



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Iolanda Ruggiero

**La predialità nelle *Disposizioni Generali* del
codice civile italiano in materia di servitù.
L'apporto dei romanisti e le
riflessioni di Giuseppe Grosso**

Numero XIV Anno 2021
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso) P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

**La predialità nelle *Disposizioni Generali* del
codice civile italiano in materia di servitù.
L'apporto dei romanisti e le
riflessioni di Giuseppe Grosso**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Osservazioni minime sulla storia delle servitù – 3. La predialità nel codice del 1942 – 4. L'utilità – 5. Osservazioni e proposte di un romanista (in parte) contro i dogmi – 6. Un'autentica cesura – 7. Un'occasione mancata?

1. *Premessa*

Gli studiosi di diritto romano, come noto, contribuirono in misura notevole alla stesura del codice civile del 1942¹. Secondo l'opinione dominante, molti di loro avrebbero operato senza lasciarsi influenzare appieno dall'ideologia del regime, ponendosi piuttosto in una prospettiva di continuità con la codificazione del 1865, a sua volta fondata sui principi dell'individualismo liberale². Il ruolo dei romanisti

¹ Basta scorrere i lavori preparatori per avere una semplice idea delle personalità impegnate in questo compito. Cfr. R. BONINI, *I romanisti e il I libro del codice civile del 1942*, in *AG*, 187, 1974, 59 ss.; M. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia. Congresso Nazionale (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981)*, Milano, 1982, 675 ss.; ID., *Un secolo di «Bullettino»*, in *BIDR*, 91, 1988, IX ss.; ID., *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in *Index*, 23, 1995, 159 ss.; R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*³, Bologna, 1996, *passim*; ID., *Premessa storica*, in *Trattato di diritto privato. Premesse e disposizioni preliminari*, I, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, 199 ss., nonché N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003.

² Per tutti, C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865 – 1942*, Bari, 1997, 77 ss., 183 ss. Sui tentativi di revisione cui è stata sottoposta questa opinione, al punto da considerarla una tesi «di comodo» (così P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi*

assume particolare rilevanza in materia di servitù³, un campo in cui ancor oggi riconosciamo, visibilissima, l'impronta delle dottrine elaborate dagli antichi *prudentes*. In effetti, questa figura giuridica – che vanta una storia plurimillenaria – non ha subito, nel corso dei secoli, radicali stravolgimenti nelle sue strutture essenziali⁴.

Nella presente indagine propongo di ricostruire i percorsi seguiti dalla scienza giuridica italiana⁵ per elaborare il carattere della predialità nelle cd. *Disposizioni generali* del titolo VI del libro III del codice civile vigente. Un cammino che incrocia, inevitabilmente, le concezioni di cui era imbevuto il mondo dei protagonisti del tempo in cui esso fu redatto e, dunque, la ricostruzione dei principali indirizzi culturali di quella

di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime, in *QF*, 28.I, 1999, 175 ss., 183 ss., 190 ss.) e da coniare l'espressione «linea revisionista» (N. RONDINONE, *Storia inedita*, cit., 11 s., 701 ss.), cfr., inoltre, R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990, 1 ss.; A. SOMMA, *Fascismo e diritto: una ricerca sul nulla*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 55, 2001, 597 ss.; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, 37 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 263 ss.; C. CASCIONE, *Romanisti e fascismo. Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo. Atti del Seminario internazionale (Trento, 20-21 ottobre 2006)*, a cura di M. Miglietta e G. Santucci, Trento, 2009, 3 ss. V. anche *infra*, nt. 74.

³ Penso, in primo luogo, all'apporto decisivo sul riconoscimento delle cd. servitù industriali: un tema che ha suscitato un vivace dibattito culturale negli anni '30 del secolo scorso.

⁴ Un dato posto in luce sin dal lavoro di G. GROSSO, *Servitù fondiarie e servitù aziendali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 36, 1938, 462 ss., ora in *Scritti storico giuridici. Tomo II. Diritto privato. Cose e diritti reali*, Torino, 2000, 320, e poi ribadito costantemente dalla romanistica e dalla civilistica italiana: cfr. G. GROSSO, *Osservazioni di un romanista in margine al regime delle servitù nel nuovo codice civile*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, 2, Milano, 1947, 90 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, cit., 462 ss.; ID., in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, I, in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassallè*, Torino, 1963, 3 ss.; B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto dai Professori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, XII, Milano, 1967, 12; G. BRANCA, *Servitù prediali. Art. 1027-1099*, in *Commentario del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Libro terzo. Della proprietà*, Bologna-Roma, 1987, 6; M. COMPORI, voce *Servitù (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 42, Milano, 1990, 274 s.; A. NATUCCI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, VII. *Beni proprietà e diritti reali*, t. II, Torino, 2001, 81; A. BURDESE, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007, 1 ss. ove ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵ Con le difficoltà segnalate da N. RONDINONE, *Storia inedita*, cit., 2 ss.

stagione⁶. La trama imbastita dai nostri giuristi, delineata dalle famose scansioni cronologiche – il 1865 e il 1942 – attraversa, come noto, varie epoche: un universo composito che registra, al suo interno, una multiforme complessità⁷. Tuttavia, al codice del 1865 si è giunti attraverso la cultura giuridica illuminista settecentesca (le cui radici affondano nella tradizione del diritto comune), il *Code Napoléon* e le codificazioni degli Stati preunitari. Nel corso dell'Ottocento – secolo in cui si sono studiate, utilizzandole nella pratica forense, le opere dei giuristi di epoche precedenti – l'illuminismo settecentesco produce i suoi frutti⁸, testimoniando come i confini apparentemente netti affidati alle

⁶ Guido Alpa, nel denunciare la mancanza di una storia della storiografia del diritto civile sul punto (lacuna storiografica egregiamente colmata da N. RONDINONE, *Storia inedita*, cit., *passim*, quantomeno per gli anni che vanno dal 1939 al 1942), ribadisce l'importanza, per il giurista *tout court*, di ancorare la storia dei testi normativi alla storia dei loro contesti, onde chiarire il substrato economico e sociale delle norme e delle prassi: G. ALPA, *La cultura*, cit., X ss.

⁷ La bibliografia in materia è ingovernabile. Nel circoscriverne i riferimenti, fra i civilisti possiamo ricordare i grandi affreschi di N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1974; ID., *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990; ID., *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995, nonché le ricostruzioni di P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1988 e di P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, sul codice civile

⁸ Sulla configurazione del diritto romano come *ratio scripta*, traducibile dai giusnaturalisti e giusrazionalisti «in una trama di regole e in un impianto sistematico valevole per ogni comunità» – un fenomeno che interessava soprattutto il diritto privato e che sarebbe presto sfociato nel movimento per la codificazione in gran parte dell'Europa continentale a cavallo fra XVIII e XIX secolo – cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Milano, 1987, 25 ss., 42 ss.; A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990; ID., *Diritto romano e storiografia giuridica: qualche nuova prospettiva*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del Convegno (Torino, 26-27 maggio 2005)*, a cura di E. Stolfi, Torino, 2006, 153; E. STOLFI, *La civilistica lucana fra Ottocento e Novecento: istanze sistematiche e metodo casistico. Alcune riflessioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 51 fasc. 4, 2007, 1099 ss., al quale appartengono le parole citate tra caporali. Cfr. inoltre, dello stesso autore, *'Quaestiones iuris'. Casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, in *TSDP*, 1, 2008, 7 s. Più in generale, per una ricostruzione delle principali linee del processo codificatorio, non soltanto italiano, cfr. almeno F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II,

due codificazioni civili presentino contorni alquanto sfumati, fino ad abbracciare almeno due secoli.

Il volume che, qualche decennio fa, raccolse gli scritti di Giuseppe Grosso in materia di cose e di diritti reali, mi è servito da guida preziosa nel ripercorrere un siffatto itinerario⁹. Questo studioso seguì con la consueta acribia la riforma in materia di servitù nel passaggio dal codice del '65 a quello del '42: in lui riconosciamo uno degli estensori delle osservazioni e delle proposte della Facoltà giuridica torinese al progetto preliminare della nuova codificazione¹⁰. Un tale strumento si è rivelato utile sia da un punto di vista cronologico – consente di seguire l'evoluzione del pensiero dell'autore sul tema¹¹ – che sostanziale: le questioni interpretative poste di volta in volta nei singoli contributi aprono, in effetti, squarci interessanti sulla cultura giuridica degli anni

trad. it., Milano, 1980, 146 ss.; G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 82 ss.; ID., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1998, 211 ss.; P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma del codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici: una riflessione di fine millennio: atti dell'incontro di studio* (Firenze, 26-28 ottobre 2000), a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, 2002, 34 ss.; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia: la codificazione del diritto nel Risorgimento*¹³, Roma-Bari, 2007, 114 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., 52 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo, II. Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne*, Torino, 2010, 271 ss.; S. SOLIMANO, *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*², in *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, a cura di P. Alvazzi del Frate, M. Cavina, R. Ferrante, N. Sarti, S. Solimano, G. Speciale, E. Tavilla, Torino, 2018, 319 ss., spec. 346 ss.

⁹ Mi riferisco a G. GROSSO, *Scritti storico giuridici*, cit. Cfr., in proposito, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Commemorazione di Giuseppe Grosso*, in *RDR*, 1, 2001, nonché E. STOLFI, *Presentazione degli Scritti storico-giuridici di Giuseppe Grosso* (Torino, 30 novembre 2001), in *Iura*, 52, 2001, 435 ss.

¹⁰ Cfr. *Ministero di Grazia e Giustizia. Lavori preparatori per la riforma del codice civile. Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo. Cose e diritti reali*, II, Roma, 1938 (d'ora in poi *Osservazioni e proposte*, II).

¹¹ Penso in primo luogo alle proposte dell'autore *de iure condendo* in tema di servitù industriali e di rapporti di vicinato.

'30 del Novecento. Tenterò di tenerle in debita considerazione nel corso di queste pagine¹².

2. Osservazioni minime sulla storia delle servitù

Nel contesto appena delineato, non posso che offrire qualche linea essenziale – più rilevante ai fini cui poc'anzi accennavo – sulla storia plurimillennaria delle servitù. Il codice civile italiano dedica alle servitù *prediali* il titolo VI del libro III (*Della proprietà*). Gli articoli corrispondenti, distribuiti in otto capi, si snodano dal 1027 al 1099. Al principio del Capo I (*Disposizioni generali*)¹³ l'art. 1027¹⁴ presenta la nota definizione: «la servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di

¹² Di particolare utilità si rivelano, ai nostri fini, un articolo del 1941 (G. GROSSO, *Considerazioni sul nuovo codice civile in materia di servitù prediali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 39, 1941, 1, 364 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, cit., 368 ss.) e un lavoro di sei anni dopo (ID., *Osservazioni di un romanista*, cit., 462 ss.). Entrambi i contributi contengono una serie di riflessioni scaturite dalla lettura del codice, con le quali lo studioso riassume il proprio pensiero.

¹³ Rispetto al precedente, il nuovo codice contiene una parte generale sulle servitù, le cd. *Disposizioni generali*. Il legislatore, tuttavia, non ha voluto innovare sostanzialmente, ma piuttosto fissare alcuni punti della configurazione tradizionale dell'istituto, secondo criteri già prevalenti. Si sono così aggiunti tre articoli concernenti la determinazione dell'utilità (art. 1028); la costituzione di una servitù per vantaggio futuro (art. 1029) e le prestazioni accessorie (art. 1030). Le *Disposizioni generali* non enunciano le classificazioni delle servitù, salvo quella concernente le modalità di costituzione: coattive e volontarie; per usucapione e per destinazione del padre di famiglia (art. 1031). Un'innovazione sistematica di rilievo riguarda inoltre la soppressione delle servitù legali. Il codice del 1865 comprendeva – all'interno delle cd. servitù stabilite dalla legge (artt. 533 ss.) – figure lontane dalla servitù. Il nuovo codice determina (e, di conseguenza, delimita) la sfera di utilizzazione dei fondi nei confronti degli altri fondi. In esso figurano soltanto le servitù coattive. Si intende, cioè, che determinati presupposti consentano il diritto alla costituzione di una servitù vera e propria, non la sua esistenza (art. 1032). Alle servitù così costituite si contrappongono quelle volontarie (per contratto o per testamento: art. 1058). L'art. 1031 aggiunge – lo abbiamo appena ricordato – l'usucapione e la destinazione del padre di famiglia, contribuendo a una maggiore organicità del sistema. Sul punto G. GROSSO, *Considerazioni*, cit., 369 s., 373 s.; ID., *Osservazioni di un romanista*, cit., 465 ss. Riflessioni ulteriori *infra*, § 5.

¹⁴ Rubricato *Contenuto del diritto*.

un altro fondo appartenente a diverso proprietario»¹⁵. Il nome di servitù prediale¹⁶ ancora la figura al tradizionale ambito dei rapporti tra fondi: ne esprime, in effetti, il contenuto economico, consistente nel servizio (*servire*) reso da un fondo a un altro fondo. Il riferimento ai *praedia*, implicito nel termine *servitus*, era in origine impiegato per distinguere le *servitutes praediorum rusticorum* dalle *servitutes praediorum urbanorum*¹⁷. Anche l'immagine del peso su di un fondo, che si risolve nell'utilità di un altro fondo, affonda le sue radici storiche nel diritto romano. La servitù presuppone dunque l'esistenza di due fondi: l'uno su cui essa grava (detto servente, da *servire*), l'altro a favore del quale è stabilita (cd. dominante, un termine coniato dagli interpreti, estraneo alle fonti antiche).

Il processo di formazione storica delle servitù nell'esperienza giuridica romana si dipana dal sorgere di determinati tipi individuati nel contenuto, al loro progressivo accrescimento nel numero. Le esigenze della prassi proposero di continuo nuovi contenuti di servitù, individuati e riconosciuti dai giuristi senza intaccare, nella sostanza, il carattere fondamentale della tipicità¹⁸. Occorre tuttavia considerare come –

¹⁵ Il legislatore, discostandosi dal Progetto preliminare, è tornato alla definizione del codice del 1865 (art. 531), riducendo il pleonastico 'uso e utilità' alla semplice 'utilità'.

¹⁶ L'espressione servitù è più recente rispetto al sintagma *iura praediorum (rusticorum e urbanorum)*. Cfr. G. GROSSO, voce *Servitù (prediali)*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere e arti* 41, Roma, 1936, 468 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, cit., 163 ss.

¹⁷ I bizantini – ma con spunti già in un famoso quanto discusso passo marcianeo trasmesso da Marcian. 3 reg. D. 8.1.1 – hanno costruito un *servire* della cosa alla persona, parallelo a quello del *servire* del fondo al fondo, configurando – accanto alle *servitutes praediorum* – le *servitutes personarum* (usufrutto, uso, abitazione e opere degli schiavi e degli animali). Ma questa classificazione è stata abbandonata: si vedano le considerazioni sul punto di G. GROSSO, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 10 e nt. 1. Il codice civile del '42 non ne reca traccia, per una ragione contingente: già il codice del 1865, nel ricalcare il modello napoleonico, la bandiva per il timore di far rivivere antichi vincoli di carattere feudale.

¹⁸ Anche il diritto giustiniano conservò la tipicità, per quanto si accentuasse in esso la tendenza a configurare la categoria generale di servitù. Cfr., per tutti, G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, in *SDHI*, 3, 1937, 265 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, cit., 186 ss. (che sviluppa, in materia, il pensiero di B. BRUGI, *Struttura delle servitù prediali nel diritto romano e nel diritto italiano. Appendice del traduttore al lib. VIII tit. I. III*, in F. GLÜCK, *Commentario alla Pandette tradotto ed arricchito*

attraverso il moltiplicarsi di queste figure – affiorassero con chiarezza i caratteri generali in base ai quali si ammetteva l'esistenza di una servitù. Diminuiva, così, la distanza tra il crescente riconoscimento di nuovi tipi e l'emergere di una categoria generale. In proposito, gli interpreti moderni hanno segnalato, nella configurazione romana delle servitù, un oscillare fra visuali contrapposte, identificabili da un lato nel punto di partenza (la tipicità) e dall'altro nel punto di arrivo di un percorso storico (l'elaborazione di una categoria generale della *servitus*, definita nei suoi caratteri e requisiti essenziali, con libera individuazione dei contenuti ad opera dei privati). Si tratta, in realtà, di un processo che sfugge a qualsiasi rigore formale, definibile, per l'appunto, solo storicamente¹⁹. A ben vedere, la varietà della prassi, la determinazione negoziale e la valutazione sociale, non hanno impedito al legislatore del 1942 di enucleare, per molti aspetti concreti, tipi di servitù caratterizzati da un contenuto essenziale²⁰. Tenteremo di individuare, nelle conclusioni di questo contributo, le ragioni che rendono arduo, per la scienza giuridica contemporanea, un inquadramento soddisfacente delle servitù.

di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia, trad. it., Milano, 1900, 118 ss.); ID., in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 7 ss.; ID., *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in *BIDR*, 70, 1967, 105 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, cit., 682 ss.; A. BURDESE, voce *Servitù prediali (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, 17, Torino, 1970, 119 ss.; G. GROSSO, *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica: lo sviluppo e la elaborazione dei diritti limitati sulle cose*, in *ANRW*, I.2, Berlin-New York, 1972, 134 ss.; A. BURDESE, *Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, in *AG*, 218, 1998, 3 ss.; F. CURSI, 'Modus servitutis'. *Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, 12 ss., 307 ss.; A. BURDESE, *Le servitù prediali*, cit., 6 ss.

¹⁹ Cfr., per tutti G. GROSSO, *Servitù fondiari*, cit., 321; ID., in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 6 ss.: «Storicamente, dato il carattere della fonte da cui promana il riconoscimento (*scil.* la giurisprudenza)» il passaggio da un punto di vista all'altro «può avvenire con uno spostamento di visuale impercettibile, come sbocco della moltiplicazione delle servitù attraverso una progressiva moltiplicazione di singoli contenuti tipici». Considerazioni ulteriori sul punto *infra*, §§ 5-7.

²⁰ Sul senso della tipicità delle servitù nell'odierno diritto civile cfr. A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., 111 ss. con G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, in *Diritto Civile*, II. *Successioni, donazioni, beni*, t. II. *La proprietà e il possesso*, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, 233 s.

Nell'Italia longobarda, affievolitisi gli echi del diritto imperiale, si affermò una prassi che disciplinava situazioni analoghe a quelle delle servitù prediali modellate sul diritto romano, mentre nell'Italia bizantina continuava a persistere un'applicazione concreta di schemi che trovano la loro matrice nella compilazione giustiniana²¹.

In seguito alla riscoperta del *Corpus iuris civilis*, la servitù divenne oggetto di attenzione da parte delle scuole dei glossatori e dei commentatori, fino a costituire materia di vari trattati²². Il diritto comune apportò rilevanti modifiche alla struttura ordinante romana. Nell'ambito della peculiare moltiplicazione delle figure dei diritti reali, si distinsero – lo attestano i tre tronchi di cui si compone il celebre *arbor servitutum*²³ – le servitù in personali (*quae debentur a persona personae*, relative al vincolo fra padrone e servo); miste (*quae debentur a re personae*, comprensive di usufrutto, uso e abitazione); reali (*quae debentur a re rei*, ovvero la servitù prediale)²⁴. Al contempo, esse si qualificarono come positive e negative, continue e discontinue, prevedendo modifiche di regolamento in ordine ai loro modi di acquisto.

Dal canto loro, gli statuti comunali fissarono una serie di limiti alla proprietà fondiaria, solo in parte riconducibili alla figura delle servitù

²¹ Cfr. M. CARVALE, *Ricerche sulle servitù prediali nel medioevo*, I. *L'età romano-barbarica*, Milano, 1969, *passim*; ID., voce *Servitù prediali (Diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. it.*, 17, Torino, 1970, 125 ss.; I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, voce *Servitù (Diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, 42, Milano, 1990, 262 ss.

²² Il più celebre dei quali fu senz'altro il *Tractatus de servitutibus* di Bartolomeo Cipolla, dalla vastissima diffusione. L'opera costituisce un vero e proprio prototipo della densa trattatistica giuridica a cavallo fra Cinquecento e Seicento: cfr. G. ROSSI, *Disciplinare il quotidiano, regolare il multiforme: il 'Tractatus de servitutibus' di Bartolomeo Cipolla*, in *Bartolomeo Cipolla: un giurista veronese del Quattrocento tra cattedra, foro e luoghi del potere. Atti del Convegno internazionale di studi (Verona, 14-16 ottobre 2004)*, a cura di G. Rossi, Padova, 2009, 237 ss. Lo studioso segnala (nt. 4) la mancanza di ricerche aggiornate dedicate alla configurazione e alla disciplina delle servitù prediali nell'età del diritto comune, con l'unica eccezione rappresentata da P. GROSSI, *'Dominia' e 'servitutes' (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)*, in *QF*, 18, 1989, 331 ss., poi in ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 57 ss.

²³ La cui raffigurazione precede il libro VIII del *Digestum vetus*, Venetiis, 1591, 1091-1092. Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 5.

²⁴ Cfr., in proposito, M. CARVALE, voce *Servitù prediali*, cit., 126.

romanistiche; introdussero, inoltre, le figure di servitù coattive di passaggio, acquedotto e scarico d'acqua²⁵.

Si deve invece alla scuola culta francese la teorizzazione della duplice origine della servitù, per natura e per fatto dell'uomo. Da essa deriverà la tripartizione fra servitù legali, naturali e convenzionali, accolta dall'art. 639 del *Code Napoléon*, che influenzerà a sua volta il codice albertino (il quale, negli artt. 548 e 550, presenta la stessa tripartizione). Il codice civile italiano del 1865, ricalcando la stessa linea dell'Albertino, stabiliva che la servitù potesse derivare soltanto dalla legge o dal fatto dell'uomo (art. 532); al tempo stesso, introduceva tra le servitù legali quelle nascenti dalla situazione dei luoghi (artt. 536-545)²⁶.

I codici germanici si ispiravano invece direttamente alla 'tradizione romanistica'²⁷: in effetti, riconoscevano come servitù soltanto quelle convenzionali, distinguendole nettamente dalle limitazioni legali della proprietà²⁸. A questo esempio si ispira il nostro attuale codice civile.

Nel complesso, l'assetto raggiunto dalle servitù prediali nella stagione delle codificazioni fece tesoro, raccogliendola, dell'esperienza precedente, ora guidata dal riconoscimento della libertà dell'individuo. I frequenti richiami agli schemi del diritto romano non impedirono così la possibilità di dar vita a nuove figure di servitù, non nominate, con il limite esclusivo dell'utilità ricavabile, intesa come un vantaggio di qualunque natura. La scienza giuridica italiana si mosse entro gli schemi

²⁵ M. CARVALE, voce *Servitù prediali*, cit., 127 ss.; I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, voce *Servitù*, cit., 268 ss.

²⁶ Per tutti M. CARVALE, voce *Servitù prediali*, cit., 128 ss. e I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, voce *Servitù*, cit., 268 ss.

²⁷ Sul significato di questa espressione, nonché sui problemi storiografici connessi al suo impiego, cfr., per tutti, E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della 'tradizione romanistica': l'elaborazione medievale in materia di «pacta»*, in RDR, 2, 2002, 441 ss., ove ulteriore bibliografia. Sulle sue differenti declinazioni rispetto al fenomeno delle codificazioni susseguitesi dall'inizio dell'Ottocento cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione*, II, cit., 44 ss. Sul senso del ricorso ad essa in funzione suppletiva, anche in seguito all'entrata in vigore dei codici, cfr. C. MESSINA, *Tradizione romanistica e principi generali del diritto. Vittorio Scialoja e un piccolo 'bluff' di Fadda e Bensa*, in TSDP, 11, 2018, 1 ss.

²⁸ M. CARVALE, voce *Servitù prediali*, cit., 130 e I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, voce *Servitù*, cit., 273.

della Scuola dell'esegesi, riconducendo il diritto di servitù all'interno della teoria dello «smembramento della proprietà», per indicarne il rapporto di derivazione²⁹. Soltanto verso la fine del secolo la nostra cultura giuridica preferì seguire posizioni più vicine a quelle della Pandettistica tedesca³⁰, intendendo il rapporto *dominium – ius in re aliena* nei termini di una piena contrapposizione. La servitù fu allora considerata un diritto autonomo, incidente sulla proprietà, ma senza più costituirne una parte derivata³¹. In particolare, romanisti e civilisti coglieranno l'impostazione sistematica della Pandettistica: i nomi principali da ricordare sono quelli di Serafini, di Brugi, di Vittorio

²⁹ P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *QF*, 5-6, 1976-77, 308 ss. Su un piano più generale, cfr. inoltre P. GROSSI, *Resistenze di modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca: la nozione di usufrutto nelle riflessioni civilistiche francese e italiana*, in *Annali Macerata*, 5, 1982. E. STOLFI, *La civilistica lucana*, cit., 1102 non manca di ricordare come, in seguito all'entrata in vigore del *Code Napoléon*, in Italia lo studio del diritto fosse rimasto fortemente tributario della metodologia affermatasi in Francia: il lavoro del giurista coincideva, a tutti gli effetti, in una meticolosa disamina del testo codicistico.

³⁰ In generale, sulle ragioni della recezione dottrinale del modello pandettistico in Italia cfr. G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., 196 ss. Sulla scienza giuridica dell'Ottocento si vedano almeno K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966, 19 ss.; W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, trad. it. Milano, 1974, 17 ss.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato*, cit., 3 ss.; P. CAPPELLINI, 'Systema iuris', I. *Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano, 1984; ID., 'Systema iuris', II. *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985; U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Padova, 2008, 57 ss.; P. GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., 208, riferendosi ai giuristi italiani tra Otto e Novecento, ha coniato l'espressione di «uomini di frontiera»: una chiara allusione alla peculiare commistione di ideologie, culture, interessi e indirizzi di pensiero propri degli studiosi di questo periodo. Per una panoramica sulla metodologia utilizzata dalla romanistica tedesca del secondo Ottocento, ben più articolata rispetto a quanto spesso si legge in alcune ricostruzioni moderne, cfr. M. TALAMANCA, *Diritto romano*, cit., 677 ss. Nello stesso senso A. MANTELLO, *Contardo Ferrini e la pandettistica*, in *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo*, a cura di D. Mantovani, Milano, 2003, 178 ss. Cfr. inoltre E. STOLFI, *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla prima guerra mondiale*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino, 2016, 10 ss., ove altra bibliografia.

³¹ P. GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., 242 ss., 306 ss.

Scialoja, di Bensa, di Nicola e Leonardo Coviello, di Francesco Ferrara, di Roberto De Ruggiero.

3. *La predialità nel codice del 1942*

L'art. 1027 del codice del 1942³² conserva la figura della servitù *prediale*³³, recando traccia dell'originaria tipicità del diritto. A rigore, sancita la categoria generale di *servitus* e abbandonata la terminologia giustiniana di servitù personali, non vi sarebbe stata più ragione di conservare il carattere della predialità³⁴. È vero: questo sintagma non si giustifica più con la contrapposizione a un'altra tipologia di *servitutes* (personali) e il legislatore, in altri casi – anche al di fuori del titolo VI³⁵ – non mantiene la terminologia, ma parla semplicemente di servitù.

In rapporto al nostro codice civile, 'servitù' e 'servitù prediale' indicano la medesima cosa. L'aggettivo 'prediale' «esprime puramente un attributo della servitù stessa, in rapporto al concetto che essa esprime, di un *servire* tra *praediam*»³⁶. La predialità inerisce alla servitù, ne enuncia l'essenza³⁷; serba un significato profondo e una funzione ben precisa: collegare oggettivamente alcuni rapporti al fondo e non alle persone, in base ad esigenze agricole, edilizie e industriali. Risponde, pertanto, al bisogno di assicurare a un fondo determinate utilità di fronte a un altro, indipendentemente dal mutamento dei rispettivi soggetti. Il che permette, in ogni momento, di isolare il titolare della servitù da chi,

³² Corrispondente – giova ripeterlo – all'articolo 531 cod. civ. del 1865.

³³ Aggettivo già contenuto nel progetto preliminare del Libro II (*Cose e Diritti reali*), dell'agosto 1937: v. *infra*, § 5.

³⁴ Sul valore e sul significato di questo 'scrupolo' cfr. G. GROSSO, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 9, 11. Biondo Biondi si chiedeva come mai si continuasse ad adoperare l'antico linguaggio romano e a non sostituire l'aggettivo 'prediali' con 'fondiarie'. Si tratterebbe di un *unicum* da un punto di vista legislativo e dottrinario, relativo alla sostanziale identità di struttura conservato dall'istituto: così B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 12.

³⁵ Artt. 1012; 2812; 2862.

³⁶ G. GROSSO, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 11.

³⁷ Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 86 s., 108 ss.

invece, sia tenuto a sopportarne il peso. Consente, inoltre, la misura e i limiti dell'esercizio del diritto.

La servitù si basa su un principio che possiamo ritenere di 'collaborazione fondiaria'³⁸, nell'utilizzazione di un fondo a vantaggio di un altro: una cooperazione che si spinge lì dove la funzione sociale della proprietà che già – nella riflessione di Grosso – il regime fascista assegnava alla proprietà³⁹, non perviene. L'art. 1027 – nel parlare di 'peso' imposto a un fondo per l'utilità di un altro – pone quindi in prima linea i due beni, non considerando il rapporto dal lato dei soggetti. Ecco perché nella servitù l'accento cade sull'asservimento di una cosa rispetto a un'altra e non si reputa necessaria la contiguità, in senso stretto, dei due *praedia*⁴⁰: è sufficiente la possibilità che si instauri un rapporto di servizio. Ma lo scopo di collaborazione fondiaria non contraddice un diverso atteggiamento, innegabile, di 'sfavore' della legge nei confronti della servitù, vista come una sorta di 'intrafcio' all'economia nazionale: in effetti, l'ordinamento ne definisce i fatti costitutivi, tende a limitare il contenuto di quelle già costituite e ne facilita l'estinzione,

³⁸ F. MILANI, *Distinzioni delle servitù prediali*, Milano, 1948, 23 ss., 34, in particolare 41 ss.: «A mio avviso, la servitù, essendo una qualità non fisica ma economica e positiva del fondo dominante e negativa del fondo servente, è un istituto giuridico che ha per scopo la conciliazione non di un conflitto fisico di attribuzione tra fondi, ma di un conflitto economico di collaborazione tra i fondi stessi intesi come lati oggettivi del diritto di proprietà. In altri termini si tratta di un conflitto che non riguarda l'estensione fisica dei fondi e che riguarda invece la possibilità di godere più o meno intensamente, dal punto di vista economico, di essi: si tratta cioè di un conflitto fra gli esercizi dei due diritti di proprietà, intendendo per esercizio non il godimento effettivo, ma la possibilità di godimento che presenta il fondo»; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 1 ss.

³⁹ G. GROSSO, *Servitù, configurazione dei fondi e interesse della produzione nella riforma del codice civile*, in *Il Foro Italiano*, 63, 1938 parte IV, ora in *Scritti storico giuridici*, cit., 246. V. anche *infra*, § 5 e nt. 74. Sul tema, spinosissimo, della funzione sociale della proprietà, che ha ottenuto un riconoscimento esplicito nell'art. 42 della Costituzione, cfr., per tutti, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*³, Milano 2013, spec. 175 ss., 273 ss. Cfr. inoltre A. IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di M. Macario e M.N. Miletta, Roma, 2017, 35 ss.

⁴⁰ C. ZAPPULLI, voce *Servitù*, in *Nuovo dig. it.*, XII.1, Torino, 1940, 151, nt. 16. Cfr. inoltre F. MESSINEO, *Le servitù (artt. 1027-1099 cod. civ.)*, Milano, 1949, 38 ss.

circoscrivendolo rigorosamente⁴¹. Mentre l'inerenza (passiva) al fondo servente è un principio comune agli altri *iura in re aliena*, l'inerenza (attiva) al fondo dominante contraddistingue la servitù, e deriva proprio dalla cooperazione fondiaria, perseguita attraverso l'esercizio di un diritto reale, informato, in quanto tale, al principio di esclusione dei terzi. Si spiega così l'impossibilità di alienare il diritto separatamente dal fondo dominante. Una tale forma di collaborazione – è opportuno sottolinearlo – opera sempre e soltanto nei confronti degli stessi beni; il rapporto rimane legato ai due fondi sui quali è sorto. Pertanto, rispetto altri diritti reali, nelle servitù questo scopo accompagna la vita del rapporto, ne costituisce un elemento, rientra nel suo contenuto⁴². Il vantaggio, l'interesse, deve essere 'fondiario'⁴³. Oggetto della servitù e del suo esercizio è il fondo servente.

L'art. 1027 ribadisce inoltre il principio fondamentale in base al quale è necessaria la presenza di due fondi per costituire il diritto di servitù⁴⁴. Le così dette 'servitù irregolari' (diritti reali limitati su di un fondo a vantaggio di una persona, costituiti come servitù, ma non caratterizzati dalla predialità e dunque privi di un collegamento con l'utilità oggettiva del fondo stesso), non hanno trovato riconoscimento nel codice vigente⁴⁵ in virtù delle critiche serrate di dottrina e giurisprudenza all'art.

⁴¹ G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 3 ss., 7 ss., 33, il quale ricorda come la norma contenuta nel primo comma dell'art. 616 cod. civ. 1865 ('I proprietari possono stabilire sopra i loro fondi od a beneficio di essi qualunque servitù, purché sia solamente imposta ad un fondo e a vantaggio di un altro fondo, e non sia in alcun modo contraria all'ordine pubblico') non sia stata riprodotta nel codice vigente in quanto ritenuta superflua.

⁴² Se manca l'utilità fondiaria, il diritto non sorge; al contempo, se in un secondo momento l'utilità viene meno, la servitù si estingue dopo venti anni (cfr. art. 1074 cod. civ.).

⁴³ Con i corollari conseguenti: cfr. artt. 1037, 1065, 1074 cod. civ.

⁴⁴ M. COMPORTELLI, voce *Servitù*, cit., 288 s. A tal proposito l'autore parla di 'duplice inerenza reale' della servitù: nell'istituto «l'incorporazione reale è presente sia dal lato passivo, come inerenza del peso sul fondo servente, sia dal lato attivo, come inerenza del diritto sul fondo dominante».

⁴⁵ Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 151 ss.; F. MESSINEO, *Le servitù*, cit., 31 s.; P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974, 132 ss.; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 8 ss.; A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., 117 s.: «l'inammissibilità delle servitù irregolari deriva non tanto dalla circostanza che l'utilità

267 del progetto della Commissione Reale, che aveva invece tentato di introdurle⁴⁶.

Che la presenza del fondo dominante conferisca un tratto distintivo unico e inconfondibile alle servitù è confermato dalla loro diversa sistemazione nel codice del '42. Mentre in precedenza esse partecipavano al medesimo titolo comprensivo di usufrutto, uso e abitazione⁴⁷, nella codificazione successiva questo legame, pur tenue, scompare⁴⁸.

Dalla definizione legislativa dell'istituto⁴⁹ e dalla sua collocazione codicistica risulta, pertanto, la sua costruzione giuridica, configurata nei seguenti elementi, sui quali converge – pur con qualche variante – la *communis opinio*⁵⁰:

sia rivolta alla persona piuttosto che al fondo, quanto invece dalla *determinazione* della persona che dovrà godere della servitù: ciò che esclude l'ambulatorietà *attiva*, e dunque la predialità del diritto».

⁴⁶ *Osservazioni e proposte*, II, cit., 570 ss. Concordi (con le uniche eccezioni dei docenti delle Università di Ferrara e di Siena), nel senso della soppressione dell'art. 267, i pareri delle Università: tra i relatori identifichiamo Cariota Ferrara (Università di Bari); Cicu (Università di Bologna); Morittu (Università di Cagliari); Nicolò (Università di Catania); Gangi (Università di Milano); Biondi (Università Cattolica di Milano), il quale sottolineava la contrarietà alla tradizione romanistica del concetto di servitù irregolare; G. Stolfi (Università di Pavia); Coviello junior (Università di Perugia); Funaioli e Ferrara (Università di Pisa); Grosso (Università di Torino), che ribadiva l'infelicità di formulazione dell'art. 267. Lo stesso indirizzo si evince in giurisprudenza: Cass. 23 febbraio 1963, n. 448; Cass. 20 ottobre 1965, n. 2157; Cass. 21 ottobre 1965, n. 2160.

⁴⁷ Mi riferisco al titolo III (*Delle modificazioni della proprietà*).

⁴⁸ In effetti, l'usufrutto, l'uso e l'abitazione appartengono a un titolo diverso rispetto a quello delle servitù.

⁴⁹ Uso il termine 'istituto' nella consapevolezza che si tratti di un sinonimo più debole di 'dogma'. Sugli impieghi di quest'ultimo termine cfr. M. BRUTTI, *Storie di dogmi, storie di giuristi: una transizione incompiuta*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia 'iuris civilis' agli 'Scriptores iuris Romani'*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2017, 17 ss.

⁵⁰ Cfr. M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*⁵, 1, Torino 1958, 639 ss.; G. GROSSO, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 14 s.; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 82 ss.; M. COMPORTEI, voce *Servitù*, cit., 277.

- a) la realtà: la servitù è un diritto reale su un fondo, in particolare un diritto reale su cosa altrui⁵¹;
- b) la specialità: il concetto del peso, del servizio reso dal fondo, comporta la specialità del contenuto della servitù: deve trattarsi di una utilizzazione specificamente determinata⁵².

4. *L'utilità*

Il carattere della predialità si connette intimamente a quello dell'utilità: un concetto che, a sua volta, non si esaurisce nei riflessi inerenti alla titolarità della servitù, ma ne qualifica il contenuto⁵³. Ovviamente non ha senso parlare di vantaggio di un fondo se non in funzione di un soggetto cui quelle utilità sono destinate. E tuttavia nella servitù occorre che l'utilità giunga alla persona attraverso il godimento del fondo. La servitù incrementa l'utilizzazione del fondo dominante come tale e deve essere sempre strumentale allo sfruttamento del medesimo⁵⁴. Non può dunque costituirsi per un vantaggio personale del proprietario. Per determinare l'utilità, occorre che l'attuazione del contenuto della servitù si traduca direttamente nel godimento del fondo⁵⁵.

⁵¹ Un campo in cui si pone in tutta evidenza il problema della posizione dei *iura in re aliena* nei confronti della proprietà: cfr., per tutti, A. BURDESE, *Le servitù prediali*, cit., 10 ss., ove bibliografia.

⁵² A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., 115 e nt. 13. La specialità non è considerata un carattere proprio della servitù da B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 83 ss.

⁵³ G. GROSSO, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 14 s., 116.

⁵⁴ B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 135 ss.; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 17 ss.; A. BURDESE, *Le servitù prediali*, cit., 27.

⁵⁵ Sulla determinazione dell'utilità della servitù cfr., per tutti, B. BRUGI, *Il requisito della utilità nelle servitù prediali secondo il diritto romano e il diritto italiano. Appendice del traduttore al lib. VIII tit. I, I*, in F. GLÜCK, *Commentario alla Pandette*, cit., 80 ss.; L. COVIELLO, *Le servitù prediali. Lezioni dell'anno 1925-1926 raccolte a cura del dott. Giuseppe Stolfi*, Napoli, 1926, 49; G. GROSSO, *Osservazioni sul progetto preliminare del secondo libro del codice civile delle servitù prediali*, in *Memorie dell'Istituto Giuridico di Torino*, 38, 1938, 77 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, cit., 264 ss.; P. VITUCCI, *Utilità e interesse*, cit., 187 ss.; A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., 89 ss.

Si è fatto spesso ricorso, a questi fini, ai casi concreti proposti dai giuristi romani. Costoro estendevano, da un lato, il carattere dell'*utilitas*, indicandone, dall'altro, i limiti negativi. Da segnalare, in proposito, un passo del XV libro *ad Plautium* di Paolo, conservato in D. 8.1.8 pr.: *ut pomum decerpere liceat et ut spatium et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest*⁵⁶. Per il giurista severiano azioni quali raccogliere mele su un terreno altrui, passeggiarvi o consumarvi del cibo, non costituiscono il contenuto di una servitù. Paolo fornisce tipici esempi di utilità personale: il vantaggio del fondo non può risolversi in un vantaggio del suo proprietario. Attenuare il legame col fondo dominante (la predialità) distruggerebbe il fondamento economico proprio della servitù. Il rigore dei giuristi romani si risolve quindi, quanto ai limiti, in una sfera immediata di utilizzazione del *praedium*⁵⁷.

La concreta determinazione dell'utilità fondiaria ha caratterizzato un vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza sulla cd. servitù a scopo industriale⁵⁸. Ancora una volta, nel ricercarne i fondamenti, gli interpreti

⁵⁶ Su questo frammento, per tutti, G. GROSSO, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 120 s. Cfr. inoltre C. FADDA, *Servitù*, Napoli, 1913, 85 ss.; B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano, 1938, 379 ss.; S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, 23; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 18, 32.

⁵⁷ M. GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, Parma, 2013, 126 ss., segnala come il caso ricordato da Paolo in D. 8.1.8 pr. vada considerato per il suo contenuto indicativo, senza la pretesa di assolutizzarlo, come se le attività elencate «non potessero mai essere inquadrate come benefici a favore di un fondo, invece che come benefici a una persona». Se quelle stesse attività si traducevano nel miglior godimento di un fondo a causa della sua destinazione specifica, il diritto corrispondente potrebbe concretarsi in una servitù vera e propria, come nel caso degli alberghi, delle case di cura o degli stabilimenti termali a vantaggio dei quali siano stati assicurati i diritti di camminare, passeggiare etc.: così L. COVIELLO, *Le servitù prediali*, cit., 49, seguito da G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 18 s., 32.

⁵⁸ Cfr. F. MESSINEO, *Le servitù*, cit., 21 ss.; G. GROSSO, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 123 ss., nonché B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 155 ss., 163 ss. ove possiamo leggerne una definizione: «Si chiamano servitù a scopo industriale o, più brevemente, ma non in modo del tutto inesatto, servitù industriali, quelle che hanno come contenuto la facoltà di ricavare dal fondo servente alcuni prodotti od in genere talune utilità per l'esercizio di una determinata industria». La servitù industriale, pertanto, prevede sempre un aspetto artificiale, dovuta all'opera dell'uomo che dispone

si sono rivolti al diritto romano. Ma chiedersi se l'esperienza giuridica romana ammettesse tale figura rappresenta, a mio modo di vedere, un esercizio in larga misura vano⁵⁹.

di mezzi e capitali, per cui l'utilità «è ricollegata più alla persona che al fondo» (traggo entrambe le citazioni da p. 155). Nello stesso senso M. GARDINI, *Il regime giuridico*, cit., 117 ss., secondo il quale con le servitù industriali si valorizza il profilo della destinazione «che coniuga le caratteristiche del fondo con la direzione ad esse impressa dall'uomo».

⁵⁹ Le fonti in nostro possesso da un lato sembrerebbero ammettere servitù ad incremento di un'attività 'industriale': servitù di pascolare il bestiame allevato a scopo di vendita (Pap. 2 *resp.* D. 8.3.4: *Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur*); di deporre il materiale estratto da una cava (Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.3.3.2: *Eodem libro ait 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*); *servitus thynnos non piscandi* (Ulp. 6 *opin.* D. 8.4.13 *pr.*: *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*, un testo letto, da ultimo, da G. PURPURA, '*Servitus thynnos non piscandi*' [D. 8.4.13 *pr.*], in *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, a cura di F.M. D'Ippolito, Napoli, 2007, 2163 ss., ove bibliografia precedente). Dall'altro, come argomento generale contro le servitù a scopo industriale in diritto romano si adduce un passo di Paolo: Paul. 15 *ad Plant.* D. 8.3.6 *pr.* La *servitus cretae excimendae* in tanto può essere costituita, afferma il giurista severiano, in quanto il materiale estratto sia usato per i bisogni del fondo: come nel caso in cui il proprietario del fondo dominante avesse ivi un laboratorio per fabbricare i vasi, onde esportare i prodotti del fondo (le anfore utilizzate per il trasporto del vino o delle botti) o i mattoni impiegati per la costruzione di una *villa* sul terreno. Se, invece, le *figlinae* dedicassero la loro produzione al mercato, il diritto di trarre il materiale dal fondo altrui non sarà configurato come servitù, ma come usufrutto: *veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur (sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evebatur aut ut dolia fiant), vel tegulae vel ad villam aedificandam. sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usus fructus erit.* In realtà, i due ordini di testi non rivelano reali contraddizioni. Il problema verte sempre sulla determinazione del limite dell'utilità: cfr., per tutti G. GROSSO, *Servitù fondiariae*, cit., 322 ss. Le soluzioni positive riflettono casi in cui è particolarmente accentuato il vantaggio del fondo e dunque sono ricompresi in una rigorosa determinazione di esso. La soluzione negativa di Paolo si basa invece sul particolare contenuto del diritto: procurarsi la materia prima per l'esercizio dell'industria. In effetti, i giuristi romani non consideravano la materia prima quale strumento di un'utilizzazione del fondo in cui si esercitava la *figlina*. I vasi prodotti dalla fabbrica esistente nel terreno non costituivano per loro un prodotto del fondo,

Si tratta di un problema tutt'oggi spinoso. Le servitù industriali rispondono a esigenze proprie dell'industria moderna, nelle sue più varie espressioni⁶⁰. L'utilità del fondo può certamente consistere nel favorire la sua destinazione industriale: l'opinione dominante – già prima dell'entrata in vigore del nuovo codice – era prevalentemente orientata in questo senso. La servitù può consistere inoltre nel favorire la destinazione del fondo allo svolgimento di un'attività commerciale. Pertanto, la statuizione contenuta nell'art. 1028 cod. civ. (l'utilità «può del pari essere inerente alla destinazione industriale del fondo») allarga la portata dell'utilità, fino a ricomprendervi quella industriale, ricollegandola tuttavia sempre al fondo. «Industriale non è la servitù, ma la destinazione del fondo. Dalla predialità non si prescinde né si può prescindere»⁶¹. Occorre, quindi, chiedersi di volta in volta (ed è il problema che si presenta per ogni servitù, che in tema di servitù

ma di un'attività più complessa riconducibile alla persona. In sostanza, il fabbricante di vasi vantava un godimento diretto della materia prima. Sul passo paolino cfr. G. GROSSO, *Servitù fondiarie*, cit., 323 ss.; ID., in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 123 ss.; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 93, 101 s. (ma v. già *Osservazioni e proposte*, II, cit., 313); G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 26; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei 'iura in re aliena'*, Napoli, 1992, 190 s. (ove si contesta la genuinità del testo), 200; F. CURSI, *Il 'modus'*, cit., 235 ss., secondo la quale «in realtà l'*utilitas fundi*, e non l'entità dell'uso, a costituire il criterio discretivo adottato dai giuristi romani» (la citazione è tratta da p. 240). Per M. GARDINI, *Il regime giuridico*, cit., 118 ss., il passo paolino «illustra bene il punto di rottura dell'assetto prediale». Questo studioso, inoltre, tenta di ricostruire il contesto dell'ipotesi presa in esame dal giurista severiano: forse una disposizione testamentaria, con la quale si era lasciata la facoltà di prelevare e lavorare creta in un fondo vicino attrezzato, con cui alimentare dei forni per la fabbricazione di prodotti di terracotta.

⁶⁰ Nell'espressione 'industria' si ricomprendono, in prevalenza, forme di attività diverse da quella agricola, intesa come coltivazione del suolo, ma essa può riferirsi anche a quelle attività agricole, come la pastorizia, non direttamente funzionali alla coltivazione del fondo dominante: così G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 24. Secondo A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., 96, il termine 'industria', impiegato dal legislatore, andrebbe interpretato in senso lato e non tecnico: «perché si abbia *industria* è sufficiente invece una qualunque attività diretta alla produzione di beni e servizi, sia che si svolga in forme rudimentali o con sistemi più complessi».

⁶¹ B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 157.

industriale si complica) fin dove possa spingersi la strumentalità all'utilizzazione del fondo⁶².

Alla fine degli anni '30 del secolo scorso, il problema posto dalla cd. servitù industriale aveva suggerito agli interpreti la possibilità di collegare la servitù, attivamente o passivamente, oltre che ai fondi, alle aziende – le quali acquistavano un'importanza crescente, certo non minore rispetto a quella dei primi – nella loro oggettiva entità⁶³. Ma per il legislatore costituire una servitù a favore di un'azienda industriale «independentemente dal legame dell'industria con un determinato immobile» avrebbe «alterato lo schema tradizionale delle servitù prediali»⁶⁴, svincolandolo dal carattere della predialità. Ragione per la quale non si è percorsa questa strada⁶⁵; si è invece cercato di dilatare, per così dire 'dall'interno', il carattere dell'utilità⁶⁶, necessariamente da collegarsi a un fondo. In altri termini, la chiave per comprendere le servitù industriali va ricercata proprio nel permanere del profilo della predialità, e dunque nel suo interagire con la configurazione dell'*utilitas*.

Di recente Marco Gardini ha proposto una diversa impostazione del problema. Se consideriamo servitù e fondo come due termini di una funzione – egli scrive – ciò che incide sull'una si ripercuote sull'altro. Per esempio, restringendo la nozione di fondo alla fertilità, intesa come produttività agricola, del terreno, l'utilità espressa da una servitù assume una dimensione molto precisa, ma al contempo assai angusta. Se si tiene conto anche degli edifici insistenti sul fondo, la nozione di utilità evidentemente si allarga. E si amplia ancor di più se vi si includono le attività ivi svolte. L'individuazione di queste nuove utilità, sempre

⁶² Cfr. A. BURDESE, *Le servitù prediali*, cit., 29 ss. L'autore ribadisce la delicatezza del problema a fronte della varietà delle ipotesi concrete e la conseguente opportunità di lasciare, di volta in volta, al prudente apprezzamento dell'interprete la valutazione delle circostanze di fatto in base alle quali l'attività industriale svolta sul fondo dominante si traduce in una utilità per il medesimo. Ricca casistica in G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 22 ss.

⁶³ Il titolo VIII del libro V (*Del lavoro*) è in effetti interamente dedicato all'azienda (*Dell'azienda*): cfr. G. GROSSO, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 129.

⁶⁴ Relazione del Guardasigilli al Re, n. 488.

⁶⁵ G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 26 s.; A. BURDESE, *Le servitù prediali*, cit., 31. V. *infra*, § 7.

⁶⁶ Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 133, 157.

prediali (il punto di riferimento rimane il *praedium*), risulta pertanto da uno slittamento di prospettiva dal fondo all'attività ad esso connessa. Si pongono così in luce le tre possibili proiezioni dell'utilità: la predialità, emergente nella metafora di 'peso' contenuta nell'art. 1027 cod. civ.; la meritevolezza della funzione (l'idea, per il fondo, dell'essere a servizio di qualcosa di meritevole), con riscontro nell'art. 1028 cod. civ.; l'attualità (l'idea dell'usare per soddisfare un bisogno attuale e specifico), considerata dall'art. 1029 cod. civ. E si giunge quindi alla domanda: quando i trattati di diritto civile qualificano l'utilità come un requisito legale, un limite alla libertà di costituire una qualsivoglia servitù, a quale di questi significati si riferiscono? Non tanto all'utilità di carattere prediale, insita nella nozione stessa di servitù, ma a un'utilità 'in concreto', oscillante fra il secondo e il terzo significato. Secondo Gardini, sarebbe prudente smorzare i termini della contrapposizione tra l'impostazione romana e il sistema civilistico attuale. L'idea dell'utilità come limite alla nozione di servitù, che avrebbe luogo solo oggi, sottovaluterebbe un dato di fatto: la tipicità romana non riusciva ad eliminare le controversie, scaturite dagli inevitabili spazi 'aperti' tra le espressioni tipiche (le parole) e la realtà concreta. A suo giudizio, questo oscillare fra visuali contrapposte poggia sull'illusione che le forme di utilità di carattere prediale possano essere infinite⁶⁷.

5. Osservazioni e proposte di un romanista (in parte) contro i dogmi

Per arrivare al cuore dell'intento proposto al principio di questo lavoro, è necessario volgere uno sguardo indietro nel tempo rispetto alla codificazione del '42 e porre l'attenzione su quella fase dei lavori preparatori al codice civile compresa tra il novembre del 1936 e il giugno del 1939. Il progetto preliminare del Libro II (*Cose e Diritti reali*), messo a punto dalla Commissione Reale, fu presentato al Guardasigilli Solmi nell'agosto del 1937. Colpisce subito, rispetto agli altri libri del codice civile, la sua posteriorità, e di conseguenza il suo più elevato grado di

⁶⁷ M. GARDINI, *Il regime giuridico*, cit., 85 ss. Ulteriori riflessioni su questo tema *infra*, § 7.

elaborazione⁶⁸. Il Capo III del Titolo III (*Dei diritti reali su cosa altrui*) conservava l'aggettivo *prediale* (*Delle servitù prediali*). Secondo la prassi instaurata dal regime, esso fu inviato ai corpi tecnici per la raccolta delle osservazioni, a loro volta raggruppate e stampate nei volumi I, II e III delle *Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo* (Roma 1938, a cura del Ministero di Grazia e Giustizia)⁶⁹.

Già nel primo volume, dedicato alle *Osservazioni di carattere generale su tutto il progetto*⁷⁰, si coglieva l'importanza della materia regolata, tra le più tradizionali del diritto privato, «ricca di gravi e delicate questioni e controversie»⁷¹.

Fra i professori di diritto romano incaricati di fornire *Osservazioni di carattere generale* sul Capo III (*Delle servitù prediali*), rinveniamo i nomi di Biondo Biondi (Università Cattolica di Milano) e di Giuseppe Grosso (Università di Torino). Il secondo, in particolare, scriveva: «in materia di servitù il progetto ha ampiamente innovato, sia dal punto di vista sistematico, sia dal punto di vista sostanziale. Ed invero ampie erano state le critiche a cui era stato sottoposto il sistema ed il regime dettato dal codice civile, molti i dubbi e le questioni cui aveva dato luogo, fortemente sentito il bisogno di una rielaborazione»⁷². Lo studioso ribadiva il pensiero già espresso con coerenza nei propri scritti: restituire alla costruzione dell'istituto quella «purezza di linee» che solo il diritto romano poteva assicurarle, depurandola dalle incrostazioni storiche⁷³. Al contempo, egli non taceva di alcune riserve, relative alle distinzioni fra servitù continue e discontinue, apparenti e non apparenti, comportanti

⁶⁸ Su questi aspetti cfr. N. RONDINONE, *Storia inedita*, cit., 145 s., ove possiamo leggere un elenco dei partecipanti alla compilazione.

⁶⁹ V. *supra*, *Premessa* e n. 10.

⁷⁰ *Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo. Cose e diritti reali*, I, Roma 1938 (d'ora in poi *Osservazioni e proposte*, I).

⁷¹ Così il civilista M. ALLARA (Università Di Torino), in *Osservazioni e proposte*, I, cit., 18 ss., il quale, se da un verso lamentava la mancanza di una salda sistemazione della materia, di un coordinamento fra le varie parti del progetto, di una precisa e accurata dizione legislativa, dall'altro ne segnalava alcune caratteristiche: il numero notevole di definizioni; il largo rinvio alle leggi speciali; un certo uso di norme vaghe ed elastiche.

⁷² *Osservazioni e proposte*, II, cit., 286. Cfr. G. GROSSO, *Osservazioni sul progetto preliminare*, cit., 254 ss.

⁷³ *Osservazioni e proposte*, II, cit., 287. Cfr. G. GROSSO, *Servitù, configurazione dei fondi*, cit., 245 ss.

limitazioni artificiose, non rispondenti a una concreta valutazione del contenuto e della struttura della servitù e pertanto – a suo parere – da sopprimere. Non mancavano, inoltre, richiami sull'adeguamento dell'istituto alle esigenze «imposte dalla coscienza fascista», con riferimento alla funzione sociale assunta dalla proprietà⁷⁴.

Continuando a scorrere il testo delle *Osservazioni*, ci imbattiamo nella sezione I (*Disposizioni generali*), luogo in cui prendono avvio i commenti ai singoli articoli del progetto preliminare. Fra i romanisti autori delle *Osservazioni di carattere generale* sull'art. 182, contenente la definizione di

⁷⁴ *Osservazioni e proposte*, II, cit., 288 ss. Sull'itinerario culturale che ha condotto all'impiego della formula 'funzione sociale' nel diritto codificato, con specifico riferimento alla proprietà, cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 175 ss. e A. IANNARELLI, *Funzione sociale*, cit., 33 ss. Dall'inizio del secolo scorso le ricerche sui rapporti fra giuristi e fascismo e sul ruolo svolto dai romanisti italiani durante il Ventennio si sono notevolmente arricchite. Oltre agli studi indicati *supra*, nt. 2, si vedano A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di A. Mazzacane, Baden-Baden, 2002, 1 ss.; A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalfascista*, Frankfurt am Main, 2005, 23 ss.; E. DE CRISTOFARO, *Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla Repubblica (1940-1948)*, in *Laboratoire italien*, 12, 2012, 63 ss.; A. SOMMA, *Cultura giuridica e giuristi nella transizione dallo Stato liberale al fascismo*, in *Rg*, 21, 2013, 257 ss.; A. MATTONE, *Il mondo giuridico italiano fra fascistizzazione e consenso: uno sguardo generale*, in *Giuristi al bivio. Le Facoltà di Giurisprudenza fra regime fascista ed età repubblicana*, a cura di M. Cavina, Bologna, 2014, 1 ss.; I. STOLZI, *Fascismo e cultura giuridica*, in *Studi Storici*, 55, 2014, 139 ss.; I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, 2015, 9 ss.; M. NARDOZZA, *Cultura giuridica romana e fascismo*, in *Initium*, 23, 2018, 529 ss.; I. BIROCCHI, G. CHIODI, M. GRONDONA, *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, Roma, 2020. In particolare, è stato approfondito il rapporto fra Salvatore Riccobono e il fascismo, a partire da A. MANTELLO, *La giurisprudenza romana fra fascismo e nazismo*, in *QS*, 13 (25), 1987, 23 ss. Cfr. in merito C. CASCIONE, *Romanisti e fascismo*, cit., 3 ss.; U. BARTOCCI, *Salvatore Riccobono il diritto romano e il valore politico degli 'Studia Humanitatis'*, Torino, 2012, *passim* (su cui M. VARVARO, *Gli «studia humanitatis» e i «fata iuris Romani» tra fascio e croce uncinata*, in *Index*, 42, 2014, 643 ss.); E. STOLFI, *Protagonisti e percorsi dell'interpolazionismo. A proposito di una recente indagine su Gradenwitz e Riccobono*, in *SDHI*, 84, 2018, 325 ss., ove ulteriore bibliografia; M. VARVARO, *Salvatore Riccobono. Tra il 'genio di Roma' e il fascismo. Parte I*, in *BIDR*, 113, 2019, 93 ss.; ID., *Salvatore Riccobono tra il 'genio di Roma' e il fascismo. Parte II*, in *BIDR*, 114, 2020, in corso di pubblicazione.

servitù prediale⁷⁵, compaiono nuovamente i nomi di Biondi e di Grosso. Interessante, a questo proposito, appare l'annotazione del Professore torinese a proposito della nuova definizione, a suo giudizio peggiorata rispetto alla precedente (art. 531 cod. civ. del 1865)⁷⁶: il concetto di peso imposto sopra un fondo, nella sua genericità (e forse anche atecnicità: sarebbe spettato all'interprete il compito di tradurlo in un più preciso concetto giuridico)⁷⁷, esprimeva con maggior immediatezza il carattere della realtà, mentre altrettanto non poteva dirsi della formula 'limitazione del godimento di un fondo'⁷⁸. Egli giudicava inoltre discutibile la duplicazione dell'espressione 'per l'uso e l'utilità'. Altrettanto interessanti appaiono le considerazioni sulla determinazione dell'*utilitas*⁷⁹: «al di là di questo limite non si può andare, senza distruggere la base che l'utilità del fondo fornisce al concetto di servitù ... Vorremmo ... che fosse espressamente ribadito che l'utilità del fondo dominante qualifica il contenuto della servitù Dopo la norma che ammette la costituzione della servitù per un vantaggio connesso ad una destinazione eventuale del fondo, porremmo una norma di carattere più generale, che stabilisse che in ogni modo l'esercizio della servitù deve essere diretto all'utilità del fondo ... e contenuto nei limiti da essa segnati. ... Si deve ... riscontrare nell'esercizio della servitù quella strumentalità al godimento e all'utilizzazione del fondo dominante per cui è giustificata la servitù stessa ... Per quello che concerne poi la ulteriore determinazione del concetto dell'*utilitas*, questo resta problema dell'interprete, in rapporto alla valutazione imposta dalla coscienza economico-sociale. Un'ulteriore determinazione legislativa può essere pericolosa».

⁷⁵ Art. 182 progetto preliminare: 'Definizione. La servitù prediale consiste in una limitazione del godimento di un fondo per l'uso e l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario'.

⁷⁶ 'La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario'.

⁷⁷ Cfr. F. MILANI, *Distinzioni*, cit., 16 s.

⁷⁸ Nella stessa direzione si poneva M. ALLARA (Università di Torino), in *Osservazioni e proposte*, I, cit., 22.

⁷⁹ *Osservazioni e proposte*, II, cit., 303 ss.

Fra i romanisti incaricati di proporre le proprie osservazioni sulla formula dell'art. 183⁸⁰ ritroviamo ancora Biondi e Grosso, il quale⁸¹ considerava opportuna l'affermazione espressa per cui l'utilità potesse consistere nel favorire o proteggere la destinazione industriale del fondo. Rimaneva in ogni caso immutato per l'interprete il delicato problema di individuarne il limite: fino a che punto, cioè, il vantaggio si acquistasse per il tramite del fondo e dove invece intervenissero fattori indipendenti dell'industria esercitata dalla persona. E già in questo luogo il Professore torinese si poneva, *de iure condendo*, un problema a suo dire ben più ampio e grave, denunciato con regolarità nel susseguirsi dei propri lavori⁸²: a fronte dello sviluppo industriale e della conseguente fisionomia assunta dall'azienda, avrebbe potuto aprirsi «un più vasto campo di applicazione alle servitù, uscendo dall'orbita tradizionale del fondo e della destinazione di questo, per ammettere un riferimento diretto della servitù ... alle aziende, per l'entità oggettiva che queste rappresentano, che, sia pur con dati limiti e sotto certi aspetti, parrebbe giustificare il parallelismo coi fondi»⁸³?

Fra i romanisti, Giuseppe Grosso è stato dunque colui che più lucidamente ha avvertito il permanere della difficoltà, da parte della scienza giuridica del proprio tempo⁸⁴, di giustificare sul piano giuridico le servitù come condizioni obiettive dei fondi, opponibili *erga omnes* e

⁸⁰ Art. 183 progetto preliminare: 'Contenuto. L'utilità può consistere anche nella maggiore comodità od amenità del fondo dominante, o nel favorire o proteggere la sua destinazione industriale. L'utilità può egualmente consistere nella facoltà di fare ciò che non sarebbe consentito per i rapporti di vicinato. La servitù non può essere in alcun caso contraria all'ordine pubblico', solo in parte coincidente con l'art. 616 cod. civ. 1865, che ripropongo nella sua interezza: 'Delle diverse specie di servitù che possono stabilirsi sui fondi. I proprietari possono stabilire sopra i loro fondi od a beneficio di essi qualunque servitù, purché sia solamente imposta ad un fondo a vantaggio di un altro fondo, e non sia in alcun modo contraria all'ordine pubblico'.

⁸¹ *Osservazioni e proposte*, II, cit., 313 s.

⁸² Cfr. G. GROSSO, *Osservazioni sul progetto preliminare*, cit., 254 ss., 261, 262 ss.; ID., in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 129 ss.

⁸³ La citazione è tratta da p. 314 delle *Osservazioni e proposte*, II.

⁸⁴ Difficoltà – lo abbiamo segnalato *supra* – che continua a persistere sino ai nostri giorni: v. *infra*, § 7.

tendenzialmente perpetue, rimesse al tempo stesso all’iniziativa dei singoli, col ricorso al principio di tipicità, in base al quale l’iniziativa privata sarebbe ammessa solo con riferimento a ‘tipi’ preventivamente definiti⁸⁵. In effetti, nell’affrontare il tema del processo di formazione delle *servitutes* in diritto romano, il maestro torinese insisteva sul ruolo svolto dai *prudentes* nel moltiplicarsi di queste figure, e dunque sul ruolo decisivo giocato dalla libera determinazione dei privati, contrapponendosi all’indirizzo che – facendo leva sull’esistenza, già in età ‘classica’, di un modello generale di *servitus* – attribuiva invece all’elaborazione giurisprudenziale un compito meramente ricognitivo. Si superava così un orientamento incentrato unicamente sui caratteri generali di queste figure, piuttosto che sulla possibilità di adottare, di volta in volta, una pluralità di soluzioni.

Sul crinale degli anni ’30 del secolo scorso, i suoi contributi denunciavano apertamente l’esigenza di aprire a nuovi orizzonti la configurazione della servitù, in connessione con lo sviluppo dell’azienda agricola, superando l’impostazione tradizionale, incentrata sulla predialità⁸⁶. Nel rivendicare l’opportunità di ammettere che la servitù si connettesse, oltre che con la proprietà del fondo, con la titolarità di un’azienda rivolta allo sfruttamento di esso, valutata nella sua entità obiettiva, possiamo senza dubbio riconoscere una posizione anomala nel panorama dell’epoca: quella di uno studioso che si pone contro i dogmi più ricorrenti nella propria disciplina⁸⁷. Nel 1938 egli definiva la materia

⁸⁵ G. GROSSO, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit., 6 ss. Cfr. C. BEDUSCHI, *Introduzione*, in M. GARDINI, *Il regime giuridico*, cit., 5, 8. L’impostazione ‘aperta’ di Grosso in materia è giustamente sottolineata da F. CURSI, *Il ‘modus’*, cit., 14 ss., in riferimento al *modus servitutis*: uno strumento volto a limitare il contenuto tipico del diritto per adattarlo alle concrete esigenze dei fondi.

⁸⁶ Si veda soprattutto G. GROSSO, *Appunti storici e «de iure condendo» sulla distinzione tra servitù rustiche e urbane*, in *Rivista di Diritto Agrario*, 17, 1938, 174 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, cit., 304 ss., 317 ss.

⁸⁷ Scrive M. BRUTTI, *Storie di dogmi*, cit., 15: «Il racconto della continuità viene spesso definito ‘storia dei dogmi’, con una locuzione presa in prestito dal linguaggio teologico, ampiamente impiegata nella scienza tedesca dell’Ottocento e recepita in Italia». Cfr. tuttavia le precisazioni di E. STOLFI, *I casi e la regula. Una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC (Roma, 22-23 febbraio)*, a cura di L. Vacca, Roma, 2014,

ancora ‘incandescente’ per un compiuto regolamento legislativo⁸⁸. Ai suoi occhi l’azienda, ente affermatosi sempre più nella sua individualità, nella realtà sociale e giuridica, acquistava una posizione e un’importanza assimilabile, sotto molti aspetti, a quella dei fondi. In definitiva, Grosso proponeva di estendere all’azienda un istituto tradizionalmente fondiario quale quello della servitù, per venire incontro alle esigenze di una realtà sociale sempre più complessa e articolata⁸⁹.

Contribuiscono a delineare gli orientamenti di Grosso in materia anche le considerazioni svolte in uno scritto del 1947⁹⁰, il quale contiene, fra l’altro, alcune puntualizzazioni di rilievo sullo sviluppo interno agli studi romanistici. Dedicando il lavoro a Contardo Ferrini⁹¹, Giuseppe Grosso individuava nell’unilateralità del metodo interpolazionistico la minaccia di una grave quanto sconsiderata scissione fra il romanista e il civilista⁹². Un pericolo a suo parere superato col ricorso all’impostazione storica: la funzione dell’esperienza giuridica romana nella formazione del

40 s. e nt. 101, 102; ID., *Betti maestro di casistica*, in *Dall’esegesi giuridica alla teoria dell’interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi, M. Brutti ed E. Stolfi, Roma, 2020, 148 ss.

⁸⁸ G. GROSSO, *Appunti storici*, cit., 319; ID., *Servitù fondiarie*, cit., 329 ss.

⁸⁹ Per un confronto con la coeva riflessione di civilisti e commercialisti sulla nozione di azienda cfr. le precisazioni di A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., 99 ss., nonché I. BIROCCHI ‘*Non più satellite*’. *Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, 2019.

⁹⁰ Mi riferisco a G. GROSSO, *Osservazioni di un romanista*, cit., 462 ss.

⁹¹ Uno studioso noto per il suo orientamento contrario alle punte estreme dell’interpolazionismo e poco influenzato dai dogmi: cfr. D. MANTOVANI, *Contardo Ferrini*, cit., *passim*, M. BRUTTI, *Storie di dogmi*, cit., 29 s. ed E. STOLFI, *Attorno a critica del testo e storia del pensiero giuridico. Alcune riflessioni*, in *AUPA*, 62, 2019, 258 ss.

⁹² In concomitanza con quella «serrata disciplinare» posta in essere dalla romanistica nei decenni centrali del Novecento – ripropongo un’immagine impiegata da E. STOLFI, *Diritto romano e storia del pensiero giuridico*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC (Roma 10-14 ottobre 2014)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2017, 95 ss.; ID., *Studio e insegnamento*, cit., 26 ss.; ID., *Un’esperienza didattica*, in *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive*, Trieste, 2019, 218 – che avrebbe condotto gli studiosi di diritto romano ai confini tanto della scienza giuridica quanto della storiografia antichistica.

giurista contemporaneo non poteva ridursi alla sola interpretazione e comprensione del diritto moderno⁹³.

Lo dimostra l'attenzione rivolta alle cd. *Disposizioni generali* sulle servitù nel nuovo codice civile, utilizzate «per mostrare come sia sempre viva e operante la critica che muove dalla tradizione romana»⁹⁴. Lo studioso ribadisce, in primo luogo, il carattere di norma pleonastica dell'art. 1028, nella parte in cui si afferma che l'utilità può consistere anche nella maggiore comodità o amenità del fondo dominante: impostata la definizione generale della servitù come categoria generale con libera determinazione del contenuto, questa dichiarazione espressa si rivela del tutto superflua⁹⁵. Anche nel commentare l'articolo successivo, il 1029, Grosso si muove in una prospettiva di continuità⁹⁶, rinvenendovi una specificazione di principi derivati da fonti romane⁹⁷.

⁹³ G. GROSSO, *Osservazioni di un romanista*, cit., 463. In termini simili, nello stesso volgere di anni, si muovevano anche Emilio Betti (cfr. E. STOLFI, *Betti maestro di casistica*, cit., 143) e Francesco Carnelutti, sulla cui posizione cfr. M. BRUTTI, *I romanisti italiani in Europa*, in *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione*, a cura di M. Bussani, Napoli, 2014, 236, nonché G. SANTUCCI, «Decifrando scritti che non hanno nessun potere». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia del diritto*, cit., 86 s. Sul ruolo dello storico del diritto nella formazione dei nuovi giuristi cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dieter Nörr e le sfide poste alla romanistica contemporanea*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea*, cit., 88 ss., 104 ss., nonché, nello stesso volume, A. SCHIAVONE, *Diritto romano e storiografia giuridica: qualche nuova prospettiva*, 154 s. Cfr. inoltre G. FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, in *Europa e diritto privato*, II, 2006, 425 ss. V. anche *infra*, § 7 e nt. 116.

⁹⁴ G. GROSSO, *Osservazioni di un romanista*, cit., 470.

⁹⁵ G. GROSSO, *Osservazioni di un romanista*, cit., 466.

⁹⁶ Sulle dottrine che condividono la continuità, «incapaci di leggere e concepire problematicamente gli strappi e le conflittualità sociali di cui sono partecipi», cfr. M. BRUTTI, *Storie di dogmi*, cit., 13 ss.

⁹⁷ Egli richiama, in proposito, Lab. 4 *post a Iav. epit.* D. 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, nibilo minus constitui ea servitus possit: quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt*) e Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.2.23.2 (*futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest*). Il testo di Labeone è interpretato dallo studioso nel senso che non si richiede un'utilità attuale, bensì eventuale: quanto si rinviene nel comma 1 dell'art. 1029. La complessità espressa dal frammento pomponiano (sul quale cfr. G. GROSSO, *Costituzione di servitù a favore o a carico di un edificio futuro*, in *Studi in memoria di*

Lo stesso può dirsi in merito all'articolo 1030⁹⁸, che enuncia la regola in base alla quale la servitù non può consistere in un *facere*⁹⁹. La regola, in effetti, inerisce alla struttura stessa dei diritti reali e a Roma trovava la sua espressione nell'*intentio* della formula dell'*actio in rem*¹⁰⁰. Si insiste, pertanto, sul permanere dell'esigenza pratica considerata dai *prudentes*, anzi ora riconosciuta in una formulazione più generale.

La rilettura complessiva degli scritti di Grosso sulle servitù prediali consente di cogliere un aspetto più generale nella sua produzione scientifica. Da essa, in effetti, traspare una tensione fra un modello tradizionale consono alla disciplina cui apparteneva – penso ai continui riferimenti alle matrici romanistiche cui ricondurre la configurazione dell'istituto – e l'impiego di metodi e tecniche proprie del pensiero giurisprudenziale romano, secondo un'impostazione storica che più volte lo studioso dichiarava di seguire¹⁰¹.

Anche le singole disposizioni relative alle servitù coattive vengono ricondotte, nel complesso, entro schemi tradizionali¹⁰². La tensione cui

Umberto Ratti, Milano, 1934, 39 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, cit., 37 ss.) sarebbe invece stata ridotta nel comma 2 dell'art. 1029, ove «l'edificio futuro è assimilato rigidamente al fondo da acquistare e contrapposto al vantaggio futuro del fondo. La prassi della vita esige che si valuti in rapporto al fondo dominante anche la assunzione della costruzione su quel fondo in astratto e l'attualità della servitù, la netta aprioristica scissione fra la costituzione per assicurare ad un fondo un vantaggio futuro e la costituzione a favore di un edificio futuro non è fondata». Cfr., in proposito, ID., *Considerazioni*, cit., 370 ss.

⁹⁸ 'Prestazioni accessorie. Il proprietario del fondo servente non è tenuto a compiere alcun atto per rendere possibile l'esercizio della servitù da parte del titolare, salvo che la legge o il titolo disponga altrimenti'. Sull'*obligatio propter rem*, anch'essa rispondente a un novero di figure tipiche, che devono trovare un riconoscimento nella legge o nel titolo, cfr. G. GROSSO, *Servitù e obbligazione «propter rem»*, in *Riv. del dir. comm.*, 38, 1939, 1, 213 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, cit., 345 ss.

⁹⁹ Il testo riferito in proposito è Pomp. 33 *ad Sab. D.* 8.1.15.1: *Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.*

¹⁰⁰ Cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, 41 s.

¹⁰¹ Sulla quale insiste, a ragione, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Commemorazione*, cit., 3 ss.

¹⁰² Cfr. G. GROSSO, *Considerazioni*, cit., 375, ma si vedano anche le riflessioni dell'autore sull'art. 240 del Progetto preliminare: ID., *Osservazioni sul progetto*, cit., 295 s.

abbiamo appena accennato traspare altresì in questo campo, manifestando un intreccio fra continuità e cesura che contraddistingue il suo pensiero. Grosso si era spinto oltre: aveva infatti proposto la possibilità di accordare al proprietario del fondo, che sarebbe divenuto servente, di evitare la costituzione di servitù in cambio di opportune modificazioni dei *praedia*, attraverso scambi di porzioni di terreno in grado di fornire al fondo dominante lo sbocco per quelle esigenze per le quali si richiedeva la costituzione stessa della servitù. Un assetto negoziale applicato dal giudice con una sentenza costitutiva. Ma il tentativo, che a giudizio dello studioso avrebbe conferito maggiore elasticità al modo di soddisfare le esigenze dei fondi, non ebbe successo: «non si sarebbe trattato di una innovazione rivoluzionaria, ma soltanto di offrire altri mezzi, oltre quello tradizionale della servitù coattiva, per raggiungere, con maggiore utilità dei fondi, il soddisfacimento» delle loro esigenze¹⁰³.

Un atteggiamento che esprime senz'altro la piena consonanza di Giuseppe Grosso con le incertezze del proprio tempo.

6. *Un'autentica cesura*

Il carattere della predialità, interpretato univocamente nel segno di una forte continuità con l'esperienza giuridica romana¹⁰⁴, rappresenta un elemento costitutivo, intrinseco alla servitù. Appaiono rilevanti, a questo proposito, alcune considerazioni formulate da Carlo Beduschi nell'introduzione al volume di Marco Gardini volto a recuperare – attraverso i testi degli antichi *prudentes* – i percorsi operativi che hanno consentito l'emergere della figura delle servitù prediali¹⁰⁵. Secondo

¹⁰³ Il contributo del '41 (p. 375) si conclude con un breve, ma significativo rilievo sulle difficoltà pratiche cui la norma dell'ultimo comma dell'art. 240 del Progetto preliminare potesse recare in pratica. In esso si stabiliva, per il passaggio coattivo, l'esenzione per le case, i cortili, i giardini e le aie ad essi attinenti. Un fondo chiuso tra case, aie e giardini – si chiedeva Grosso – deve rimanere intercluso?

¹⁰⁴ In effetti, nel campo dei diritti reali l'autonomia privata è alquanto vincolata (G. BRANCA, *Le servitù prediali*, cit., 10), anche se deve segnalarsi una tendenza, in dottrina, a rivedere il concetto di diritto reale.

¹⁰⁵ C. BEDUSCHI, *Introduzione*, cit., 5 ss.

Beduschi, salvo un paio di corrette indicazioni¹⁰⁶, la definizione contenuta nell'art. 1027 e la parola 'peso' non specificano cosa siano le servitù¹⁰⁷. La chiave di lettura per coglierne l'essenza più profonda va ricercata nel lessico romano concernente le *actiones*, ossia nell'ambito processuale. A questo livello, le servitù si presentano come rivendicazioni di un *ius* su beni che appartengono ad altri: un *ius mihi esse*. Gli elementi costitutivi della servitù si rinvergono, pertanto, nella concorrenza su un medesimo bene di prerogative facenti capo a persone diverse e nella struttura dell'*actio in rem*. In tale prospettiva, le servitù indicano «situazioni generate da eventi che giustificano delle prerogative su un bene, suscettibili di essere esercitate in modo diretto e autonomo, in concorrenza col proprietario», identificabili, pertanto, con la nozione di diritto reale su cosa altrui. Ma questo ulteriore passo non garantisce ancora una definizione soddisfacente. A ben vedere, nell'esperienza giuridica romana la nozione di *ius in re aliena* abbracciava contenuti molto ampi, comprensivi di figure ulteriori quali, ad esempio, l'usufrutto, l'uso e l'abitazione (per tacere del pegno, del diritto di superficie e dell'enfiteusi). Beduschi segnala inoltre la difficoltà odierna di inquadrare la contrapposizione *iura prediorum* – *iura personarum* a livello processuale. Per comprenderla, occorre riferirsi a una nozione di *ius* assolutamente oggettiva. Questa ulteriore precisazione consente di definire con maggior chiarezza l'istituto: «la servitù dal punto di vista sostanziale è la condizione di un fondo che deve sottostare ad interferenze provenienti da un altro fondo (servitù prediali) o da una persona diversa dal proprietario (servitù personali). Interferenze che solo sul piano pragmatico possiamo convertire da condizione del fondo in prerogative che il proprietario di un fondo può esercitare nei confronti di un fondo appartenente ad altri, e, dal punto di vista processuale, in pretese contrapposte che i relativi proprietari vantano fra loro». Così definito, il *ius mihi esse* si ancora a situazioni concrete che decidono e non subiscono il regime giuridico. In altri termini, le situazioni di interferenza

¹⁰⁶ L'utilità di un fondo e l'appartenenza a un proprietario diverso.

¹⁰⁷ A. NATUCCI, *Le servitù*, cit., 81, considera la definizione contenuta nell'art. 1027 cod. civ. «più suggestiva che razionale».

denunciate sono imposte dalla continuità del suolo quando viene frazionato; laddove il suolo risulti già frazionato, spetta alle condizioni di vita o di sfruttamento economico il ruolo di sollecitarle.

È dunque il carattere di diritto soggettivo acquisito dalla servitù nella modernità (da Leibniz sino alla Pandettistica) a segnare un'autentica cesura rispetto all'esperienza giuridica romana¹⁰⁸. Solo tenendo conto di questo dato è possibile comprendere appieno le ragioni che impediscono alla scienza giuridica contemporanea un inquadramento soddisfacente per le servitù: concepirle come diritti soggettivi consente di descriverle come poteri solo una volta che siano riconosciute, non di giustificarle a livello originario.

7. *Un'occasione mancata?*

Riavvolgendo il filo di questa vicenda possiamo individuare, se non il momento preciso, l'arco temporale in cui avrebbe potuto verificarsi un'ulteriore frattura con la configurazione tradizionale dell'istituto. Nel passaggio dal codice del 1865 al codice del 1942 – lo abbiamo più volte segnalato – si era adombrata la possibilità di riconoscere le servitù cd. irregolari e le servitù aziendali. Ma la scienza giuridica italiana non ha inteso imboccare questa strada. Per ragioni, a mio parere, al contempo

¹⁰⁸ Su questo grande tema cfr., per tutti, R. ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, 115 ss. Sulla possibilità di indagarlo da una prospettiva diversa – quella dell'«effettività ... del vuoto concettuale antico denunciato dall'assenza terminologica», cfr. E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei 'diritti soggettivi' fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi sen.*, 118, 2006, 120 ss.; ID., *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti e A. Schiavone, Torino, 2019, 59 ss., ove ampia bibliografia. Importanti e condivisibili, in quest'ultimo contributo, le osservazioni sul «dispositivo» della persona e sulla complessità del discrimine fra soggettività antica e moderna: «in definitiva» – scrive Stolfi – «più che alla mera assenza di una concezione forte, nel mondo antico (ma anche medioevale), della soggettività, occorre forse fare riferimento a un suo diverso statuto, nettamente difforme da quello che dal Seicento in poi le è stato attribuito, per sovraimprimerlo a quanto ricevuto in eredità dai giuristi romani» (traggo la citazione da p. 85).

tecniche e politiche. Perché snaturare, svincolandolo dalla caratteristica della predialità (verrebbe da coniare, in proposito, il termine ‘s-predializzare’) un istituto tradizionalmente ancorato al rapporto fra due fondi quando, per far fronte alle stesse esigenze, si disponeva di uno strumento assai più duttile ed efficace quale il contratto? La ragione tecnica appena descritta aiuta a comprendere quella più squisitamente politica. Nel 1942, in pieno regime fascista, i due tronconi su cui s’innestava la cultura giuridica privatistica di matrice ottocentesca – la proprietà e il contratto – non erano ancora sbilanciati a favore dell’autonomia privata (se non in quella sua forma condizionata da un’eteronomia autoritaria, sottesa all’originaria semantica dell’art. 1322 cod. civ.), ma rimanevano saldamente ancorati alla proprietà¹⁰⁹. Uno sviluppo eccessivo della servitù avrebbe comportato asservimento e non collaborazione fra *praedia*; la proprietà fondiaria perciò incideva ancora molto sull’interesse sociale. La numerosità e la pluralità di tipi di servitù avrebbe vincolato e bloccato lo sviluppo economico. Le pressioni dell’ideologia fascista, in nome di presunti ‘interessi superiori della produzione nazionale’ avrebbero in astratto potuto giocare a favore del riconoscimento delle servitù aziendali, conferendo una maggiore elasticità alla configurazione delle servitù: ma così non è stato. La tutela dell’interesse della produzione nazionale si è arrestata di fronte al diritto di proprietà. L’intero istituto risulta orientato in questo senso. La legge considera sempre il fondo: per la costituzione, per l’esercizio e per l’estinzione del diritto. L’unico caso di superamento della configurazione tradizionale si verifica, per espressa statuizione legislativa, nell’ambito delle servitù coattive. In definitiva, la predialità rimane tutt’oggi l’unico criterio oggettivo in grado di orientare la libera determinazione del contenuto del diritto.

¹⁰⁹ Questa riflessione s’intreccia con un altro grande tema, concernente la paternità degli orientamenti conclusivi della nostra più recente codificazione, contesa fra tecnici e politici. Un tema che a sua volta genera un ennesimo interrogativo: se, rispetto all’assetto finale, siano prevalsi i motivi tecnici o le ispirazioni politiche: in proposito, considerazioni di rilievo in P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, cit., 251, nonché in N. RONDINONE, *Storia inedita*, cit., 11, 701 ss.

Secondo Marco Gardini le esigenze (e la fantasia) moderne non si sono dimostrate particolarmente innovative in materia di servitù¹¹⁰. A mio giudizio, ciò dipende dal fatto che lo strumento del diritto reale difficilmente avrebbe soddisfatto gli interessi industriali: si pensi, solo per proporre qualche esempio, ai problemi della trascrizione e dell'opponibilità della servitù o al tema del risarcimento del danno in caso di violazione¹¹¹. Lo strumento obbligatorio/contrattuale si è invece dimostrato molto più duttile e, al contempo, capace di adattarsi alle nuove esigenze della produzione con estrema rapidità.

Non considererei pertanto un'occasione mancata per la nostra scienza giuridica il non aver intrapreso la strada suggerita anni orsono da Giuseppe Grosso. Voler evitare che un istituto si snaturi non mi pare necessariamente un indice di inerzia mentale o di conformismo, tanto più se determinate esigenze potevano essere soddisfatte altrimenti: la servitù ha senso principalmente se prediale.

Ma le riflessioni di Grosso in materia di servitù aziendale offrono un'ulteriore chiave di lettura, metodologica e non alternativa alla visione appena proposta. Esse consentono, in effetti, di attribuire un diverso significato alla tradizione romanistica rispetto alla scienza giuridica civilistica¹¹². Un modello improntato alla continuità, seguito dal legislatore del '42, ha orientato la storia di questi saperi fra Ottocento e Novecento. In settori – come quello dei diritti reali – nei quali l'ascendenza genetica tra le forme del diritto romano e la tradizione moderna si fa più stringente, spesso si è arrivati a mutuare i meccanismi e le logiche trasmesse insieme alla disciplina positiva dei vari istituti. Così

¹¹⁰ M. GARDINI, *Il regime giuridico*, cit., 89, attribuisce questa mancanza al fatto che «la realtà delle cose contiene dei limiti che si impongono al diritto, con buona pace del dogma della 'libertà negoziale'». Già G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 6, insisteva sul modesto sviluppo avuto dalla servitù, imputandolo alla «scarsa elasticità d'un istituto ancora chiuso necessariamente in panni romanistici», provato da un impressionante calo di frequenza della giurisprudenza in materia.

¹¹¹ Di «limiti intrinseci all'utilizzo dell'istituto» parla G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, cit., 234 s.

¹¹² Condivido, in proposito, i rilievi formulati da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Commemorazione*, cit., 3 ss.

il patrimonio antico, pur se reinterpretato, ha finito gradualmente con il costituire un freno all'irrompere della modernità nell'ambito della vita giuridica. Grosso proponeva un percorso alternativo, fondato su «un uso molto spregiudicato della storia»¹¹³. Egli ha superato il regime delle servitù elaborato dagli antichi *prudentes* scandagliando le ragioni di quel tipo di rapporti, il loro sostrato economico e sociale. In un siffatto orizzonte mentale, profondamente impregnato dalla «consapevolezza di una nuova storicità del diritto»¹¹⁴, i *praedia* e gli edifici considerati dai giuristi romani come termini concreti di riferimento – costituivano, in effetti, i fattori dai quali scaturivano le domande sociali allora poste – cessavano di costituire confini invalicabili. Il lascito del maestro torinese si riflette nel concreto operare del giurista contemporaneo: il recupero di grandi modelli razionali può coesistere – in una sorta di «osmosi positiva»¹¹⁵ – con la possibilità, di volta in volta, di riempirli con materiali storicamente determinati, e perciò mutevoli e imprevedibili.

Una lezione di straordinaria modernità, che ci ricorda come una galassia ideologica si frappone fra noi e i giuristi romani. Per comprenderne a fondo il pensiero, dovremmo piuttosto misurarci con i loro metodi e con le loro tecniche. Muniti di questi strumenti, e prese le necessarie distanze, si può evitare «il pericolo di un'unica storia»¹¹⁶.

¹¹³ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Commemorazione*, cit., 5.

¹¹⁴ Secondo un'efficace descrizione di A. CALORE, *La romanistica italiana dal 1945 al 1970: tra storia e dogma*, in *Storia del diritto*, cit., 115 ss.

¹¹⁵ Mi avvalgo nuovamente di un'espressione di A. CALORE, *La romanistica*, cit., 121, impiegata da Antonello Calore con riferimento al rapporto – nella riflessione di Giuseppe Grosso – fra lo studio storico e la teoria generale del diritto.

¹¹⁶ Riprendo il titolo di un volumetto di C. NGOZI ADICHIE, edito da Einaudi nel 2009 per i tipi *Vele*: «Raccontare un'unica storia crea stereotipi. E il problema degli stereotipi non è tanto che sono falsi, ma che sono incompleti. Trasformano una storia in un'unica storia». Sulla convinzione di sfuggire a ogni nuovo tentativo, più o meno esplicito, di attualizzazione e che lo studio non solo del diritto, ma anche delle altre istituzioni antiche, possa rivelarsi ben più proficuo nel dialogo con gli altri saperi e dunque nella valorizzazione della sua 'inattualità' cfr., per tutti, E. STOLFI, *La genealogia il potere l'oblio, l'inattuale e l'antico. A proposito di alcune recenti pubblicazioni*, in *Studi sen.*, 119, 2007, 535 ss.; ID., *Salvaguardare la cultura del giurista*, in *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, a cura di L. Loschiavo e B. Pasciuta, Roma, 2018, 169 ss. Ancora, sulla «persistente

Questo contributo, in definitiva, vuole fornire un piccolo esempio di come il pensiero giuridico romano possa costituire uno straordinario laboratorio di pensiero critico e di formazione giuridica – nei metodi e nell’“inattualità” – e non solo un repertorio di ‘precedenti’ volto a illustrare continuità di strutture e di categorie¹¹⁷.

ABSTRACT

In questa indagine propongo di ricostruire i percorsi seguiti dalla scienza giuridica italiana per elaborare il carattere della predialità nelle cosiddette *Disposizioni generali* del titolo VI del libro II del codice civile vigente.

Nel ripercorrere un siffatto itinerario mi è servito da guida preziosa il volume che, qualche decennio fa, raccolse gli scritti di Giuseppe Grosso in materia di cose e di diritti reali.

In this paper I propose to reconstruct the paths followed by Italian legal science to elaborate the character of prediality in the so-called *General provisions* of Title VI of Book II of the Civil Code in force.

In retracing such an itinerary, the volume which, a few decades ago, collected the writings of Giuseppe Grosso on the subject of things and real rights has served as a valuable guide for me.

IOLANDA RUGGIERO

Email: iolanda.ruggiero@uniroma1.it

efficacia formativa dell’analisi delle tecniche di lavoro dei giuristi romani» cfr. E. STOLFI, *Un’esperienza didattica*, cit., 223 ss.

¹¹⁷ «Mai come adesso» – scrive A. SCHIAVONE, *I giuristi romani nel laboratorio del diritto moderno*, in *Pensiero giuridico occidentale*, cit., 1 ss., riferendosi al compito cruciale cui oggi è chiamato il pensiero giuridico contemporaneo, «saper capire vuol dire saper cambiare» (la citazione è tratta da p. 2).

