

Fabiana Tuccillo

'Voluntas' e servitù

Sulle tracce della 'destinatio patris familias'

Come sostenuto dai fautori dell'indirizzo che mi sembra maggiormente persuasivo, la destinazione del padre di famiglia¹ (definizione sconosciuta alle fonti romane) è un modo di costituzione delle servitù probabilmente estraneo al diritto romano², in quanto ben delineato nel

¹ Mi sono occupata diffusamente di questo istituto in F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. 'Usus', 'scientia', 'patientia'*, Napoli, 2009, 202 ss. e in *Qualche osservazione in tema di servitù prediali*, in *AG*, CCXXX, fasc. 1, 2010, 92 ss. Per un'ampia rassegna dei precedenti storici di tale modo di costituzione v. L. MORRA, *Le servitù prediali esposte secondo le leggi civili col rapporto al diritto romano e alle consuetudini Napoletane*², Napoli, 1825, 287 ss.; V. SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediale*, apparso prima ne *Il Filangieri*, VIII, 1883, 268 ss., poi ripubblicato, in una nuova edizione interamente rifatta, per i Tipi Salvati, Napoli, 1886, ora in *Scritti giuridici* (da cui si cita), I, Roma, 1938, 1 ss.; J. BONET CORREA CALDERON, *Sobre la supuesta constitución tacita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, in *AHDE*, XIX, 1948-49, 326 ss. Una breve sintesi anche in E. PACIFICI-MAZZONI, *Il Codice civile commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*⁶⁻⁷, III. *Trattato delle servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo*, Torino, 1927, 165 s.; F. MESSINEO, *Le servitù (art. 1027-1099 cod. civ.)*, Milano, 1949, 134 s. e B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1967, 351 ss.

² A favore dell'ipotesi invece che l'elaborazione di Bartolo si sia fondata su frammenti che contenevano dei nuclei genuini presenti già in età classica o apparsi solo nella compilazione giustiniana: J. LATREILLE, *De la destination du père de famille*, Paris, 1885, 38 s.; S. RICCOBONO, *La destinazione del padre di famiglia. Se per diritto romano sia ritenuta efficace a costituire servitù prediali (A proposito di un recente lavoro dell'avv. G. Sala Contarini)*, in *RISG*, XXI, 1896, 400 ss.; G. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*³, Torino, 1935, 387; S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, 13 ss.; B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*², Milano, 1954, rist. 1969, 287 ss.; R. ASTOLFI, *Un caso di costituzione tacita di servitù in età classica*, in *SDHI*, XXIII, 1957, 345 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Torino, 1946, rist. Milano, 1987, 344, e *Id.*, *Corso di diritto romano*, III. *Diritti reali*, Milano, 1933, rist. 1972, 146 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1960, rist. 1998, 246; G. CRIFÒ, voce *Destinazione del padre di famiglia (dir. rom. e interm.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 308 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei 'iura in re aliena' e il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992, 223; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 720; M. GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, Parma, 2014, 53 s.

suo *'modus operandi'* soltanto grazie alla riflessione di Bartolo³, che commentando un celebre frammento di Giuliano (1 *ex Min.* D. 33.3.1), avrebbe ricondotto al consenso tacito delle parti la nascita di un nuovo *ius praedii*. Focus di queste pagine ad ogni modo non è il celebre dibattito circa l'origine dell'istituto ma il quesito avente ad oggetto la sussistenza o meno di una esplicita *voluntas* per la costituzione tacita di un *ius in re*.

In merito è dunque il caso di prendere le mosse dal testo di Giuliano⁴ tratto dai *libri ex Minicio*⁵, e riportato nei *Digesta* nel titolo

³ Sull'idea che la teoria formulata da Bartolo costituisca uno dei casi in cui, sulla base dei testi romani, si è formato nel diritto intermedio un istituto che era del tutto sconosciuto ai giuristi romani, si v. B. BRUGI, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali. Esame dei principi riguardanti il passo necessario in relazione al concetto di servitù prediale nel diritto classico*, in *AG*, XXVII, 1881, 232 s., ID., *L'ambitus e il 'paries communis' nella storia e nel sistema del diritto romano*, in *RISG*, IV, 1887, 389. Sulla sua scia anche C. BURZIO, *La 'servitus oneris ferendi' ed il principio 'servitus in faciendo consistere nequit'*. Contributo allo studio degli oneri reali, in *AG*, LIV, 1895, 551; L. COVIELLO, *Le servitù prediali. Lezioni dell'anno 1925-1926*, a cura di G. Stolfi, Napoli, 1926, 307; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Roma, 1928, 773; V. SIMONCELLI, *La destinazione*, cit., 3; B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitudes'*, Milano, 1938, 450 ss.; ID., *Le servitù*², cit., 286 ss.; G. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose-la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1946, 292; L. BARASSI, *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, 258 s.; J. BONET CORREA CALDERÓN, *Sobre la supuesta constitución*, cit., 304 ss.; F. MESSINEO, *Le servitù*, cit., 134 s.; F. LAMBERTI, *'Nominatim imponenda servitus'*, in *Labeo*, XLII, 1996, 37 ss.; A. LÓPEZ PEDREIRA, *Constitución de servidumbres por destinación del padre de familia: antecedentes del artículo 541 del Código Civil Español*, in *Estudios de derecho romano en memoria de B.M.^a Reimundo Yanes*, I, Burgos, 2000, 523; M.G. ZOZ, *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2001, 167; S. RANDAZZO, *'Servitus "iure" imposita. Destinazione del padre di famiglia e costituzione 'ipso iure' della servitù*, in *RDR*, II, 2002, 302 ss., ora in *Φιλία. Scritti per G. Franciosi*, IV, a cura di F.M. d'Ippolito, Napoli, 2007, 2241 ss.

⁴ Sull'attività di Giuliano e sui *libri ex Minicio*, cfr. il recente profilo di V. MAROTTA, *Publio Salvio Giuliano*, in *Giuristi romani*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2024, 162 ss.

⁵ Probabilmente si tratta del titolo originario dell'opera stando ad una dicitura riscontrabile in trentasei *inscriptiones*, mentre l'espressione *ad Minicium* compare esclusivamente in tre frammenti e nell'*Index Florentinus*. Sulla questione v. A. GUARINO, *'Salvius Iulianus'. Profilo biobibliografico*, Catania, 1945, 31 ss., ripubblicato in *Labeo*, X, 1964, 380 ss., ora in *Pagine di diritto romano* (da cui si cita), V, Napoli, 1994, 201 ss., il quale osserva come tale titolatura si presenti «più adeguata alla natura dell'opera», al contrario di quella di *libri ad* utilizzata principalmente nei casi di commentari a leggi ed editi; di uguale avviso anche E. BUND, *Salvius Iulianus, Leben und Werk*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, 436; sul punto da ultima P. CAPONE, *Una 'quaestio' di Minicio e una nota di Giuliano: rileggendo D. 40.12.30*, in *'Fides Humanitas Ius'*. *Studii in onore di L. Labruna*, II, Napoli, 2017, 698 ss., specialmente 698, nt. 1. Grandi incertezze sono manifestate circa la genesi dei *Libri ex Minicio* di Giuliano. Secondo S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano. 'Βιβλία ἐξ Julianus ad Minicium'*, in *BIDR*, VII, 1894, 169 ss., ora in *Scritti di diritto romano. I. Studi sulle fonti*, Palermo, 1957, 45 ss., si sarebbe trattato di una raccolta di responsi e dottrine dei maestri Sabino e Cassio, poi

*De servitute legata*⁶:

Iul. 1 *ex Min.* D. 33.3.1 [L. 845]: *Qui duas tabernas⁷ coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit: quaesitum est, si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, num inferior oneri ferundo⁸ in superioris tabernae loco contineretur. Respondit*

curata da Giuliano che avrebbe mantenuto l'ordine originario delle materie, inserendo nel testo aggiunte in forma di note. *Contra* A. GUARINO, 'Salvius Iulianus', cit., 204, che attribuisce a Minicio la paternità dell'opera. I *Libri ex Minicio* sarebbero stati una riedizione di quella raccolta operata da Giuliano senza modificazioni, ma con l'aggiunta di note. In tal senso anche F. LAMBERTI, 'Nominatim imponenda servitus', cit., 75. Sul tema cfr. anche H. KRÜGER, *Römische Juristen und ihre Werke, in Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, II, Milano, 1930, 332 ss.; FR. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 273 s. (= *Storia della giurisprudenza romana*, tr. it., Firenze, 1968, 390 s.), per il quale abbiamo un commento lemmatico, non un'edizione, con note di Giuliano, di uno scritto altrimenti sconosciuto di Minicio, e P. STARACE, *Un confronto testuale in tema di 'causa liberalis'*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, Napoli, 2002, 66 ss.

⁶ Nella gl. *ad tit.* III ('*Pandectarum seu Digestorum iuris civilis*', II, Venetiis, 1574, 771) compare la rubrica *De servitute legata, urbana & rustica*, ma le parole *urbana & rustica* non sono presenti nella *Littera Florentina*.

⁷ Nel noto testo di Ulpiano tratto dal commentario *ad edictum* (D. 50.16.183) *taberna* designa qualsiasi edificio idoneo a essere abitato; diversamente dal caso in cui la *taberna* è attrezzata, *instructa*, cioè dotata sia delle cose sia degli uomini predisposti per l'esercizio della *negotiatio* (Ulp. 28 *ad ed.* D. 50.16.185). Cfr. M.A. LIGIOS, 'Taberna', 'negotiatio', 'taberna cum instrumento' e 'taberna instructa' nella riflessione giurisprudenziale classica, in *Antecessori oblata. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro*, Padova, 2001, 27 ss.; EAD., 'Nomen negotiationis'. Profili di continuità e di autonomia della 'negotiatio' nell'esperienza giuridica romana, Torino, 2013, in particolare 152 ss.; A. CAMPANELLA, *Brevi riflessioni su D. 50.16.185 (Ulp., 28 ad ed.)*. Profili terminologico-concettuali della definizione ulpiana di 'taberna instructa' e locuzioni sostanzialmente equivalenti nella riflessione giurisprudenziale romana tra il I sec. a.C. e il III d.C., in *D@S*, VIII, 2009; M. VINCI, *Alle origini del trasferimento 'mortis causa' dei beni produttivi*, in *TSDP*, VIII, 2015, 1 ss.

⁸ Quanto all'espressione *ferre onus* ad indicare la presunta *servitus oneris ferendi*, è plausibile che, alla luce del tormentato testo di Ulpiano (17 *ad ed.* D. 8.6.5.2), il contenuto di questa *species servitutis* consistesse sia nella sopportazione dell'appoggio del *paries* dell'edificio dominante (appunto l'*onus ferre*) sia nell'onere della ricostruzione del muro di sostegno (*paries refectio*) da parte del proprietario del fondo servente. Potrebbe negarsi la configurazione di una *servitus oneris ferendi* nel frammento di Giuliano essendo il contenuto di questa *species servitutis* più ampio del semplice *onus ferre* cui fa riferimento. A ciò si aggiunga che la formula *tabernam meam uti nunc est do lego* non è idonea a determinare quella perpetuità del muro che poteva, invece, ritenersi insita nella *servitus oneris ferendi* (in tal senso v. C. BURZIO, *La 'servitus'*, cit. 551 s., il quale dubitava che nel caso prospettato si trattasse di una *servitus oneris ferendi* che non si poteva costituire con la formula *tabernam meam uti nunc est do lego*). Sul problema dell'*onus refectionis* cfr. V. SCIALOJA, *Sulla 'servitus oneris ferendi'*, in *AG*, XXVII, cit., 145 ss., ora in *Studi giuridici*,

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'.

Un testatore, proprietario di due botteghe unite tra loro, le ha lasciate con legato a due persone diverse. Se si accolgono le correzioni di Mommsen⁹ apportate nella parte centrale del testo e si legge *'inferiorem esse oneri ferundo'* al posto di *'inferior oneri ferundo'* e *'legato'* per *'loco'* (questa correzione risale a Cuiacio)¹⁰ si può immaginare che la configurazione delle botteghe è tale per cui quella inferiore si presenta come materialmente gravata da un servizio a favore della superiore¹¹. Dalla *taberna* superiore, infatti, è costruito qualcosa (*quid inaedificatum*) che viene a poggiarsi sulla inferiore. Supponiamo ad esempio che tra due strade ci sia un dislivello di qualche metro. Le *tabernae* sono costruite addossate al pendio, quindi il pian terreno della bottega superiore sulla via alta può corrispondere al tetto o al piano superiore della bottega inferiore sulla via bassa. La bottega del piano superiore ha una struttura edificata (*quid inaedificatum*), come un muro portante, un arco, o

I. *Diritto romano*, Roma, 1932-1934, 84 ss.; G. BESELER, *Miscellanea. 'Nemini sua res deberi potest'*, in *ZSS*, XLV, 1925, 231 ss.; P. BONFANTE, *La regola 'servitus in faciendo consistere nequit'*, in *Scritti Ascoli*, Messina, 1931, 179 ss.; G. SEGRÈ, *La clausola restitutoria nelle azioni 'de servitutibus' e le formule relative alla 'servitus oneris ferendi'*, in *BIDR*, XLI, 1933, 56 ss.; G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, 1944, 192; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 81 ss.; S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 19 ss.; ID., *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949, 32 ss.; B. BIONDI, *Servitù 'in faciendo'*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1965, 153 s.; ID., *Le servitù*², cit., 113 ss.; G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, 35 s. nt. 115; R. BASILE, *In tema di 'servitus oneris ferendi'*, in *Labeo*, XLVII, 2001, 63 ss.; ID., *'Servitus oneris ferendi'. Aspetti essenziali*, Napoli, 2012, 13 ss., cui rinvio per ulteriore bibliografia; S. MASUELLI, *La 'refectio' nelle servitù prediali*, Napoli, 2009, 1 ss. e da ultimo A.L. DE PETRIS, *Il principio 'servitus in faciendo consistere nequit' e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica*, Bologna 2023, 5 ss. (su cui si v. R. BASILE, *Tra servitù, prestazioni 'in faciendo' e oneri reali*, in *LR*, XIII, 2024, 621 ss.).

⁹ TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berolini, 1870, rist. 2001, 114. P. KRUEGER, *Corpus iuris civilis*³¹, I. *Institutiones. Digesta*, Dublino-Turici, 1966, 504, nt. 13, corregge *'inferior'* con *'inferiorem servire'*.

¹⁰ J. CUIACI *Ad libros sex Juliani ex Minicio Natali, ad librum primum*, in *'Opera omnia'*, III, Paris, 1658, rist. Goldbach, 1996, 491.

¹¹ *Contra* R. ASTOLFI, *Sabino e la costituzione tacita di servitù*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte*, Napoli, 1999, 116 ss., secondo il quale non si può desumere l'esistenza di una servitù di appoggio dell'una *taberna* sull'altra dal semplice fatto che esse avevano una parete in comune. «Si sarebbe certi se la bottega superiore rovinasse, qualora le si tolga l'appoggio dell'inferiore. Ma potrebbe non rovinare. L'appoggio è soltanto parziale».

delle travi che poggiano sulla inferiore. La configurazione delle due *tabernae* è tale che la bottega del piano superiore non può esistere senza il supporto della inferiore¹².

Dopo la morte del testatore le due botteghe divengono di proprietà di soggetti distinti. A questo punto sorge il dubbio se l’assegnazione separata delle due botteghe comporti anche la costituzione di una *servitus* (*oneris ferendi?*) che prima della attribuzione delle *tabernae* a due soggetti diversi non poteva esistere in virtù del principio *nemini res sua servit*¹³, o se il *de cuius* debba esplicitare l’esistenza di tale servitù nel testamento.

La prima risposta al quesito, offerta in terza persona (*respondit*)¹⁴ con l’*oratio obliqua*¹⁵ probabilmente da Sabino¹⁶, interrogato da Minicio,

¹² Nel *casus* della gl. *ad D. 33.3.1*, in ‘*Pandectarum*’, II, cit., 771 si legge: *inferior taberna debet ita servire superioribus sicut serviebat me vivente*.

¹³ Sul principio *nemini res sua servit* si v. J. LATREILLE, *De la destination*, cit., 19 ss.; S. PEROZZI, ‘*Fructus servitutis esse non potest*’, in *BIDR*, VI, 1894, 1 ss., ora in *Scritti giuridici*, II. *Servitù e obbligazioni*, a cura di U. Brasiello, Milano, 1948, 167 ss.; ID., *I modi pretorici di acquisto delle servitù*, in *RISG*, XXIII, fasc. 2, 1897, 5, ora in *Scritti*, II, cit. 201 s.; C. LONGO, *La categoria delle ‘servitutes’ nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XI, 1898, 314 s.; B. BRUGI, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Tradotto e arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d’Italia*, VIII, sotto la direzione di F. Serafini, P. Cogliolo, C. Fadda, Milano, 1900, 101 ss., 335 s. nt. h; V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in *AG*, LXXXII, 1911, 456 ss.; G. BESELER, *Miscellanea. ‘Nemini sua res debere potest’*, in *ZSS*, XLV, cit., 233 s.; B. BIONDI, *La categoria*, cit., 307 ss.; ID., *Le servitù*², cit., 104 ss.; S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 14, 119 ss.; ID., *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, 135 ss.; ID., *Sul principio ‘Nemini res sua servit’*, in *SDHI*, XVIII, 1952, 223 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, 634 ss.; G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 89; A. VALIÑO, *La Facultad de hipotecar en el condominio romano*, in *Labeo*, XLVIII, 2002, 79, nt. 35; A. BURDESE, *Le servitù prediali*, Padova, 2007, 14; E. MARELLI, *La compravendita dell’eredità in diritto romano*, Torino, 2020, 163 ss., con riguardo all’erede-venditore titolare di una servitù su un fondo di proprietà del *de cuius* che successivamente acquisti l’eredità.

¹⁴ Per A. GUARINO, ‘*Salvius Iulianus*’, cit., 208, i numerosi ‘*respondit*’ presenti nei frammenti di Giuliano sono da attribuirsi agli studiosi e agli amanuensi postclassici che hanno reso la nota in forma indiretta o in sostituzione del responso miniciano; solo in questo frammento la nota sarebbe genuina.

¹⁵ Così A. GUARINO, ‘*Salvius Iulianus*’, cit., 205.

¹⁶ Per un inquadramento generale su Masurio Sabino v. A. STEINWENTER, voce ‘*Sabinus*’, in *RE*, I, A.2, Stuttgart, 1920, 1600 ss.; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, München, 1912, 163 ss.; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 501 ss.; R. ORESTANO, voce *Sabino Masurio*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1957, 294 s.; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz, 1967, 119 ss. e 341 ss.; R. ASTOLFI, *I ‘libri tres iuris civilis’ di Sabino*², Padova, 2001, 1 ss., e da ultimo G. MORGERA, *Studi su Masurio Sabino*, Napoli, 2007, *passim*.

sembra¹⁷ affermativa: *servitutum impositam videri*¹⁸. Giuliano¹⁹ osserva che ciò non è vero²⁰ a meno che la *servitus* sia stabilita espressamente (*nominatim haec servitus imposita est*) o nel legato sia detto ‘ti lego la mia taberna nello stato in cui si trova’ (*uti nunc est*).

Possiamo ipotizzare che Giuliano, sebbene si esprima in terza persona (*Iulianus notat*)²¹, completi il discorso di Sabino aggiungendo il proprio

¹⁷ Secondo F. PULITANÒ, *Letà romana classica. Funzione notarili e giuristi*, in ‘Tabellio’, ‘notarius’, notaio: quale funzione? Una vicenda bimillenaria, a cura di A. Bassani e F. Pulitanò, Milano, 2022, 11 ss., specialmente 27 ss., si tratta di un «requisito di apparenza»

¹⁸ Per S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 186, il responso di Sabino era in origine negativo, ‘*servitutum impositam NON videri*’ e Giuliano lo avrebbe corretto scrivendo ‘*videamus, ne hoc ita verum sit ...*’. I giustinianeî avrebbero soppresso le negazioni fornendo l’occasione per interpretare questa testimonianza a favore della teoria della destinazione del padre di famiglia. J. LATREILLE, *De la destination*, cit., 22 s., si sofferma sul responso di Minicio che dichiara *imposita* la servitù per volontà presunta del testatore, senza però fornire una conclusione: «Ne se croirait-on pas en présence d’une véritable destination?». Giuliano, secondo F. LAMBERTI, ‘*Nominatim imponenda servitus*’, cit., 76, come i giuristi del suo tempo, avrebbe indicato le «alternative processuali o negoziali cui ricorrere per la realizzazione del *ius in re*, senza uscire dal solco già tracciato da analoghe soluzioni», e non avrebbe quindi fatto riferimento alla costituzione tacita delle servitù.

¹⁹ In ‘*Pandectarum*’, II, cit., 771, ad D. 33.3.1, in luogo di *Iulianus* figura *Ulpianus*. Probabilmente si tratta di un mero errore dell’amanuense.

²⁰ Su un presunto dibattito giurisprudenziale tra Sabino e Giuliano cfr. B. BIONDI, *Le predialî*, cit., 288 s., per il quale Sabino era ben lontano dall’ammettere una costituzione tacita e l’antico principio che richiedeva la costituzione *nominatim* non sarebbe violato neanche in questo caso; F. LAMBERTI, ‘*Nominatim imponenda servitus*’, cit., 75, e R. ASTOLFI, *Sabino*, cit., 117. A. PALMA, ‘*Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell’età classica*’, Torino, 1988, 222 s., sembra ammettere un *ius controversum* tra Minicio e Giuliano, ma nega che in assenza di chiara manifestazione di volontà potesse presumersi una servitù che non esisteva in capo al *dominus tradens*.

²¹ Sulla ricorrenza di *Iulianus notat* anche nei libri ad *Urseium Ferozem* v. Iul. 2 ad *Urs. Fer. D.* 23.3.48.1; Iul. 2 ad *Urs. Fer. D.* 30.104.1; Iul. 1 ad *Urs. Fer. D.* 46.3.36 pr. Per FR. SCHULZ, *Geschichte*, cit., 271 e nt. 4 (= *Storia*, cit., 389 e nt. 4), l’annotazione giuliana è genuina, e il commento mediante il nome del giurista era molto pratico in quanto evitava il rischio che chi non avesse familiarità con l’opera potesse avere dubbi sull’autore della nota. Sulla genuinità della nota anche S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 170, ora in *Scritti*, I, cit., 49, per il quale Giuliano trovando «la decisione troppo assoluta ... vi aggiunge una limitazione» e A. GUARINO, ‘*Salvius Iulianus*’, cit., 208. Come ricorda E. STOLFI, *Primi appunti sulle ‘notae’ giurisprudenziali fra II e III secolo d.C.*, in *Koinonia*, XLIV, fasc. 2, 2020, 1505, i testi tratti dai libri *ex Minicio* (Iul. 6 ad *Min. D.* 33.3.1), e *ad Urseium Ferozem* (Iul. 1 ad *Urs. Fer. D.* 6.1.61; Iul. 2 ad *Urs. Fer. D.* 23.3.48.1; Iul. 1 ad *Urs. Fer. D.* 30.104.1; Iul. 1 ad *Urs. Fer. D.* 46.3.36 pr.) sono con ogni probabilità da ritenersi commenti lemmatici indipendenti e non propriamente *notae*. In tal senso anche F. TAMBURI, *Note e annotazioni nel laboratorio dei ‘generi letterari’. Il caso di Tizio Aristone*, in ‘*Ius hominum causa constitutum*’. *Studi in onore di A. Palma*, III, a cura di F. Fasolino,

pensiero. Nella sua ‘nota’ evidenzia i presupposti necessari per la costituzione di una servitù e cioè che essa sia *nominatim imposita* e che il testatore abbia precisato ‘*uti nunc est do lego*’. Si tratta di un intervento «non corrigendo sed determinando»²², volto a rendere espliciti gli elementi che non sono stati chiariti da Minicio²³ e dai quali emerge l’imposizione della servitù.

Non è questo l’unico caso in cui nei *libri ex Minicio* compare il parere di Giuliano in terza persona accompagnato da *notat*. Anche in Iul. 6 *ex Min.* D. 6.1.61²⁴ a proposito della proprietà di una nave riparata con materiale altrui, al parere di Minicio – secondo il quale la nave sarebbe rimasta al precedente proprietario solo se inalterata, e non se il materiale altrui fosse stato utilizzato per costruire una nave nuova – segue, direi pure qui in chiave tendenzialmente esplicativa, il rilievo di Giuliano, il quale osserva che l’intera nave segue la proprietà della ‘carena’, cioè dell’ossatura principale dello scafo sulla quale sono fissate le tavole che compongono il fasciame²⁵.

Interpretato in questi termini il frammento, non mi sembra si possano individuare estremi in favore della ricorrenza della destinazione del padre di famiglia, in quanto la costituzione della servitù scaturisce non già da un rapporto fattuale esistente sopra l’una delle due botteghe ad uso e utilità dell’altra, ma dalla dichiarazione *nominatim* del testatore («*nominatim in testamento meo imposui dicta servitute*»)²⁶ o dalla clausola ‘*ti lego la mia*

Torino, 2022, in particolare 1911, nt. 18.

²² Gl. *notat ad D.* 33.3.1, in *Pandectarum*, II, cit., 771.

²³ Così S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 247, ora in *Scritti*, I, cit., 138; Id., *La destinazione*, cit., 408, per il quale la nota di Giuliano, «che ha qui evidentemente uno scopo esplicativo, completa il responso, mettendo in luce quei speciali presupposti che poterono essere presentati al rispondente». Già C.F.F. SINTENIS, *Das Practische Gemeine Civilrecht*, I, Leipzig, 1868, 597, nt. 17, aveva osservato che la nota di Giuliano «*möchte nur durch die Umstände des konkreten Falls zu erklären sein, denen hier allerdings ein entscheidendes Uebergewicht gebührt*».

²⁴ Iul. 6 *ex Min.* D. 6.1.61: *Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilo minus eiusdem navis maneret, respondit manere. Sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse IULIANUS notat: nam proprietates totius navis carinae causam sequitur.*

²⁵ Cfr. su questo testo in relazione alla genuinità o meno delle note giuliane in *oratio directa* od *obliqua* FR. SCHULZ, *Geschichte*, cit., 273 (= *Storia*, cit., 391); S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 248 ss., ora in *Scritti*, I, cit., 139 s. Nell’ambito del più ampio tema dell’identificazione della nave e della sua destinazione economica si v. R. RICHICHI, *L’inquadramento della nave nelle categorie delle ‘res’ in diritto romano*, in *RDR*, I, 2001, 9 s.; M. SALAZAR REVUELTA, *La nave como objeto clave en el desarrollo comercial romano y su delimitación por parte de la jurisprudencia*, in *RGDR*, XLIII, 2024, 25 s.

²⁶ *Pandectarum*, II, cit., 771.

*taberna uti nunc est*²⁷ contenuta nei *verba legati*²⁸. A sostegno di quanto detto credo si possa leggere anche uno stralcio dei *Basilici* in cui la costituzione della servitù tra le due ἐργαστήρια avviene con la clausola ὡς νῦν ἐστι:

Bas. 44.6.1: Καὶ περὶ τοῦ ἔχοντος δύο ἐργαστήρια καὶ διαφοροῖς αὐτὰ ληγατεύσαντος, καὶ οἰκοδομήσαντος, καὶ εἰπόντος· «Τὸ ἐργαστήριόν μου, ὡς νῦν ἐστι, δίδωμι»²⁹.

La chiusa del passo in cui si riferisce che la *taberna* è legata *uti nunc est* può avere una più chiara chiave di lettura se connessa con l'espressione *quid inaedificatum*³⁰. Potrebbe darsi che Giuliano prenda in esame il caso che, successivamente al legato, sia costruito qualcosa nella *taberna* superiore e quindi la questione è se questa costruzione sia compresa nel legato, o meglio, se il servizio a favore della successiva *inaedificatio* sia tale da costituire il contenuto di un *ius in re*. Forse il giurista, volendo proprio escludere dal legato le costruzioni fatte dopo la disposizione *mortis causa*, ha chiarito che le *tabernae* sono trasmesse nello stato in cui si trovano al momento del testamento.

In base a quanto appena osservato può inferirsi che la costituzione della servitù derivi dalla disposizione del testatore, disposizione che, se tesa a rendere inefficace la precedente destinazione dello stato delle botteghe, andava argomentata da fatti positivi o anche da semplici enunciative, ma mai dal fatto negativo di un completo silenzio. Come ha osservato Donatuti³¹ infatti, «tanto nel diritto classico, quanto in quello della

²⁷ Nella gl. *ad D. 33.3.1* (*Pandectarum*, II, cit., 771) si fa l'esempio: *tabernam meam Titianam lego Titio uti nunc est* & *tabernam meam Seianam lego Seio uti nunc est*.

²⁸ La clausola *uti nunc est ita sit* importa sempre costituzione espressa e l'antico principio che richiede la costituzione *nominatim* non viene in questo caso affatto violato. In tal senso B. BRUGI, *Studi*, cit., 235 s.; S. RICCOBONO, *La destinazione*, cit., 407; G. GROSSO, *In tema di costituzione tacita di servitù*, in *BIDR*, XLII, 1934, 335, ora in *Scritti storico giuridici*, II. *Diritto privato cose e diritti reali*, Torino, 2001, 162, e *Id.*, *Le servitù*, cit., 222; B. BIONDI, *La categoria*, cit., 235 ss. e *Id.*, *Le servitù*², cit., 289; J. BONET CORREA CALDERÓN, *Sobre la supuesta constitución*, cit., 335 ss.; F. LAMBERTI, *Nominatim imponenda servitus*, cit., 74 s. e A. LÓPEZ PEDREIRA, *Constitución*, cit., 518. R. ASTOLFI, *Costituzione*, cit., 197, precisa che «nel caso in cui la servitù non sia essenziale, come in *D. 33.3.1* (Iul. 1 *ad Minic.*) non è sufficiente lo stato di fatto in cui il *pater familias* ha lasciato il fondo, per ritenerla costituita, ma occorre una sicura volontà del testatore manifestata da altri segni inequivocabili».

²⁹ Edizione G.E. HEIMBACH, IV, Lipsiae, 1846, 400.

³⁰ Accursio gl. *aedificatum ad D. 33.3.1*, intende *aedificatum* come «*super aedificatum*».

³¹ G. DONATUTI, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano, 1930, 464 ss., ora in *Studi di diritto romano*, I,

compilazione, resta vero che, per tutti quei rapporti per i quali occorre la volontà o il consenso, il silenzio è insufficiente. Esso basta soltanto là ove volontà e consentimento devono intendersi in un significato comprendente anche il *non volle* e il *non contradicere*».

Ne consegue che la *quaestio* relativa alla possibile costituzione della servitù in seguito alla separazione delle due botteghe assegnate a due proprietari diversi potrebbe essere risolta in due modi: o la servitù sorge *ipso iure* una volta che il testamento abbia effetto, e dunque la costituzione deriva da una espressa manifestazione di volontà del *de cuius*, o è costituita dal proprietario del fondo destinato a diventare servente. Nella prima ipotesi nasce per atto *mortis causa* e immediatamente, nella seconda *inter vivos* e mediatamente.

Rispetto a queste due soluzioni e all'interpretazione che abbiamo dato del frammento di Giuliano, in antitesi con la configurazione di una costituzione tacita, va letto il commento di Bartolo a D. 33.3.1:

*Comm. ad l. 1 de servitute legata: Si domus una sustineat actum servitutis habentis causam continuam, & permanentem, et alienetur: in dubio servitus videtur imposita*³² ... *hic vero loquitur*

Milano, 1976, 319 ss. Sul tema v. l'ampio lavoro di M.S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982, 1 ss., che analizza il silenzio nelle sue diverse manifestazioni, in una prospettiva sociale oltre che giuridica. Nella destinazione del padre di famiglia il silenzio si manifesta come un'azione di tolleranza, come un *patis*, nel significato di sopportare una data situazione. Ecco perché a tal proposito si parla di *patientia* che esige la *scientia*, poiché «la dimostrazione della tolleranza non può essere data che da un silenzio consapevole». Proprio sulla dimensione giuridica del silenzio, anche nell'ambito del *ius civile*, si è soffermato recentemente F. ARCARIA, *'Chi tace non dice nulla'. Il silenzio nell'esperienza giuridica romana*, Milano-Udine, 2023, 21 ss. G. SALA CONTARINI, *La destinazione del padre di famiglia come mezzo costitutivo di servitù prediali nel diritto romano. Studio comparato al diritto civile italiano*, Girgenti, 1895, 142, scriveva: «il silenzio se non è di per sé stesso, efficace e sufficiente a costituire la servitù, è certamente ciò che fa produrre alla destinazione del padre di famiglia il suo giuridico effetto». Cfr. anche V. SIMONCELLI, *Il silenzio nel diritto civile*, in *RIL*, XXX, 1897, 253 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, 551 ss.; P. BONFANTE, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, IV, fasc. 2, 1906, 222 ss., ora in *Scritti giuridici vari*, III. *Obbligazioni comunione e possesso*, Torino, 1921, 158 ss.; G. PACCHIONI, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, IV, fasc. 2, cit., 22 ss.; S. PEROZZI, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, IV, fasc. 1, 1906, 509 ss., ora in *Scritti*, II, cit. 599 ss. e V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'a.a. 1892-1893*, rist. Roma, 1933, 48 ss.

³² *'Commentaria'*, IV. *In secundam Infortiati partem*, ad l. *Qui duas ff. de servitute legata*, a cura di G. Polara, Roma, 1998, 82: «*Hoc dicit (ista lex). Oppositio: dicitur hic quod servitus videtur imposita; contra imo debet imponi per heredem: ut sopra l. damnas, § I et l. testatrix, in principio ... Solutio: ibi loquitur in servitute viae, vel itineris, quae causam continuam*

de domo sustinente onus servitutis, habentis causam continuam, unde testator videtur imponere, quod habeat causam permanentem. Domus si vendatur, videtur imposita servitus, ut sustineat onera permanentia, quae ipso actu sustinebat, si contrahentes sciebant.

In caso di alienazione di una casa su cui grava, in modo stabile e permanente, uno stato di servizio corrispondente al contenuto di una servitù si presume che quella servitù continui a gravare sull'immobile: *servitus videtur imposita*. La struttura costruita sopra la casa inferiore costituisce un'opera continua che dimostra l'esistenza di un vincolo tra i due fondi. Nel caso di trasferimento *inter vivos*, la *domus* venduta conserva i pesi che gravano su di essa, e la servitù si reputa imposta (*videtur imposita servitus*), purché gli *onera* siano permanenti (*onera permanentia*) e conoscibili dai contraenti (*contrahentes sciebant*).

Il commento di Bartolo in effetti introduce degli elementi importanti quanto alla costruzione sistematica dell'istituto della destinazione del padre di famiglia, elementi che si aggiungono al solo stato di servizio tra i fondi desumibile da D. 33.3.1: continuità e permanenza della causa e conoscenza dello stato materiale delle cose per cui un fondo serve all'altro. In presenza di questi fattori allora si presume la costituzione della servitù, anche se non dichiarata espressamente. Lo stato di servizio tra i fondi, continuo e riconoscibile, configurato dal commentatore come presupposto per la costituzione tacita del *ius praedii*, rappresenta proprio il nucleo del moderno istituto della destinazione del padre di famiglia. Attraverso la dottrina intermedia³³, infatti, il commento di Bartolo si è consolidato

*non habebat: ideo non videtur imposita per testatorem, licet posset agi, ut imponatur...». Le servitù discontinue, invece, in caso di alienazione mediante atto *inter vivos*, potevano essere conservate solo con espressa menzione di esse nel titolo di acquisto; negli atti di ultima volontà solo se necessarie alla cosa legata o ereditaria, purché si agisse per farle imporre (*posset agi ut imponatur*).*

³³ Giureconsulti posteriori come B. CAEPOLLA, *Tractatus de servitutibus praediorum (urbanorum et rusticorum)*, Londra, 1552, cap. 38, riprendono il pensiero di Bartolo e le soluzioni da lui proposte in tema di costituzione tacita di servitù: «*Sed Bartolus et Angelus contrarium dixerunt in dicta lege conclave: dicunt enim quod in contractibus inter vivos, si non imponitur servitus oneris ferendi, non venit per illa iura ... Sed ego credo quod non bene dicant: quia in contrarium est textum in dicta lege binas aedes, cum sequentibus, cum glossa super verbo concesserit, quae exponit inter vivos: nam, cum venditur domus, videtur imposita servitus, ut sustineat onera permanentia, quae ipso actu tunc sustinebat: et ita debet intellegi dicta lex binas, secundum Bartolum in dicta lege I de servit. leg. et dicta lege binas aedes in fine, et talis servitus dicitur habere causam continuam et permanentem: et propterea videtur imposita, maxime si contrahentes hoc sciebant: ut dicit Bartolus in dicta lege I de serv. leg. in principio, et dixi in praecedenti quaestione in fine, et istud teneas*».

nelle codificazioni ottocentesche a partire dal Code Napoléon: «il n’y a destination du père de famille que lorsqu’il est prouvé quel es deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c’est par lui quel es choses ont été mises dans l’état duquel résulte la servitude»³⁴.

L’attuale codice italiano, eliminato il requisito della continuità, limita la destinazione alle servitù apparenti, con ciò rendendo indispensabile che siano create delle opere visibili destinate a un servizio e che tali opere esistano ancora al momento della separazione dei fondi (art. 1062 cod. civ.)³⁵. Gli elementi che devono concorrere affinché si costituisca la servitù possono essere scissi in due momenti: la disposizione dei luoghi (fatta o lasciata dall’antico proprietario), per la quale si richiede innanzitutto l’esistenza di due fondi ora divisi³⁶, ma prima uniti; e il momento dell’acquisto connesso alla separazione dei fondi, alla cessazione dell’appartenenza di essi all’unico proprietario e all’assenza di disposizioni relative alla servitù. Così configurato l’istituto, la costituzione avviene senza alcuna manifestazione di volontà ma come conseguenza di una situazione fattuale tra i fondi che persiste dopo la separazione.

Proprio in questo senso può leggersi una recentissima ordinanza della Corte di Cassazione³⁷ in cui è chiaramente affermato che la servitù per destinazione del padre di famiglia si costituisce «*ope legis*» per il fatto che al momento della separazione dei fondi o del frazionamento dell’unico fondo, vi siano opere o segni manifesti ed inequivoci di una situazione oggettiva di subordinazione o di servizio, che integri *de facto* il contenuto proprio di una servitù, indipendentemente da qualsiasi volontà, tacita

³⁴ Art. 693. La disposizione risulta ancor oggi in vigore nel codice francese nella stessa formulazione del Code Napoléon. Si v. anche art. 632 del codice civile italiano del 1865: «La destinazione del padre di famiglia ha luogo quando consta per qualunque genere di prova, che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi pose o lasciò le cose nello stato dal quale risulta la servitù».

³⁵ «La destinazione del padre di famiglia ha luogo quanto 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. Se i due fondi cessarono di appartenere allo stesso proprietario, senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa s’intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati».

³⁶ La formulazione del legislatore non lascia capire se sia necessario che nel momento in cui si attua la separazione esistano già due fondi, sia pure appartenenti allo stesso proprietario, oppure se sia sufficiente che dopo la separazione ci siano due fondi. Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *Il Codice*⁶⁻⁷, III, cit. 174 s.; F. MESSINEO, *Le servitù*, cit., 140; G. DEIANA, voce *Destinazione del padre di famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 319; B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XII, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1967, 371.

³⁷ Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2024, n. 4646.

o presunta, dell'unico proprietario nel determinarla o nel mantenerla». Secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte, lo stato di servizio deve essere ricercato non già nell'intenzione del proprietario del fondo, bensì nella natura delle opere oggettivamente considerate, in quanto nel loro uso normale determinino il permanente assoggettamento del fondo vicino all'onere proprio della servitù³⁸. Perché possa costituirsi la servitù prediale per destinazione del padre di famiglia, infatti, è necessario che le opere destinate all'esercizio della servitù preesistano alla divisione o all'alienazione del fondo e che, all'atto della loro separazione, sia mancata una manifestazione di volontà contraria al perdurare della relazione di sottoposizione di un fondo nei confronti dell'altro³⁹.

Il rapporto tra il tormentato frammento giuliano in D. 33.3.1 e la successiva elaborazione credo dimostri che, mentre nel diritto di Roma antica era centrale il momento dichiarativo, la *voluntas* costitutiva di una *species servitutis*, invece, a partire da Bartolo e poi in maniera compiuta nelle codificazioni ottocentesche fino ai giorni nostri, è lo stato di servizio⁴⁰, valutato alla stregua di un fatto giuridico, che rileva ai fini della costituzione di un diritto di servitù.

³⁸ Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 2014, n. 3219; Cass. civ., sez. II, 2 dicembre 1997, n. 12197.

³⁹ Cass. civ., sez. II, 5 aprile 2016, n. 6592. Di recente il Tribunale di Cagliari (II sez. civ., 6 marzo 2024, n. 722) è tornato nuovamente sulla questione dell'apparenza come principio per la costituzione delle servitù per destinazione del padre di famiglia a proposito di un caso di riconoscimento di una servitù di passaggio (provata da tracce lasciate dal transito di mezzi meccanici) a carico di un preteso fondo servente (piazzale condominiale). L'attore chiedeva che fosse accertata l'esistenza per destinazione del padre di famiglia o per usucapione della servitù a piedi o con mezzi meccanici, «che partendo dalla porta di accesso al seminterrato di proprietà dell'attore attraverso il confinante piazzale condominiale arrivava tramite un varco aperto su una via tra due fabbricati». Il Tribunale ordinario ha rigettato la richiesta negando l'esistenza di una servitù di passaggio a favore dell'attore per l'assenza di opere visibili, univoche e permanenti ai sensi dell'art. 1061 cod. civ. (come l'asserita presenza di tracce lasciate dal transito di mezzi meccanici) destinate all'esercizio della servitù di passaggio. Il Giudice di prime cure ha ribadito che «ai fini della sussistenza del requisito dell'apparenza è necessaria la presenza di una situazione di fatto oggettiva che rende evidente l'assoggettamento di un fondo a un altro, così da rendere manifesto che non si tratta di attività (nella specie passaggio) 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».

⁴⁰ Secondo S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, 164, nt. 91, il punto nodale della questione è l'individuazione «della situazione preesistente attraverso elementi di fatto che rilevino lo stato di asservimento di uno dei fondi e che consentano di ritenere sussistente una servitù, la quale per l'innanzi non poteva definirsi tecnicamente tale, data l'appartenenza dei due fondi al medesimo proprietario».

E concludo con una mera suggestione: potremmo ritenere che nell'istituto moderno della destinazione del padre di famiglia la *voluntas*⁴¹ del *dominus* sia comunque rilevante nella misura in cui conferisce un preciso 'destino' ai fondi, magari per esigenze pratiche, 'destinazione' capace di protrarsi anche nel momento in cui cessino di appartenergli entrambi. Se, quindi, la volontà del precedente proprietario di destinare in modo stabile e funzionale un fondo all'utilità dell'altro non rileva dal punto di vista tecnico, può tuttavia considerarsi sul piano concreto il fondamento della costituzione della servitù perché ne determina l'esistenza, il contenuto e la funzione reale. *Ergo*, l'impostazione della Cassazione sembra in fin dei conti alquanto 'formalistica', in quanto accentua il valore della volontà come atto negoziale senza prendere in considerazione la volontà implicita, desumibile da un comportamento concreto. Più esplicitamente nel caso della destinazione del padre di famiglia si presume che il proprietario/*de cuius* abbia voluto costituire una servitù, e la legge ne riconosce l'esistenza senza bisogno di un atto formale ma in conseguenza di quella *voluntas* che abbia impresso una particolare destinazione ai fondi tale da creare uno stato di asservimento di un fondo all'altro. A ben riflettere quindi nella destinazione del padre di famiglia la volontà rileverebbe come momento declinativo di quella pienezza ed esclusività di godimento che il codice civile riconosce al proprietario.

Queste considerazioni trovano d'altronde conferma già nella concezione di Windscheid⁴² del diritto del proprietario su una cosa inteso come diritto in relazione al quale «sein Wille für sie entscheidend ist in der Gesamtheit ihrer Beziehungen»⁴³ e cioè il proprietario è libero di disporre della cosa in ogni direzione, materiale, economica, giuridica: «der Eigenthümer darf über die Sache verfügen, wie er will» e «ein Anderer darf ohne seinen Willen über die Sache nicht verfügen»⁴⁴.

⁴¹ Per B. BIONDI, *Le servitù*, cit. 352: «All'antico e perdurante individualismo e indipendenza fondiaria ripugnava che una servitù potesse sorgere senza la volontà del proprietario».

⁴² B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Dusseldorf, 1862, 418.

⁴³ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, cit., 418.

⁴⁴ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, cit., 418. In tal senso G.F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838, 113: «Als die Totalität aller dinglichen Rechte enthält das Eigenthum an sich die ausschließlich Befugniß zu jeder Anwendung der Sache, zu jeder Berfügung über sie». Da ultimo M. SCHERMAIER, *'Dominus actuum suorum'. Die willenstheoretische Begründung des Eigentums und das römische Recht*, in *ZSS*, CXXXIV, 2017, 49 ss., è tornato sul concetto di pienezza ed esclusività del diritto di proprietà, «daß die ausschließliche Verfügungsbefugniß des Eigenthümers über die Sache so weit reicht, als nicht eine Beschränkung nachgewiesen wird». La proprietà non deriva solo da un fatto materiale ma «ist Emanation menschlichen Willens» (p. 64).