

Massimiliano Vinci

## Frammentazione del territorio e incidenza della volontà umana

### Il giurista romano garante del valore dell'integrità del paesaggio

#### Abstract

*In contrast to a positivist conception that considers the objective elements of its topographical location to be absolutely prevalent for the identification of a real estate, the Roman legal sources present a more articulated picture, in which the voluntas, affectio and constitutio of the dominus play a fundamental role in the subjective distinction between locus and fundus. In any case, a merely patrimonial perspective appears extraneous to Roman jurist's thinking. On the contrary, emerges the full awareness of a special juridical relationship of man with the territory.*

#### Keywords

*Roman Law, Locus, Fundus, Vermögensrecht, Landscape's Integrity*

Received: 18/02/2024

Approved: 01/08/2024

Editing by: Ermelinda Rodilosso

© 2024 The Author. Open Access published under the terms of the CC-BY-4.0.  
vinci@juris.uniroma2.it (Università di Roma Tor Vergata)

1. *Introduzione: il rigore concettuale e l'astrattezza dommatica di Franz Wieacker*

Franz Wieacker – illustre romanista e civilista tedesco, dalla lunghissima carriera accademica – in un suo contributo dal titolo *Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung* (“Concetto di ‘cosa’, unitarietà della ‘cosa’ e classificazione della ‘cosa’”), apparso nell’*Archiv für die civilistische Praxis* (“Archivio per l’attività forense civilistica”) del 1943, esordiva con una asserzione fortemente suggestiva e parimenti densa di implicazioni dommatiche: “Der Gegenstand dieses Referates ist die Gliederung der gegenständlichen Welt in ihrer vermögensrechtlichen Bedeutung”, alla quale faceva eco, quale corollario, la definizione secondo la quale “Gegenstände sind alle Objekte der natürlichen Welt, die vermögenswert sind und individualisiert werden können” (Wieacker 1943: 55, 66)<sup>1</sup>. La solennità delle affermazioni, e la finalità generale degli obiettivi indicati, credo che trasmettano a un lettore (e in particolare, a un giurista) di oggi – che si trova a vivere in un momento storico dai contorni e dalle prospettive fin troppo indefinite e incerte – un senso di ammirazione o, se si vuole, di stupore (ma, al contempo, anche di “estraneità”) rispetto a un pensiero dalle potenzialità così grandiose, da avere davanti a sé orizzonti concettuali paragonabili a quello di un “novello Adamo”. Il riferimento (naturalmente iperbolico e bisognoso dei dovuti adattamenti alla materia qui trattata) è, ovviamente, alla Genesi: “Allora il Signore Dio plasmò dal suolo ogni sorta di bestie selvatiche e tutti gli uccelli del cielo e li condusse all’uomo, per vedere come li avrebbe chiamati: in qualunque modo l’uomo avesse chiamato ognuno degli esseri viventi, quello doveva essere il suo nome. [...] Così l’uomo impose nomi a tutto il bestiame, a tutti gli uccelli del cielo e a tutte le bestie selvatiche, ma l’uomo non trovò un aiuto che gli fosse simile” (Gen. 2.19-20). Naturalmente, si prescinde in questa sede da valutazioni morali a posteriori sull’ideologia che, assai verosimilmente, sarebbe stata sottintesa a quella impostazione; si affida, quindi, alla sensibilità del lettore la valutazione della riconduzione – più o meno marcata – delle affermazioni di Wieacker al sostrato politico-ideologico, all’interno del quale quelle venivano espresse. Pur con questa doverosa (e sincera) premessa, per le specifiche finalità di questo, pur sommario, intervento, si rivelano comunque

<sup>1</sup> “L’oggetto di questa relazione è la classificazione della realtà materiale nella sua accezione patrimoniale”; “beni sono tutti gli oggetti della realtà naturale che hanno un valore patrimoniale e che possano essere individuati”.

di particolare interesse i due elementi che, nell'ottica sopra richiamata, caratterizzerebbero la nozione stessa di *Grundstück* (terreno).

Il primo di essi mette in luce l'impossibilità dell'identificazione di un fondo con la semplicistica qualificazione di bene immobile, quanto, piuttosto, con l'assai più circoscritta enunciazione in base alla quale esso consisterebbe in una "abgegrenzte und durch die Landvermessung individualisierte Teilflächen des Bodenraums" (Wieacker 1943: 65)<sup>2</sup>. Il terreno, allora, indicato in maniera univoca, deve trovare altrettanto univoca collocazione nel proprio *Grundblatt* (foglio [del registro] immobiliare) dove, altresì, sarà precisamente riportata la *Grenzbeschreibung* (descrizione dei confini). L'obbligatorietà di quegli adempimenti formali si rivela, infine, di estremo rilievo, allorché, proprio attraverso essi, Wieacker identifica l'"ausschließliche Anknüpfungspunkt für die Privatrechtsverhältnisse am Grundstück" (Wieacker 1943: 65)<sup>3</sup>.

Il secondo elemento si incentra su quell'aspetto patrimoniale – appena sopra richiamato – in base al quale il fondo "dem einzelnen Volksgenossen zur eigenen Nutzung durch Anbau, Bergbau, Wohnung oder gewerblichen Betrieb zugewiesen ist"<sup>4</sup> (Wieacker 1943: 67) e si coordina con l'affermazione che enuncia come "der richtige systematische Ort der Bestimmungen über das Grundstück ist derjenige Abschnitt der Vermögensordnung ('Sachenrecht'), der [...] die Grundstückrechte zum Gegenstande hat"<sup>5</sup> (Wieacker 1943: 70).

<sup>2</sup> "particella delimitata del terreno, individuata attraverso la tecnica dell'agrimensura".

<sup>3</sup> "l'esclusivo punto di collegamento per il rapporto giuridico privato sul terreno".

<sup>4</sup> "è assegnato al singolo membro della comunità del popolo per il suo utilizzo individuale, attraverso la coltivazione, lo sfruttamento minerario, l'abitazione o l'attività industriale". Lo stesso Autore, poi, sembra limitare le sue affermazioni quando, in nota, precisa la superfluità di una "einheitliche wirtschaftliche Nutzung" ("utilizzo economico in maniera unitaria") relativamente al ristretto ambito della definizione del tecnico *Grundstücksbegriff* (definizione di terreno). L'astratto requisito dell'unitarietà della funzione economico-patrimoniale del fondo è, infatti, demandata da Wieacker ad una "Einstellung des Gesetzes zu den Aufgaben des deutschen Bodens" ("atto di indirizzo legislativo circa le destinazioni [d'uso] del territorio tedesco") che, si potrebbe presumere, avrebbe ipoteticamente assunto i contorni di un generale piano di sviluppo delle politiche agricole, nel quadro delle complessive finalità regolamentari del regime hitleriano (Wieacker 1943: 68, nt. 12). Va comunque rilevato l'impiego di un termine (*Volksgenosse*) di chiara matrice nazionalsocialista (cfr. il primo libro del *Volksgesetzbuch*, intitolato, appunto *Der Volksgenosse*).

<sup>5</sup> "La corretta collocazione sistematica della disciplina giuridica sul terreno è nella stessa sezione della regolamentazione del patrimonio ('diritto reale') che ha come oggetto i diritti sul terreno".

È evidente come l'interazione, che si viene a creare tra questi due profili, dia origine a un concetto (inteso quale *Rechtsbegriff*) rigidamente fissato, dove il requisito del rispetto di taluni requisiti formali si salda con la necessità di un'altrettanto predefinita funzione economica a quello attribuita. Il risultato della convergenza sopra descritta tenderebbe a fornire all'operatore del diritto delle coordinate che gli permettano di individuare univocamente – rispetto al resto dello spazio naturale – il fondo e, al contempo, attribuiscono a quest'ultimo l'indispensabile individualità per renderlo oggetto di rapporti giuridici patrimoniali.

Una concezione, dunque, imposta dall'alto e orientata al conseguimento di un'assoluta uniformità di disciplina, di modo che il valore della "certezza del diritto", che l'ordinamento perseguirebbe nell'ambito fondiario, sarebbe stato raggiunto attraverso la rigorosa applicazione di quei parametri. Forse (ma, in fondo, poi, senza neppure eccessive esagerazioni) il titolo del saggio di Wieacker potrebbe essere anche interpretato come un *climax* ascendente: la sequenza "Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung" lascerebbe, cioè, intendere i "passaggi" – "gradini" (dommatici e di carattere applicativo) che si renderebbero necessari per le finalità sopra indicate.

In questo senso, appare comunque significativo anche riportare – quasi a complemento e, comunque, per dar conto del clima culturale che doveva essere comune in quel periodo – una considerazione espressa da un giurista austriaco in un periodo pressoché coincidente con quello in cui Wieacker delineava la sua "teoria", appena sopra descritta, sebbene per *summa capita*. Il riferimento è a un denso lavoro di Artur Steinwenter, *Fundus cum instrumento* che, come sottotitolo, recava la dicitura "Eine agrar – und rechtsgeschichtliche Studie" ("Uno studio di diritto agrario e di storia del diritto"), apparso nel 1942.

Nel contesto di un'accurata analisi storico-lessicale del segno "fundus", neppure la sensibilità verso un approccio storico-giuridico al problema impediva all'Autore di osservare come "Sowenig wie heute ein Bauernhof oder ein Landgut, war auch der römische *fundus* ein totes Grundstück, das in keiner inneren Beziehung zu dem auf ihm geführten landwirtschaftlichen Betrieb stand" (Steinwenter 1942: 11)<sup>6</sup>. Di qui, il parallelismo, inevitabile anche nei riferimenti concettuali, tra *Einzelhof* (singola particella agricola) da un lato e il requisito dell'*Einheit* (unitarie-

<sup>6</sup> "Altrettanto quanto oggi una tenuta agricola o proprietà terriera, anche il *fundus* romano era un terreno 'morto', che non presentava nessuna correlazione strutturale rispetto all'utilizzazione economica che su di esso aveva luogo".

tà) dall'altro: la fusione tra individuazione/individuabilità e unitarietà (valutate quasi come monadi del tutto autonome) appariva, dunque, imprescindibile anche in riferimento a uno studio prettamente storico-giuridico, che non si proponeva proiezioni della disciplina del passato nel presente e neppure guardava a ipotesi *de iure condendo*.

Un'analisi, parimenti terminologica, ma dagli esiti assai differenti, era stata svolta – quasi sessant'anni prima – da Fustel De Coulanges, che poneva l'accento sul fatto che il nome dato al fondo ne avrebbe costituito “una specie di personalità, e ne fece un organismo a sé, completo e distinto da ciò che ad esso non apparteneva, e bene individuato [...]. Con la persistenza del nome, l'unità del *fundus* si conservava attraverso le generazioni. Il cambiamento di fortuna del proprietario non vi mutava quasi nulla. Nel caso egli si arricchisse con l'acquisto del podere vicino, il suo non s'ingrandiva per questo: l'uomo diveniva proprietario di due poteri, che restavano separati l'uno dall'altro” (De Coulanges 1905: 669).

È, dunque, la (sovra)struttura concettuale in sé che finisce per accomunare le due prospettive e mette sullo stesso piano costruzioni teoriche e analisi storiche delle fonti.

2. *L'utilizzo definitorio di Ulpiano da parte dei giustinianeî: Ulp. 69 ad ed. [L.1537] D. 50,16,60 manifesta l'oscillazione tra la concezione del fundus come integrum aliquid e l'influenza determinante dell'opinio, della constitutio e dell'affectio del dominus*

Un brano di Ulpiano tratto dal libro sessantanovesimo dei suoi commentari all'Editto può aiutare a gettar luce e a (ri)mettere in discussione una concezione del *fundus* molto distante da quella adamantina ma – si consenta il facile *calembour* – “immobile”, alla quale sopra si è fatto riferimento. Qui, naturalmente, non si intende procedere ad una storicamente assurda comparazione strutturale fra le due ma, molto più limitatamente, soffermarsi a verificare le differenze funzionali (sia in senso economico che giuridico) che il dettato ulpiano lascia trasparire e delle quali esso finisce per rappresentare un interessante condensato.

Conviene, dunque, concentrarsi innanzitutto sul testo, tramandatoci nei *Digesta* di Giustiniano in una particolare posizione strategica. Per questo, come si chiarirà appena sotto, sembra opportuno leggere il passo nella complessiva ricostruzione palinogenetica del frammento, seguendo la proposta di Otto Lenel nella sua *Palinogenesia Iuris Civilis*

(1899) e indicando, fra parentesi tonde, i luoghi nei quali il brano è stato ricollocato dai commissari giustiniani:

[L.1537] *Ulp. 69 ad ed.*

(D. 50.16.60) *“Locus” non est fundus, sed portio aliqua fundi: “fundus” autem integrum aliquid est. et plerumque sine villa “locum” accipimus: ceterum adeo opinio nostra et constitutio locum a fundum separat, ut et modicus locus fundus dici, si fundi animo eum habuimus. non etiam magnitudo locum a fundum separat, sed nostra affectio: et quaelibet portio fundi poterit fundus dici, si iam hoc constituerimus. nec non et fundus locus constitui potest: nam si eum alii adiunxerimus fundo, locus fundi efficietur. 1 Loci appellationem non solum ad rustica, vel etiam ad urbana quoque praedia pertinere Labeo scribit. 2 Sed fundus quidem habet suos fines, locus vero latere potest, quatenus determinetur et definiatur<sup>7</sup>.*

(D.43.17.1.7-8) *Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat. 8 Hoc interdictum in omnibus etiam possessionibus, qui sunt soli, sine dubio locum habebit, dummodo possideri possit<sup>8</sup>.*

La ricostruzione del contesto originario in cui il dettato ulpiano era inserito permette di valutarne – anche se con le limitate finalità della prospettiva che si sta qui affrontando – l’inequivoco riferimento all’*interdictum uti possidetis*. Il senso di quelle affermazioni, cioè, va ricondotto nel più ampio quadro del problema dei limiti all’ambito di applicazione di quello strumento processuale d’emergenza, volto al man-

<sup>7</sup> “‘Luogo’ non è fondo, ma una qualche porzione di fondo: ‘fondo’, invero, è qualcosa di integro. E per lo più intendiamo ‘luogo’ <il terreno> anche senza villa rustica: del resto, a tal punto la nostra intenzione determinante distingue il luogo dal fondo, che anche un luogo di modeste dimensioni può essere inteso come fondo, se l’abbiamo posseduto con lo <stesso> animo <col quale avremmo posseduto> un fondo. Non solo l’estensione distingue il luogo dal fondo, ma la nostra sensibilità: e si potrà intendere come fondo qualsiasi porzione del fondo, se precedentemente abbiamo determinato in tal senso. E, specularmente, si può determinare che un fondo <diventi> un luogo: infatti se l’avremo aggiunto ad un fondo di un altro, esso sarà reso luogo di un fondo. 1. Labeone scrive che la qualifica di ‘luogo’ compete non solo ai terreni rustici, ma anche a quelli urbani. 2. Il fondo, poi, ha però i suoi propri confini, il luogo, invero, può estendersi fintanto che non sia determinato e definito”.

<sup>8</sup> “Questo interdetto <che contiene le parole ‘come possedete’> ha luogo sia quando qualcuno affermi di possedere tutto il fondo, sia una porzione determinata, sia pro indiviso. 8. Questo interdetto ha luogo, senza dubbio, anche per tutti gli immobili che ineriscono al suolo <e che possono essere posseduti>, purché ne sia <giuridicamente> possibile il possesso”.

tenimento dello *status quo* nei rapporti possessori su beni immobili controversi e teso ad evitare che un conflitto sul possesso potesse sfociare in atti di violenza (*vim fieri veto*; Labruna 1971: 89 ss.; Id. 1986: 47 ss.; Falcone 1996: 47 ss.).

In questo quadro, si può ipotizzare che Ulpiano stesse commentando, in forma lemmatica, i singoli *verba* edittali, probabilmente in una versione assai vicina alla redazione tramandata da Festo s.v. *Possessio* 260.35 (Lindsay 1913): “*Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim vieri veto*”<sup>9</sup>.

Rispetto, infatti, al comando del pretore (posto in essere in forza del suo *imperium*) si rivela essenziale determinarne l’esatta portata, al fine di circoscriverne – con la migliore accuratezza possibile – i limiti spaziali di intervento. Con questo obiettivo, dunque, il giurista si avvicina alla formula edittale e ne interpreta, in primo luogo, l’elemento materiale, sul quale si incentra la disposizione; in una parola: il concetto stesso di *fundus*. Ma, come già traspare da una prima lettura, Ulpiano impiega una tecnica definitoria che si muove su più piani: innanzitutto attraverso la contrapposizione (che, però, viene comunque più tardi sciolta attraverso il ricorso alla *opinio* e alla *constitutio*; poi, ancora, all’*affectio*, v. *infra* in questo §) tra *locus* e *fundus*; in seguito introducendo la nozione di *portio* quale elemento “intermedio” tra i due o, forse meglio, come “unità territoriale” senza particolari connotazioni giuridiche, valida solo come strumento di passaggio da un punto all’altro della dicotomia (Maganzani 1997: 146 ss.; Vinci 2004: 432 ss.; Behrends 1974: 179).

Ecco, però, come l’approccio definitorio ulpiano – che pure aveva una concreta e circoscritta ragione esegetica in relazione all’analisi della possibilità della concessione e dell’applicazione dell’interdetto – viene dai giustinianeî reso, invece, universalmente valido e vincolante, come criterio interpretativo per qualsiasi “settore” del diritto, proprio attraverso il suo inserimento nel titolo D. 50,16 *De verborum significatione* di loro autonoma creazione: non rispondente, cioè, a un precedente impiego nella struttura edittale alla quale, invece, i *Digesta*, in linea di massima, si conformano.

In una lettura giustinianeocentrica, dunque, si attribuisce al passo la funzione generale di orientamento e di classificazione, attraverso lo

<sup>9</sup> “Che voi possediate così – come ora lo possedete – quel fondo del quale si tratta, che possedete l’uno nei confronti dell’altro senza violenza, né di nascosto, né a titolo di precario. Rispetto a ciò che ho stabilito, vieto sia fatta violenza”.

strumento – di comune impiego in fase di redazione dei *Digesta* – della asportazione del brano dalla sua collocazione originaria e del suo riposizionamento nella sede prescelta; operazione qui, però, tanto più rilevante, quanto più la sede finale è proprio il titolo strategico di D. 50,16.

Il risultato è quello di una sorta di “glossario” normativo che presenta all’interprete una griglia concettuale alla luce della quale intendere i termini presenti nell’intera opera dei *Digesta* e, qui, per i nostri interessi, quelli di *fundus* e di *locus*.

Su questo crinale, infatti, poggia l’equilibrio tra l’identificazione del *fundus* come *aliquid integrum* e le potenzialità modificative della *opinio nostra et constitutio* (da leggersi fondamentalmente con valore di endiadi) e dell’ *affectio*. Si spiega, così, come, per una lettura ancora rigidamente legata a schemi positivistici di (pre)determinazione – in senso assoluto – degli elementi di individuazione spaziali del fondo, tutto ciò che non fosse rientrato in quel modello, non si sarebbe potuto giudicare se non come un’alterazione postclassico/giustiniana, che si sarebbe contrapposta all’unico, genuino “parametro” dell’*aliquid integrum*: vale a dire, la “vera” definizione di *fundus*.

Il passo, invece, offre una dinamica molto più articolata di quanto emergerebbe da quella semplicistica contrapposizione. In questo senso, anche la prima (apparentemente netta) antitesi tra *locus* e *fundus*, fondata sulla differenza tra *portio fundi* (e quindi frazione) e *integrum aliquid* (e quindi unitarietà) trova il suo contrappunto nel § 2 dove viene riproposta (con un evidente chiasmo) nei diversi termini di *suos habet fines* per il *fundus* e *latere potest quatenus determinetur et definiatur* per il *locus*. In questa seconda variante espositiva, cioè, la bipartizione viene riprodotta comunque su un piano oggettivo, al pari del *pr.*; la differenza sta solo nell’immediatezza dell’individuazione del *fundus* e nella definizione mediata dell’estensione *locus*. Laddove il primo ha confini “predeterminati” (o, se si vuole, artificialmente determinati dall’uomo e, quindi – almeno teoricamente – immediatamente verificabili dai terzi), il secondo assume come propri confini taluni elementi naturali che, talvolta, possano modificarsi col tempo e, di conseguenza, incidere sulla determinazione stessa del *locus*.

In ogni caso, la realtà che le fonti giurisprudenziali romane ci restituiscono è molto più variegata dello stesso articolato dettato di D. 50,16,60 (peraltro piegato a finalità definitorie dai giustiniani), e le potenzialità modificatorie, che la volontà del *dominus* riveste nella concreta determinazione del *fundus* e delle modalità della sua circolazione, sono testi-

moniate da una numerosa serie di passi dei quali, selezionati solamente un paio a mo' di esempio, ci si occuperà nei paragrafi seguenti.

3. *Alcuni esempi della rilevanza della volontà del dominus in tema di instrumentum fundi e di servitù prediali: limiti alla pervasività della confusio (intesa come indistinguibilità giuridica dei fondi confinanti appartenenti alla stessa persona) ed inconciliabilità con il cd. "Vermögensrecht"*

In questo senso, si possono discutere (seppur brevemente) alcuni passi della giurisprudenza tardo repubblicana – in tema di *instrumentum fundi* e di servitù prediali – in cui appare come il giurista medi tra una realtà apparentemente oggettiva da un lato e la (libera) volontà del disponente dall'altro. Quest'opera di mediazione si traduce nella ricerca, in concreto, di un punto di equilibrio, che non trascura nessuno dei due profili appena sopra indicati ma, al contrario, li riconduce entrambi nell'alveo della coerenza complessiva del sistema, sciogliendo la tensione che li contrappone, attraverso la valutazione della specificità della fattispecie dalla quale essi traspaiono come manifestazione di definiti interessi contrastanti.

E viene, quindi, da domandarsi: fino a che punto la moderna proiezione della categoria del diritto soggettivo – nel nostro caso del diritto di proprietà, intesa come "diritto soggettivo patrimoniale" (Mantello 2012: 7-10) – ha contribuito a indurre gli esegeti a interpretare le fonti, sostituendo al rapporto concreto dell'uomo con le *res* (Grosso 1944: 92-3; Id. 2001), il concetto generale e astratto di *Vermögen* (patrimonio)?

Le conseguenze si notano limpidamente nel pensiero di Paul Kretzschmar che, giusto alle soglie del XX sec., definiva quel concetto come "ein Komplex von Rechten aber angesehen unter dem Gesichtspunkte des Wertes. Bei der Zusammenfassung der einer Person zuständigen Rechte unter dem Begriffe des Vermögens wird von der juristischen Struktur des Einzelrechts, also von demjenigen, was seine rechtliche Individualität ausmacht, abstrahiert. In Betracht kommt nur das allen vermögensrechtliche Gemeinsame: Der rechtliche Genußgehalt, die güterbeherrschende Kraft" (Kretzschmar 1899: 131)<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> "un complesso di diritti, ma osservato nella prospettiva del valore patrimoniale. Attraverso l'inclusione dei diritti appartenenti ad una persona nel concetto di patrimonio, si astrae dalla struttura giuridica dei singoli diritti e cioè dalla singolarità che

Non mi pare che la prospettiva delle fonti giuridiche romane possa trovare riscontro in questo tipo di impostazione né, tantomeno, che essa vi si possa assolutamente sovrapporre.

E il, pur limitato, angolo di visuale con il quale talune di esse verranno osservate in questo lavoro, anche se non sarà in grado certamente di sostenere questa affermazione da un punto di vista generale, varrà tuttavia – spero – a contribuire alla discussione sul punto.

### 3.1. *lav. 2 ex post. Lab. [L.181] D. 33,7,4: fundus e ... boves*

Un interessante passo di Giavoleno (vissuto nel I sec. d.C.) ci riporta l'opinione di Labeone (di una generazione precedente) convergente con quella di Trebazio (contemporaneo di Cicerone e maestro dello stesso Labeone) ma in disaccordo con quella di Cascellio (coetaneo di Trebazio) a proposito dell'interpretazione di un legato di un *fundus*:

*lav. 2 ex post. Lab. [L.181] D. 33,7,4: Cum quidam duos fundos iunctos haberet et ex altero boves, cum opus fecissent, in altero reverterentur, utrumque fundum cum instrumento legaverat. Labeo Trebatius boves ei fundo cessuros putant, ubi opus fecissent, non ubi manere consuevissent: Cascellius contra. Labeonis sententiam probo*<sup>11</sup>.

La vicenda è incentrata sulla determinazione del contenuto di un legato (Astolfi 1969: 6-7 nt. 15) di due fondi *iuncti* o, più precisamente, sull'appartenenza degli accessori per la coltivazione (*instrumentum*) all'uno o all'altro dei fondi legati. In particolare, la *quaestio* verte sull'accessione dei buoi, impiegati dal *de cuius* per la lavorazione di un fondo, ma stabilmente allocati nell'altro, al primo o al secondo dei due, privilegiando quindi una prospettiva funzionale (quella, appunto, della coltivazione) o una strutturale (dell'alloggiamento, inteso ad esempio come luogo in cui erano collocate le stalle e nel quale i buoi permanevano temporalmente più a lungo).

conferisce a ciascuno di essi la sua unicità giuridica. Interessa solamente l'insieme complessivo dei diritti patrimoniali: l'utilizzo giuridicamente rilevante, il potere positivo sui beni”.

<sup>11</sup> “Un tale aveva due fondi congiunti ed i buoi, <provenienti> dall'uno, dopo aver compiuto il loro lavoro, tornavano nell'altro; egli legò entrambi i fondi con le cose strumentali alla coltivazione. Labeone e Trebazio ritengono che i buoi dovranno accedere a quel fondo dove avessero compiuto il loro lavoro, non <a quello> dove fossero soliti rimanere: Cascellio <ritiene> il contrario. Approvo il parere di Labeone”.

Al di là, comunque, della prevalenza della prima linea interpretativa, ciò che qui rileva è che il principio della *confusio* – che avrebbe dovuto imporre un’assoluta indistinguibilità dei due fondi in capo al *de cuius* (“*vermögensrechtlich*” [sotto il segno di un diritto patrimoniale]) – nei fatti viene, invece, disattesa. Tanto è vero, che il testatore, mentre era in vita, aveva già distinto – dal punto di vista gestionale – i due fondi, proprio attraverso l’impiego differenziato dei buoi. Ora, quella distinzione – che, si ripete, sarebbe stata irrilevante dal punto di vista giuridico, durante la vita del disponente – riemerge in tema di interpretazione di un atto *mortis causa*, in cui la volontà del testatore si dimostra quale valore primario da salvaguardare, finendo così – nel momento in cui si assegnano i buoi a uno dei due fondi – per sancire una distinzione tra unità colturali, magari preesistente alla stessa loro confusione in capo al testatore, perché, magari, le stalle dove trovavano riparo i buoi erano state addirittura costruite da un precedente proprietario.

3.2. *Aggiunta e sottrazione – successive alla confezione del testamento – di porzioni di terreno di un fondo legato, indicato nominativamente; Pomp. 5 ad Sab. [L. 444] D. 30,24,2-3: il ruolo della destinatio e dell’adiectio*

Un passo tratto dal commentario di Pomponio ai libri *ius civilis* di Sabino permette di soffermarsi proprio su ulteriori aspetti che vedono gli interpreti concentrarsi sul contrasto tra la volontà espressa per il tempo in cui si sarà cessato di vivere da un lato e la modificazione effettiva dello stato dei luoghi mentre si è ancora in vita:

Pomp. 5 *ad Sab.* [L. 444] D. 30,24,2-3: 2. *Si quis post testamentum factum fundo Titiano legato partem aliquam adiecerit, quam fundi Titiani destinaret, id quod adiectum est exigi a legatario potest (et similis est causa alluvionis) et maxime si ex alio agro, qui fuit eius cum testamentum faceret, eam partem adiecit.* 3. *Quod si post testamentum factum ex fundo Titiano aliquid detraxit et alio fundo adiecit, videndum est, utrumne eam quoque partem legatarius petiturus sit an hoc minus, quasi fundi Titiani esse desierit, cum nostra destinatione fundorum nomina et [domus] <modus Mo.> non natura constituentur. et magis est, ut quod alii destinatum est ademptum esse videatur*<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> “Se qualcuno, dopo aver fatto testamento, avendo legato il fondo Tiziano, abbia aggiunto una parte, che destinò <essere> del fondo Tiziano, ciò che è stato aggiunto può essere richiesto dal legatario (e <la causa per cui accede> è simile a quella

Così, nel § 2 si legge come l'individuazione del fondo oggetto del legato passi innanzitutto attraverso il suo nome (*Titianus*), inteso qui come elemento di per sé sufficiente ed incontrovertito per comprovarne l'identità. Proprio a partire da questo dato, o meglio, proprio per mezzo del confronto con questo dato, il giurista valuta in che misura gli effetti del comportamento del *de cuius*, dopo la redazione del testamento, vadano ad incidere sull'identificazione di quel fondo. Si dovrebbe, cioè, presumere che le caratteristiche topografiche del fondo Tiziano fossero rimaste immutate sino alla redazione dell'atto di disposizione *mortis causa* e che le variazioni che il *de cuius* vi abbia apportato vengano interpretate dal giurista come cambiamenti (sopravvenuti) dell'oggetto del legato, di modo che su di esse possa potenzialmente prodursi una controversia tra l'erede ed il legatario stesso.

Sarebbe dunque, ancora, *fundus Titianus* quello al quale si è aggiunta *aliquam partem*? (v. *infra* § 3.2.1); e, viceversa, sarebbe, ancora, *fundus Titianus* quello al quale il testatore *aliquid detraxit*? (v. *infra* § 3.2.2).

### 3.2.1. *Il caso della adiectio e il ruolo della destinatio*

Infatti, nel primo caso, l'erede potrebbe sostenere che l'accrescimento del fondo abbia inciso sulla sua identificazione topografico-sostanziale e che, dunque, il legatario non potrebbe rivendicare contro di lui una porzione di terreno superiore a quella originariamente coincidente con il *fundus Titianus* (prima, quindi, della sua estensione) pena una *pluris petitio (re)*.

Su questo punto, conviene, quindi, concentrare l'attenzione: vale a dire, sui requisiti che renderebbero possibile l'identificazione del nuovo fondo con l'originario *fundus Titianus* di modo che, pur nelle variazioni della sua estensione, non perderebbe la propria individualità. È, infatti, proprio questa individualità che permette, di conseguenza, la costante identificazione del fondo diverso con il *fundus Titianus* oggetto del legato.

dell'alluvione) e soprattutto se aggiunse una parte da un altro terreno, che era suo, quando fece il testamento. 3. Se invece, dopo aver fatto testamento, detrasse una qualche <parte> dal fondo Tiziano e l'aggiunse ad un altro fondo, è da vedersi, se il legatario potrà richiedere anche quella parte o meno, come se avesse cessato di appartenere al fondo Tiziano, poiché i nomi dei fondi e la loro dimensione sono stabiliti dalla nostra destinazione e non dalla natura. Ed è preferibile che si consideri che, ciò che sia stato destinato ad un altro <fondo> sia revocato <dal legato>".

A leggere bene il passo, ci si accorge allora abbastanza agevolmente di come non sia sufficiente il dato materiale, dell'aggiunta o della sottrazione di una porzione di fondo a quello indicato nominativamente nel legato, per incidere su quell'individualità, alla quale sin qui si è fatto riferimento. Infatti, l'*adiectio* presuppone un atto di volontà che ne orienti la finalità e il segno che indica questo atto è indicato dal binomio *destinare-destinatio*. La *destinatio* del *de cuius*, di una parte di un fondo da aggiungersi al *fundus Titianus* è, dunque, l'atto volontario che sostiene e giustifica la posteriore *adiectio* e permette che quest'ultima spieghi i suoi effetti sull'oggetto stesso del legato, ridefinendo, in concreto, le caratteristiche proprie del *fundus Titianus*. Per chiarire i termini del problema, credo sia interessante riportare un esempio offerto, nella civiltà italiana, da Alberto Auricchio:

si pensi, ad esempio, alla distruzione di un muro di confine determinata da un movimento tellurico, e poi alla distruzione dello stesso muro operata dal proprietario: si può veramente dire che le due ipotesi sono equivalenti? Indubbiamente, quando il proprietario demolisce, o fa demolire, il muro di confine tra due fondi limitrofi, egli unisce materialmente due fondi che precedentemente costituivano due unità immobiliari distinte; invece, quando la distruzione è avvenuta per cause naturali, la separazione tra i fondi continua a sussistere, e solo vien meno un elemento materiale per provare quella separazione. È inoltre necessario che l'atto materiale sia animato da un elemento volitivo interno. Sviluppando l'esempio precedente, può pensarsi ad un proprietario che ordini la distruzione del muro solamente per sostituirlo con una siepe: anche in questo caso le precedenti unità immobiliari continueranno a sussistere autonome l'una dall'altra. Non può certamente dirsi che la demolizione del muro valga di per sé a unire i fondi, che saranno poi divisi quando la siepe sarà piantata: questa soluzione sarebbe in realtà poco attendibile ed artificiosa. (Auricchio 1960: 58)

La precisazione *et maxime ... adiecit* non sposta, allora, i termini del problema affrontato, ma si limita a esemplificare il caso più evidente (*maxime*) di continuità tra il "vecchio" fondo e il "nuovo": quello in cui anche la particella che viene aggiunta faceva già parte di un fondo appartenente allo stesso proprietario del *fundus Titianus*. In questo caso, la coincidenza fra il soggetto dell'*adiectio* e il *dominus* di entrambi i fondi facilita e rende, appunto, più evidente quel processo di fusione. Va, però, aggiunto che il risultato non sarebbe cambiato neppure nel caso in cui il *de cuius* non fosse stato proprietario della porzione aggiunta, potendo benissimo immaginarsi che, eventualmente, egli avrebbe disposto un legato *per damnationem* in capo all'erede, al fine di obbligarlo a procurarsi

la proprietà di quella porzione di terreno della quale, comunque, egli aveva già compiuto la *destinatio* a favore del *fundus Titianus*.

Forse con una proiezione, che – non lo si nega – potrebbe anche apparire forzata, si potrebbe credere che il *fundus Titianus* in sé, in quanto cioè *res* oggetto di diritti, non abbia mai cessato di perdere nel tempo le sue caratteristiche distintive che lo differenziavano dal resto del territorio nel quale si trovava collocato, nonostante gli interventi (*destinatio* e *adiectio*) su di esso compiuti.

Con questa premessa, allora, si potrebbe ricondurre a quella ipotetica impostazione il pur poco perspicuo inciso *et similis est causa alluvionis*. La probabilità di un suo posteriore inserimento glossematico rimane fuor di dubbio; eppure, si potrebbe tentare di attribuirgli un qualche plausibile significato, valutandone la funzione nel senso di far porre l'attenzione sull'effetto più che sulla causa dell'*adiectio*. Dal punto di vista materiale, l'*alluvio* incrementa sì l'estensione del fondo – sebbene senza intervento umano – ma non ne muta le caratteristiche di individualità che permangono (anche, a ragione del suo lento operare) pur dopo che essa si sia manifestata. Dall'esterno, quindi, l'effetto è il medesimo, ma va messo in piena evidenza il fattore giuridico che permette all'*alluvio* di incidere su quell'assetto: e cioè la sua caratteristica di rappresentare un caso di accessione di immobile ad immobile. Ecco, dunque, che la semplice materialità dell'evento (*incrementum latens* del *fundus*) non necessita di quell'elemento psicologico (la *destinatio*) che è, invece, imprescindibile nel caso di *adiectio* operata dal *de cuius*. Di qui, l'impressione di scollamento che l'esempio produce: indice – come si diceva – di una sua probabile natura glossematica da un lato e, dall'altro, della sua funzione di (mero) esempio di parallelo incremento di estensione del fondo e di persistenza dell'identità di quest'ultimo.

### 3.2.2. *I dubbi in relazione alla sottrazione (detraxit) di una porzione di fondo e la riconduzione della fattispecie al parametro della destinatio*

Più problematico (*videndum est*) appare il caso in cui il *de cuius* abbia detratto una porzione del *fundus Titianus* (*ex fundo Titiano aliquid detraxit*) dopo la confezione del testamento.

Specularmente alla prima fattispecie, infatti, lo stesso erede potrebbe mettere in risalto la circostanza della sottrazione di una parte del *fundus Titianus*, quale argomento per tentare di dimostrare una *ademptio legati* da parte del *de cuius*. Egli, cioè, potrebbe affermare che, se

quest'ultimo avesse voluto tener fermo il legato, non avrebbe diminuito l'estensione del *fundus* (strettamente inteso come *aliquid integer*): al contrario, l'averlo fatto dopo la redazione del testamento avrebbe potuto sottintendere la sua volontà di revocare il legato che, proprio in forza del mantenimento dell'unitarietà topografico-sostanziale del fondo, sarebbe esistito soltanto a patto di rimanere assolutamente invariato nell'oggetto.

Ma, forse, questa potrebbe essere anche un'interpretazione eccessivamente forzata della fattispecie, dal momento che il dubbio del giurista appare più limitato rispetto alla pura volontà di revoca del legato da parte del *de cuius*. I due estremi della questione si concentrano, infatti, nella possibilità per il legatario di richiedere in giudizio anche la parte sottratta, oppure no (*utrumne eam quoque partem legatarius petiturus sit an hoc minus*). È dunque evidente che, nel momento in cui ci si pone una simile domanda, non si mette in discussione la legittimazione del legatario a richiedere in giudizio il fondo, in quanto oggetto del legato: al contrario, si dà per presupposto che il legato esista e che non sia stato, quindi, revocato. Il dubbio è allora solo sulla persistenza – nel *fundus Titianus*, ferma la sua sostanziale corrispondenza con l'oggetto del legato – della particella da esso detratta; in altre parole, la perplessità del giurista si appunta sulla (in)sufficienza della sola volontà del *de cuius* per detrarre una porzione del *fundus Titianus* e far sì che quest'ultima non gli appartenga più (*quasi fundi Tititiani esse desierit*).

Manca in questa fattispecie “al negativo” il parallelismo con istituti speculari all'*alluvio* del § 2 (ad esempio l'*avulsio*, cui abbia fatto seguito la *coalitio* della nuova particella con quella preesistente)<sup>13</sup> e tutta la discussione si concentra sull'efficacia della *destinatio*, orientata solamente in senso negativo – come la fattispecie in cui si inserisce – a sottrarre qualcosa all'unitarietà del *fundus Titianus*. Questo è, allora – si ripete – il punto più difficile da superare: giungere a ritenere che sia sufficiente la mera volontà del testatore, posteriore all'indicazione nominativa del

<sup>13</sup> V. Gai. 2 *rer. cott.* [L.491] D. 41,1,7,2 *Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, palam est tuam permanere. plane si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse* (“Se poi la violenza del fiume abbia sottratto una qualche porzione del tuo fondo e l'abbia trasportata nel mio, è evidente che rimanga tua. Chiaramente, se sia rimasta congiunta al mio fondo per un periodo alquanto lungo e gli alberi, che aveva trasportato con sé, abbiano messo radici nel mio fondo, da quel momento si considera che sia stata acquisita nel mio fondo”).

fondo nel testamento, a impedire al legatario la sua rivendica nella conformazione originaria, tanto più che nulla viene detto a proposito della porzione detratta dal fondo se non, genericamente, che è *alii destinatum*.

E il giurista appare pienamente consapevole di questa maggiore difficoltà del § 3 rispetto al precedente, quando arriva ad argomentare sul piano generale della *constitutio* dei *nomina* dei *fondi*, attraverso la giustapposizione tra la *destinatio* (umana) da un lato e indifferenziazione della *natura* dall'altro, dando la prevalenza alla prima rispetto alla seconda: la definizione dei fondi, come unità organiche di terreno, spetta alla discrezionalità/volontà dell'uomo, mentre per la *natura* tutto il terreno sarebbe indifferenziato.

Questa contrapposizione teorica, da sola, non sembra però sufficiente per dare definitiva risposta al quesito posto nel § 3: tanto è vero che neppure la chiusa *et magis ... videatur* sembrerebbe risolvere definitivamente la questione, se non altro sulla base della sua formulazione letterale. Non andrebbe, infatti, messo in secondo piano l'aspetto linguistico – introdotto dal *et magis est* – che lascerebbe presumere una diversità di opinioni sul punto: il giurista, cioè, posto di fronte a un'alternativa, ne ritiene preferibile una, ben consapevole della legittimità dell'altra, sottolineata, oltretutto, dall'uso del congiuntivo *videatur*, anziché di un – in ipotesi pienamente ammissibile – indicativo.

In conclusione, l'opinione che ravvisa nella *destinatio* di una parte del *fundus Titianus* una revoca parziale del legato – limitata, cioè, a *quod alii ademptum est* – sembrerebbe il frutto di un equilibrio tra posizioni contrapposte: attraverso di essa, infatti, da un lato si impedisce al legatario di rivendicare il fondo nell'estensione originaria (rispettando così la volontà del *de cuius* manifestata dopo la redazione del testamento), ma dall'altro si evita anche il dispiegamento degli effetti della prospettiva opposta che, magari proprio a causa di un eccessivo rispetto della volontà del testatore, avrebbe inteso quella detrazione come intenzione di revoca pura e semplice dell'intero legato. Solo per un più comodo confronto funzionale – senza tuttavia poter qui proporre nessuna analisi comparativa – sembra qui interessante quantomeno riportare gli artt. 667 e 686 del Codice civile italiano del 1942:

Art. 667 (Accessioni della cosa legata). La cosa legata, con tutte le sue pertinenze, deve essere prestata al legatario nello stato in cui si trova al tempo della morte del testatore.

Se è stato legato un fondo, sono comprese nel legato anche le costruzioni fatte nel fondo, sia che esistessero già al tempo della confezione del testamento, sia che non esistessero, salva in ogni caso l'applicabilità del secondo comma dell'articolo 686.

Se il fondo legato è stato accresciuto con acquisti posteriori, questi sono dovuti al legatario, purché siano contigui al fondo e costituiscano con esso una unità economica.

Art. 686 (Alienazione e trasformazione della cosa legata). L'alienazione che il testatore faccia della cosa legata o di parte di essa, anche mediante vendita con patto di riscatto, revoca il legato riguardo a ciò che è stato alienato, anche quando l'alienazione è annullabile per cause diverse dai vizi del consenso, ovvero la cosa ritorna in proprietà del testatore.

Lo stesso avviene se il testatore ha trasformato la cosa legata in un'altra, in guisa che quella abbia perduto la precedente forma e la primitiva denominazione.

È ammessa la prova di una diversa volontà del testatore.

#### 4. *Brevi riflessioni conclusive*

Solo poche parole al termine di questo assai circoscritto esame di quella che – con un'immagine forse approssimativa – mi sembra adeguato indicare come funzione mediatrice della giurisprudenza romana. Il giurista, infatti, nel quadro del suo intervento tecnico, focalizzato sempre sulla fattispecie particolare sottoposta alla sua attenzione, si sforza di governare le spinte centrifughe dell'autonomia privata, coordinandole con un centro di gravità, determinato dal valore della persistenza dell'integrità territoriale e quindi del paesaggio come valore di continuità intergenerazionale.

Questo tentativo non appare svolto in nome di un radicamento tradizionale o, peggio, di un immobilismo refrattario a qualsiasi cambiamento ma, piuttosto, si rivela carico di consapevolezza, allorché non intende ridurre il rapporto dell'uomo col territorio a un mero aspetto (parziale e quindi equiparato/equiparabile) dei rapporti giuridici che il primo instaura con i beni economici in generale ma, al contrario, lo interpreta nel senso di un legame privilegiato, nel quale la tendenza alla continuità sembra prevalere sulle scelte particolari (e magari anche estemporanee) del singolo.

Provando a chiarire il concetto: la prospettiva "cosale" (si perdoni il neologismo) rimane dunque la lente, attraverso la quale il giurista scioglie i conflitti che gli vengono presentati e rappresenta la ragione ultima dei limiti che, implicitamente, vengono posti alla disponibilità più assolu-

ta del *fundus*: la terra fa sì parte del patrimonio del proprietario, ma si sottrae nettamente a quella gestione astratta e finanziariamente orientata presupposta, invece, dal cd. *Vermögensrecht*<sup>14</sup>.

#### Bibliografia

Astolfi, R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano. II*, Padova, CEDAM, 1969.

Auricchio, A., *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, Jovene, 1960.

Behrends, O., *Das nexum im Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens*, "RIDA", n. 21 (1974), pp.137-84.

De Coulanges, F., *Il podere presso i Romani*, "Revue des Deux Mondes" (15 settembre - 15 ottobre 1886); ora in *La Biblioteca di Storia economica*, II.1, a cura di V. Pareto, Milano, SEL, 1905, pp. 667-720.

Falcone, G., *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, "AUPA", n. 44 (1996), pp. 5-360.

Grosso, G., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, Giappichelli, 1944.

<sup>14</sup> L'asse portante di questo lavoro è rappresentato esclusivamente dalla prospettiva giuridica, propria dei giuristi romani che affrontano il tema del paesaggio, in contrapposizione ad una particolare tendenza moderna, che ne cancella i tratti, assimilandolo del tutto al territorio, in nome di una pretesa fungibilità dello spazio, peraltro appiattita sull'esclusivo valore patrimoniale di quest'ultimo. Si è consapevoli della profonda complessità del pensiero filosofico ed estetico sul tema del paesaggio, ma ci esporrebbe anche al forte rischio di perdere la cifra caratterizzante di questo lavoro, se ci si addentrasse, comunque da dilettanti, anche nella ricerca di connessioni con problemi ed aspetti, che richiederebbero, invece, preparazione e competenze proprie di altre discipline. Si ritiene, allora, preferibile – in questo contesto – limitarsi a fare affidamento sulla suggestione di una citazione, che pure sembra riecheggiare i temi qui affrontati: "Fuoriuscito dai legami premoderni che lo avviluppavano, l'uomo moderno è una parte che vuole essere un tutto, proprio mentre allo stesso tempo la differenziazione e il relativo sovrapporsi delle cerchie sociali cui appartiene lo rendono più che mai parte, frammento, di una realtà rispetto a lui emergente. Così anche il paesaggio, che deve il suo fascino alla nostra capacità di percepire in questo frammento un'immagine del tutto naturale, capacità che si genera, per affinità elettiva, potremmo dire, con la frammentazione moderna. Con una profonda differenza però, dalla quale il paesaggio trae il suo senso: ciò che nella vita appare indifferente o antitetico (come l'anonimato delle distese naturali e l'inconciliabilità delle aspirazioni concorrenti delle parti e del tutto), ci appare sotto forma di conciliazione nel paesaggio" (Sassatelli 2006: 11 -12).

- Grosso, G., *Formule, schemi e prospettive nell'odierna teoria giuridica della proprietà*, "Il diritto dell'economia", n. III.2 (1957), pp. 1007-15; ora in *Scritti storico giuridici*, II, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 609-16.
- Kretzschmar, P., *Die Theorie der Confusion. Ein Beitrag zur Lehre von der Aufhebung der Rechte*, Leipzig, Verlag von Veit & Comp., 1899.
- Labruna, L., *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, Novene, 1971.
- Labruna, L., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli, 1986.
- Lenel, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Lipsiae, Ex officina Bernardi Tachchnitz, 1899 (rist. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000).
- Lindsay, W.M., *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, Leipzig, Teubner, 1913.
- Maganzani, L., *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, Mursia, 1997.
- Mantello, A., *Diritto romano. Lezioni. II*, Torino, Giappichelli, 2012.
- Sassatelli, M., *L'esperienza del paesaggio, presentazione a G. Simmel, Saggi sul paesaggio*, Roma, Armando Editore, 2006.
- Steinwenter, A., *Fundus cum instrumento*, Wien-Leipzig, Hölder-Pichler-Tempsky, 1942.
- Vinci, M., *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, Giuffrè, 2004.
- Wieacker, F., *Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung*, "Archiv für die civilistische Praxis", n. 148 (1943), pp. 57-104.