

## ***Servitù su res nullius.***

### ***Fadda, Brugi e i diritti di collettività indeterminate***

#### *I. Servitù, rapporto giuridico, oggettività della funzione giustificatrice nelle intuizioni di Carlo Fadda*

Sono ammissibili servitù prediali sopra o a favore di fondi *nullius*<sup>1</sup>: tale la posizione, soltanto in apparenza controintuitiva, che Carlo Fadda ha sostenuto in più occasioni e con tenacia. Nella cornice storica della cultura civilistica del primo Novecento, le riflessioni di Carlo Fadda involgono aspetti di assoluto e innovativo rilievo giuridico in tema di diritti reali. In via preliminare, è d'interesse segnalare, sin da subito, i due punti focali delle questioni autorevolmente indagate negli studi che l'insigne studioso ha dedicato all'argomento: la distinzione tra la posizione del fondo e la posizione del proprietario, così anticipando la scissione tra titolarità e situazione soggettiva, risultato che la dottrina raggiungerà soltanto in anni seguenti; e le acute considerazioni sul concetto di *utilitas* permanente del fondo, con particolare riguardo alla teoria della servitù

<sup>1</sup> Il richiamo è al titolo di uno dei due saggi che Fadda ebbe a dedicare in tema di servitù prediali, le tesi dei quali furono ampliate e portate a nuova consapevolezza sistematica nel corso accademico pubblicato nel 1913. *Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius* fu inserito negli studi per Filippo Serafini: C. Fadda, *Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius*, in AA.VV., *Pel XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini*, Firenze 1892, 67-74, poi ripubblicato in C. Fadda, *Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius*, in Id., *Studi e questioni di diritto* I, Napoli 1910, 211 ss. (da qui saranno tratte le citazioni che seguiranno); altresì, in diretta polemica con Biagio Brugi, il successivo C. Fadda, *Ancora le servitù sopra od a favore di fondi nullius*, in Id., *Studi e questioni di diritto* cit. 221 ss. Il testo principale e di compiuta elaborazione è C. Fadda, *Servitù. Lezioni*, Napoli 1913. Esplicito riferimento polemico alla trattazione di Fadda in B. Brugi, *Appendice del traduttore al libro VIII*, Titolo I, § VI, *Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius*, in C.F. Glück, *Commentario alle Pandette VIII*, Milano 1900, 161-169. Giova evidenziare, seppur brevemente, il ruolo che Biagio Brugi ebbe nel contesto storico di riferimento: egli si distinse, fra l'altro, per la partecipazione alla colossale opera di adattamento in italiano del *Commentario* di Glück, inaugurata da Filippo Serafini e Pietro Cogliolo (sull'opera nel suo complesso, cfr. F. Furfaro, *'Il più minuto, il più completo ed il più pratico di tutti i libri giuridici italiani': la versione italiana del Commentario alle Pandette di Christian Friedrich von Glück*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXXI, 2011, 417 ss.). Si deve a Brugi la traduzione e corposa annotazione del libro VIII: *'De servitutibus'*. Il volume fu edito nel 1900 sotto la direzione di Pietro Cogliolo e Carlo Fadda. Uno sguardo d'insieme sul contesto culturale di Brugi in P. Femia, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento. Alcuni quadri e una cornice*, in P. Perlingieri, A. Tartaglia (a c. di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli 2013, 72-80.

su fondi *nullius* e alla possibilità che il fondo sia destinato ad utilità collettive<sup>2</sup>.

Le acquisizioni teoriche raggiunte da Fadda appaiono ancor più rilevanti, poiché si snodano in contrappunto polemico con le posizioni assunte da un'altra emblematica figura di giurista a cavallo tra Ottocento e Novecento, Biagio Brugi<sup>3</sup>, il quale – in direzione avversa e in singolare contrasto con le notevoli aperture culturali nella comprensione del diritto civile che la sua opera aveva contribuito a favorire – si pone invece a sostegno di un indirizzo logicista, asserendo che «dove infatti cessa una condizione giuridica, cade pure tutto l'edificio di diritti e pretese che vi si radicano»<sup>4</sup>. E che 'l'edificio cada' è espressione che così tanto lo avvince nella polemica, da ripeterla nelle conclusioni, meno di una pagina dopo<sup>5</sup>.

Tali profili di analisi saranno più ampiamente discussi nel prosieguo dell'indagine: è opportuno anticipare, tuttavia, che il tema della servitù a favore di *res nullius*, si risolve, nelle esemplificazioni proposte da Fadda, nella questione del-

<sup>2</sup> Invero, precipua attenzione suscitano le riflessioni in tema di servitù a vantaggio di collettività indeterminate. Sul punto, autorevolmente, salvi i successivi riferimenti, S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, Roma 1969, 154-155; G. Munari, *La servitù di passaggio tra uso pubblico e privato*, in *Studium iuris* 6, 2018, 735 ss.; R.A. Albanese, *L'uso pubblico e il diritto privato. Una relazione da ripensare*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro. Un giurista di successo* I, 2017, 552 ss., ove si discorre con particolare attenzione di «uso pubblico di beni privati»; di rilievo, anche Id., *Assetti fondiari collettivi e beni comuni urbani. Presente e passato, individuo e comunità, pubblico e privato*, in *Archivio Scialoja-Bolla* 1, 2020, 106 ss.; V. Cerulli Irelli, *Uso pubblico*, in *ED. XLV*, Milano 1992, 1954; Id., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983, 170 ss. L'a. riflette in riferimento al *jus deambulandi*, coniato dalla Cassazione romana nel 1887 e attribuito al popolo romano con riguardo a Villa Borghese. Sulla nota vicenda giudiziaria, salvo quanto si dirà in seguito, si rinvia a A. Di Porto, *Res in usu pubblico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino 2013, 45 ss. Similmente, P. Colombo, *I diritti di uso pubblico. Struttura e funzione*, Milano 1991, 84-86; M. Bretone, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998.

<sup>3</sup> Sul punto, anche per la bibliografia ivi contenuta, si rinvia a Femia, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento* cit. 72-80. In prospettiva inversa a quella meramente 'logicista', che emergerà dal dibattito dipanato nel corso della trattazione, si pone l'ampia e articolata ricostruzione operata dall'a. che, nel delineare i tratti distintivi della figura di Brugi, così si esprime: «prudente nelle soluzioni, ma sempre intellettualmente onesto, insofferente delle ipocrisie, pronto a chiamare i problemi con il loro nome, del tutto contrario alla contemplazione delle ingiustizie come un dato naturale alieno agli interessi del civilista».

<sup>4</sup> Brugi, *Appendice del traduttore al libro VIII* cit. 168.

<sup>5</sup> Brugi *o.c.* 169: «Nel caso della vera *derelictio* il proprietario non solo 'intende separarsi dal fondo' ma distruggere un rapporto giuridico. Non occorrono speciali direzioni della volontà di lui. Cade tutto l'edificio la cui base era quel rapporto». Come si vedrà in seguito, qui corre il dissidio fondamentale: nel considerare, utilizzando la terminologia attuale, la *derelictio* atto di dismissione della titolarità o estintivo della situazione soggettiva proprietaria.

la servitù a vantaggio di un proprietario futuro<sup>6</sup> e nella servitù a vantaggio di una collettività indeterminata, questione sempre aperta, se pure sovente assorbita nel coacervo del tormentato dibattito sui beni comuni<sup>7</sup>.

Questioni che intersecano due notevoli profili di teoria generale, tappe fondamentali del percorso culturale della dottrina civilistica più moderna e sensibile<sup>8</sup>: in primo luogo, la servitù come rapporto giuridico e, conseguentemente, il rapporto giuridico come formula di comprensione dell'intera dinamica delle situazioni giuridiche soggettive anche reali<sup>9</sup>, a partire dal «rapporto proprietario»<sup>10</sup>, e nell'ambito di un diritto comune delle situazioni patrimoniali<sup>11</sup>; in secondo luogo e più di recente, anche sulla base di sollecitazioni di diritto com-

<sup>6</sup> Evidente, fin d'ora, il richiamo a P. Perlingieri, *Rapporto preliminare e servitù su 'edificio da costruire'*, Napoli 1966. Sul valore profondamente innovativo di questo lavoro, «che mette un po' di verde nel campo così secco delle servitù» (come ebbe a scrivere G. Branca, *Recensione a P. Perlingieri, Rapporto preliminare e servitù su 'edificio da costruire'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 670 s.) cfr. P. Femia, *La via normativa. Pietro Perlingieri e i valori costituzionali*, in G. Alpa e F. Macario (a. c. di), *Diritto civile del Novecento. Scuole, luoghi, giuristi*, Milano 2019, 378 ss.

<sup>7</sup> Rinviando, per un sicuro orientamento critico nella vasta letteratura, a G. Perlingieri, *Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e una «utilità sociale» prese sul serio*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 137 ss., ove l'a. ammonisce molto opportunamente contro usi assai poco sorvegliati di tale concetto, «[s]i che ogni discorso intorno ai beni deve essere svolto valorizzando non tanto la cosa in sé ma la sua natura, gli interessi ed i valori da soddisfare». Sul tema, tra gli altri, cfr. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011; C. Crea, «Spigolando» tra *biens communaux*, *usi civici* e *beni comuni urbani*, in *Pol. dir.*, 2020, 448 ss.; A. Nervi, *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 418 ss. In diversa prospettiva, R.A. Albanese, *Nel prisma dei beni comuni. Contratto e governo del territorio*, Torino 2020.

<sup>8</sup> La posizione dominante era contraria alla configurabilità di servitù in tale fattispecie; in tal senso, ad es., il trattato all'epoca reputato tra i più influenti in materia: F. Bianchi, *Trattato delle servitù legali nel diritto civile italiano I. Teoria generale*, Lanciano 1888, 176. Cfr. anche E. Fortunato, *Servitù prediali*, in *Il Digesto Italiano*, XXI, (P. III, sez. I), Torino-Roma-Napoli, 1895-1902, 186: «un fondo nullius, non può prestare appoggio alla sussistenza di una servitù attiva in favore di esso».

<sup>9</sup> P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti III. Situazioni soggettive*, Napoli 2020<sup>4</sup>, 187 ss. e 280 ss.; A. Procida Mirabelli di Lauro, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Napoli 1984; Id., *La proprietà come rapporto. A proposito dell'interpretazione unitaria e sistematica dell'art. 844 c.c.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 59 ss.

<sup>10</sup> P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli 1972, 100 s.

<sup>11</sup> In termini generali, A. Villella, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Napoli 2000, 7 ss. Autorevolmente, Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti* cit. 188 ss.; nonché Id., *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976, 52; Id., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 83 ss.; E. Caterini, *L'etica delle situazioni patrimoniali e la logica separazionista tra diritti reali e obbligatori*, in *Corti calabresi*, 2007, spec. 12 ss.

parato<sup>12</sup>, la categoria delle servitù ‘ecologiche’<sup>13</sup>, nel quadro della riflessione critica sulle categorie che organizzano le forme di appartenenza e godimento dei beni in conformità ai parametri costituzionali di tutela dell’ambiente<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> U. Mattei, A. Quarta, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Sansepolcro 2018.

<sup>13</sup> Utili spunti in R. Míguez Núñez, *Note minime per una conversione ecologica della proprietà del suolo*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1073 ss. Sul tema, più ampiamente *infra*, al successivo § 4. In dottrina, per una accurata ricostruzione in termini storici, preziose riflessioni di L. Solidoro Maruotti, *La tutela dell’ambiente nella sua evoluzione storica. L’esperienza del mondo antico*, Torino 2009, 20 ss.; A. Di Porto, *Inquinamento e tutela delle Res Publicae. Sulle origini di un problema*, in P. Maddalena, A. Postiglione (a c. di), *Il diritto umano all’ambiente. Ipotesi di modifiche costituzionali. Atti del Convegno di Erice, 24/26 maggio 1992*, Trapani 1992, 277 ss.; A. Cincotta, *L’ambiente ‘l’Antico e noi’. Premesse storiche ad uno studio in materia di diritto penale dell’ambiente*, in *Historia et ius*, 9, 2016, 1 ss.

<sup>14</sup> M. Pennasilico, *‘Proprietà ambientale’ e ‘contratto ecologico’: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Arch. Scialoja-Bolla*, 2018, 67 ss.; Id., *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell’officina dell’interprete*, in *Pol. dir.*, 2018, 3 ss.; P. Perlingieri, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. Pennasilico (a c. di), *Contratto e ambiente. L’analisi ‘ecologica’ del diritto contrattuale. Atti del convegno, Bari, 22-23 ottobre 2015*, Napoli 2016, 322 s. Sul punto, il rinvio volge, altresì, alle recenti, pregevoli, riflessioni di P. Femia, *Transsubjective Rights*, relazione presentata in occasione del Convegno internazionale ‘*Reducing Climate*’, ICI Berlino, 9-10 June 2022 (in corso di pubblicazione, letta per la cortesia dell’autore). Fulcro di indagine è il rapporto tra soggettivazione del non umano e rappresentanza necessaria da parte degli umani, «(coloro che materialmente si presentano in giudizio)», ove specificamente è dato rilevare che: «[l]a soggettivazione del non umano implica la rappresentanza necessaria». Si deve all’a. il merito di aver autorevolmente coniato e scandagliato la categoria giuridica dei diritti ‘*trans-soggettivi*’: situazioni giuridiche il cui oggetto trascende costitutivamente il titolare; diritti, dunque, che ‘transitano’ oltre la sfera della mera individualità; strada questa che l’a. delinea quale via auspicabile per arginare il confine tra ciò che è «interno ed esterno», in una prospettiva più ampia che sembra travalicare la più antica dicotomia tra sfera pubblica e privata. Precipuamente, «[l]a trans-soggettività è il superamento della soggettività, quale categoria della binarizzazione», *indi*, «finché si cerca un confine tra interno ed esterno, fin quando si vogliono produrre parti e terzi, effetti, internalità ed externalità, imputabilità, resteremo sempre soggiogati alla strategia politica della depoliticizzazione, che smentisce il valore costituzionale». Cfr. P. Femia, *Il civile senso dell’autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin* XXV, 2019, 1, spec. § 9, 8 ss.; già prima, Id., *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in A. Fischer-Lescano, H. Franzki, J. Horst (Hrsg.), *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts*, Tübingen 2018, 343 ss. Pur senza discostarci dal tema principale oggetto di trattazione, in piena armonia di posizioni, si veda V. Conte, *Diritti individuali omogenei, class action ambientale e prevenzione del danno alle generazioni future*. Relazione al Convegno annuale dell’Associazione di Diritto Pubblico comparato ed europeo: ‘*Il costituzionalismo ambientale fra antropocentrismo e biocentrismo. Nuove prospettive dal diritto comparato*’. Caserta, 9-10 settembre 2022 (in corso di pubblicazione). Si argomenta per una teoria civilistica del danno da cambiamento climatico, alla luce di interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, e alla stregua della dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali.

## II. L'opera di Fadda nel rinnovamento della cultura civilistica italiana del primo Novecento

Il pensiero giuridico di Carlo Fadda<sup>15</sup> occupa un posto di notevole rilievo nel panorama della scienza civilistica italiana otto-novecentesca. L'illuminante operazione culturale compiuta dal giurista diviene emblematica nel solco del movimento di recezione e traduzione delle grandi opere pandettistiche tedesche in Italia<sup>16</sup>, delle quali autorevole monumento scientifico è dato, ancor oggi, dalla celebre versione italiana ampiamente annotata del *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Bernhard Windscheid<sup>17</sup>, traduzione e annotazione delle quali fu autore assieme a Paolo Emilio Bensa<sup>18</sup>, e che indubitabilmente può considerarsi la sua

<sup>15</sup> Cfr. AA.VV., *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento* I-IV, Napoli 1906; L. Mortara, *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione. Lettera a Carlo Fadda*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda* cit. 195 ss.; F. Maroi, *Carlo Fadda e la sua opera giuridica*, Milano 1949; P. Frezza, [Ricordo di] *Carlo Fadda*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 1955, 109; F.P. Gabrieli, *Fadda Carlo*, in *Nov. dig. it. VI*, Torino 1960, 1120; V. Arangio-Ruiz, *In memoria di Carlo Fadda*, in *Congresso giuridico nazionale in memoria di Carlo Fadda (Cagliari-Sassari 23-26 maggio 1955)*, Milano 1968, 3-21. Più di recente: S. Solimano, *Fadda, Carlo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, 813 s.; P. Marottoli, *Fadda, Carlo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani XLIV*, Roma 1994, 128-132.

<sup>16</sup> Cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000. In termini generali, v. Id., *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Napoli 2012; F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania II*, trad. it., Milano 1980, 146. Ampiamente, F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino 2016.

<sup>17</sup> Sul punto v. C. Fadda, P.E. Bensa, *Note a B. Windscheid, Diritto delle pandette IV*, Torino 1926 [rist. Torino 1930: B. Windscheid, *Il diritto delle Pandette. Note e riferimenti al diritto civile italiano iniziate da Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante coadiuvato dall'avv. prof. Fulvio Maroi*, Torino 1930]. La prima edizione (con le *Note* ancora non confinate in un volume conclusivo) è Id., *Diritto delle Pandette*, trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino 1904 (ed. originale Id., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I-III, Düsseldorf 1862-1870). Uno studio compiuto sull'argomento in F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino 2016, 263 ss. «Esse ebbero per iscopo – si legge nell'*Avvertenza* dei traduttori – sia di aggiungere qualche cenno sulla moderna produzione romanistica, sia di discutere le questioni scientifiche e pratiche, che vengono considerate nelle trattazioni dei nostri scrittori. Naturalmente esse non pretendono ad unità organica e debbono risentirsi del loro carattere frammentario. Ma il lettore si persuaderà che, sebbene si tratti di *disiecta membra*, le collega un indirizzo costante, unico...»: S. Di Salvo, *Dal diritto romano. Percorsi e questioni*, Torino 2019, 113. Sul punto, anche A. Mazzacane, *Pandettistica*, in *ED. XXXI*, Milano 1981, 607.

<sup>18</sup> È singolare notare che anche Bensa sia autore di un poderoso volume che raccoglie i suoi corsi di diritto civile dedicati alle servitù: P.E. Bensa, *Delle servitù prediali. Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, Siena 1899. Il volume, dedicato alla analisi di

opera capitale<sup>19</sup>, giacché ricopre un ruolo nodale nel passaggio dell'influenza della Pandettistica tedesca dalla romanistica alla civilistica italiana. In tal senso e nella prospettiva storica qui delineata, sia dato rilevare come la recezione del metodo pandettistico abbia influito significativamente sulla costruzione sistematica anche del tema che qui ci occupa, sul quale incide l'acceso dibattito intorno alla configurabilità di diritti su beni sprovvisti di titolare (una tematica che era stata inaugurata dalle infinite discussioni sulla eredità giacente)<sup>20</sup>.

Fadda rientra a pieno nella generazione di giuristi al contempo romanisti e civilisti<sup>21</sup>, l'impostazione metodologica dei quali, pur nella varietà di approcci, si dipanava fra la conoscenza storica del diritto romano e la conoscenza positiva del diritto privato. Sembra potersi sostenere con sufficiente convinzione<sup>22</sup> che egli seppe ben coniugare l'attività accademica, scientifica e forense, rivelandosi

molteplici questioni concrete, talune anche interessanti – così ad es. la possibilità che la servitù sia istituita a favore o a carico di fondi *extra commercium* (Bensa, *o.c.*, 14 ss.) e si rifletta in modo approfondito sul concetto di *utilitas* (p. 31 ss.) e, soprattutto, le analisi in tema di rinuncia unilaterale alla servitù e di impossibilità temporanea di esercizio del diritto (pp. 404 ss. e spec. 406 s.) – non si occupa degli argomenti svolti da Fadda su servitù su fondi *nullius*. Non a caso, Fadda non discute le posizioni di Bensa nel suo *Corso*, pubblicato nel 1913. Per una più ampia ricostruzione su Paolo Emilio Bensa cfr. A. Ascoli, *Paolo Emilio Bensa, Necrologio*, in *Riv. dir. civ.* XX, 1928, 69; A. Agnelli, *Bensa Paolo Emilio*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino 1958, 373; G.B. Cereseto, *Ricordi biografici*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano 1969, 15 ss. E, soprattutto, l'ampio saggio di F. Furfaro, *Paolo Emilio Bensa: un civilista italiano di formazione (anche) pandettistica*, in *Historia et ius* 10, 2016, 1 ss.

<sup>19</sup> Seppur brevemente, preme porre in rilievo l'importanza del contributo fornito dai traduttori italiani nell'operazione di adattamento del sapere pandettistico al contesto giuridico italiano. «A questi studiosi si devono traduzioni ed annotazioni che anticiperanno quelle famosissime di Savigny, ad opera di V. Scialoja, e di Windscheid, ad opera di Fadda e Bensa. Così Serafini traduce ed annota il *Lehrbuch der Pandekten* di Arndts e dirige, assieme a Cogliolo, la *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* di Glück. De Crescenzo annota e Filomusi Guelfi – suo allievo – traduce l'opera celebre di Keller, *Il processo civile romano e le azioni*»: Di Salvo, *Dal diritto romano* cit. 104 s.; Id., *Diritto romano e Unità: prospettive storiografiche, sistematiche e codificatorie*, in *Riv. it. sc. giur.*, 4, 2013, 312 ss. Analisi estremamente attenta in I. Birocchi, *Traduzioni e cultura giuridica nell'Italia dell'Ottocento*, in M. Bassano, W. Mastor (a c. di), *Justement traduire. Les enjeux de la traduction juridique (histoire du droit, droit comparé)*, Toulouse 2020, 31 ss. Per un ulteriore approfondimento A. Schiavone, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in Id. (a c. di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica*, Bari 1990, 283 ss. e M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, 2011, 721 ss.

<sup>20</sup> Il punto nella dottrina coeva si ravvisa in B. Dusi, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, Torino 1891.

<sup>21</sup> «Un po' come l'antico filosofo aristotelico era per ciò stesso fisico e naturalista»: Frezza, *[Ricordo di] Carlo Fadda* cit. 110.

<sup>22</sup> In tal senso, prezioso il ricordo di Arangio-Ruiz, *In memoria di Carlo Fadda* cit. 3 ss.



un profondo conoscitore dei problemi giuridici del suo tempo<sup>23</sup>, frutto dell'impegno professionale quotidiano, e un acuto studioso delle fonti romane<sup>24</sup>. «[L]a naturale acribia dello sguardo che Egli sapeva ficcare [*sic*] davvero a fondo e delle fonti antiche e della fenomenologia moderna»<sup>25</sup>, emerge sin dall'ampiezza dei suoi interessi scientifici. I contributi che Fadda ha fornito alla cultura giuridica sono innumerevoli: dalla lettura dei quali trapela un rigoroso impianto dogmatico, l'esegesi, «aliena dalla critica filologica interpolazionistica<sup>26</sup>», e l'attenzione posta al *ius conditum* e al *ius condendum*<sup>27</sup>. Degni di memoria sono gli scritti in tema di proprietà, possesso, azioni popolari, persone e famiglia, e i magistrali corsi universitari sul negozio giuridico, sul diritto ereditario e, non in ultimo e di spiccato valore ai fini della disamina che qui ci si propone di svolgere, in materia di servitù prediali. Con particolare riguardo, la letteratura storiografica converge nel constatare la fecondità delle principali opere scientifiche dell'Autore, ordinario alla cattedra di diritto romano, negli anni del Suo periodo napoletano<sup>28</sup>. È appena il caso di ricordare: i *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*<sup>29</sup>; la *Parte generale con speciale riguardo alla teoria*

<sup>23</sup> Segnatamente, C. Fadda, *Pareri giuridici*, Torino 1912 (2ª ed., 1915; 3ª, 1928).

<sup>24</sup> Da qui l'aspirazione, poi realizzata, ad un insegnamento universitario diretto allo studio del pensiero dei giuristi romani attraverso il loro 'metodo positivo'. Il ricordo volge, ulteriormente, alla collaborazione di Fadda con Scialoja, Ferrini, Riccobono, Bonfante, nell'opera di edizione critica del *Digesto* [1908-1931], cui parteciperà, per ragioni anagrafiche, solo al primo volume: *Digesta Iustiniani Augusti. Recognoverunt et ediderunt P. Bonfante, C. Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoja iuris antecessores. Libri I-XXVIII*, Mediolani 1908.

<sup>25</sup> Testualmente, Frezza, [*Ricordo di*] *Carlo Fadda* cit. 111 ss. L'a. fornisce al lettore un'acuta ricostruzione biografica di uno dei grandi Maestri del panorama civilistico italiano tra Otto-Novecento, ripercorrendo i momenti salienti della sua formazione culturale.

<sup>26</sup> Cfr., per tutti, Frezza, *o.c.* 111. V., *supra*, nota 12.

<sup>27</sup> Cfr. C. Fadda, *Dell'origine dei legati*, in AA. VV., *Per l'VIII centenario dell'Università di Bologna. Studi giuridici e storici*, Roma 1888, 163 ss. In tema di legati, nella storia del diritto romano, Fadda ha mostrato come la figura del legato abbia subito profonde trasformazioni con particolare attenzione ai rapporti tra *legatum* e concezioni della *obligatio* (216 ss.).

<sup>28</sup> Invero, gli anni napoletani sono segnati da un'attività didattica intensa, sulla cattedra di Pandette, e da una gravida produzione scientifica. Tra gli squarci biografici dedicati a Carlo Fadda, autorevolmente anche Di Salvo, *Dal diritto romano. Percorsi e questioni* cit. XII: «Difficile immaginare, nel mondo di oggi, una tale ampiezza di interessi...». Similmente anche Emilio Albertario, maggiore interprete italiano dell'interpolazionismo, che nel necrologio apparso nella *Rivista di diritto civile* del 1931, nel commemorare il Maestro cagliaritano, asserì che «la cattedra pandettistica di Napoli era veramente una cattedra che parlava al mondo».

<sup>29</sup> C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Lezioni dettate nella Università di Napoli*. Parte prima [Anno Accademico 1899-1900] - Parte seconda [Anno Accademico 1901-1902], Napoli 1900-1902 [due volumi].

del negozio giuridico<sup>30</sup>; gli *Istituti commerciali del diritto romano*<sup>31</sup>, il *Diritto delle persone e della famiglia*<sup>32</sup>, la *Teoria della proprietà*<sup>33</sup> e le *Servitù*<sup>34</sup>.

A questi dati bibliografici, tuttavia, val la pena di accostare lo splendido ritratto degli anni napoletani di Fadda delineato da Antonio Guarino, in una commossa commemorazione del suo allievo Vincenzo Arangio-Ruiz:

«Fadda, in quei tempi al culmine della sua carriera, teneva lezione alle otto del mattino. ‘In una città nottambula e pigra come Napoli, e allora molto più di adesso, un comune insegnante avrebbe fatto bene, prima di stabilire un orario simile, a prospettarsi l’eventualità dell’aula vuota; ma ciò non accadeva con Fadda; era anzi interessante, massime d’inverno, e per contrasto con tutte le abitudini, percorrere strade e vicoli e scalinate ancora dormienti per sboccare in un’aula riboccante di giovani’. Né il giovanissimo discepolo si limitò a seguire le lezioni. Ospite quotidiano dello studio professionale di Fadda, ove una sala era sempre riservata, all’uso napoletano, per assistenti ed allievi, egli trascorse due anni nell’intensa atmosfera creata dalla forte personalità del maestro, che, alla guisa di un rispondente romano, traduceva in schemi rigorosi di diritto le complesse vicende di vita che clienti e avvocati venivano di continuo a sottoporgli. Non deve destare sorpresa che egli, cresciuto a siffatta scuola, si sia tuttavia tenuto lontano dall’attività professionale. Fadda, maestro vero, non pretendeva che gli allievi si forgiassero a sua stretta immagine e somiglianza, ma secondava con mente vigile e con pacato consiglio le personali inclinazioni di ognuno, aiutandolo a ricercarsi la propria, inconfondibile strada»<sup>35</sup>.

### III. *Servitù prediali su fondi nullius: la polemica tra Carlo Fadda e Biagio Brugi*

Appare senza dubbio peculiare la perdurante attenzione che Carlo Fadda ebbe a dimostrare in tema di servitù prediali. Una nitida traccia è ravvisabile a

<sup>30</sup> C. Fadda, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1909.

<sup>31</sup> C. Fadda, *Istituti commerciali del diritto romano. Parte prima*, Napoli 1919; Id., *Istituti commerciali del diritto romano. Lezioni dettate nella R. Università di Napoli anno scolastico 1902-1903*, Napoli 1903 [rist. Napoli 1987].

<sup>32</sup> C. Fadda, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli 1910.

<sup>33</sup> C. Fadda, *Teoria della proprietà*, voll. I-II, Napoli 1908-1909.

<sup>34</sup> È il già ricordato *Corso* del 1913 che costituisce il punto di riferimento principale per il discorso sulle servitù qui ricostruito. Il frontespizio dell’opera, integralmente trascritto, riporta: R. Università di Napoli / Corso Ufficiale di Diritto Romano - Anno 1912-13 / IV. - parte II / SERVITÙ / Lezioni / del / Prof. Carlo Fadda / NAPOLI / Lorenzo Alvano, LIBRAIO-EDITORE / Via Università, 26-S. Marcellino, 1 / 1913.

<sup>35</sup> A. Guarino, *Arangio vivo*, in Id., *Pagine di diritto romano II*, Napoli 1993, 33 s.



partire dai due saggi dell'autore, pubblicati rispettivamente nel 1892 e 1896, entrambi raccolti nel 1910 in un fondamentale volume intitolato *Studi e questioni di diritto*. I due saggi, dal titolo simile: *Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius* ed *Ancora le servitù sopra od a favore di fondi nullius*<sup>36</sup>, precedono di qualche anno – a testimonianza dell'intensità del suo interesse – un intero corso accademico: *Servitù Lezioni*, pubblicato, come si diceva, nel 1913.

Invero, sin dall'*incipit* della prima trattazione si affronta la questione nodale: la possibilità di servitù sopra o a favore di *res nullius*. Per comprendere appieno la questione, tuttavia, giova muovere da quanto già prima, nelle *Note a Windscheid* scritte con Bensa, Egli aveva avuto modo affermare in tema di diritti reali frazionari:

«I diritti reali frazionari hanno in sè un concetto di relatività, che toglie molta parte di vero all'affermazione, che l'intermediario di una persona non è necessario nei diritti reali. L'idea della persona, che è in relazione colla cosa, e che per ciò appunto si trova in una posizione assolutamente diversa da quella in cui sono i terzi estranei, a' quali incombe il dovere generale negativo, è indispensabile per lo *jus in re aliena*, e in specie per le servitù. Il diritto frazionario si concepisce come una diminuzione del complesso di facoltà costituenti il dominio, epperò è sempre in relazione necessaria non colla cosa considerata per sè stessa, ma come formante oggetto di diritto di proprietà»<sup>37</sup>.

L'obiettivo principale discusso in questo luogo delle *Note* è dato dalla compatibilità tra doveri positivi di condotta e diritti reali, che non potrebbero esaurirsi nel diritto a pretendere il dovere di astensione della generalità dei consociati, in contrappunto critico a Windscheid. Per Fadda e Bensa resta certo che «non ripugna al sistema nostro legislativo il concetto di diritto reale *in faciendo*»<sup>38</sup> e ciò significativamente si coglie nella trattazione del problema della permanenza della servitù in attesa del titolare, questa volta richiamando direttamente la teoria di Rudolf von Jhering sugli effetti passivi dei diritti<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> V., *supra*, nota 1. Il secondo studio in replica a Brugi, come precisato dall'a., fu poi pubblicato nel 1896 sul *Filangieri*, pp. 801-806.

<sup>37</sup> C. Fadda, P.E. Bensa, *Note dei traduttori* a Bernhard Windscheid, *Diritto delle pandette*, IV, Torino 1930 [rist.], 102 s.; il passo è citato nell'esordio di Fadda, *Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius* cit. 211.

<sup>38</sup> Così, a conclusione di un'ampia trattazione sul punto, Fadda, Bensa *o.c.* 116.

<sup>39</sup> «L'idea della persona si presenta quindi in genere come necessario intermediario nel diritto reale frazionario. È solo perché questa idea vi è immanente, che si può discutere se le *servitutes amoenitatis* o *voluptatis causa* sieno ammissibili; è per essa che s'intende la estinzione per confusione per non uso e la regola *nemini res sua servit*. E se la servitù perdura malgrado la derelizione del fondo serviente, l'idea del soggetto futuro è quella che ancora la tien ferma (cfr. Jhering, *Ann. per la dogm.* X 444 sg. *Articoli riuniti* [Gesammelte Aufsätze] II. 229 sg). Se è vero adunque che il titolare del diritto reale frazionario esercita direttamente sulla cosa il suo diritto, tale esercizio

Si inseriva quindi nel discorso il tema delle servitù senza soggetto proprio in un punto nel quale invece si tendeva a concentrare l'attenzione sulla necessità della presenza del soggetto, per aprire ad una concezione relazionale dei diritti reali. Il soggetto può mancare temporaneamente, non può mancare del tutto, questa la soluzione. La «derelizione del fondo servente» rappresentava la possibile permanenza della servitù pur nell'assenza di un proprietario attuale.

Nelle *Note a Windscheid* l'indagine si ferma qui, esattamente al punto cui era pervenuto Jhering. Nel saggio del quale ci stiamo occupando, invece, Fadda riformula il problema su di un piano più generale, il solo che gli consente di compiere un effettivo progresso nella teoria dei diritti reali: «in relazione con questo concetto, come dovrà risolversi la questione della possibilità di servitù sopra od a favore di cose *nullius?*»<sup>40</sup>. *Res nullius* è concetto inteso in un senso nuovamente problematico: non è necessariamente una cosa che non sia in proprietà di alcuno; ma una cosa priva di proprietario ma non senza proprietà: si pone il problema se possa darsi un diritto di proprietà che perduri, pur se manchi un titolare, nell'interesse oggettivo alla persistenza del diritto reale frazionario<sup>41</sup>. Al riguardo, non può re-

dipende, per lo meno, dall'inazione della persona che con la cosa è in relazione»: Fadda, Bensa *o.c.* 104. L'opera di Jhering cui si fa riferimento è R. von Jhering, *Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 10, 1871, 387 ss. [il passo rilevante è a p. 444 s.], poi in Id., *Gesammelte Aufsätze* II, Jena 1882, 178 ss. (a p. 229 s. il passo cui fanno riferimento Fadda e Bensa).

<sup>40</sup> Fadda, *Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius* cit. 211 s.

<sup>41</sup> Fadda argomenta la sua tesi, muovendo da casi tratti dal diritto romano. Argomentando con gli stessi strumenti previsti per il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni, si discute di ipotesi nelle quali la confluenza dei fondi nella medesima titolarità non estingue i diritti reali limitati insistenti su di uno di essi. [L'art. 1072 del vigente codice civile, rubricato espressamente, 'estinzione per confusione' ripropone la questione, posta già sotto il previgente codice del 1865, circa la giustificazione di tale effetto estintivo. Cfr. A. Cicu, *Estinzione di rapporti giuridici per confusione*, Sassari 1908, 73 ss., che discorre di cessata utilità; analisi delle possibili alternative costruttive in G. Branca, *Servitù prediali, sub art. 1072*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, VI ed., Bologna-Roma 1987, 420 ss. L'elemento che attrae maggior interesse è l'ipotesi prevista dall'art. 2862, commi 2 e 3, c.c., secondo il quale in caso di rilascio «riprendono efficacia» le servitù preesistenti. Ciò implica, nel caso il fondo servente sia stato acquistato dal proprietario del fondo dominante, ma successivamente soggetto a vendita forzata per effetto di pignoramento, che la servitù riviva a vantaggio dei proprietari del fondo dominante: così è stato deciso di recente da Cass., sez. II, 19 ottobre 2021, n. 28853, in *Foro it.*, 2021 (novembre), con nota di M.L. Visconti, *Della servitù estinta per confusione e della sua reviviscenza a danno dell'acquirente del fondo servente in sede di esecuzione forzata*]. Su questa premessa, Fadda ammette che ciò che avviene nella confusione possa darsi anche in ipotesi di derelizione. Così, esplicitamente: «La servitù di fronte ad una *res nullius* ha sempre in sé l'idea della restrizione della proprietà», ancora: «[L]a confusione estingue i diritti reali frazionari: questi però restano sia per riguardo a ragioni che sovr'essi vantano terzi, sia per riguardo ad un possibile vantaggio da assicurare al proprietario». La proprietà, dunque – nella prospettiva dell'a. – resta allo scopo di conservare la servitù, e non è più

vocarsi in dubbio che punto di partenza di ogni successiva riflessione, indagine e approfondimento in materia, è dato dalla possibilità – secondo Fadda – che la servitù prediale perduri malgrado l’abbandono del fondo, servente o dominante, posizione questa, che l’autore ebbe modo di scandagliare con maggior rigore argomentativo, sia nei primi scritti che nel corso dedicato al tema, attraverso un intreccio, sapientemente dipanato, di numerosi richiami e rinvii, confronti e puntualizzazioni, a conferma delle posizioni precedentemente espresse. Testualmente:

«Nel 1892, in occasione delle onoranze al prof. Filippo Serafini, trattai brevemente della possibilità, o meno, che la servitù prediale perduri malgrado l’abbandono del fondo servente o del fondo dominante. La conclusione cui giunsi, è, che un tale abbandono, per sè stesso, non produce l’estinzione della servitù»<sup>42</sup>.

Nella direzione prospettata da Fadda, la servitù, dunque, non si estingue se il fondo divenga *nullius*. L’autore postula una servitù che permane anche in assenza di proprietario del fondo, sia servente che dominante – Fadda, invero, contempla entrambe le ipotesi – e una servitù nella quale, come è dato riscontra-

di «colui che ha fatto l’abbandono». ‘*Remanet propter servitutem proprietatis*’: Fadda, *Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius* cit. 218. Il punto è ribadito, ricostruendo il pensiero del suo contraddittore, in B. Brugi, *Appendice del traduttore al libro VIII* cit. 166: «Parimente se sul *praedium dominans* vi sia un’ipoteca e il debitore proprietario acquisti il *praedium serviens*, la servitù non verrà meno nei rapporti col creditore ipotecario. Pertanto sebbene la confusione estingua i diritti frazionari del dominio, questi restano sia per riguardo a ragioni che su essi vantino i terzi, sia per riguardo a un possibile vantaggio da assicurare al proprietario. Ciò che avviene nella confusione si può ammettere secondo il Fadda nella derelizione; la proprietà non è più di colui che ha fatto l’abbandono, ma resta all’effetto di conservare la servitù: *remanet propter servitutem proprietatis*». [Che la riunione delle qualità di creditore e debitore non determini automaticamente l’estinzione dell’obbligazione per confusione è acquisizione ampiamente consolidata in dottrina, muovendo da P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, sub art. 1253, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1975, 400 ss.].

<sup>42</sup> Fadda, *Ancora le servitù sopra od a favore di fondi nullius* cit. 221. L’a. scandisce, di lì a poco, la sua posizione, nel corso accademico dedicato al tema, allorquando chiarirà che: «[u]na questione veramente disputata è quella sulla possibilità giuridica di una servitù a carico di un fondo *nullius*. Secondo alcuni scrittori la servitù non può nè sorgere nè perdurare a carico di un fondo abbandonato dal suo proprietario e ciò per la ragione che la servitù importa limitazione del diritto del proprietario e ove proprietà non esista non si può parlare di limitazione di essa». Più innanzi, nel prosieguo dell’indagine, l’a. richiama gli autorevoli insegnamenti di Windscheid, secondo cui «la facoltà attribuita dalla servitù è attribuita non soltanto contro il proprietario del fondo servente, ma in egual guisa (e questa eguaglianza per noi non sussiste) contro ogni terzo, e il rapporto del titolare al proprietario viene accentuato specialmente perché questi, come tale, ha un diritto opposto, che appunto viene vinto colla servitù. La restrizione della proprietà, afferma il sommo pandettista, è un effetto della servitù, ma la servitù non consiste nella limitazione della proprietà». Cfr. Fadda, *Servitù. Lezioni* cit. 37, § 20.

re più analiticamente nelle pagine dedicate al corso<sup>43</sup>, il fondo dominante possa essere il territorio destinato ad una collettività pubblica<sup>44</sup>.

A ben vedere, Egli non concede spazio all'argomento meramente logicista: non indulge alla simmetria formale, in virtù della quale estinguendosi il diritto reale principale, cioè la proprietà, verrebbe ad estinguersi anche il diritto reale su cosa altrui – il diritto reale derivato – qual è appunto la servitù. Allo sguardo del giurista moderno, l'impostazione perseguita da Fadda assume spiccato valore: essa rappresenta un primo embrione del concetto oggettivo della situazione soggettiva come scissa dalla titolarità, esprimendo, in tal senso, una posizione in chiave totalmente di rapporto, relazionale<sup>45</sup>, della proprietà.

A fronte di tale premessa si snoda il confronto polemico con Biagio Brugi, le considerazioni critiche del quale rivelano nel suo pensiero – agli occhi del lettore più avveduto – proprio la posizione prevalentemente logicista avversata da Fadda<sup>46</sup>. Considerando la figura di Brugi e la sua attenzione costante agli aspetti sociali e culturali del diritto, il contrasto può sorprendere<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. Fadda, *Servitù. Lezioni cit. passim*.

<sup>44</sup> Quali, nel caso specifico, gli abitanti di Roma. Cfr., *infra*, § 4.

<sup>45</sup> Il modello di costruzione dei rapporti giuridici come relazione tra situazioni soggettive, sia assolute che relative, è stato elaborato da P. Perlingieri, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli 1975; cfr. anche, già prima Id., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli 1968, 71 ss. La tradizione civilistica muove dalle ricerche di S. Pugliatti, *Il trasferimento delle situazioni soggettive I*, Milano 1964, 63 ss. (su situazioni soggettive e interesse) e di M. Allara, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino 1939, 100 ss. Cfr. P. Perlingieri, *La centralità del rapporto giuridico nel sistema di Mario Allara*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2004, 138 ss.

<sup>46</sup> Sorge spontaneo interrogarsi su cosa possa aver indotto Brugi ad assumere un atteggiamento logicista in questa vicenda. Una ipotesi potrebbe avanzarsi collegando la posizione espressa da Brugi contro Fadda nel 1893 con gli studi romanistici sulle servitù che Brugi aveva da poco pubblicati e con talune sue premesse metodologiche. Su questo, *infra*, nel testo; sin d'ora, tuttavia, significativo è quanto egli scrive in favore del temperamento equitativo già in B. Brugi, *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani*, Urbino 1880, 36 s.: «Or questa equità che ha trasformato in varia guisa le prische e rigide istituzioni romane, non era un concetto semplicemente astratto, un'idea confusa del bene, sìvero un'altra estrinsecazione del senso storico dei nostri giuristi. Nella mente di questi l'equità è la forza che ristabilisce l'equilibrio tra la legge esistente, fissa, immutabile e i fatti nuovi che a mano a mano si presentano: non si abolisce mai direttamente l'antico principio, ma lo si trasforma a grado a grado per le novelle contingenze daché ingiusto sarebbe costringere casi nuovi in una legge che non li contemplava, ma pericoloso rimutare ad ogni istante le leggi che esistono». L'evoluzionismo, chiaramente ispirato da Savigny, assume nel pensiero di Brugi una singolare, duplice, funzione. Da un lato tempera le arretratezze, l'anacronismo del sistema; dall'altro, però, opera in direzione esattamente contraria, opponendosi a costruzioni tecniche fortemente innovative. In questo atteggiamento di moderata, illuminata, conservazione entro il contrasto di vecchio e di nuovo si coglie la radice della contrapposizione a Fadda, che invece spingeva per una revisione profonda delle categorie.

<sup>47</sup> Agli autori citati, *retro*, nota 3, si aggiunga la compiuta monografia di G. Marino, *Positivi-*

Al fine di tracciare una più esaustiva linea ricostruttiva dei divergenti orientamenti dei due giuristi, giova ripercorrere analiticamente i tratti salienti dei profili qui indagati. Così inizia il saggio di Fadda, in risposta polemica a Brugi:

«Recentemente il prof. Brugi [...] in un'appendice alla sua traduzione del libro VIII delle *Pandette* del Glück, riprendeva in esame la questione, o meglio l'esaminava in relazione alle argomentazioni mie. La conclusione cui egli giunge non è troppo limpida, come si può scorgere da quanto verremo riferendo»<sup>48</sup>.

Nel polemizzare con Fadda, in particolare, Brugi aveva obiettato l'incompatibilità logica della tesi della persistenza della servitù sul fondo *nullius*, asserendo:

«Io voglio imparzialmente ed esattamente riferire il ragionamento dell'egregio amico e collega Fadda. Si deve distinguere, avverte esso, tra la condizione del proprietario e la condizione dei terzi [...] Noi siamo di fronte pertanto col Fadda a due argomenti capitali; l'uno tratto dalla distinzione fra rinuncia alla proprietà del fondo e rinuncia alla servitù di cui era provveduto, l'altro dalla *fictione* che la proprietà continua sul fondo»<sup>49</sup>.

Il nucleo del conflitto tra i due autori consiste su quale sia la spiegazione migliore dell'effetto di possibile permanenza del diritto di servitù, una volta che venga meno il proprietario di uno dei due fondi, dominante o servente. Brugi riconduce le sue riflessioni a sostegno dell'incompatibilità nella sopravvivenza di una servitù su una *res nullius* e ammette unicamente il ricorso al meccanismo della finzione di diritto, avallando, in tal senso, un atteggiamento sostanzialmente formalista occasionalmente temperato da un rimedio (la finzione di permanenza del proprietario) di tipo sostanzialmente equitativo; Fadda, invece, sceglie la direzione della ricerca di una *ratio* complessiva, che giustifichi la piena plausibilità di una situazione soggettiva che persista senza titolare attuale, distinguendo arditamente tra la proprietà e il proprietario, cioè tra la titolarità che verrebbe meno e il diritto reale che rimarrebbe intatto<sup>50</sup>.

*smo e giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli 1986; più di recente cfr., l'ampio saggio di M. Meccarelli, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in *Quad. fiorentini*, 30, 2001, 361 ss.

<sup>48</sup> Fadda, *Ancora le servitù sopra od a favore di fondi nullius* cit. 221.

<sup>49</sup> Brugi, *Appendice del traduttore al libro VIII* cit. 165-168.

<sup>50</sup> In argomento, *ex multis*, E. Marmocchi, *Presentazione del tema*, in *Le servitù prediali fra tradizione e attualità*, Milano 2012, 9 ss.; F. Tuccillo, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. Usus, scientia, patientia*, Napoli 2009; M.F. Corsi, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli 1999; A. Burdese, voce *Servitù prediali (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.* XVII, Torino 1976,

Sia consentito osservare – come si approfondirà fra breve – che da un punto di vista storico giuridico, la tesi avanzata da Fadda, pur se espressa in modo non sempre lineare (come sovente accade quando si deve spezzare una tradizione consolidata di pensiero), appare più incisiva, involgendo ulteriori ed attuali profili di rilevanza delle utilità collettive nelle destinazioni dei beni privati<sup>51</sup>.

Nel suo *iter* logico, Brugi si interroga sulla permanenza della *utilitas*<sup>52</sup>: una volta che non vi sia più il proprietario, affermare la persistenza della servitù, egli asserisce, implicherebbe logicamente dover ritenere che persista anche il diritto di proprietà, sul quale dovrebbe gravare (fondo servente) o cui dovrebbe giovare (fondo dominante) la servitù. In assenza del proprietario derelinquente, ciò sarebbe possibile unicamente rendendo soggetto lo scopo (vale a dire l'utilità stessa) o il fondo. La personificazione dello scopo o del fondo è giudicata concetto «ripugnante». Conseguente, sempre a suo avviso, l'assoluta necessità di opporsi «a questa erronea personificazione». Unica soluzione ammissibile – conclude Brugi, in conformità allo spirito pratico che ha sempre ispirato le soluzioni dei giureconsulti romani – è temperare l'asprezza del sistema mediante il ricorso ad una  *fictio iuris*: tale sarebbe il postulare la continuazione del fondo, ovvero, che il fondo sia ancora «nella proprietà di alcuno», benché *nullius*<sup>53</sup>.

Ripercorriamo più da vicino le tappe di questo suo ragionamento. In primo luogo, la critica radicale della soggettivazione dello scopo:

118; G. Grosso, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969; B. Biondi, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano 1954<sup>2</sup>; Id., *La categoria romana delle servitutes*, Milano 1938. Più in generale, per elementi di interpretazione storica sui diritti reali, d'obbligo il richiamo a P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli 2006; Id., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne nei diritti reali*, Milano 1992; Id., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino 1970; Id., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino 1944; Id., *Corso di diritto romano. Le cose. Con una nota di lettura di Filippo Gallo*, in *Rivista di diritto romano*, 1, 2001, 5 ss. Cfr., infine, ancora P. Grossi, *Introduzione*, in AA. VV., *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano 2006, 10 ss., ove afferma che: «Il richiamo alla tradizione significa diffidenza verso ogni improvvisazione e volontà di costruire non sull'effimero, facendo tesoro di quei momenti dialettici, che sono la ricchezza dei tempi trascorsi, che consolidano il presente grazie a un prezioso contrappunto comparativo».

<sup>51</sup> Sul punto vi si ritornerà *infra*, § 4.

<sup>52</sup> Cfr., in argomento, in diritto moderno, P. Vitucci, *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano 1974.

<sup>53</sup> Dalla lettura del testo in parola, ci è dato, altresì, apprendere che, nella visuale teorica di Brugi, «nel caso invece che il proprietario abbandoni il fondo serviente, resta una cosa veramente *nullius*, che può essere ormai del primo occupante. In questo caso il primo occupante potrebbe essere appunto il proprietario del fondo dominante che ha interesse a tutelare la propria servitù»: Brugi, *Appendice del traduttore al libro VIII* cit. 163.



«Per far durare quei vantaggi, staccati dai proprietari, non resta che l'erronea via di personificare il fondo o lo scopo: concetti ripugnanti al genuino diritto romano. E anche per giungere a questa erronea personificazione bisogna prima far uso di quella malsicura *fictio* che il fondo è ancora nella proprietà di alcuno, quando pure è *nullius*. Dove infatti cessa una condizione giuridica, cade pure tutto l'edificio di diritti e pretese che vi si radicano»<sup>54</sup>.

La chiusa esprime tutto la fiducia nella correttezza di un argomentare ispirato a rigore logico<sup>55</sup>, in virtù del quale la servitù dovrebbe dichiararsi estinta. V'è da precisare che, come emerge chiaramente dalla lettura del saggio, diviene evidente la volontà di pervenire ad una soluzione nei fatti analoga a quella sostenuta da Fadda, pur constatando, tuttavia, la ferma convinzione di giungervi – in prospettiva metodologica inversa – per via di *fictio*:

«Si tratta di vedere quale sarà la sorte della servitù prediale derelitto il fondo serviente o il dominante. Le due ipotesi debbono essere trattate a sé. Ritengo nondimeno consono ad ambedue il concetto fondamentale, che secondo il rigore logico dei principii la servitù è estinta, tutti i nostri ragionamenti son diretti a salvarne l'effetto pratico»<sup>56</sup>.

Il *rigore logico* e l'*effetto pratico*: per Brugi il primo rappresenta il reale dato di partenza di ogni indagine giuridica e il criterio di legittimazione delle soluzioni valide secondo lo stretto diritto. Le categorie restano invariate, salva, tuttavia, la necessità di piegarle ad un adattamento pratico. A riguardo, al fine di corroborare la sua tesi, dichiara di collocarsi nella scia dei giuristi dell'antica Roma, che ben sapevano adattare la logica alla pratica<sup>57</sup>:

<sup>54</sup> Brugi *o.u.c.* 163.

<sup>55</sup> Significativo anche leggere quanto Brugi scrive sul rapporto tra «principi» (assurti non tanto quali premesse di valore quanto quali categorie ricevute dalla tradizione) e realtà della pratica nei suoi studi sulle servitù. Cfr. B. Brugi, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali*, II. *Esame dei principii riguardanti il passo necessario in relazione al concetto di servitù prediale nel diritto classico*, in *AG.* 27, 1881, 231: «È noto come i giuristi romani non avessero grande amore al sistema, intesa la parola in un senso puramente formale, e come, malgrado una qualche affinità di partizione che ricorre nei libri dei grandi giuristi, essi riserbaronsi la più grande libertà di trattazione. In quella vece i giuristi dettero grande importanza a ciò che può dirsi sistema intimo e sostanziale del diritto, vale a dire alla connessione organica dei vari principii giuridici e la loro acuta dialettica, ben diversa dalla gretta dialettica medioevale, fu tutta intenta a questo raggruppamento e coordinamento dei principii omogenei, alla scissione dei contrari».

<sup>56</sup> Brugi, *Appendice del traduttore al libro VIII* cit. 164.

<sup>57</sup> Quanto mai opportune le riflessioni di M. Bretone, *Il responso nella scuola di Servio*, ora in *Id., Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1971, 96: «Ma la plausibilità di una proposizione regolativa o definitoria non ne garantisce un'efficacia illimitata e duratura. Essa deve pur sempre commisurarsi a una prassi, con la varietà delle sue situazioni rese tipiche dalla riflessione casistica; e la

«poiché [...] i Romani, che non erano così amanti delle discussioni teoriche come lo siamo noi, avrebbero subito troncato i dubbi con quel loro sagace uso dei ripieghi *utilitas causa*, che è uno dei pregi del loro diritto. Non s'immaginarono certo essi che i principi giuridici fossero talmente rigidi o fissi come formule matematiche da non piegarsi alle svariate esigenze della vita pratica. Non si tratta per noi di risolvere un problema sulla carta, ma di conciliare nella realtà gli interessi di ognuno, di salvaguardare i diritti legittimamente acquisiti, che sono sottoposti a tutte le diverse vicende della vita quotidiana. Se per questa tutela del diritto in un caso concreto, vien sacrificato il rigore logico di un concetto giuridico, poco o nessuno è il danno in confronto all'utile che se ne ottiene; i Romani non esitavano in questa scelta»<sup>58</sup>.

Le necessità pratiche sono quindi riconosciute a patto di non intaccare l'impianto categoriale. In fondo, l'evoluzionismo di Brugi amplia le soluzioni, ma non le teorie, benché riconosca la loro storicità<sup>59</sup>. Sentendo di collocarsi al pari dei Romani, nell'adattare logica e pratica, Brugi definisce 'rigore logico' l'impianto categoriale tradizionale, sì che per dirla esemplificativamente: si estingue la proprietà, si estingue la servitù<sup>60</sup>. Seguendo una simile linea argomentativa, l'eventuale sopravvivenza della servitù è da concepirsi quale mera '*fictio*', sì che essa rappresenta un adattamento di tipo equitativo. Allo sguardo del giurista, la teoria deve rimanere immutata nella sua compattezza consequenziale, potendosi, ad ogni modo, concedere alle esigenze della pratica delle soluzioni

prassi (la riflessione sulla prassi) può anche indurre a perfezionarla, a modificarla o addirittura ad abbandonarla. La formula, in cui una disciplina giuridica si è riassunta o conglutinata, è come inserita in un movimento circolare, che dopo averla ricavata dalla prassi ve la riporta e ne sperimenta la validità».

<sup>58</sup> Brugi *o.u.c.* 162.

<sup>59</sup> Brugi, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali* cit. 258: «Taluni si fermano a indagare nel diritto romano l'origine scientifica delle varie dottrine dovute all'uno più che all'altro giurista, all'una più che all'altra scuola anziché indagare l'origine storica delle istituzioni cui le dottrine medesime riferiscono. Nella vita pratica sta il germe di ogni istituto che poi la scienza ha modellato coerentemente allo scopo per cui quello sorse. La funzione di un organo degli esseri viventi spiega la struttura anatomica e fisiologica di questo: lo scopo di un istituto giuridico spiega la configurazione che questo assume» (ci sembra evidente l'impronta jheringhiana).

<sup>60</sup> Alla luce della prospettiva delineata, il proprietario viene così ad identificarsi con la proprietà; di riflesso, la proprietà non esisterebbe in mancanza del proprietario. Può forse aggiungersi che la questione della servitù su fondo *nullius* doveva coinvolgere Brugi più di quanto egli stesso desiderasse ammettere. Nel suo amplissimo studio volto a criticare la «servitù di passo necessario» (anche qui significativamente incentrato sulla compatibilità logica tra i principi della *servitus* romana e il passo necessario) Brugi aveva toccato la questione soltanto in una nota, più che altro per sbarazzarsene, negando che nel caso concreto potesse discutersi nelle fonti romane di una cosa priva di proprietario: Brugi, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali* cit. 263 s., nt. 4. L'ampiezza dei riferimenti di Fadda lo costrinse ad una replica più impegnativa, ma non concesse altro che la *fictio*.

eccezionali, *lato sensu*, equitative, nel caso specifico immaginando una sopravvivenza della proprietà per *factio*, ossia – come icasticamente rileva Fadda nelle sue repliche – preferendo *appendere il cappello a quel certo chiodo immaginario*<sup>61</sup>. Certo il compito non è semplice:

«Il difficile sta per noi nel trovare una soluzione che giuridicamente soddisfi e non appaia in disarmonia con tutto il sistema del diritto e con la dottrina della servitù. La difficoltà cresce poi a dismisura se ci ostiniamo a stare accaniti a rigidi schemi fissi che non debbano ricevere alcuna correzione e limitazione. Ma senza correzioni di tal genere (come quello cui in sostanza ricorre lo JHERING) è difficile sostenere il concetto di servitù nel caso nostro»<sup>62</sup>.

Il diritto deve essere quello che è (nella tradizione logica), ma si può piegare la soluzione nel concreto, dice in sostanza Brugi; è una soluzione, tutto sommato, semplice.

Fadda sceglie invece una via difficile, non esita ad innovare le categorie. Il dissidio dai toni – certo anche secondo il diverso uso di quei tempi – estremamente vivaci muove da una direttiva metodologica fondamentale: come debba reagire la teoria del diritto ad un problema nuovo posto dalla pratica. L'alternativa è rinchiudersi in una dialettica di regola ed eccezione<sup>63</sup>, alla quale solo per questa volta sia concesso di sacrificare il rigore logico, mediante finzioni<sup>64</sup>, adattamenti equitativi e, a seguire, gli espedienti adoperati dal diritto per provare a conciliare teoria e pratica, oppure – e qui l'esigenza di rigore di Fadda forse più che mai impegnato a trovare un punto di contatto tra le sue due anime scientifiche: Jhering e Windscheid<sup>65</sup> – impegnarsi a cambiare la teoria, quando

<sup>61</sup> Fadda, *Ancora le servitù a favore o sopra fondi nullius* cit. 223 (corsivo aggiunto).

<sup>62</sup> Brugi, *Appendice del traduttore al libro VIII* cit. 164.

<sup>63</sup> Su questa tematica molto note le riflessioni di W. Bigiavi, «Normalità» e «anormalità» nella costruzione giuridica, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 518 ss. Non mancano studi che approfondiscono la questione in prospettiva storica: G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino 1965; M.G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, I. *Dalle origini alla Scuola storica*, Torino 1968.

<sup>64</sup> Un primo valido orientamento, nella vasta bibliografia sulle finzioni, in G. Tuzet, *Finzioni giuridiche*, in M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi (a c. di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Roma 2015, 269 ss., e P. Di Lucia, *Tre specie di entità giuridiche: oggetti, enti, figmenta*, in *Rivista di estetica*, 47, 2007, 97 ss.; un classico, in particolar modo dedicato al diritto romano, è Y. Thomas, *Fictio legis. L'empire de le fiction romaine et ses limites médiévales*, in *Droits*, 21, 1995, 17 ss.; nonché M. Bretonne, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31, 2001, 295 ss.; nella letteratura civilistica cfr. S. Pugliatti, *Finzione*, in *Enc. dir.* XVII, Milano 1968, 667 ss.; A. Gambaro, *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Digesto Civile VIII*, Torino 1992<sup>4</sup>, 344 s.; A. La Torre, *La finzione nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 46, 2000, 315 ss.

<sup>65</sup> La loro conciliazione appare oggi assai meno difficile di quanto potrebbe dirsi alla luce delle

questa non sia in grado di rispondere ad un problema posto dalla pratica. Non può, dunque, dubitarsi che Fadda si proietti in una direzione culturale ben più coraggiosa, aperta all'innovazione della teoria civilistica, una teoria scomoda certo, ma vitale, che non si accontenta di un pacificante, ma in fondo inerte, evoluzionismo<sup>66</sup>.

In definitiva, il conflitto risponde ad un modo diverso di concepire la costruzione dell'interesse, quale criterio giustificativo della situazione soggettiva. Questo criterio è stato posto alla base dalla dottrina che più attentamente ha, sotto il vigore del codice del 1942, avanzato una costruzione innovativa dei rapporti di servitù, apertamente critica verso posizioni che «spiegano l'istituto in maniera formalistica, senza adeguata valutazione degli interessi che l'istituto stesso si propone di regolare»<sup>67</sup>.

Il contrasto tra formalismo (evoluzionisticamente temperato) e realismo (tecnicamente rinnovato) dei due contraddittori si profila in tutta evidenza. Come puntualmente osserva Fadda nella sua replica a Brugi, tra le due posizioni, affini nelle conclusioni, si apre un abisso:

posizioni assai nette (e della netta contrapposizione tra i due) assunte dalla storiografia giuridica tedesca del Novecento. Nel movimento di attuale rivalutazione della pandettistica si inseriscono ricerche che hanno posto in luce quanto nel pensiero di Windscheid non vi fosse alcun culto esangue della mera logica distaccata dalla realtà e, per converso, nel pensiero di Jhering non vi fosse affatto rinuncia al pensare per concetti: cfr., per un primo orientamento, J. Rückert, *Der Geist des Rechts in Jherings »Geist« und Jherings »Zweck«* (Teil 2), in *Rechtsgeschichte*, 6, 2005, 122 ss.; Id., *Methode und Zivilrecht bei Bernhard Windscheid (1817-1892)*, in J. Rückert, R. Seinecke (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, Baden-Baden 2012, 3. Aufl., 121 ss.; Ch.-E. Mecke, *Begriff des Rechts und Methode der Rechtswissenschaft bei Rudolf von Jhering*, Göttingen 2018.

<sup>66</sup> La tensione verso l'evoluzionismo accomuna, da altro punto di vista Fadda, Brugi e tutta una tradizione di giuristi che culmina con Pietro Bonfante. Un giudizio piuttosto severo dei limiti culturali di questo filone metodologico in M. Brutti, *Costruzione giuridica e storiografia. Il diritto romano*, in *RISG.* 6, 2015, 87, il quale delinea lo scontro tra questa metodologia che coniugava positivismo e funzionalismo in chiave evolutiva (e su questa linea egli accomuna Bonfante, Fadda e Brugi) e il neoidealismo che sempre più prendeva spazio nella cultura italiana; ai neoidealisti irritava soprattutto «l'immagine della storia ridotta alla combinazione di strutture giuridiche e di funzioni: ad una meccanica oggettività [...]. Perciò il duello è aspro, in modo inusuale; e da esso emerge chiaramente la povertà dell'impianto su cui i romanisti fondano la loro descrizione organica del divenire giuridico». Le affinità positivistiche evoluzionistiche di Fadda e Brugi, tuttavia, non escludono che nel loro modo di ragionare possano presentarsi differenze significative. Scegliere la via della costruzione concettuale della novità emersa dal sociale (soprattutto nelle servitù a vantaggio di collettività civiche: *infra* § 4) implica un impegno innovativo assai più marcato del risolvere 'umanisticamente' in modo equitativo.

<sup>67</sup> Perlingieri, *Rapporto preliminare e servitù su 'edificio da costruire'* cit. 20.

«Tengo anzitutto a respingere la formola attribuitami dal Brugi: ‘se le servitù prediali possano sussistere indipendentemente dalla proprietà’. Io appunto ritengo, che nel caso di abbandono di stabili la sola proprietà di quella determinata persona, del derelinquente, venga meno; che per contro la proprietà perduri sempre, come diritto privo temporaneamente di soggetto, e precisamente pel soggetto futuro che la legge spera, aspetta. Non è questione di finzione, o di presunzione, come vuole il Brugi. Da questo lato ci separa un abisso: egli suppone esistente una proprietà che non c’è. [...] Il prof. Brugi non deve disconoscere, che la sua è proprio una formola matematica ribelle alle esigenze della vita. Le quali certamente vogliono, che il sistema della proprietà territoriale sia disciplinato a modo, che l’individuo come proprietario sia considerato come qualche cosa di transeunte, e il rapporto oggettivo di proprietà come l’elemento fisso, su cui bisogna far conto»<sup>68</sup>.

Nell’abisso che Fadda pone tra se stesso e Brugi corre tutta la sua fiducia nella dogmatica, come strumento di innovazione e chiarificazione concettuale delle sollecitazioni prodotte dalla realtà sociale. Nella sua soluzione non si finge un proprietario; si postula piuttosto un diritto senza soggetto: si afferma chiaramente la sopravvivenza della servitù anche su un fondo che abbia perso il titolare<sup>69</sup>. Fattispecie, questa, oggi interpretabile come persistenza della situa-

<sup>68</sup> Fadda, *Ancora le servitù sopra od a favore di fondi nullius* cit. 222 s. (corsivi aggiunti). Nell’ottica della presente indagine, appare utile riportare un ulteriore stralcio del testo in parola, ove Fadda con maggior vigore afferma che: «[...] Ma il Brugi mi attribuisce anche concetti che non sono miei, e questo mi sospinge a spendere qualche parola ancora sulla questione...» (p. 222), altresì, allorquando sostiene che: «[...] Il Brugi ripetutamente raccomanda di non considerare i principii giuridici come formole matematiche ribelli alle svariate esigenze della vita pratica. E tutto il suo scritto, se non m’inganno, è dominato invece dall’apriorismo. Egli infatti si richiama al rigore logico per considerare come estinta la servitù nel caso di abbandono del fondo servente, mentre riconosce che anche un profano riterrebbe assurdo, che il fatto del proprietario del fondo servente possa privare de’ i suoi diritti di servitù il proprietario del fondo dominante, e come mezzo disperato si appiglia al comodo rimedio della *fictionis iuris*, ossia appende il cappello a quel certo chiodo immaginario di cui parla argutamente il Brinz» (p. 223). Di acuta rilevanza ancor più il passo che segue: «Io aveva, con molti altri, fatto osservare, che l’essere uno stabile *nullius* è anomalia vera: essere perciò logico non sottrae senz’altro lo stabile al rapporto giuridico. Era ed è un riflesso eminentemente pratico. Il Brugi, non molto fedele alla sua fobia dei principii logici, ci richiama appunto alla pretesa indifferenza del diritto per la condizione *nullius* delle cose» (p. 223).

<sup>69</sup> Giova precisare che nella trama argomentativa dei due contraddittori il diritto romano è quello della tradizione romanistica, della pandettistica. La polemica è da noi studiata per il suo significato nella storia del diritto civile del Novecento, non per la sua maggiore o minore rispondenza al diritto romano. La ricerca romanistica moderna – affrancata dalle necessità dell’applicazione al proprio tempo – sulla condizione delle *res derelictae* segue ben altri approfondimenti, per i quali non si può che rinviare ai fondamentali studi di L. Solidoro Maruotti, *Studi sull’abbandono*

zione soggettiva in assenza del suo titolare. Anche qui può dirsi – riprendendo l’insegnamento più moderno prima richiamato – che «realità sociale» e «realità degli interessi» sono un tutt’uno<sup>70</sup>.

Allo stesso modo nel quale la servitù a vantaggio di un immobile futuro si comprende alla luce degli interessi che effettivamente regolano la fattispecie concreta<sup>71</sup>, a fondamento della tesi delineata da Fadda si pone la possibilità di una situazione soggettiva che persista mediante la distinzione tra la proprietà e il proprietario. Il proprietario è il titolare, la proprietà è la situazione soggettiva: Fadda non usa questa terminologia, così come discorre di “rinunzia” del proprietario cui non sia automaticamente imputabile la volontà estintiva del diritto, limitandone l’effetto meramente alla dismissione della sua qualità di proprietario. È tuttavia chiara, nei fatti anche se non nel nome, la distinzione tra titolarità e situazione soggettiva, tra dichiarazione estintiva (una sorta di remissione – *rectius* di abbandono liberatorio) della situazione e rinunzia, fattispecie meramente abdicativa della titolarità<sup>72</sup>. In una rappresentazione nella terminologia moderna di ciò che Fadda esprime, il discorso deve incentrarsi tra la titolarità che viene meno e il diritto, anzi il rapporto reale, che invece resta.

Brugi non ha a sua volta controreplicato a Fadda, ma che la questione sia rimasta un punto critico – e forse in parte non del tutto risolto – del suo pensiero si coglie nella sua opera della maturità, l’ampio trattato in due volumi sulla *Proprietà*, ove egli torna sulla questione, ribadendo la sua posizione, ma in for-

*degli immobili nel diritto romano. Storici, giuristi, imperatori*, Napoli 1989. In tale indagine si avverte circa la non identificabilità, ad es., di *ager derelictus* e *ager desertus* (Solidoro Maruotti o.c. 339 s.); e si mette in luce il complesso rapporto con la tutela possessoria, sì che «in nessun caso, dunque, la perdita del possesso immobiliare e il semplice abbandono materiale comportavano automaticamente la perdita della proprietà, anche se il distacco dall’immobile era volontario e definitivo nelle intenzioni del titolare» (Solidoro Maruotti o.c. 238). Più di recente, ripercorre brevemente anche l’esperienza romanistica, ma con precipua attenzione all’atto di abbandono, C. Bona, *L’abbandono mero degli immobili*, Trento 2017, 22 ss.

<sup>70</sup> Perlingieri, *Rapporto preliminare e servitù su ‘edificio da costruire’* cit. 94.

<sup>71</sup> Perlingieri o.u.c. 200: «Non quindi questione formale di metodo formale, ma atteggiamento consapevole dell’infinita varietà delle situazioni concrete che consiglia lo studio della situazione particolare senza usare verso di essa la violenza del generale e delle categorie assolute. Lo studio del negozio costitutivo di servitù in ordine a fondi futuri, e del rapporto preliminare che da esso scaturisce, fuori della visione preconcepita di schemi generali, bensì con l’intento di trarre dall’esperienza della fattispecie utili suggerimenti per la dommatica» (corsivo aggiunto).

<sup>72</sup> Perlingieri, *Remissione del debito e rinunzia al credito* cit. 174 ss.; una costruzione in parte diversa in G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale* [1969], Milano rist. 2007, 36 ss.



ma latamente dubitativa<sup>73</sup> e, il che per vero non gli fa affatto onore, senza mai nominare Fadda<sup>74</sup>.

Fadda, con il coraggio dogmatico assimilato dalla tradizione pandettista, apre la strada a tutti i tentativi successivi della dottrina italiana di ripensare criticamente il concetto stesso di diritti reali a fronte di utilità collettive e tutte le volte nelle quali la funzione sociale della proprietà detti la necessità di modificare le categorie dominicali del passato<sup>75</sup>.

Una pregevole conferma della centralità del dibattito si riscontra nelle pagine

<sup>73</sup> B. Brugi, *Della proprietà*, 2<sup>a</sup> ed. [1<sup>a</sup> ed. 1918], vol. II, in P. Fiore, B. Brugi (a c. di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli-Torino 1923, 648 s., ove, discorrendo della rinuncia alla proprietà (che ammette) si avverte della difficoltà «di spiegare in quale modo possano durare sulla cosa abbandonata degli *iura in re aliena*» e si rinvia alla trattazione fatta in precedenza a proposito dell'occupazione di *res nullius*. Questa formulazione anodina si scioglie alquanto nella trattazione della sorte degli *iura in re aliena* dinanzi all'acquisto per occupazione di bene immobile. Qui Brugi sembra fare delle concessioni: Brugi *o.u.c.* 466: «per le ipoteche, le servitù ecc., le quali gravavano sul fondo abbandonato, o bisogna ammettere che non vi fu alcun intervallo di tempo tra la precedente e la nuova proprietà o che per un tempo più o meno lungo questi *iura in re aliena* continuarono su *res nullius*. In qualunque aspetto si ravvisi la cosa, resta escluso che qui pure l'occupazione possa recar danno ai diritti dei terzi sulla cosa stessa, quando, com'è probabile, l'occupante non sia uno di loro»; ma in nota (*ivi*, p. 466, nota 2) si reputa che il permanere interinale degli *iura in re aliena* sia «a rigor di diritto», «molto dubbio». Le tesi e le obiezioni di Fadda non sono ricordate; ma non è ricordata neanche la costruzione della *fiction iuris*. Si noti quel «a rigor di diritto» – una sorta di volontaria mimesi di *a rigor di logica* – a testimonianza di una persistente resistenza ad aprirsi a considerazioni innovative. Brugi prova a spostare la questione su di un travisamento della dottrina romana della *derelictio* sulla quale cita Pietro Bonfante. Se si va a leggere il passo di Bonfante indicato da Brugi, tuttavia, la soluzione è esattamente avversa: P. Bonfante, *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte* [1917], in *Id., Scritti giuridici vari*, II. *Proprietà e servitù*, Torino 1918, 358: «Se si considera la derelizione come una rinuncia assoluta alla cosa, per cui essa diviene *res nullius*, nel senso ordinario della parola, *dovrebbero estinguersi tutti i diritti che gravavano sulla cosa derelitta, per esempio le servitù prediali e l'usufrutto, nonché le servitù inerenti attivamente ad un fondo. Ciò è ripugnante ed inopportuno*, e si può dire anzi in contrasto con le fonti per quel che concerne l'usufrutto, il quale perdura sulla cosa derelitta. Il cessare de' *iura in re* sulla cosa derelitta, a parte la contraria attestazione delle fonti, è parso tanto enorme che unanimemente la dottrina decide in senso contrario: ma i fautori dell'autonomia della *derelictio*, cioè l'opinione dominante, dichiarano che ciò è ben naturale e si spiega per ragioni di evidente equità. *Non neghiamo queste ragioni di equità, ma è certo che il principio non appare punto nelle fonti come un principio di diritto singolare, anzi il fatto stesso che dalle fonti la cosa risulta solo indirettamente mostra che era un principio logico e naturale*» (corsivi aggiunti).

<sup>74</sup> È ricordata invece, nello stesso paragrafo e poche pagine prima, la *Teoria della proprietà* di Fadda e proprio a proposito della distinzione tra rinuncia abdicativa e rinuncia traslativa: cfr. Fadda, *Teoria della proprietà* cit. 206; Brugi, *Della proprietà* cit. 465, nt. 1.

<sup>75</sup> La posizione di Fadda trova ampio riconoscimento in uno studio romanistico successivo: S. Romano, *Studi sulla derelizione in diritto romano*, Padova 1933, poi ripubblicato in *Riv. dir. rom.*, II, 2002, 99 ss. e spec. 143 ss.

dedicate al problema nel successivo corso sulle *Servitù*, ove egli ebbe modo non soltanto di ribadire ma soprattutto di ampliare le sue tesi, offrendone una collocazione pienamente moderna.

Il punto di partenza era per Fadda la rivoluzione portata nella teoria dei diritti soggettivi da Rudolf von Jhering. In un passo decisivo – che vale la pena riportare integralmente per il suo immenso valore storico – delle *Note a Windscheid*, Fadda asserisce:

«La legge tutela certi interessi in vista di un determinato scopo. La dottrina dello Jhering sulla teleologia del diritto è feconda di importanti risultati e vale a spiegarci molti fenomeni giuridici. Talora l'interesse è dell'individuo, talora è collettivo con carattere più o meno esteso. Ma nell'una e nell'altra ipotesi decisivo è lo scopo. Finché questo perdura, non può venir meno il diritto. Quando la qualità del titolare non sia intrinsecamente connessa coll'essenza del diritto, come nei diritti che *personae cohaerent*, lo scopo nel diritto non vien meno solo perché vien meno il soggetto. Come conseguenza si ha la trasmissibilità de' diritti sia a titolo universale che a titolo particolare. Finché il soggetto non fa getto del diritto questo sussiste. La individualità del soggetto è indifferente: l'elemento oggettivo non si modifica per la mutazione del soggetto. Ora se per legge o per negozio giuridico il diritto debba tornare a vantaggio di un soggetto determinato o determinabile, che non sussiste o che non si conosce attualmente, dovrà per ciò solo affermarsi, che il diritto è venuto meno? Lo scopo non è venuto meno, la relazione con un soggetto vi è: perché dovrebbe troncarsi la esistenza del diritto senza attendere, che questo soggetto esista e si conosca? È questione di opportunità, da decidersi dal legislatore, lo stabilire se ed in quanto il diritto possa esplicare efficacia malgrado della attuale mancanza del soggetto. Non può in questi casi la dottrina per salvare il principio sbagliato della necessità del soggetto creare soggetti fantastici. Bisogna prendere la realtà per quel che è, e riconoscere, che in attesa del soggetto il diritto può esplicare la sua efficacia, sia pure in modo limitato»<sup>76</sup>.

*Bisogna prendere la realtà per quel che è* – qui è tutto l'onesto rigore metodologico di Carlo Fadda, la sua avversione a costruzioni artificiose, a ostinate sopravvivenze di «principi sbagliati»<sup>77</sup>. Non stupisce affatto, quindi, osservare la

<sup>76</sup> Fadda, Bensa, *Note a Windscheid* cit. 238.

<sup>77</sup> Sorprende da questo punto di vista che nell'amplissimo studio di Salvatore Pugliatti, dedicato al rapporto giuridico unisoggettivo non vi sia traccia di questi discorsi (salvo un fuggevole cenno alle pp. 277, nota 339, e 285, nota 358): S. Pugliatti, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Studi in onore di Antonio Cicu II*, Milano 1951, 155 ss. e ciò nonostante le direttive metodologiche presentino affinità: «a) i principi che si possono fermare, nel campo dei fenomeni studiati, come nel resto negli altri campi, della fenomenologia giuridica, non hanno carattere assoluto e necessario, ma soltanto relativo ed tendenziale; b) non ci si può affidare, nella sistemazione dei

continuità con la quale nello studio delle servitù come rapporto e senza soggetto, Fadda evoca, in assonanza al suo pensiero, il lavoro di Rudolf von Jhering<sup>78</sup>:

«L'argomento dello Jhering è che lo scopo della servitù prediale ha carattere permanente; che tanto poco tale scopo s'identifica coi bisogni ed interessi transeunti del singolo proprietario che la servitù così limitata è giuridicamente impossibile. Certo può il proprietario rinunciare alla servitù, ma tale rinuncia non è insita nello abbandono del fondo, ma occorre sia appositamente fatta»<sup>79</sup>.

Adottando una simile chiave di lettura, Fadda rimarca la distinzione tra rinuncia e abbandono del fondo, oggi riformulata in rinuncia alla titolarità della proprietà del fondo ed estinzione della servitù. A riguardo, con maggior vigore argomentativo, egli spezza il legame tra titolarità attuale della servitù e titolarità della proprietà fondo, affinché la servitù permanga sul fondo in attesa di trovare il titolare del diritto di proprietà. Separandosi dal fondo il proprietario fa cessare la servitù *per sé*, non per il fondo. Seguendo una simile impostazione, facendo cessare la servitù *per sé* – cioè estinguendo la titolarità della servitù – venendo meno il proprietario, non viene meno la servitù; se ne ricava che il rapporto giuridico reale di servitù persiste nell'attesa di trovare un nuovo titolare, e che l'abbandono del titolare non vale – direbbe Fadda – come vera e propria rinuncia, ovvero la rinuncia del titolare non vale estinzione. Orbene, semplificando:

fenomeni studiati, a criteri formalistici ed astratti, ma si deve dare il giusto peso alle esigenze di natura pratica che reclamano soddisfazione» (Pugliatti *o.c.* 276).

<sup>78</sup> I richiami al pensiero di Jhering riscontrati da una più accurata disamina dei testi di Brugi e Fadda sono innumerevoli. Orbene, Brugi, nel suo argomentare, rimprovera a Jhering – che definisce, non proprio benevolmente, «quel gran costruttore di concetti giuridici più o meno genuini» (Brugi, *Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius* cit. 165) – di non essere rimasto fedele al suo concetto, nella parte in cui sostiene che la servitù prediale «è una pattuita o individuale configurazione del rapporto di vicinanza» (Brugi *o.u.c.* 168). Al contrario, Fadda ebbe modo di precisare, con acuta lucidità, che si trattò per Brugi di un puro fraintendimento, sì che Jhering rimase senza dubbio coerente nell'esposizione della sua tesi. Del resto, nelle critiche di Brugi pesava senz'altro la sua diffidenza verso il ruolo costruttivo dello scopo, tanto che affermava recisamente che «è esagerata la dottrina dello scopo come base dell'istituto: il che ad [*sic*] Jhering doveva accadere facilmente» (Brugi *o.u.c.* 167). Nel senso contrario, Fadda, *Ancora le servitù sopra od a favore di fondi nullius* cit. 224-225, ove l'a. chiarisce che quando Jhering parla di «configurazione individuale del diritto di vicinanza (*individuelle Gestaltung des Nachbarrechts*) non ha mai pensato, che con ciò si potesse intendere ad una configurazione secondo l'interesse dei proprietari, ma dei fondi individualmente considerati. Diversamente non solo sarebbe stato incoerente con sé stesso, ma avrebbe addirittura snaturato le servitù prediali». Cfr. von Jhering, *Passive Wirkungen der Rechte*, cit. 230. Sul valore delle ricerche jheringhiane nello sviluppo del diritto moderno O. Behrends, *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale*, in *RDR*. 3, 2003 (online).

<sup>79</sup> Fadda, *Servitù. Lezioni* cit. 51, spec. § 26.

l'abbandono del fondo vale rinuncia alla titolarità, ma non vale estinzione del diritto<sup>80</sup>.

Così strutturata, non v'è dubbio che la direzione prospettata dall'autore si riveli intessuta di complessità, sì da meritare uno spazio di indagine ben più ricercato. In questa trama argomentativa si differenzia l'utilità oggettiva del bene in proprietà, dall'utilità soggettiva, vale a dire dall'interesse, che giustifica la protezione del proprietario.

Sulla scorta delle suddette considerazioni, ben oltre l'indubbia rilevanza storica che esse assumono, appare possibile scorgere, altresì, l'embrione di una tutela dei soggetti futuri. L'approdo appare, senz'altro, innovativo:

«Se la servitù è una qualità, un modo di essere del fondo, non vi è ragione per farla cessare sol perché il proprietario ha voluto abbandonare il fondo. Le obiezioni fatte a questo assunto, riprodotte in particolare del Brugi, non persuadono. Esse si sostanziano in ciò, che chi abbandona il fondo si spoglia non solo del fondo, sibbene anche di ogni diritto connesso al fondo. Ma è facile rispondere che i diritti spettano al proprietario del fondo in quanto è tale e che cessando di essere tale non per ciò ha voluto che i diritti, i quali più non spettano a lui, debbano non avere ulteriore esistenza»<sup>81</sup>.

Tali rilievi conducono al momento di oggettivazione dell'interesse che giustifica la situazione soggettiva reale su bene altrui; ciò posto, diviene evidente – e si avrà cura di ritornarvi a breve –, come nella situazione soggettiva l'interesse tutelato rappresenti qualcosa di diverso dalla mera utilità individuale, dal godimento. Invero, non desta stupore che nelle pagine sulla servitù – insistendo sul fatto che «lo scopo delle servitù prediali sia di durata»<sup>82</sup> – Jhering abbia posto le

<sup>80</sup> La questione della rinuncia al diritto di proprietà è tutt'ora assai dibattuta: una brillante messa a punto in R. Quadri, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli 2018, 40 ss.; M. Bellinva, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*, Consiglio Nazionale del Notariato - Studio n. 216-2014/C, online, ove in particolare una dettagliata analisi dei problemi relativi all'abbandono del fondo servente (o.c., § 8.1).

<sup>81</sup> Fadda, *Servitù* cit. 50. Fadda parla della servitù come una 'qualità', non va tuttavia dimenticato che la servitù è da intendersi in chiave di rapporto giuridico.

<sup>82</sup> «Der Zweck der Prädialservitut ist bekanntlich ein dauerndes»: von Jhering, *Passive Wirkungen* cit. 230. Brugi polemizza con questo passo, ma non cita con la medesima precisione di Fadda: egli ricorda sia il *Geist* (non indica l'edizione, nelle tre consultate le pagine non corrispondono), sia il saggio sulle limitazioni alla proprietà nei rapporti di vicinato; al contrario, il saggio sugli effetti passivi dei diritti non è esplicitamente richiamato, benché da quest'ultimo si ricavi la polemica sulla permanenza della servitù dopo la *derelictio* del fondo dominante. Cfr. Brugi, *Appendice del traduttore al libro VIII* cit. 168. Qui Brugi rimprovera a Jhering l'incoerenza tra la sua tesi (ad avviso di B. «giustissima veduta») che configura la servitù quale configurazione di autonomia nei rapporti di vicinato, e l'altra posizione circa

basi per la transizione dalla teoria del diritto soggettivo come signoria del volere a quella del diritto soggettivo inteso come interesse protetto. Orbene, l'idea che il diritto soggettivo non si identifichi esclusivamente nella volontà, ma costituisca il nucleo intorno al quale il diritto oggettivo, l'ordinamento giuridico,

la persistenza della servitù in caso di abbandono del fondo dominante. Sul punto può essere utile qualche precisazione. Nel saggio sui rapporti di vicinato – R. von Jhering, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, in Id., *Gesammelte Aufsätze* II cit. 36 – effettivamente si riferisce alla configurazione individuale del vicinato (*freie Gestaltung des Nachbahrverhältnisses*) ma solo in equilibrato contrappeso alla limitazione legale. Il richiamo all'autonomia privata è assai più esplicito ed elaborato nel *Geist* (e qui Brugi *l.u.c.* lo riconosce riportandone una frase, citata in italiano). In verità il rapporto di Jhering con il concetto di autonomia è tormentato e mutevole: rappresenta una acquisizione progressiva (per uno studio sul diverso rilievo del concetto di autonomia in Jhering nelle varie edizioni del *Geist* rinviamo a P. Femia, *Autonomia. Frammento 2016*, Napoli 2021, 63 ss.). Per quel che riguarda specificamente le servitù prediali, basti confrontare la seconda edizione (R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts* II.1, Leipzig 1866<sup>2</sup>, 212 ss.) con le due successive, terza (Id., *Geist des römischen Rechts* II.1, Leipzig 1869<sup>3</sup>, 226 ss., 226 ss.) e quarta (Id., *Geist des römischen Rechts* II.1, Leipzig 1881<sup>4</sup>, 226 ss.). Nelle ultime due, effettivamente Jhering asserisce che «la servitù prediale ha come scopo la conformazione individuale del diritto di vicinato, pone l'autonomia dei privati al posto della legge», ma aggiunge immediatamente che «essa sta rispetto al diritto di vicinato di fonte legale nel medesimo rapporto nel quale si trova il testamento rispetto alla successione legittima» (*Geist*<sup>3</sup> cit. 231; *Geist*<sup>4</sup> cit. 231). Il senso del discorso – riassunto nelle conclusioni del paragrafo (§ 33) che ospita l'intero discorso – è che «la libertà come condizione dello sviluppo etico sia qualcosa al di sopra dell'uomo, un bene, che giuridicamente né egli stesso né coloro che verranno dopo di lui devono intaccare» (*Geist*<sup>2</sup> cit. 218; *Geist*<sup>3</sup> cit. 234; *Geist*<sup>4</sup> cit. 234). In altre parole, la libertà negoziale è rispetto alla conformazione della proprietà uno strumento al servizio di interessi (oggettivi: scopi) che hanno permanenza oltre la sfera di vita del loro titolare. Non a caso Jhering asserisce recisamente «lasciare piena libertà di simili disposizioni [limitazioni permanenti della proprietà] all'autonomia privata racchiude in sé i più grandi pericoli per la proprietà, contiene la rovina della vera libertà della proprietà, l'abbandono della vera idea di proprietà» (*Geist*<sup>3</sup> cit. 227; *Geist*<sup>4</sup> cit. 227, il corsivo rende lo spaziato originale). La servitù ha pertanto nel suo scopo il rispetto degli interessi propri della conformazione proprietaria, tra i quali, appunto, l'interesse alla stabilità. In tal senso lo sviluppo successivo nel saggio sugli effetti passivi dei diritti è del tutto coerente: von Jhering, *Passive Wirkungen* cit. 230: qui lo scopo permanente della servitù prevale (J. afferma che rende «giuridicamente impossibile» limitare la servitù agli «interessi e bisogni transeunti» dei titolari dei fondi) sopravanza le posizioni individuali. È per tale ragione che Jhering (Id. *o.u.c.* 229 s.) si oppone sia alla teoria secondo la quale l'abbandono da parte del titolare del fondo dominante comporti l'estinzione della servitù, poiché il soggetto della servitù è il proprietario, sia l'altra, secondo la quale la permanenza della servitù al fatto discende dal fatto che la servitù stessa sia personificata. L'alternativa tra estinzione del soggetto ed estinzione della servitù, da una parte, e sopravvivenza per via di elevazione del fondo a persona giuridica è in completo contrasto col la sua teoria della permanenza dello scopo. Ed è proprio tale permanenza il fattore di conformazione dell'autonomia privata. Sul contrasto nella dottrina tedesca tra la postulazione jheringhiana di diritti senza soggetto e le spinte opposte alla personificazione, Femia, *Trans-subjective Rights* cit. § 6.

protegge il diritto soggettivo e l'interesse, non poteva sfuggire a Carlo Fadda.

Una più attenta lettura delle riflessioni di Fadda consente, inoltre, di soffermarsi su un secondo aspetto degno d'attenzione, concernente la complessità e la relazionalità delle situazioni reali. L'autore presuppone che le servitù siano un rapporto – punto di massimo rilievo delle sue tesi – e ragionando in termini di rapporto, giunge ad una considerazione della servitù come entità distaccata dalla posizione del proprietario del fondo servente. Allo sguardo del giurista, la servitù si qualifica quale rapporto reale tra fondi, giustificato su una utilità costruita in senso oggettivo che finisce per distaccare la proprietà del fondo portatore della servitù, dalla titolarità corrispondente, giungendo – come si è avuto modo di dimostrare – alla distinzione tra rinuncia ad essere proprietario ed estinzione della proprietà: vicenda, la quale modernamente può essere riformulata in termini di distinzione tra situazione soggettiva e titolarità.

Questo risultato, collocato nel più vasto quadro delle riflessioni della civilistica italiana del tempo intorno al diritto di proprietà, contribuisce a segnare un momento decisivo della riflessione intorno alla costruzione giuridica dei rapporti dominicali: l'approccio ai diritti reali non è più puramente logicista, quindi non puramente concettuale, ma funzionale. Si assiste ad una transizione da una concezione individualistica del diritto di proprietà, una concezione dei diritti reali strutturata sulla signoria incontrastata del proprietario, centrale nel codice civile del 1865, ad una visione moderna, ispirata al ragionevole coordinamento delle utilità delle singole unità immobiliari<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> L'evoluzione dalla concezione dominicale a quella produttivistica e la successiva riconsiderazione funzionale della proprietà è magistralmente delineata in Perlingieri, *Introduzione alla problematica della «proprietà»* cit. 62 ss. Cfr. anche le considerazioni di Paolo Grossi: «La teoria della proprietà aveva subito durante il Novecento una trasfigurazione profonda nelle mani di civilisti storicisti come Enrico Finzi, Filippo Vassalli, Salvatore Pugliatti, quando si era, ormai, cominciato a guardare al mondo delle cose con una attenzione tutta nuova e si era arrivati a parlare di tante proprietà quanti erano i diversi statuti strutturali delle diverse cose, dandosi invece una considerazione minima all'idea del 'collettivo' in seno al diritto civile e quindi anche alle forme collettive di proprietà. Queste continuavano a identificarsi con quel cantuccio appartatissimo dell'ordine giuridico che, sotto l'ombrello della legge 16 giugno 1927, n. 1766 continuavano a chiamarsi usi civici, un cantuccio polveroso e stantio, più una curiosità storica che una reale forza dinamica». P. Grossi, *Un altro modo di possedere. Quaranta anni dopo*, in F. Marinelli, F. Politi (a c. di), *Un altro modo di possedere. Quaranta anni dopo, Atti del XIII Convegno annuale del Centro studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista 'Guido Cervati'*, Pisa 2018, 113 ss.



IV. *Utilità ideale e servitù a vantaggio di collettività indeterminate nella riflessione del Corso sulle servitù (1913) di Carlo Fadda. Spunti di riflessione in tema di funzione sociale ed utilitas nel processo di fondazione di nuove ipotesi di servitù. Le aperture del primo Novecento verso una rinnovata concezione dello scopo ragionevole dei rapporti reali*

Alla luce di quanto detto si può senz'altro convenire che l'attenzione dell'autore alle servitù prediali su fondi *nullius*<sup>84</sup> non costituì una mera curiosità erudita. Lo si comprende ancor più dalla scelta metodologica di collocare il tema all'interno di un corso accademico<sup>85</sup>, in una successione di argomenti, la rilevanza dei quali – come si è accennato – è da considerarsi profondamente incisiva, nella direzione di una prima riflessione sulla funzione sociale, ovvero sulla servitù come strumento di superamento di una visione puramente individualistica della proprietà<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> La letteratura moderna sul tema è sterminata. Si rinvia principalmente a G. Branca, *Le servitù prediali*, in *Comm. cod. civ.*, Libro terzo, 'Della proprietà', art. 1027-1099, Bologna-Roma 1967, 456 ss.; dello stesso autore, anche Id., *Non uso e prescrizione*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini in occasione della sua beatificazione I*, Milano 1947, 169 ss. In argomento, ampiamente anche F. Messineo, *Le servitù*, Milano 1949; B. Biondi, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* XII, Milano 1967; A. Burdese, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova 2007; L. Barassi, *I diritti reali limitati*, Milano 1947; P. Vitucci, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano 1974; R. Triola, *Le servitù*, in *Il Codice civile. Commentario*, Milano 2008; M. Comporti, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. priv.* VIII. 'Proprietà', Torino 1982; G. Grosso, G. Deiana, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ. it.* Torino 1963<sup>3</sup>; L. Cariota Ferrara, *Delle servitù prediali*, in *Comm. cod. civ.*, Firenze 1942; E. Caterini, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli 1998. Per una ricostruzione critica, V. Giuffrè, *L'emersione dei iura in re aliena ed il dogma del numero chiuso*, Napoli 1992, *passim*; M. Comporti, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca II*, Milano 2006, 769; V. Mannino, *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 945; A. Fusaro, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2000, 439 ss.; M. Costanza, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti I*, Milano 1980, 421 ss.; A. Belfiore, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano 1979.

<sup>85</sup> Le lezioni ebbero luogo nell'anno accademico 1912-1913, come si evince dal frontespizio del volume (C. Fadda, *Servitù. Lezioni*, Napoli 1913).

<sup>86</sup> Invero, la scelta di scrivere un corso di lezioni in tema di servitù prediali e di riflettere su molteplici ipotesi che possano dare un senso alla razionalizzazione della proprietà, appare maggiormente significativa in un'epoca storica nella quale il modo di riflettere sulla proprietà era intrinsecamente individualista. La letteratura sul tema è copiosa, si rinvia a S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013, 175 ss.; A. Cicu, *Servitù prediali, Lezioni*, Bologna 1931; A. Allara, *La proprietà temporanea*, in *Circolo giur.*, 1930, 69 ss.; U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni I*, Milano 1976; F. Santoro Passarelli, *Proprietà*, in *Ordinamento e diritto civile, Ultimi saggi*, Napoli 1988, 148 ss.; G. Pescatore, *Considerazioni sul «diritto» di proprietà*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli II*, Torino 1960, 1266 ss.; L.

Nella cultura giuridica del suo tempo, Carlo Fadda scorge elementi degni di significativa attenzione: il lascito teorico, il valore culturale e l'esito delle riflessioni che egli ha offerto alla scienza giuridica moderna sono di immenso rilievo scientifico e storico: ha adoperato la storia per costruire il futuro, calandosi nei problemi maggiormente dibattuti nell'Italia dei primi del Novecento.

A ben vedere, l'indiscussa attualità del suo pensiero si evince sin dall'idea della relazionalità, nell'aver concepito la proprietà in chiave di rapporto giuridico<sup>87</sup> – deindividualizzandola – così sgretolando quel paradigma rigorosamente individualista che era stata la cifra di tutto il diritto civile ottocentesco. Invero, l'impianto teorico adottato dal giurista in tema di servitù consente di dimostrare come la proprietà conformata<sup>88</sup>, limitata dalla servitù che insiste su di essa, finisce per esprimere interessi transindividuali<sup>89</sup>, di là dal proprietario.

Nel rimodulare e innovare a fondo le categorie tradizionali, anche quelle legate alla tradizione romanistica, Fadda è sollecitato da nuove esigenze. Una lucida testimonianza si rintraccia, soprattutto, nelle pagine dedicate al *Corso*, ove, riprese le figure romanistiche consegnate nel Digesto, – ne sono gravidi anche i primi due saggi –, il campo di indagine si estende e involge il problema dell'uso pubblico dei beni ambientali, con l'esplicito riferimento alla celebre vi-

Bigliuzzi Geri, *Usufrutto uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* XI.1, Milano 1979; L. Barrassi, *Proprietà e comproprietà*, Milano 1951, 91 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 6. *La proprietà*, Milano 1999, 156; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* VIII.2, Milano 1995; F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli 1967; P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 40 ss.; A. Tabet, E. Ottolenghi, G. Scaliti, *La proprietà*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino 1981.

<sup>87</sup> In dottrina, autorevolmente, Perlingieri, *Introduzione alla problematica della «proprietà»* cit. 167 ss.; Id., *Proprietà, impresa e funzione sociale*, in *Riv. dir. impr.*, 1989, 219 ss.; analogamente, anche Id., *I negozi su beni futuri*, I. *La compravendita di «cosa» futura*, Napoli 1962, 22 ss.

<sup>88</sup> P. Perlingieri, *«Funzione sociale» della proprietà e sua attualità*, in S. Ciccarello, A. Gorasini e R. Tommasini (a c. di), *Salvatore Pugliatti, I. Maestri italiani del diritto civile*, Napoli 2016, 187 ss.; Id., *La «funzione sociale» della proprietà nel sistema italo-europeo*, in *Corti salernitane*, 2016; una impostazione diversa in S. Patti, *La funzione sociale nella «civiltà italiana» dell'ultimo secolo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 34, 2016, 177 ss.; F. Macario, M.N. Miletti (a c. di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma 2017.

<sup>89</sup> Mutuando l'espressione da Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte* cit. 343 ss. Utile il richiamo, nuovamente, alle illuminanti riflessioni in Id., *Transsubjective Rights* cit., spec. § 7, ove l'a., discorrendo della natura giuridica dei diritti trans-soggettivi, icasticamente chiarisce che, in tal senso, «[l]'esercizio del diritto non torna, per esaurirsi, nella sfera di dominio del suo titolare: questa è la caratteristica fondamentale del diritto trans-soggettivo». Nell'argomentare le sue posizioni teoriche, l'a. rintraccia due momenti di fondamentale importanza nella scienza giuridica tedesca dell'Ottocento: la teoria dei «diritti aventi ad oggetto persone che passano in noi», di Georg Puchta, e la riflessione sulla tutela individuale di *res publicae*. V. *supra* nota 11.

ceda giudiziaria nota come ‘Causa di Villa Borghese’<sup>90</sup>, fattispecie questa, nella quale per la prima volta, nella cultura giuridica italiana, si pose la questione di un uso pubblico di un bene ambientale in proprietà privata. Analogamente – e vi dedicheremo attenzione – nel *Corso* la materia si arricchisce con le questioni sulle servitù su futuro edificio<sup>91</sup> e con un richiamo ai primi meccanismi di lottizzazione urbanistica realizzata per atto di autonomia privata, in tema di razionale divisione dei suoli, considerazioni, queste ultime, sollecitate dalle indagini sulle servitù reciproche pochi anni prima presentate in Germania da Joseph Kohler<sup>92</sup>.

Orbene, nella direzione prospettata, e in virtù delle considerazioni fin ora espresse, sembra potersi sostenere con sufficiente convinzione che la disputa sulle servitù su fondi *nullius* costituisca un prodromo, elemento incipiente che conchiude in sé il portato di argomentazioni ancora più impegnative, – è sufficiente por mente, nel caso di specie, alle summenzionate servitù reciproche e alla storica sentenza della Cassazione di Roma del 1887 –, e che confluiscono in una valutazione molto ammodernata della *utilitas* come elemento per un razionale sfruttamento dei suoli, e in una visione delle servitù come strumento che possa servire ad una proprietà ecologica.

Come rilevato da autorevole dottrina, rintracciare la fisionomia giuridica dei diritti d’uso pubblico appare operazione quanto mai complessa e sfuggente. Invero, il legame tra beni comuni e «(cose in) uso pubblico» – espresso in termini di ‘fratellanza’ – è risalente, là dove un primo riscontro è rinvenibile nell’art. 714 del *Code civil*, ove secondo la disposizione: «il est des choses qui n’appartiennent à personne et dont l’usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d’en jouir»<sup>93</sup>. Precipua attenzione, in argomento, suscita, altresì, l’impostazione

<sup>90</sup> Fadda, *Servitù. Lezioni* cit. 53, § 27, spec. nota (1), ove l’a., esplicitamente, pone il riferimento alla celebre contesa tra il comune di Roma e il principe Borghese sul diritto d’uso spettante al popolo di Roma sulla villa Borghese.

<sup>91</sup> Perlingieri, *Rapporto preliminare e servitù su ‘edificio da costruire’* cit. spec. 29-30, ove si rileva che «[p]er identificare l’essenza e gli effetti del negozio costitutivo di servitù su ‘edificio da costruire’ è necessario delimitarne, preliminarmente, la fattispecie. [...] Sotto la rubrica ‘servitù per vantaggio futuro’ l’art. 1029 cod. civ. prevede tre distinte fattispecie: a) la servitù ‘per assicurare a un fondo un vantaggio futuro’; b) la servitù a favore o a carico ‘di un edificio da costruire’; c) la servitù a favore o a carico di un fondo da acquistare». Ed ancora, nel prosieguo dell’indagine, è dato apprendere che «[s]e il negozio costitutivo della servitù su fondo futuro (per utilità futura) non produce gli effetti normalmente prodotti dal negozio costitutivo di servitù (su fondo presente) per vantaggio futuro, la ragione sta nell’esistenza o no del fondo. [...] Il bene futuro è incerto e, come ‘bene’ cui l’autonomia privata possa fare riferimento, dev’essere possibile. La possibilità, tuttavia, è caratteristica del bene futuro, non in quanto futuro, ma in quanto bene che possa avere rilevanza giuridica».

<sup>92</sup> Si tratta di un amplissimo studio: J. Kohler, *Beiträge zum Servitutenrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 87, 1897, 157-312.

<sup>93</sup> Cfr., M. Grandi, *Le «choses communes» e l’art. 714 «Code Napoleon»*, in *Riv. crit. dir. priv.*,

teorica avanzata da Filippo Vassalli, il quale significativamente rilevava «un'esclusione legale del *dominum* in ciò ch'è *publicum* (in *publico usu*), al pari che in ciò ch'è *commune omnium*»<sup>94</sup>. In tale prospettiva, il criterio di distinzione delle due figure giuridiche – *res communes* e *res in usu publico*<sup>95</sup> – era da individuarsi nell'appartenenza alla comunità politica dell'antica Roma; invero, «in nessun modo, era giudicato pertinente articolare la riflessione sul terreno proprietario, in quanto un rilievo preponderante era conferito alla sola dimensione dell'uso»<sup>96</sup>. La complessità delle distinzioni che si riscontrano in diritto romano – anche rispetto alla tesi, contestata, secondo la quale le *res in usu publico* sarebbero state dapprima considerate in proprietà del popolo romano e soltanto in un secondo momento sarebbero state qualificate *res nullius*<sup>97</sup> – rende ragione del notevole sforzo che Fadda ed i suoi contemporanei ebbero ad affrontare per venire a capo dei problemi di rilevanza collettiva dell'uso di beni in proprietà privata.

Nel riannodare le fila del discorso, focalizzando quindi adesso l'attenzione in tema di uso pubblico di beni privati<sup>98</sup>, la ricostruzione storica dei quali dominò le riflessioni della giurisprudenza tra la fine dell'Ottocento e inizio Novecento, dato portante è da individuarsi nella possibilità di «riferire i diritti d'uso collettivo di beni privati a qualsiasi utilità, ivi compreso il mero diletto degli utenti»<sup>99</sup>. Seguendo tale linea direttrice, non v'è dubbio che tra proprietà privata e uso pubblico ebbe a configurarsi un'intrinseca dialettica dottrinale<sup>100</sup>.

2013, 217-252; in tema, l'ampia ed articolata disamina di Albanese, *L'uso pubblico e il diritto privato. Una relazione da ripensare* cit. 550-551.

<sup>94</sup> F. Vassalli, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, in Id., *Studi giuridici* II, Milano 1960, 8.

<sup>95</sup> Il richiamo volge, per tutti, alle autorevoli riflessioni di Perlingieri, *Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni»* cit. 141 ss.; in senso critico sul concetto di destinazione all'uso pubblico A. Di Porto, *'Res in usu publico' e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino 2013, 72 ss.; E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari 2013.

<sup>96</sup> Sul punto, cfr. Albanese, *L'uso pubblico e il diritto privato* cit. 551.

<sup>97</sup> È la tesi di Filippo Vassalli, presentata nel saggio citato *retro*, nota 91; una critica molto dettagliata in G. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose* [1931]. *Con una «nota di lettura» di Filippo Gallo*, in *RDR*, 1, 2001, 38 s., ove preziose indicazioni sulla distinzione romana tra *res in publico usu* e *res in pecunia populi*. La pertinenza di tali classificazioni ad un processo di progressiva patrimonializzazione delle cose, il quale tuttavia può compiersi unicamente mediante la contestuale esclusione di talune *res*, sottratte al circuito appropriativo, fino alla formulazione, apparentemente paradossale, delle *res nullius in bonis*, è finemente indagata da Y. Thomas, *Il valore delle cose* (2002), trad. it., Macerata 2015, 23 ss.

<sup>98</sup> M.C. Cervale, *Usi civici, diritto civile e tutela del paesaggio: la nuova legge sui domini collettivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1159-1183.

<sup>99</sup> Fadda, *Servitù* cit. 53 s.

<sup>100</sup> Perlingieri, *«Funzione sociale» della proprietà e sua attualità* cit. 187 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti* III cit. 280 ss. Sulla funzio-

Le riflessioni di Carlo Fadda nel corso sulle *Servitù* a proposito di usi civici sono pertanto di estremo interesse. L'esordio è assai piano:

«Vogliamo più tosto fermare per un momento la nostra attenzione sopra alcuni diritti spettanti alla popolazione di una città, di un comune o di un centro qualunque abitato, alla quale categoria appartengono in ispecie i c.d. usi civici, che sotto forme svariate persistono ancora in varie regioni d'Italia, specialmente nelle Province meridionali e centrali»<sup>101</sup>.

Nelle pagine seguenti del *Corso*, Fadda si interroga sulle modalità attraverso le quali si possa delimitare la proprietà a vantaggio di collettività indeterminate<sup>102</sup>. Il punto focale della questione muove dal comprendere se e quanto le limitazioni di un fondo a vantaggio di collettività indeterminate<sup>103</sup>, tradizionalmente pensate come usi civici, siano o meno riconducibili piuttosto al paradigma delle servitù<sup>104</sup>:

ne sociale della proprietà cfr. E. Betti, *Funzione sociale della proprietà fondiaria*, *Quaderni INSPE*, Roma 1962, 13 ss. Nella direzione tracciata, restando in tema, si veda anche G. Carapezza Figlia, *I 'beni comuni' fra promozione della persona e funzione sociale della proprietà*, in G. Perlingieri e Id., *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche II*, Napoli 2021<sup>2</sup>, 23 ss. Ampiamente, sul punto, anche Femia, *Transsubjective Rights* cit. spec. § 5 e ss.

<sup>101</sup> Fadda *o.c.* 51, § 27.

<sup>102</sup> S. Rodotà, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, in Id., *Il diritto privato e la società moderna*, Bologna 1971, 322 ss.; P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli 1973, 190 ss. In termini generali, anche F. De Simone, *L'assegnazione delle terre incolte*, Camerino-Napoli 1982; V. Scalisi, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 237 ss., spec. 238, ove acutamente osserva che la moderna proprietà è da considerarsi quale situazione complessa e dal contenuto variabile «comprensiva non solo di poteri e di obblighi del soggetto al quale il bene appartiene, ma anche di poteri e situazioni soggettive di varia natura facenti capo a terzi non proprietari: gli uni e gli altri disposti in diversa estensione e dosaggio anche se non sempre in necessario 'rapporto', come tali individuabili solo con un procedimento a posteriori sulla base del tipo di interessi volta a volta avuti di mira e tutelati dall'ordine giuridico». Cfr. Villella, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali* cit. 77 ss.

<sup>103</sup> Femia, *Transsubjective Rights* cit. spec. § 5, ove significativamente apprendiamo che «[l']interesse nel diritto soggettivo è l'internalizzazione della razionalità sociale che ingloba quel bene nelle sue operazioni riproduttive di valori economici: la cosa detta legge, le sue utilità sono le norme che definiscono l'interesse. Per tutto questo non c'è bisogno di un ingombrante imprevedibile soggetto romantico, occorre un prosaico esecutore di una razionalità che lo trascende. Il soggetto muore, il diritto soggettivo continua, perché continua ad essere una riserva di utilità (ovvero di schemi accettati di azione razionale sociale) per chi verrà dopo, per il prossimo uomo che occuperà la sua utilità, la razionalità 'reale' (nel senso della *res*) del bene. Il diritto senza soggetto è una creazione del patrimonio come insieme delle potenzialità attribuite dal diritto oggettivo a chi possa occuparle (*das Vermögen*, lo ripetiamo: e *mögen*, verbo modale, è volere, potere, desiderare, piacere, avere voglia di)». Cfr. nota 61, § 5.

<sup>104</sup> Cfr. F. Ciccaglione, *Servitù (parte generale)*, in *Il Digesto Italiano*, XXI, (P. III, sez. I), Torino-Milano-Roma-Napoli, 1895-1902, 1 ss., ove sono delineati molteplici significati di servitù: «2. La voce servitù (*servitus*) implica, nel suo significato, il concetto di una limitazione, di

«Gli abitanti di una terra, appunto in tale loro qualità, godevano del diritto di comprendere certi atti di uso e di godimento sopra determinati beni, specialmente boschi e prati: così il diritto di legnare, di pascolare il bestiame e simili. I terreni erano o della stessa comunità (c.d. demani comunali) o del signore (demani feudali), ma potevano pure appartenere ad altra comunità e perfino a privati»<sup>105</sup>.

Nell'asserire che una collettività – tutti «gli abitati di una terra» – godevano del diritto di compiere atti di uso e di godimento sopra determinati beni, sorge un interrogativo se si tratti di uso civico, o se, addirittura, si possa parlare di una servitù. Si ritiene, allora, uso civico la possibilità di attraversare un fondo, ovviamente non recintato, di proprietà privata e che non sia atto illecito il raccogliere legna o far pascolare il bestiame. Orbene, ciò significava ritenere possibile un uso della proprietà limitato a vantaggio di collettività, sì da suscitare lo sdegno dei puristi del diritto romano, e la reazione dello stesso Brugi, il quale propendeva per concepire in modo «egoistico» un uso civico, considerando simili questioni come «un ingombro per la mente» e «cagione di dubbi per il giudice»:

«La legislazione e le dottrine su tali figure del diritto intermedio hanno dato luogo a studi e a dispute vivissime, che ancora si dibattono davanti ai nostri tribunali. I puristi del classicismo romano trattano queste figure con una certa aria di disdegno. Il nostro BRUGI, ad esempio, le considera come un ingombro per la mente dello studioso e come cagione di dubbi per il giudice. Esse presentereb-

una restrizione del diritto di proprietà su di una cosa a vantaggio e per la utilità o direttamente o indirettamente della società, ovvero a vantaggio o per l'utilità di una persona direttamente od indirettamente per via della cosa, sulla quale questa persona abbia il diritto di proprietà. In tutto ciò si scorge il concetto del servire della cosa, la cui proprietà soffre la limitazione o la restrizione, o alla utilità pubblica, ovvero alla utilità di privati»; ed ancora: «3. Presa nel senso più ristretto, la voce servitù comprende solo quelle limitazioni al diritto di proprietà, le quali abbiano per contrapposto il vantaggio di una determinata persona, o del proprietario di un fondo determinato, in modo tale che quella voce comprende nel suo significato e la limitazione al diritto di proprietà sulla cosa, e il diritto che a tale limitazione si contrappone, e quindi essa può essere adoperata e trovasi adoperata nelle varie legislazioni, ora ad indicare la limitazione, ora ad indicare il diritto che da questa limitazione scaturisce e che alla stessa corrisponde»; altresì, «4. Presa nel senso più largo la voce servitù può riferirsi anche a tutte quelle limitazioni al diritto di proprietà, le quali o siano imposte per interesse pubblico, sicché ad esse non corrisponda il diritto di una determinata persona che si avvantaggi di quella limitazione od il diritto del proprietario di un determinato fondo, ma il diritto dello Stato, come regolatore del Demanio pubblico; ovvero, pur corrispondendo ad un determinato diritto di una persona anche determinata o di una persona quale proprietaria di un dato fondo, sieno sempre imposte per utilità pubblica o sociale». Una più recente ricostruzione romanistica del concetto- nel senso della configurabilità di un interesse diffuso nel diritto romano – in R. Scevola, *Utilitas publica*, II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova 2012, 135 e ss.

<sup>105</sup> Fadda, *Servitù. Lezioni* cit. 52, § 27.



bero certe caratteristiche facoltà, che solo per il decorso del tempo avrebbero acquistato la natura di diritto reale e veramente non sarebbero che transitorie concessioni o abusi giustificabili in un falso ed egoistico sistema economico e nella generale incoltura del suolo. Come il signore vincolò le terre dei sottoposti, così la comunità degli uomini avrebbe in vari siti preteso ed affermato diritti sulle terre del signore. Altrove lo stesso BRUGI conferma che in tali usi si è raffigurato e si raffigura tuttora, erroneamente, una vera e propria servitù prediale»<sup>106</sup>.

Dalle considerazioni qui richiamate, si evince, in tutta evidenza, una posizione di diffusa riluttanza nel pensiero critico di Brugi<sup>107</sup> che, con un atteggiamento estremamente sfavorevole verso la considerazione come diritti, e soprattutto come diritti reali, di queste limitazioni della proprietà, dipana le proprie argomentazioni, muovendo dalla mancanza di un fondo dominante; giacché il fondo sul quale raccogliere legna, o sul quale ci si impegnerà a non inquinare, – ciò in chiave attualizzata e in prospettiva delle c.d. servitù ecologiche –, è il fondo servente, sul quale esiste un limite; mancherebbe, dunque, il fondo dominante, e l'identificazione dei soggetti beneficiari è molto labile, qui inquadrabile in una classe di persone, costituente una corporazione:

«Contro la qualifica di servitù si è osservato che i diritti in questione non sono connessi ad un fondo dominante, ma ad una classe di persone costituente una corporazione. Ma fu risposto, che non manca il fondo dominante, tale essendo il territorio su cui la collettività ha la sua sede. Questo concetto si estende largamente e può comprendere non solo gli usi civici tradizionali, ma tutti quei vantaggi che possono essere connessi alla qualità di abitante di una determinata città o di un determinato centro di popolazione in genere»<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> Fadda *o.c.* 53, § 27.

<sup>107</sup> Il passo cui si riferisce Fadda è senz'altro il seguente: Brugi, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali* II cit. 244 s.: ove si contesta l'idea che la servitù prediale andasse considerata come «qualcosa di vizioso e di malvagio che ha origine dall'avarizia, dalla prepotenza e dall'ambizione umana. A tal concetto si prestava una società in cui una rete di vincoli feudali e semi-feudali incatenava le terre confondendo l'impero col dominio, sommergendo la proprietà libera, mescolando agli esorbitanti diritti signorili le vere e proprie servitù reali del gius romano fraintese e incastrate a forza nei tipi giuridici d'istituzioni a questo del tutto estranee. Può dirsi che oggimai il concetto scientifico di servitù prediale si è venuto liberando degli elementi eterogenei di cui lo avevano circondato i secoli di barbarie: eppure ve ne sono alcuni che in pratica ingombrano tuttora la mente dello studioso, pongono in dubbio il giudice, presentano come servitù talune caratteristiche facoltà (ad es. di legnatico, di pascolo etc.) che solo per volger del tempo non furono che transitorie concessioni o abusi giustificabili in un falso ed egoistico sistema economico e nella generale incoltura del suolo. Infatti, come il signore vincolò le terre dei sottoposti, così la comunità degli uomini in vari siti pretese ed affermò diritti sulle terre del signore. Noi assistiamo oggi alle ultime fasi di questo fenomeno giuridico: l'aratro si avvanza uccidendo tali usi medioevali». La profezia di Brugi è oggi del tutto mancata.

<sup>108</sup> Fadda, *Servitù* cit. 53, § 27.

Fadda ammette che si tratti di servitù e, nel riconoscere la possibilità che il fondo dominante sia una collettività indeterminata di persone, porta in auge la storica sentenza della Cassazione di Roma del 9 marzo 1887<sup>109</sup>. Tale vicenda giudiziaria segna una pagina significativa per l'evoluzione della riflessione giuridica alla fine del diciannovesimo secolo, sulla categoria delle servitù di uso pubblico – o, a seconda di quale tesi si voglia condividere, dei diritti di uso pubblico –, oggetto di ampio studio da parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>110</sup>.

La controversia, che nel 1885 spinse i cittadini di Roma a dare esempio «di rispetto alle Leggi, ricorrendo con fiducia alla giustizia del paese, per essere *restituiti* nel possesso da cui si videro abusivamente spogliati»<sup>111</sup>, vide contrapporsi la famiglia dei principi Borghese e il Comune di Roma in rappresentanza degli interessi dell'intera popolazione. Nel caso di specie, il contenzioso sorse a seguito della decisione del principe Borghese di chiudere i cancelli della propria villa, avviando trattative per venderla, dopo che, per oltre due secoli, essa era stata tenuta aperta al pubblico per espressa volontà del suo fondatore. Il Comune di Roma decise di intervenire a tutela della collettività, intimando al principe di tener conto dei diritti di pubblico passaggio spettanti alla popolazione romana, suscitando quale immediata reazione il divieto di accesso, con la relativa chiusura della villa all'uso pubblico, al fine di riaffermare il dominio esclusivo del principe su di essa. Il principe fu, pertanto, citato in giudizio dall'ente comunale che lamentava la spoliazione del possesso. Dopo le pronunce di merito, la Corte di Cassazione, il 9 marzo del 1887, accolse la tesi del Comune di Roma circa il diritto d'uso pubblico da parte del popolo sulla villa Borghese. La Corte avallò in tal modo la tesi presentata dalla difesa del Comune di Roma (e del collegio fece parte Pasquale Stanislao Mancini), sintetizzata nell'efficace formula del-

<sup>109</sup> Cass. 9 marzo 1887, in *Foro it.*, 1887, spec. 401 ss., nella parte in cui si legge che: «[e] se pure fosse necessario spiegare la teorica in disamina per la storia da cui si svolge ben potrebbe dirsi che il diritto di uso pubblico su fondo privato non è un diritto di oggi ma anche tradizionale; sicchè la legislazione vigente rispecchia l'antica e se ne avvalora. [...] Bene dunque potrebbe dirsi che il diritto odierno risale e si ricongiunge a quello dell'età media, dopo cui sorse villa Borghese, alla quale ora la lite si riferisce». In tema, cfr. M. D'Amelio, *Servitù pubbliche*, in *Il Digesto Italiano*, XXI, (P. III, sez. I), Torino-Milano-Roma-Napoli, 1895-1902, 206: «La più nota controversia giudiziaria è quella relativa a Villa Borghese, fuori Porta del Popolo a Roma, tra il comune di Roma e il principe don Marcantonio Borghese. [...] Essa è la più notevole ed autorevole affermazione giudiziaria dell'esistenza dei diritti di utilità pubblica su proprietà privata, sebbene in alcuni punti questi diritti vengano confusi con i concetti di servitù prediale, e la dottrina romana, al riguardo, non sia stata fedelmente interpretata».

<sup>110</sup> Fadda *o.c.* 53, § 27, esplicito il riferimento nel testo dell'a. in nota 1; v., *supra*, nota 1.

<sup>111</sup> P.S. Mancini, *Del diritto di uso pubblico del Comune e del Popolo di Roma sulla Villa Borghese*, in *Filangieri*, 1886, 15 s. (il lavoro apparve in tre puntate, rispettivamente, 1 ss., 49 ss. e 119 ss.).

lo *ius deambulandi*, la cui sussistenza sarebbe evidente nel caso di specie. La Cassazione ebbe a specificare che tale diritto di passeggio pubblico in un fondo privato doveva essere valutato alla stregua di un «vero e proprio diritto reale»<sup>112</sup>. La celebre pronuncia esclude «la natura civilistica del diritto d'uso e ne accredita il fine di pubblica utilità, derogando alla disciplina delle servitù prediali che avrebbero richiesto la presenza di un fondo servente; inoltre, venne riconosciuta la legittimazione ad agire non solo all'ente territoriale, ma a tutta la collettività in quanto portatrice di un interesse proprio»<sup>113</sup>.

Decisive furono le considerazioni di Pasquale Stanislao Mancini, il quale reputò che nel codice civile mancasse ogni appiglio per configurare una servitù a vantaggio di una collettività indeterminata, ma, in pari tempo, asserì che il diritto in questione fosse di natura pubblica e non privata. Tale diritto reale pubblico aveva, a suo avviso, la natura di una servitù pubblica cui non sarebbero applicabili le restrizioni e i confini categoriali che definiscono la servitù privata (vale la pena di osservare, tuttavia, che tale servitù pubblica, sempre secondo la sua argomentazione, veniva ad essere tutelata con le azioni possessorie: con rimedi quindi privatistici):

«Quali sono, Signori, le conseguenze giuridiche che noi vogliamo nella Causa attuale ricavare da questa dottrina? Lo scopo dell'*utilità pubblica* sottrae alle limitazioni e proibizioni del Codice Civile, circa i modi di *acquisto* e di *esercizio*, le servitù a vantaggio non di qualche privata persona o famiglia, ma della *universalità di abitanti di un Comune*, e tanto più dobbiam dirlo della Città capitale d'Italia. Queste *Servitù* sono veri *diritti reali*; sono anzi assimilate alle servitù *prediali*. Non vi è bisogno che in esse si ricerchi il *fondo dominante*; c'è tutta l'*urbs*, l'intera città, il Comune, la borgata; ed è riconosciuto legittimo il *possesso* di tali servitù. Essendo il *possessore* molestato nell'esercizio di codesto diritto reale, non può esservi dubbio o difficoltà all'applicazione dell'articolo 694 del Codice Civile, il quale contempla ogni molestia o turbativa al legittimo

<sup>112</sup> Cass. 9 marzo 1887, in *Foro it.*, 1887, 397. L'importanza della sentenza richiamata risiede nel riconoscimento da parte del formante giurisprudenziale dell'esistenza di diritti di uso pubblico su beni altrui, sì da intendersi quali veri e propri diritti reali di godimento su beni di proprietà privata, di cui è titolare la collettività. Tali diritti presuppongono una pubblica utilità, ossia un'oggettiva idoneità del bene privato a soddisfare un'esigenza comune ad una collettività indeterminata di cittadini.

<sup>113</sup> Acutamente, in tal senso e per la bibliografia *ivi* riportata, Munari, *La servitù di passaggio tra uso pubblico e privato* cit. 736 ss.; la giurisprudenza ha inoltre riconosciuto che il diritto può comprendere qualsiasi forma di godimento «anche basata sul puro e semplice svago». Cfr., Cass. 18 marzo 1960, n. 571, in *Giust. civ.*, 1960, 1634; In tale direzione anche N. Capone, *Del diritto d'uso civico e collettivo dei beni destinati al godimento dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 4, 2016; R. Messinetti, *Beni comuni e nuovo fondamento del diritto soggettivo*, in *federalismi.it*, 2019, 2 ss.

possesso di qualunque diritto reale, come è il diritto di uso pubblico esercitato da una *universalità di abitanti sopra un privato immobile*<sup>114</sup>.

Queste conclusioni tuttavia non scoraggiarono affatto Carlo Fadda, il quale non sente affatto il bisogno di rifugiarsi in un diritto (soggettivo) reale di diritto (oggettivo) pubblico, un singolare ibrido, quale sarebbe una servitù pubblica tutelata con rimedi di diritto privato. Al contrario, egli ebbe a ribadire, in via generale, la configurabilità di un vero e proprio diritto di servitù a vantaggio di una collettività indeterminata, purché radicata in un territorio (nel caso specifico il Comune di Roma), il quale fungesse da fondo dominante<sup>115</sup>. Nel suo discorso, la necessità che la servitù sia un rapporto tra fondi viene così a collegarsi in una cornice estremamente innovativa, nella quale la materialità del fondo appariva poco più di un semplice sostrato. In questo Fadda si rivela profondamente sensibile al movimento che proprio negli stessi anni si animava intorno alla non patrimonialità dell'interesse nelle obbligazioni, movimento nel quale anche in questo caso era ben presente l'opera di Kohler<sup>116</sup>.

Nuove esigenze sociali<sup>117</sup> e nuovi bisogni ideali arricchivano l'ambito dell'interesse giuridicamente meritevole di tutela: e ben si comprende come l'argomentazione di Fadda ancora una volta sia sostanzialmente di tipo funzionale. All'obiezione secondo la quale ammettere il diritto reale di passeggiare per godere le amenità del parco in proprietà privata altrui equivarrebbe a consentire a chiunque di accedere in una casa privata per ammirarne i quadri esposti, Fadda replica seccamente, parlando esplicitamente di «*bisogni*»:

«Io credo che queste obiezioni non abbiano saldo fondamento. Non bisogna commisurare il vantaggio di una città con quello di una casa qualunque. Quel che per una casa privata non ha importanza reale, l'ha per un centro di popolazione.

<sup>114</sup> Mancini, *Del diritto di uso pubblico del Comune e del Popolo di Roma* cit. 59, corsivi originali.

<sup>115</sup> La posizione di Mancini era invece differente: egli ravvisa inutile andare in cerca di un fondo dominante, quando «una intera popolazione, forestieri o indigeni poco importa, ha l'esercizio di questo diritto, usandone in proprio vantaggio»: Mancini *o.c.* 50.

<sup>116</sup> J. Kohler, *Das Obligationsinteresse*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 12, 1897, 2 ss.

<sup>117</sup> Altri, riflettendo sul medesimo problema, si collocava su posizioni più vicine a Mancini. «Esiste un diritto di uso pubblico largamente esercitato, ed è quello vantato dalle popolazioni su cappelle ed oratori privati, specialmente nei villaggi, per ascoltarvi messa ed assistere ad altre funzioni nei dì festivi. È uno dei diritti che vanta, fra gli altri, il popolo romano su Villa Borghese, per la chiesa in essa esistente. Il pubblico può essere ammesso ad intervenire alle funzioni o per concessione del proprietario, o per diritto quesito. La giurisprudenza ha lungamente esaminato se per tal modo la cappella od oratorio privato diventi un bene d'uso pubblico, di cui all'art. 556 Cod. civ. In grande maggioranza è per la negativa. Altra però è la questione riguardante la proprietà della chiesa, la quale resta privata; altra il diritto d'uso pubblico, che vi acquista il popolo»: D'Amelio, *Servitù pubbliche* cit. 210.

Bisogna por mente che una collettività territoriale ha bisogni derivanti appunto dalla sua particolare natura e mano a mano crescenti e mutanti a stregua delle condizioni di civiltà. Una città non ha solo bisogno di acquedotto, di fognatura, di viabilità, ma il suo soggiorno e la sua appartenenza ad essa tanto più diventano pregiati quanto più vantaggiosi si presentano dal lato igienico, intellettuale, artistico e così via. Le grandi passeggiate, i prati, i giardini, i boschi che per il privato sono delicatezze e divertimento, sono di somma utilità per un centro di popolazione. E così dicasi di quanto può giovare al godimento intellettuale: del diritto di visitare musei, gallerie e simili. La città che gode di tali vantaggi acquista rinomanze e il suo soggiorno attira. *Non solo quindi i vantaggi degli antichi usi civici, ma tutte queste particolari prerogative di una città sopra certi stabili possono connettersi all'urbs come la servitù al fondo dominante*<sup>118</sup>.

Si tratta, certamente, di un fondo dominante idealizzato: il territorio sul quale la collettività ha la sua sede. L'autore adopera un'espressione non tecnica, discorre, invero, di "collettività territoriale", di una servitù a ben vedere senza fondo e senza soggetto, su un bene puramente ideale, privo di un reale substrato materiale. «Una collettività naturale ha *bisogni*»: emerge, dunque, un bisogno non individuale, ma della città, riferimento questo che ci consente di ravvisare un primo inizio di un pensiero urbanistico. Lo scorcio evidenziato nel testo è significativo. Invero, Fadda pone espressamente il tema della utilità, contenuto della servitù prediale, con riferimento alle esigenze urbane, estetiche e culturali. Pur non essendovi la cosa, ben si ravvisa il bene, il punto di riferimento oggettivo di un valore giuridico che si identifica nel servizio, di qui l'utilità della collettività. Sembra, dunque, potersi sostenere che il fondo dominante sia, forse di là dalle intenzioni esplicite dell'autore, un bene immateriale.

Il compimento della riflessione sulla servitù quale criterio giuridico di realizzazione di un uso ragionevole dei suoli<sup>119</sup> si coglie nelle pagine dedicate alle servitù reciproche. Non solo le amenità, ma la ragionevole composizione dei rapporti tra fondi destinati ad uso abitativo, in una sorta di programmazione urbanistica realizzata per via di autonomia privata: la limitazione corrispettiva della proprietà, ancora una volta per interessi che vanno ben al di là della figura del proprietario, mediante servitù reciproca, una reciproca razionalizzazione di molteplici proprietà:

<sup>118</sup> Fadda *o.c.* 54 (corsivo finale aggiunto).

<sup>119</sup> Sulla ragionevolezza, fondamentale, G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015, 125 ss. (ove particolare attenzione al rapporto tra ragionevolezza ed equità); Id., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716 ss. in questa direzione si veda anche Id., *Legge, giudizio e diritto civile*, in *Annali SISDiC*, 2018, 63 ss.

«Che vi debba essere un fondo dominante e uno servente è portato essenziale del concetto di servitù. Ma se nella figura semplice della servitù bastano questi due termini, nulla vieta che il rapporto si complichino e che non solo vi sia la possibilità di più fondi dominanti o serventi, ma anche che vari fondi si trovino in un reciproco stato di asservimento. Suole accadere che le limitazioni portate dalla legge alla libera esplicazione del diritto di un fondo per il vantaggio di un altro fondo, presentino appunto questo carattere di reciprocità»<sup>120</sup>.

La *reciprocità* non è altro che una sorta di socializzazione urbana realizzata per mezzo di atti costitutivi di rapporti giuridici di servitù in relazione sinallagmatica tra di loro<sup>121</sup>. Perché, se ogni proprietà è contemporaneamente fondo servente e fondo dominante, tale relazionalità, guardata globalmente, rappresenta un modo, dati i tempi, efficiente di organizzare il regime di valorizzazione di beni immobili con efficacia per i terzi. In definitiva, per Fadda la servitù giunge a configurarsi come strumento di pianificazione urbanistica, di razionale organizzazione territoriale. Da questo angolo visuale non può certo revocarsi in dubbio il portato innovativo del suo pensare, in avversione a visioni tipicamente ottocentesche, improntate alla signoria assoluta del *dominus*.

Rievocata questa significativa, e inspiegabilmente poco frequentata, vicenda storica in tema di servitù, diviene evidente che il tema si intersechi con ulteriori profili la trattazione dei quali richiederebbe uno spazio di indagine ben maggiore. Si trae, da queste controversie del passato, conferma della relatività e storicità delle categorie civilistiche<sup>122</sup> e risulta viepiù necessario l'approfondimento

<sup>120</sup> Fadda *o.c.*, 59, § 31. Nella dottrina sul codice vigente cfr. M. Comporti, *Servitù private e normativa urbanistica*, in *Riv. giur. ed.* II, 1968, 271 ss.; P. Vitucci, *Servitù prediali, piani di lottizzazione privati, edilizia convenzionata*, in M. Costantino (a c. di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano 1978, 743 e ss.; più ampiamente sull'intera questione: U. Stefini, *Contratti costitutivi di superficie, enfiteusi, usufrutto, uso e abitazione*, cap. VIII - *Contratti costitutivi di servitù*, in V. Roppo (a c. di), *Cessione e uso di beni*, in *Trattato dei contratti*, Milano 2014, 1365 ss.

<sup>121</sup> Sulle servitù reciproche cfr. Cass. civ., Sez. II, 9 ottobre 1998, n. 9997; G. Grosso, *Servitù e obbligazioni propter rem*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1939, 213 ss.; B. Biondi, *Servitù reciproche e limite legale trasfuso in servitù volontaria*, in *Giur. it.*, I.1, 1956, 888; Id., *Trasformazione di limiti legali del dominio in servitù volontaria*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 56.; più di recente A. Fusaro, *Le modificazioni convenzionali al contenuto della proprietà e dei diritti reali di godimento e garanzia*, in AA. Vv., *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali. Atti del Convegno Firenze, 8 maggio 2015*, Milano 2015, 73 ss.

<sup>122</sup> Nell'ampio dibattito: Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit. 4 ss.; G. Perlingieri, *Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle categorie*, in AA. Vv., *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli 2005, 543 ss.; P. Perlingieri, *Lo studio del diritto e la storia*, in *Ann. Fac. econ. Benevento*, 11, Napoli 2006, 127 ss. (ora in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori* cit. 537 ss.); F. Macario,



degli studi storici nella costruzione del diritto positivo, per il superamento di barriere dogmatiche che, in ossequio alla tradizione, rendono difficili la comprensione dei problemi del presente.

Più che mai attuali, nello spirito della suddetta relatività, le considerazioni che sul finire dell'Ottocento Federico Ciccaglione premetteva ad un suo lavoro sulla teoria generale delle servitù:

«Il concetto della servitù è intimamente connesso al concetto della proprietà, e più specialmente della proprietà fondiaria, in quanto qualunque trasformazione che possa subire il concetto della proprietà nel corso della storia, sotto l'influenza vuoi di trasformazioni nella costituzione sociale di un popolo, vuoi di nuove concezioni giuridiche, non può non influire sul concetto delle servitù, adoperata questa parola nel senso il più largo, e cioè di limitazioni al diritto di proprietà. Noi quindi dovendo discorrere in generale di queste servitù e nella storia del nostro diritto, e nel diritto vigente, saremo in certo qual modo tratti a continuamente raffrontare nel corso del lavoro tra loro i due concetti, senza di che tutto ciò che andremo dicendo intorno alla servitù, vuoi nel cenno storico, vuoi nel diritto attuale, riuscirebbe non meno oscuro che incompleto»<sup>123</sup>.

Le suggestioni offerte dallo studio del pensiero giuridico di uno dei più autorevoli Maestri del Novecento e da una capillare disamina delle sue opere, inducono ad una considerazione conclusiva. Sia pure nella sintesi di una formula, si potrebbe sostenere che l'Ottocento si apre con l'identificazione tra proprietà e proprietario, con l'assolutizzazione del *dominium*, quale sfera di sovranità del titolare nell'uso dei beni, e si chiude in Fadda con una profonda riflessione cri-

*«Recuperare l'invisibile». Una rilettura sulla storicità del diritto civile (leggendo «La solitudine dello storico del diritto», di Pio Caroni), in Riv. dir. civ. I, 2011, 195 ss.; P. Grossi, Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva «Introduzione allo studio del diritto romano» di Riccardo Orestano), in Quad. fiorentini, 17, 1988, 533 ss.; G. Alpa, Riccardo Orestano e la storicità del pensiero giuridico, in BIDR. 8, 2018, 1 ss.*

<sup>123</sup> Cfr. F. Ciccaglione, *Servitù (parte generale)*, in *Il Digesto Italiano*, XXI, (P. III, sez. I), Torino-Milano-Roma-Napoli 1895-1902, 1 ss. Singolare la vicenda di questo storico del diritto, laureato a Napoli. Nel corso del Novecento i suoi lavori furono considerati non sempre in modo benevolo [cfr. M. Caravale, *Ciccaglione, Federico*, in *Dizionario Biografico degli Italiani* XXV, 1981, online], ma non sono mancati riconoscimenti: «egli ha data ampia prova di essere storiografo e giurista completo. Come storiografo, egli ha sempre dimostrato in ogni suo lavoro, dai più esigui ai più vasti, di saper egregiamente congiungere l'erudizione più raffinata a quella fantasia ricostruttiva ed a quella capacità di sintesi generate, senza di cui non si fa e non si può fare una vera storiografia. Come giurista, egli ha del pari fornito la prova di possedere una profonda preparazione dogmatica assai bene armonizzantesi con una acuta capacità esegetica ed una viva sensibilità dei fenomeni sociali e, in particolare, dei fenomeni economici, che formano il substrato di ogni manifestazione ed evoluzione giuridica» (A. Guarino, *Federico Ciccaglione e Riniero Zeno*, in Id., *Pagine romanistiche* cit. 128 s.).

tica intorno alle servitù su fondi *nullius*, come rapporti giuridici senza soggetto, che non si estinguono in virtù di una considerazione obiettiva della funzione della situazione soggettiva reale. Il Novecento, infine, si apre nuovamente con Fadda che, portando avanti con coerenza il progetto di revisione critica del diritto delle servitù nel secondo decennio del secolo, elabora una moderna teoria civilistica, giungendo alla considerazione delle servitù a vantaggio di collettività indeterminata. La funzione giustificatrice della situazione soggettiva reale e la conformazione dei poteri del proprietario che ne consegue sono ispirate ad una nuova meritevolezza di tutela di bisogni ideali. Quella che agli inizi del Novecento era delicata sensibilità costituzionale diviene, nella seconda metà del secolo un imperativo costituzionale, fondato nella assiologia della legalità. Non sembra un caso che il “secolo breve” si chiuda con una sentenza della Corte costituzionale che riconosce alla disciplina della servitù la funzione di promozione della persona umana<sup>124</sup>.

Vincenza Conte  
Università Vanvitelli  
vincenza.conte@unicampania.it

<sup>124</sup> Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, con nota di P. Perlingieri, *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 688 ss.; G. Carapezza Figlia, *Servitù coattiva di passaggio e interessi essenziali delle persone disabili* (Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167), in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia, *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche II*, Napoli 2021<sup>2</sup>, 279 ss. Sviluppi più recenti acutamente indagati da F.G. Viterbo, *Sulla legalità costituzionale dei limiti alle innovazioni dirette all'abbattimento delle barriere architettoniche in un edificio condominiale*, in *Judicium*, 2018 online. La sentenza sulla servitù può essere considerata un modo con il quale il secolo prende congedo, raccogliendo le autorevoli riflessioni sulla persona umana quale «valore fondante dell'ordinamento» di P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli 1972, 12 ss., ora in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli 2005, spec. 5 ss.; Id. e P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli 2004, 72 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti cit.* 3 ss.; N. Lipari, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 416 ss.; C. Perlingieri, *Enti e diritti della persona*, Napoli 2008, spec. 17-27. Sul punto, ancora, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2017.