tal modo si conserva il diritto di passaggio. Ma va più oltre, in quanto eguale efficacia conservativa attribuisce al passaggio esercitato da chi ha avuto il fondo a precario o ne ha scacciato violentemente il proprietario. La giustificazione viene

(1) Op. cit. p. 100 sg.

trovata da Celso in quel concetto filosofico da noi or ora richiamato. Poichè il fondo fu posseduto con quella determinata qualità, non viene meno il diritto rispondente a tale qualità, poco importando se il possesso sia giusto o ingiusto.

E l'ELVERS si affretta a dire che per tal modo l'esercizio da parte di uno assolutamente privo di diritto influisce sulla conservazione della servitù perchè avviene nel nome del fondo e quindi come se questo fosse il soggetto. Ma finisce per riconoscere che questa statuizione non è decisiva, perchè a suo modo di vedere l'istituto della perdita per non uso non discende dal concetto della servitù, ma costituisce una concessione nell'interesse della utilità e della sicurezza del diritto e perchè sarebbe stato soverchio rigore il far decadere dalla servitù per non uso a cagione di una temporanea perdita del possesso del fondo da parte del proprietario. Censura il WINDSCHEID (1) questo ragionamento dell'ELVERS, perchè, a suo avviso, trattasi dell'esercizio di un diritto connesso col fondo e tale esercizio può aver luogo per opera di un terzo, come il titolare di un usufrutto può goderne per via di altra persona. Quel che importa è che quella servitù si eserciti.

A noi sembra che si sia troppo sottilizzato in proposito. Lo stesso ELVERS finisce per riconoscere che le sue obiezioni non colpiscono il segno. In verità per quanto il titolare della servitù sia il proprietario del fondo dominante, esso, come sopra insistentemente osservammo, lo è solo a mezzo del fondo e solo per l'utilità di esso. Chiunque eserciti la servitù, viene ad attuare il vantaggio del fondo e ciò basta perchè il proprietario del fondo servente non possa prevalersi dell'inazione del vero titolare. Lo scopo della servitù è raggiunto.

§ 25.

Il fondo dominante può anche essere fuori commercio. La servitù può sorgere e mantenersi a favore di un fondo di tal genere.

(1) *Pand.* § 201 nota 6.

fr. 8.1.14,1—Paulus l. 15 *ad Sabinum*.

Servitus itineris ad sepulchrum privati iuris manet et ideo remitti domino fundi servientis potest: et adquiri etiam post religionem sepulchri haec servitus potest.

Trattasi di servitù a favore di un sepolcro, che, come tale, ha carattere di *res religiosa*, e quindi fuori commercio. Le *res religiosae* si considerano come poste nella proprietà degli *Dii Manes* o *inferi*: « quae Diis Manibus relictæ sunt » (Gai II. 4). Ma sarebbe inesatto parlare qui di vera proprietà: questa non si concepisce sopra una *res nullius* e tale è qualificato il *sepulchrum*. Onde non si può coll'ELVERS (1) ritenere che i defunti avessero quasi una proprietà di diritto privato. Quando Paolo dice che la servitù di passaggio spettante al sepolcro resta di diritto privato, accenna solo che la servitù è una pertinenza dello *ius sepulchri* spettante al privato, come in genere lo è della proprietà del fondo dominante. Lo *ius sepulchri* di fronte al sepolcro rappresenta quel massimo diritto umano che sovr'esso si può avere, come la proprietà rispetto alle cose in commercio. Per l'utilità dello *ius sepulchri* può costituirsi una servitù, come in genere si può costituire per l'utilità del dominio sulle cose in commercio. Il che naturalmente limita la possibilità della servitù, chiaro essendo che il sepolcro ha bisogni relativamente limitati. Le fonti ci parlano — come nel passo di Paolo — di servitù di passaggio, la utilità della quale per arrivare al sepolcro è di tutta evidenza. Tanto che in tempo posteriore si è giunti a costringere il vicino ad accordare il passo al sepolcro intercluso (2). È menzione anche della servitù di tenere sul fondo vicino le macchine necessarie per la costruzione o riparazione dei grandi monumenti sepolcrali (fr. 11.8.1,8).

Si accorda con queste osservazioni il fr. 8.5.1 (Ulpianus l. 14 *ad edictum*).

Actiones de servitutibus rusticis sive urbanis eorum sunt,

(1) *Op. cit.* p. 98 sg.

(2) *Cfr.* fr. 11.7.12 pr., di dubbia genuinità.

Dir. rom. IV p. 2^a. — C. FADDA, *Servitù*.

quorum praedia sunt: sepulchra autem nostri domini non sunt: adquin viam ad sepulchrum possumus vindicare.

A proposito dell'azione confessoria, spettante al proprietario del fondo dominante per far valere la ragione di servitù, dice Ulpiano che, benchè i sepolcri non ci appartengano in proprietà, tuttavia possiamo proporre la confessoria per rivendicare al sepolcro la servitù di via. Dunque non occorre che si trovino fronte a fronte due proprietà: basta che il fondo servente possa rendere un servizio utile al fondo dominante. Come dicemmo, lo *ius sepulchri* tien luogo del dominio e la servitù ne è una pertinenza. La quale, come osserva Paolo nel cit. fr. 14 § 1, è di ragion privata, ed è nella disponibilità del titolare dello *ius sepulchri*, che, come può acquistarla a favore del sepolcro, così può rinunziarvi.

§ 26.

In proposito del fondo dominante si ripresenta la questione, da noi già esaminata riguardo al fondo servente, e cioè, se la servitù possa perdurare a favore di un fondo *nullius*. Anche su questo punto le opinioni sono assai divise. Il BÖCKING (1) sta per la continuazione della servitù, in quanto attribuisce il diritto al fondo e non al suo proprietario. Ma noi abbiamo già confutato questo concetto della personificazione e non c' indugiamo al riguardo. Tengono a favore della continuazione anche lo IHERING (2), il WINDSCHEID (3), il DERNBURG (4). Sono di contrario avviso lo ELVERS (5) ed altri. L'argomento dello IHERING è, che lo scopo della servitù prediale ha carattere permanente; che tanto poco tale scopo s'identifica coi bisogni ed interessi transeunti del singolo proprietario che la servitù così limitata è

(1) L. c.

(2) *Articoli riuniti* II p. 234.

(3) L. c.

(4) L. c.

(5) Op. cit. p. 30.98.752.

giuridicamente impossibile. Certo può il proprietario rinunziare alla servitù, ma tale rinunzia non è insita nello abbandono del fondo, ma occorre sia appositamente fatta. Separandosi dal fondo il proprietario fa cessare la servitù *per se*, non per il fondo. Se la servitù è una qualità, un modo di essere del fondo, non vi è ragione per farla cessare sol perchè il proprietario ha voluto abbandonare il fondo. Le obiezioni fatte a questo assunto, riprodotte in particolare del BRUGI (1), non persuadono. Esse si sostanziano in ciò, che chi abbandona il fondo si spoglia non solo del fondo, sibbene anche di ogni diritto connesso al fondo. Ma è facile rispondere che i diritti spettano al proprietario del fondo in quanto è tale e che cessando di essere tale non per ciò ha voluto che i diritti, i quali più non spettano a lui, debbano non avere ulteriore esistenza. Altro è rinunziare *per se*, come dicevamo, altro rinunziare in modo assoluto e quindi per chiunque sarà in relazione col fondo. La rinunzia è bensì atto unilaterale, ma deve essere emessa nei rapporti di chi è gravato e quindi del proprietario del fondo servente. Chi abbandona il fondo nè ha intenzione di privar questo dei vantaggi finora goduti, nè si può ritenere che ciò voglia chi può rinunziare soltanto come proprietario del fondo e proprio nel momento in cui abbandona la qualità che darebbe diritto alla rinunzia.

§ 27.

Accennata così alla necessaria relazione tra i due fondi come il punto essenziale del concetto di servitù, è bene spendere qualche osservazione su alcune figure giuridiche, che possono avere qualche connessione colla servitù. Lasciamo da banda la questione delle così dette servitù irregolari, cioè, aventi bensì il contenuto di servitù prediale, ma limitate a favore della persona. Di esse, che hanno dato e danno luogo a molteplici dispute sotto vari aspetti, si tratterà in altra parte. Vogliamo più tosto fermare per un momento la nostra attenzione sopra alcuni diritti

(1) Su Glück p. 161 sg.

spettanti alla popolazione di una città, di un comune o di un centro qualunque abitato, alla quale categoria appartengono in ispecie i c. d. usi civici, che sotto forme svariate persistono ancora in varie regioni d'Italia, specialmente nelle Provincie meridionali e centrali.

Gli abitanti di una terra, appunto in tale loro qualità, godevano del diritto di compiere certi atti di uso e di godimento sopra determinati beni, specialmente boschi e prati: così il diritto di legnare, di pascolare il bestiame e simili. I terreni erano o della stessa comunità (c. d. demani comunali) o del signore (demani feudali), ma potevano pure appartenere ad altra comunità e perfino a privati (1). La legislazione e le dottrine su tali figure del diritto intermedio hanno dato luogo a studi e a dispute vivissime, che ancora si dibattono davanti ai nostri tribunali (2). I puristi del classicismo romano trattano queste figure con una certa aria di disdegno. Il nostro BRUGI (3), ad esempio, le considera come un ingombro per la mente dello studioso e come cagione di dubbi per il giudice. Esse presenterebbero certe caratteristiche facoltà, che solo per il decorso del tempo avrebbero acquistato la natura di diritto reale e veramente non sarebbero che transitorie concessioni o abusi giustificabili in un falso ed egoistico sistema economico e nella generale incoltura del suolo. Come il signore vincolò le terre dei sottoposti, così la comunità degli uomini avrebbe in vari siti preteso ed affermato diritti sulle terre del signore. Altrove lo stesso BRUGI (4) conferma che in tali usi si è raffigurato e si raffigura tuttora, erroneamente, una vera e propria servitù prediale. Contro la qualifica di servitù si è osservato (5) che i diritti in questione non sono connessi ad un fondo

(1) Cfr. BIANCHI, op. cit. p. 104.

(2) Cfr. su tutta questa materia il pregevole lavoro (premiato dalla nostra Accademia Reale) del prof. TRIFONE, *feudi e demani*. V. pure BRUGI su Glück p. 307 sgg.

(3) *Studi sulle serv. prediali* II 82.

(4) *Studi* IV p. 74 nota 11.

(5) Cfr. BIANCHI, op. cit. p. 102 sgg. specialmente p. 105.

dominante, ma ad una classe di persone costituente una corporazione. Ma fu risposto (1), che non manca il fondo dominante, tale essendo il territorio su cui la collettività ha la sua sede. Questo concetto si estende largamente e può comprendere non solo gli usi civici tradizionali, ma tutti quei vantaggi che possono essere connessi alla qualità di abitante di una determinata città o di un determinato centro di popolazione in genere. E così ad esempio, rientrerebbe in tale categoria anche il diritto spettante agli abitanti della città di Genova, per lascito della duchessa di Galliera, di godere delle gallerie d'arte contenute nel rinomato Palazzo rosso. Risponde il BIANCHI, che applicando logicamente tale concetto anche alle servitù di diritto meramente privato, bisognerebbe ammettere che potesse formare oggetto di servitù anche il diritto di passeggiare nel giardino altrui, di cogliere ivi fiori e frutta, di trattenervisi a cena, mentre — come vedremo — le nostre fonti si pronunciano in senso assolutamente contrario. Occorrerebbe qualche cosa di più che la semplice appartenenza ad una collettività territoriale, che la mera residenza in un territorio. Bisognerebbe che l'intimo contenuto del diritto sia tale da giovare direttamente e realmente al fondo dominante e da costituire una pertinenza di questo. Vuol dunque distinguere il BIANCHI fra quei diritti che tornano a vantaggio dell'*urbs* e quelli altri che giovano solo agli abitanti. Chi vorrà dire — così si obietta — che il diritto di accedere ad una pinacoteca o ad un museo viene costituito per la città e non per i suoi abitanti?

Io credo che queste obiezioni non abbiano saldo fondamento. Non bisogna commisurare il vantaggio di una città con quello di una casa qualunque. Quel che per una casa privata non ha importanza reale, l'ha per un centro di popolazione. Bisogna porre mente che una collettività territoriale ha bisogni derivanti ap-

(1) Cfr. MANCINI, *Filangieri* 1886 p. 1 sg. 49 sg. 119 sg.. Si tratta di uno studio occasionato da una celebre contesa giudiziaria tra il comune di Roma e il principe Borghese sul diritto d'uso spettante al popolo di Roma sulla villa Borghese. Le conclusioni del MANCINI trionfarono anche davanti la Cassazione romana.

punto dalla sua particolare natura e mano a mano crescenti e mutanti a stregua delle condizioni di civiltà. Una città non ha solo bisogno di acquedotto, di fognatura, di viabilità, ma il suo soggiorno e la appartenenza ad essa tanto più diventano pregiati quanto più vantaggiosi si presentano dal lato igienico, intellettuale, artistico e così via. Le grandi passeggiate, i prati, i giardini, i boschi che per il privato sono delicatezze e divertimento, sono di somma utilità per un centro di popolazione. E così dicasi di quanto può giovare al godimento intellettuale: del diritto di visitare musei, gallerie e simili. La città che gode di tali vantaggi acquista rinomanza e il suo soggiorno attira. Non solo quindi i vantaggi degli antichi usi civici, ma tutte queste particolari prerogative di una città sopra certi stabili possono connettersi all' *urbs* come la servitù al fondo dominante.

§ 28.

Si può trovare nel campo del diritto romano qualche figura che a queste si accosti? Può sembrare che un qualche accenno vi sia nel fr. 8.4.13,1 (Ulpianus l. 6 *opinionum*).

Si constat in agro tuo lapidicinas esse, invito te nec privato nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi ius non est: nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut siquis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat nisi prius solitum solacium pro hoc domino praestat: ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciatur domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur neque commoditas rei iure domino adimatur.

Il principio del passo afferma una massima incontestabile e cioè che a nessuno è lecito venire a tagliar pietra nella nostra cava, nè a titolo privato, nè a titolo pubblico se non abbia un particolare diritto al riguardo. La seconda parte ammette però che vi possa essere una specie di consuetudine per cui chi voglia può tagliar pietre, non solo previo pagamento dell'usuale corrispettivo al proprietario, ma anche a modo da non privar questo

delle pietre che gli sono necessarie nè da far venir meno la comodità di cui egli gode.

Ma appunto questa seconda parte è fuor di dubbio interpolata. Ciò fu rilevato da più parti. Il KALB (1) afferma che *solacium* nel senso di corrispettivo, mercede, è interpolato, come fu già rilevato da Cuiacio a proposito del fr. 24.3.22,8, e annovera fra i modi non classici il *non aliter... nisi prius*. E interpolato vien detto anche dall'EISELE. Senza indugiarcene troppo su questi elementi, che denunciano l'evidente interpolazione, questa si presenta dimostrata dalla struttura stessa del passo, che pone innanzi il principio assoluto, come qualche cosa che non ammette deroga e poi consente un'eccezione fondata sopra una consuetudine. Che qualche simile facoltà di scavare fosse nel periodo post-classico consentita per legge si può concedere, perchè appunto il Codice Teodosiano ce lo riferisce. E se pur abbia sussistito un'analogia consuetudine, essa non può riferirsi che allo stesso periodo (2). Ma comunque sia, è certo che il passo di Ulpiano non contempla il caso di una servitù prediale, perchè il diritto di cavare pietra non è limitato agli abitanti di un comune, ma concesso a chiunque. Con ciò viene a mancare del tutto il requisito di un fondo dominante. Inutile quindi trattenerci a risolvere le tante questioni che si sono fatte su questo passo, e in particolare sulla natura del diritto di scavare e dell'azione per farlo valere.

§ 29.

Si è invece, con maggior fondamento, ravvisata una figura analoga agli usi civici nel così detto *ager compascuus*, sull'esatta determinazione del quale non si è spesso d'accordo (3). Lasciando

(1) *Iuristenlatein* (il latino dei giuristi) p. 71, 80.

(2) Le due leggi del Cod. Teodosiano (c. 10.19.10 e 14) sono degli anni 382, 393.

(3) Su questa figura dell' *ager compascuus* nelle sue varie gradazioni v. VOIGT la *possessio* di d. pubblico e l' *ager compascuus* della repubblica romana, Lipsia 1887 (atti dell' Accademia); BRUGI, *dottrine* etc. pag. 323 sgg.; LO STESSO su GLUECK p. 307 sgg. e i lavori dello SCHUPFER da esso citati.

da banda, almeno per ora, il terreno destinato a pascolo e tenuto in comune da più privati al servizio dei loro fondi, nel che si suol scorgere una figura di pertinenza immobiliare, rammentiamo che al bisogno di provvedere al pascolo del bestiame si provvide in modi diversi, ma sempre su terreno pubblico. Nell'assegnare i terreni ad una colonia o municipio si stabiliva che una certa estensione dovesse rimanere destinata al pascolo: ma l'assegnazione di questo terreno è fatta con diversa intestazione. Imperocchè talora il terreno pascolativo è assegnato all'ente colonia o municipio: *pascua coloniae*, costituisce un bene inalienabile e a quanto pare sovr' esso spetta ai coloni il diritto di pascolo. Tal'altra il terreno è assegnato non più alla *persona coloniae*, sibbene ai coloni, ai comunisti come collettività abitante quella colonia e già nella formola di concessione appare tale destinazione. E così ad es. *adsignata Iuliensibus*: ed allora si parla p. e. di *pascua publica Augustinorum*, precisamente perchè quel terreno pascolativo spetta alla collettività degli *Augustini*. Ed anche qui naturalmente vi è il diritto di pascere il bestiame nel terreno comune, diritto che però non esclude talora il pagamento di un canone. Ed infine vi è talora l'assegnazione di un terreno pascolativo non più a favore della colonia o de' coloni, sibbene di certi possessori di fondi in tale loro qualità: *singuli possessores*, colla quale espressione si accenna non già alla *possessio* in senso tecnico, sibbene al rapporto di pertinenza degli immobili a cui favore il pascolo è stabilito. Il terreno in tal caso resta pubblico, di proprietà dell'ente pubblico, ma sovr' esso vi è il diritto di pascolo, a favore dei proprietari de' fondi come tali. Fu giustamente osservato che in tal caso si tratta di un rapporto di diritto pubblico, che bisogna ben sceverare da quello meramente privato, cui sopra accennammo, nel quale più proprietari di fondi acquistano in comune un terreno perchè serva di pascolo al bestiame de' loro fondi (cfr. fr. 8.5.20,1).

§ 30.

Ora queste differenti gradazioni, sotto le quali si presenta questo *ager compascuus*, valgono a mostrarci come anche in tali rapporti possa verificarsi la figura della servitù prediale. Lasciamo da banda il rapporto ultimo di diritto privato, nel quale effettivamente non si può parlare di servitù, perchè i singoli proprietari non possono avere servitù sulla cosa propria. Ma altra cosa è per il caso di pascolo assegnato ai proprietari di certi fondi come tali. *Compascuus ager relictus ad pascendum communiter vicinis* (FESTUS sub v. *compascuus*). Concetto che è ripetuto in Isidoro (*Orig.* XI.13) e che del resto è già in Cicerone (*Top.* 3): *si compascuus ager est ius est compascendi*. Ossia, a favore di certi fondi è stabilito nell'assegnazione del terreno pubblico il diritto di pascolare su tale terreno. Appunto perchè il contenuto del diritto sul terreno è limitato allo *ius compascendi*, non si può dire che il terreno stesso sia assegnato in proprietà ai proprietari dei fondi. Il diritto è limitato ad una semplice facoltà: quella del pascolo. Nel che vi è una essenziale differenza dal caso del terreno comperato in comune da più proprietari e da essi destinato per il pascolo degli animali addetti al loro fondo. Fu quindi a giusta ragione osservato, che qui si hanno i requisiti essenziali per il concetto della servitù, ossia il servizio di fondo a fondo concretato in un diritto che spetta ai proprietari dei fondi e che cade sopra il terreno pubblico. Servitù di carattere pubblico, ma sempre servitù.

La seconda figura, quella del *compascuus* a favore dei coloni, è proprio caratteristica per la sua simiglianza ai posteriori usi civici. Ma a questo proposito è da osservare, che a torto il VOIGT (1) assume che il diritto di pascolo sia alligato in questo caso al possesso di un fondo nel territorio della colonia. I passi

(1) Op. cit. pag. 11.

(2) *Corpus inscript. lat.* I. 199, BRUNS, *Fontes* 7.^a ed. I p. 401 sgg.

che egli adduce nel senso di tale limitazione non la sorreggono affatto. E così la celebre *sententia Minuciorum* dice (2):

Quei ager compascuos erit, in eo agro quo minus pecus pascere Genuates Veiturosque liceat uti in cetero agro Genuati compascuo, ni quis prohibeto, nive quis vim facito, neive prohibeto quo minus ex eo agro ligna materiamque sumant utanturque

Com'è chiaro qui la facoltà del pascolo e dell'asportazione di legna e d'altro, tutelata dal divieto della violenza, si ha sull'*ager compascuus* a favore dei *Genuates* e dei *Veituri* come tali, per la loro qualità di appartenenti ai due centri di popolazione, senza che una sola parola accenni alla necessità del possesso di un fondo. Il diritto di pascolo non è a vantaggio degli animali addetti al servizio de' fondi e quindi non rappresenta una servitù a favore dei fondi singoli, sibbene spetta agli abitanti come tali. Epperò il vantaggio è per il territorio colonico, in quanto tutti coloro che vi abitano possono avervi diritto. Non vi sono tanti fondi dominanti quanti sono i fondi, ma vi è un solo fondo dominante che è il territorio colonico.

Non diversa portata ha il passo di HYGINUS (*Grom.* 202-1) che il VOIGT adduce.

multis locis, quae in adsignatione sunt concessa, ex his compascua fundi acceperunt; haec beneficio coloniae habent. in forma: *compascua publica Iuliensium* inscribi debent: nam vectigal quamvis exiguum praestant.

Anche qui, dunque, sul terreno pubblico concesso per pascolo hanno diritto i coloni, come tali, senz'accenno alcuno al possesso dei fondi. I *compascua* sono degli *Iulienses* senz'altro, non degli *Iulienses possessores*. E il vantaggio è per la colonia: *beneficio coloniae*. La quale espressione mostra, che l'idea del territorio, come fondo, a cui beneficio è stabilito il servizio, e quindi come fondo dominante, non era estranea alle idee romane. Il quale concetto, del resto, si appalesa anche nel *compascuus*, che è di proprietà della colonia come persona giuridica, in quanto qui il terreno pascolativo serve agli abitanti. Sol che qui se si considera la colonia, che è un ente territoriale, come fondo dominante,

si ha la coincidenza del fondo dominante e del fondo servente nella stessa proprietà.

§ 31.

Che vi debba essere un fondo dominante ed uno servente è portato essenziale del concetto di servitù. Ma se nella figura semplice della servitù bastano questi due termini, nulla vieta che il rapporto si complichì e che non solo vi sia la possibilità di più fondi dominanti o serventi, ma anche che vari fondi si trovino in un reciproco stato di asservimento. Suole accadere che le limitazioni portate dalla legge alla libera esplicazione del diritto di un fondo per il vantaggio di un altro fondo, presentino appunto questo carattere di reciprocità. Così avviene p. e. là dove la legge impone certe distanze fra le costruzioni fatte in un fondo e quelle esistenti in altro fondo, fra l'opera che intendiamo compiere nel nostro fondo e il fondo vicino. Del pari la reciprocità costituisce l'essenza de' così detti rapporti di vicinanza; e così quando si dice che il vicino deve tollerare la immissione di *fumum non gravem*, s'intende che ciò è vero tanto per l'uno quanto per l'altro fondo che si trovino contigui o vicini. Quel che accade in questo regolamento dei rapporti di vicinanza stabilito dalla legge, può avverarsi anche per la volontà dell'uomo. E così Papiniano parla senz'altro di *praedia quae mutuo serviebant* (fr. 8.3.34),

Ma è altamente istruttivo in proposito il caso pratico, che diede luogo ad un geniale studio del KOHLER (1). Si fondò in una città una società per la costruzione di un quartiere tutto composto di ville, a modo da offrire una situazione privilegiata, libera dai rumori delle industrie, scevra da tutte quelle cause che rendono l'aria meno pura, non esposta a facile pericolo di incendi, propizia per una vita tranquilla e signorile. Fu per regolamento provveduto a che tutte le costruzioni fossero adattate

(1) *Arch. per la prat. civ.* LXXXVII p. 157-302.

a tali scopi ed assoggettate a tutte le restrizioni rese necessarie per il raggiungimento degli scopi medesimi: e a tale regolamento dovevano assoggettarsi tutti coloro che volevano acquistare una partecipazione alla società e quindi costruire nell'ambito di quel quartiere. Per quanto naturalmente la società non avesse titolo per fissare norme sulla costruzione di case, tuttavia essa poteva bene concedere i suoli a condizioni prestabilite nell'interesse di tutte le ville sorte e da sorgere in quella parte della città. E così tutto il complesso di quelle ville venne a costituire le singole case in condizione di reciproca servitù, a modo che ogni villa aveva diritto a che fossero rispettate le condizioni poste nel regolamento, ed alla sua volta aveva, di fronte a tutte e singole le altre ville, l'obbligo di ottemperare a quelle condizioni. Talchè non si può qui parlare di singoli rapporti di servitù, ma di un complessivo rapporto che abbraccia tutte le ville. Ond'è che non avrebbe valore alcuno la modificazione o soppressione di tutte o di alcune di queste condizioni convenuta da due o più partecipanti, ma la volontà di tutti è indispensabile.

§ 32.

Questa nostra trattazione ci ha permesso di delineare la figura del fondo dominante e del fondo servente, come elementi indispensabili per il concetto della servitù. Di necessità ci è accaduto di dovere accennare a quel che ora deve formare più direttamente l'oggetto della nostra esposizione, ossia, al requisito dell'utilità.

È facile intendere che una limitazione della proprietà di un fondo, lo asservimento di questo ad un altro fondo non può dall'ordinamento giuridico essere consentito senza un motivo ragionevole, senza, cioè, che da tale limitazione, da tale asservimento derivi un vero vantaggio per l'altro fondo. Se è vero che come la coesistenza degli uomini in società esige una reciproca limitazione della loro libertà, così la coesistenza de' vari fondi in una stessa regione esige una reciproca limitazione, e se è vero

che oltre alle limitazioni che a priori fissa l'ordinamento giuridico per le necessità di carattere generale, ve ne possono essere altre stabilite dall'accordo degl'interessati per quelle particolari esigenze che la condizione de' singoli fondi impone per il migliore sfruttamento di questi, bisognerà bene che il consenso della legge a tale restrizione si dia sol quando effettivamente il sacrificio da una parte è richiesto per un vantaggio dell'altra. A parte tutto, come potrebbe riconoscersi un diritto a vantaggio del proprietario del fondo dominante, quando egli, come tale, non avesse alcun interesse? Non è forse l'interesse in generale la materia sostanziale di ogni diritto? Ogni diritto patrimoniale presuppone un interesse del titolare e nel soddisfacimento di tale interesse consiste il vantaggio che la servitù attribuisce, secondo la formola di qualche autorevole scrittore (1). Il BRUGI (2), dopo avere rammentato il paragone che spesso si suol fare tra servitù prediale e obbligazione quanto alla necessità di un ragionevole interesse, nota che un tale paragone non è molto esatto e può facilmente dar luogo ad equivoci, in quanto il requisito dell'utilità nella servitù prediale sarebbe soggetto a criteri assai più rigorosi che non quello dell'interesse per l'obbligazione. L'osservazione non manca di fondamento, ma forse deve la sua origine ad un equivoco. Pare che il BRUGI ritenga, che quell'osservazione tenda a confondere l'interesse necessario per la servitù con quello necessario per il sorgere dell'obbligazione. In realtà questo solo si vuol dire che non vi può essere diritto senza interesse, ma intendendo sempre naturalmente che la particolare figura giuridica della servitù richiegga quel particolare interesse, che consiste poi nell'utilità del fondo dominante. Insomma è però sempre vero che quando manchi ogni interesse non vi può essere servitù. È interessante in proposito il fr. 8.1.15 pr. (Pomponius l. 33 ad *Sabinum*).

Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia

(1) BARON, *Pand.* § 156 n. 4.

(2) *Studi etc.* IV. p. 28.

nihil vicinorum interest, non valet, velut ne per fundum tuum eas aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia.

Nello stato suo attuale il passo ci presenta come indispensabile per la validità delle servitù un interesse o dell'uomo o del fondo. E gli esempi addotti sono veramente caratteristici. Il proprietario del fondo si assoggetta a non passare nel proprio fondo, a non fermarvisi, a non goderne. Può consentirsi questa restrizione che non arreca vantaggio alcuno al fondo vicino? È bensì vero che le servitù possono imporre un'astensione al proprietario del fondo servente: ma un'astensione da cui il fondo dominante si trovi avvantaggiato. Ecco perchè è pienamente efficace il vincolo di non scavare nel proprio fondo alla ricerca di acqua: tale ricerca infatti potrebbe recidere la vena d'acqua che sgorga nel fondo vicino o quanto meno diminuirne la portata. Sul concetto del giureconsulto non vi può essere difficoltà: esso viene a confermare quella portata generale del requisito dell'interesse, a cui sopra accennavamo. Gli esempi poi non solo escludono qui l'esistenza di un interesse, ma portano ad un aggravamento del dominio del fondo servente che è a dirittura intollerabile. Che si può fare di un fondo su cui non si può passare, su cui non si può fermarsi, di cui non si può usare e godere? È un annientamento non un assoggettamento del diritto del proprietario.

Ma il passo presenta alcune parti, che lo rendono sospetto d'interpolazione. La distinzione fra *servitutes praediorum* e *servitutes hominum* è una caratteristica giustiniana. E già per ciò si deve ritenere che i compilatori abbiano portato la mano su questo testo. Fu già rilevato (1) che il singolare *non valet*, sconcertante col precedente plurale, mostra che qualche cosa sia stato sop-

(1) LONGO *la categoria delle servitutes etc. Bull. dell'Ist. di d.º rom.* XI pagina 330 sg.

presso. È l'interesse de' vicini, che si spiega quando si tratti di servitù prediale, non ha ragion d'essere se si ammetta il concetto di una *servitus personae*. Io poi trovo che anche la parte finale lascia molto a desiderare dal lato della logica giuridica. Infatti il divieto di scavare nel fondo del nostro vicino imposto al suo proprietario mira a salvaguardare l'acqua che sgorga nel nostro e quindi dovrebbe essere indipendente dall'intenzione con cui si procede allo scavo. Invece, se si prenda alla lettera il testo, bisogna concludere che il divieto vi è quando si cerca l'acqua per diminuire l'acqua nostra—*aquae meae minuendae gratia*. Io non so se il testo di Pomponio fosse così concepito: ma chi rammenti le riforme apportate nel diritto giustiniano in tema d'acqua per via d'interpolazioni, nel senso appunto di colpire l'emulazione, non stenterà a credere che vi sia qui la traccia di una sbagliata applicazione di quel concetto che fa capo alla intenzione dell'agente.

§ 33.

Fermiamo dunque un primo criterio negativo, e, cioè, che l'ordinamento giuridico non consente un diritto di servitù quando manchi l'utilità per il fondo dominante, come in genere non consente diritto senza interesse. Ma occorre andare oltre e ricercare di qual genere debba essere questo interesse necessario per la speciale figura della servitù prediale. Fino a che si dice: la servitù deve attribuire al fondo dominante un'utilità a carico del fondo servente, si è d'accordo. Ma quando si scende più al concreto e si tenta determinare questa utilità, si cerca di trovare una formola che questa definisca, le difficoltà sono molte e molte e gravi le dispute.

Cominciamo col premettere qualche considerazione d'indole storica. Non è verosimile che il requisito dell'*utilitas* sia stato posto in modo così netto e reciso nelle origini della servitù. La *utilitas servitutis*, come la presenta Paolo (fr. 8.5.5) è un concetto troppo astratto perchè possa appartenere ad un periodo

primitivo. Le servitù sorsero, come vedemmo, non già come manifestazioni di una figura astratta, a modo che tutti i rapporti che ad essa corrispondessero coi loro elementi costitutivi sostanziali potessero essere in concreto costituiti come servitù, sibbene come figure speciali, positive per sè stanti, ammesse volta a volta. Sorsero così l'*iter*, l'*actus*, la *via*, l'*acquae ductus* e furono parte di quel patrimonio che era costituito dalle *res mancipi*: non si ebbe subito un concetto di *servitus*, di cui quelle figure fossero la manifestazione. Appunto sulla profonda distinzione che passa fra i sistemi giuridici, come il nostro attuale, in cui si pone un concetto fondamentale e si riconoscono come servitù tutti quei rapporti concreti che contengono i requisiti speciali di tale concetto, e quelli altri, come il romano, ne' quali si vengono mano a mano riconoscendo alcuni tipi determinati a priori dall'ordinamento giuridico e lasciati poi alla determinazione concreta per via di modalità, che non ne alterino la struttura, una larga schiera di valorosi romanisti ha condotto indagini sottili e fruttuose, che possono avere importanza anche per la sistematica civilistica in genere (1). Per quanto tocca il nostro argomento basta rilevare che lo *ius eundi agendi* e quello *acquae ducendae*, in quei tempi parsimoniosi, quando il cittadino esercitava esso direttamente l'agricoltura, si presentavano senz'altro coll'impronta di una evidente migliona del fondo dominante e questo vantaggio appunto — non come requisito teorico di un rapporto astratto—ma come qualche cosa che in concreto conteneva l'utilità che ne consigliava l'accoglimento. Il che tanto più appare evidente quando si muova dall'ipotesi che riannoda alla disciplina convenzionale de' rapporti di vicinanza l'origine delle servitù. Il requisito dell'utilità si presenta, in tali condizioni, nella forma specifica e concreta che raduna in sè i requisiti della vicinanza e della perpetuità. Solo gradatamente, a misura che i nuovi bisogni impongono l'accoglimento di altre figure di

(1) Cfr. PEROZZI, *sulla struttura delle servitù prediali in diritto romano* (1888); BRUGI su GLUECK p. 118 sg. e le notizie bibliografiche date in questi lavori.

servitù, che la riflessione scientifica paragona i varî tipi ricevuti, si arriva a concepire una figura generale che abbraccia quei tipi, con quelle linee fondamentali che sono a questi comuni, pur consentendo che il presupposto concreto si attui con varie modalità che permettano di adattarlo al singolo caso e quindi alle particolari condizioni di esso (1).

§ 34.

La scuola romanistica italiana, che ha sotto molteplici aspetti studiato la figura della servitù, può vantare uno studio assai accurato, acuto, profondo sul requisito dell'*utilitas*. Vogliamo accennare agli eleganti lavori del BRUGI, pubblicati a più riprese nell'*Archivio giuridico* e anche in altri periodici e riassunti nelle appendici e nelle note al GLÜCK.

Il concetto fondamentale dell'illustre romanista di Padova si contiene in queste sue testuali affermazioni (2): « La servitù prediale non è subordinata nella sua costituzione, nella misura del suo esercizio, nella sua durata, al criterio della esistenza, della estensione, della durata del bisogno del fondo dominante. Conferisce a questo un aumento del suo valore economico e della sua economica produttività ». Il BRUGI intende per bisogno di un fondo tutto ciò che è indispensabile per la sua cultura e perchè possa rispondere alla sua destinazione: così, ad esempio, l'accesso, il deflusso naturale delle acque nel fondo inferiore, lo scarico delle acque piovane cadenti sul tetto, le distanze tra gli edifici perchè questi possano avere luce, aria, possibilità di accesso, l'emissione del fumo per i bisogni ordinari della vita e simili. Di fronte a questo *necessario*, vi è l'*utile*, ossia, tutto ciò che rende al possessore più profittevole il possesso del fondo. Fissato così il contrapposto, assume il BRUGI, che la *communis*

(1) Cfr. DERNBURG, *Pand.* I § 239 nota 2.

(2) *Studi* IV p. 25.

Dir. rom. IV p. 2^a. — C. FADDA, *Servitù*.

opinio de' giuristi — anche antichi — ponga come contenuto della servitù il bisogno, non l'utilità del fondo (1).

Ora io credo che il chiaro professore faccia torto ai giuristi da lui citati e che egli li abbia del tutto fraintesi. Quando, ad esempio, i due illustri pandettisti da lui presi di mira, parlano di *bisogno* del fondo, non intendono affatto restringere questo concetto al puro necessario, ma vogliono significare quel che occorre per il fondo a fin che risponda quanto meglio è possibile alla sua destinazione. È così il WINDSCHEID non può avere inteso il bisogno in quel senso quando poco prima (2) aveva scritto, che può costituire contenuto della servitù soltanto ciò che ha valore per il fondo come tale, non semplicemente per la persona del proprietario e che ha valore per il fondo non solo ciò che gli è *utile* ma anche ciò che lo rende più *aggradevole*. Ed il VANGEROW, poco prima delle parole riferite dal BRUGI, afferma che possono costituirsi come servitù sole quelle facoltà che assicurano un *interesse* per ogni possessore del fondo dominante come tale. E non può accogliersi come esatto l'altro assunto del BRUGI che gli scrittori citati scambino un corollario con un principio fondamentale, perchè anzi essi pongono il principio della *utilità* e da questo traggono espressamente le conseguenze.

L'antitesi del BRUGI (3) lo conduce in sostanza a questo assunto: che per tutto quanto è *necessario* al fondo provvede l'ordinamento giuridico, la legge: per quel che è *utile* provvede la volontà privata. Ora a noi pare che in questa antitesi e nel conseguente assunto vi sia un'evidente esagerazione. Quando noi parliamo dei bisogni di un fondo non ci riferiamo a cosa ben

(1) Il BRUGI cita sopra tutto il WINDSCHEID (§ 209 n. 5) e il VANGEROW (§ 440 osserv. I n. 1). Secondo il primo, il *bisogno* (das Bedürfniss) del fondo dominante dà norma non solo al contenuto della servitù, ma anche per la misura del suo esercizio. Per il secondo la facoltà concessa colla servitù non può eccedere il *bisogno* (das Bedürfniss) del fondo dominante.

(2) V. lo stesso § 209 n.º 2.

(3) Qualche cosa di analogo vi è in NOODT, *Probabil.* I. 2.3. Ma nella sua forma recisa essa è già nello IHERING, *Ann.* VI p. 96.

certa e definita. Nessun dubbio che a rigore quando si parla di bisogno può intendersi tutto ciò che al fondo è indispensabile, e tutto ciò senza cui il fondo non può stare. E così è un assoluto bisogno per il fondo lo avere il passaggio per essere in comunicazione colla via pubblica: la relativa servitù provvede a un bisogno, ad una necessità indispensabile. Ma non è dubbio neppure che il bisogno può riferirsi a cosa di cui il fondo non può fare a meno solo in quanto esso ha una particolare destinazione. Così è ad una necessità relativa che provvede la servitù di scavare pietra calcare per l'esercizio di una vicina fornace di calce. Egli è di tutta evidenza che di regola l'ordinamento giuridico provvede soltanto ai bisogni della prima specie. Ma talora, in rispondenza a certi principi di pubblica economia, a certe tendenze di una determinata epoca, esso si spinge fuori la cerchia dei bisogni assoluti e provvede anche a favore di alcuni fra i relativi. Là dove più energico si afferma il carattere sociale della proprietà, è più facile questo intervento della legge a pro di particolari esigenze agricole o industriali. Mentre nella società in cui il dominio si afferma nella rigida cerchia individualistica, può accadere che il diritto si fermi anche di fronte alle esigenze del bisogno assoluto, come quando esso non ostacola l'oscuramento di un'abitazione per costruzione fatta dal vicino. Le antitesi logicamente architettate e formulate non rispondono spesso alla realtà delle cose. Lo stesso BRUGI non disconosce che vi possono essere servitù, costituite per fatto dell'uomo, rivolte a provvedere a vere e proprie necessità. Va bene dunque che si ponga come fondamentale per il concetto della servitù il requisito dell'utilità: ma bisogna riconoscere che in questa generale espressione si comprende sotto un certo rispetto anche la necessità.

E dopo queste osservazioni passiamo alla più concreta determinazione del requisito.

§ 35.

Come abbiamo ripetutamente osservato, la servitù, oltre che connessa ad un fondo, è destinata a vantaggio del medesimo. Ritorna spesso nelle nostre fonti il contrapposto fra la servitù e quei diritti nei quali il vantaggio è per una persona considerata in sè stessa. In tale contrapposto, quale appare formulato nelle fonti giustiniane, si fonda la tradizionale distinzione tra servitù prediali e servitù personali, distinzione estranea al diritto classico, che non conosce servitù personali, ma qualifica semplicemente come *ius* quel diritto reale, il cui vantaggio ha di mira la persona.

Onde a giusta ragione il LONGO nell'esaminare il fr. 8. 1. 15 pr., da noi sopra riferito (1), congettura, che Pomponio parlasse di *hominum vel praediorum iura* invece che di *servitutes*. Comunque sia, è innegabile che la utilità nelle nostre fonti è riferita al fondo in antitesi a quei diritti, che mirano ad avvantaggiare la persona.

E' appunto di Pomponio (l. 33 *ad Sabinum*) il fr. 8.3.20, 3 in cui si dice che *hauriendi ius non hominis sed praedii est*, come il fr. 8.1.15 pr. ora rammentato, in cui si fa la distinzione fra *servitutes hominum* e *servitutes praediorum*. E la notissima figura dell'*aquae haustus* è qualificata come uno *ius praedii* appunto in antitesi allo *ius hominis*, perchè il vantaggio è per il fondo. E così nel fr. 8.3.4 Papiniano (l. 2 *responsorum*), a proposito della servitù di pascolo e di abbeveraggio, dice che *praedii magis quam personae videtur*.

Ma conviene tenere presente, che se un determinato contenuto di diritto può, considerato in sè, oggettivamente, servire a costituire una servitù, perchè le facoltà in esso contenute sono a vantaggio del fondo, nulla vieta che le parti si accordino su ciò, che il diritto vada esclusivamente a vantaggio della persona e con essa venga a cessare. Gli è per ciò nel cit. fr. 4 si dice che

(1) V. § 32 p.

« si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus ». Lo stesso avviene nel fr. 8.3.37, in cui Paolo (l. 3 *responsorum*), riferisce il caso seguente.

Λούκιος Τίτιος Γαίω Σείῳ τῷ ἀδελφῷ πλειῖστα κáρειν. ὕδατος τοῦ ῥέοντος εἰς τὴν κρήνην τὴν κατασκευασθεῖσαν ἐν ἰσθμῷ ὑπὸ τοῦ πατρὸς μου δίδωμι καὶ χαρίζομαι σοὶ δάκτυλον εἰς τὴν οἰκίαν σου τὴν ἐν τῷ ἰσθμῷ, ἣ ὅπου δ' ἂν βούλη. Lucius Titius Gaius Seio fratri salutem plurimam. Aquae fluentis in lacum a patre meo in isthmo facto, digitum tibi do donoque in domum tuam, quae est in isthmo, vel quocumque velis. (la traduzione è dell'edizione del Digesto Milano 1908).

§ 35.

Quaero, an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Gaii Seii pertineat. Paulus respondit usum aquae personalem ad heredem Seii quasi usuarii transmitti non oportere.

La donazione dell'acqua è fatta al fratello del donante coll'indicazione che egli se ne serva per la casa sua situata nell'istmo o per quell'altro stabile che egli vorrà. La questione verte sulla natura del diritto donato. Considerato in sè il diritto di presa d'acqua può formare oggetto di servitù prediale. E se il donante si fosse limitato a indicare la casa dell'istmo come destinataria del vantaggio, nessun dubbio che la figura giuridica della *servitus* avrebbe dovuto essere riconosciuta. Ma il donante non si limita a ciò, perchè anzi rimette all'arbitrio del fratello il servirsi dell'acqua per quel qualunque fondo, a cui gli piaccia di apportare il beneficio. Vuol dire che il donatario potrà a suo libito servirsi della quantità d'acqua donata, mutare l'uso e valersi dell'acqua ora per un fondo ora per un altro. Poichè dunque il beneficio non è concesso ad un fondo determinato, ma è a disposizione della persona, si ha uno *ius hominis*, un diritto legato alla persona, il quale vien meno colla persona e non passa quindi negli eredi.

In definitiva dunque questa antitesi, che appare ripetuta-

mente nelle fonti, conferma che l'utilità della servitù deve essere per il fondo. La persona non può goderne se non per via del fondo, che è così lo stromento necessario di tale godimento.

§ 36.

Interpretando a stregua della logica rigorosa questo requisito, bisognerebbe ammettere una servitù sol quando il vantaggio andasse direttamente a favore del fondo. Ma a questo proposito conviene bene intendersi. Per rendere più chiaramente il concetto, prendiamo appunto ad esempio la servitù di presa d'acqua e di acquedotto. Se la presa d'acqua è stabilita a favore di un fondo rustico, bisognerebbe dire che essa è propriamente rivolta a vantaggio del fondo solo quando l'acqua è destinata per l'irrigazione, perchè solo per tal modo l'acqua contribuisce a svolgere le forze produttive del fondo. Che se la presa d'acqua fosse a favore di un molino avremmo sempre un vantaggio diretto per il fondo data la sua destinazione. Ma la presa d'acqua a favore di un predio urbano non presenta facilmente questo rapporto diretto col fondo. Si adopera l'acqua per la pulizia (lavatura) della casa, per i bisogni domestici (acqua potabile, acqua per cucina, acqua per bagni, per lavare e fare il bucato etc.). Per lo più adunque l'acqua serve nella casa per l'uomo, per i suoi bisogni, per le cose di cui si serve. Ma anche qui, indubbiamente, l'acqua torna a vantaggio della casa, in quanto la destinazione della casa essendo quella di essere abitata, ed essendo l'acqua elemento indispensabile o per lo meno di primaria importanza per l'abitazione, è in ragione anche della sufficienza e dell'abbondanza dell'acqua che la casa acquista il carattere di abitabile e di comodamente abitabile. Ma evidentemente per tal modo ci scostiamo dal concetto primitivo rigoroso, perchè qui l'acqua torna direttamente a vantaggio o delle persone o delle loro cose.

Così che dalla necessità, si passa al vantaggio, alla comodità! E dalla comodità all'aggradevolezza, in tutte le sue varie forme, non è difficile il cammino.

L'uomo in società si contenta dello stretto necessario sol quando si trova nei periodi di civiltà appena rudimentale. Appena si esce dallo stato di primitiva rozzezza si va manifestando e gradatamente intensificando il bisogno di certe comodità, che agli antichi potevano sembrare delicatezza da effeminati, ma che ora sembrano quasi una condizione necessaria della vita. I sempre crescenti contatti con popoli di più avanzata civiltà, il successivo allontanamento della vita patriarcale dei campi, tutto porta ad affinare il gusto e le ricchezze conquistate colle armi e colla speculazione offrono i mezzi per dare soddisfazione alle nuove tendenze, alle nuove esigenze. Mano a mano si fa strada la persuasione essere ingiusto pretendere che le persone fornite di lauto censo si privino di certi svaghi, si neghino certe comodità e si riducano allo stretto necessario. I predicatori di questo ritorno all'antico non fanno e non possono fare fortuna. Roma dopo le guerre puniche, dopo la conquista della Grecia, dopo le guerre d'Asia andò mano a mano elevandosi a città mondiale e di gran lusso. L'antica rozza parsimonia cede inesorabilmente il posto a costumi raffinati, a lusso sfarzoso. Chi ponga a paragone le idee primitive sull'uso delle acque con quelle degli ultimi tempi della repubblica e con quelle dell'Impero trova un enorme divario. La casa in città coi suoi giardini, che non mancano neppure al povero; i palazzi sontuosi; i poderi di lusso; le ville di una grandiosità fantastica, richieggono ben altro che esigesse la capanna, l'antica casa, l'orticello, il campo aratorio. L'acqua occorre a profusione per fontane, per zampilli e per i complicati giuochi d'acqua — *aquae salientes*. Si può forse in tali condizioni avere un identico concetto dell'utilità dell'acqua a pro del fondo e della casa? E come per l'acqua, così dicasi delle altre condizioni volute dalla vita grandiosa del signore romano. La servitù di luce e quella di prospetto passano dal necessario alle vedute amene, ampie, spaziose. Tutto esorbita dall'antica cerchia e s'intona alla nuova vita della capitale del mondo. Bisogna tener conto di questo vertiginoso movimento ascensionale per intendere come non si po-

tesse l'utilità stimare più coi criteri dell'antico agricoltore. Le fonti ci confermano questa evoluzione, che s'indende di per sé.

§ 37.

Pomponius l. 45 *ad Sabinum* — fr. 43.20. 3 pr.

Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.

Ulpianus l. 70 *ad edictum* — fr. 1 § 11 eod. tit.

Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua iis interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quam ad usum quoque et commodum nostrum. et hoc iure utimur, ut haec quoque contineatur, propter quod etiam si in urbana praedia quis aquam ducere velit hoc interdictum locum habere potest.

In questi due passi si scorgono subito le gradazioni accennate. Vi è in prima linea l'attribuzione diretta del vantaggio al fondo (*ad irrigandum*) e su questo punto non sorge dubbio. Tuttedue i giuristi pongono fuori questione la possibilità della presa d'acqua *ad irrigandum*. Quanta importanza dessero i Romani a questo scopo ci è attestato anche da studi recenti (1). Fra le cose dubbiose presentano Pomponio ed Ulpiano gli altri scopi. Il vantaggio che ridonda sul fondo per via di altre cose che vi sono annesse (*pecoris causa*) o quello che ritraggono i possessori del fondo in quanto sono con esso in relazione (*ad usum quoque et commodum nostrum*). Infine basta che il soggiorno della casa sia reso più aggradevole ed ameno (*amoenitatis causa*). Quindi non il solo fondo rustico, ma anche l'urbano, la casa e le sue dipendenze. La soluzione del dubbio è riferita ad un diritto oramai ricevuto: *hoc iure utimur*, è l'affermazione contenuta nei due passi.

Il THIBAUT (2) e dopo di lui, tra altri, il BRUGI (3) vanno in

(1) SOKOLOWSKI, *La filosofia nel diritto privato* (die Philosophie im Privat-recht) Halle 1907 II p. 37 sgg.

(2) *Saggi* (Versuche) I p. 1 sgg.

(3) *Studi* IV. 32.

contrario avviso. Il primo vuole che Ulpiano non dica già che la servitù può essere costituita per quel che rende il bisogno, ma anzi che l'*usus* di cui egli parla accenni a quel che è portato da urgenti bisogni (*auf dringende Bedürfnisse*). E Pomponio non direbbe di più: poichè anch' egli accennerebbe all'antitesi fra ciò che torna direttamente a vantaggio del fondo e ciò che serve alle persone che posseggono il fondo. Non vi sarebbe stata mai una disputa se non su ciò. Pomponio direbbe recisamente che la servitù può essere costituita anche per la semplice amenità e ciò del resto apparirebbe anche dal fatto che senza contestazione si ammisero le servitù relative al prospetto, alla veduta, che appunto hanno per iscopo l'*amoenitas*. Secondo il BRUGI (1) poi sarebbe impossibile portare nella questione un criterio cronologico, da che gli stessi giureconsulti pongono contemporaneamente il criterio della concessione del vantaggio col fondo ed ammettono la servitù costituita *ob amoenitatem*.

Non mi sembrano osservazioni che calzino. L'argomento ultimo del BRUGI è poi a dirittura infondato. O che forse è nel periodo classico — cui appartengono Pomponio ed Ulpiano — che si può ritrovare il mutamento nel concetto di *utilitas*? Se si ponga mente ehe al concetto astratto di *utilitas* si è giunto — come or ora dicemmo — dopo che il numero delle servitù si era mano a mano accresciuto; che le idee economiche correnti nel periodo iniziale delle servitù non potevano essere quelle dominanti gli ultimi della Repubblica ed il periodo imperiale; s'intenderà senz'altro essere impossibile negare l'evoluzione nel concetto del servizio da fondo a fondo. L'evoluzione si deve ricercare nella diversità dei nuovi tipi di servitù mano a mano ammessi. I primi hanno in sè scolpita l'utilità, la quale risponde ad un concetto severo e rigido. Lo stesso passaggio dalle servitù rustiche alle urbane segna il mutamento del concetto, perchè nelle urbane il servizio si rende normalmente al fondo per via della persona. Basta l'accenno alle *servitutes ne prospectui officiat*, per le quali è prov-

(1) L. c.

veduto *ne quid ei officiat* ad *gratiorem prospectum et liberum* (fr. 8.2.15). Come negare che qui il vantaggio non è direttamente rivolto al fondo, ma a quelli che ne godono? Come disconoscere l'enorme divario fra la servitù primitiva *ad irrigandum* e queste rivolte *ad gratiorem prospectum* e l'acquedotto destinato alle ville lussuose? Certamente i due giuristi accolgono l'uno e l'altro criterio, ma dal modo stesso con cui li presentano mostrano di avere piena coscienza dell'evoluzione. Conchiudendo: se per il diritto classico e per il giustiniano non è questione sulla possibilità di servitù rivolte ad accrescere l'aggradevolezza e il lusso di uno stabile, bisogna riconoscere che a questa latitudine nell'intendere l'*utilitas* si è arrivati dopo una lunga evoluzione, che appare già dalla successione storica dei tipi delle servitù.

§ 38.

Abbiamo ripetutamente affermato che il vantaggio portato dalla servitù deve tornare a pro del fondo dominante ed essere coordinato al raggiungimento della varia destinazione di questo.

Questo concetto appare evidente dall'esame di alcuni passi delle fonti.

Ulpianus l. 17 *ad edictum* — fr. 8.3.5,1.

... sed ipse (Neratius) dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit:

Paulus l. 15 *ad Plautium* — fr. 6 eod.

Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur (sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur aut ut dolia fiant) vel tegulae vel ad villam aedificandam. sed si, ut vasa venirent, filii nae exercerentur, usus fructus erit. — 1. Item longe recedit ab usu fructu ius calcis coquendae et lapidi eximendi et harenae fodiendae aedificandi eius gratia quod in fundo est, item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant? Non est dubitandum, quin servitutis sit, et hoc

et Maecianus probat in tantum, ut et talem servitutem constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet si habeam pascui servitutem aut pecoris appellendi, ut, si hiemps ingruerit, habeam quo me recipiam.

I due testi si occupano di certe servitù per cui si ha diritto di prendere qualche cosa da un fondo: calcare per il forno da calce, arena, pietra per costruzione e riparazione, creta o altro materiale per la fabbricazione di vasi ed altri oggetti, pali per la vigna. Ma questa facoltà di prendere prodotti da un fondo costituisce *ius praedii*, una servitù vera e propria, solo quando le cose asportate servano per il fondo dominante e nella misura di quel che occorre per questo fondo. L'arena, la pietra da costruzione, il calcare per la produzione della calce debbono servire per la costruzione e la manutenzione della vicina villa; i pali debbono essere adoperati per la vigna o il giardino che sono nel fondo dominante; la creta deve servire per la fabbricazione di vasi, anfore o altri recipienti destinati all'esportazione de' prodotti del fondo stesso. Così che se io ho un forno da calce per vendere il prodotto non posso stabilire una servitù di scavare calcare nel fondo vicino, come non posso costituire la servitù di scavare creta per la fabbricazione di vasi in una mia officina per la vendita. In tutti questi casi di servitù a scopo industriale si ha uno *ius hominis*, che Paolo qualifica come *usus fructus*, appunto perchè una parte, o, sia pure, tutto il prodotto del fondo viene adoperato dall'industriale. A dare un più evidente esempio della distinzione tra il vantaggio della persona e quello del fondo Paolo adduce l'esempio del ricovero in un *tugurium*, in una capanna qualunque che uno pattuisca per sè, per le persone dipendenti. Il diritto di tenere quella costruzione, sia pure provvisoria, non può in genere essere considerato come una servitù prediale: sarà un diritto di superficie o altro, ma non una servitù. Ma servitù è quando costituisca un elemento accessorio del pascolo o dell'abbeveraggio, a cui si ha diritto sopra un determinato fondo.

Il gregge non può rimanere al pascolo o all'abbeveraggio senza custodia. D'altra parte il fondo dominante è lontano abbastanza

da non potere i custodi rifugiarsi in caso d'intemperie. Appare evidente l'utilità del ricovero o nello stesso fondo servente o in altro vicino. Qui il diritto di tenere il *tugurium* è un accessorio della servitù di pascolo e quindi si connette con questa al fondo dominante. Sì che è uno *ius praedii*, non uno *ius hominis*. L'occupazione di spazio del fondo servente si trova anche in altri casi analoghi. Così nel fr. 8.3.3,1,2 Ulpiano ci parla della facoltà di tenere i frutti del proprio fondo raccolti e conservati nella villa del vicino — *ut fructus in vicini villa cogantur coactique habeantur* e di depositare nel fondo vicino ad una cava terra, pietre etc. per il servizio della cava: ... *vicino, cuius lapidicinae fundo tuo immineant, posse te cedere ius ei esse terram rudus saxa iacere posita habere et ut in tuum lapides provolvantur ibique positi habeantur indeque exportentur*. E ritorna appunto anche qui lo stesso concetto del vantaggio del fondo dominante secondo la sua destinazione. E lo stesso criterio troviamo per la servitù di pascolo. Ulpiano (l. 17 *ad edictum* — fr. 8.3.3 pr.) scrive:

Item sic possunt servitutes imponi, et ut boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur.

Come servitù prediale può dunque costituirsi il diritto di far pascolare sul fondo altrui i buoi addetti alla coltura del fondo dominante, appunto perchè per tal modo si viene a favorire questo fondo. E si va anche più oltre, perchè nel fr. 8.3.4, già da noi citato. Papiniano ammette la servitù di pascolo a favore dei buoi che sono allevati in un fondo, quando questo ha la sua destinazione principale nell'allevamento del bestiame: « si praedii fructus maxime in pecore consistat ». Come si coadiuva il fondo facilitando il mantenimento del bestiame addetto alla coltura, così lo si coadiuva quando si provvede al pascolo de' buoi che in esso vengono allevati per speculazione.

§ 39.

La soluzione data nelle fonti relativamente alla possibilità di servitù di prendere creta per fabbricare vasi o tegole merita

qualche ulteriore considerazione. Come vedemmo, si richiede, che la creta serva solo per i vasi destinati all'esportazione dei frutti del fondo dominante, per le tegole necessarie allo stesso fondo, come si esige che la calce e le pietre servano solo per la costruzione e riparazione del fondo dominante. Se la fabbrica non ha per iscopo il diretto servizio del fondo dominante, sibbene la vendita di vasi, tegole e così via, se ne deduce che la servitù sia impossibile come tale, perchè torna a vantaggio della speculazione della persona. Ci troviamo così di fronte alla questione che pur dà luogo a tante dispute anche fra i civilisti moderni, sulla possibilità e sui limiti della possibilità della servitù a scopo industriale. Può un opificio, in cui si esercita una determinata industria, per la quale occorrono certi materiali, avere il diritto di servitù di prendere, in tutto o in parte, tali materiali nel fondo vicino? E così appunto la pietra calcare per un forno di calce destinato alla vendita della calce; la creta per una fabbrica di vasi di tegole, di mattoni, di piastrelle; la legna per attivare i relativi forni e così via?

Le fonti sembrano contrarie a queste servitù a scopo industriale. Noi abbiamo visto come Paolo escluda la possibilità della servitù di scavare creta a favore di una fabbrica di vasi stabilita a scopo di commercio per sè stante. Ma d'altra parte è consentita la servitù di pascolo per i buoi che si allevano nel fondo a scopo di rivendita (fr. 8.3.4 cit.) e la servitù di deporre le pietre scavate da una cava in esercizio (fr. 3 § 2 cit.). Come si vede qui è proprio a favore di un'industria che si concede la servitù.

Il KOHLER (1) intende il fr. 6 nel senso che Paolo voglia escludere dal concetto della servitù lo stabilire sul fondo vicino una fabbrica di tegole per vendita. Se sul mio fondo io ho una *figlina*, dice il KOHLER, io posso stabilire una servitù che mi dia diritto a prendere creta anche nel fondo vicino a favore della mia fabbrica: ma non esclusivamente da questo fondo, poichè in tal caso esso non darebbe un semplice aiuto, ma compirebbe del

(1) Op. cit. pag. 181 sg.

tutto gli scopi della fabbrica e potrebbe tecnicamente considerarsi come il fondo dominante di fronte all'opificio, che sarebbe quasi il *tugurium* di fronte alla servitù di pascolo. — Ma questa interpretazione, nè risponde al passo nè ha valore considerata in sè. Il testo parla dell'esercizio delle *figlinae* a scopo di speculazione senza accennare in modo alcuno a ciò, che la creta si scavi in tutto nel fondo servente e non anche nel terreno dov'è la fabbrica. Non è su ciò che si appunta l'attenzione di Paolo, sibbene sulla circostanza che i vasi, le tegole e così via servano per la speculazione non già per i frutti del fondo dominante. Si reputa che qui si provveda al bisogno della persona dell'industriale e non del fondo. Nè si può accogliere l'idea che il diritto di prendere il materiale per il fondo dove non è che la fabbrica costituisca questa come fondo servente. Sarebbe lo stesso come dire che il molino è il fondo servente di fronte a quello da cui si prende l'acqua. Il vero è che la fabbrica è sempre il principale: è per essa, perchè possa funzionare, che si prende il materiale. Il quale è un mezzo di produzione e come tale viene fornito al fondo dominante. Non possiamo quindi togliere per questa via l'ostacolo che si presenta ad una servitù a scopo industriale per il diritto romano. Nel quale, come or ora abbiamo visto, trovasi affermata in modo non dubbio la possibilità di servitù a favore di un'industria.

§ 40.

La tendenza dei civilisti moderni, a malgrado di qualche eccezione, è di consentire la possibilità di servitù a scopo industriale, quando il fondo dominante non solo sia destinato all'industria, ma abbia ricevuto un particolare adattamento per rispondere a tale destinazione (1).

La particolare destinazione industriale che dà al fondo quel ca-

(1) Cfr. CROME, *Sist.* I § 431 nota 13; PLANIOL, I n.º 2934; BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *Beni* n.º 1076.

rattere speciale fa sì che in tal caso il beneficio vada al fondo come tale e che il proprietario riceva il vantaggio per via del fondo. Il vedere dunque nel singolo caso se la servitù sia possibile dipende dall'esame degli elementi concreti, che possono attestare il legame del vantaggio col fondo. L'argomento che il fondo non è nè commerciante nè industriale non è serio, quando appunto la particolare destinazione del fondo gli dà quell'adattamento che permette di sfruttare il fondo per quello scopo. A questa stregua bisognerebbe negare il carattere di servitù a quei diritti che mirano a favorire l'abitabilità della casa. Come vi è una casa d'abitazione, così vi è un edificio industriale: come la casa rende quel vantaggio a chiunque la abiti, così l'opificio compie la sua funzione a pro di quel qualunque industriale che lo sfrutti? Questo concetto abbiamo visto in sostanza anche nelle fonti, quando, ad esempio, esse consentono la servitù di pascolo a favore di un fondo destinato all'industria dello allevamento del bestiame. Certo la decisione relativa alla fabbrica di vasi e tegole può sembrare contraria a queste servitù industriali. Tanto più quando si pensi all'enorme sviluppo di questa industria in Roma (1). Le *figlinae* non si impiantavano a capriccio, ma in quei fondi dove trovavasi il materiale adatto. E tanto è vero questo che i prodotti della fabbrica portano il nome del fondo: *figlina doliaris fundi Furiani Preciliorum*, e che il fondo era anche affittato come industriale e nel prodotto figura il nome del conduttore. Tutto ciò mostra come allorquando in genere si parla di *figlinae*, queste suppongono l'esistenza di un fondo in cui trovasi anche il materiale per la fabbricazione. Il che esclude ancor più recisamente l'interpretazione sovra ricordata del KOHLER, perchè se Paolo avesse ritenuto impossibile la servitù per ciò che nel fondo dominante vi era solo la fabbrica, ma non il materiale, avrebbe rilevato ciò, siccome quello che andava contro lo stato abituale delle cose. Non è dunque

(1) Cfr. MARQUARDT, *Vita privata dei Romani* I p. 162 sg. (ed. fr. 188), II p. 665 (317); BLÜMNER, *le antichità romane private* (Monaco 1911) p. 65.

facile trovare la ragione per cui, pur trattandosi di un'industria così largamente diffusa e che serviva per la speculazione anche agli imperatori, si sia negata la possibilità della servitù. Certo è che qui, dove il carattere industriale spicca così evidente, il *beneficio* si ritiene rivolto alla persona e non al fondo.

§ 41.

E poichè questa figura della servitù industriale ci si presenta, non sarà inutile completarne la trattazione coll' esame di una questione anche assai più grave della precedente e che ad essa si lega. Può imporsi ad un fondo una restrizione per cui il suo proprietario non possa fare certe cose nel suo fondo allo scopo di evitare la concorrenza a danno dell'industria o del commercio che si eserciti nel fondo vicino? Anche qui le opinioni sono divise quanto al diritto moderno e conviene riconoscere anzi che la grande maggioranza degli scrittori è per la negativa. Le ragioni le troviamo largamente esposte nel più volte citato scritto del KOHLER (1). L'astensione dall'esercizio di un'industria non varrebbe ad accrescere la condizione naturale o tecnica del fondo dominante destinato ad un'industria, ma vi sarebbe solo un beneficio per la persona che questa industria esercita: il vantaggio sarebbe per una speculazione, non per il fondo in cui la si esercita. Altrimenti—così vuole il KOHLER—si potrebbe stabilire una servitù per cui nel vicinato non possono abitare persone che abbiano un patrimonio superiore a un mezzo milione, che professino opinioni socialiste, o professino la religione israelita o appartengono al partito antisemita e così via. Sarebbe assai grave quest' onere reale che vincolerebbe in perpetuo la libertà del fondo!

Non mancano però autorevoli voci in contrario e lo stesso KOHLER deve riconoscere che anche nella giurisprudenza germanica si appalesa la tendenza a non impedire questa servitù. E

(1) Op. cit. p. 174 sg.

in realtà a noi pare che non si possa, senza esagerare, opporre ad esse un divieto assoluto. E così, se ben si guardi, vi sono certe figure, che possono aprire la via a una migliore visione. Come vedemmo è lecito impedire che il vicino scavando nel suo ci privi dell'acqua, che sgorga nel nostro fondo. La servitù qui non soffre difficoltà. Ma suppongasì che io abbia una cava di marmo, che ha una specie di monopolio per la sua speciale qualità e che il mio vicino abbia nel seno del suo fondo identica specie di marmo. Sarà lecito costituire una servitù per cui il vicino non possa scavare marmo, aprire la cava nel suo fondo? Il caso si presentò nella pratica (1). Trattavasi del venditore di un immobile che si era interdetto per sè e suoi eredi di estrarre del marmo nella parte del fondo che egli conservava. E a noi pare che i compratori, i quali acquistavano la parte dove la cava era già aperta o doveva aprirsi, potessero ben stabilire una formale servitù, perchè la destinazione speciale del fondo faceva sì che il vantaggio del proprietario provenisse per via del fondo come stromento necessario. Giustamente gli scrittori vogliono che il fondo dominante abbia una speciale destinazione, che resti agevolata dalla costituzione della servitù.

§ 42.

In relazione a tale questione è utile prendere in esame un disputato passo delle nostre fonti.

Ulpianus l. 6 *opinionum* — fr. 8.4.13.

Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, l. c. p. 830 nota 3.
Dir. rom. IV p. 2^a. — C. FADDA, *Servitù*.

Vi è una persona che ha in sua proprietà due fondi vicini: il fondo Geroniano e il fondo Botriano, posti tutte due sulla riva del mare. Il proprietario dei due fondi vende il Geroniano e nella vendita inserisce una clausola per cui nel fondo venduto non si sarebbe esercitata la pesca del tonno facendo concorrenza alla tonnara sita nel fondo ritenuto. Quale il valore di questa clausola? Il testo dice che sebbene non sia possibile per disposizione privata di volontà imporre una servitù al mare, che è naturalmente aperto a tutti, nullameno la buona fede del contratto impone che si tenga ferma la clausola della vendita e conseguentemente le persone de' possessori e di quelli che succedono nel loro diritto sono vincolate dalla clausola della stipulazione o della vendita.

Guardando per ora alla sostanza della decisione quale si trova nella collezione giustiniana, questo è il risultato: che il proprietario ha diritto di fronte al compratore e suoi successori, di impedire che in dipendenza del fondo Botriano si eserciti la pesca del tonno in concorrenza alla stessa industria che si esercita in relazione al fondo Geroniano. Così che pare che quella esclusione di concorrenza industriale, che, come abbiamo visto, trova tanta difficoltà presso i moderni civilisti ad essere riconosciuta come possibile oggetto di servitù, sia invece chiaramente ammessa dalla decisione contenuta nel passo. In realtà prima di arrivare a questa conclusione, anche per il diritto giustiniano, bisogna provarsi a vincere ostacoli parecchi e per il diritto classico la cosa diventa anche più scabrosa per l'evidente rimaneggiamento del testo ad opera dei compilatori. Le dispute sul testo non sono recenti ed occorre dirne qualche cosa per tentare di formarsi un'idea sulla portata del passo. Ma ci limiteremo a brevi osservazioni, in quanto possano toccare il punto in questione.

Io comincio dall'osservare che l'argomento addotto nel passo e generalmente ripetuto per escludere la possibilità della servitù non è seriamente fondato. Si dice che non può costituirsi servitù sul mare che è *res communis omnium* e come tale sottratto alla disposizione privata; che chiunque ha diritto di pescare nel mare

e che non lo si può privare di tale libertà. In realtà tutto ciò non ha da vedere colla specialità della pesca del tonno. La quale non è una pesca che si eserciti coll'uso soltanto del mare e da chiunque e in qualunque posto. Il tonno segue costantemente certe vie marine, rasenta certe coste in certi periodi dell'anno e per la sua cattura occorrono larghi mezzi e un tratto di costa come base dell'industria. A parte la necessità della concessione esclusiva di pesca del tonno, della quale non si può parlare per il diritto romano, è certo che la pesca del tonno esige grandi apparati, che si riannodano tutti alla pesca. La pesca del tonno colla semplice disponibilità del mare non è possibile: la tonnara esige la disponibilità della costa. Vi sono fondi posti sulla riva del mare che permettono di calare la tonnara sopra un determinato tratto del mare, in cui abbonda il passaggio del tonno. Ed è gravemente dannosa la concorrenza di altra tonnara calata in sito vicino e in certe posizioni. Se così è, riesce facile capire che quando al fondo Geroniano sia vietato esercitare la pesca del tonno a danno del fondo Botriano, la limitazione non è del mare, ma del fondo, senza il quale non può parlarsi di tonnara. Non si tratta di impedire la pesca nel mare, che è a tutti aperto, ma di impiantare sul fondo un'industria che nuoce a quella radicata nel fondo vicino. La ragione del testo è adunque insussistente. E poichè il solo ostacolo che il giureconsulto trova è proprio soltanto nella natura del mare, ne discende che egli non avrebbe trovato altrimenti a ridire quanto al divieto della concorrenza. Se tutte quelle ragioni che il KOHLER adduce avessero avuto per i Romani tale importanza, è certo che il giureconsulto non avrebbe mancato di accennarvi. E questo basta a noi per lo scopo della presente disputa. Ma il testo merita qualche altra considerazione.

§ 43.

Si suole generalmente ritenere che Ulpiano negli senz'altro la possibilità di una servitù, ma mentre i più ritengono che egli

riconosca solo un obbligo personale di astensione per parte del compratore e come conseguenza del rispetto dovuto al contratto (1), lo IHERING (2) assume che si tratti di una figura del diritto provinciale parallela alla servitù come *ius in re* e per cui sotto forma obbligatoria si verrebbe a vincolare i possessori dei fondi, anche quando fossero successori a titolo particolare. La questione non è di facile soluzione, perchè dipende dalla soluzione di gravissimi problemi sulla costituzione delle servitù nel suolo provinciale e anche delle servitù in generale, problemi, che solo studii recentissimi hanno avviato verso una migliore cognizione del diritto classico, del provinciale, del giustiniano. Il passo poi complica anche la discussione, perchè è incerto se la *lex suae rei dicta* fosse inserita in una semplice vendita o in una *mancipatio*, e perchè poca concordanza vi è fra la posizione del tema, in cui si parla di *legem dare* in una vendita e il periodo finale, in cui è menzione di una *lex stipulationis* in modo alternativo con una *lex venditionis*. L'accento a suolo provinciale può trovarsi nella denominazione del fondo Botriano, che può porsi in relazione con Botria, città d'Africa (3). Ciò escluderebbe la *mancipatio* e ci ridurrebbe alla costituzione *per pactiones et stipulationes*, di cui parla Gaio (II, 31) (4). Ma allora — per quanto ancora si disputi sull'efficacia reale di simile modo di costituzione — io ritengo che il nostro passo confermi per un altro verso quanto sopra abbiamo osservato, ossia, che qui la servitù non avrebbe trovato nemmeno l'ostacolo della forma. Ulpiano trova solo la difficoltà nella natura dell'oggetto: non nel contenuto (ossia nel divieto di concorrenza) e non nella forma costitutiva. L'interpretazione ci porterebbe allora a questo: che il passo non dice già che qui vi è solo un rapporto obbli-

(1) Così già il SAVIGNY, *Obbl.* I p. 297 nota b (trad. PACCHIONI I p. 276 sgg.), e poi anche il PERNICE *Labeo* III p. 113.

(2) *Ann. per la dogm.* X p. 552 sgg. (*articoli riuniti* II p. 326 sgg.).

(3) Cfr. DESSAU in PAULY-WISSOW *Realencycl.* III p. 793.

(4) Cfr. su tutto ciò ora KNIEP *Gai Inst* II p. 14 sgg.; RABEL *Scritti per Girard* II p. 387 sgg.

gatorio, sibbene che la servitù sorge per rispetto al patto, malgrado in genere la servitù non possa limitare la libertà del mare. Sappiamo bene che questa interpretazione non è scevra di obiezioni e di difficoltà: ma è difficile orientarsi di fronte a un passo che ha subito certe manipolazioni dei compilatori, come ci dice già l'espressione *bona fides contractus*. Ad ogni modo per il nostro scopo basta che sia esclusa l'impossibilità di rivolgere una servitù prediale ad evitare la concorrenza a danno di un fondo specialmente disposto per una data industria.

§ 44.

A meglio determinare la portata dell'*utilitas* alla stregua delle idee romane occorre che noi prendiamo in esame un celebre passo, che nella sua brevità ha offerto il campo a tante dispute.

Paulus l. 5 *ad Plautium*—fr. 8.1.8 pr.

Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.

Dunque non si può costituire una servitù, il cui contenuto dia facoltà di cogliere un pomo (o qualche pomo), di passeggiare, di cenare sul terreno altrui.

La prima disputa, specie fra gli antichi scrittori, cadeva sul punto se la servitù qui esclusa sia solo la prediale o anche la personale. La Glossa (1) contiene le due opinioni: ma dà la preferenza a quella che le esclude tutte e due. « Dic ergo melius, « non potest imponi servitus praedialis, sed personalis sic: ut « tit. de usufructu l. *si quis binas*, secundum G. Tu dic, quod « nec personalis servitus est: sed quoddam pactum fieri potest « de hoc. » Così ancora Bartolo: « non est servitus personalis nec « praedialis, sed est quaedam obligatio personalis ». E così vari altri antichi (2). Altri per contro restringono l'esclusione alle sole servitù prediali. E così il POTHIER (3): « praedialis scilicet:

(1) Ad h. l.

(2) CUIACIUS *obser.* XXIV. 22; HUBERUS *praelect.* VIII. 1.6.7; VITALIS nel *Thesaurus* di OTTO IX p. 17; CENERI p. 283.

(3) *Pand.* VIII. 1.8.

« potest autem personalis ». Ed anche il BRUGI (1) assume che nel passo si escluda solo la servitù prediale, « potendo ottenersi « gli scopi indicati nel frammento sì con obbligazioni, sì con « servitù personali » (2). E questa interpretazione pare a noi non non dubbia. A parte ogni altra considerazione, *servitus* nel linguaggio classico non può significare se non la servitù prediale. Il testo poi appartiene al libro 15 *ad Plautium*, nel quale Paolo si occupa di preferenza delle servitù prediali (3), e nel § 1 dello stesso passo è questione solo di queste. Per il diritto giustiniano la cosa non è diversa, perchè il passo è accolto nel titolo *de servitutibus*, fra le norme generali delle servitù prediali. Che lo stesso scopo potesse raggiungersi con un'obbligazione personale è certo, ma non ci pare che si possa negare la possibilità di un diritto reale a favore della persona, di uno *ius hominis*, dati gli esempi analoghi che noi troviamo altrove (cfr. fr. 34.14,3). E la ragione del divieto conferma la sua limitazione. Mentre infatti si graverebbe troppo la libertà del fondo assoggettandolo in perpetuo a restrizioni che mirano solo a favorire le persone dei possessori del voluto fondo dominante, non vi può essere difficoltà a consentire un diritto che ha minore estensione dell'usufrutto e che come l'usufrutto vien meno colla persona del titolare.

Ciò posto vediamo le singole facoltà che Paolo esclude come possibile contenuto della servitù prediale.

§ 45.

Pomum decerpere: letteralmente, cogliere un pomo. Evidentemente però la portata dell'espressione è più larga e vuol significare la facoltà di cogliere delle frutta non a scopo di speculazione o in genere di utilità, ma per mero diletto. Prendere in un vicino frutteto quanto occorre per l'uso di una famiglia abi-

(1) *Studi* IV. 29.

(2) Cfr. pure GOTOFREDO ad h. l., MERILLIUS in OTTO III p. 39 sgg.

(3) LENEL, *Paling* I p. 1168.

tante nel fondo dominante è già qualche cosa che si discosta dal semplice *decerpere pomum*, ma che nel risultato pratico deve essergli parificato e quindi escluso come possibile contenuto di una servitù.

Spatiarum è il passeggiare per isvago, a scopo di ricreazione, d'igiene, senza l'intento di provvedere a cosa che riesca vantaggiosa a un fondo. Diversifica sostanzialmente dall'*ire*, che accenna invece appunto al passaggio in relazione a' bisogni di un determinato fondo. Qualche scrittore (1) vorrebbe fossero equivalenti lo *spatiari* e l'*ambulare*, di cui nella definizione dell'*iter* nel fr. 8.1.3: « *iter est ius eundi ambulandi homini* ». Però mentre il CUIACIO reputa che l'*ambulare* possa far parte del contenuto di una servitù in unione all'*ire* e non altrimenti; il NODD pensa che l'*ambulare*, anche da solo, può essere costituito come servitù prediale.—Infine non occorre spendere parole sul significato del *cenare in alieno*.

§ 46.

Accanto a questo passo di Paolo occorre porre subito un altro per l'analogia della figura in esso contemplata e per la diversità, per lo meno apparente, delle conclusioni a cui si arriva.

Ulpianus l. 17 *ad edictum*—fr. 8.5.8,1.

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

Qui si concede l'azione confessoria per una servitù, a tenore della quale il proprietario del fondo dominante ha diritto di immettere travi nella parete dell'edificio vicino e di costruire sopra queste travi un portico destinato al passeggio e colonne di fabbrica per sostenere il tetto del porticato. Come è chiaro si ha

(1) CUIACIUS, *Obser.* XXII. 35; NODD, *Probabil.* I. 2.4.

qui una riunione di una *servitus tigni immittendi* con un'altra *oneris ferendi*, con prevalenza però della prima. Di fronte a questo passo il NOODT (1) si domanda, perchè se è valida questa servitù, non lo è anche quella di *spatiari*, poco importando che si passeggi sul portico o sul fondo, se lo scopo è semplicemente quello dello svago? E fra gli antichi interpreti molto si disputava per mettere d'accordo Paolo ed Ulpiano. Ma francamente non ne vale proprio la pena. La *servitus tigni immittendi* e quella *oneris ferendi* hanno in sè senz'altro l'impronta dell'utilità, sia pure largamente valutata, come avviene per le servitù di prospetto. Che la costruzione, cui servono, sia destinata al diletto poco monta, quando il contenuto della servitù in se considerato ha trovato l'accoglimento nel diritto oggettivo. Che il loggiato colle sue colonne e la sua copertura serva al passeggio, al divertimento, alla vita lussuosa del vicino, poco monta. Secondo le idee ricevute quei tipi di servitù sono utili e basta ciò perchè non si discuta dell'uso che se ne fa in concreto. Anche la servitù di passaggio può servire al mero svago, quando sia destinata ad una villa, ad un edificio di puro lusso. Appunto la *servitus itineris* per sè basta a giustificare questa conclusione. Ma altro è il passaggio che serve alla comunicazione del fondo colla via o con altri fondi, altro è il passeggio, per cui noi ci trattiamo nel fondo altrui e che per sè non importa altro che svago per le persone non già un servizio per la casa o per il fondo. Al qual riguardo già fin qualche antico commentatore (2) osservava che le servitù, di cui nel fr. 8.1.8 pr., non sono ammesse, appunto perchè non appartengono al novero dei tipi riconosciuti. « Cadere enim, scrive egli, in aliquam servitutis speciem debet » conventio aut concessio, ut servitus dici possit ». Con che si formola la dottrina da noi sopra accennata (3) delle servitù tipiche. Quelle figure non rientrano in nessuno dei tipi ricono-

(1) L. c.

(2) VITALE nel *Thesaurus* di OTTO II 662.

(3) V. sopra § 63 sg. p. 33.

sciuti, e non vi fu il riconoscimento, precisamente perchè secondo le idee correnti nella società romana non si poteva assoggettare la proprietà immobiliare a tali restrizioni, che non importano, in genere, un servizio a favore di un fondo come tale. Qui non è più questione se debbano ammettersi le servitù *ad amoenitatem*—cosa che, come vedemmo, è fuori questione—ma se possa consentirsi un aggravio del fondo servente che non è in serio vantaggio del fondo dominante. La vita romana ha escluso tali figure.

§ 47.

Esaminiamo del resto più partitamente il contenuto di questo celebre passo. Certamente la facoltà di cogliere uno o alcuni pomi non può formare il contenuto di una servitù prediale. E ciò non solo perchè trattasi di un interesse troppo esiguo e quindi tale da non consigliare la restrizione della proprietà fondiaria, ma anche e più perchè, qualunque sia la destinazione del fondo, giammai potrà contribuire al raggiungimento di tale destinazione la facoltà concessa al possessore di cogliere qualche pomo, o frutta in genere nel frutteto vicino. Pongasi però che tale facoltà sia tanto estesa da provvedere ai bisogni di chi abita il fondo dominante. Come sopra osservammo la cosa è alquanto diversa, ma non sufficiente a dar base ad una servitù, perchè il fondo per tal mezzo non viene neppure indirettamente favorito. Ma pongasi che si abbia il diritto di cogliere una quantità di frutta, che serve a favorire un'industria impiantata nel fondo dominante. Potrà senz'altro dirsi lo stesso? Il BRUGI (1) assume che se fosse lecito prendere frutti in proporzione dei bisogni del padrone del fondo si avrebbe un uso perpetuo. L'osservazione sarebbe giusta se le frutta dovessero servire alla persona: ma l'uso anche perpetuo a favore del fondo costituisce una servitù prediale. Che sono, del resto, la servitù di attingere acqua, di scavare arena,

(1) *Studi* IV. 35.

di tagliar legna pei bisogni del fondo dominante, se non servitù rivolte a godere dei prodotti del fondo? Che importa se tali prodotti sono invece uva, pomi e in genere frutta? L'importante è che quelle frutta servano alla destinazione del fondo dominante. Non basta che vi possa essere un vantaggio per qualunque possessore, occorre che questi il vantaggio lo abbia a mezzo del fondo. L'ELVERS (1) adduce come esempio la servitù di legnare per i bisogni della casa. In certe regioni e in certe stagioni la casa non è abitabile senza il riscaldamento, come in genere non è abitabile senz'acqua. La servitù di prendere legna nel fondo vicino non si dispaia in tal caso da quella di attingere acqua. Ma l'ELVERS soggiunge, che il bisogno di frutta — e, in genere, di alimenti — non è in relazione coll'abitazione di un fondo come tale e può essere soddisfatto indipendentemente dalla residenza in una casa. L'antitesi è vera in genere. Ma forse che la casa, l'edifizio può avere semplicemente la destinazione ad abitazione? S'impianta una grandiosa fabbrica di frutti canditi e per provvedere le frutta si vuole assoggettare i frutteti vicini ad una servitù di prestare la quantità di frutta necessaria. Qui l'edifizio ha una destinazione speciale e la servitù giova al proprietario del fondo per mezzo di questo. Secondo il concetto generale del nostro diritto attuale dovrebbe ammettersi la servitù. Se il diritto romano, per le condizioni del tempo, non è giunto ad ammettere questo tipo di servitù, non vi è ragione per non consentire che nel nostro diritto si costituisca una servitù che rientra nel concetto generale del servizio reso da fondo a fondo. Ma io andrei anche più oltre. Si sa che in certa regione del Tirolo si trovano degli alberghi, in cui accorrono coloro che per certe malattie hanno bisogno di fare una regolare cura coll'uso delle uve speciali di quella regione. Ora è possibile negare che gli alberghi, i quali hanno quella particolare destinazione, ricevano un vantaggio dalla fornitura di uva de' fondi vicini? E l'industriale non riceve forse il vantaggio per via del fondo? Io qui non esiterei a consentire la possibilità di una servitù prediale.

(1) Op. cit. p. 144.

§ 48.

Esposti con le precedenti considerazioni i criterî che debbono guidare nel determinare l'utilità, cui deve informarsi il rapporto tra fondo dominante e fondo servente, dobbiamo rammentare che svariate sono le formole proposte per riassumere la natura di quella utilità. Non sarà inutile riferire alcune di tali formole.

Il GLÜCK (1), dopo avere detto che in generale basta che la servitù sia utile al fondo, o che questo ne ritragga vantaggio (*gewinnt*), non già che ne ritragga il possessore attuale; che deve in ogni tempo essere utile al fondo e non a questo o a quel possessore del medesimo; soggiunge che in altri termini « il diritto « nascente dalla servitù deve servire come mezzo agli scopi de- « terminati dalla natura del fondo ». — L'ELVERS (2) comincia dal notare che la servitù deve attribuire al fondo una qualità che per natura gli manca; che tale concetto risulta non soltanto da che la facoltà concessa è soggetta alla stessa signoria del fondo, ma ancora per ciò che la servitù deve servire al raggiungimento della destinazione del fondo, e conchiude assumendo che l'utilità deve ottenersi per l'interposizione del fondo, a modo che senza il possesso di questo la servitù non dà alcun vantaggio. Il BRUGI (3) vuole che la servitù conferisca al fondo dominante un aumento del suo valore economico e della sua economica produttività. — Il BIANCHI (4) formula così il principio: « Il diritto « di servitù deve avere un rapporto giuridico col fondo domi- « nante, in quanto può essere invocato ed esercitato solo da chi « abbia la veste di proprietario di quel fondo; e deve avere in- « sieme un rapporto economico col fondo medesimo, in quanto « la servitù è prediale solo quando il titolare di essa abbia a « valersene per il fondo e mediante il fondo, ossia, quando il

(1) IX § 620 (ed. ital. VII p. 10).

(2) Op. cit. § 16 p. 140 sgg.

(3) *Studi* IV. 25.

(4) Op. cit. p. 149.

« fondo sia stromento necessario per l'esercizio della servitù, « mezzo di collegamento del diritto di servitù al fondo stesso ».

§ 49.

E si potrebbe continuare nell'enunciazione di formole più o meno felici per esprimere il concetto dell'*utilitas* (1). Fu a giusta ragione notato che la difficoltà di distinguere l'utilità del fondo da quella personale del proprietario nasce principalmente da ciò che quasi sempre l'una trovasi collegata all'altra, perchè la utilità del fondo si risolve da ultimo nel vantaggio della persona che sfrutta il fondo. Che la utilità riesca tale per la generalità dei possessori come possessori e non di un singolo possessore per la sua speciale condizione è un criterio spesso adoperato, per lo più, ma non sempre, esatto. Anzitutto anche un vantaggio morale o pecuniario attribuito a qualunque possessore come tale può non avere nulla di comune coll'utilità del fondo. Così un titolo nobiliare, una prestazione connessa al possesso del fondo. Ma qui s'intende subito che non può parlarsi di servitù prediale. D'altra parte può bene essere *fundo utilis* quel che è vantaggioso al proprietario attuale per la sua speciale condizione. Pongasi una servitù di passaggio *usque ad proprium aliud eiusdem domini praedium* (fr. 8.3.38). Questo esempio mostra quanto sia incerta la massima che la servitù abbia da essere utile a qualunque possessore come tale (2). L'utilità qui vi è solo quando i due fondi collegati appartengano allo stesso proprietario. Se io vendo il fondo, cui mi congiungeva la servitù a favore dell'altro, scompare l'utilità. Io non ho più bisogno di pervenire ad un fondo che ha cessato di essere mio.

Nemmeno può essere decisivo il criterio della maggiore produttività economica. Tale aumento manca quando si tratti di ser-

(1) Cfr. ad es. KELLER *Pand.* § 165 p. 314; WINDSCHEID § 209 n.º 2; VANGEROW § 350 osserv. 1; DERNBURG I § 240; MAYNZ I § 132 pag. 820; MOLTOR, *Servitù* n.º 10.

(2) Cfr. ELVERS op. cit. p. 142 nota c,

vitù *ob amoenitatem*. Non è esatto nemmeno l'altro criterio dell'aumento di valore del fondo, perchè tale valore cresce anche quando si tratti di vantaggio connesso colla qualità di proprietario senza che il fondo ne sia avvantaggiato. Certo a quest'ultimo criterio non osta l'esservi servitù che hanno per iscopo solo l'aggradevolezza del fondo dominante, perchè se è vero che *l'amoenitas* non rende il fondo *fructuosior*, è pur certo che lo rende *pretiosior*, perchè anche l'aggradevolezza entra a determinare il valore del fondo, sebbene non sia per avventura l'aumento proporzionato alla spesa fatta per renderlo *amoenior*. Anche il criterio, che spesso si suol trovare nelle parole di Paolo: *praedii meliorem causam facere*, non raggiunge lo scopo, essendo esso troppo vago. A mio avviso nell'ELVERS, nel BIANCHI, già citati, e da ultimo nel KOHLER (1) vi è quanto di meglio si possa avere al riguardo. Bisogna sopra tutto insistere su ciò, che, per quanto in definitiva sia sempre l'uomo il destinatario del vantaggio, nella servitù tale vantaggio debba aversi a mezzo del fondo, come stromento necessario, e col favorire la destinazione del fondo.

§ 50.

È troppo evidente che il fondo servente potrà prestare servizio al fondo dominante solo quando la posizione topografica dei due fondi sia tale da rendere possibile questa prestazione. Quando adunque si afferma che la servitù deve essere utile al fondo dominante, si afferma senz'altro implicitamente, ma necessariamente, la necessità di quella tale posizione topografica. Si suole generalmente ritenere che appunto il requisito della vicinanza dei due fondi, tanto energicamente e ripetutamente affermato nelle fonti giustinianee, altro non sia se non una conseguenza logica del requisito dell'utilità, nè quindi abbia un'esistenza per sè stante. Pandettisti e civilisti non esitano a presentare i due requisiti sotto questo rapporto di dipendenza, per cui il secondo

(1) Op. cit. p. 170.

resta assorbito nel primo (1). Ma questa tesi non ha avuto pacifico accoglimento (2). Si è osservato che vi può essere la possibilità della prestazione del servizio indipendentemente da una particolare posizione topografica dei due fondi. Ad esempio, quando la servitù consista nella facoltà di prendere prodotti di un fondo: scavare pietre, creta, arena, tagliar legna, la posizione topografica passa in ultima linea, perchè nulla vieta in tesi astratta che quei prodotti vengano trasportati anche da luoghi lontanissimi. E tuttavia proprio riguardo a simil genere di servitù le fonti pongono rigorosamente il requisito della vicinanza. Ciò proverebbe che questo non si confonde coll'altro più generale dell'utilità, ma esiste a parte ed ha una funzione a sè.

La questione è oggetto di discussione anche riguardo alle legislazioni moderne in quanto non registrano particolarmente il requisito della vicinanza. E di solito si finisce per considerare la vicinanza come conseguenza necessaria della utilità, ricorrendo alla formola ampia surriferita della necessità di una tale posizione topografica da rendere possibile il servizio da fondo a fondo (3). Anche nella formazione del codice civile germanico fu rilevato (4), che il requisito della vicinanza non è menzionato, perchè s'intende che vien meno il contenuto della servitù quando la lontananza di due fondi rende impossibile il vantaggio o la comodità per il fondo dominante. Il che si suol ripetere ora dai civilisti tedeschi, non senza però qualche contrasto (5).

(1) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.* I § 209 n. 4; ELVERS, *Servitù* p. 167 sg.; BONFANTE, *Ist.* 5^a ed. § 101 p. 311 PACIFICI-MAZZONI, *Ist.* 4^a ed. III. 2 n. 191 p. 9 e nota n. p. 39; BENSA, *servitù prediali* p. 34 sg. n. 3.

(2) Cfr. SCHRADER, *Dissertazioni di dir. civ.* (civil. Abhandlungen) p. 321 sg. ma sopra tutto KOHLER, *Arch. per la prat. civ.* LXXXVII p. 183 sgg.

(3) Cfr. PACIFICI-MAZZONI e BENSA, II. cc.

(4) *Motivi* III p. 482.

(5) V. p. es. CROME, *Sistema del dir. civ. ted.* III § 431 p. 488 nota 19; BIERMANN, *Diritto delle cose* (Sachenrecht) 2^a ed. sul § 1019 n. 1 in f. p. 228; SCHWARZ, *Dir. civ.* II p. 258 a; DERNBURG, *il dir. civ. dell' Imp. Germ.* (das bürgerl. Recht.) 2^a ed. III § 164 n. 4 e. 471. PLANCK, *Coment.* III sul § 1019 n^a 2 lett. c. p. 306. In contrario KOHLER, I. c.

§ 51.

Prima di esporre partitamente lo stato delle nostre fonti per trarne le conclusioni relative alla nostra questione, è bene presentare praticamente i vari aspetti sotto cui questa può essere considerata. Per certe servitù non è possibile dubitare della necessità della vera e propria contiguità, anzichè della semplice vicinanza. E così la servitù di immissione di travi (*tigni immitendi*) nel muro altrui non ha senso se non in quanto si tratti di edifici contigui. Così pure non s'intende la servitù di appoggio di un nostro muro o di una nostra colonna sopra l'edificio spettante al vicino (*oneris ferendi*), se non in quanto sia questione di fondi limitrofi. Ed ancora le varie figure di servitù relative allo stillicidio richieggono tale contiguità. La servitù di lume invece, e soprattutto quella di veduta e di prospetto, se importano un rapporto topografico tale da accordare al fondo dominante il vantaggio della luce e della veduta coll'impedire del fondo vicino la libera fabbricazione o piantagione, non impongono però la contiguità, perchè, ad esempio, si può oscurare la casa che è sita al di là di una stretta via pubblica o di una sottile striscia di terreno privato coll'edificare al di qua della via e rispettivamente della striscia, e, a più forte ragione, è facile privare di una veduta amena una casa col costruire anche a molta distanza una fabbrica interposta. Ed è rilevante il notare in proposito che in questa ipotesi può anche avvenire che lo spazio interposto fra il fondo, cui si vuole conservare il vantaggio della veduta, e la veduta stessa può appartenere a diversi proprietari e che la servitù può tornare giovevole quando e finchè non possono edificare, o almeno di fatto non edificano gli aventi diritto a' fondi intermedi. Si va ancora più in là colla servitù di acquedotto, perchè la presa d'acqua si può avere anche a forte distanza dal fondo, cui l'acqua deve giungere. E nel campo dell'economia moderna lo stesso può avvenire per la servitù di collocamento di pali e fili per la trasmissione a distanza dell'energia

elettrica, e a scopo di trasporto aereo, per il passaggio di tubi per il gas e così via. Ma anche l'antichissima fra le servitù, quella di passaggio, è in identiche condizioni, perchè può avvenire che l'utilità di un fondo richiegga che gli si accordi il passaggio per arrivare ad un punto assai distante. Ed ancora un'altra antichissima servitù, quella di pascolo e di abbeveraggio, si presenta come spoglia della necessità di una grande vicinanza, sebbene, naturalmente, s'intenda che la lontananza del pascolo o dell'acqua non possa essere tanta da costituire un aggravio tale di cammino per gli animali da sconsigliare a dirittura il ricorso a tale servitù. Ma in modo assoluto sembrano scovre da ogni necessità di vicinanza quelle servitù a cui sopra abbiamo accennato, per le quali si attribuisce al fondo dominante il diritto di prendere dal fondo servente legna, pietre, arena, creta e così via. La prestazione del servizio non è qui legata alla condizione topografica dei due fondi. È bensì vero che la lontananza accresce il disagio e le spese di trasporto, ma la necessità di quei prodotti del fondo può essere tale da far passare sopra anche a questo alto costo e da rendere sempre utile il servizio.

§ 51.

È facile rispondere con osservazioni generali: ma è difficile intendere come possa mettersi in relazione col requisito della utilità l'altro della vicinanza quando si tratta di queste servitù, che rendono sempre un utile a malgrado della lontananza. Nè si può riparare coll'assumere che ad ogni modo trattasi di una questione di fatto, da risolvere caso per caso tenute presenti le particolari circostanze concrete. Per quanto si voglia essere larghi nell'intendere questo requisito della vicinanza, bisogna ben decidersi a rispondere se vi debba essere un limite al di là del quale non si possa andare. E così, prendendo gli esempi addotti dal KOHLER, si può chiedere se possa costituirsi una servitù prediale per cui a vantaggio di un fondo posto in Europa si abbia diritto di raccogliere ed asportare guano da un'isola

del Perù. La stranezza e la singolarità del caso se verrà a togliere gran parte della sua importanza pratica alla questione, non esclude la sua rilevanza teorica. Questi casi per così dire estremi, sono spesso la pietra di paragone dei concetti giuridici. Se vi fosse una norma positiva che stabilisse il requisito della vicinanza, la questione sarebbe esaurita dal punto di vista del diritto positivo e resterebbe solo a dar ragione, sia pure storicamente, della particolare statuizione; ma la cosa è diversa quando manchi tale norma positiva, perchè allora o bisogna abbandonare quel requisito o dimostrare che esso discende dall'essenza stessa della servitù. E nel silenzio delle legislazioni moderne, come possono giustificarsi quei giuristi che, pur abbandonando il requisito di una vicinanza in senso rigoroso, si contentano di richiamarsi alla possibilità del servizio, dell'utilità a favore del fondo dominante, ma non vogliono pronunciarsi su quei casi di enorme lontananza, nei quali però vi sia sempre per avventura il vantaggio del fondo dominante?

Veniamo ora direttamente all'esame delle fonti. E cominciamo subito dal rilevare che *vicinus* tanto può significare contiguo, confinante, quanto vicino in senso più largo. Tant'è che mentre ad es. nello *iudicium finium regundorum* il significato di *vicinus* (1) è strettamente quello di confinante, altrove (2) si parla di *vicinus proximus* e di *vicini ulteriores*. In qual senso sia da intendere nel singolo caso l'espressione *vicinus* dipende dall'insieme delle particolari circostanze.

§ 53.

Due categorie di passi vanno studiati per la nostra questione. La prima è quella in cui il rapporto topografico fra i due fondi è esaminato in concreto e così determinato, senza un accenno

(1) Cfr. Gai IV. 12; Ulp. reg. XIX 16.

(2) P. e. fr. 43.23.1, 11.

Dir. rom. IV p. 2^a. — C. FADDA, *Servitù*.

espresso al requisito della vicinanza: l'altra, per contro, ci presenta recisamente tale requisito.

Appartengono alla prima categoria quei testi nei quali si studia se ed in quanto l'esistenza di altri fondi (compresi i luoghi pubblici) fra il fondo dominante ed il serviente impedisca l'esistenza della servitù. Noi abbiamo già avuto occasione di esaminare qualcuno di tali passi, e precisamente quelli nei quali era questione di interposto suolo pubblico (1) e abbiamo visto come per le servitù di passaggio, di attingere acqua, di prospetto, ed in genere per tutte quelle che non implicano un' invasione del suolo pubblico o del relativo spazio soprastante, non possa negarsi la possibilità della servitù, in quanto non vi sia un assoggettamento speciale diverso da quello che deriva a favore di ogni cittadino dalla destinazione al pubblico uso. Ma anche l'esistenza di fondi privati intermedi viene sotto certi presupposti dichiarata non contraria alla possibilità della servitù. Così in tema di prospetto e di veduta.

fr. 8.2.38 — Paulus l. 2 *quaestionum*.

si aedes meae a tuis aedibus tantum distent, ut prospici non possint aut medius mons earum conspectum auferat, servitus imponi non potest:

fr. 39 eod. tit. — Paulus l. 1 *manualium*.

nemo enim propriis aedificiis servitutum imponere potest, nisi et is qui cedit et is cui ceditur in conspectu habeant ea aedificia, ita ut officere alterum alteri possit.

I compilatori hanno riuniti qui due passi di diverse opere di Paolo, completando col secondo il concetto esposto nel primo. Si suppongono due edifici tanto distanti da non potersi scorgere l'uno dall'altro, o in tale posizione che questa impossibilità deriva da un monte interposto e si afferma che in tal caso non si può costituire servitù tra i due edifici. Ma, si noti, non si tratta già di una servitù qualunque, sibbene, come appare dal secondo passo, di servitù relativa al prospetto. Dice infatti qui

(1) Cfr. sopra § 18 sg. p. 33 sgg.

Paolo, che non si può costituire servitù a carico del proprio edificio se non quando tanto chi la costituisce quanto colui a cui favore è costituita abbiano due edifici uno in vista dell'altro, a modo che uno può nuocere all'altro. È qui evidente l' accenno alla *servitus ne prospectui officiat*. L'elevazione di uno dei due edifici può nuocere all'altro privandolo di una veduta gradita ed amena. Or qui non si parla di vicinanza: tanto poco se ne parla che per escludere la possibilità della servitù si ricorre a grande distanza, come quella che necessariamente esiste là dove è interposto un monte. Si afferma che la servitù regge tutte le volte che la sopraelevazione di un edificio può privare l'altro della veduta. La posizione topografica è quindi posta in relazione colla possibilità del servizio, epperò coll' utilità. La speciale natura della servitù esige una tale posizione topografica, ma non la vicinanza.

§ 54.

E la cosa è resa anche più evidente dai passi in cui si suppone l'esistenza di fondi altrui fra il dominante e il servente.

Ulpianus l. 17 *ad edictum* — fr. 8.5.3,8.

haec servitus et ei, qui posteriores aedes habet, deberi poterit.

Paulus l. 21 *ad edictum* — fr. 4 eod. tit.

ideo si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutum imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis.

Ulpianus l. 17 *ad edictum* — fr. 5 eod. tit.

et si forte qui medius est, quia servitutum non debebat, altius extulerit aedificia sua, ut iam ego non videar aedificiis tuis obstaturus, si aedificavero, frustra intendes ius mihi non esse ita aedificatum habere invito te: sed si intra tempus statutum rursus deposuerit aedificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio.

Dunque in prima linea si esclude la necessità della contiguità

ed Ulpiano afferma che la servitù può essere dovuta al proprietario di case, che vengono dopo le altre contigue (*ulteriores*). La quale affermazione risponde a quanto era stato esposto da Ulpiano nel precedente § 7, dove appunto si fa il caso dell'azione negatoria rivolta contro il proprietario contiguo (*vicino*) per far dichiarare che questo non ha diritto di servitù, pur essendo la casa dell'attore non libera (*cuius aedes non in totum liberae sunt*), in quanto deve la servitù di non edificare ad un altro vicino. E i compilatori interpongono un passo di Paolo, che spiega come in conseguenza possa io aver diritto a che Tizio non elevi il suo edificio sebbene tra il fondo mio e quel di Tizio vi sia l'edificio di un terzo non soggetto a servitù. Fino a quando questo terzo interposto — dice il testo — non sopraelevi, vi è di fatto il vantaggio nell'impedire la sopraelevazione della casa di Tizio. E si noti che la possibilità della servitù è qui ricondotta all'esistenza dell'utilità — « quia donec tu non extollis est utilitas servitutis ». — Con che si viene a porre il requisito della posizione topografica in relazione coll'altro requisito dell'utilità, secondo quella maniera di vedere comune, cui sopra abbiamo accennato. Ed infine si ritorna ad Ulpiano che trae la conseguenza di questo concetto. Se il fondo interposto, non soggetto a servitù, venga sopraelevato a modo che oramai la sopraelevazione delle case soggette a servitù non tolga all'edificio dominante la veduta, che gli è stata già tolta dal fondo intermedio, non ha ragion d'essere l'azione confessoria del titolare della servitù per far dichiarare illegale la sopraelevazione che oramai non gli nuoce. Soggiunge il passo che la demolizione della sopraelevazione dell'edificio intermedio fa risorgere il diritto alla confessoria (*vindicatio servitutis*) ove la servitù non sia venuta meno per il non uso durante il tempo statuito dalla legge. Al qual riguardo è da notare di passata che quello *statutum tempus* è, per pacifico consenso degli scrittori, e non solo dei recenti, di evidente fattura giustiniana, e che, a nostro avviso, forse non a questa sola espressione si deve limitare l'intervento dei compilatori.

Ad ogni modo, riassumendo si può assumere che da questi

passi resta confermata per questa serie di servitù la necessità di una posizione topografica, che renda possibile il servizio da fondo a fondo, come resta esclusa non soltanto la necessità della contiguità, ma anche quella della vicinanza.

§ 55.

Quel che appare sicuro per la servitù di prospetto lo è a maggior ragione per quelle di passaggio e di acquedotto. Le nostre fonti ci presentano spesso la servitù di passo, sia per sè stante, sia come elemento necessario della servitù di pascolo o di abbeveraggio, costituita sopra diversi fondi per giungere alla città, alla via pubblica, al fiume pubblico. Anzi è espressamente affermato, che se si abbia diritto di passare attraverso a vari fondi, non sono tante le servitù quanti i fondi soggetti al passaggio, ma una sola. « Una via est et si per plures fundos im-
« ponatur, cum una servitus sit » (fr. 8.3.18). Il parlare di vicinanza in questo caso non risponde alla verità delle cose. Tanto la via quanto l'acquedotto possono prestarsi a traverso molti fondi e per una distanza rilevante. Il limite della vicinanza è assolutamente taciuto come requisito e ciò risponde alla natura stessa delle cose. Tant'è che a proposito della servitù di pascolo e di abbeveraggio Paolo (fr. 8.3.6,1) riferisce l'opinione di Meciano, secondo cui si può convenire in tali servitù il diritto di tenere un tugurio a fin che il custode del gregge abbia un rifugio in caso di tempi cattivi. Ciò importa evidentemente una distanza sensibile dal fondo, cui sono addetti gli animali.

§ 56.

Ma, come sopra dicemmo, vi è una serie di passi nei quali il requisito della vicinanza è posto in modo espresso. Vi è un passo di Ulpiano, di cui più sopra (1) noi abbiamo già esaminato una parte, nel quale si accenna appunto a tale requisito.

fr. 8.3.5,1.

(1) V. § 38, p. 74 sgg.

Neratius libris ex Plautio ait nec haustum nec appulsum pecoris nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat: et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait.

Sono tipi di servitù nei quali il servizio non è necessariamente legato alla vicinanza de' fondi. Come vedemmo anzi ora, il diritto di tugurio concesso alle servitù di pascolo e di abbeveraggio mostra che queste potevano sussistere tra fondi abbastanza lontani. E così si deve dire, a più forte ragione, per la servitù di scavare creta e di cuocere calce nel fondo altrui. Valgono in proposito le considerazioni che noi abbiamo fatto in generale più sopra (1). Vi è un punto che doveva presentarsi come incerto se Ulpiano si richiama a Nerazio e questo, alla sua volta, a Procolo ed Atilicinio. Il dubbio può provenire da due profili diversi. Può, infatti, suppersi che questi giureconsulti si siano trovati di fronte ad un principio sicuro accolto riguardo a' tipi di servitù fino a quel punto riconosciuti e che abbiano esitato ad estenderlo a' nuovi tipi accolti appunto perchè quel principio non era necessariamente richiesto dalla struttura di questi tipi. Ma può anche congetturarsi che nei tipi primitivi il requisito non fosse stato posto in rilievo, sia perchè la loro stessa struttura implicava semplicemente la necessità di un rapporto topografico che consentisse la prestazione del servizio, e sia pure perchè il lavoro dottrinale primitivo non aveva ancora fissato questo principio, come può suppersi che in presenza de' nuovi tipi che, con maggiore o minore evidenza, astraevano dalla necessità di quel rapporto topografico, i giureconsulti abbiano posto il requisito della vicinanza, sia pure largamente intesa, per non lasciare indeterminata la possibilità della servitù. L'una e l'altra ipotesi è possibile: ma per determinare quale di esse risponda alla realtà, occorre studiare se in qualche altro passo vi sia un elemento più concreto.

E la vicinanza è menzionata anche in altri passi analoghi. Così

(1) V. § 50, p. 93 sgg.

nel fr. 8.3.3 pr., dove si parla della servitù « ut boves, per quos « fundus colitur, in vicino agro pascantur »; così nel § 1 dello stesso passo: « ut fructus in vicini villa cogantur coactique haec beantur et pedamenta ad vineam ex vicini praedio sumantur »; così nel § 2 si parla del *vicinus*, come proprietario della cava, cui si cede il diritto di depositare nel nostro fondo pietre, terra e così via; così nel fr. 2 pr. eod. si considera come servitù rustica quella di « cloacam habere licere per vicini domum ».

§ 57.

Vi è un celebre passo, il fr. 34.1.14,3 (Ulpianus l. 2 *fideicommissorum*), che contiene un accenno al requisito della vicinanza. Noi non possiamo qui diffonderci su questo dannatissimo testo, che o intercalato di glosse, o pervertito dalla inetta manipolazione giustiniana, non ha trovato e non trova pace. Il testo propone la questione della validità del fedecommesso di acqua in una agli alimenti, lasciato a favore dei liberti in Egitto. Data la scarsità dell'acqua nella regione il lascito aveva una grande importanza. Il giureconsulto risponde per la validità anche nell'ipotesi che il disponente non avesse cisterne, da cui fornir potesse l'acqua, attribuendo in tal caso al fedecommessario il prezzo che egli avrebbe dovuto spendere per provvedersi dell'acqua. Ma si prevede un'obiezione, che appunto fa capo alla questione della vicinanza.

nec videri inutile esse fideicommissum quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta: nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam adpulsus est servitus, personae tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur: in eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi. haec enim aqua personae relinquitur.

Tutto questo tratto del passo, compresa la posizione dell'obiezione, è veramente un fuor d'opera, perchè tutto nel fedecommesso conduceva a ritenere il carattere meramente personale

del diritto attribuito ai liberti. Ma così com'è ci presenta appunto una disputa sul requisito della vicinanza riguardo ad alcuna di quelle servitù, di cui Ulpiano aveva discusso nel surriferito fr. 5 § 1 e ad altre d'indole analoga, ossia, tali che di per sé non sono legate ad una determinata posizione topografica tra i due fondi, fra le quali quelle di pigiar l'uva e di battere il grano nel fondo altrui, che non hanno nulla di sostanzialmente diverso dalla *servitus calcis coquendae* del cit. fr. 5 § 1. Ora, attraverso la corruzione del passo e le difficoltà che esso offre per una precisa ricostituzione, il concetto che emerge è che il contenuto di una servitù prediale può esserlo anche di un diritto a favore della persona. Cosa che noi abbiamo già visto sopra. Tutto ciò non toglie che dal requisito della vicinanza si levi obbiezione per la possibilità della servitù. Il che prova, che nel diritto giustiniano non era questione sulla necessità del requisito della vicinanza. Qui se ne fa astrazione perchè il lascito è alla persona: ma se fosse a favore del fondo il requisito starebbe. E si tenga conto che qui si tratta sempre di quelle servitù che per sé fanno astrazione della necessità di una vicinanza. Tuttavia il requisito è posto in modo generale: « quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis legata ».

§ 58.

E veniamo ad un altro passo, che, per quanto poco rammentato, ha una non piccola importanza.

Pomponius l. 9 *ad Sabimun* — fr. 19. l. 6,5.

Si tibi iter vendidero, ita demum auctorem me laudare poteris, si tuus fuerit fundus, cui acquirere servitutem volueris: iniquum est enim me teneri, si propter hoc acquirere servitutem non poteris, quia dominus vicini fundi non fueris.

Ho convenuto col proprietario di un fondo la costituzione di una servitù di passaggio sopra quel fondo a favore di un altro fondo, di cui non era proprietario. L'acquisto fu fatto per un certo prezzo e quindi a titolo di compravendita. Ma naturalmente,

non essendo io proprietario del fondo, la servitù come diritto reale non potè avere consistenza. Siccome però questo risultato negativo non era dovuto a difetto nel diritto del venditore, ma al non essere io, compratore, in grado di acquistare la servitù al fondo non mio, così non potrò chiamare in rilievo il venditore quando io sia sprossato del fondo dal proprietario vero di esso (1). Il difetto è nell'impossibilità giuridica in cui il compratore si trovava e di ciò il venditore non dee rispondere. Il passo però parla di fondo *vicino* e parrebbe quindi che la necessità del requisito fosse posta anche per la servitù primitiva, per l'*iter*, per cui, come vedemmo, la vicinanza non è affatto necessaria, ma basta che il fondo servente sia in tale posizione da poter rendere il servizio. Non è escluso però che il *vicinus* non sia già l'indicazione del requisito astratto, sibbene la semplice menzione di quella che era nel caso concreto la posizione topografica del fondo, su cui si era voluta costituire la servitù.

§ 59.

E vediamo ora se sia possibile trarre un probabile insegnamento da questi passi. Per coloro che fanno risalire l'origine della servitù prediale al regolamento convenzionale o giudiziario (nei giudizi divisorii) de' rapporti di vicinanza il dubbio non può sussistere quanto al nostro requisito. La servitù non poteva naturalmente sorgere se non appunto tra fondi vicini. Certo poi non so con quanta naturalezza possa il Perozzi mettere d'accordo questo requisito colla sua congettura, se, come egli vuole, nella figura primitiva si debbono trovare tutti gli elementi essenziali della figura qual'è nel diritto classico. Comunque sia, credo che a nessuno possa venire in mente di affermare che nell'origine il requisito della vicinanza fosse posto in modo espresso. E quanto più si venne allargando l'uso della servitù di passaggio, tanto meno vi era la possibilità di mettere in rilievo quel requisito perchè, anzi, doveva sempre più riconoscersi la possibilità di un passaggio attraverso

(1) La *laudatio auctoris* è istituto costantiniano. Cfr. C. 3.19.2.

a molti fondi, dei quali certo gli ultimi almeno non potevano chiamarsi vicini, se non nel senso larghissimo di una possibilità di prestare quel servizio. Ma appunto questo rapporto topografico eliminava la possibilità di seri dubbi. I quali invece dovettero sorgere e sempre più accrescersi a misura che si vennero ammettendo da un canto le servitù urbane, in cui la vicinanza spesso era sinonimo di contiguità e dall'altro le nuove figure di servitù rustiche, che gradatamente si presentavano come meno legate o del tutto libere dal requisito stesso. Così le servitù di pascolo e di abbeveraggio, di cuocere calce, di battere il grano, di pigiar l'uva, di prendere prodotti dal fondo servente. Ed ecco perchè Ulpiano ha bisogno dell'autorità di Procolo, di Atilicinio, di Nerazio per affermare il requisito. Vuol dire che se pure il servizio sia indipendente dalla posizione topografica, esso è però solo possibile come contenuto di servitù in quanto sia prestato tra fondi vicini. Che si tratti di limitazione dovuta all'origine storica o che abbia anche la sua ragione in ciò che normalmente non vi è vantaggio economico nella prestazione del servizio quando i fondi siano lontani, o anche nel riflesso che la servitù dev'essere rigorosamente tenuta entro quei limiti che occorrono per il reciproco sussidio dei fondi e quindi entro quella cerchia territoriale che quasi associa i fondi per il raggiungimento della loro destinazione, certo è che la vicinanza è posta come requisito della servitù e proprio, sopra tutto, in relazione a quelle figure in ordine alle quali la vicinanza non è logicamente necessaria per la prestazione del servizio.

§ 60.

Prima di chiudere questa trattazione relativa all'utilità ed alla vicinanza come requisiti della servitù, occorre far menzione di due passi, nei quali sembra che l'uno o l'altro requisito possa mancare almeno sotto certi presupposti. Si tratta di testi che hanno formato e formano tuttora oggetto di gravi dispute e di congetture disparate.

Labeo l. 4 *posteriorum a Iavoleno epitomatorum* — fr. 8.1.19.

Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui dedere ducere non expediret, nihilo minus constitui ea servitus possit: quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sint.

Si afferma qui recisamente che vendendo un fondo, — probabilmente il testo classico parlava di *mancipatio* — si possa gravarlo di una servitù, benchè questa non sia utile al venditore a pro del quale viene costituita. Si adduce l'esempio di una servitù di acquedotto — *ducere aquam* (1) — che non giova al venditore. La ragione messa avanti è che noi possiamo avere certe cose sebbene non ci siano utili (2).

Ulpianus l. 28 *ad Sabinum* — fr. 8. 4. 6 pr.

Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non.

Vi ha qui la stessa forma di costituzione di servitù precedentemente indicata. Vendendo una delle due case di sua proprietà può altri gravarla di servitù a favore della casa che ritiene o, viceversa, gravare quella che ritiene a favore di quella che vende. Poco importa — si soggiunge — che le due case sieno o no vicine.

Ecco adunque due passi che sembrano negare i due requisiti: quello della utilità e quello della vicinanza. Come abbiamo detto, questa strana affermazione ha messo a tortura l'ingegno degli interpreti.

La circostanza che nell'uno e nell'altro passo è questione della *retentio servitutis*, ossia, di quella forma di costituzione che ha luogo nell'alienare uno fra due fondi a noi spettanti, ha suggerito la congettura che in questa specialità si debba ritro-

(1) Il *dedere* del testo non è nei Basilici e sull'esempio del MOMMSEN lo si suol cancellare.

(2) Anche il *debere* non è nei Basilici e si deve cancellare.

vare la ragione di quella affermazione. E si trova la conferma di questo punto di vista nella espressione *habere* adoperata da Giavoleno, la quale varrebbe a significare l'antitesi coll'*adquirere*, nel senso che quel che è possibile avere ritenendo, non lo è acquistando. Il proprietario che aliena a condizione di poter conservare quella facoltà contenuta nel suo diritto, può raggiungere un risultato che non si ha mirando ad acquistare tale facoltà sul fondo o sulla cosa altrui (1).

Chi più energicamente di ogni altro ha cercato di riannodare sotto un unico concetto queste decisioni delle fonti è stato lo IHERING (2). Il quale trova la specialità nella figura della *lex rei suae dicta*, che già per la forma si differenzerebbe dalla *conventio* e dallo *stipulatio*, perchè è la espressione di una volontà unilaterale ed è scevra da ogni forma solenne, ma che sopra tutto si segnala per ciò che al proprietario è data una facoltà di disposizione più ampia di quel che altrimenti l'ordinamento giuridico consenta alla privata autonomia, accostandosi così in sostanza alla *lex publica*. A questa ampia podestà di disposizione bisognerebbe riferire l'eccezionale possibilità di ritenere sulla cosa alienata servitù che sono prive de' requisiti soliti della utilità e della vicinanza.

Contro questa spiegazione si è pronunciato il PERNICE (3), il quale da un canto contesta questa particolare efficacia ed energia della *lex rei suae dicta* e dall'altra spiega i due passi con osservazioni speciali a ciascuno di essi. Egli osserva che Muzio Scevola (*liber singularis opōv*) nel fr. 50.17.73,4 pone allo stesso livello la *lex dicta* al *pactum* e alla *stipulatio* quanto alla impossibilità di attribuire diritti a terzi, ciò che è proprio della *lex publica*, come ne rimane traccia nel testamento che tale fu in origine. La particolare efficacia della *lex privata* sarebbe dimostrata quindi solo da questi testi che escludono la necessità de' requisiti soliti delle servitù. Ora tali requisiti sarebbero in parte

(1) Cfr. VANGEROW I § 338, n° 4.

(2) *Ann. per la dogm* X p. 551 sgg. (articoli riuniti II p. 325 sgg.).

(3) *Labeo* III p. 108 sgg.

dovuti a regole scolastiche, che avrebbero avuto forma stabile solo negli ultimi tempi della repubblica, dato il loro carattere in parte dottrinario, e quindi non sarebbe impossibile che anche di fronte ad esse fossero rimaste intatte alcune figure che non vi si attagliavano. Ritiene però il PERNICE che non sia necessario ricorrere a tali congetture, perchè i due passi si spiegano benissimo in armonia colle solite regole delle servitù. E così la vicinanza non necessaria nel fr. 8.4.6 dovrebbe intendersi nel senso di contiguità, come apparirebbe dal successivo fr. 7 § 1 di Paolo, tolto dal commento a Sabino corrispondente allo stesso punto cui appartiene il passo di Ulpiano. Quanto alla servitù senza utilità del fr. 19 bisognerebbe intenderla nel senso di una servitù che per alcuno (*quis*), che è il proprietario attuale del fondo, non è utile, mentre lo è per il fondo, potendo benissimo noi avere un fondo fornito di certe qualità di cui non ci serviamo. Il che concorderebbe anche coi Basilici (LVIII. I. 17), i quali parlano di una servitù che *a lui*, al proprietario non è utile: *καὶν μὴ χρησιμεύσῃ αὐτῷ* — « et si *ipsi* utilis non sit. ».

§ 61.

La questione è stata ripresa in esame dal KOHLER in una sua speciale appendice allo studio da noi più volte rammentato (1). Egli fa capo ad un'antica interpretazione secondo cui l'utilità che non vi è ora per il fondo, vi potrà essere in seguito. Ma trova che con tale spiegazione non si chiarisce perchè questo caso sia contemplato proprio a proposito della *deductio servitutis*, ossia, delle riserva di questa nell'alienare la cosa. Egli comincia collo specificare che qui si tratterebbe di servitù inutile dato lo stato presente del fondo, ma che diventerà utile per il caso in cui il fondo venga trasformato, edificato, fornito di certe macchine e così via. E così la presa d'acqua attualmente inutile diventerà tale quando si costruisca un molino, che debba funzionare colla energia idrica. Si tratterebbe di servitù per un fondo

(1) *Arch. per la prat. civ.*

futuro (*für ein künftiges Grundstück*), il che avrebbe costituito grandi difficoltà per i giuristi romani, perchè per essi la servitù non avrebbe avuto esistenza attuale, ma solo *ex tempore o sub condicione*, come sarebbe l'usufrutto a favore di un nascituro. Ora una tale servitù difficilmente si sarebbe potuta costituire per il diritto civile, in quanto nè la *mancipatio* nè la *in iure cessio* avrebbero consentito un simile differimento, come apparrebbe dal *Vat. fragm.* 49 e dal fr. 8. 1. 4 pr. di Papiniano. In tale difficoltà si sarebbe fatto ricorso alla *deductio*, perchè questa consentiva tanto il termine iniziale quando la condizione. Ed appunto Labeone avrebbe parlato di *mancipatio* (non di *venditio*, come hanno sostituito i compilatori) con riserva di servitù *ex tempore*.

Sono anch'io d'avviso che la sola circostanza dell'essere la servitù costituita per via di ritenzione non possa dispensare da quelli che sono i suoi requisiti essenziali. Il modo della costituzione non può alterare l'essenza del diritto. Ed a nessuno può venire in mente di parlare di servitù inutile, come non si può immaginare una servitù fra due fondi posti in tale situazione da rendere impossibile la prestazione del servizio. Così che bisogna riconoscere che quando Ulpiano nega la necessità della vicinanza, esclude solo quella contiguità che occorre solo per certe specie di servitù. Ed è pur giocoforza ritenere, che servitù non utile nel senso del fr. 19 è quella che non è utile al fondo nello stato suo presente. Che occorra proprio immaginare una trasformazione del fondo a modo che si tratti di un fondo dominante non ancora esistente mi pare eccessiva pretesa. Può la presa d'acqua non essere utile per la destinazione attuale e diventarlo quando, senza costruire edifici, macchinari etc., per il semplice mutamento di destinazione sia necessario l'uso dell'acqua. Che se proprio la costituzione sia fatta in vista di eventuali trasformazioni, solo allora si potrà parlare di un futuro edificio e per tal caso ci riferiamo a quanto abbiamo sopra osservato (1).

(1) V. § 23 p. 42.

INDICE

I.

Bibliografia.

- § 1. Scrittori antichi — Letteratura moderna Pag. 5-7

II.

Le fonte.

- § 2. Libri *ad Sabinum* — comentari editati — Collezione giustiniana Pag. 8-10

III.

Concetto ed origine storica delle Servitù.

- § 3. *Servitus, iura praediorum* — Le c. d. Servitù personali — terminologia — fr. 86 § 4 *de leg. I* (30). Pag. 10-13
- § 4. Continua — fr. 39.3.1,22 » 13-14
- § 5. *Optimus maximus* » 14-15
- § 6. L'origine. — Le prime figure. — Opinione dello SCHÖNEMANN. » 15-17
- § 7. La servitù è coeva alla formazione e disciplina della proprietà. — La servitù è posteriore alla *limitatio*. — Opinione del BRUGI. » 17-18
- § 8. Continua. — Opinione del LUSIGNANI » 18-20

§ 9. Opinione del VOIGT.—Opinione dell'ELVERS, del Perozzi	Pag.	20-23
§ 10. Osservazioni critiche.	»	23-24
§ 11. Continua	»	24-26
§ 12. Continua	»	26-28
§ 13. Continua	»	28-30

IV.

Particolare determinazione della servitù.

§ 14. Servizio da fondo a fondo	Pag.	30-32
§ 15. Fondo servente.	»	30-33
§ 18. (1) Fondo in commercio	»	33-36
§ 19 Continua	»	25-37
§ 20. Servitù sopra fondo nullius	»	37-38
§ 21. Continua	»	38-40
§ 22. Continua.	»	49-41
§ 23 Servitù a favore di fondo non ancora esistente	»	41-42
§ 24 Fondo dominante.—Terminologia.—Critica dell' opinione che fa del fondo il soggetto della servitù	»	42-44
§ 23. (2) Critica del BÖCKING	»	45-46
§ 24. Concetto specifico del carattere accessorio.—Qualità del fondo—fr. 50.16.86	»	46-48
§ 25. Fondo dominante fuori commercio	»	48-50
§ 26. Fondo dominante nullius	»	50-51
§ 27. Figure aventi relazione colla servitù—usi civici	»	51-54
§ 28. Esame del fr. 8.4.13,1.	»	54-55
§ 29. Ager compascuus	»	55-56
§ 30. Continua.	»	57-59
§ 31. Pluralità di fondi dominanti o serventi	»	59-60
§ 32 Il requisito dell'utilità — fr. 8.1.15 pr.	»	60-63
§ 33. Evoluzione storica del requisito.	»	63-55
§ 34. Rapporto fra utilità e necessità nel concetto del BRUGI	»	65-67
§ 35. Contrasto fra l'utilità del fondo e quella della persona.	»	68-69
§ 35. (3) Continua	»	69-70
§ 36. Discussione sul vario concetto di utilità.	»	70-72

(1) Per equivoco furono saltati i numeri 16-17.
(2) Per equivoco sono ripetuti i numeri 23-24.
(3) Ripetuto per errore,

§ 37. Continua—fr. 43.20.3 pr.—fr. 1 § 11 eod. tit.	Pag.	72-77
§ 38. Coordinamento del vantaggio al fondo—fr. 8.3.5,1—6— fr. 8.3.3 pr.	»	74-76
§ 38. Servitù a scopo industriale	»	76-78
§ 40. Continua	»	78-80
§ 41. Continua.—Servitù per evitare la concorrenza industriale.	»	80-81
§ 42. Continua—fr. 8.4.13	»	81-83
§ 43. Continua	»	83-85
§ 44. Ulteriori considerazioni sull'utilità—fr. 8.1.8 pr.	»	85-85
§ 45. Continua	»	86-87
§ 46. Esame del fr. 8.5.8,1.	»	87-89
§ 47. Ancora sul fr. 8.1.8 pr.	»	89-90
§ 48. Le formole proposte per esprimere il requisito dell'utilità.	»	90-92
§ 49. Continua.	»	92-93
§ 50. Il requisito della vicinanza.—Se si fondi in quello dell'utilità	»	93-94
§ 51. Considerazioni varie—contiguità, vicinanza, posizione topografica	»	95-96
§ 51. (4) Continua	»	96-97
§ 53. Le fonti.—Duplice serie di passi.—Prima serie fr. 8.2.38—39	»	87-99
§ 54. Continua—fr. 8.5.3,8—4—5.	»	99-101
§ 55. Servitù di passaggio e di acquedotto	»	101
§ 56. Seconda serie—fr. 8.3.5,1	»	101-103
§ 57. Continua—fr. 34.1.14,3	»	103-104
§ 58. Continua—fr. 19.1.6,5	»	104-105
§ 59 Conclusione	»	105-106
§ 60. Passi che sembrano escludere utilità e vicinanza — fr. 8.1.9—fr. 8.4.6 pr.	»	106-109
§ 61. Opinione del KOHLER.—Conclusione	»	109-110

(1) Per errore invece di 52.