

«Servitus 'iure' imposita» «Destinazione del padre di famiglia» e costituzione «ipso iure» della servitù (*)

1. Nel 1896 Salvatore Riccobono ¹, prendendo spunto da un'opera del Sala Contarini ² sulla costituzione della servitù ³ per «destinazione del padre di famiglia» ⁴, sulla scorta di un'analisi critica di alcuni testi giustiniani ⁵ ne negava decisamente la sussistenza nel diritto romano classico, ritenendo ampiamente rimaneggiati dai compilatori quei frammenti «poveri e sconnessi» ⁶, che erano stati invece considerati sino a quel momento, nelle riflessioni di autorevoli studiosi delle fonti romane – da Bartolo ⁷ a Paolo de Castro ⁸, a Bartolomeo Cipolla ⁹, in avanti ¹⁰, sino ai pandettisti ¹¹ – come la

^{*)} L'idea che cerco di sintetizzare in queste pagine, mettendo finalmente sulla carta il frutto di alcuni «ragionamenti estivi» con Alessandro Corbino di oltre un decennio or sono, ed a lungo accantonata, è stata indotta a riemergere in occasione di una conversazione sull'argomento svolta a Grosseto, per il Circolo Toscano di Diritto Romano «Ugo Coli», il 3 febbraio 2003. Lo scambio di opinioni avuto in quella circostanza con Remo Martini, Carlo Venturini, Patrizia Giunti, Stefania Pietrini e gli altri amici del «Coli», mi ha convinto a pubblicarne il contenuto, mantenendone volutamente il tono discorsivo, salvo ad aggiungervi un qualche corredo di note. La mia gratitudine va dunque a tutti loro e, particolarmente, a Bernardo Santalucia, il cui affettuoso incoraggiamento ha definitivamente rimosso le mie residue remore.

¹⁾ *La destinazione del padre di famiglia. Se per diritto romano fosse ritenuta efficace a costituire servitù prediali. A proposito di un recente lavoro dell'avv. G. Sala Contarini*, in «RISG.», XXI, 1896, p. 380 ss.

²⁾ *La destinazione del padre di famiglia come mezzo costitutivo di servitù prediali nel diritto romano. Studio comparato al diritto civile italiano*, Girgenti, 1895.

³⁾ La letteratura sulle servitù è pressoché sterminata, tanto per la molteplicità dei rinvii problematici tipicamente insiti nella materia, quanto per una certa tendenza a far assumere ad essa una valenza quasi paradigmatica dell'esperienza giuridica romana. Per questa ragione, a parte le opere che saranno citate, *infra*, poiché incidenti sull'oggetto specifico di questa ricerca, mi limito a rinviare alla voce '*Iura in re e Iura praediorum*' nelle due edizioni (anni 1940-1970 e 1971-1980) del II volume di M. SARGENTI, *Index operum ad ius romanum pertinentium* (Milano, 1980, e 1989), e, per le opere più recenti, ad A. CORBINO, '*Servitù*', in «ED.», XLII, Milano, 1989, p. 261 s.

⁴⁾ Osservo subito, anche se lo rileverò più avanti, come una siffatta definizione sia, come tale, del tutto ignota alle fonti romane in materia di servitù: cfr. *infra*, § 5. Pertanto la utilizzerò esclusivamente per comodità espositiva e perché essa, adoperata dagli studiosi e accolta dalle moderne codificazioni, è familiare al giurista moderno. Questo rilievo, come vedremo, non muove soltanto da una constatazione che è certamente ovvia – anche se da essa la dottrina non sembra abbia tratto le opportune conseguenze, nonostante alcune precisazioni presenti nella più diffusa manualistica: si vedano ad esempio M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 469, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* ⁴, Torino, 1993, p. 356, e A. GUARINO, *Diritto privato romano* ¹⁰, Napoli, 1994, p. 733 nt. 65.1.9: «... si noti che la locuzione latina '*destinatio patris familiae*' è di conio postromano» – ma, soprattutto, dal dubbio pressante che taluni fraintendimenti, non soltanto di carattere dogmatico, ma anche storico-ricostruttivo, scaturiscano proprio dalla ipervalutazione delle valenze soggettive e volontaristiche connesse all'espressione stessa.

⁵⁾ Per un approccio di massima ai principali profili di critica esegetica emersi in quegli anni nei confronti dei testi in questione, cfr. gli autori citati dall'*Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Weimar, 1929, c. 103 ss. e, in specie, le osservazioni di O. LENEL, *Textkritische Miscellen*, in «ZSS.», XXXIX, 1918, p. 164 ss. (= *Gesammelte Schriften*, IV, Napoli, 1992, p. 176 ss.).

⁶⁾ *La destinazione*, cit., p. 413.

⁷⁾ Com'è noto, il grande giurista medievale sviluppa la materia nel suo *Commentarius* al primo libro *de servituti-*

prova chiara della classicità dell'istituto¹². Così le flebili tracce romane della «destinazione» si sarebbero consolidate attraverso l'opera degli interpreti medievali, dando vita alla nuova costruzione dogmatica e per questa via, come era stato rilevato già qualche anno prima dal Simoncelli¹³, «il diritto romano fu forzato a dar nobili origini al nuovo prodotto, che così classicamente bollato passava dalla vita nei codici»¹⁴. Con il peso della sua già crescente autorità scientifica¹⁵, il Riccobono pone-

bus dei Digesta (8.1), Venezia, 1615. Considerando quale elemento distintivo fra le servitù continue e discontinue la circostanza che le prime non consistevano in un'attività dell'uomo, e viceversa, Bartolo sostiene la possibilità di costituzione tacita per le servitù continue e non per quelle discontinue (eccezione fatta per l'*iter ad sepulchrum*): «si domus una sustineat actum servitutis habentis causam continuam et permanentem et alienetur, in dubio servitus videtur imposita». Una disamina delle glosse dedicate alla materia, che precedono il commento bartolino, è operata da J. LATREILLE, *De la destination du père de famille*, Paris, 1885, p. 45 ss. L'opera, purtroppo di difficile reperimento, è certamente consultabile presso la Bibliothèque universitaire, Section Droit-Lettres, dell'Università di Poitiers. Si veda pure la successiva, ma più incolore, *Thèse* di E. FAUGÈRE, *De la destination du père de famille*, Saint-Amand, 1912.

⁸⁾ *Ad l.* 14. D. 8.1. n. 9.

⁹⁾ *Tractatus de Servitutibus tam Urbanorum quam Rusticorum*, Köln, 1759, *cap.* 38 (= trad. it. di F. CIRIANI, annotata da N. DE VERGOTTINI, Venezia, 1859, p. 114 ss.).

¹⁰⁾ Con una sostanziale uniformità: qualche tentennamento sulla nostra *quaestio insignis* affiora nell'opera dello HERT, *Dissertatio de servitute facta constituta*, in *Commentationum atque opusculorum de selectis et rationalibus ex jurisprudentia universalis, publicae, feudali et romana, argumentis*, I.3, Frankfurt, 1737, p. 82 ss., ma più nell'approccio metodologico al problema che nelle conclusioni, in buona sostanza rientranti nell'alveo della posizione bartolina.

¹¹⁾ Che, sia pure con argomentazioni a volte piuttosto diverse, ammettono la costituzione tacita o per destinazione del padre di famiglia, da A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, Jena, 1803, rist. Goldbach, 1997, § 767, p. 554, a K.L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1850-1852, trad. it. – *Trattato delle Pandette*² (cur. F. SERAFINI) –, Bologna, 1874, I, § 188, p. 373 nt. 2, che si basa soprattutto su D. 8.2.36 e 37, sino a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*³, Frankfurt a.M., 1900-1914, trad. it. – *Diritto delle Pandette* (cur. C. FADDA e P.E. BENZA) –, 1902-1914, rist. Torino, 1930, I, § 212, p. 767 s. e nt. 13 (con letteratura).

¹²⁾ La visione non sarebbe mutata, ma avrebbe trovato ulteriore conferma negli studi di diritto comune: cfr., ad esempio, E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, 1937, p. 115 s.

¹³⁾ V. SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediali*, in «Il Filangieri», giugno e luglio 1883, p. 268 ss.; l'opera apparve poi in una nuova edizione «interamente rifatta», Napoli, 1886 (= *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, p. 2) ed a quest'ultima ci riferiremo nelle citazioni. L'opera del Simoncelli costituisce lo snodo teorico fra le opinioni favorevoli alla classicità dell'istituto, consolidatesi soprattutto nella riflessione pandettistica, e il nuovo corso che avrebbe visto in Riccobono il suo più deciso e prestigioso assertore, come rileva lo stesso RICCOBONO, *La destinazione*, cit., p. 380. Si noti come, nello stesso senso si muovano da tempo pure scritti più prettamente civilistici, come quelli di G. D. ROMAGNOSI, *Della condotta delle acque secondo le vecchie intermedie e vigenti legislazioni dei diversi paesi d'Italia colle pratiche rispettive loro nella dispensa di detta acqua*. Trattato³, II.2, Prato, 1836, rist. in *Opere*, I.2.II, Palermo, 1871, specie § 16, p. 544 ss., e L. BORSARI, *Commentario al Codice Civile Italiano*, II, Torino, 1872, § 1296, p. 855. Per altro la stessa ricerca del Simoncelli appare soltanto in parte dedicata al diritto romano, rivolgendosi soprattutto all'esame dell'istituto nel diritto intermedio e, anche attraverso un accurato esame della prassi giurisprudenziale preunitaria, in quello positivo. Cfr. altresì M. WEIGERT, *Beiträge zur Lehre der stillschweigenden Servitutbestellung*, Cassel, 1887, *passim*, e C. FADDA, *Delle servitù. Corso di diritto romano*, Napoli, 1895-1896, p. 34.

¹⁴⁾ Il principio aveva infatti trovato posto nelle codificazioni del tempo: si vedano, ad esempio, gli articoli 692, 693 e 694 del «Codice Napoleonico», gli articoli 613-615 del «Codice del Regno delle Due Sicilie», l'articolo 543 del «Codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla», gli articoli 650-652 del «Codice Sardo», gli articoli 629, 632 e 633 del «Codice Civile Italiano» (ma con notevoli problemi applicativi, legati alla distinzione fra servitù continue e discontinue – si legga, per tutti, E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*⁵, III.2, Torino, 1929, specialmente in tema di prova, p. 278 s. –, distinzione superata poi nel codice del 1942), e il § 574 del «Codice Sassone»; singolare la posizione del codice svizzero che superava il problema semplicemente ammettendo la servitù fra due fondi appartenenti al medesimo proprietario, soluzione radicale auspicata anche da studiosi italiani di valore, come si legge già nelle lezioni del civilista catanese N. COVIELLO, *Lezioni di Diritto Civile*, Palermo, s.d. [1912], p. 783 ss., i cui spunti sul rapporto fra destinazione e prescrizione (p. 811 ss.) costituiscono tutt'oggi un finissimo esempio di interpretazione evolutiva dell'elaborazione di Bartolo; l'opinione sembra recepita anche da G. DEIANA, «*Destinazione del padre di famiglia*», in «ED.», XII, Milano, 1964, p. 318. Per la ricezione dell'istituto nel vigente codice civile cfr. S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, p. 166 s. nt. 91 ed ivi cenni a giurisprudenza e letteratura. Mi scuso sin d'ora per le frequenti citazioni di questa mia ricerca, ma i risultati che in essa ho creduto di raggiungere costituiscono, in certa misura, presupposto anche per questo studio.

¹⁵⁾ Per alcuni spunti ricostruttivi della prestigiosa carriera scientifica di Salvatore Riccobono rinvio ad un mio studio di imminente pubblicazione: *Roman Legal Tradition and American Law. The Riccobono Seminar of Roman Law in Washington*, in «Roman Legal Tradition» I, 2002, p. 123 ss. = *Tradizione romanistica e diritto statunitense: il Riccobono Semi-*

va così un suggello pressoché definitivo all'opinione restrittiva che si era già fatta un certo spazio in dottrina¹⁶, dando in questo modo una decisa conferma al principio per cui «la servitù prediale deve essere costituita *nominatim*, e per lo *jus civile*, naturalmente, in una determinata forma». Alla prospettiva del Sala Contarini il quale, in opposizione a quegli studiosi che «si sono arrestati al significato letterale di taluni frammenti, senza studiarne lo spirito»¹⁷, fondava l'istituto sulla «inerenza reale», di fatto, della servitù ai fondi, considerandola una sorta di accessione del fondo stesso, il Riccobono¹⁸, rispondeva in termini diametralmente opposti: «uno stato di fatto, per quanto sia nel contenuto identico a quello corrispondente di un istituto giuridico ... è per la legge un nulla». Così fra le due prospettive si poneva un divario dogmatico – prima e oltre che esegetico – davvero incolmabile: da un lato si sosteneva, infatti, che l'ordinamento potesse dare rilevanza giuridica alla situazione di fatto, in quanto tale (Sala Contarini), dall'altro si affermava l'impossibilità, per una situazione di fatto, di acquistare una siffatta rilevanza, se non formalizzata nei modi previsti dal diritto (Riccobono).

Ma la travolgente critica del Riccobono si spingeva oltre e considerava inaccettabile non soltanto il riconoscimento generale di una siffatta possibilità di costituzione tacita per il diritto classico, ma la stessa ammissibilità di situazioni atipiche, a fronte delle quali si era posta in dottrina l'esigenza di rimeditare il problema «ora per le disposizioni di ultima volontà, or pe' casi in cui lo stato di servizio ordinato fra due fondi sia stato determinato da necessità, oppure pel caso che esso costituisca addirittura un'accessione del fondo dominante»¹⁹. Accogliere delle eccezioni equivaleva infatti, per il Riccobono, ad ammettere che il «principio generale riconosciuto» per cui la servitù potesse venire costituita soltanto *nominatim*, rischiasse non soltanto di venire scosso, ma addirittura «rovesciato». Reagendo ad una tanto allarmante prospettiva e muovendo da questi presupposti la questione non poteva dunque venire ammessa che in termini radicali, per cui «o si trova sulla falsa via» osservava seccamente il Riccobono, «l'opinione dominante, che nega l'efficacia della destinazione nel diritto romano, oppure Bartolo e i suoi seguaci hanno voluto leggere nelle fonti quel che non c'era»²⁰.

Le fonti a cui fa riferimento il Riccobono, sono, come vedremo, relative ad atti di disposizione tanto *mortis causa* quanto *inter vivos*. Infatti, nell'orientamento dottrinale così severamente criticato dallo studioso, la possibilità di scorgere casi di costituzione tacita di *iura in re aliena* era ammessa in entrambe le categorie di atti. In tali casi, in cui si era ritenuto di cogliere una costituzione di servitù per «destinazione del padre di famiglia»²¹, avrebbe dunque trovato spazio un modo costitutivo operante in assenza di un «titolo» e senza l'adozione delle «forme» idonee a costituire *iura in re aliena*. Presupposto della costituzione sarebbe stata l'esistenza di due fondi, appartenenti al medesimo proprietario, che erano stati posti e mantenuti in una situazione di «asservimento» dell'uno rispetto all'altro. Sul piano strettamente giuridico una tale situazione non poteva determinare il sorgere di una servitù vera e propria, sin quando entrambi i fondi fossero rimasti nella proprietà del medesimo *dominus*. Allorché, però, avessero cessato di appartenere allo stesso proprietario, lo stato di asservimento precedentemente sussistente non soltanto sarebbe stato mantenuto, ma avrebbe assunto anzi – venuto meno l'ostacolo giuridico rappresentato dal rigoroso principio del '*nemini res sua servit*'²² – i ca-

nar of Roman Law at Washington (traduzione italiana), in «BIDR.» C, 1997 (pubbl. 2003), p. 686 ss.

¹⁶ Cfr. *supra*, nt. 13.

¹⁷ *La destinazione*, cit., p. 5. Si noti come in queste pagine introduttive, il Sala Contarini prenda le distanze da quella dottrina che in precedenza, pur avendo ammesso la costituzione per destinazione del padre di famiglia, si sarebbe in ciò determinata sulla scorta di un presupposto metodologico errato, fondando l'istituto sul «consenso tacito», cosa che, afferma lo studioso, «si presenta affatto aliena all'indole del diritto romano» (p. 7).

¹⁸ *La destinazione*, cit., p. 415.

¹⁹ *La destinazione*, cit., p. 381; il riferimento è, specialmente, al Simoncelli.

²⁰ *La destinazione*, cit., p. 381.

²¹ Le locuzioni «padre di famiglia» e «buon padre di famiglia» sono presenti nel vigente codice civile italiano. Per altro, nota A. GUARINO (*Il 'buon padre' gentiluomo?*, in «Labeo», XXXVII, 1991, p. 241 nt. 11) come, in particolare, l'espressione '*bonus pater familias*' compaia soltanto in cinque testi del Digesto: (D. 7.1.9.2, 7.8.15.1, 18.1.35.4, 38.1.20.1 e 40.4.22).

²² D. 8.2.26 (Paul. 15 *ad Sab.*): '*In re communi nemo dominorum iure servitutis neque quicumque invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit*'; il brano è certamente rimaneggiato: cfr. B. BIONDI, *Le servitù*

ratteri di una «servitù» vera e propria.

La «destinazione» sarebbe appunto da cogliersi nella volontà del *dominus* di dare un preciso «destino» ai fondi che, proiettandosi oltre la contingenza dell'asservimento di fatto, sia capace di protrarsi anche nel momento in cui essi cessino di appartenergli entrambi. Dunque, di fatto, la situazione e l'assetto dei luoghi, che non cambiano con il venir meno della proprietà in capo ad un unico *dominus*, si trasmettono invariate al nuovo, o ai nuovi, proprietari, venendo a determinare un mutamento nella configurazione giuridica del rapporto fra i fondi, caratterizzato dal sorgere della servitù dell'uno nei confronti dell'altro.

La servitù che così verrebbe a costituirsi troverebbe il suo «titolo» nella volontà del precedente *dominus*, poiché proprio a tale «volontà tacita»²³ sarebbe da collegare la particolare 'forma' che, attribuita agli immobili allorché essi erano di proprietà della medesima persona, attraverso opere visibili funzionali all'asservimento economico-produttivo, avrebbe determinato il sorgere della servitù nel momento in cui essi fossero venuti a ricadere sotto il *dominium* di proprietari diversi. In talune ipotesi, poi, la costituzione della servitù per «destinazione del padre di famiglia» sarebbe resa necessaria dalla circostanza che i due immobili risultano posti in un rapporto tale da determinare una servitù, per dir così, obbligata, nel senso che, in difetto del suo sorgere, uno degli immobili, o entrambi, non potrebbero più sussistere materialmente, come nel noto caso delle *tabernae coniunctae*²⁴; in altri casi ancora le esigenze pratiche sono di tale urgenza da legittimare il ricorso alla costituzione coattiva della servitù²⁵.

Il Riccobono dunque, radicalmente contrario ad ammettere una forma costitutiva per «destinazione del padre di famiglia» nel diritto romano classico, ribadì – lo aveva, per limitarci alla dottrina moderna, sostenuto il Simoncelli²⁶ e, già nel 1881, Biagio Brugi²⁷ – come le vere origini dell'istituto fossero da rinvenire nell'elaborazione del '*monarcha iuris*' Bartolo²⁸ e dei Commentatori²⁹, che

prediali nel diritto romano, Milano, 1946, p. 91, S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 13 ss., ID., *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, p. 135 ss., ID., *Sul principio 'nemini res sua servit'*, in «SDHI», XVIII, 1952, p. 223 ss., e G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 89. Il principio appare comunque ampiamente attestato: si vedano D. 8.4.10 (Ulp. 10 *ad Sab.*: '*nemo ipse sibi servitutem debet*'), e D. 39.3.17.3 (Paul. 15 *ad Plaut.*: '*servitutem ipse per fundum meum non habeo*'). Sull'espressione '*nulli res sua servit*' si vedano altresì D. 8.3.31 (Iul. 2 *ex Min.*) e D. 8.3.33.1 (Afric. 9 *quaest.*: '*nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest*'), la cui dubbia formulazione, pur deponendo per un rimaneggiamento del testo, non altera la classicità della regola: cfr. SOLAZZI, *Sul principio*, cit., *passim*.

²³ Tanto radicato appare il concetto di «volontà tacita» del precedente unico *dominus* che persino il RICCOBONO, *La destinazione*, cit., p. 380, che strenuamente ne contesta la sussistenza storica e concettuale in riferimento alla costituzione di servitù, usa l'espressione «dichiarazione tacita della volontà», finendo per marcare, certo inconsapevolmente, il rilievo assunto da un tale concetto (o preconcetto) nell'idea che comunemente si ha della costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia, senza prestare attenzione alla forte contraddittorietà in essa insita e da cui – come vedremo – muovono i nostri rilievi sulla configurazione dogmatica dell'istituto.

²⁴ D. 33.3.1 (Iul. 1 *ex Min.*), su cui si veda *infra*, § 4.

²⁵ Cfr. *infra*, § 3.

²⁶ Si veda *supra*, nt. 13.

²⁷ *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali*, II. *Esame dei principi riguardanti il passo necessario in relazione al concetto di servitù prediale nel diritto classico*, in «AG.», XXVII, 1881, p. 70 ss. (*estr.*) La primogenitura del Brugi, rispetto a questa opinione, viene, sia pure garbatamente, rammentata dallo stesso studioso in una sua fitta nota del volume relativo alle servitù (VIII, 1900), da lui curato, del *Commentario* di C.F. GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909), p. 362.

²⁸ Cfr. L. LABRUNA, *L'opinione di Bartolo e i giuristi dabbene*, in «Index», XXVIII, 2000, p. 69 ss.

²⁹ Osserva RICCOBONO, *La destinazione*, cit., p. 414: «la fonte vera dell'istituto della destinazione non si può trovare dunque nella compilazione giustiniana, ma sibbene nell'opera di Bartolo, in quelle degli scrittori posteriori e nella pratica medievale» (così già SIMONCELLI, *La destinazione*, cit., p. 39 ss.). Per cui Bartolo avrebbe elaborato liberamente l'istituto, superando l'ostacolo costituito dalla presunzione che '*omne praedium praesumitur liberum*' col fingere (riprendendo egli stesso, per altro, un'idea risalente al commento di Accursio *ad l. 1 D. de serv. leg.*) sempre apposta all'atto di trasferimento degli immobili la clausola '*uti nunc est nisi contrarium sit liquidum*', cioè in difetto di una manifestazione di volontà, da parte del proprietario del fondo servente, con la quale venisse esclusa l'esistenza della servitù: cfr. BUSSI, *La formazione*, cit., p. 115 s. Questo tipo di approccio ha prodotto il risultato indotto di generalizzare questa clausola, assumendola sostanzialmente come un'astrazione, con l'effetto di non prestare particolare at-

si sarebbero trovati ad operare su un materiale³⁰ malaccortamente manipolato dagli stessi compilatori che, forse senza averne avuto piena consapevolezza, avrebbero finito in tal modo per delineare, confusamente, le basi dell'elaborazione ulteriore dell'istituto³¹. L'intransigente posizione dell'insigne romanista, accolta dalla maggioranza della dottrina del tempo³², avrebbe incontrato consensi pressoché unanimi anche in quella successiva, spintasi fatalmente, per quella via, non soltanto a ritenere «un delirio»³³ il voler sostenere la classicità della costituzione di servitù per «destinazione del padre di famiglia», ma a considerarla sostanzialmente estranea allo stesso diritto giustiniano³⁴.

A fronte di un tale orientamento della dottrina, si possono registrare poche, anche se autorevoli, voci di parziale e moderato dissenso, come quelle di Pietro Bonfante³⁵ e di Giuseppe Grosso³⁶, dirette talvolta ad operare un ridimensionamento dell'ipotesi di radicale alterazione dei testi – già proposta dal Simoncelli e ribadita con forza dal Riccobono – come fa il Bonfante, talaltra a muoversi all'interno di prospettive innovative, come nel caso del Grosso, che esaminando taluni interventi del pretore volti a tutelare particolari situazioni, ritenne di intravedervi un presupposto storico degli sviluppi giustiniani della materia, pur confermando l'estraneità dell'istituto al *ius civile*.

La dottrina successiva, nonostante i molti e articolati contributi dedicati alla storia delle servitù³⁷, non sembra aver prestato particolare attenzione alla questione, a parte alcune isolate ricerche³⁸ e,

tenzione alle clausole che invece troviamo testualmente esposte nelle fonti.

³⁰ Cfr., principalmente, D. 8.2.41 (Scaev. 1 *resp.*), D. 8.5.20.pr.-1 (Scaev. 4 *dig.*) e D. 33. 2.15.1 (Marcell. 30 *dig.*).

³¹ RICCOBONO, *La destinazione*, cit., p. 410 ss.

³² Che, pur allineandosi pressoché unanimemente alla posizione di Riccobono nell'escludere forme costitutive «tacite» di servitù, presenta qualche eccezione, come quella di C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴, Milano, 1953, § 384, p. 382, il quale, pur escludendo la costituzione per destinazione del padre di famiglia e qualsiasi forma di costituzione tacita nel diritto romano, classico aveva ritenuto – posto che il diritto giustiniano ammetteva la costituzione con un semplice *pactum*, che poteva anche perfezionarsi per «contegno concludente» – di ammettere prudentemente la possibilità di interpretare i legati secondo la '*voluntas defuncti*'; così D. 33.2.15.1 (Marcell. 30 *dig.*): '*secundum voluntatem defuncti ... ut haec forma in agris servetur quae vivo testatore optinuerit*'. Cfr. pure D. 8.2.41 (Scaev. 1 *resp.*) e D. 8.5.20.pr. e 1 (Scaev. 4 *dig.*).

³³ L'espressione è di SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 181, che per la verità, nel prosieguo di questo scritto appare abbastanza cauto, specie su taluni ipotesi di alterazione dei testi seccamente rilevate dal Riccobono. Si veda pure LENEL, *Textkritische Miscellen*, cit., p. 164 s.

³⁴ In tal senso BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 244 ss., che si ricollega decisamente alla posizione di Riccobono: «l'istituto della destinazione è dovuto agli interpreti, i quali l'hanno costruito in base a qualche elemento della compilazione. Il vero creatore dell'istituto fu Bartolo ...» (p. 255); si vedano pure le osservazioni di B. BIONDI *Fondamento e carattere della destinazione del padre di famiglia*, in «Foro Italiano», 1949, p. 500 ss. (in nota a Cass. 22.12.1947, n. 1733). Per altro, anche fra gli autori che valutano la possibilità di ammettere forme di costituzione tacita in età classica, prevale la tendenza ad escludere nettamente l'esistenza in tutta l'esperienza giuridica romana della destinazione del padre di famiglia, intesa come meccanismo costitutivo riconosciuto idoneo a tal fine dall'ordinamento giuridico, limitandosi talvolta ad ammettere l'efficacia costitutiva '*ipso iure*' della servitù tacita nel solo diritto giustiniano: in questo senso R. ASTOLFI, *Costituzione di servitù e destinazione del padre di famiglia*, in «BIDR.», LXXII, 1968, p. 201. L'idea viene recepita anche nella manualistica: cfr. ad esempio P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano, 1954, p. 254 s., che omette la menzione della destinazione del padre di famiglia fra i modi giustiniani di costituzione delle servitù.

³⁵ *Corso di diritto romano*, III. *Diritti reali*, Roma, 1933, p. 114 ss. (= rist. Milano, 1972, p. 146 ss.). Non ci sembra inopportuno, per quanto diremo in prosieguo, riportare testualmente le parole del Bonfante: «vi ha una serie di casi in cui uno stesso proprietario dispone variamente di due fondi suoi e la necessità di evitare l'interclusione porta una costituzione tacita di servitù che non è per vero dire una costituzione per legge, ma una traslazione di proprietà con una riserva di servitù conforme alla volontà delle parti». Il Bonfante era stato in precedenza più vicino alla posizione del Riccobono: cfr. *Istituzioni di diritto romano*⁶, Milano, 1917, § 106, p. 332 e 333 nt. 1.

³⁶ *In tema di costituzione tacita delle servitù*, in «BIDR.», XLII, 1934, p. 326 ss. (= *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001, p. 153 ss.), su cui cfr. B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, in «SDHI.» V, 1939, p. 238 ss., e *Le servitù prediali*, cit., p. 220 ss. Vagamente possibilista, ma in termini tanto moderati da renderne incolore la posizione, J. BONET CORREA-CALDERÓN, *Sobre la supuesta constitucion tacita de las servidumbres en las fuentes juridicas romanas*, in «AHDE.» XIX, 1948-49, p. 304 ss., che ha però il merito di esaminare il problema come afferente alla più ampia problematica delle ipotesi costitutive tacite in diritto romano.

³⁷ Cfr. *supra*, nt. 3.

³⁸ Come quelle, per altro di grande eleganza, di Riccardo Astolfi (*Un caso di costituzione tacita di servitù in età classica*, in «SDHI.», XXIII, 1957, p. 345 ss., *Costituzione di servitù*, cit., p. 181 ss. – incentrata soprattutto all'*admiculum ususfructus* e sulla sua analogia con la servitù necessaria –, e *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, III, Padova, 1979, p. 55 ss.).

comunque, sembra generalmente orientata a seguire l'opinione negativa espressa, alla fine del secolo scorso, dal Riccobono³⁹. Anche recenti indagini, pur avendo il merito di riprendere la questione e di proporre una rilettura delle fonti, non sembra si discostino di molto dall'opinione del Riccobono⁴⁰, anche laddove ripercorrono le testimonianze romane nel tentativo di trovare tracce dell'istituto, che sarebbe, non come tale, ma come «concetto», surrettiziamente penetrato nell'ordinamento attraverso le «soluzioni concrete dei giuristi romani» ma, in definitiva, col risultato ultimo di rafforzare l'idea della eccezionalità di tali interventi e di negare l'esistenza giuridica dell'istituto sia in età classica che in età giustiniana⁴¹, per altro senza un visibile confronto dialettico⁴².

Questa ricerca è volta ad indagare la possibilità di cogliere, nelle testimonianze contenute nel Digesto, elementi che consentano di riconsiderare, in una prospettiva storico-esegetica, il problema di una costituzione delle servitù per «destinazione del padre di famiglia», collocandone più adeguatamente l'analisi nell'alveo della configurazione generale delle forme e dei limiti di ammissibilità di una costituzione «tacita» della servitù in diritto romano. La scelta è dunque, in primo luogo, metodologica, ed è dettata dal dubbio che, pur essendo ben ragionata l'idea che la «destinazione» sia di conio postromano, e che dunque i commentatori medievali, nell'elaborarla, abbiano lavorato su un'astrazione, forzando il dato delle fonti e finendo così per costruire un istituto «*ex novo*», è purtroppo altrettanto possibile che la dottrina, concentrata nell'obbiettivo di dimostrare o, molto più spesso, di ribadire la dimostrazione di un tale assunto, abbia finito per trovarsi aggrovigliata in una duplice «trappola metodologica».

Da un canto, infatti, avrebbe ragionato costantemente sulla classicità di un istituto, come la «destinazione del padre di famiglia» che, in quanto tale, semplicemente non è menzionato nelle fonti⁴³

³⁹ E come tale accolta da quasi tutti i manuali, pur con qualche isolata, ma autorevole, eccezione: cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 1990, p. 482: «spunti classici sembra avere anche la costituzione detta 'per destinazione del padre di famiglia'. Si veda in sintesi G. CRIFÒ, 'Destinazione del padre di famiglia', in «ED.», XII, Milano, 1964, p. 308 ss.

⁴⁰ Sulla linea tracciata dal Riccobono un secolo or sono – per altro già allora in conformità alla dottrina dominante del tempo – si pongono, da ultimo, F. LAMBERTI, *Nominatim imponenda servitus*, in «Labeo», XLII, 1996, p. 37 ss., che ribadisce come sia da ritenere «del tutto estranea ai giuristi romani l'idea della costituzione tacita di servitù» (p. 43), e A. LÓPEZ PEDREIRA, *Constitución de servidumbres por destinación del padre de familia: antecedentes del artículo 541 del código civil español*, in «Estudios B.M. Reimundo Yanes» (cur. A. MURILLO VILLAR), I, Burgos 2000, p. 523, che, riproducendo fedelmente le argomentazioni riccoboniane, conformemente considera «assolutamente inexistente» la destinazione nel diritto classico.

⁴¹ È questa l'opinione recente di M.G. ZOZ, *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2001, p. 167, con la quale l'autrice, pur avanzando taluni elementi di dubbio sull'approccio riccoboniano al problema, sembra rimanere comunque ancorata alla visione tradizionale, poiché finisce pur sempre per esaminare le soluzioni alternative proposte dai giuristi romani attraverso le «lenti» del modello dogmatico dell'istituto a cui tali soluzioni appaiono, per consenso o per dissenso, costantemente paramtrate.

⁴² Devo purtroppo ammettere un certo imbarazzo incontrato nel focalizzare la scansione fra questi ultimi orientamenti dottrinali, a seguito della circostanza che nel contributo della López Pedreira, pubblicato nel 2000, non viene menzionata la precedente ricerca della Lamberti, ovvero l'unico studio recente di una certa ampiezza dedicato specificamente all'argomento e pubblicato per altro appena nel 1996 ed in una rivista, aggiungo, di grande diffusione fra i romanisti come «Labeo», mentre nella monografia della Zoz, del 2001, non viene considerata né l'una né l'altra ricerca. Ora, pur discostandomi, anche di molto, dalle risultanze dell'indagine della Lamberti, e ritenendo sostanzialmente priva di utilità per il procedere dei nostri studi la ricerca della López Pedreira, non posso non rilevare come queste dimenticanze creino una certa difficoltà a comprendere l'articolarsi dell'analisi dottrinale più recente.

⁴³ Erra dunque la dottrina, da LATREILLE, *La destination*, cit., p. 39, a SALA CONTARINI, *La destinazione*, cit., p. 13 s. (che per altro intravede il conio dell'elaborazione di Bartolo nell'espressione, p. 14) sino alla ZOZ, *La costituzione*, cit., p. 21, a menzionare al riguardo, a riprova della presenza nel Digesto dell'espressione, D. 30.24.2 (Pomp. 5 *ad Sab.*) – relativo all'*adiectio* di una *pars aliqua* ad un fondo già legato per testamento, sulla scorta di un '*destinaret*' che non riguarda una servitù –, D. 32.49.7 (Ulp. 22 *ad Sab.*) e D. 33.7.12.14 (Ulp. 20 *ad Sab.*), in materia di *instrumentum*: il riferimento ad una '*voluntas patris familiae, cui potius agro destinaverat*', è infatti strettamente connessa all'*instrumentum fundi* e ad esso si collega il requisito dell'apparenza: '*ceteri enim agri ab hoc agro veluti mutantur: si non appareat, nullius instrumento cedet: neque enim pro parte dividemus instrumentum*'. Anche in questo caso la terminologia non riguarda la materia della servitù. Sull'*instrumentum* cfr. A. STEINWENTER, *Fundus cum instrumentum. Eine agrar- und rechtsgeschichtliche Studie*, Wien-Leipzig, 1942, M. GELPI, *Instrumentum. Contributo alla teoria delle pertinenze*, in «Studi Senesi» XCVIII, 1986, 48 ss., e, da ultimo, M.A. LIGIOS, «*Taberna*», «*negotiatio*», «*taberna cum instrumentum*» e «*taberna instructa*» nella riflessione giu-

e per questa via, nel criticarne l'origine romana, avrebbe assunto un parametro di riferimento inesistente, finendo paradossalmente per legittimarne l'esistenza astratta. Ciò, soprattutto, sul piano della caratterizzazione soggettiva⁴⁴ insita nella stessa denominazione dell'istituto, con guasti concettuali i cui effetti – avvertiti in dottrina e percepibili nella giurisprudenza civile, tanto nella vigenza del codice del 1865, quanto di quello del '42⁴⁵ – sembrano altresì proiettarsi, attraverso avventurose applicazioni analogiche, anche al diritto amministrativo⁴⁶. Per altro verso, sul piano della ricostruzione

risprudenziale romana, in «Antecessori Oblata». Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro», Padova, 2001, p. 23 ss.

⁴⁴ Cfr., per tutti, C. MIRABELLI, *La destinazione del padre di famiglia come atto giuridico*, in «Temì», XXVIII, 1952, p. 515 ss., che sottolinea come la destinazione del padre di famiglia richieda un «elemento interiore», tale cioè da non produrre l'effetto previsto ove si dimostri che un tale elemento manchi: cfr., conformemente, Cass. 20.3.1952, n. 727. Si veda però E. BASSANELLI, *In tema di costituzione della servitù per destinazione del proprietario*, in «Foro italiano», LXV, 1940, p. 412, che aveva in precedenza sostenuto (con una certa parte della dottrina civilistica) come, escludendo qualsiasi negozio bilaterale presunto o tacito per dar vita alla servitù, questa si dovesse ritenere costituita soltanto attraverso l'atto materiale o reale.

⁴⁵ Eloquenti, al riguardo, le parole di un attento civilista come DEIANA, «*Destinazione*», cit., p. 321: «dobbiamo rassegnarci all'idea che l'istituto è congegnato in modo tale che può anche portare a risultati sconvenienti ed inopportuni», e chiunque può constatare, scorrendo anche per sommi capi la giurisprudenza di merito e quella della Corte di Cassazione, quanto ciò incida nel rendere e mantenere statisticamente elevato il tasso di conflittualità in materia. Né ciò appare esclusivo della vigente disciplina codicistica, che ammette apertamente l'istituto, essendovi anche una significativa casistica sotto l'impero del più restrittivo codice del 1865. Un esempio emblematico – che accentuerebbe non poco la «rassegnazione» di Deiana – per tutti: in Cass. n. 18 del 29 luglio 1938 (su cui G. PULVIRENTI, *La volontà nella costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia*, in «Rivista delle servitù prediali e condominii», 1939, p. 248, e A. CICU, in «Rivista di diritto civile», XXXI, 1939, p. 425 s.), la Corte esamina il caso di un fondo diviso dall'originario proprietario fra due persone, in relazione ad una servitù di acquedotto oggetto di contenzioso fra i nuovi proprietari. In precedenza, con una singolare decisione, la Cassazione aveva rimesso al giudice di merito la valutazione in ordine alla possibilità, dal momento che il precedente *dominus* aveva attribuito ad uno dei suoi aventi causa la porzione di fondo su cui insisteva il pozzo da cui irrigare l'intero fondo, di intravedere in questo comportamento la «volontà» di far cessare la comune fruizione dal pozzo, limitandone l'uso e quindi il relativo diritto, soltanto al proprietario della parte su cui insisteva il pozzo stesso. Giustamente il giudice di merito aveva ritenuto inaccettabile l'ipotesi della Corte, fondata su una bizzarra interpretazione *a contrario* non tanto del comportamento del precedente proprietario, quanto della sua ... «volontà tacita», e aveva deciso conformemente la controversia. Impugnata nuovamente la decisione di fronte alla Cassazione, questa sembra a prima vista scrollarsi di dosso il retaggio concettuale dell'istituto, osservando come: «da sentenza del giudice di merito appare dominata dall'erroneo concetto che la servitù per destinazione del padre di famiglia si costituisca per volontà del medesimo, mentre così non è, ma le conclusioni sono ben altre e rappresentano la più evidente delle conferme di quanto le incongruenze concettuali dell'istituto ne abbiano costantemente impedito un'equilibrata applicazione. Ritiene infatti di concludere la Corte che «il sorgere della servitù per destinazione del padre di famiglia è dovuto non alla volontà del proprietario che ha creato lo stato di fatto fra i fondi ora separati, ma alla volontà dei nuovi proprietari manifestata col mantenere quello stato di fatto, deducendone che non può l'originario proprietario, all'atto della divisione, impedire, con esplicita dichiarazione, che la servitù sorga».

⁴⁶ Mi riferisco alla recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2003, n. 3716, con la quale il supremo organo di giustizia amministrativa, riformando una sentenza del TAR Puglia, ha rivisitato il concetto di «uso pubblico» proprio alla luce del nostro istituto. Nella fattispecie era stata effettuata una cessione di suolo privato ad un comune, nell'ambito di una lottizzazione, ma senza che il relativo atto si fosse perfezionato fra le parti con la conclusione e la definitiva formalizzazione del procedimento amministrativo. Il proprietario, ritenendosi ancora tale, aveva quindi eseguito delle opere sui luoghi, il comune glielo aveva impedito e questi, impugnata la relativa ordinanza davanti al TAR., si era visto riconoscere il proprio diritto. Il Consiglio di Stato, nel riformare la decisione in favore dell'ente, ha rilevato come, allorché un'area privata venga dal proprietario destinata ad essere inserita nella rete viaria pubblica, o mediante atto negoziale oppure, «in modo simile a quanto è previsto dall'articolo 1062 del codice civile per la costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia», mediante una sistemazione dei luoghi nella quale sia implicita la realizzazione di una strada per uso pubblico, seguita da uso pubblico effettivo, ciò comporti l'assoggettamento della strada alla disciplina delle strade comunali anche se esse siano «vicinali», ossia fuori dal centro abitato. Nella specie la cessione seguita dall'uso pubblico effettivo, dalla toponomastica e dall'illuminazione pubblica, avrebbe appunto realizzato in modo conclamato «quanto meno la destinazione ad uso pubblico della strada», indipendentemente, anche qui, dalle vicende del procedimento amministrativo inerente la lottizzazione (da cui la controversia aveva preso le mosse). Come si vede, la grave forzatura concettuale della «volontà presunta» appare spinta sino a travolgere il principio fondamentale per cui l'incidenza pubblicistica sulla sfera patrimoniale privata, specialmente in via definitiva, debba essere garantita da un procedimento amministrativo formalmente concluso e la circostanza che si faccia un uso analogico di una regola, di per sé di applicazione giudiziale tutt'altro che agevole, anche sul piano probatorio e nel suo naturale *habitat* civilistico, quale la costituzione di servitù per de-

romanistica, la critica serrata e generalizzata alla classicità della «destinazione» avrebbe finito per far perdere di vista caratteri e tipologia delle ipotesi costitutive «tacite» che le fonti sembrano attestare.

E' proprio per queste ragioni complesse, storiche e dogmatiche al contempo, che sembra opportuno accantonare, provvisoriamente, la locuzione e il concetto stesso di «destinazione del padre di famiglia», per non correre il rischio di lasciarsi fuorviare dai pericolosi «side effects» che questa terminologia ha finito inevitabilmente per produrre, non soltanto sulla configurazione dei caratteri attribuiti ad un tale «istituto» – che non è presente, va ancora una volta ribadito, quantomeno sul piano formale dell'esistenza di una siffatta denominazione, nelle fonti romane⁴⁷, anche se l'espressione ci è familiare perché accolta, sulla scia della riflessione bartolina, dalla dottrina civilistica moderna e dalle codificazioni – ma, cosa ben più grave, sulla generale ipotizzabilità di forme di costituzione tacita. Per tentare di uscire da questo condizionamento, tanto radicato in dottrina, ci concentreremo, più semplicemente, sulla valutazione delle possibilità offerte dall'ordinamento giuridico romano per costituire «tacitamente» una servitù, ovvero per gravare un fondo di servitù senza che ciò sia preceduto da un atto di volontà dichiaratamente orientato in tal senso.

In conformità a questa scelta metodologica di fondo, le cui valenze, come vedremo, sembrano spingersi ben oltre la rinuncia al dato definitorio, muoveremo, per collocarci in questa prospettiva di indagine, da un'analisi dei 'dicta' inerenti i modi classici di costituzione di *iura in re aliena*, per tentare di cogliere eventuali profili evolutivi, del loro assetto formale, passando anche attraverso la valutazione delle conseguenze derivanti dall'emersione di meccanismi costitutivi atipici, come quello *partitionibus et stipulationibus*; considereremo poi, incidentalmente, i casi di servitù coattive e quindi vedremo di esaminare il concetto di 'forma' dell'immobile su cui la servitù viene costituita. Infine valuteremo l'elemento soggettivo dell'istituto (la «destinazione» vera e propria, cui tanto rilievo è stato attribuito da dare la denominazione allo stesso istituto) e soltanto a quel punto tenteremo di formulare alcune considerazioni sul concetto di «costituzione tacita» e sulla sua configurazione storica e dogmatica.

2. Sappiamo come nel diritto romano classico il *dominus*, per costituire validamente *inter vivos* o *mortis causa* una *servitus praedii*⁴⁸ su un fondo rustico dovesse ricorrere alla *mancipatio* ovvero ad uno dei modi costitutivi formali riconosciuti dal *ius civile*⁴⁹, e dunque, oltre la *mancipatio* e l'*in iure cessio*⁵⁰, la 'exceptio' o 'receptio' *servitutis*⁵¹, il legato *per vindicationem*⁵², e l'*adiudicatio* nei giudizi divisorii⁵³. A queste vengono solitamente aggiunte dalla dottrina la *litis aestimatio* che, in seno ad un'*actio negatoria*, sarebbe stata adempiuta dal soccombente⁵⁴, ed una sorta di «ricostituzione», tramite *usureceptio*, di servitù già estinte⁵⁵.

stinazione del padre di famiglia, può ingenerare non poche preoccupazioni, tanto tecnico-giuridiche, che di «politica giudiziaria» e meriterebbe una riflessione attenta da parte della dottrina specialistica.

⁴⁷ Si veda *infra*, § 5.

⁴⁸ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Per la classificazione delle servitù di passaggio* (1910), in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, p. 301 ss., S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 28 ss., M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I. *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, p. 26 ss., e A. CORBINO, *Osservazioni in tema di 'res mancipi' e di stabilizzazione del regime della 'mancipatio'*, in «Scritti G. Auletta», II, Milano, 1988, p. 537 ss.

⁴⁹ In ordine ai quali non possiamo che omettere, in questa sede, i problemi, talvolta gravi, che si agitano in dottrina sulle fonti inerenti le singole fattispecie costitutive, per una recente sintesi dei quali rinvio a CORBINO, 'Servitù', cit., p. 250 ss.

⁵⁰ Cfr. Gai., *inst.* 2.17 e 2.29, e D. 8.2.39.

⁵¹ D. 8.3.30 (Paul. 4 *epit. Alf. dig.*): 'Qui duo praedia habebat, in unius venditionem aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat: quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. respondit, si ita recepisset: 'circa eam aquam late pedes decem', iter dumtaxat videri venditoris esse'. Cfr. pure D. 8.2.35, D. 8.4.3, D. 8.4.6.pr., D. 8.4.6.3a, Cic., *off.* 3.16.67 e *orat.* 1.39.178.

⁵² Cfr. D. 33.3.1-7.

⁵³ Cfr. D. 10.2.23.3, D. 10.3.7.1 e D. 10.3.18.

⁵⁴ Cfr. D. 8.5.4.2, D. 8.5.6.6, D. 8.5.7, D. 8.5.8.4 e D. 22.1.19.1.

⁵⁵ Si veda D. 8.3.35 (Paul. 15 *ad Plaut.*): 'Hi, qui ex fundo Sutrino aquam ducere soliti sunt, adierunt me proposueruntque aquam, qua per aliquot annos usi sunt ex fonte, qui est in fondo Sutrino, ducere non potuisse, quod fons exaurisset, et postea ex eo fon-

Gaio, circa la *mancipatio servitutis*, si limita ad una scarna notizia:

inst. 2.29: ... iura praediorum urbanorum in iure cedi (tantum) possunt, rusticorum vero etiam mancipari possunt⁵⁶.

Applicando fedelmente alla costituzione di servitù lo schema a noi noto della *mancipatio* traslativa della proprietà⁵⁷, dunque, il *mancipio accipiens* dovrebbe dichiarare – con una formula che però Gaio non menziona, e di cui possiamo soltanto ipotizzare per analogia il contenuto – la sussistenza della servitù sul fondo, operando così una sorta di affermazione di appartenenza⁵⁸ del diritto reale su cosa altrui, un *'meum esse'* analogo a quello previsto nella formula usata per l'acquisto della proprietà, ma avente ad oggetto una sfera di potere più circoscritta, la cui pronuncia determinerebbe immediatamente il sorgere del *ius in re aliena*, probabilmente con un'articolazione diversa del potere scaturente dalla costituzione della servitù, nei termini di una «facoltà» che si aggiungeva al *dominium*, nel caso delle servitù rustiche, e di un «vantaggio» nelle urbane⁵⁹.

Ritenendo come plausibile questo ragionamento, tentiamo di vedere, con l'ausilio delle fonti, quali forme di dichiarazioni potessero rendersi in seno ad una *mancipatio servitutis*. Iniziamo però subito col rilevare, senza per il momento addentrarci nella critica ai testi, che almeno su un punto, di non secondaria importanza, le fonti presentano una situazione formalmente diversa rispetto a quella della *mancipatio* traslativa dell'appartenenza, facendo riferimento, infatti, ad un *dicere* proveniente dal *mancipio dans*⁶⁰.

te aquam fluere coepisse: petieruntque a me, ut quod ius non negligentia aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur. quorum mihi postulatio cum non iniqua visa sit, succurrendum his putavi. itaque quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua pervenire ad eos non potuit. id eis restitui placet. La configurazione di questo modo di costituzione si presenta comunque discussa e, mi sembra, tutt'altro che risolta: cfr. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 234, e, diversamente, SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 184 s., la cui opinione viene però ritenuta «ipercritica», recentemente, da CORBINO, *'Servitù'*, cit., p. 252 nt. 124; si veda pure E. LEVY, *Usureceptio servitutis*, in «Studi E. Albertario» II, Milano, 1953, p. 219 ss.

⁵⁶) La limitazione dell'uso della *mancipatio*, quale mezzo per la costituzione di servitù, ai fondi rustici, appare attestata anche altrove da Gaio, *inst.* 2.17: *'Item fere omnia quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum; nam eas mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium'*. In relazione alla *mancipatio servitutis* si vedano, fra gli altri, D. 4.3.7.3 (Ulp. 11 *ad ed.*), D. 8.2.35 (Marc. 3 *regul.*), D. 8.4.6 (Ulp. 28 *ad Sab.*), D. 12.6.22.1 (Pomp. 22 *ad Sab.*), D. 19.1.8.pr. (Paul 5 *ad Sab.*), D. 19.1.13.6 (Ulp. 32 *ad ed.*) e D. 21.2.69.5 (Scaev. 2 *quaest.*). Per la qualificazione, nelle fonti, dei fondi come «rustici» cfr., per la dottrina più antica, C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, Torino, 1895, e, per quella successiva, la minuziosa ricerca di R. MENTXAKA, *Praedia rustica-praedia urbana. Consideraciones sobre los criterios distintivos en el derecho romano*, in «RIDA.», XXXIII, 1986, p. 149 ss., e A. CORBINO, *La distinzione delle servitù in rustiche ed urbane nel diritto romano*, in «Scritti A. Falzea», IV, Milano, 1991, p. 213 ss.

⁵⁷) Cfr. Gai., *inst.* 1.119.

⁵⁸) Per un'analisi del delicato problema riguardante il rapporto fra la proprietà ed il sorgere di *iura in re aliena* nella letteratura romanistica, cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, p. 1 ss., e A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981, p. 5 ss.

⁵⁹) In questi termini CORBINO, *Servitù rustiche e urbane*, cit., p. 224. In questa linea innovativa, potremmo forse spingere oltre e valutare, nell'ambito delle servitù urbane, la diversa incidenza (rispetto alle rustiche) delle caratteristiche del fatto formale costitutivo, nel particolare senso di fatto «cristallizzante», dato dalla pronuncia delle *leges*, pronuncia il cui particolare valore ricognitivo appare legittimato proprio dal diverso assetto teleologico di tali servitù, volte ad attribuire, o meglio a «riconoscere l'attribuzione» di una facoltà, che è insita nello stato stesso dei luoghi e dunque con la presenza di una forte componente «ordinamentale», che probabilmente limita, in misura più o meno accentuata, la libera disponibilità privata. In altri termini, la diversità del fatto costitutivo dà ragione di quella che Corbino considera la diversa «connotazione giuridica» delle due categorie di servitù (p. 226). Ciò spiegherebbe anche la flessione del tasso di formalismo, che consente a tali clausole una variabilità terminologica che le distingue dalle rigide ed immutabili *nuncupationes* (come, probabilmente, nella formula della *mancipatio* «adattata» alla costituzione di servitù «rustiche»), ma che non le sottrae a quello che altrove ho creduto di definire (*Leges mancipii*, cit., p. 140) un «formalismo attenuato», dato da una soltanto relativa variabilità terminologica, volta a saldare la dichiarazione privata a quelle esigenze, in qualche modo avvertite di rilevanza «pubblica», finalizzate ad assicurare il mantenimento dello *status quo* fra gli immobili.

⁶⁰) D. 8.2.35 (Marc. 3 *reg.*): *'Si binarum aedium dominus dixisset eas quas venderet servas fore, sed in [traditione] <mancipatione> non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest vel incertum condicere, ut servitus imponatur'*, su cui si vedano. U. VON LÜBTOW, *Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte*, Lehr, 1949, p.

Ci è attestata l'adozione, in questi casi, di apposite dichiarazioni che vengono indicate, tecnicamente, con l'espressione '*leges mancipii*'⁶¹:

D. 8.4.6.pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*): Si quis duas aedes habeat et alteras [tradat] <mancipet>, potest legem [traditioni] <mancipationis> dicere, ut vel istae quae non [traduntur] <mancipantur> servae sint his quae [traduntur] <mancipantur>, vel contra ut [traditae] <mancipatae> retentis aedibus serviant.

Ai nostri fini assumono dunque rilevanza i '*dicta*' che, nella *mancipatio*, consentono al disponente di costituire una servitù. Essi vanno però nettamente distinti dalle '*mentiones servitutis*', intese come dichiarazioni prive di efficacia costitutiva e volte a *nominare* servitù preesistenti sul fondo⁶², dandosi così luogo, in caso di reticenza, a responsabilità dell'alienante, nonché da ulteriori dichiarazioni con le quali espressamente si afferma, allo scopo di garantire l'acquirente, la totale inesistenza di servitù sull'immobile, considerato così trasferito '*optimus maximusque*'⁶³ e dunque nella pienezza della sua '*forma*' giuridica. Siffatti *dicta* assumono infatti un valore prettamente ricognitivo o dichiarativo di preesistenti servitù, ma non costitutivo di esse⁶⁴, ed accedono così alla *mancipatio* senza incidere sulla forma e sull'efficacia dell'atto⁶⁵.

Se, a questo punto, ci soffermiamo sulla costituzione di servitù urbane, caratteristiche ben diverse assumono una serie di clausole testimoniate dalle fonti, che presentano un assetto formale molto più duttile ed avanzato⁶⁶ ed in cui rinveniamo dichiarazioni effettivamente costitutive della servitù e che, da verbali, diventano scritte:

D. 18.1.33 (Pomp. 33 *ad Sab.*): Cum in lege [venditionis] <mancipii> ita sit scriptum: flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita ita sint ...

Varr., *ling. Lat.* 5.27: Fluvius, quod fluit, item flumen: a quo lege praediorum urbanorum scribitur: stillicidia fluminaqu[a]e ut ita cadant fluantque.

Pertanto, attraverso dichiarazioni siffatte, operate in seno ad una *mancipatio*, questa poteva risultare idonea a costituire validamente *iura in re aliena*. In particolare, i *dicta* da ultimo considerati, con riferimento a servitù urbane, non assumono certamente un mero valore ricognitivo di un '*servire*' già in essere, ma un effetto «costitutivo» a tutto tondo, nel senso che il '*servire*' nasceva soltanto a partire dal momento in cui la dichiarazione «formalizzata» veniva espressa. Il tenore letterale delle clausole relative alle servitù urbane – come, ad esempio, '*uti nunc sunt ... ut ita sint*' – non deve trarci in in-

59, e, *contra*, S. SOLAZZI, '*Servitutis mentio in mancipatione*', in «SDHI», XVIII, 1952, p. 220 ss. (= *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, p. 630 ss.). Cfr. pure D. 8.4.6.3a (Ulp. 28 *ad Sab.*): '*Si in venditione quis dixerit servas fore aedes quas vendidit ... quod Marcellus libro sexto digestorum scribit, si quis in tradendo dixerit fundum Titio servire, cum ei non serviret, esset autem obligatus ... an agere ex vendito ...*', sulla cui lettura si vedano però le decisive osservazioni di SOLAZZI, *Servitutis mentio*, cit., p. 631, e le mie riserve in *Leges mancipii*, cit., p. 91 s. nt. 25.

⁶¹ Per la letteratura su tali *leges* rinvio a RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., specie p. 85 ss. e *passim*. Fra le fonti solitamente richiamate in dottrina riguardo all'oggetto della presente indagine, cfr.: D. 8.2.11 (Ulp. 1 *de off. cons.*), D. 8.2.17.3 (Ulp. 29 *ad Sab.*), D. 8.2.23 (Pomp. 33 *ad Sab.*), D. 8.2.33 (Paul. 5 *epit. Alf. dig.*), D. 8.3.30 (Paul. 4 *epit. Alf. dig.*), D. 8.4.3, D. 8.4.6.pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*), D. 18.1.33 (Pomp. 33 *ad Sab.*), D. 18.1.40.1 (Paul. 4 *epit. Alf. dig.*), D. 18.1.66.pr. (Pomp. 31 *ad Q. Muc.*), D. 18.1.81.1 (Scaev. 7 *dig.*), D. 19.1.6.6 (Pomp. 9 *ad Sab.*), D. 21.2.39.5 (Iul. 57 *dig.*), D. 21.2.69.5 (Scaev. 2 *quaest.*), D. 21.2.75 (Venul. 60 *stip.*), D. 39.3.1.23 (Ulp. 53 *ad ed.*), Gell., *noct. Att.* 17.6.1, Cic., *de orat.* 1.39.179, e Varr., *r. rust.* 2.10.5 e *ling. Lat.* 5.27.

⁶² Si vedano Cic., *de orat.* 1.39.178, e *de off.* 3.16.67, D. 8.2.35 (Marc. 3 *regul.*) e D. 22.1.4.pr. (Papin. 27 *quaest.*). Cfr. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., p. 90 ss.

⁶³ Cfr. D. 50.16.126 (Procul. 6 *epist.*), D. 50.16.90 (Ulp. 27 *ad Sab.*), *form. Baet.*, ll. 1-13 («FIRA. 3») Firenze, 1968, III, n. 92, p. 296), ed *empt. dom.*, ll. 5 ss. (ivi, n. 90, p. 289 ss). Si veda RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., p. 95 ss.

⁶⁴ Cfr. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., p. 85 ss. e *passim*.

⁶⁵ Chiarissima la spiegazione di Ulpiano, a proposito della clausola '*uti optimus maximusque*': D. 50.16.90 (Ulp. 27 *ad Sab.*): '*Qui 'uti optima maximeque sunt' aedes [tradit] <mancipat>, non hoc dicit servitutem illis deberi, sed illud solum aedes liberas esse, hoc est nulli servire*'.

⁶⁶ Cfr. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., specie p. 146 ss.

ganno. Infatti le espressioni del tipo ‘*uti nunc sunt*’ fanno riferimento alla ricognizione dello stato di fatto che soltanto per effetto della dichiarazione acquista, per il futuro, la natura giuridica di servitù vera e propria (‘*ut ita sint*’) ⁶⁷.

Con la *lex*, dunque, lo stato dei luoghi viene, per così dire, cristallizzato giuridicamente in una servitù. Con la conseguenza che, mentre per l’innanzi lo stato di fatto poteva venire modificato per volontà del singolo il cui immobile era gravato dallo stato di asservimento, dal momento della pronuncia della *lex*, la servitù accede agli immobili e non può venir meno se non nei casi e con le forme previste dall’ordinamento.

In tali casi la costituzione di servitù fatta con la *lex mancipii*, è giuridicamente vincolante.

Non dovrebbe, in questo sistema lineare (salvo che per la particolare circostanza della pronuncia della *lex* ad opera del *mancipio dans*) ⁶⁸ trovare posto una qualsivoglia forma di costituzione che prescindesse da un ‘*dicere in mancipatione*’. In altri termini, non potremmo ritenere possibile – in punto di diritto – una forma costitutiva diversa da quelle testé esemplificate o dalle altre forme ammesse *iure civili*, e cioè in *iure cessio*, *adiudicatio*, *legatum per vindicationem*, ma anche *exceptio* o *receptio servitutis* – espressione, al pari della *lex*, di un accordo fra le parti, anche se variamente «formalizzato» ⁶⁹ – e forse altre ⁷⁰. Ed allora sarebbe già conclusa qualsiasi indagine che, al contrario, volesse tentare di intravedere nelle fonti casi di costituzione informale, o addirittura tacita, di servitù. Solo la costituzione di servitù con una *lex mancipii* accedente il *gestum* formale e solenne di trasferimento delle res avverrebbe ‘*iure*’.

Ad attestarlo sembrerebbe un noto frammento gaiano:

D. 8.4.3 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): Duorum praediorum dominus si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium quod datur serviat ei quod ipse retinet, vel contra, iure imposita servitus intellegitur.

Ho però, già altrove ⁷¹ espresso delle riserve sul passo e sulla possibilità di riferirlo con certezza alla *mancipatio*. In primo luogo si può costatare come il frammento sia tratto dal commento di Gaio

⁶⁷) Emblematico l’atteggiamento di uno studioso dell’autorità del BIONDI (*Passo necessario*, cit., p. 282), il quale, pur ammettendo che in questo caso si venga a costituire una servitù, «sin dal tempo di Sabino, fr. 1 D. 33,3; Iul. 1 *ex Min.*», ne trae conseguenze soltanto in relazione all’implicita dimostrazione dell’esistenza del «passo necessario», ma con un ragionamento che, a mio avviso, mostra una duplice incrinatura: anzitutto, se il passo fosse stato davvero «necessario», questo sarebbe venuto in essere senza neppure bisogno della pronuncia della *lex* costitutiva; inoltre, se alla pronuncia della clausola è connesso il sorgere della servitù, come lo studioso ammette, sarebbe quantomeno formalistico difendere in termini di assolutezza il dogma dell’esclusività della costituzione ‘*nominatim*’ della servitù, posto che nella *lex* ci si rifà ad una situazione preesistente per nulla precisata ‘*nominatim*’, ma implicitamente presupposta nello stato dei luoghi. Certo, una dichiarazione c’è, ma la circostanza che tale dichiarazione consista nella pronuncia ellittica e standardizzata della clausola ‘*uti ... ita*’ non credo sia privo di significato, ma dimostri che ci si trova di fronte ad un momento formalmente evoluto di costituzione di servitù, con l’adozione di un modello in cui alla costituzione esplicitata in dettaglio si sostituisce, appunto, sin dai tempi di Sabino, una clausola che prescinde da una descrizione della servitù e che tuttavia (nonostante la rilevanza del sacrificio imposto con la *servitus* al fondo) ne consente la costituzione. Quel che rimane insuperato, nell’insegnamento del Biondi, è la constatazione che all’esigenza del «passaggio» (ma non credo sia azzardato estendere il ragionamento anche ad altre necessità) il diritto romano ha sempre risposto, sia pure «mediante congegni disparati, ma sempre adeguati allo scopo, aventi ciascuno presupposti, struttura e sfera di applicazione diversa ... eterogeneità di mezzi e di effetti, ma sempre perfetta proporzione tra il bisogno e il mezzo giuridico» (p. 289); ed è soltanto affrancandosi dalla tendenza a considerare il diritto romano un sistema sempre ordinato ed omogeneo di norme che probabilmente se ne può in genere, ma *massime* in questa materia, cogliere l’effettiva natura.

⁶⁸) Circostanza per altro non unica, ma presente anche nel rituale della *mancipatio familiae*: cfr. Gai., *inst.* 2.104.

⁶⁹) Su queste forme costitutive cfr. R. LA ROSA, *Deducere o detrabere usum fructum ed excipere o recipere servitutem*, in «Studi C. Sanfilippo» VII, Milano, 1987, p. 319 ss., T. PERALTA ESCUER, *Evicción de las servidumbres prediales en el Derecho romano clásico*, Lleida, 1996, p. 104 ss., e RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., p. 103 ss. Per la verità, tanto la *exceptio*, quanto la *receptio servitutis* ed in qualche misura la stessa *lex*, appaiono come strumenti attraverso i quali assume rilevanza e si esteriorizza l’accordo fra le parti e questa finalità dell’atto ne rende comune la natura negoziale, senza che ciò sia probabilmente alterato dal diverso atteggiarsi della veste formale di volta in volta assunta da dichiarazioni siffatte.

⁷⁰) Cfr. *supra*, nt. 33.

⁷¹) *Leges mancipii*, cit., p. 103 ss.

all'editto provinciale e pertanto, data la limitazione della costituzione di servitù per *mancipatio* ai soli fondi rustici posti su suolo italico, dovrebbero restarne fuori le forme costitutive inerenti a fondi posti *in provincia*⁷². Mi sembra poi un po' ridondante l'uso dell'espressione 'iure' se riferito alla *mancipatio*, poiché è evidente e non sembra richiedere particolari precisazioni la circostanza che una costituzione di servitù fatta con la *mancipatio* sia giuridicamente valida. Dunque di *mancipatio* non dovrebbe trattarsi ma, al più, il giurista farebbe riferimento ad un accordo pattizio con effetti reali, in quanto avente ad oggetto una servitù⁷³. E' noto, infatti, come lo stesso Gaio ci ricorda, che un *ius in re aliena* fra immobili provinciali non potesse mai costituirsi con la *mancipatio* o l'*in iure cessio*, ma soltanto '*pactionibus et stipulationibus*':

inst. 2.31: Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiat, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut <in> iure cessionem recipiunt⁷⁴.

Salvo a tornare sul punto, mi limito a formulare una semplice ipotesi di lavoro: se potessimo leggere D. 8.4.3 nel senso che mi sembra più naturale, ci troveremo nella necessità di spiegare una fonte che considera come avvenuta 'iure', una costituzione di servitù fatta in un modo diverso da quelli previsti dal *ius civile*. Pertanto, salvo a non volere considerare il termine 'iure' adoperata da Gaio in senso casuale e non «tecnico»⁷⁵, delle due l'una: o si ritiene che tale espressione sia frutto di un rimaneggiamento, oppure non possiamo esimerci dal tentare di spiegarne il significato, la qualcosa può riuscirci soltanto liberandoci da pesanti e radicati condizionamenti dogmatici.

Dobbiamo, infatti, ammettere che il diritto romano considerava come non esclusiva la costituzione della servitù su fondi rustici fatta con la *mancipatio*, poiché riteneva non soltanto possibile, ma giuridicamente fondata e vincolante⁷⁶, come anche per l'*usufructus*⁷⁷, la costituzione *pactionibus et stipulationibus*. Un tale 'constituere', come è stato anche recentemente dimostrato⁷⁸, prima ancora che i

⁷² Questa circostanza, anche se abbastanza evidente, non credo possa venire considerata «semplicistica», come fa il SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 89.

⁷³ Mi sembra, infatti, che le fattispecie enumerate da Gaio siano sostanzialmente relative a servitù, intese come veri e propri diritti reali su cosa altrui e non a semplici rapporti obbligatori. Il punto ha costituito però oggetto di annose dispute in dottrina (si vedano riassunte da G. PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni 'propter rem'*, in «Studi E. Volterra», II, Milano, 1971, p. 15 ss., e, da ultimo, da F. LA ROSA, '*Pactionibus et stipulationibus*', in «Labeo», XXXX, 1994, p. 27 ss.) che forse «hanno turbato», per dirla con le parole di un fautore dell'interpretazione qui accolta, G. GROSSO, *Riflessioni sulla costituzione della servitù e dell'usufrutto pactionibus et stipulationibus sui fondi provinciali*, in «Seim und werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow», Berlin, 1970, p. 411 (= *Scritti*, II, cit., p. 707), «più i romani che gli stessi Romani». Sul punto cfr., da ultimo, CORBINO, '*Servitù*', cit., p. 256 s., e F. LA ROSA, '*Pactionibus et stipulationibus*', cit., *passim*, le cui diverse ricostruzioni convergono però sulla circostanza, rilevante ai nostri fini, dell'efficacia «reale» della costituzione *pactionibus et stipulationibus*. Rilevo, in particolare, come le risultanze della ricerca della La Rosa conducano ad un ulteriore ampliamento della prospettiva in cui ci muoviamo, in quanto l'autrice ritiene di ricomprendere anche i fondi posti in suolo italico, oltreché in *provincia*, fra quelli possibili oggetto di costituzione *pactionibus et stipulationibus*. Si vedano pure gli autori citati *ivi*, p. 29 nt. 14.

⁷⁴ Scomparse le forme solenni, il sistema diverrà normale nel diritto postclassico e giustiniano; cfr. *Iust. inst.* 2.3.4: '*si quis velit vicino aliquid ius constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet*'. Analogamente avverrà per l'*usufrutto*: *Iust. inst.* 2.4.2.

⁷⁵ Come mi sembra invece scontato, per altro, anche considerando il significato che l'espressione costantemente assume nel linguaggio di Gaio. Si veda, ad esempio, D. 39.1.9 (Gai. *ad ed. urbic. tit. de novi nunt.*): '*Creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur, permittendum est de iure, id est de servitute, opus novum nuntiare: nam ei vindicatio servitutis datur*'. Per i molteplici luoghi del Digesto in cui troviamo adoperata da Gaio l'espressione 'iure', cfr. L. LABRUNA, E. DE SIMONE, S. DI SALVO, *Lessico di Gaio*, Napoli, 1985, s.b.v., p. 55.

⁷⁶ Probabilmente tutelata, al pari dell'*usufrutto*, con una *vindicatio servitutis*. Cfr. D. 7.1.60.pr. (Paul. 5 *sent.*) e, sul punto, B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 147 s.

⁷⁷ D. 7.1.3.pr. (Gai. 2 *rer. cott. vel aur.*): '*Omnium praediorum iure legati potest constitui usus fructus ... et sine testamento autem si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest*'. Così anche *Iust. inst.* 2.4.2. Si veda pure, ma cautamente, D. 7.1.25.7 (Ulp. 80 *ad Sab.*).

⁷⁸ LA ROSA, '*Pactionibus et stipulationibus*', cit., p. 33. Sintesi del dibattito precedente in GROSSO, *Le servitù*, cit., p.

fondi provinciali, doveva originariamente riguardare i fondi italici, in ipotesi in cui si frapponessero ostacoli all'utilizzazione della *mancipatio*, come, ad esempio, nel caso di fondi italici appartenenti a *peregrini* ovvero a cittadini romani che avessero però soltanto la proprietà bonitaria dei fondi, per essere poi estesa alle *provinciae*. Sappiamo infatti come il «modello» di tutela elaborato dal pretore sul finire dell'età preclassica fu recepito dai giuristi classici che ne fecero un vero e proprio «sostitutivo» della *mancipatio*, in ipotesi ritenute meritevoli di protezione giuridica.

Possiamo pertanto ipotizzare che, di pari passo con il riconoscimento della proprietà pretoria o di lì a poco, le medesime esigenze socioeconomiche che avevano portato all'ammissione dell'*in bonis* e gli stessi presupposti giuridici che avevano fatto ritenere possibile un superamento del *gestum* formale, in vista dell'irrinunciabile salvaguardia di rapporti altrimenti non realizzabili e non tutelabili, avrebbero spinto i giuristi ad elaborare un modo di costituzione duttile e funzionale che, svincolato dalle pastoie formali della *mancipatio*, potesse consentire anche su fondi posti in suolo italico la costituzione di diritti reali parziari su cosa altrui che rispondessero alle medesime esigenze – nei confronti dei rapporti economici fra fondi vicini – cui assolvevano, appunto, le servitù:

D. 43.18.1.9 (Ulp. 70 *ad. ed.*): *Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt ...*

Dobbiamo allora ritenere che, allorché Gaio considera come avvenuta '*iure*' la costituzione *actionibus et stipulationibus*, adopera l'espressione in senso proprio, nel senso, vale a dire, di costituzione intervenuta «secondo il diritto», «giuridicamente valida» e quindi «tutelata»⁷⁹. Ed a poco varrebbe, mi sembra, distinguere fra servitù di *ius civile* e situazioni in qualche misura analoghe – laddove ipotizzabili – tutelate *iure praetorio*⁸⁰; nella sostanza quel che conta, almeno ai nostri fini, è che ci si trova di fronte a fattispecie giuridiche a contenuto reale e non obbligatorio – e come tali tutelate – costituite però con modi diversi da quelli civilistici, anche se con caratteristiche strutturali che, gradualmente, si evolveranno per identificarsi in quelle delle servitù *iure civili*⁸¹.

D'altra parte, sappiamo pure come le servitù potessero venire costituite '*iure praetorio*' non soltanto dal proprietario dell'immobile, ma anche dall'enfiteuta, o dal superficiario; da soggetti, cioè, che avessero sul fondo un *dominium utile*:

D. 7.4.1.pr. (Ulp. 70 *ad. Sab.*): *Non solum usum fructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usu fructu. et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tutione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur.*

204 ss.

⁷⁹ Si veda, sul punto, ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 148 nt. 557: «Per la tutela giudiziaria, può pensarsi ad *actiones in rem* concepite *in factum*, accordate caso per caso, fino ad una certa epoca ...». Sul tenore di D. 7.4.1 (Ulp. 70 *ad. Sab.*) e *Vat. fragm.* 61, che hanno talvolta orientato la dottrina a dubitare della tutela di situazioni affini alla servitù nelle *provinciae* (si vedano A. CARCATERRA, *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, Milano, 1942, p. 102 ss., e SOLAZZI, *Costituzione*, cit., p. 109 ss.) cfr. GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 202 s. L'opinione generale sembra ammettere comunque, per le servitù, la costituzione '*iure praetorio*': si veda, per tutti, BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 220 ss.

⁸⁰ La questione non può qui venire affrontata, ma appare certamente problematica la possibilità di una contrapposizione in questi termini, quasi «di sistema»; in questo senso CORBINO, '*Servitù*', cit., p. 254 ss.

⁸¹ Non mi sembra neppure che basti a provare l'inesistenza di un'efficacia della forma costitutiva di servitù *actionibus et stipulationibus* la circostanza che vi sono difficoltà ad ammetterla – almeno in termini altrettanto ampi – per l'usufrutto. Si vedano, infatti, D. 7.4.1.pr. (Ulp. 70 *ad. Sab.*) e *Vat. fragm.* 61: '*proinde usus fructus licet in fundo stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur*' (per il cui commento rinvio a GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 204 ss.). Prescindendo, in questa sede, dall'affrontare *causa cognita* il problema, mi sembra che, sul piano pratico, non possa sfuggire a nessuno come una cosa sia ammettere una servitù che, per quanto possa determinare un sacrificio del fondo servente, non altera quasi mai del tutto le possibilità di sfruttamento economico dello stesso e ben altra cosa sia un diritto, quale l'usufrutto, che produce conseguenze tanto incisive sulla proprietà del fondo da ridurla a «nuda» proprietà. Ciò dovrebbe valere a spiegare le ragioni per le quali può immaginarsi, per l'usufrutto, una più tarda maturazione di forme costitutive diverse da quelle ammesse *iure civili*. Rimane comunque la circostanza della tutela '*iure praetorio*' accordata a tali ipotesi costitutive a cui si riferisce Ulpiano in D. 7.4.1.pr.

Mi sembra allora che, ritenendo possibile tutto ciò, una prima piccola breccia possa intravedersi nel monolitico insegnamento che vuole riservati ai modi civili – e dunque «formali» – la possibilità di costituire validamente servitù su fondi rustici posti in suolo italico.

Saremmo così di fronte ad un'elaborazione giurisprudenziale che, prima di Giustiniano, supera i limiti segnati dal *ius civile* con l'ammettere un'ipotesi «atipica» di costituzione di servitù. Una tale ipotesi nascerebbe pertanto sulla falsariga di un istituto, quale la proprietà bonitaria, che si origina dalla tutela del pretore. Ed alla tutela del pretore dovremmo allora volgerci per tentare di intravedere, in età repubblicana, prove o almeno presupposti di forme costitutive «tacite» di servitù. Prima di tentare, però, di vedere come, concretamente, le fonti presentino le situazioni in cui un fondo venga trasmesso in un certo rapporto, di dipendenza o di predominio, nei confronti di un altro che venga trattenuto dal disponente ovvero che dal medesimo venga trasmesso ad un terzo, consideriamo brevemente il caso delle servitù coattive in cui, pur mancando, al pari di quelle costituite *pactionibus et stipulationibus*, una costituzione formale, esse acquistano rilevanza giuridica. Non senza evidenziare, però, un ulteriore passaggio evolutivo: nella servitù coattiva manca, naturalmente, anche una dichiarazione che, sia pure non formale, costituisca un punto di riscontro espresso della *voluntas* di un disponente recepita dall'ordinamento.

3. L'analisi delle fonti inerenti la servitù coattiva di passaggio, il cosiddetto «passo necessario», mostra come, sicuramente in età classica⁸², fosse ammesso il diritto, per il proprietario del fondo intercluso, di ottenere coattivamente la possibilità di passare attraverso un fondo limitrofo⁸³. La salvaguardia dell'interesse del proprietario del fondo intercluso, quando non realizzabile in altro modo (come, ad esempio, con l'*adiudicatio servitutis* in seno a giudizi divisorii⁸⁴) era attuata '*ipso iure*', per disposizione normativa, ovvero con un provvedimento giudiziale la cui discrezionalità, di fronte all'oggettività dello stato di fatto, si stemperava in un provvedimento in qualche modo «dovuto».

Tipico il caso del legato d'usufrutto avente ad oggetto un fondo intercluso: in un primo tempo la situazione è risolta con la concessione di un passaggio sul fondo limitrofo, legato in proprietà dallo stesso testatore ad altri, con un'iniziativa che all'inizio assume i caratteri di una concessione transitoria (vale a dire legata alla durata dell'usufrutto), salvo poi potersi stabilizzare ed assumere, nella nuova caratterizzazione del rapporto fra i fondi, una vera e propria configurazione «reale».

Vediamo di ripercorrere questa vicenda, prendendo le mosse dalla situazione che, in un passo di rilevanza centrale per il nostro problema⁸⁵, viene descritta da Marcello:

D. 33.2.15.1 (Marcell. 13 *dig.*). Qui duos fundos habebat, unum legavit et alterius fundi usum fructum alii legavit; quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat quam per illum fundum qui legatus

⁸² Appaiono ancora oscuri, per l'età arcaica, i contorni dell'antica norma decemvirale in forza della quale, laddove gli '*amsegetes*' non avessero curato la manutenzione della *viam*, non consentendo così l'accesso diretto ad essa, si permettesse il passaggio dai loro fondi. La disposizione, sulla scorta di Cic., *Caec.* 19.54, e Fest., sv. '*viae*', viene così ricostruita dagli editori: «viam muniunto; ni sam (= eam) delapidassent, qua volet iumentum agito» (*Tab.* VII.7: cfr. «FIRA», cit., I, p. 50).

⁸³ E' merito di B. BIONDI (*Passo necessario*, in «Studi E. Besta» I, Milano, 1939, p. 267 ss.) avere confutato la dottrina che, quasi unanimemente, aveva sin lì negato l'origine romana della servitù coattiva di passaggio, riportandone le origini a consuetudini e costruzioni medievali. In tal senso si era infatti cautamente espresso per primo, nei suoi *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali*, il solo Biagio Brugi (I. *Intorno all'asserita mancanza nel diritto romano classico di principi relativi al passo necessario*, in «AG.» XXV, 1880, p. 321 ss., e II. *Esame dei principi riguardanti il passo necessario*, cit., p. 193 ss.), seguito praticamente da tutta la dottrina romanistica del tempo: la si veda citata in BIONDI, *Passo necessario*, cit., p. 268 ss.

⁸⁴ Cfr. D. 10.2.22.3 (Ulp. 19 *ad ed.*), D. 10.3.18 (Iav. 2 *ep.*) e D. 10.3.7.1 (Ulp. 20 *ad ed.*). Il meccanismo costitutivo diverrà presto idoneo a costituire '*iure*' una servitù: D. 8.3.23.3 (Paul. 15 *ad Sab.*): '*Quaecumque servitus fundo debetur, omnibus eius partibus debetur: et ideo quamvis particulatim venerit, omnes partes servitus sequitur et ita, ut singuli recte agant ius sibi esse eundi. Si tamen fundus, cui servitus debetur, certis regionibus inter plures dominos divisus est, quamvis omnibus partibus servitus debeatur, tamen opus est, ut hi, qui non proximas partes fundi divisi iure habeant aut, si proximi patiantur, transeant*'.

⁸⁵ «Clavis huius materiae» lo definisce RICCOBONO, *La destinazione*, cit., p. 397.

esset, an fructuario servitus debeat. respondit, quemadmodum, si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestari via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede, ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi usufructuario praestet ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore optinuerit, sive donec usus fructus permanet sive dum ad suam proprietatem redierit.

Nel caso esaminato dal giurista, il proprietario di due fondi dispone per legato della piena proprietà di essi a favore di un soggetto, ma attribuisce l'usufrutto⁸⁶ di uno dei fondi ad un terzo. Quest'ultimo, però, non ha la possibilità di accedere alla *via* pubblica, se non passando proprio attraverso l'altro fondo legato e pertanto Marcello si chiede se, in tal caso, *fructuario servitus debeat*. Il giurista risponde positivamente, giustificando la sua opinione con la circostanza che, essendo nota al testatore la situazione di interclusione del fondo, questi avrebbe inteso attribuire all'usufruttuario la '*servitus*'. Ritengo però che qui ci troviamo di fronte non già una servitù che, in quanto tale, non poteva spettare alla persona dell'usufruttuario, ma ad un *ius transeundi* temporaneo, inteso come *adminiculum* dell'usufrutto. E per questa ragione l'erede rimane obbligato a consentire il passaggio all'usufruttuario poiché, come osserva altrove lo stesso giurista '*sine accessu nullum est fructum legatum*'⁸⁷.

Dal frammento è possibile dunque desumere che a legittimare questo passaggio – non certo a costituire la servitù – fosse stata la *voluntas defuncti*⁸⁸, ma ritenendo tale *voluntas* rivolta essenzialmente alla concessione dell'usufrutto, di cui il passaggio costituisce soltanto un profilo accessorio. Mi sembra infatti possibile osservare che, nonostante il tenore letterale del passo, sia artificioso e fuorviante collegarsi ad una siffatta volontà – che, per altro, ha tutto l'aspetto di una creazione fittizia se non, come mi verrebbe di pensare, di una sorta di «glossema», quasi di una spiegazione a margine da parte di un lettore – per ipotizzare una costituzione di servitù e ciò anche perché, se il testatore avesse effettivamente voluto gravare di servitù uno dei due fondi, non vedo cosa gli avrebbe potuto impedire di farlo espressamente. In fondo è questa la ragione per cui la dottrina⁸⁹, per superare l'imbarazzo concettuale della situazione, ha dovuto riconoscere che dalla *voluntas* del *de cuius* potesse discendere soltanto un passaggio temporaneo e non una servitù vera e propria, che andava costituita '*nominatim*'. Dunque sembrerebbe più logico e metodologicamente più corretto e conducente, collegare ad un'elementare esigenza economico-sociale, le ragioni per le quali si arriva, in circostanze siffatte, alla necessaria concessione del «passaggio» sul fondo intercluso, da cui scaturisce soltanto una situazione giuridica transitoria, legata alla necessità di tutelare le esigenze del proprietario del fondo intercluso, riconoscendogli il passaggio, inteso però come un accessorio dello *ius utendi fruendi*.

Ed infatti Ulpiano, in un altro noto frammento, afferma come l'*iter* afferisca comunque al fondo, anche nel caso in cui il testatore avesse disposto diversamente:

D. 7.6.1.1 (Ulp. 18 *ad Sab.*): Usus fructus legatus adminiculis eget, sine quibus uti frui quis non potest: et ideo si usus fructus legetur, necesse est tamen ut sequatur eum aditus, usque adeo, ut, si quis usum fructum loci leget ita, ne heres cogatur viam praestare, inutiliter hoc adiectum videatur: item si usu fructu legato iter ademptum sit, inutilis est ademptio, quia semper sequitur usum fructum.

⁸⁶) Cfr., a proposito del testo di Marcello, BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, p. 79 ss.

⁸⁷) D. 8.2.10 (Marc. 4 *dig.*): '*Gaurus Marcello: binas aedes habeo, alteras tibi lego, heres aedes alteras altius tollit et luminibus tuis officit: quid cum illo agere potes? et an interesse putes, suas aedes altius tollat an hereditarias? et de illo quaero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem quae legatur praestare debet, sicut solet quaeri, cum usus fructus loci legatus est, ad quem locum accedi nisi per alienum non potest. Marcellus respondit: qui binas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium: idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum usum fructum legaverit. non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum, habitare autem potest et aedibus obscuratis. ceterum usu fructu loci legato etiam accessus dandus est, quia et haustu relicto iter quoque ad hauriendum praestaretur. sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usu diurni moderatione*'. Sul testo, anche in relazione a D. 33.2.15.1, cfr. RICCOBONO, *La destinazione*, cit., p. 393.

⁸⁸) Cfr. in tal senso ASTOLFI, *Costituzione*, cit., 192 ss.

⁸⁹) Si veda BIONDI, *Passo necessario*, cit., p. 277.

Dall'esame della situazione descritta da Marcello, e dal confronto con quanto sostiene Ulpiano, mi sembra possa trarsi una significativa conseguenza: il riferimento alla *voluntas* di D. 33.2.15.1 non appare stridere con il dato giuridico, soltanto nella misura in cui lo si ritenga limitato alla concessione all'erede dell'*aditus*, quale presupposto dell'*uti-frui*, non certamente della servitù, trovando già la situazione di fatto un suo riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico. Ciò fa comprendere come, talvolta, il richiamo ad una presunta volontà del testatore sia stata ritenuta il frutto di interventi postclassici o giustinianeî ⁹⁰ con i quali, proprio puntando sulla volontà «presunta», ci si allontanava dalle motivazioni giuridiche originarie, che, nel caso dell'usufrutto, erano costituite dall'inerenza del passaggio «necessario» all'usufrutto stesso. Così facendo si sarebbe falsata la situazione normativa classica e si sarebbe prodotto l'effetto indotto di fare della volontà tacita un indice caratterizzante ogni ipotesi di costituzione non espressa di servitù. Per questa via, cadendo l'affidabilità di una siffatta tacita *voluntas* ⁹¹, si sarebbe aperto uno scenario teorico alterato che avrebbe finito per disorientare la dottrina, ingenerando l'idea che anche le situazioni di fatto descritte nei testi in cui un tale riferimento era contenuto, fossero di creazione postclassica o giustiniana e che, in definitiva la soluzione prospettata per disciplinare tali situazioni fosse del tutto estranea al diritto romano classico.

L'esame delle fonti mostra, viceversa, come fossero semplici – ma irrinunciabili – esigenze pratiche generali ad essere recepite spontaneamente dall'ordinamento, ponendo le basi di ipotesi costitutive «necessariamente» tacite di servitù, recepite così – e nei termini anzidetti – dallo stesso diritto classico. Analogamente in un tormentato frammento di Scevola – a mio avviso, nonostante alcune discordanze lessicali, sostanzialmente genuino ⁹² – in cui sembra possano cogliersi elementi per sostenere la sussistenza di ipotesi costitutive tacite, emerge la rilevanza della tutela del pretore che, attraverso la concessione di un'*exceptio*, garantisce la «costituzione mediata» ⁹³, *ipso iure*, della servitù:

D. 8.5.20.pr. (Scaev. 4 *dig.*): Testatrix fundo, quem legaverat, casas iunctas habuit: quaesitum est, si hae fundo legato non cederent eumque legatarius vindicasset, an iste fundus aliquam servitutem casis deberet aut, si ex fideicommissi causa cum sibi dari legatarius desideraret, heredes servitutem aliquam casis excipere deberent. respondit deberi.

Il caso è quello di una testatrice che, disponendo con un legato, probabilmente ribadito con un fedecommissario, la proprietà di un fondo in cui insistevano anche '*casae iunctae*', ma non ricomprendendo queste ultime nella disposizione, finiva per determinare nei confronti dell'erede una situazione di interclusione che impediva a questi di entrare nella disponibilità dei beni. Il provvidenziale intervento del magistrato assume qui una forte funzione di tutela nei confronti dell'erede, garantendogli, nella fattispecie, la proprietà delle *casae iunctae* contro la *reivindicatio* del legatario, sulla scorta di considerazioni legate all'assetto dei luoghi ed al suo mantenimento, ma in ciò mostrando attenzione per una problematica che, seppur privata, assumeva certo una notevole rilevanza sociale ⁹⁴.

Così, d'altro canto, erano esigenze generali – direi di rilevanza pubblica – a legittimare, da età antichissima, interventi volti a costituzioni coattive di passaggio ⁹⁵, come nel caso di calamità od eventi eccezionali:

D. 8.6.14.1 (Iav. 10 *ex Cass.*): Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet.

⁹⁰ Cfr. FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit., p. 382 nt. 3, e G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano* ², Torino, 1958, p. 199 ss.

⁹¹ Il profilo della *voluntas*, in relazione alla destinazione del padre di famiglia viene sviluppato da BIONDI, *Fondamento e carattere*, cit., p. 500 ss.

⁹² Si vedano gli autori (citati da ASTOLFI, *Un caso*, cit., p. 352 nt. 14 e 15) che, su questa linea, si oppongono all'opinione del Riccobono (*La destinazione*, cit., p. 402 ss.) che proponeva di espungere '*deberi*' per un originario '*non debere*'. Per tutti cfr. comunque GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 224, e, da ultimo, ZOZ, *La costituzione tacita*, cit., p. 75 ss.

⁹³ ASTOLFI, *Un caso*, cit., p. 351.

⁹⁴ Al riguardo viene talvolta assunto un altro frammento di Scevola, D. 8.2.41.pr., ma sull'utilizzazione di questo passo la dottrina mostra una certa cautela: cfr. ASTOLFI, *Costituzione*, cit., p. 199 s.

⁹⁵ Cfr. tra l'altro *supra*, nt. 83.

D. 43.8.2.25 (Ulp. 68 *ad ed.*): Si viae publicae exemptus commeatus sit vel via coartata, interveniunt magistratus.

E sono pure esigenze pubbliche a consentire la costituzione coattiva dell'*iter ad sepulchrum*⁹⁶ che, tradizionalmente concesso a titolo precario, viene formalizzato, con la tutela imperiale concessa *extra ordinem*, in un vero e proprio diritto. Fondamentale, al riguardo⁹⁷,

D. 11.7.12.pr. (Ulp. 15 *ad ed.*): Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur, imperator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut, quotiens non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat. non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur praeses et iam compellere debet iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum⁹⁸.

Pur non potendosi certamente in questi casi, ed altri ancora⁹⁹, parlare di servitù vera e propria, data la temporaneità del diritto di passaggio concesso, rimane la circostanza che ci viene testimoniata una situazione che non è soltanto di fatto, ma giuridica e che presenta, in embrione, elementi peculiari della servitù, primo fra tutti l'esercizio del diritto-potere su un fondo altrui, configurandosi dunque – quantomeno sul piano dell'apprezzamento da parte dell'ordinamento giuridico e della conseguente tutela di specifiche esigenze pratiche – con i caratteri di una «servitù» *in fieri*¹⁰⁰.

Ed allora, quando Giustiniano parla esplicitamente di servitù¹⁰¹, non elabora un concetto diverso sol perché tramuta la provvisorietà della concessione in cui versa l'usufruttuario del fondo intercluso in una situazione stabile e perpetua, ma in certa misura sana, dando ad essa veste e caratteri di generalità, una situazione che il diritto romano conosceva ed ammetteva da tempo, sia pure su un piano normativo, per così dire, '*ad personam*', e dunque diverso da quello della servitù, in relazione a singole situazioni ed esigenze che di volta in volta si presentavano, vuoi sulla scorta di fenomeni naturali o comunque oggettivi, che rendevano necessario l'utilizzazione di un fondo altrui per esercitarvi il «passaggio», sia per casi specifici legati ad atti di disposizione privata: in entrambe le situazioni la costituzione del «diritto» di passaggio, a non volerlo chiamare servitù, avveniva *iure*.

La circostanza dell'ammissibilità teorica e pratica di situazioni siffatte, sin da epoca classica, non viene dunque intaccata dalla constatazione che il diritto giustiniano disciplinò in termini chiari la materia, dando ad essa esplicita rilevanza giuridica. Anzi, talune incertezze presenti nella compilazione depongono a favore della difficile ricezione di un principio preesistente – anche se in modo disorganico – nell'esperienza giuridica romana. Ed infatti, talvolta la situazione di assoggettamento di un fondo al passaggio del proprietario di un altro fondo si dice costituita '*ipso iure*', dunque con un apprezzamento automatico della situazione di fatto da parte dell'ordinamento, come nel caso in cui il fondo servente venga trasmesso con un legato *per vindicationem* :

D. 30.81.3 (Iul. 32 *dig.*): ... Si vero solum quoque exceptum fuerit, fundus excepta villa vindicari debet et servitus ipso iure villae debetur ...

⁹⁶ Sullo specifico problema dell'*iter ad sepulchrum*, cfr. R. DANIELI, *In tema di iter ad sepulchrum*, in «Studi Albertario», II, cit., p. 301 ss.

⁹⁷ Commento e letteratura in DANIELI, *In tema*, cit., p. 310 ss.

⁹⁸ Si vedano pure D. 11.7.10 (Ulp. 25 *ad ed.*), D. 19.1.53.1 (Lab. 1 *piiban.*) e D. 47.12.5 (Pomp. 6 *ex Plaut.*).

⁹⁹ Li si vedano raccolti da BIONDI, *Passo necessario*, cit., p. 271; cfr. anche BONET CORREA-CALDERON, *Sobre la supuesta constitucion*, cit., p. 312 ss.

¹⁰⁰ Ciò con una certa promiscuità definitoria, consentita dall'affinità di talune ipotesi costitutive alla servitù: si veda D. 8.1.14.1 (Paul. 15 *ad Sab.*): '*Servitus itineris ad sepulchrum privati iuris manet et ideo remitti domino fundi servientis potest: et adquiri etiam post religionem sepulchri haec servitus potest*'.

¹⁰¹ Cfr. BIONDI, *Passo necessario*, cit., p. 276 ss. e *passim*.

Altra volta il diritto si considera costituito 'iure', se ad esso viene data spontaneamente esecuzione dalle parti interessate:

D. 8.3.23.3 (Paulus 15 *ad Sab.*): ... opus est, ut hi, qui non proximas partes servienti fundo habebunt, transitum per reliquas partes fundi divisi iure habeant aut, si proximi patiantur, transeant.

In altri casi, infine, come abbiamo avuto modo di vedere¹⁰², è dalla pronuncia del giudice¹⁰³ che può scaturire il diritto di passaggio del titolare del fondo intercluso attraverso il fondo limitrofo.

Questo multiforme stato di cose credo possa consentirci di ritenere che il diritto giustiniano non sviluppa una materia del tutto nuova, nel concedere l'*iter* nei casi di interclusione, ma la riordina, connotandola diversamente e assumendo con essa, ma in senso generale, la differente situazione di concessione 'ad personam', non più rilevante soltanto di fatto ed in casi sporadici, ma oramai profondamente avvertita nei rapporti socio-economici e quindi rilevante sul piano dell'apprezzamento giuridico generale.

Abbiamo così notato come ai casi di costituzione atipica, se non esattamente «aformale», *pactionibus et stipulationibus*, si possa aggiungere un'ulteriore, ed importante, circostanza in cui l'ordinamento tutela una situazione che, di fatto, si instaura fra fondi. Per cui, così come 'iure' avveniva la costituzione *pactionibus et stipulationibus*, parimenti si considerava effettuata 'iure' la concessione della servitù di passaggio in forza del mantenimento di uno *status quo* preesistente ed irrinunciabile. La servitù diveniva coattiva soltanto se e nel momento in cui si richiedeva l'intervento giurisdizionale per l'opposizione del proprietario del fondo gravato dal passaggio, ma poteva sorgere, di fatto, anche senza un tale intervento e senza una costituzione formale.

In ogni caso, comunque, non è alla *voluntas* di un precedente comune proprietario che bisogna guardare poiché, se una *voluntas* vi fu, questa si estrinsecò nel creare una situazione di dipendenza di fatto fra i fondi, allorché essi erano entrambi appartenenti al medesimo *dominus*, tenendo però ben presente che nessuna volontà aveva questi di costituire una servitù – in senso strettamente giuridico – fra gli stessi (prescindendo dalla circostanza che non avrebbe potuto farlo per via del '*nemini res sua servit*'), ma che aveva semplicemente dato ai luoghi un assetto rispondente ad esigenze pratiche, ad esempio di coltivazione, senza alcuna volontà di «giuridicizzare» la situazione che ne scaturiva. Una tale volontà, dunque, nulla aveva a che vedere con l'eventuale trasferimento a diversi soggetti.

D'altro canto, se una volontà vi fosse stata, nel senso della costituzione del diritto, non vi era alcuna ragione per la quale il disponente, a conoscenza dei modi giuridici di trasferimento che poneva in essere per realizzare il suo scopo (il legato, ad esempio, o la *mancipatio*), non dovesse conoscere e quindi dare concreta attuazione anche ai modi formali di costituzione di servitù. Sembra invece possibile pensare che sia l'apprezzamento che l'ordinamento fa della situazione dei luoghi, dello *status quo ante*, in una parola della 'forma' dei fondi, nel senso che adopera Marcello in D. 33.2.15.1 ('... *haec forma in agris servetur*'), ovvero «impronta», forma «impressa» ai luoghi¹⁰⁴, a legittimare l'asservimento giuridico dell'un fondo rispetto all'altro, tanto nell'ipotesi di trasferimento di fondi appartenenti ad un precedente comune *dominus* quanto, prescindendo da questa situazione, laddove

¹⁰²) Cfr. D. 11.7.12.pr.

¹⁰³) A parte i casi di *adiudicatio servitutis*: cfr. *supra*, nt 52.

¹⁰⁴) Negli stessi termini in cui le fonti parlano, oltretutto di '*forma et situs agri*', '*forma parietum*', '*forma aedificii*' o '*forma porticus*' e nella forte accezione in cui '*forma*' è '*notio, cuius differentia ad caput generis et quasi fontem referri potest*': Cfr. Æ. FORCELLINI, «Lexicon Totius Latinitatis» (cur. F. CORRADINI), II, Pavia, 1940, sv. '*forma*', p. 517. Il termine assume una diffusa connotazione tecnico-giuridica tanto nel diritto privato (si pensi a locuzioni quali '*forma libertatis*', '*forma contractui*', '*pollicitationi*', '*testamenti*' etc.: cfr. «Vocabularium Iurisprudentiae Romanae», II, Berlin, 1933, s.h.v., c. 905 s.) e processuale ('*forma iurisdictionis*': D. 8.10.31), quanto nel diritto pubblico, assumendo e amplificando il significato di 'impronta strutturale' in espressioni come '*forma rei publicae*', '*forma civitatis*', '*forma provinciae*', '*forma regni*', etc.: cfr. «Th.L.L.», VI.1, Leipzig, 1912-1926, sv. '*forma*', c. 1076. Si vedano, per l'uso del termine in relazione alla moneta, la *lex Rubr.* 21 ('*pecunia certa credita, signata forma publica populi romani*'), D. 18.1.1.pr. (Paul. 33 *ad ed.*: '*aeque materia forma publica percossa*') e D. 48.13.8.pr. (Ulp. 7 *off. proc.*: '*pecuniam forma publica vel signatam*').

il fondo si presenti comunque intercluso.

4. La situazione assume particolare rilevanza in relazione alle servitù urbane. È ben noto come lo sviluppo urbanistico di Roma, specialmente dal II secolo, abbia determinato una rapida evoluzione delle esigenze pratiche sottese alla disciplina dei rapporti fra immobili attigui e una conseguente affermazione delle servitù urbane di segno opposto a quella delle servitù rustiche. Invero, mentre le servitù rustiche nascono e si evolvono nell'ambito di un sistema tendenzialmente chiuso e tipizzante¹⁰⁵, le urbane sfuggono ad una cristallizzazione¹⁰⁶ per «tipi». Ciò, per altro, ben si comprende, se consideriamo quanto più rapida e multiforme possa essere stata l'evoluzione delle servitù urbane, di pari passo allo sviluppo urbanistico ed all'incremento demografico che porta la città ad espandersi rapidamente. Così, già sul finire della repubblica, la vecchia *domus*, costruita su un unico piano, viene ampliata e trasformata, per ricavare sempre maggiori spazi abitativi, mentre si diffondono case «binarie» separate da muri comuni *pro indiviso*, e gradualmente sorgono le cosiddette *insulae*, grandi isolati a più piani che verticalizzano e moltiplicano le unità abitative¹⁰⁷ e che, come alveari, vengono edificate lungo le vie ed ai lati delle piazze. Il fenomeno, va aggiunto, non sembra esclusivo delle città, dal momento che anche in collina si costruiscono case a schiera su piani differenziati e dunque con parti aderenti e variamente «asservite» l'un l'altra¹⁰⁸.

Tutto ciò determina un forte impulso a disciplinare le nuove conseguenti problematiche legate ai rapporti fra immobili vicini o contigui. Valga per tutti il caso degli stillicidi, la cui esigenza regolamentativa si connette all'evoluzione della *domus*, intesa come fabbricato autonomo rispetto alle altre costruzioni, per la quale il problema del convogliamento delle acque pluviali dal tetto, non si poneva, essendo l'acqua incanalata nelle cisterne della casa o defluente nell'*ambitus*¹⁰⁹ circostante, *circuitus aedificiorum*¹¹⁰ a servizio degli immobili attigui. Soltanto allorché la copertura del tetto venne sostituita per far posto alle sopraelevazioni¹¹¹, rese necessarie dallo sviluppo demografico, il problema dello *stillicidium* si pose con urgenza rispetto ai piani sottostanti e richiese una regolamentazione¹¹². Tutto ciò in un'epoca che, probabilmente, risale a prima del II secolo, in cui Quinto Mucio¹¹³ apre la serie delle riflessioni dei giuristi sulle servitù urbane, anche se è certamente a partire dalla seconda

¹⁰⁵ Il problema della cosiddetta tipicità delle servitù, nel più ampio contesto della tipicità dei diritti reali («Typenzwang»), è complesso ed articolato ed, a mio modesto avviso, ancora aperto; cfr. da ultimo A. BURDESE, *Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, in «AG.», CCXVIII, 1998, p. 3 ss. (ed ivi letteratura recente). I riflessi del problema storico sul diritto moderno sono opportunamente posti in luce da P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974, specie p. 35 ss.

¹⁰⁶ Cfr. G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967 (su cui T. MAYER-MALY, *Lo sviluppo delle servitù*, in «Labeo», XVIII, 1972, p. 214 ss.) p. 182 ss.

¹⁰⁷ Cfr. G. CALZA, *La preminenza dell'insula nell'edilizia romana*, in «Monumenti antichi. Accademia dei Lincei» XXIII, 1916, p. 559 ss., e G. LUGLI, *La tecnica edilizia romana con particolare riguardo a Roma ed al Lazio*, I, Roma, 1957, p. 364 e 409 ss.

¹⁰⁸ Come sembra attestato dagli scavi archeologici. Lo ha ricordato, recentemente, Giovanni Negri (*Un esempio di organizzazione sistematica dell'esperienza scolastica serviana*, in «La codificazione del diritto dall'antico al moderno» – cur. E. DOVERE –, Napoli, 1998, p. 122 ss.).

¹⁰⁹ Alla scomparsa dell'*ambitus* vengono in dottrina connessi i nuovi problemi relativi al rapporto fra case limitrofe: cfr. A. BURDESE, *Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù. A proposito di taluni recenti studi*, in «Studi G. Grosso» I, Torino, 1968, p. 524.

¹¹⁰ Cfr. Fest., *verb. sign.*, sv. '*ambitus*' (L. p. 5), e Varr., *ling. Lat.* 5.22. Sull'*ambitus* cfr. A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, p. 55 ss. e letteratura ivi citata. L'*ambitus* solleva interrogativi complessi e le fonti sono suscettibili di analisi da vari e suggestivi punti di vista; ai nostri particolari fini, quel che interessa è che esso comunque consentiva anche un regolare deflusso delle acque piovane fra case non adiacenti, per le quali valevano le regole connesse al *paries communis*, regole certamente nuove, che la peculiarità della situazione concreta avrebbe ben presto delineato, in una progressione normativa che si sarebbe sviluppata sino all'*oratio divi Marci*.

¹¹¹ E dunque eliminando l'*impluvium* con la copertura del tetto *testudinatum* ('*supra spatiosae redduntur habitationes*'): Vitruv., *arch.* 6.3.2.

¹¹² Cfr. FRANCIOSI, *Studi*, cit., p. 187 s.

¹¹³ D. 8.2.7 (Pomp. 26 *ad Q. Muc.*).

guerra punica¹¹⁴ che il fenomeno assume uno sviluppo esponenziale.

E' agevole allora comprendere come la difficoltà di regolamentazione «per tipi», che appare ristrettivamente rappresentata dalle «categorie» degli *iura stillicidiorum, parietum* e *luminum*¹¹⁵, abbia costituito e possa essere stata, al contempo, causa ed effetto dell'attenuarsi del formalismo costitutivo – come la varietà e la molteplicità delle fonti in uso attesta¹¹⁶ – ed abbia anzi offerto un fertile terreno su cui ipotesi costitutive «tacite» poterono iniziare ad attecchire, sulla scorta dell'esigenza «strutturale» della costituzione di servitù urbane, volta esclusivamente a «vincolare l'immobile servente allo stato dei luoghi in quel dato momento»¹¹⁷. A tal proposito acquista un grande rilievo preliminare l'analisi del concetto di 'forma' degli immobili, quale ci viene presentato dalle fonti.

Nelle fonti troviamo, infatti, riferite *leges mancipii* che non sembrano finalizzate a creare nuove situazioni di servizio fra gli immobili, ma a suggerire con formule tratte dallo stato dei luoghi, la sussistenza di un 'servire', correlato ad una 'forma' degli edifici immodificabile. Ma, voglio precisare, non è ad una «categoria sociale» o «pregiuridica» che facciamo riferimento, allorché parliamo di 'servire', ma ad una «categoria giuridica» a tutto tondo, radicata nella relazionalità urbana e fortemente avvertita nel sentire sociale¹¹⁸. Inoltre, com'è stato autorevolmente sottolineato¹¹⁹, è certo che i primi rapporti fra immobili attigui, conseguenti al venir meno dell'*ambitus* fra gli edifici, sia avvenuto proprio con *leges mancipii* e non con convenzioni meramente obbligatorie.

Il *dictum* formale, sia pure di quello che mi è parso possibile definire un «formalismo attenuato»¹²⁰, assume dunque un valore costitutivo della servitù, operando come una sorta di «trasformatore» del dato fattuale in giuridico, e dando veste e riconoscimento formale alla situazione di asservimento preesistente e la formula appare finalizzata a chiarirlo senza possibilità di equivoci. La dichiarazione, infatti, non necessariamente costituisce una «nuova» situazione di asservimento, imponendo la servitù, ma anzi normalmente attesta, formalizzandola nella veste della servitù, la sussistenza di una situazione di vantaggio preesistente, rappresentata dall'asservimento di un fondo rispetto ad un altro, asservimento cristallizzato dallo stato dei luoghi e dalle opere funzionali ad esso. Disancorandoci da una valutazione formalistica che muova dal dogma del '*nemini res sua servit*', dobbiamo allora constatare come, dal momento che la servitù nasce soltanto dopo la pronuncia della *lex*, essa

¹¹⁴ Così G. GROSSO, *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in «BIDR.», LXX, 1967, p. 115 (= *Scritti*, II, cit., p. 692), e BURDESE, *Considerazioni* cit., p. 524; da ultimo cfr. M. F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, p. 241 s. (ed ivi letteratura); cfr. pure, in una prospettiva di trasversalità fra diritto romano e sviluppi moderni, M. F. CURSI, '*Modus servitutis*' e '*tipicità convenzionale*' tra diritto romano e codice civile, in «Rivista di diritto civile», XLVI, 2000, p. 475 ss. e *passim*. Giustamente il Burdese non attribuisce a Liv., *urb. cond.* 5.55.5 valore probatorio di una risalenza della *servitus cloacae* alla fase della ricostruzione di Roma dopo l'incendio gallico (in questo senso invece FRANCIOSI, *Studi*, cit., p. 52 s.), ma credo che probabilmente, allorché Quinto Mucio attesta l'esistenza di servitù urbane, il processo evolutivo di queste si fosse avviato da un tempo sufficiente a consentirne la diffusione nell'uso cittadino ed a suscitare problemi di configurazione giuridica e dunque non sarebbe probabilmente eccessivo pensare, quantomeno, alla metà del III secolo.

¹¹⁵ Cic., *de orat.* 1.38.173, e *leg.* 1.4.14 e 2.19.47 hanno al riguardo un valore di mero orientamento e non incidono sulla circostanza che la materia sfugge ad una rigida tipizzazione, per la stessa indole frastagliata e imprevedibile delle situazioni di fatto da cui traggono origine le servitù urbane; per le riserve sull'utilità dell'elencazione ciceroniana si veda, per tutti, G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, in «SDHI.», III, 1937, p. 279 ss. (= *Scritti*, II, cit., p. 199 ss.).

¹¹⁶ Cfr. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., specie p. 137 ss.

¹¹⁷ Così A. CORBINO, *Servitus oneris ferendi e refectio parietis*, in «Mélanges C.A. Cannata» (cur. R. RUEDIN), Bâle-Genève-München, 1999, p. 29. Sul tema, in qualche modo connesso al nostro problema, si vedano altresì A. RUSSO, *Servitù di appoggio e refectio parietis*, in «Labeo», XXX, 1984, p. 71 ss., M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, p. 20 ss., PALMA, *Iura vicinitalis*, cit., p. 199 ss., M. RAINER, *Der 'paries communis' im klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», CV, 1988, p. 488 ss., e da ultimo, ampiamente, CURSI, *Modus servitutis*, cit., p. 244 ss., e letteratura ivi citata.

¹¹⁸ Un interessante approccio a quest'aspetto (per altro attentamente valutato da PALMA, *Iura vicinitalis*, cit., *passim*), è sviluppato in una più ampia prospettiva da C.J. BANNON, *Servitudes for water use in the roman suburbium*, in «Historia», L, 2001, p. 34 ss.

¹¹⁹ Cfr. BURDESE, *Considerazioni*, cit., p. 528.

¹²⁰ Cfr. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., p. 140 ss.

dovrebbe assumere, anche nel tenore formale, una considerazione onnicomprensiva del nuovo *ius in re aliena*. Ma a ciò si oppone il tenore stesso delle dichiarazioni contenute nelle *leges* che, normalmente, sono laconiche e non precisano alcunché in ordine alle caratteristiche concrete dell'esercizio del diritto ovvero del vantaggio che il titolare dell'immobile «dominante» trae dall'utilizzazione dell'immobile «servente», proprio perché presuppongono, assumendolo come un dato preesistente e certo, la situazione di asservimento.

La considerazione, nelle fonti, di una dichiarazione espressa in forma di *lex*, ai fini della ricognizione di un tale stato di asservimento sussistente fra due immobili, ovvero di una mera *mentio servitutis*, costituisce oggetto di elaborazione ulteriore da parte dei giuristi anche in situazioni diverse dalla *mancipatio*, ma ad essa, da questo particolare angolo di osservazione, sostanzialmente accostabili. In questa prospettiva occorre riflettere sulle *leges mancipii* con le quali l'alienante poteva in vario modo porre delle regole in ordine ad una servitù prediale. Il problema va essenzialmente posto per le servitù urbane¹²¹, poiché è proprio in relazione ad esse che la dichiarazione – che nel caso di proprietà di due immobili, uno soltanto dei quali venga alienato, potrebbe anche non rispondere necessariamente ad un esclusivo interesse dell'alienante, in quanto nulla vieterebbe che, proprio per consentire l'operazione negoziale, possa essere relativa ad una servitù gravante sull'immobile mantenuto nella proprietà di questi – integra la *mancipatio* e contribuisce a formare lo «statuto» dell'immobile alienato, la '*forma ac statum*' di questo:

D. 8.2.11.pr. (Ulp. 1 *de off. consul.*): Qui luminibus vicinorum officere aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere.

Nelle fonti ci viene attestata una situazione particolare e ricorrente: in occasione di *mancipationes*, l'alienante, trasferendo un immobile già legato da uno stato di asservimento ad un altro che rimaneva di sua proprietà, poteva '*dicere*' una *lex mancipii* con la quale prevedere una determinata servitù fra il fondo trasferito e quello trattenuto:

D. 8.4.6.pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*): Si quis duas aedes habeat et alteras [tradat] <mancipet>, potest legem [traditioni]¹²² <mancipationi> dicere, ut vel istae quae non [traduntur] <mancipantur> servae sint his quae [traduntur] <mancipantur>, vel contra ut [traditae] <mancipatae> retentis aedibus serviant ...

In questo caso, dunque, la valutazione del ruolo assunto dalla *lex* assume un significato che per essere esattamente focalizzato, va posto in rapporto alla «tipicità» della situazione relativa al proprietario di due fondi che decide di alienarne uno, nonché alla rilevanza assunta – in tale situazione – da uno *status quo ante* già ben definito ed individuabile nel rapporto di asservimento di fatto sussistente fra gli immobili, finché appartenenti al medesimo proprietario. Che la decisione di quest'ultimo riguardi, invero, la ricognizione di uno *status quo ante* preesistente, nel rapporto fra gli immobili, è infatti implicito poiché, se ad una tale decisione perviene all'atto di trasferire uno di essi, è impensabile che tale situazione non sussistesse già quando i fondi gli appartenevano entrambi.

Con l'ulteriore conseguenza che lo scopo della *lex mancipii* sembra essere quello di operare una ricognizione – in termini formalmente e dunque giuridicamente idonei ad ottenere il risultato voluto – di una situazione preesistente che era tenuta ferma anche laddove, in ipotesi, la servitù gravasse sul fondo che l'alienante si riservava. La giustificazione di ciò riposa nella necessità di mantenere una situazione di asservimento fra i due immobili, preesistente e consolidata, nonché palese in base allo stato dei luoghi.

Alla luce di queste considerazioni preliminari, quel che dobbiamo chiederci è se – ed in quale senso – una siffatta *lex mancipii* avesse un'efficacia propriamente costitutiva della servitù prediale su

¹²¹) Cfr. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., specie p. 163 ss.

¹²²) Circa il «maldestro» uso del dativo, forse rivelatore di un intervento da parte dei compilatori, si veda RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., p. 106 nt. 61.

uno dei due fondi.

Ancora una volta sembra utile muovere dalle formule usate:

D. 8.2.17.3 (Ulp. 29 *ad Sab.*): Haec lex [traditionis] <mancipii> 'stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint';

D. 18.1.33 (Pomp. 33 *ad Sab.*): Cum in lege [venditionis] <mancipii> ita sit scriptum: 'flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint.

Varr., *ling. Lat.* 5.27: Fluvius, quod fluit, item flumen: a quo l e g e praediorum urbanorum scribitur: 'stillicidia fluminaqu[a]e ut ita cadant fluantque';

D. 8.2.23.pr. (Pomp. 33 *ad Sab.*): Si servitus imposita fuerit 'lumina quae nunc sunt, ut ita sint' ... quod si ita sit cautum 'ne luminibus officiat' ...

Cic., *de orat.* 1.39.179: ... simili in re quodam modo nuper erravit: nam cum aedis L. Fufio venderet in mancipio lumina, uti tum essent, ita recepit ...

Le clausole sono ellittiche e laconiche e assumono un carattere «di stile»; sono ben lontane, nella forma e nella funzionalità, dalle 'nuncupationes' che, in seno alla *mancipatio*, incidono sull'atto modificandone gli effetti giuridici. Si pensi alle clausole, che ritengo *nuncupationes*¹²³, relative alla *deductio ususfructus*: dalla loro pronuncia non soltanto nasce *ex novo* l'usufrutto, ma è lo stesso atto di trasferimento che viene dimensionato nella forma e, prima ancora, nell'oggetto, riguardando non già la proprietà piena ma la nuda proprietà, e tutto ciò soltanto dopo la pronuncia della formula con cui il rapporto giuridico formalmente si instaura.

La *lex mancipii* sembra invece acquistare una funzione ricognitiva di una situazione preesistente, che in tal modo viene formalizzata, ma mantenuta esattamente negli stessi termini dello *status quo ante*, trasmettendosi così l'immobile, per dirla con Bartolo, «cum suis servitutibus»¹²⁴, intendendosi però 'servitutes' nel senso più aderente al dato giuridico di «situazioni di asservimento». In tali casi, dunque, non sembra che l'efficacia costitutiva discenda soltanto dalla pronuncia della *lex mancipii* in quanto tale ma, propriamente, dall'apprezzamento che l'ordinamento giuridico opera nei confronti di siffatte dichiarazioni, nella misura in cui esse risultino ricognitive di situazioni preesistenti che proprio in virtù di un tale apprezzamento acquistano rilievo e caratteri di servitù vere e proprie.

Si noti come ciò avvenga in termini sostanzialmente simmetrici alla *mentio servitutis*, alla dichiarazione, cioè, relativa alla sussistenza di una servitù già «formalizzata». Si legga, al riguardo,

Cic., *de off.* 3.16.67: ... M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. E a e s e r v i e b a n t, sed hoc in mancipio Marius non dixerat ...

Nel passo, la preesistente servitù avrebbe dovuto costituire oggetto di un *dictum* meramente ricognitivo, sino al punto di ritenere sussistente la servitù anche prescindendosi dalla relativa dichiarazione 'in *mancipatione*'.

Che si tratti di *lex mancipii* può dedursi dal più esplicito riferimento di Cicerone:

de orat. 1.39.178: Cum enim M. Marius Gratidianus aedis Oratae vendidisset neque servire quandam eorum aedium partem i n m a n c i p i l e g e dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi [in mancipio], id si venditor scisset neque declarasset <in mancipio>¹²⁵, praestare debere.

In altre parole, la *lex mancipii* era usata anche laddove la servitù sussistesse già, anche formalmente,

¹²³) Cfr., per fonti e letteratura, *ibid.*, p. 79 ss. e 130 ss.

¹²⁴) Cfr. *supra*, § 1.

¹²⁵) Sulla correzione indicata, che ci consente di considerare l'espressione 'in *mancipio*' equivalente a 'in *lege mancipii*', si veda RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., p. 91.

come *ius in re aliena*, come nel caso di cui parla Cicerone, e dunque in ipotesi in cui la dichiarazione non poteva certo assumere alcun valore costitutivo.

Le considerazioni svolte possono anche venire riprese in relazione ad atti dispositivi *mortis causa*. In un noto frammento di Giuliano in materia di legati, ad esempio, viene presentato il caso di due *tabernae coniunctae*, vale a dire collegate fra loro in modo stabile. Fra esse non poteva sussistere, formalmente, la *servitus oneri ferendi* (di fatto però sussistente, dato l'asservimento ineliminabile fra gli immobili) sin quando ambedue le *tabernae* appartenevano al medesimo proprietario ma, all'atto del trasferimento *mortis causa* di esse a due diversi proprietari, la servitù doveva necessariamente¹²⁶ estrinsecarsi dalla situazione *quo ante*. Si noti, al riguardo, come Giuliano adotti una soluzione formalistica, rispetto al responso di Minicio¹²⁷, richiedendo pur sempre un *dictum* in tal senso¹²⁸, magari con la pronuncia di un tipo di formula il cui tenore riproduce il modulo terminologico comunemente adottato dalle fonti a proposito delle servitù urbane¹²⁹:

D. 33.3.1 (*Inl. 1 ex Min.*): Qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit: quaesitum est, si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, num inferior oneri ferendo in superioris tabernae loco contineretur. respondit servitutem impositam videri. Iulianus notat: videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatim haec servitus imposita est aut ita legatum datum est: 'tabernam meam uti nunc est do lego'.

In altri termini sembra possa evincersi, anche in questo caso, come la funzione economico-sociale posta a base di operazioni siffatte, non fosse quella di creare, con un *dictum* particolare, un vincolo reale effettivamente «nuovo», bensì di dare una veste giuridicamente idonea a caratterizzare formalmente quella servitù «di fatto» per l'innanzi sussistente fra i due fondi e che non aveva potuto sino ad allora assurgere ad una tale configurazione giuridica per l'insormontabile ostacolo tecnico-giuridico rappresentato dall'appartenenza dei due fondi al medesimo proprietario¹³⁰.

Dunque la *lex* apposta all'atto di trasferimento diviene sì costitutiva del rapporto ed acquista un'efficacia «reale», ma in un senso del tutto particolare, e cioè solo in quanto formalmente idonea a «riconoscere» i dati preesistenti ed a trasformare in giuridica una situazione fino ad allora necessariamente solo di fatto, pur essendo del tutto definita e configurata nei suoi termini essenziali¹³¹.

L'esigenza, avvertita chiaramente ancora da Giuliano, di un '*nominatim dicere*' (o, almeno, di una clausola '*uti nunc est*') al fine di accertare la sussistenza della preesistente «servitù di fatto», sembra costituire il precedente storico del riconoscimento che, ad un certo momento – sicuramente successivo – verrà operato anche della volontà non espressa, ma resa palese da ulteriori elementi¹³².

¹²⁶ Salvo a voler ritenere che Giuliano, come osserva ASTOLFI, *Costituzione di servitù*, cit., p. 195, «pensasse ad un cumulo di calcinacci».

¹²⁷ Se davvero tale responso (che potrebbe anche essere di Sabino, maestro di Minicio) è visibile nel testo: ci sembra, infatti, che i sospetti di rimaneggiamento di esso siano sufficientemente fondati (cfr. «Index Interpolationum», II, Weimar, 1931, c. 280, *ad h.l.*) anche se forse il rimaneggiamento non ha semplicemente riguardato la soppressione di un '*non*' prima di '*videri*' (così Solazzi, *Requisiti*, cit., p. 186).

¹²⁸ Ad un '*nominatim dicere*' accennano anche D. 8.2.30 (Paul. 15 *ad Sab.*), D. 18.1.66.pr. (Pomp. 31 *ad Q. Muc.*) e D. 8.4.10 (Ulp. 10 *ad Sab.*).

¹²⁹ E, specificamente, uguale alla formula relativa alla *servitus oneri ferendi* costituita *inter vivos*: D. 8.2.33 (Paul. 5 *epit. Alf. dig.*): '*... cum in lege aedium scriptum esset: 'paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit' satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere*'.

¹³⁰ Si veda D. 8.2.26 (Paul. 15 *ad Sab.*): '*In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit*'. Cfr. D. 8.3.33.1 (Afric. 9 *quaest.*), su cui si veda A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I.1, Halle, 1873, rist. Aalen, 1963, p. 478, che, d'altro canto, giustamente rileva l'ampio rimaneggiamento del brano (per altri riferimenti cfr. «Index Interpolationum», I, Weimar, 1929, c. 107, *ad h.l.*), nonché BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 104 ss., e GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 89.

¹³¹ Esattamente osserva ASTOLFI (*Costituzione di servitù*, cit., p. 196) che lo stato di fatto è sufficiente ai fini della costituzione tacita, soltanto in quei casi in cui la servitù è «essenziale» come, appunto, nell'ipotesi ricordata da Giuliano, mentre negli altri casi «occorre una sicura volontà del testatore in questo senso, manifestata da altri segni, inequivocabili».

¹³² Si veda pure D. 8.2.30.pr. (Paul. 15 *ad Sab.*). Ci sembra che soltanto in una prospettiva di complessiva e-

5. A questo punto possiamo forse tentare di tracciare una qualche conclusione sul nostro «istituto» e sulla locuzione «destinazione del padre di famiglia». Come abbiamo avuto modo di constatare l'espressione, in questi termini, non è rinvenibile nelle fonti giuridiche romane¹³³ relative alla servitù¹³⁴, e le ragioni di questa assenza stanno nella semplice circostanza che, a mio parere, una costituzione per «destinazione del padre di famiglia», in quanto tale, non esisteva affatto o, quantomeno, non esisteva alcun istituto ricostruibile sulla scorta degli elementi definitivi che nell'espressione «destinazione del padre di famiglia» vengono ricompresi. E mi riferisco, in primo luogo, alla connotazione volontaristica di tale espressione, a cui è viene legata l'idea della definitività della determinazione volitiva, che si è riflessa sulla stessa configurazione dell'istituto, dall'elaborazione medievale ai giorni nostri.

In questo senso non è certamente casuale l'adozione, nella costruzione dell'istituto, dell'espressione latina '*destinare*', che significa, fondamentalmente, dare una «*definitio*», una «*constitutio*» – Plinio la collegava all'*aeternitas*: non '*temporaria mora, verum etiam aeternitatis destinatio*'¹³⁵ – presentandosi dunque il profilo della definitività, trasportata sul piano del diritto, come conseguenza non di una generica ed ipotetica *voluntas*, ma di un *certum consilium*, di una *sententia animi* espressa in modo inequivocabile e proprio per tale ragione assunta dall'ordinamento giuridico. In effetti all'espressione è legata una fortissima connotazione normativizzante, una sorta di «Bestimmung», ovvero tanto di determinazione, di decisione, quanto di vera e propria «norma». Ed è proprio questo profilo, che mi sembra determinante nella configurazione dogmatica del problema, che ritengo vada riproposto in una dimensione teorica in cui appaia rimodellato l'elemento soggettivo e volontaristico e di conseguenza riconsiderato in termini particolarmente rigorosi anche l'approccio oggettivo all'«apparenza» della servitù, approccio ancora oggi vivo, nonostante le affermazioni di principio, anche nella giurisprudenza e nella dottrina civilistica moderna¹³⁶. Riconsiderarlo, direi, nei suoi caratteri di elemento di fatto, di presupposto materiale di un riconoscimento giuridico che è «ordinamentale», poiché solo nell'apprezzamento che l'ordinamento ne fa trova la sua giustificazione genetica e il suo primo fondamento giuridico.

In realtà, il percorso della dottrina che ha portato alla configurazione dell'istituto potrebbe essere corretto e diversamente orientato proprio muovendo dalla constatazione che di un «istituto» denominato '*destinatio patris familiae*' non v'è traccia nelle fonti, e che la locuzione trova la sua diffusione soltanto a partire da Bartolo¹³⁷, che davvero assume in questa materia il ruolo, spesso attri-

voluzione storica il testo giuliano – considerato giustamente «el texto clave» (così BONET CORREA-CALDERON, *Sobre la supuesta constitucion*, cit., p. 335 ss.) – possa trovare una lettura conducente ai fini della ricostruzione della «destinazione del padre di famiglia» in diritto romano. Si tenga presente il fatto che l'atteggiamento piuttosto rigido di Giuliano trovi un suo temperamento implicito nella possibilità di condensare nella sintesi della *lex* ('*uti nunc est*') la ricognizione dello *status quo*, poiché dal tenore stesso della clausola può evincersi la necessità di individuare elementi visibili che evidenzino lo stato di asservimento: ci sembra cioè che il pensiero di Giuliano costituisca un po' un momento transitorio nell'elaborazione giurisprudenziale della disciplina della costituzione «tacita» di servitù.

¹³³) Questa constatazione, per la verità abbastanza semplice, non sembra del tutto recepita nemmeno dalla migliore dottrina che talvolta – forse inconsapevolmente – usa l'espressione '*destinatio patris familiae*'. Tanto condizionante sembra essere una tale suggestione – forse derivante dall'accoglimento dell'espressione nel linguaggio giuridico moderno – che anche in un moderno lessico informatico su disco ottico come «BIA.» («Bibliotheca Iuris Antiqui. Sistema informativo integrato sui diritti dell'Antichità», dir. N. PALAZZOLO, Catania, 1994), ci è capitato di imbatterci in una «stringa di ricerca» (a proposito della voce '*Destinazione del padre di famiglia*' di Giuliano CRIFÒ nell'*Enciclopedia del diritto*: cfr. *supra*, nt. 39) relativa ad una '*destinatio patris familiae*' che, come abbiamo più volte ricordato, è inesistente nelle fonti romane e appartiene soltanto alla «terminologia moderna»: si veda A. BURDESE, '*Servitù prediali. Diritto romano*', in «NNDI.», XVII, Torino, 1970, p. 123.

¹³⁴) Cfr. *supra*, nt. 42.

¹³⁵) *Nat. hist.* 36.24.114.

¹³⁶) Cfr. G. PESCATORE, R. ALBANO, F. GRECO, *Della proprietà*², in «Commentario del codice civile», III.2, Torino, 1968, p. 534, e *supra*, § 1.

¹³⁷) Che ne offre, credo, anche la prima utilizzazione esplicita (*Comm.*, cit., ad l. 24 §§ 2 e 3 de leg. et fideic. 1, XXX): «si res legata augeatur, legatum crescit; si imminuat decrescit: fundus constituitur *destinatio patris familiae* per

buitogli, di ‘*conditor iuris*’, al punto che «prima formulava le decisioni e poi si faceva indicare dal suo amico Tigrinio i passi del *Corpus iuris* che loro potevano adattarsi»¹³⁸. Ma sarebbe riduttivo accontentarsi di un tale rilievo terminologico, laddove non ci si spinga a valutarne anche i riflessi di ordine sostanziale, nella misura in cui la denominazione dell’istituto finisca per caratterizzarne i parametri concettuali di riferimento, connotando in primo luogo la «destinazione» come atto di volontà, funzionalmente volto a creare i presupposti perché uno stato di fatto assurga a servitù, venuto meno l’ostacolo rappresentato dall’appartenenza dei due fondi al medesimo proprietario. Tutto ciò va riconsiderato, non soltanto per dare ordine ad un percorso storico e concettuale preciso, che muove dall’elaborazione medievale, ma anche per rimodellare l’approccio alla stessa esperienza giuridica romana, in quanto quegli stessi parametri hanno indotto la dottrina a perdere di vista la realtà delle fonti ed a lavorare su un’astrazione. In tal modo, per riprendere una sottile ma preziosa distinzione dei trattatisti tedeschi, l’attività del *dominus* che pone in essere opere funzionali alla migliore organizzazione economica dei fondi, è stata vista come espressiva di atti «reali», esplicazione cioè di una conforme volontà interiore («Realakte»), e non nella sua più evidente connotazione di complesso di atti materiali, puramente esteriori («Tathandlungen»), del genere di quelli che Emilio Betti qualifica-va come «operazioni»¹³⁹.

Col risultato ulteriore di non considerare nella loro esatta caratterizzazione i casi di servitù – ma anche di una multiforme gamma di situazioni di vantaggio¹⁴⁰, giuridicamente riconosciute e variamente configurate attraverso quei «congegni disparati» di cui parlava Biondi¹⁴¹ – costituite ‘*iure*’, pur in assenza di un atto formale di costituzione e, soprattutto, di non focalizzare esattamente il presupposto metodologico da cui credo debba muovere l’analisi di casi siffatti: ovvero che le ragioni di una tale possibilità costitutiva risiedono nell’ordinamento stesso e non nella volontà di un soggetto privato. Un approccio siffatto ci consente così di inglobare in una configurazione più aderente alle fonti le ipotesi di costituzione tacita, specificamente disciplinate, che consentivano il sorgere di servitù, per ragioni variamente articolate nella prassi sociale, anche senza un’espressa dichiarazione del *dominus*, possibilità ammesse, come abbiamo visto, soltanto in funzione di una ricognizione «de-gale», «ordinamentale» dello stato di fatto e non sulla scorta di una presunta volontà di «destinazione». In effetti, a determinare e «legittimare» il sorgere della servitù, è l’apprezzamento che l’ordinamento giuridico fa della situazione di asservimento di fatto sussistente fra i due fondi, così come essa oggettivamente appare, indipendentemente dal valutarne la necessità o la semplice utilità per il fondo dominante¹⁴². Potremmo allora dire che, proprio sulla base di tali presupposti, in tali casi la servitù si costituisce «*ipso iure*».

Probabilmente le ragioni più intime della diversa elaborazione concettuale dell’istituto, da Bartolo alle moderne codificazioni, vanno colte nella sua stessa funzione economico-sociale. Non vi è dubbio, infatti, che la servitù, comunque costituita, assuma una grande incidenza sul diritto di proprietà, incrinandone la sua caratterizzazione piena, ed imponendo un così grande sacrificio che non potrebbe essere facilmente giustificato (ed accettato) allorché, non scaturendo da un accordo, venisse imposta dall’ordinamento. Non è un caso che questo profilo venga particolarmente avvertito

regiones, domus vero interejectione parietis, ut dicit glossa».

¹³⁸) L’aneddoto viene ricordato da H.U. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, trad. it. – *La lotta per la scienza del diritto* –, Bologna, 1988, p. 93, e ripreso, da ultimo, da LABRUNA, *L’opinione di Bartolo*, cit. p. 70.

¹³⁹) *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1950, rist. Napoli, 1994, p. 18 s.

¹⁴⁰) Cfr. *supra*, § 3.

¹⁴¹) *Passo necessario*, cit., p. 289.

¹⁴²) Opportunamente Ferdinando Zuccotti, in questa stessa rivista (*Vivagni. II, Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali*, p. 16 [estr.]), ricorda come una servitù potesse costituirsi non soltanto allorché indispensabile, come appunto nelle ipotesi di interclusione, ma anche per migliorare l’accesso al fondo o comunque, aggiungerei, generalizzando il concetto, la fruibilità dello stesso. In realtà le ipotesi costitutive nascenti *ipso iure*, ricomprese nel moderno istituto della destinazione del padre di famiglia, appaiono di generale operatività, non avendo efficacia limitatamente alle situazioni in cui siano indispensabili per il fondo dominante, ma anche se soltanto utili per esso.

proprio dai giuristi medievali: Angelo da Perugia, in una significativa glossa¹⁴³, avrebbe osservato come la servitù possa venire paragonata ad una cicatrice che si trovi in qualche parte del corpo umano, seguendolo dovunque egli vada e così come la cicatrice indica che il corpo è stato definitivamente vulnerato, parimenti la *servitus* indica che il fondo è stato, per così dire, «ferito» in qualche sua utilità che viene distratta, in tutto od in parte, a favore di un altro fondo. Avere dunque la possibilità, in una serie di circostanze, di attribuire alla «volontà» di un precedente comune proprietario non soltanto la creazione delle «opere» funzionali all'asservimento fra i due fondi, ma la stessa determinazione cosciente di proiettare queste opere nel «fatto» costitutivo futuro, viene così a spostare l'imputazione della responsabilità, nella determinazione di quella «ferita» costituita dalla previsione di un onere «perpetuo» sul fondo servente, in capo ad un soggetto la cui effettiva volontà il più delle volte non è agevolmente accertabile giudizialmente¹⁴⁴ per la semplice ragione che questi è defunto. La stessa scelta della locuzione «padre di famiglia» assume una sorta di valenza catartica, evocando un modello di riferimento astratto in cui è insita una valutazione positiva del comportamento di chi, comunque, ha agito per il meglio¹⁴⁵, la qual cosa, in ipotesi, potrebbe anche non rispondere a verità, perché la scelta dei luoghi, delle opere, della configurazione concreta del «*servire*» fra i due fondi, potrebbe anche essere stata inopportuna o addirittura antieconomica.

Ma l'assunzione del concetto finisce per operare una sorta di «bypass» fra oggettive istanze sociali e loro regolamentazione giuridica, assumendo il profilo volontaristico, solo nominalmente evocato, un ruolo-chiave in questa elaborazione e tutto questo spiega, a mio avviso, non soltanto l'elaborazione dottrinale medievale, ma anche, e specialmente, la ricezione ed il consolidamento di questa particolare ipotesi costitutiva nel vigente codice civile¹⁴⁶, sulla scia delle moderne codificazioni europee¹⁴⁷.

¹⁴³ *Ad l. 4, D. 8. 1, n. 3*, su cui cfr. BUSSI, *La formazione dei dogmi*, cit., p. 117 s.

¹⁴⁴ Specie in una materia, come quella delle servitù, in cui la «prova» non è certo di agevole reperimento: L. CAPOGOSSI COLOGNESI, *Alle origini di un divieto legislativo: la lex Scribonia*, in «*Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*», I, Napoli, 1997, p. 92.

¹⁴⁵ Non a caso, per altre materie, il codice correda l'espressione dell'aggettivo «buon», il cui arcaismo, che appare oramai di tutta evidenza, viene rilevato, con sottile ironia, da GUARINO, *Il «buon padre»*, cit., p. 238 ss.

¹⁴⁶ Art. 1062: «La destinazione del padre di famiglia ha luogo quando consta, mediante qualunque genere di prova, che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi ha posto o lasciato le cose nello stato dal quale risulta la servitù». A sua volta l'art. 1061 esclude la possibilità di acquistare, per destinazione del padre di famiglia, le servitù non apparenti, ovvero in cui «non si hanno opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio». Si veda, in giurisprudenza, Trib. Roma 22.2.1982 e Cass. 8.6.1984 n. 3452, secondo cui «da permanenza dell'opera, strumentalmente diretta all'utilizzazione del fondo gravato, deve rendere manifesto che non si tratti di un'attività compiuta in via precaria e senza l'*animus utendi iure servitutis* ma di un onere preciso, a carattere stabile, corrispondente in via di fatto al contenuto di una determinata servitù, mentre la visibilità deve essere tale da rivelare in modo certo l'esistenza della servitù». Il legislatore del '42 ammette l'acquisto delle servitù apparenti anche se discontinue: oltre all'elemento soggettivo della volontà, che si assume manifestata dal precedente proprietario dei due fondi con la creazione di uno stato di servizio fra i due fondi, deve così sussistere il requisito oggettivo di opere visibili e stabili finalizzate all'esercizio della servitù, oltre, ovviamente, alla separazione dei due fondi, in termini strettamente giuridici, nel senso che essi non debbano più appartenere al medesimo proprietario: in questo senso Cass. 2.8.1956 n. 3046, in «*Foro Italiano*», 1957, p. 831. Da questo punto di vista il codice del 1942 ha modificato la disciplina della materia, rispetto a quello del 1865 (art. 630) per il quale le servitù continue non apparenti e quelle discontinue, fossero o no apparenti, non potevano costituirsi se non mediante titolo: si vedano Cass. 14.12.1988 n. 6815 e 5.1.1983 n. 6. Per un orientamento di massima su questi temi, oltre alle opere richiamate *supra*, § 1, cfr. per la dottrina più antica A. SACCHI, *Trattato teorico-pratico sulle servitù prediali*, I, Torino, 1902, 613 ss., e quindi, fondamentalmente, G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*³, in «*Trattato di diritto civile italiano*» (dir. F. Vassalli), I, Torino, 1963, p. 11 ss., G. BRANCA, *Servitù prediali*, in «*Commentario del codice civile*» (dir. A. SCIALOJA e G. BRANCA), Bologna-Roma, 1967, p. 306 ss., e ID., *Destinazione del padre di famiglia*, in «*Scritti A. Giuffrè*», II, Milano, 1967, p. 131 ss. e *passim*, con rassegna ragionata di giurisprudenza.

¹⁴⁷ Cfr. *supra*, § 1.