

Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie (*)

1. La legittimazione attiva e passiva alle *actiones de servitutibus*: aspetti generali nel quadro sistematico degli *iura in re aliena* – 2. La diversa prospettiva di D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23: verosimili interventi postclassici su tali testi – 3. La costituzione di servitù '*pactionibus et stipulationibus*': Gai., *inst.* 2.31, *Iust. inst.* 2.3.4, Theoph., *paraphr.* 2.3.4, e la *stipulatio* relativa all'esercizio della servitù – 4. Previsione di *modi* di esercizio, *in iure cessio servitutis* e probabile ricorso a *pactiones* e *stipulationes* nonché ad una documentazione scritta anche per quanto riguarda i fondi italici – 5. Carattere equitativo della tutela interdittale delle modalità di esercizio della servitù, *cautiones* imposte dal giudice ed efficacia reale di fatto assunta dalle pattuizioni relative all'*usus servitutis* – 6. Tutela *in rem* ed *in personam* del rapporto di servizio tra due fondi: astratte contrapposizioni dogmatiche ed effettive differenze nei concreti risultati pratici – 7. Esercizio della servitù, sua tutela interdittale e verosimili ragioni dell'irrinunciabilità della *cautio* '*per te non fieri quo minus utar*' stipulata '*pro traditione possessionis*'; mancanza di tale *stipulatio*, esercizio di fatto della servitù ed origini della '*patientia*' – 8. Apparenti carenze presentate dalla protezione fornita dall'ordinamento alle servitù costituite '*pactionibus et stipulationibus*', concreti problemi che in realtà ne potevano derivare ed improbabile necessità di rimediarsi introducendo nuovi mezzi di tutela – 9. In particolare, la *factio usucapionis* adombrata ai fini della protezione della servitù in D. 6.2.11.1 – 10. Difficile configurabilità classica di simili azioni ed in primo luogo di quelle fondate sul '*diuturnus usus*': verosimile spiegazione delle interpolazioni riscontrabili in tal senso nei testi – 11. L'*actio utilis* di D. 8.5.10.pr. e l'incongruità della posizione possessoria dell'attore: riferibilità del passo, e in particolare del § 1, ad una trattazione interdittale classica – 12. Riprove di ordine palinogenetico di questa impostazione ricostruttiva – 13. La tutela interdittale classica e la protezione dei terzi acquirenti del fondo nella *cognitio extra ordinem* – 14. D. 43.19.1.9 e la *restitutio in integrum* della servitù pur non ancora estinta realizzata, senza rilevanza alcuna della confessoria o di altre azioni, attraverso un interdetto concesso '*repetita die*' – 15. La considerazione del termine finale della servitù nell'ambito dell'*actio ex stipulatu* e l'assenza di ogni riferimento a ulteriori forme di tutela – 16. D. 8.3.35 e le verosimili origini del riferimento temporale '*per annos forte tot*' in D. 8.5.10.pr. – 17. Considerazione complessiva delle fonti in materia ed aspetti sistematico-metodologici – 18. Sufficienza di massima, nel sistema formulare, della protezione interdittale, unita all'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio*, ai fini della tutela delle servitù costituite «*iure praetorio*»; prospettive processuali *extra ordinem* tardoclassiche, sviluppi della tutela della situazione di fatto e della *longa possessio* nel mondo tardoimperiale ed interventi giustinianeî volti ad un riordino della materia.

1. Avendo avuto la fortuna e il privilegio, prima di incontrare Filippo Gallo, di laurearmi nel 1981 con Arnaldo Biscardi, di cui credo di essere nell'ambito accademico l'ultimo e per così dire più giovane allievo, già nella stesura della mia tesi – avente ad oggetto l'*actio prohibitoria* e l'esercizio del diritto di usufrutto nei suoi aspetti processuali – ebbi l'opportunità di discutere a lungo con il Maestro dei problemi relativi alla legittimazione attiva e passiva alle *actiones de servitute*, strettamente connessi, da un punto di vista dogmatico-costruttivo, a quelli legati all'esperibilità della *petitio* e della *negatoria usus fructus*.

*) Nel pubblicare questo mio intervento al Convegno di Pontignano, ho preferito lasciare pressoché immutato il testo riferito – o meglio riassunto – in tale occasione, ponendo in nota non solo l'apparato testuale e bibliografico ma altresì le aggiunte esplicative e le digressioni che sono parse necessarie per una migliore ed esaustiva esposizione dell'argomento. Questo procedimento, se ha per un verso lasciato sufficientemente scorrevole il testo,

ha ovviamente appesantito le note, in cui è finito per tal via col confluire quello che avrebbe in effetti dovuto condurre a trasformare queste pagine, di impianto per così dire saggistico, in una sorta di studio monografico sull'argomento (del resto, l'ampiezza delle note ed il loro carattere a prima vista altresì digressivo rispetto ai temi trattati nel testo si renderebbero in ogni caso sempre necessari in vista dei molti aspetti connessi – e talvolta apparentemente solo alla lontana, ma ad una migliore considerazione in maniera invece decisiva – alla materia delle servitù cosiddette pretorie: tema che, per essere finalmente affrontato in tutte le sue implicazioni e non in maniera affrettatamente parziale, come di recente è sovente avvenuto, richiede inevitabilmente una considerazione di tutta una congerie di elementi che, se affrontati nel testo, renderebbero la trattazione piuttosto ostica e di ardua lettura rispetto al male minore della soluzione di relegare tali argomenti in pur lunghe e magari faticose note). In ogni caso, mi è parso preferibile pubblicare qui egualmente questo lavoro, sia pure in una forma forse inadeguata rispetto ai fini che esso in qualche modo si voleva proporre, piuttosto che rinviare in pratica *sine die*, dato lo scarso tempo a disposizione, la conclusione di uno studio che in tal caso avrei dovuto reimpostare sin dalle sue fondamenta espositive ed argomentative (anche per quanto riguarda le note, del resto, è sovente mancato il tempo per completarle come si sarebbe desiderato e per trasformare sempre la bibliografia indicata – rimasta in ogni caso ferma a quegli anni – in un breve ma più esaustivo esame della dottrina in argomento, mentre per altro verso il troppo lungo periodo in cui questo lavoro è rimasto *in fieri* lascia talora dubbioso lo stesso autore su controlli che pur gli risultano già espletati ma che tuttavia, ormai, la prudenza indurrebbe rivedere, anche se ovviamente ne manca il tempo).

Il titolo in origine scelto (ed a lungo rimasto nel sito *internet* della «Rivista di Diritto Romano»), parlando della tutela processuale delle servitù costituite «*tuitioe praetoris*» necessitava di una breve spiegazione se non di una sorta di *excusatio*: in effetti, come notava Vincenzo Arangio-Ruiz nel suo manuale di istituzioni (citato *infra*, nt. 12) a proposito di *traditio* e *patientia*, *pactio* e *stipulatio* e *longi temporis praescriptio* (p. 246), «un passo del Digesto (7, 4, 1 pr.) parla di *usufructus tuitioe praetoris constitutus*: questa frase, che sembrerebbe riferirsi principalmente alla quasi *traditio*, ha fatto sì che i tre mezzi ultimamente presi in esame fossero correntemente indicati come modi pretorii di acquisto», ma «del testo citato si ha nei frammenti Vaticani (61) la dizione genuina, e, benché questa sia mutilata, è facile vedere che non vi si parlava né di *traditio* né di *tuitio praetoris*, ma soltanto si contrapponeva all'*usufrutto* vero e proprio quello sui fondi stipendiari e tributari» – rinviando in particolare a Gerhard von Beseler –, per cui «essa dunque ogni ragione di conservare la denominazione di servitù pretoria, tanto più singolare in quanto nei modi d'acquisto esaminati (in qualsiasi limite si vogliono ritenere classici) il pretore non entra né punto né poco» (p. 246 nt. 1). In effetti, il termine '*tuitio*', diffuso in un'accezione alquanto anodina nelle fonti legislative successive (C.Th. 1.21.1, 4.15.1, 7.4.27, 7.15.1, 9.45.4.pr. e 2, 13.5.36.pr., 16.2.29 e C.I. 1.33.3, 1.46.1, 4.35.22.2, 5.7.1.4, 6.23.30, 12.35.18.8, 12.50.23.1), nei testi dei giuristi classici conservatici compare rare volte e solo in Ulpiano (cfr. altresì D. 37.11.2.1, Ulp. 41 *ad ed.*, e D. 27.6.1.5, Ulp. 12 *ad ed.*), ed è attestato, in riferimento a '*praetoris*', oltre che in D. 7.1.4.pr. (Ulp. 17 *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 tuitioe praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur*': cfr. *Vat. fr.* 61: '*... amitti autem usum fructum capitis minutione constat nec solum usum fructum, sed etiam actionem de usu fructu: scilicet si Titio usum fructum ... testamento vel per fideicommissum lego vel relinquo et die eius cedente is capite minutus est ... agere non potest. et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitioe praetoris: proinde usus fructus licet in fundo stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur ... capitis minutio extinguit usum fructum ...*'), in D. 7.9.9.1 (Ulp. 51 *ad ed.*), parimente non certo del tutto sicuro nella sua genuinità ('*Illud sciendum est sive iure ipso quis usum fructum habet sive etiam per tuitioem praetoris, nihilo minus cogendum esse fructuarium cavere aut actiones suscipere*'), nonché, in pur generico riferimento alla tutela interdittale, in D. 43.19.1.2 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*Hoc interdicto praetor non inquirat, utrum habuit iure servitatem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actaque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitioem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus. neque ad praesens tempus refertur usus, quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit ita*'), passo che, specie per quanto riguarda la parte finale, suscita del pari non poche perplessità (cfr. *infra*, nt. 123). Tuttavia la scelta di ricorrere in un primo tempo a tale terminologia, oltre che al fatto che non sarebbero parse accettabili locuzioni pur sovente usate in dottrina come «servitù costituite *pactionibus et stipulationibus*», data la vigenza altresì della cd. *patientia*, né come «servitù relative a fondi provinciali» (cfr. *infra*, § 4 e nt. 105 ss.), appariva in effetti giustificata dal fatto che, nell'ipotesi qui sostenuta, tali diritti reali si sarebbero appunto caratterizzati dall'essere privi della normale tutela prevista dallo *ius civile*, ossia della cd. *actio de servitute*, e protetti quindi essenzialmente in via interdittale, ossia da un sistema di tutela essenzialmente pretorio. Se quindi Vincenzo Arangio-Ruiz aveva senz'altro ragione nell'affermare che, quanto all'introduzione di tale tipo di diritto, «il pretore non entra né punto né poco», ciò è tuttavia vero se si considera la locuzione «servitù pretorie» nel senso di «servitù di introduzione – o creazione – pretoria» (così come è per tal verso evidentemente errata l'espressione, pur relativamente diffusa, «manumissioni pretorie»), ma il ricorso a tale locuzione ritorna ad essere in fondo comprensibile (specie attesa la mancanza di una denominazione migliore) se invece la si considera nel senso di «servitù tutelate dal pretore», non tanto in un'accezione per così dire positivamente attiva (come avviene in certo modo nel caso delle cosiddette manumissioni pretorie, ove quantomeno il magistrato interviene con la *denegatio actionis*), quanto nel senso di una residuale tutela di fatto fornita soltanto dal sistema interdittale pretorio, in vista appunto dell'assenza delle normali azioni previste dallo *ius civile*, per cui quindi la già sussistente difesa in via decretale rimane l'unica cui il

Trattando infatti della tutela del corretto esercizio dell'usufrutto – e quindi in primo luogo della reazione del *dominus* alle omissioni del titolare dello *ius in re aliena* in ordine alla conservazione della cosa, nonché, per converso, degli impedimenti recati a quest'ultimo nel godimento della *res fructuaria* –, il punto nodale di ogni possibile soluzione pareva in effetti incentrarsi, da un lato, sulla legittimazione dell'usufruttuario ad esperire i normali mezzi di tutela che, di fronte a comportamenti ostili da parte di terzi ed in particolare dei vicini, sarebbero spettati al *dominus*, e, per altro verso, sulle modalità con cui quest'ultimo avrebbe potuto affrontare immediatamente, inibendo subito un esercizio non corretto dell'usufrutto, le ipotesi di sfruttamento pregiudizievole o negligente della *res* che ne potessero causare la rovina o il depauperamento, senza attendere che l'evento negativo si fosse ormai già verificato per chiedere il risarcimento dei danni in primo luogo attraverso l'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio fructuaria* (e più precisamente dalla clausola '*boni viri arbitrato usurum fructurum*').

Ritenendo che i due pur diversi problemi fossero in realtà strettamente connessi, incoraggiato dall'approvazione del Maestro ero arrivato ad ipotizzare un articolato sistema di tutela che partiva dalla facoltà del *dominus* di reagire con una *prohibitio* ad ogni serio comportamento scorretto da parte dell'usufruttuario, così da inibirgli l'esercizio del diritto, mentre per converso questi, di fronte all'impedimento per tale o altra via recato all'esplicazione del suo diritto – sia che esso provenisse cioè dalla *prohibitio* per così dire stragiudiziale del *dominus*, sia che fosse dovuto al comportamento di fatto di un terzo, come ad esempio da un vicino che gli precludesse l'uso di una servitù a favore del *fundus fructuarius* – avrebbe a sua volta potuto e dovuto reagire attraverso un interdetto (probabilmente l'*interdictum 'si uti frui prohibitus esse dicitur'* di cui parlano i *Vaticana fragmenta*)¹ con cui avrebbe appunto

soggetto può ricorrere; per tal verso, quindi, parlare di «servitù costituite *tuitione praetoris*», riferendosi ad una rinuncia alle modalità solenni di costituzione fondate sullo *ius civile*, secondo una soluzione consentita dalla perdurante possibilità del ricorso, anche in tal caso, alla protezione interdittale, era parsa in un primo momento non solo una soluzione in fondo accettabile, ma altresì l'unica via in concreto praticabile.

Tuttavia, alla fine, è parsa soluzione migliore e tale da prevenire qualsiasi perplessità, se non ogni critica, la scelta di usare la forse non del tutto esatta ma in ogni caso più abituale e quindi immediatamente chiara espressione «servitù pretorie», anche se comunque tale locuzione viene per così dire distanziata e relativizzata dal ricorso all'aggettivo «cosiddette»: ed in effetti un rapido sguardo alla manualistica è sufficiente per rendersi conto di come l'espressione «servitù pretorie» venga – comprensibilmente – perlopiù evitata nella sua atecnicità e imprecisione di fondo, mentre, quand'anche venga usata, essa può indicare le servitù non costituite secondo i modi dello *ius civile* nel loro complesso ovvero venire impiegata – come ad esempio fa nel suo manuale istituzionale Antonio Guarino – per riferirsi, in tale insieme, alle sole servitù costituite tramite *traditio* o *patientia*, mentre quelle sorte *pactionibus et stipulationibus* vengono designate come «servitù provinciali», e a tali due gruppi si affianca quindi quello delle servitù cosiddette «anomale» (come in particolare quelle *altius tollendi* e *luminibus officendi*: cfr. *infra*, nt. 71). In verità, sembra che la maniera più corretta e non inesatta per indicare tale congerie di servitù sarebbe, in negativo, quella di denominarle senz'altro come «servitù costituite al di fuori dello *ius civile*» (ad esempio «sorte *extra ius civile*»): tuttavia, come si è accennato, per motivi di rispetto della tradizione e per ancor più forti ragioni di facile comprensibilità è parso preferibile conservare, pur distanziandosene, la vecchia denominazione di «servitù pretorie».

¹) *Vat. fr.* 90 («libro I de interdictis sub titulo 'in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius cui bonorum possessio data erit, possidebit': si usu fructu legato legatarius fundum nactus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fructur. inde et interdictum 'uti possidetis' utile hoc nomine proponitur et 'unde vi', quia non possidet, utile datur, vel tale concipiendum est: 'quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris quodque dolo malo fecisti, quominus possideres uteris frueris'») e 91 («libro II de interdictis sub titulo 'si uti frui prohibitus esse dicitur'. non is, ad quem usus fructus venit vivi tum vel qui utendi fruendi causa, cum usus fructus, ad eum non pertineat, in aliqua re sit, possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie delectus dici non potest. ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est»). Non è ovviamente possibile in queste pagine introduttive spiegare i motivi che mi conducevano a distinguere l'interdetto di cui parla il § 91 dall'*interdictum utile* all' '*unde vi*' già richiamato dal § 90, cosa che, oltre che una non breve trattazione, richiederebbe soprattutto una riconsiderazione generale da parte mia di tali argomenti (si vedano comunque, in una prospettiva di questo tipo, W.W. BUCKLAND, *The Protection of Servitudes in Roman Law*, in «LQR.», XLVI, 1930, p. 250 s., e B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 151 e nt. 568). In ogni caso i due testi sono stati oggetto di un'ampia analisi da parte della dottrina, specie da un punto di vista palinogenetico: oltre a K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer in geschichtlicher Entwicklung* [1853], Leipzig, 1970, p. 14 s. e 21 s., a G.B. DORE, *Studi sugli interdetti romani*, Firenze, 1890, p. 30 s. e nt. 1 (anche in relazione alla dottrina più antica) e a S. RICCOBONO, *Zur terminologie der Besitzverhältnisse (Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta)*, in «ZSS.», XLIV, 1910, p. 343 ss., si vedano tra l'altro – in riferimento alla ricostruzione dell'editto di Otto Lenel (*Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1985, p. 468 s. e p. 473 s.) – E. ALBERTARIO, *Il possesso dell'usufrutto*,

dell'uso, della habitatio (1912), in *Studi di diritto romano*, Milano, 1933-1953, II, p. 311 s. e 330 ss., e *Vat. fr. 90 (contributo agli studi sulla origine della possessio iuris)* [1931], *ivi*, p. 369 ss. (che in particolare censura il ricorso al verbo 'possideo' nella formulazione dell'*interdictum quod legatorum utile*, spiegata in vista del motivo fondamentale del superamento postclassico della negazione del possesso da parte dell'usufruttuario), R. DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini (c. d. servitù personali)*, Napoli, 1913, p. 170 ss. (che richiama accanto a *Vat. fr. 91* il pur ampiamente corrotto D. 43.16.3.13-15, Ulp. 60 *ad ed.*), e P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, rist. Milano, 1972, p. 206 ss. – che in particolare tende anch'egli a distinguere in maniera sufficientemente netta gli interdetti possessorii concessi in via utile all'usufruttuario nel § 90 dallo specifico *interdictum 'si uti frui prohibitus esse dicitur'* del § 91 –, nonché, sempre dal punto di vista della assenza di «possesso» in tali ipotesi, G. SCHERILLO, *Contributi alla dottrina romana del possesso*, I, *Possessio naturalis* (1930), in *Scritti giuridici*, II.2, Milano, 1995, p. 310 s. e nt. 62. Invece M. BOHÁČEK, *L'actio negativa nell'ambiente dell'usufrutto*, in «BIDR.», XLIV, 1936-1937, p. 63 ss., ricollegandosi al ricordato studio del 1912 di Emilio Albertario – p. 311: di quest'ultimo cfr. altresì *Il possesso* (1932), in *Scritti*, cit., II, p. 123 s. e nt. 6 – anche in ordine ai dubbi che destano le parole 'aut deiectus' in D. 7.1.60 (Paul 5 *sent.*: '... usufructuarius prohibitus aut deiectus ...'), spiega tale interpolazione nel senso che classicamente il concetto di 'prohibitus' avrebbe ricompreso anche quello di 'deiectus', come mostrerebbe appunto *Vat. fr. 91*, mentre tale endiadi sarebbe stata introdotta dai compilatori in vista del riconoscimento della 'possessio' dell'usufruttuario (sempre dal punto di vista del rapporto tra possesso ed usufrutto, cfr. M. KASER, *Geteiltes Eigentum in älteren römischen Recht*, in «Festschrift P. Koschaker», I, Weimar, 1939, p. 471 s.); a sua volta A. CARCATERRA, *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, Milano, 1942, p. 129 ss., pur limitandosi a smussare impostazioni interpolazionistiche soverchiamente severe (cfr. *infra*, nt. 60), ritiene qui che l'*usus iuris* «è genuino concetto dei classici» che si oppone alla *possessio*, ed è appunto tutelato – p. 131 s. – mediante mezzi analoghi a quelli possessorii, ossia con gli interdetti. Cfr. altresì S. SOLAZZI, *Noterelle critiche. La tutela dell'usufrutto su fondo provinciale in Paul. Sent. 5.6.8* (1952), in *Scritti di diritto romano*, Napoli, 1955-1972, V, p. 397 ss. (specie in relazione a D. 7.1.60.pr.). Oltre a M. SARGENTI, *Appunti sulla quasi possessio e la possessio iuris*, in «Scritti beatificazione C. Ferrini», II, Milano, 1947, p. 231 s. (che argomenta la classicità di massima del passo dalla distinzione operata tra possessore e usufruttuario), e a S.A. PAUTASSO, *Usufructo y posesión en el Derecho Romano*, in «RADR.», I, 1954, p. 102 ss., si vedano poi G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, p. 337 s. (soprattutto nella prospettiva delle oscillazioni del concetto di 'deiectio', e quindi dei confini tra interdetto e sua versione «utile», in relazione alle visuali giustiniane sulla 'possessio'), e G. NICOSIA, *Studi sulla «deiectio»*, I, Milano, 1965, specie p. 61 s. e nt. 146 s., ove si insite su come *Vat. fr. 91*, recando '... proprie deiectus dici non potest ...', sembri implicare la possibilità di un uso meno proprio ma più esteso rispetto al tipo di impedimento connesso alla nozione di 'deiectio' (cfr. le recensioni di G. PUGLIESE, in «Iura», XVI, 1965, p. 376 – che concorda nella improprietà dell'espressione 'deicere' in riferimento al *fructuarius*, pur ammettendo la classicità di tale oscillazione terminologica –, di G. WESENER, in «SDHI.», XXXII, 1966, p. 358 s. – anch'egli conforme alla prospettiva dell'autore –, e, sul progressivo formarsi del concetto tecnico di 'deiectio', quella di G. BROGGINI, in «ZSS.», XCVI, 1966, p. 453 s., nonché C.A. CANNATA, «Deiectio» e interdetti «de vi», in «Labeo», XIII, 1967, p. 104 s., che, criticando le osservazioni terminologiche di Giovanni Nicosia, insiste, anche in riferimento a D. 43.16.3.14 [Ulp. 69 *ad ed.*], su come l' 'uti frui prohibere' fosse fattispecie più ampia dell'espulsione; in relazione ai due passi dei *Vaticana fragmenta*, di Giovanni Nicosia si veda altresì *Problemi possessorii nell'esperienza giuridica romana*, Catania, 1997, p. 57 ss., specie per quanto riguarda la vecchia tesi, ripresa in particolare da M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana*², Napoli, 1957, p. 199 ss., secondo cui da Cic., *Caec.* 32.94, si ricaverrebbe che in origine all'usufruttuario sarebbe stata attribuita la *possessio* della *res*, tesi che l'autore rifiuta specie alla luce di Cic., *Caec.* 7.19 e 6.17). Cfr. anche G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, rist. 2004, p. 138 s. e 147 s. (che sottolinea la classicità e la tecnicità editale di tale estensione in via utile dell'interdetto, notando altresì come la qualifica di 'utilis' dell'*interdictum unde vi* concesso al *fructuarius* venga eliminata dai giustiniani in vista delle trasformazioni riguardanti il possesso *alieno nomine* nella compilazione), G. MACCORMACK, *Naturalis possessio*, in «ZSS.», XCVII, 1967, p. 61 s. e 65 s. (che, riprendendo anch'egli le osservazioni del ricordato studio del 1912 di Emilio Albertario, tenta tra l'altro di coordinare la soluzione di *Vat. fr. 90* – ed in particolare la spiegazione 'quia non possidet' – con quanto affermato da Ulpiano [70 *ad ed.*] in D. 41.2.12: 'naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet'), M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, II, *Da Diocleziano a Giustiniano*, Napoli, 1972, p. 34 e nt. 25 (sempre dal punto di vista della 'quasi possessio'), e M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in «AUPA.», XXVIII, 1961, p. 47 ss. e nt. 1 e 3, p. 89 s. e nt. 2, p. 91 ss. e nt. 9 e 12 (che, partendo dal fatto che il *fructuarius* non è possessore, sostiene – cfr. in particolare p. 116 – che la *vindicatio ususfructus* non perseguiva, in età classica, la restituzione della *res* in quanto tale, ma più semplicemente un comportamento tale da mettere in concreto l'attore nella condizione di *uti frui*, potendo quindi venire esperita non solo in caso di impedimento totale, ma altresì nell'ipotesi di impedimento parziale all'esercizio del diritto, cosicché deduce dall'espressione 'uti frui prohibere' – p. 89 – che il proprietario non rimaneva affatto estraneo alla vita del *fundus fructuarius*, e soprattutto giunge a sostenere – p. 92 – che l'*interdictum unde vi utile* di cui parla *Vat. fr. 91* si spieghi nel senso che il *fructuarius*, non possedendo, non poteva dirsi propriamente 'deiectus', e non poteva quindi ricorrere al normale interdetto 'unde vi', mentre viceversa il nudo proprietario, trovandosi in una situazione di possesso, poteva a sua volta propriamente dirsi «proibente»), e *Osservazioni su Vat. Fragg. 90*, in «Studi B. Biondi», II, Milano, 1965, p. 269 ss., specie p. 277 ss. (ove a proposito di *Vat. fr. 90* si osserva che, propriamente, l'*interdictum 'uti possidetis'* non avrebbe giovato all'usufruttuario contro il possessore, ma tuttavia sa-

sostenuto l'illegittimità di tale impedimento pretendendone la rimozione attraverso la decisione arbitraria: per converso, tale interdetto gli sarebbe stato inutile nel caso in cui l'impedimento, anche proveniente dal terzo, fosse giustificato, ed in particolare, qualora la *prohibitio* del *dominus* fosse invece risultata legittima, egli sarebbe stato costretto dal giudice, attraverso i consueti meccanismi della procedura interdittale, ad attenersi per il futuro al rispetto dei corretti limiti di esercizio del suo diritto, in particolare provvedendo ad esempio a quella *refectio* la cui mancanza, come sovente esemplificano le fonti, avesse fatto scattare la *prohibitio* del *dominus*².

La mia idea di fondo era infatti che nel contesto giustiniano – sulla scia di precedenti postclassici su cui sarebbe qui impossibile indugiare – l'ostilità verso un mezzo di autotutela privata quale la *prohibitio* avesse provocato una sorta di diffusa censura verso i testi che ne menzionavano tale peculiare applicazione, cosicché i frammenti dei *Digesta* in materia si limitano nella maggior parte dei casi a parlare di un non meglio specificato '*per arbitrum cogi*' il *fructuarium* a *reficere* ed in genere ad esercitare correttamente lo *ius utendi fruendi*, senza che tuttavia sia impossibile scorgere nella stesura trasmessaci le precise tracce dell'identità strutturale tra tale rimedio ormai invero pressoché misterioso e la facoltà spettante al *dominus* in diritto classico di *prohibere* l'esercizio dell'usufrutto al titolare che non si comportasse in maniera retta (la *prohibitio* è strumento che infatti, pur in tale diffuso intervento censorio giustiniano, in talune fonti compare ancora in tutta chiarezza)³.

rebbe senz'altro servito al possessore contro il *fructuarium*, cosicché la motivazione della concessione dell'interdetto in via «utile» recata dall'ignoto compilatore sarebbe da ritenere intrinsecamente sbagliata, mentre a proposito del § 91 lo studioso concorda sulla insospettabilità sostanziale del testo: cfr., a proposito di quest'ultimo studio, le recensioni a tale miscellanea di M. KASER, in «ZSS.», XCVII, 1967, p. 551 s., e di E.H. KADEN, in «SDHI.», XXXIII, 1967, p. 401). Si vedano altresì W. KERBER, *Die quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, Würzburg, 1970, p. 104 ss. (a proposito della «quasi possessio» del *fructuarium* che porta al carattere «utile» dell'interdetto: cfr. la recensione di D. NORR, in «ZSS.», CIII, 1973, p. 426 e nt. 37), M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in «BIDR.», LXXX, 1977, p. 208 nt. 21 *in fine* (sul problema della *inscriptio*), F. BETANCOURT, *Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos*, in «AHDE.», LIII, 1983, p. 71 nt. 71, *Sobre el autor de «Fragmenta Vaticana» 90-93*, in «Estudios J. Iglesias», I, Madrid, 1988, p. 115 ss. (cfr. la recensione a tale miscellanea di M. TALAMANCA, in «BIDR.», XCI, 1988, p. 792), *El interdicto 'decretal' 'quod legatorum' contra el legatario de usufructo y de la servidumbre predial*, in «Estudios F. Valls i Taberner», Barcelona, 1991, p. 5293 ss., e *El libro anónimo «De interdictis». Codex Vaticanus Latinus n° 5766*, Sevilla, 1997, *passim* in particolare p. 119 ss., 255, 555 ss. e 633 (che, aderendo all'interpretazione di A. D'ORS, *Titulus*, in «AHDE.», XXIII, 1953, p. 499, muove dall'assenza di lacune in *Vat. fr.* 90 e ritiene i *libri de interdictis* ivi excerpti – rifiutando l'«*idem*» che per taluni editori precederebbe qui il riferimento a «libro II de interdictis sub titulo 'si uti frui prohibitus esse dicitur'» – un'opera anonima probabilmente del IV secolo d.C.: cfr. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1959, rist. 1975, p. 126 s. e nt. 37 – secondo cui i *fr.* 90-93 sarebbero tratti da una parziale riedizione tardoclassica del commentario all'editto di Ulpiano –, e D. LIEBS, *Die Jurisprudenz im spätanticken Italien*, Berlin, 1987, p. 152, per il quale si tratterebbe non di una edizione parziale, bensì di una monografia poi già sconosciuta a Giustiniano), M. KASER, «*Ius honorarium*» und «*Ius civile*», in «ZSS.», CXIV, 1984, p. 97 e nt. 438 (in relazione al carattere «utile» dell'interdetto: cfr. ID., *Das römische Privatrecht*², München, 1971-1975, I, p. 453 e nt. 64 s. – cfr. anche p. 754 e nt. 27 e II, p. 560 nt. 68 –, nonché *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 321 e nt. 35), e N. BENKE, *Exemplum contra legem*, in «T.», LVII, 1989, p. 297 s. Cfr. infine F. NASTI, *Un nuovo documento dalla Siria sulle competenze dei governatori e procuratori provinciali in tema di interdetti*, in «Index», XXI, 1993, p. 366 s. e nt. 2 (a proposito dell'interdetto del tipo «*uti possidetis*» – secondo l'autrice forse analogo a quelli di cui trattano *Vat. fr.* 90-91 – di cui parla il papiro datato 24.8.245, contenente una petizione al prefetto di Mesopotamia *Iulius Priscus*, pubblicato in D. FEISSEL, J. GASCOU, *Documents d'archives romaines inédits du moyen Euphrate (III^e siècle après J.C.)*, in «Comptes Rendu de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres», 1989, p. 545 ss. [n.v.]: ma l'analogia non risulta ben chiara, specie in vista del carattere normalmente conservativo e non restitutorio dell'interdetto preso in considerazione dal papiro) e più recentemente M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari, 1998², p. 40, 69 ss. e 139 ss., e – anche in riferimento a D 43.3.1.8 (Ulp. 67 *ad ed.*) – C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo. Derecho romano, derecho germánico, tradición romanística y Furs de Valencia*, Castelló de Plana, 2002, p. 87 ss.

²) Cfr. ad esempio D. 7.1.7.2 e 3, D. 7.1.9.pr. e D. 7.1.13.2, tutti tratti da XVII libro *ad Sabinum* di Ulpiano, nonché D. 7.1.64 (Ulp. 51 *ad ed.*) e D. 7.1.65 (Pomp. 5 *ex Plaut.*). Sull'azione fondata sull'«*arbitrium iudicis*» che nei testi giustiniane è prevista a tale scopo, si veda in breve B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis* [1912], Roma, 1970, p. 14 s. (sulla tesi di Giovanni Bortolucci cfr. *infra*, nt. 3): si vedano anche DE RUGGIERO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 89 s. e 193 s., e di recente C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 478 ss. (cfr. *infra*, nt. 109).

³) Cfr. in particolare, in relazione alla *clausula vitii* e agli *interdicta unde vi*, E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, p. 246 s., P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano, 1969, p. 78 ss., e L. SOLIDORO

Un simile intervento dei compilatori sui testi che parlavano della tutela del corretto esercizio dello *ius utendi fruendi*, d'altra parte, sembrava altresì suggerito dai problemi creati dalla parallela tutela dell'usufruttuario nei confronti del vicino che, in particolare, gli impedisca di avvalersi di una servitù costituita a vantaggio del fondo; qui infatti i testi dei *Digesta* parlano di un mezzo processuale ('*petere usum fructum*': talvolta peraltro preceduto da un '*quasi*')⁴ con cui egli rivendicherebbe il pro-

MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1998, p. 3 s. e 73 ss. (com'è noto, tale capovolgimento dei principii classici arrivò a tradursi nell'impunità penale dell'agredito che, anche in torto da un punto di vista civilistico, reagisse alla *delectio* con spargimento di sangue, di cui era comunque responsabile l'*invasor*: cfr. SOLIDORO, *op. cit.*, p. 49 s. e – su quella sorta di «taglione» previsto da C.Th. 2.26.2, secondo cui l'*inreptor* avrebbe dovuto cedere alla vittima dello spoglio '*tantum agri modum*' quanto la porzione illegalmente occupata – p. 234 ss.: cfr. anche F. DE MARINI AVONZO, *La giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero*, II, *L'organizzazione giudiziaria di Costantino*, in «Syn-teleia V. Arangio-Ruiz», Napoli, 1964, II, p. 184 s.). Per quanto riguarda gli *iura in re aliena*, oltre a Biondo Biondi – che peraltro, se riconosce la latissima estensione della *prohibitio*, lo fa tuttavia nel quadro della peculiare tesi da lui sostenuta circa l'*actio negativa* (cfr. *infra*, nt. 9) –, si veda soprattutto E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, p. 433 ss. e in particolare p. 438 s., che riconosce esplicitamente come il privato «è altresì autorizzato ad usare la forza, sia per costringere altri al rispetto del proprio diritto, sia per prevenire o reprimere la lesione», e ricorda appunto la *prohibitio* che, quale atto di autotutela preventiva riconosciuto dall'ordinamento, ad esempio gli consente di impedire l'ingresso di terzi sul suo fondo o di espellere da questo animali immessivi a pascolare (cfr. altresì ID., *Istituzioni di diritto romano*², I, Padova, 1960, p. 250 s.). In generale la dottrina è, peraltro, alquanto restia (si veda significativamente l'angusta prospettiva in cui si pone la trattazione di L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in «AUPA.», XV, 1936, specie p. 142 ss.) a considerare il decisivo ruolo della *prohibitio* nella tutela interdittale degli *iura in re aliena* e la valenza che in tale contesto essa assume nell'indirizzare, grazie alla decisione arbitrale in cui sfocia tale procedimento, il corretto esercizio del diritto (persino una trattazione di impostazione alquanto ampia quale quella di G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, *Esercizio dei diritti e difesa privata [Lezioni Modena 1945-1946]*, Bologna, 1946, p. 108 ss., non affronta la decisiva valenza della *prohibitio* neppure trattando della possibilità del *dominus* di reagire nella maniera più drastica alle immissioni altrui sul suo fondo, limitandosi ad incardinare l'indagine sull'*operis novi nuntiatio*: cfr. p. 176 ss.; si veda tuttavia *Il problema di origine del processo extra ordinem*, cit. [nt. 1], p. 195 ss., ove tale aspetto risulta relativamente alquanto più approfondito): cfr. in particolare GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 270 ss., ove essa non è neppure considerata nei mezzi a disposizione del *dominus* per tutelare la *res* da comportamenti del *fructuarius* che non rispettino i limiti del suo diritto: impostazione che del resto si ricollega ad una visione degli interdetti di tipo sostanziale in cui, così come nell'azione si dà per presupposta la fondatezza della pretesa attorea, allo stesso modo si tende a vedere la *prohibitio* che provoca il ricorso alla procedura decretale sempre e comunque un atto illegittimo (cfr., sempre di G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 304 ss.), e che d'altra parte è prospettiva in generale portata a separare nettamente la tutela in via di azione da quella interdittale, attribuendo invero a quest'ultima assai scarsa importanza (cfr. ancora GROSSO., *Usufrutto*, cit., p. 410, dove si rinuncia, pur in un compendio sullo *ius utendi fruendi*, ad ogni esame dei relativi interdetti sulla base della considerazione, invero curiosamente parziale, che «una più ampia disamina di questi ... non potrebbe che essere fatta in una trattazione più generale del possesso, della *quasi possessio* e degli interdetti relativi»). In realtà si ha quasi l'impressione che non poca parte della dottrina abbia per lo più considerato la *prohibitio* alla stregua di un atto illegittimo, ignorandone effettivamente la funzione anche quando l'ambito della ricerca avrebbe dovuto naturalmente portare ad un approfondimento di tali aspetti della tutela del *dominus*: cfr. in particolare G. BORTOLUCCI, *Studi critici e giuridici sul Digesto. Sulla «cautio usufructuaria»*, in «BIDR.», XXI, 1909, p. 110 ss., che pur ammettendo che lo *ius prohibendi* può essere usato dal nudo proprietario contro l'usufruttuario «quando esso usi della cosa contro le norme che regolano la sua condotta rispetto alla cosa stessa» (p. 119), si affretta ad aggiungere (p. 122) che «questa facoltà di proibire ... non si può ... spiegare ... come effetto di un atto di arbitrio o di violenza del proprietario contro il quale l'usufruttuario è protetto dall'interdetto» (l'autore non considera infatti come la clausola '*non vi non clam non precario*' rendesse legittima la *prohibitio*, facendo venir meno la protezione interdittale, qualora il comportamento del ricorrente risultasse contrario ai limiti di esercizio del suo diritto: cfr., in relazione alle servitù prediali, F. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum» previsti per l'esercizio dello «ius aquae ducendae»*, in «Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario [4-5 novembre 1991] in memoria di G. Provera», Napoli, 1994, in particolare p. 361 nt. 133, e *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in «SDHI.», LX, 1994, p. 163 ss.), e giunge com'è noto ad identificare il mezzo di tutela in questione con l'*actio prohibitoria* (su cui *infra*, nt. 8 s., 12 s. e 16: sulla tesi di Giovanni Bortolucci cfr. in generale GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 285 s., e BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae*, cit. [nt. 2], p. 12 ss.). Si veda di recente CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 408, 410, 411 e 413 s.

⁴) Oltre a CARCATERRA, *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, cit. [nt. 1], p. 129 ss. e soprattutto p. 136, cfr. G. WESENER, *Zur Denkform des «quasi» in der römischen Jurisprudenz*, in «Studi G. Donatuti», Milano, 1973, III, p. 1387 ss., specie p. 1394 ss., e KERBER, *Die quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, cit. [nt. 1], in particolare p. 114 s. (su espressioni del tipo '*quasi ex actio*'), nonché A. STEINWENTER, *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie, II: Das Recht der kaiserlichen Konstitutionen*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», II, Napoli, 1953, p. 169 ss. (si veda *infra*, nt. 60, 63, 71 ss. e soprattutto nt. 75, nonché nt. 100 e 214). Sul ricorso nei testi giurisprudenziali all'avverbio '*quasi*' cfr. in ge-

prio diritto di usufrutto nei confronti – nientedimeno – del vicino, ed otterrebbe attraverso tale inconsueta sorta di rivendicazione (*'si paret ... ius esse eo fundo ... uti frui ...'*) appunto la rimozione dell'impedimento di fatto: e così, in primo luogo, la possibilità di continuare ad avvalersi della servitù⁵. Considerando come questa soluzione venga sostenuta nei *Digesta* proprio da quei giuristi che, come in primo luogo Ulpiano, escludono che la *petitio usus fructus* possa venire esperita contro altri che il nudo proprietario, anche qui non sembrava dunque impossibile congetturare – incentrandosi l'interdetto, con cui classicamente l'usufruttuario avrebbe reagito in tali ipotesi, proprio sulla *prohibitio* posta in essere contro l'esercizio del suo diritto, della quale egli sostiene l'illegittimità – che i giustiniani siano qui intervenuti censoriamente a cancellare la menzione di un mezzo di autotutela privata non più consono alle coordinate generali del diritto vigente⁶, travolgendo con ciò anche l'interdetto, per tal via trasformato in un'azione (*petitio usus fructus*) nella tendenziale indifferenziazione di fondo tra i due mezzi di tutela che com'è noto caratterizza il contesto postclassico e bizantino⁷.

nerale, con ulteriore bibliografia, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 58 nt. 72, e A. LOVATO, *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari, 2003, p. 274 nt. 167.

⁵) Per tale uso della *petitio usus fructus* si veda, in relazione alla sua funzione di *vindicatio servitutis*, D. 7.6.1.pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*: *'si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo apud Iulianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutum quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicatum ac per hoc vicinum, si non patiat eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiat uti frui'*) e D. 7.6.5.1 (Ulp. 17 *ad ed.*: *'... nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutum, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum'*), in relazione alla sua funzione di *operis novi nuntiatio* D. 39.1.1.20 (Ulp. 52 *ad ed.*: *'usufructuarius autem opus novum nuntiare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nuntiare poterit, aut vindicare usum fructum ab eo qui opus novum faciat: quae vindicatio praestabit ei, quod eius interfuit opus novum factum non esse'*) e, in relazione alla sua funzione di *actio aquae pluviae arcendae*, D. 39.3.22.pr. (Pomp. 10 *ex var. lect.*: *'... quod si ex opere incommodum aliquod patitur fructuarius, poterit quidem interdum vel interdicto experiri quod vi aut clam. quod si ei non competet, quaerendum est, an utilis ei quasi domino actio aquae pluviae arcendae dari debeat, an vero etiam contendat ius sibi esse uti frui: sed magis est utilem aquae pluviae arcendae ei actionem accommodare'*): si veda in generale, in una prospettiva tratlatizamente pressoché dominante, G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, s.d. (1944), p. 146 ss. (cfr. in ogni caso, *infra*, nt. 14 e 16 ss.).

⁶) Sugli atteggiamenti postclassici e giustiniani verso l'autotutela privata, che com'è noto raggiungono la loro paradigmaticità nell'unificazione degli *interdicta de vi* una volta eliminata l'*exceptio vitiosae possessionis* da quello relativo alla *vis cottidiana* (cfr. *supra*, nt. 3), si vedano in generale LUZZATTO, *Il problema d'origine*, cit. [nt. 1], p. 204, ARU, *Apunti sulla difesa privata*, cit. [nt. 3], p. 151 ss. e 192 ss., e G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989, p. 454 ss., nonché, in generale, L. LABRUNA, *Alle radici dell'ideologia repressiva della violenza nella storia del diritto romano* (1972), in *Admnicula*, Napoli, 1988, p. 99 ss., e *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, specie p. 10 ss.; sulle vicende tardoimperiali e bizantine degli *interdicta de vi* – oltre a J. DE MALAFOSSE, *L'interdictum momentariae possessionis. Contribution à l'histoire de la protection possessoire en droit romain*, Toulouse, 1947, rist. Roma, 1967, specie p. 75 ss. – si vedano in particolare SCHMIDT, *Das Interdictenverfahren der Römer*, cit. [nt. 1], p. 321 ss., A. UBBELOHDE (*Die Interdicte des römischen Rechtes*, Leipzig, 1889), in *cont.* a C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XLIII-XLIV.1-2 (*cur.* V. POUCHAIN), Milano, 1899, p. 702 ss., E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 243 ss., 246 ss., 250 ss., 263 ss., 266 ss. e 273 ss., nonché, specie sulla dilatazione del significato di termini quali *'vindicatio'* (cfr. *infra*, nt. 381), A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del basso impero*, II, *Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei rapporti reali*, in «SSE.», LIV, 1940, p. 317 ss. e 319 ss., e III, *La nuova proprietà*, ivi, LVI, 1942, p. 279 ss. e 297 ss. (cfr. in generale ID., *Proprietà e possesso nell'indagine positiva sul diritto del tardo impero*, in «Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. IX Convegno Internazionale», Napoli, 1993, p. 91 ss., specie p. 116 s.), sulle cui tesi cfr. in particolare C.A. CANNATA, *'Possessio' 'possessor' 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica*, Milano, 1962, specie p. 168 ss. (si vedano in generale A. BERGER, *'Interdictum'*, in G. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», IX.2, Stuttgart, 1916, c. 1703 ss. – cfr. ID., *Miszellen aus der Interdictenlehre*, in «ZSS.», IL, 1915, p. 176 ss. –, S. RICCOBONO, *'Interdicta'*, in «NDI.», VII, Torino, 1938, p. 3 ss. [= *'Interdicta'* – *cur.* di S. RICCOBONO jr. –, in «NNDI.», VIII, Torino, 1962, p. 793], L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *'Interdicti'*, in «ED.», XXI, Milano, 1971, p. 920 ss., G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, in «AUPA.», XLIV, 1996, p. 58 ss., nonché A.M. GIOMARO, *'Interdicta'*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», X, Torino, 1993, p. 512 s.).

⁷) Si veda soprattutto E. ALBERTARIO, *Actiones e interdicta* (1912), in *Studi di diritto romano*, cit. [nt. 1], IV, p. 115 ss. e in particolare p. 159 ss. (cfr. BISCARDI, *Proprietà e possesso*, cit. [nt. 6], p. 115 s., PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit. [nt. 6], p. 449 ss. e 454 ss., e LUZZATTO, *Il problema d'origine*, cit. [nt. 1], p. 203 ss., ove il motivo del tramonto dello strumento interdittale in senso propriamente tecnico viene individuato in primo luogo appunto nell'anacronismo costituito, in età avanzata, dal combinarsi in esso di difesa privata e successivo intervento magistratuale che nel caso giunge a legittimarla). Sulle modificazioni subite dal processo interdittale in età postclassica, dove

In tale articolato sistema di tutela, infine, secondo l'ipotesi della mia tesi di laurea si sarebbe infine inserita quell'*actio prohibitoria usus fructus* di cui è traccia in uno scolio di Stefano a *Bas.* 16.6.5⁸,

in particolare esso acquista per un verso una maggior sveltezza (cfr. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, III, Bonn, 1866, p. 347 ss., e L. WENGER, *Istitutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, p. 316 ss., trad. it. – *Istituzioni di procedura civile romana* –, Milano, 1938, p. 326 ss.), ma in realtà già a partire da Diocleziano viene sostituito da un nuovo tipo di procedimento (C.I. 8.3.1.1: cfr. C.I. 8.2.2., 8.4.2, 8.4.4 nonché 4.49.17), con una generale obliterazione della differenza tra procedura interdittale e ordinaria, si veda CAPOGROSSI, *'Interdetti'*, cit. [nt. 6], p. 920 ss.; sui motivi della loro nominale conservazione nei *Digesta* giustinianeî, cfr. soprattutto BERGER, *'Interdictum'*, cit. [nt. 6], c. 1074 s. (sugli interdetti possessorii in età postclassica si veda in generale FALCONE, *Ricerche*, cit. [nt. 6], p. 58 ss.).

⁸) H.J. SCHELTEMA, D. HOLWERDA, «*Basilicorum Libri LX*», B.III, Groningen, 1957, p. 993 s. (cfr., per quanto riguarda *Bas.* 16.6.5, G.E. HEIMBACH, C.G.E. HEIMBACH, «*Basilicorum Libri LX*», II, Leipzig, 1840 [rist. Milano, 2003], p. 199): «*Ὁ πραιτωρ καὶ τὸν ἰσήμετα κδικουῶσι δ.δωσι τῦπου τινῆν, ἧνα μὲν [τὸν κωφισσῶριον] ἐκοντα οὔτω 'ε, φα.νετα... με δ.καιον ἔειν', ἄτερον δὲ negatῶριον ἐκοντα οὔτω 'ε, φα.νετα... με δ.καιον ἔειν τὸα οὔτι φρουί, ἧνα τὸ με'. Προτσεικε καὶ ἦΙ Ι οὔπον προνιθῶριον οὔτω sugke... menon 'ε, φα.νετα... με δ.καιον ἔειν τὸα κωί ὕειν σε τὸα ὑτι φρουί' ...* («Il pretore anche per le cose incorporali dà alcune formule, una delle quali è la confessoria, il cui tenore è *'si paret ius mihi esse'*, e l'altra la negatoria, il cui tenore è *'si paret tibi non esse ius invito se uti frui'*. E' data anche una terza formula, la proibitoria, che dice *'si paret mihi ius esse te prohibere uti fruti'* ...»: cfr. K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae*», Leipzig, 1846, p. 112 s., *sch. 6 ad Bas.* 16.6.5). Sull'*actio prohibitoria* (cfr. in generale A. PEZZANA, *'Azione confessoria e negatoria (Diritto romano)'*, in «*ED.*», IV, Milano, 1959, p. 840 s.) si veda soprattutto la letteratura più antica, non essendo stato tale tema soverchiamente indagato dagli studi più recenti: cfr. tra l'altro K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die prohibitoria actio, eine Eigenthumsklage*, in «*ZGR.*», XII, 1845, p. 258 ss. (cfr. H. MONNIER, *Charles-Edouard Zachariae von Lighental*, in «*RHD.*», XIX, 1985, p. 680 ss.), R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856, p. 460 nt. h, H. WITTE, *Ueber die Beweislast der actio negatoria*, in «*Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*», n.s., XIII, 1856, 378 ss. e in particolare p. 382, C.A. SCHMITT VON ILMENAU, *Zur Lehre von der confessoria und der negatoria actio*, in «*ZGR.*», XV, 1849, p. 149 ss. e specificamente p. 163 s. e nt. 17, A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, § 65, p. 78 nt. 1 (che ammetteva, secondo la dottrina comune, l'esistenza della proibitoria, contrariamente a quanto farà Otto Lenel – *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 190 s. –, a sua volta confutato da Contardo Ferrini). Secondo M. VOIGT, *Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*, in «*Berichten über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Classe*», XXVI, 1874, p. 216 ss. e in particolare p. 220 s. (cfr. *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1892, p. 441 ss.), mentre nelle servitù la negatoria avrebbe assunto una funzione sia restitutoria (*si paret ius non esse ita aedificatum*) che proibitoria (*si paret ius non esse aedificandi*), nell'usufrutto la negatoria avrebbe avuto una sola formulazione (*si paret ius non esse utendi fruendi*), cui si continuò peraltro ad annettere funzione restitutoria, mentre in seguito, per tale ulteriore valenza, si affiancò ad esse appunto la proibitoria, in un parallelismo per tal via perfetto con gli interdetti proibitorii e restitutorii (si vedano le critiche di C. FERRINI, *Sull'esistenza della formula proibitoria nell'albo pretorio* [1888], in *Opere*, Milano, 1929-1930, II, p. 161); O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig, 1892, rist. 1901, p. 469 ss., facendo perno sul significato del verbo *'prohibeo'*, ricollega l'*actio prohibitoria* alla *servitus altius non tollendi* ed alle altre analoghe con la funzione di interrompere già in corso di causa la costruzione abusiva (cfr. P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1949, trad. it. [della IV ed., Paris, 1906] – *Manuale elementare di diritto romano*, Milano, 1909, p. 360 e nt. 3: critico invece A. AUDIBERT, *Sur un fragment d'Ulpien (6 § 1 D. VIII. 5)*, in «*Studi C. Fad-da*», Napoli, 1906, V, p. 24 ss. [estr.]); scettico circa l'esistenza di tale azione – oltre a W. STEPHAN, *Ueber die actio prohibitoria*, in «*ZGR.*», XIV, 1848, p. 274 ss., e A. HESSE, *Ueber die prohibitoria actio und über die Frage, ob Miteigenthümer gegen einander die Negatoria erheben können*, in «*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*», VIII, 1866, p. 60 ss. e in particolare p. 72 ss. – O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcomentare* (1881), in *Gesammelte Schriften*, Napoli, 1990-1992, I, p. 338 ss., e *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, I, *Zur formula prohibitoria* (1892), ivi, II, p. 105 ss. (cfr. Id., *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 190 s.), che soprattutto critica l'eccessiva fiducia da vari autori tributata all'*Indice* dei Digesti di Stefano, peraltro non escludendo del tutto (*Nachträge*, cit., p. 114 s.: cfr. *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1907, p. 186) la possibilità che l'*actio prohibitoria* potesse – come del resto la negatoria – trovare applicazione nella tutela dell'usufrutto e delle servitù costituiti *iure praetorio*; C. FERRINI, *Sull'esistenza della formula proibitoria*, cit., p. 145 ss. (cfr. altresì *Manuale di Pandette*⁴ [cur. G. GROSSO], Milano, 1953, p. 339 e nt. 2, ove si richiama anche Teoph. *paraphr.* 4.6.2), distinguendo la fidabilità dei vari luoghi di tale opera di Stefano anche in relazione alle sue fonti, spiega il silenzio del *Corpus Iuris* su tale azione in vista del fatto che in esso se ne dà soltanto notizia come di una formula ormai desueta, che avrebbe preceduto l'*actio negativa*, la quale l'avrebbe poi sostituita, anche se la proibitoria sarebbe in ogni caso sopravvissuta, per quanto l'autore dichiara ancora da individuare il motivo di tale permanenza: nello stesso periodo H. SCHOTT, *Das ius prohibendi und die formula prohibitoria*, Leipzig, 1889, p. 48 ss. e soprattutto p. 70 ss., concludeva che tale azione avrebbe preceduto, nella difficoltà – già affermata da Contardo Ferrini – di dare alla *intentio* una formulazione negativa, l'*actio negativa*, e quando quest'ultima si affermò rimase accanto ad essa per quanto ormai superata – p. 56 s. –, anche se secondo l'autore vi si ricorreva ancora nell'ambito dell'*operis novi nuntiatio*, quando il titolare dello

corrispondente a D. 7.6.5.pr. (Ulp. 17 *ad ed.*)⁹: a tale azione – si poteva congetturare in tale quadro

ius prohibendi avesse voluto agire *per sponsonem* dopo che l'avversario avesse prestato la *cautio* (cfr. le recensioni di C. FERRINI [1889], in *Opere*, cit. [nt. 8], IV, p. 475 ss., e di G. SEGRE, in «BIDR.», II, 1889, p. 107 ss.); si vedano poi R. HENLE, *Unus casus. Eine Studie zu Justinians Institutionen*, Leipzig, 1915, p. 138 ss. (cfr. *infra*, nt. 265), BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 157 (secondo cui «si potrebbe forse pensare che l'*actio negatoria* competesse contro chi affermava un diritto proprio sulla cosa, l'*actio prohibitoria* invece contro chiunque pretendesse esercitare sulla cosa facoltà abusive»), V. ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie. Appunti* (1908), in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 130 s. (che insiste, contro una diffusa opinione, su come il proprietario debba dimostrare, oltre che il dominio sulla *res*, altresì «di potere legalmente proibire all'avversario di usare della cosa»), e più recentemente S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, p. 125 ss. (secondo cui, com'è relativamente noto, la formula proibitoria sarebbe servita per la *in iure cessio* estintiva delle servitù positive: cfr. tra l'altro la recensione di G. GROSSO [1948], in *Scritti storico giuridici*, Torino, 2000-2001, IV, p. 264 s., nonché CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 358, che concorda con Siro Solazzi sulla necessità di menzionare in ogni caso l' '*invito me*'), P. DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, in «RIDA.», 3^a s., IV, 1950, p. 353 (secondo cui «Stefano aveva certamente dinnanzi agli occhi un testo dell'editto»: cfr. *infra*, nt. 326) e G. LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova, 1962, p. 324 s., che, in maniera non dissimile da Vincenzo Arangio-Ruiz (cfr. *infra*, nt. 12), pensa che le clausole delle azioni riferite da Stefano, pur apparentemente ispirate alla tecnica formulare, del resto familiare ai maestri bizantini, non siano affidabili, ma in generale segue comunque (cfr. p. 299) le idee in materia di Biondo Biondi (cfr. *infra*, nt. 9), e per tal verso richiama in particolare un passo di Marciano (*I.s. form. Hyp.*), D. 20.1.11.2 ('*usus fructus an possit pignori hypothecae dari, quaesitum est, sive dominus proprietarius convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere 'non esse ei ius uti frui invito se', tali exceptione eum praetor tuebitur: 'si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit': nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio*'), che secondo tale studioso si sarebbe riferito ad una controversia relativa alla lite circa la spettanza dell'usufrutto tra due contendenti cui il *dominus* rimane estraneo, alla cui soluzione sarebbe appunto stata destinata l'*actio prohibitoria* (cfr. altresì D. 7.1.60.1, Paul. 5 *sent.*: '*si fundus, cuius usus fructus petitur, non a domino possideatur, actio redditur. et ideo si de fundi proprietate inter duos quaestio sit, fructuarius nihilo minus in possessione esse debet satisque ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibitorius frui eum, cui usus fructus relictus est ...*': cfr. tra l'altro MARRONE, *La posizione possessoria*, cit. [nt. 1], p. 116 ss.). Sulla tesi di Giovanni Bortolucci circa l'*actio prohibitoria* si veda *supra*, nt. 3 *in fine*. Cfr. altresì *infra*, nt. 9 e 12 s.

⁹ '*Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatim non habet: nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant*'. Nell'amplessima bibliografia su D. 7.6.5.pr., oltre a quanti ricordati nella nota precedente (cfr. altresì J.Ch. NABER, *Observationum de iure Romano. LXII. Cui competat in rem actio*, in «Mnemosyne», n.s., XXIII, 1895, p. 150 ss.) si vedano in particolare HENLE, *Unus casus*, cit. [nt. 8], p. 138 ss. (cfr. la recensione di P. KOSCHAKER, in «ZSS.», XLIX, 1915, p. 442), B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo V*, in GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], VIII, Milano, 1900 [cur. B. BRUGI], p. 403 ss., C. LONGO, *La categoria delle «servitutes» nel diritto romano classico*, in «BIDR.», XI, 1898, in particolare p. 313 (secondo cui si tratterebbe di «un testo variamente modificato, mediante aggiunte ed abbreviazioni al dettato classico», che è ormai una sorta di «mosaico giustiniano», censurando in particolare l'inciso '*nec enim potest ei suus fundus servire*'), DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini*, cit. [nt. 1], p. 19 s. e 56 ss. (che, pur sospettando come triboniano l'inciso già criticato da Carlo Longo, accetta il dettato sostanziale del passo), V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano* (1908-1909), in *Scritti*, I, cit. [nt. 8], p. 284 nt. 2 (sull'interpolazione dell'inciso '*nec enim potest ei suus fundus servire*') e *Sulle azioni confessorie e negatorie*, cit. [nt. 8], p. 129 s. (cfr. *supra*, nt. 8, e *infra*, nt. 12), e G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, p. 78 s. (che cassa come Carlo Longo e Hugo Krüger '*nec enim potest ei suus fundus servire*' ed espungerebbe anche tutta la parte successiva da '*de suo enim*' a '*nulum ius habeant*'). Dalla sua particolarissima visuale, incentrata sulla nozione di usufrutto come '*pars rei*' (cfr. in breve GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 37, nonché in generale MARRONE, *La posizione possessoria*, cit. [nt. 1], p. 31 ss.), M. PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in «BIDR.», XXII, 1910, p. 123 s., inverte il complessivo significato del passo, correggendo '*dominus autem fundi potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius habet*', cancellando da '*nec enim*' sino a '*oportet*', ed invertendo nella frase successiva '*magis tamen de alieno iure agere videtur quam suo, cum invito se negat ...*', per trovare nella chiusa, reinterpretata in tale prospettiva, una conferma del fatto che l'intero frammento avrebbe accordato, e non negato, al proprietario l'azione reale per l'usufrutto. Gino Segrè (oltre a *Miscellanea esegetica* [1910], in *Scritti giuridici*, Cortona, 1930-1939, II, p. 557, si veda soprattutto *La denominazione di «actio confessoria» in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù* [1912], in *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, Torino, 1974, p. 450 nt. 39) in un lungo *excursus* su questi problemi, pone in evidenza i difetti di D. 7.6.5.pr. (dal verbo '*nego*' che regge '*ius esse prohibendi*' al '*quamvis*' che regge l'indicativo, mentre il precedente '*quamquam*' è seguito dal congiuntivo, sino al chiamare '*fructuarius*' – facendolo in ipotesi prevalere nel giudizio: '*vincet tamen*' –, colui che '*ius utendi non habet*'): tuttavia, tenendo altresì presenti le più o meno concordi testimonianze bizantine circa un *τῦπον prohibitoriov*, pur senza voler accettare fideisticamente le testimonianze di Stefano conclude

che non si può comunque negare del tutto la classicità di tale azione, per quanto, aggiunge, non compresa nell'editto pretorio e forse di origine piuttosto tarda. Biondo Biondi (*Actio negativa ed actio prohibitoria come azioni a difesa dell'usufrutto e delle servitù* [1929], in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, p. 628 ss.) esamina il frammento alla luce della peculiare tesi da lui propugnata, secondo la quale l'*actio negativa*, diversa dalla *negatoria*, sarebbe classicamente stata un'azione intentata dal titolare dell'usufrutto contro persone diverse dal *dominus*, mentre questi, di fronte a terzi che accampassero *iura in re* sulla sua cosa, si sarebbe limitato almeno in un primo tempo a reagire, sembrerebbe, con la *prohibitio* – cfr. p. 634 s. –, attendendo poi che la controparte agisse per dimostrare il proprio diritto, mentre il diritto giustiniano avrebbe cancellato tali forme di difesa privata, costingendo il *dominus* ad agire con la *negatoria* (si vedano soprattutto le osservazioni recate nel *Corso di istituzioni di diritto romano. Introduzione, Parte generale, Diritti reali*, Milano, 1933, p. 291 ss., di cui non è traccia nella edizione definitiva del manuale: cfr. *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1972, p. 279 s.): impostazione che tra l'altro porta l'autore – p. 631 s. – a rilievi di tipo interpolazionistico sul passo alquanto dubbi; sulla tesi di Biondo Biondi, si vedano le critiche di BUCKLAND, *The Protection of Servitudes*, cit. [nt. 1], p. 447 ss. e, in relazione al passo in esame, p. 326 s., di G. SEGRÈ, *La clausola restitutiva nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitus oneris ferendi»* [1933], in *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica*, cit., p. 547 nt. 42, p. 548 nt. 44 e p. 560 nt. 63, di B. KÜBLER, *Die klassischen Juristen und ihre Bedeutung für die Rechtsentwicklung*, in «Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette», Milano, 1931, p. 113 nt. 1, di BOHÁČEK, *L'actio negativa*, cit. [nt. 1], p. 19 ss. e *passim*, e di G. GROSSO, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici* [1931], in *Scritti*, cit. [nt. 8], I, p. 6 nt. 4, *Sulle servitù «altius tollendi» e «stillicidii non avertendi»*, ivi, II, p. 74 nt. 53, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 158 s. – ove si afferma che tale tesi «tocca i vertici dell'assurdo e fraintende le fonti» –, e *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 404 ss. Oltre a P. MASSON, *Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain*, in «RHD.», 4^a s., XIII, 1934, p. 25 e nt. 3 (che in linea di massima segue Muzio Pampaloni e Carlo Longo), a Ph. MEYLAN, «*Fructus sine usu» et «actus sine itinere»*, in «Studi A. Albertoni», Padova, 1935-1937, I, p. 123 e nt. 32 (che, ponendosi dal punto di vista dei rapporti tra l'usufrutto e la proprietà, ritiene interpolato il termine '*separatum*'), a U. VON LÜBTOW, *Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte*, Lehr, 1949, p. 70, e a BOHÁČEK, *op. cit.*, p. 30 ss. (che accetta la classicità di massima del passo censurando solo la glossa '*nec enim potest ei suus fundus servire*', credendo di poterlo ricostruire correggendo i problemi creati dal *fructuarius* che – come già segnalato da Gerhard von Beseler, Gino Segrè e Biondo Biondi – incongruamente '*ius utendi non habet*' e dalla costruzione '*cum invito se negat ... sibi ius esse prohibendi*', già censurata da Vincenzo Arangio-Ruiz: cfr. altresì *infra*, nt. 12), si vedano poi BETTI, *Istituzioni*, I, cit. [nt. 3], p. 457 e nt. 151^a (che ritiene la *prohibitoria* esperibile «contro chi, pur senza essere il proprietario del fondo e senza pretendere per sé la servitù, ne impedisca o turbi comunque l'esercizio», anche se avverte come l'esistenza di siffatto mezzo di tutela sia «del tutto problematica», sospettando di interpolazione non pochi passi in materia), R.-F. VAUCHER, *Usufruit et pars dominii. Etude sur la notion romaine de l'usufruit considéré par rapport à la propriété*, Lausanne, 1940, p. 79 ss. (ove si segue la espunzione di Philippe Meylan) e p. 85 ss. (cfr. la recensione di M. KASER, in «ZSS.», LXXVIII, 1947, p. 363 ss.), ed E. LEVY, *Beweislast im klassischen Recht*, in «Iura», III, 1952, p. 174 e nt. 84 (che ritiene interpolato, richiamandosi ai precedenti dottrinali in tal senso, il periodo da '*quod si forte*' a '*licet nullum ius habeant*', in un contesto che a partire da Diocleziano tende a irrigidire in regole prefissate e chiuse i principii classici sull'onere della prova e sul libero convincimento del *iudex privatus*: cfr. tra l'altro *infra*, nt. 292). Contro la genuinità della chiusa, oltre a Ernst Levy, si veda Siro Solazzi, che, in *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit. [nt. 8], p. 128, 137 ss. e 145 ss. prospetta una tesi (cfr. *supra*, nt. 8) per cui la *formula prohibitoria* sarebbe servita per la remissione dell'usufrutto e delle servitù '*in patiendo*', aderendo a proposito del passo – p. 149 ss. e nt. 80 ss. – alle varie critiche avanzate dalla dottrina interpolazionistica, e ribadendo tali censure, in *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949, p. 96, nella prospettiva della *possessio* dell'usufrutto adombra dal testo: cfr. anche *Sul principio «nemini res sua servit»* (1952), in *Scritti*, cit. [nt. 1], VI, p. 634 s. («che 'la cosa sua non serva al proprietario' poterono dire i retori o qualche giurista immaginifico; non gli uomini della strada ...: non i giureconsulti classici»: ritenendo in particolare interpolato, con Carlo Longo, l'inciso '*nec enim ... servire*'), e *L'usufrutto della cosa propria* (1952), ivi, p. 640 s. (ove, oltre a considerare un glossesema tale inciso, al contrario di quanto avviene in Philippe Meylan ed in René Vaucher viene salvato il termine '*separatum*', che pure altrove, in relazione allo *ius utendi fruendi*, è ritenuto insitico dall'autore: su tale punto cfr. anche KASER, *Geteiltes Eigentum in älteren römischen Recht*, cit. [nt. 1], p. 458 ss. e *passim*, in particolare p. 466 nt. 118). Più recentemente, si vedano GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 42 s., 68 e soprattutto p. 403 e 406 ss. (che giudica il passo rimaneggiato ma sostanzialmente genuino), G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano*, I, *La procedura*, Torino, 1958, p. 49 ss. (che inquadra l'ipotesi che il proprietario della *res* ne rivendichi l'usufrutto nella fattispecie dell'*aliud petere*'), C. GIOFFREDI, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in «BIDR.», LXX, 1967, p. 235 (sul valore subbiiettivo ma altresì obbiiettivo del termine '*ius*', che qui come in altri testi risulterebbe assumere un significato prossimo a quello di «istituto», «entità propria del diritto»), A. RODGER, *Actio Confessoria and Actio Negatoria*, in «ZSS.», CI, 1971, p. 201 s. e 213 s. (che pur ritenendo del tutto genuina solo la prima parte del passo, sino a '*ius separatum non habet*', si limita a cassare come glossematico '*nec enim potest ei suus fundus servire*'), F. BETANCOURT, *Sobre una pretendida «actio» arbitraria contra el usufructuario*, in «AHDE.», XLIII, 1973, p. 353 ss. e in particolare p. 363 s. (che, richiamandosi soprattutto a Vincenzo Arangio-Ruiz e a Gino Segrè, arriva ad eliminare dal testo la menzione dell'*actio prohibitoria*), O. ROBLEDA, *La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico*, in «BIDR.», LXXX, 1977, p. 35 ss. (dal punto di vista della considerazione dello *ius utendi fruendi* in termini di diritto subbiiettivo ovvero di cosa), R. RÖHLE, *Textschichten und Interpolationen in D. 23, 5, 7pr.*, in «ZSS.», CXIII, 1983, p. 517 nt. 27 (a proposito

ricostruttivo – si sarebbe infatti dovuto ricorrere in una fattispecie stranamente pressoché del tutto ignorata dalle fonti pervenute, che per tale ipotesi non forniscono alcuna soluzione processuale, ossia nel caso in cui un soggetto dovesse rivendicare la titolarità dello *ius utendi fruendi* nei confronti di un terzo che detenesse la *res* giusto a titolo di usufrutto, negando al contempo che tale diritto spettasse alla controparte¹⁰: fattispecie in cui l'attore non avrebbe potuto né agire con la *vindicatio* (per la maggior parte dei *prudentes* esercitabile, come si vedrà subito, soltanto contro il *dominus*) né usare la formulazione *'tibi non esse ius uti frui invito me'* (implicante il *dominium ex iure Quiritium* sulla cosa e quindi spettante esclusivamente al *dominus*), ma avrebbe dovuto limitarsi ad affermare più semplicemente il proprio diritto di impedire al convenuto di usare e fruire della *res* (*'... sibi esse ius prohibendi ...'*)¹¹. Questa idea ricostruttiva si fondava, in particolare, sulla congettura di una corruzione, se non di un'interpolazione, del ricordato testo ulpiano, che sarebbe stata in certo modo seguita dallo stesso Stefano, in quanto, nella mia ipotesi approvata ed incoraggiata dal Maestro, l'*actio negatoria* e l'*actio prohibitoria* non sarebbero state classicamente da porre sullo stesso piano, come appare dalla stesura giustiniana di D. 7.6.5.pr., che le collega con la congiunzione disgiuntiva *'vel'* (*'... de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. quod si forte qui agit domino proprietatis non sit ...'*): ma sarebbero la prima spettata al *dominus* ed invece la seconda al *non dominus* (e dunque all'usufruttuario) per negare appunto la sussistenza dello *ius utendi fruendi* in capo al convenuto; sostituendo – a parte altre corruzioni del testo, già ampiamente rilevate dalla dottrina¹² – *'vel'* con qualcosa come *'et non'*, il testo risultava a mio av-

del principio *'nulli sua res servit'*), KASER, *'Ius honorarium' und 'ius civile'*, cit. [nt. 1], p. 91 nt. 412, F. BALDESSARELLI, *La ricostruzione giuridica italiana del concetto romano di usufructus*, in «RIDA.», 3ª s., XXXVIII, 1991, p. 51 e 54 (che rifacendosi in particolare a Muzio Pampaloni richiama tale frammento, pur «rimaneggiato», e la menzione dell'*actio negatoria*, a suo avviso peraltro indubitabile, contro la tesi di Biondo Biondi, ritenendo in particolare, sulla scorta di vari studi precedenti, che il richiamo di Ulpiano al principio *'qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet'* dovesse essere enunciato da Ulpiano in maniera «più recisa», per essere poi «addolcito» dai bizantini), A. WACKE, *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozess*, in «ZSS.», CXXII, 1992, p. 44 e 1 nt. 87 (in relazione al principio *'melior est condicio possidentis'*), e A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*, Milano, 1992, p. 1 ss. (cfr. altresì P. KIEB, *Die Confusio im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1995, p. 13 ss., e C. RUSSO RUGGERI, *Brevi note in tema di remissio servitutis nel diritto romano classico*, in «AG.», CXCIII.1, 1977, p. 68 s., che, seguendo Giuseppe Grosso, ritiene che il passo, specie nella qualificazione essenzialmente processuale di *'actio negativa'*, rifletta le prospettive classiche in materia). Si veda altresì CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 259 s. e nt. 15, p. 408 s. e 423.

¹⁰ Il problema (al di là della particolarissima tesi di Biondo Biondi) è stranamente ignorato dalla dottrina: cfr. gli scarni e indiretti accenni in GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 400 s. e – in riferimento a BIONDI, *Actio negatoria ed actio prohibitoria*, cit. [nt. 9], p. 622 ss. (cfr. *supra*, nt. 9) – p. 404 s. Si vedano tra l'altro le osservazioni di Giannetto Longo richiamate *supra*, nt. 8 *in fine*.

¹¹ Si tenga per tal verso presente la forse decisiva circostanza – approfondita soprattutto da BIONDI, *Actio negatoria*, cit. [nt. 9], p. 601 ss. (cfr. in ogni caso SEGRÈ, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 450 nt. 39, in particolare p. 456 ss.) – per cui le rubriche dei *Digesta* (D. 7.6 per l'usufrutto e per le servitù D. 8.5) non recano, come potrebbe sembrare più in sintonia con la coppia costituita da confessoria e da negatoria, qualcosa come *'si servitus petetur sive pertinere negetur'* (cfr. in tale direzione in particolare LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 481; Gino Segrè, dubita – p. 523 – della completa genuinità della formulazione delle due rubriche del Digesto, e inclina a fidarsi maggiormente della forma, forse più prossima a quella genuina, dei titoli – *'de usufructu'* e *'de servitutibus'* – che compaiono in C.I. 3.33 e 34 nonché, per quanto riguardala seconda, in *Paul. Sent.* 1.17, ritenendo anzi semplicemente dovute ad una successiva unificazione della materia le parole *'et de aqua'* che pur compaiono in C.I. 3.34), bensì *'si ususfructus – o si servitus – petetur vel ad alium pertinere negetur'* (risultando quindi alludere, piuttosto che all'inesistenza dello *ius* indicata dalla *negatoria*, ad una fattispecie incardinata sulla questione della spettanza del diritto tra due pretesi titolari), mentre il corrispondente titolo dei Basilici non solo segue tale formulazione, ma ricorre senz'altro al verbo *kol ūw* (*'prohibeo'*): *ἄν δούλῃ καὶ κδικᾶται ἂ παρ' ἑἰ τοῦ ἑρμῶζουσα κωλύηται* (*Bas.* 58.5), ritornando dunque all'ipotesi qui considerata.

¹² Si veda in particolare (cfr. *supra*, nt. 9) V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1993, p. 251 nt. 1, secondo cui «la chiave» è in D. 7.6.5.pr., dove le parole *'vel sibi ius esse prohibendi'* si rivelano «interpolate per l'errata posizione che le fa dipendere dal verbo *negat*» così come in D. 8.5.11 le parole *'ius sibi prohibendi esse'* sono «fuori posto in un discorso tutto basato sul gioco di formule processuali impostate sul *ius esse* o *non esse*» (mentre sarebbero stati scrittori dell'età giustiniana a introdurre, usando le tecniche formulare, l'*actio prohibitoria*): censure che in effetti, anche senza arrivare a un drastico rifiuto della classicità dell'*actio prohibitoria*, sembrano in ogni caso depor-

viso assumere un complessivo significato in effetti più soddisfacente, in una spiegazione che d'altra parte si inseriva con relativa compiutezza negli accennati problemi relativi alla tutela dell'esercizio dell'usufrutto, e per di più riusciva a colmare la lacuna costituita (quantomeno nella prospettiva della maggioranza dei giuristi classici, che come si vedrà qui di seguito non ammettono che le azioni *de servitute* e *de usu fructu* possano essere esperite se non tra il *dominus* e il titolare del fondo servente ovvero del diritto di usufrutto) dalla totale assenza di un'azione idonea a tutelare il *fructuarius* da terzi che detenessero illegittimamente la *res* a titolo appunto di usufrutto¹³.

In ogni caso, non voglio qui certo indugiare noiosamente sulle ipotesi avanzate tanti anni fa in una tesi di laurea, anche se in questa sede mi è caro il ritornare ai tempi in cui mi trovavo tanto spesso a parlarne con Arnaldo Biscardi: se mi sono velocemente soffermato su tali argomenti (che del resto mi riprometto di riprendere ormai da più di due decenni) è stato soltanto per tratteggiare un quadro di massima dei più vasti problemi, tra loro strettamente connessi, che riguardano la legittimazione attiva e passiva alle azioni *de usu fructu* e *de servitute*: e in particolare per mostrare come lo stato delle fonti a disposizione su tali argomenti non si presenti certo, ad una prima considerazione, scevro di problemi di ordine precipuamente interpolazionistico.

In effetti, quello che direttamente interessa l'oggetto di queste note è la circostanza che – mentre la maggior parte dei giuristi classici non consente all'usufruttuario di agire direttamente contro il vicino con la *vindicatio servitutis* ma, stando ai testi della Compilazione, preferisce accordargli lo strano rimedio indicato come '*petere usum fructum*' (e dunque classicamente, secondo l'ipotesi interpolatoria da me sostenuta, preferisce limitare la sua tutela ad un piano di fatto e non di diritto accordandogli soltanto una difesa interdittale) –, Salvio Giuliano risulterebbe invece avere senz'altro riconosciuto al *fructuarius* il cosiddetto *ius vindicandarum servitutum*, legittimandolo quindi ad agire con la confessoria:

D. 43.25.1.4 (Ulp. 71 *ad ed.*): Item Iuliano placet fructuario vindicandarum servitutum ius esse: secundum quod opus novum nuntiare poterit vicino et remissio utilis erit. ipsi autem domino praedii si nuntiaverit, remissio inutilis erit: neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest ius ei non esse invito se altius aedificare. sed si hoc facto usus fructus deterior fiat, petere usum fructum debet. idem Iulianus dicit de ceteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur¹⁴.

re nel senso di un forte intervento riassuntivo da parte dei compilatori (cfr. ID., *Sulle azioni confessorie e negatorie*, cit. [nt. 8], p. 129 ss., e *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, cit. [nt. 9], p. 284 nt. 1). Si vedano altresì FERRINI, *Sull'esistenza della formula proibitoria*, cit. [nt. 8], p. 156 ss., e BIONDI, *Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 626 s. e 628 ss.

¹³ Rinunciando qui a elencare una bibliografia esaustiva su tali temi, del resto qui richiamati solo incidentalmente, si può in ogni caso segnalare il recente lavoro di A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit. [nt. 9], che (specie p. 1 ss. e 79 ss.) tenta per altre vie una indagine sui problemi legati all'*actio prohibitoria usus fructus*, peraltro destando non poche perplessità specie nell'ignorare (cfr. p. 10 ss.) la ricordata opera di Biondo Biondi su tali temi (cfr. *supra*, nt. 9), di cui pur ripercorre le tesi di fondo (tra l'altro, appare altresì strano come il citato scolio di Stefano, ricordato solo in una traduzione in latino risalente a Contardo Ferrini, venga indicato senza ulteriore specificazione come «*Steph. sch. ad D. 7.6.5 pr.*»).

¹⁴ Su D. 43.25.1.4 (cfr. D. 39.1.2 : Iul. 49 *dig.*) si veda soprattutto P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, Roma, 1926, rist. Milano, 1966-1968, I, p. 440 nt. 3 (dove il passo, per quanto rimaneggiato, è ritenuto non interpolato) e p. 442 ss. (ove, dopo un richiamo alla dottrina precedente, viene citato D. 39.1.1.20 – qui riportato *supra*, nt. 5 –, in cui Ulpiano attribuisce tale tutela – in particolare la facoltà di *nuntiare* – all'usufruttuario soltanto *procuratorio nomine*, ma dove in ogni caso, nonostante la tendenza giustiniana a «estendere i rimedi del dominio alle altre signorie generali», si ritiene che qui l'opinione di Giuliano sia troppo recisa per essere insitica, e si propende per una *dissensio prudentium*, nella quale Giuliano avrebbe accordato all'usufruttuario «l'azione confessoria utile per le servitù spettanti al fondo»: cfr. però ID., nt. *r* a H. BURCKHARDT, *La cautio damni infecti* – trad. it. in *cont.* a GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], XXXIX.2, Milano, 1905 [cur. P. BONFANTE] – p. 231, dove invece il passo veniva considerato interpolato al pari di D. 39.3.22.pr.); tuttavia, in *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 97 e nt. 1, Pietro Bonfante giunge invece stranamente a ritenere interpolata la concessione *procuratorio nomine* della *nuntiatio* all'usufruttuario da parte di Ulpiano – 52 *ad ed.* – in D. 39.1.1.20, partendo dalla pur indubitabile considerazione che «Giustiniano ha spesso ampliato e non ha mai diminuito le facoltà dell'usufruttuario». Si vedano inoltre A. STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam*, Cassel - Göttingen, 1865, p. 44 ss., J.Ch. NABER, *Observatiunculae de iure Romano XII: Quid sit remittere*, in «*Mnemosyne*», n.s., XIX, 1891, p. 124 (rist. *ivi*, L, 1922, p. 361), che muovendo dalla *remissio* solleva gravissimi dubbi sul passo, e nello stesso senso ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie*, cit. [nt. 8], p.

119 nt. 1, nonché *La struttura dei diritti su cosa altrui*, cit. [nt. 8], p. 204 s. e 269 s. (dove le affermazioni del passo sono definite «un'opinione giustiniana»), e poi G. BAVIERA, *La legittimazione passiva nell'actio aquae pluviae arcendae in diritto romano classico* (1902), in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1909, p. 173 nt. 1 e 174 nt. 2 (che, specie in vista delle contraddizioni tra i frammenti ulpiani in materia, cassa tutta la parte da 'item Iuliano placet' sino a 'ius esse' attribuendo il passo ai compilatori: cfr. *infra*, nt. 413), SEGRE, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 459 nt. 40 (che nel confronto tra i due passi preferisce non prendere posizione ritenendo in particolare non completamente soddisfacente – p. 462 s. – soluzioni interpolatorie che comunque, in un senso o nell'altro, non risolverebbero del tutto i problemi circa la posizione dell'usufruttuario rispetto allo *ius vindicandarum servitutium* nelle fonti pervenute: cfr. anche, sempre nella nt. 40, p. 459), e quindi S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², Roma, 1928 (rist. Roma, 2002), I, p. 735 nt. 6 – alquanto dubbioso sul passo –, e BIONDI, *Actio negativa ed actio prohibitoria*, cit. [nt. 9], p. 612 s. e 654 s., che integra senz'altro l'affermazione in questione, ribaltandola – cfr. BUCKLAND, *The Protection of Servitudes*, cit. [nt. 1], p. 460 s. – con '... ius <non> esse ...'. Mentre nega la classicità della posizione attribuita a Giuliano MASSON, *Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain*, cit. [nt. 9], p. 202 nt. 4 (cfr. KASER, *Geteiltes Eigentum in älteren römischen Recht*, cit. [nt. 1], p. 469 e nt. 133), e per converso – nel quadro della peculiare tesi da lui propugnata circa l'usufrutto – ritiene che l'opinione di Giuliano non fosse affatto isolata nel contesto classico R. AMBROSINO, 'Usus fructus' e 'communio', in «SDHI» XVI, 1950, p. 202 s., si vedano, nella letteratura più recente, nel senso che la posizione di Giuliano, pur effettivamente classica, rimase in ogni caso isolata, PEZZANA, 'Azione confessoria e negatoria', cit. [nt. 8], p. 841 s., G. SCIASCIA, *Appunti sulla tradizione scientifica della letteratura giuridica romana*, in «BIDR.», I L-L, 1947, p. 471 s. (cfr. *infra*, nt. 16), S. SOLAZZI, *L'azione dell'usufruttuario per le servitù in favore del fondo* (1951), in *Scritti*, cit. [nt. 1], VI, p. 615 ss. (nel senso della genuinità di massima della posizione di Giuliano), *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit. [nt. 8], p. 98 s. e nt. 229 (ove si insiste sulla absurdità della *nuntiatio* contro il nudo proprietario), e *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 10 s. e 87 nt. 11 (ove si salva la genuinità della posizione di Giuliano, peraltro fondandosi solo su motivi formali), MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, cit. [nt. 1], p. 110 e nt. 17 (che trae argomento da tale estensione giuliana della legittimazione attiva dell'usufruttuario ai mezzi processuali spettanti al *dominus* per escludere la soluzione della *petitio usus fructus* applicata come sostitutiva di tali forme di tutela), GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 193 s. (cfr. *infra*, nt. 15), G. WESENER, 'Usus fructus', in PAULY, WISSOWA, «Real-Encyclopädie», cit. [nt. 6], IX.A.1, Stuttgart, 1961, p. 1161 sub 8, e *Iulians Lehre vom usufructus*, in «ZSS.», XCIV, 1964, p. 100, W. HELD, *Einige Probleme des Kolonates in Nordafrika zur Zeit des Prinzipats*, in «Afrika und Rom in der Antike», Halle, 1968, p. 143 ss., A. RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford, 1972, p. 60 s., 72 e 106 s. (che accetta la genuinità della prospettiva giuliana), E. VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, 1973, p. 85 ss. e specificamente p. 86 nt. 129 (che reputa D. 43.25.1.4, così come D. 39.1.2, «quizás sólo formalmente interpolados»), J. RASTÄTTER, *Marcelli Notae ad Iuliani Digesta*, Freiburg i.B., 1981, p. 132 ss., F. MUSUMECI, *L'interdictum quod vi aut clam' nella tutela delle servitù e dell'usufrutto*, in «Studi C. Sanfilippo», VII, Milano, 1987, p. 512 e nt. 50 e p. 515 ss. (secondo cui l'opinione di Giuliano rimase in ogni caso del tutto isolata), G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, p. 460 ss. (anch'egli alquanto cauto sulla dubbia classicità del passo, anche se ricorda come Giuliano risulti aver accordato una *vindicatio utilis* al pignorante, mentre Ulpiano riconoscerebbe tale azione al superficiario) e BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit. [nt. 9], p. 155 ss. e 207 ss. (che tenta una spiegazione, giocata sulla differenza tra prospettiva sostanziale e processuale, della *dissentio* tra Giuliano ed Ulpiano, limitando però lo *ius vindicandarum servitutium* accordato dal primo all'usufruttuario alle sole servitù negative: cfr. *infra*, nt. 24). Sulla posizione di Giuliano in ordine all'estensione della legittimazione del *non dominus* alle azioni reali cfr. altresì, specie in relazione al proprietario provinciale e al vettigalista, A. D'ORS, *Sobra las pretendidas acciones reales «in factum»*, in «Iura», XX, 1969, p. 52 ss., in particolare p. 73 ss. e nt. 75 e p. 97 ss. e nt. 152 (la tesi dell'autore – cfr. in particolare p. 52 s. e 57, nonché p. 115 s. – è che la distinzione tra azioni con *formula in ius* ed azioni con *formula in factum* non riguardi le *actiones in rem*, ma solo quelle *in personam*, cosa che in ogni caso non esclude che le prime possano essere pretorie e in particolare fittizie, mentre il riferimento a soluzioni *in factum* di tale tipo riguarderebbe l'ambito provinciale). In generale, un tentativo di spiegare compiutamente tale posizione di Giuliano, dimostrandone quindi la sicura classicità, è quello di Bernardo Albanese, secondo il quale (*Studi sulla legge Aquilia*, in «AUPA.», XXI, 1950, p. 240 ss., 247 ss., 251 ss. e 253 ss.: cfr. soprattutto p. 238 ss.) il giurista avrebbe accordato al *fructuarius* una sfera di tutela alquanto più ampia di quella riconosciuta dagli altri giuristi classici in vista di una sua tendenziale parificazione al *dominus rei*, in una prospettiva ricostruttiva che muove in particolare dalle posizioni assunte in tal senso da Giuliano in ordine all'*actio legis Aquiliae* (cfr. peraltro, in ordine a D. 9.2.11.10, che non sembra poter comportare una posizione di Giuliano nel senso voluto dall'autore, *infra*, nt. 413) in parallelo alle posizioni di tale giurista in ordine alla *operis novi nuntiatio* e alla *vindicatio servitutis*: si vedano, ad esempio, G. WESENER, *Actiones ad exemplum*, in «ZSS.», LXXXVIII, 1958, p. 220 ss. e in particolare p. 225 ss., U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 170, e VALIÑO, *op. cit.*, p. 86; *contra*, J.A.C. THOMAS, *An Aquilian Couplet*, in «Studi Biondi», II, cit. [nt. 1], p. 178 nt. 32 – secondo cui, al di là della correttezza dell'esame condotto da Bernardo Albanese sui testi considerati, «I still do not see it legitimate it, even if A. be correct, to analogise from these cases to the Lex Aquilia» – e VALDITARA, *op. cit.*, p. 459 ss. (cfr. *infra*, nt. 79 e 413); secondo quest'ultimo, in D. 43.25.1.4 è innanzitutto da rilevare (p. 261) che Ulpiano, riferendo che '... Iuliano placet fructuario vindicandarum servitutium ius esse ...', ricorresse ad un modo di esprimersi che lascia piuttosto perplessi, specie per quanto riguarda la locuzione 'ius agendi' – qui nella

Se quindi Salvo Giuliano accorda la *vindicatio servitutis* all'usufruttuario e quindi il ricorso all'*operis novi nuntiatio* contro il vicino (ma non contro il *dominus* stesso, contro cui dovrà invece esperire, secondo tale passo del Digesto, la *petitio ususfructus*)¹⁵, da Ulpiano si ha altresì notizia di come egli, coerentemente a tale più concessiva visione della legittimazione attiva e passiva alle azioni *de usu fructu* e *de servitute*, accordasse del pari la confessoria *adversus quemvis possessorem*:

D. 7.6.5.1 (Ulp. 17 *ad ed.*): Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem quaeritur. et Iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere ...¹⁶.

forma '*ius vindicandarum servitutum*' –, posto che «per i Romani, che ragionavano in termini processuali, l'*actio* era già essa stessa un *ius*», per cui sarebbe stato «più corretto, per alludere al rimedio accordato, ricorrere all'espressione *fructuario(-us) vindicatione(-nem) servitutis competit (habet)*», mentre d'altra parte, se sembra «probabile che Giuliano si limitasse a prendere posizione sul contenuto sostanziale della tutela», sembra in ogni caso da ritenere che «l'espressione '*fructuario vindicandarum servitutum ius esse*' non implica necessariamente un'allusione all'*actio directa*», dato che '*ius est agendi*' equivale ad '*actio competit*' o '*actionem habet*', locuzioni «sovente attestate nelle fonti con riferimento ad un rimedio concesso in via utile»: per tal verso, atteso che i giuristi classici estendono solo in via utile la *vindicatio servitutis* ad altri soggetti quali il creditore pignoratizio e forse il superficiario (cfr. in breve G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 299, ed *infra*, nt. 17 e soprattutto nt. 79, nonché nt. 50), «è quindi possibile che pure all'usufruttuario sia stata concessa in età classica la *vindicatio servitutis* in via utile» (cfr. anche M. BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, p. 79 ss. e p. 159 nt. 28, secondo cui, a partire da Labeone, era stata concessa la *petitio ususfructus* contro il proprietario del fondo servente – negando, contro Giuseppe Grosso, che si trattasse di un adattamento in via utile: p. 80 nt. 79 –, mentre Giuliano, ammettendo l'esperibilità della *vindicatio* nei confronti di qualsiasi possessore, avrebbe quindi direttamente esteso – l'autore segue in questo Bernardo Albense – la legittimazione passiva della *vindicatio servitutis*).

¹⁵ Si veda per tutti GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 281 ss., e *Usufrutto*, cit. [nt. 1], specie p. 396 ss., (cfr. altresì ID., *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 111 ss.)

¹⁶ Sul passo, oltre E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrecht* (1915), Basel, 1955, p. 83 s., si vedano PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, cit. [nt. 9], p. 145 (che nella sua peculiare prospettiva lo ritiene del tutto interpolato: cfr. *infra*, nt. 18), ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni*, cit. [nt. 8], p. 119 e nt. 1 (dove si sottolinea la contraddizione rispetto a D. 43.25.1.4), e, con analogo atteggiamento di rifiuto, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 204, 246 ss., 250 ss., p. 255 nt. 1, p. 267 e 269, BIONDI, *Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 626 ss., che, ritenendo mancare qui sufficienti indizi per sospettare una vasta interpolazione, pensa che il testo, pur risultante da varie «amputazioni e ricuciture», dovesse riferirsi a una delle varie azioni che – nella tesi da lui sostenuta – spettavano all'usufruttuario, e probabilmente alla *prohibitoria* (cfr. p. 638 e, sul seguito del passo, p. 653 s.: si veda BUCKLAND, *The Protection of Servitudes*, cit. [nt. 1], p. 449 ss.), nonché GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 135 s. (che stranamente vede nel passo la riprova, non solo per Salvo Giuliano ma in generale, «che la legittimazione passiva del proprietario sia stata superata nel senso dell'estensione al possessore»), e *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 193 s., 398 e 401 (cfr. *infra*, nt. 18), SCIASCIA, *Appunti sulla tradizione scientifica*, cit. [nt. 14], p. 471 s. (che, occupandosi delle *notae* in cui comparirebbero i commenti che, nelle scuole di diritto, i giuristi avrebbero aggiunto all'opera di un maestro, sottolinea la contraddizione tra D. 43.25.1.4 e i due passi, di segno contrario, rappresentati da D. 7.6.1.pr. e D. 7.6.5.1, ritenendo che, in quest'ultimo, l'osservazione '*nam et si fundo fructuario servitus debeat fructuarius non servitutum, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum*', che nell'attuale stesura non costituisce affatto una motivazione dell'azione di Giuliano secondo cui la *petitio usus fructus* '*adversus quemvis possessorem ei competere*', sia una *nota* di Marcello a Giuliano, aggiunta al testo probabilmente dai compilatori), LAURIA, *Possessiones*, cit. [nt. 1], p. 200 s., MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, cit. [nt. 1], p. 112 ss., che tenta di sostenere che quella di Giuliano sarebbe stata la posizione più risalente, rifiutando la tesi contraria, sostenuta in particolare da Vincenzo Arangio-Ruiz e da Giuseppe Grosso, così da negare (cfr. p. 103 ss.) una piena corrispondenza sostanziale tra *vindicatio* – e la *controvindictio* della procedura *per legis actiones* – e l'*actio negativa* (cfr. *ivi*, nt. 19), traendo soprattutto conforto dalla legittimazione passiva del *dominus* del fondo servente per sostenere la classicità della sua esperibilità *adversus quemvis possessorem* (cfr. adesivamente BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit. [nt. 14], p. 8 s. e nt. 81 – secondo cui tale processo riflette, sul lato della tutela, il progressivo individuarsi dell'usufrutto quale entità giuridica autonoma, indipendente dalla proprietà –, e RODGER, *Actio Confessoria*, cit. [nt. 9], p. 207), nonché G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 323 (che accetta come genuino il finale del passo), G. WESENER, *Iulians Lehre vom usufructus*, cit. [nt. 14], p. 99, R. ASTOLFI, *Costituzione di servitù e destinazione del padre di famiglia*, in «BIDR.», LXXII, 1969, p. 185 s. e nt. 25 (che ritiene esservi stata in materia una *dissensio prudentium*: cfr. *infra*, nt. 19), A. METRO, *Fructus servitutis esse non potest?*, in «Iurax», XXIII, 1972, p. 110 e nt. 24 (che, pur non pronunciandosi sulla questione, in ogni caso ritiene che all'usufruttuario spettassero semplicemente l'«esercizio» e il «godimento» della servitù), M. KASER, *Studien zur römischen Pfandrecht*, in «T.», XLIV, 1976, p. 256 nt. 148, RASTATTER, *Marcelli Notae*, cit. [nt. 14], p. 131 nt. 100 (secondo cui l'attribuzione

Senza che qui importi più di tanto stabilire se quella di Giuliano sia o meno una posizione effettivamente genuina ovvero interpolata¹⁷ – taluno l'ha addirittura voluta ritenere la principale se non

all'usufruttuario dello *ius vindicandarum servitutum* all'usufruttuario non si traduceva necessariamente nella legittimazione alla *vindicatio* ma poteva consistere nell'esperienza della *petitio ususfructus* accordata a tale scopo: cfr. la recensione di R. BACKHAUS, in «ZSS.», CXIV, 1984, p. 372), J. PLESCIA, *The Development of the Exercise of the Ownership in Roman Law*, in «BIDR.», LXXXVIII, 1985, p. 198 s. (che, richiamando in nota D. 43.25.1.4 e D. 7.6.1.pr., accetta senza problema la classicità di tale *dissensio prudentium*) e BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit. [nt. 9], p. 198 s. (che sottolinea le incongruità del seguito del passo – cfr. *infra*, nt. 17 –, limitandosi peraltro a considerare l'immotivato passaggio dal convenuto della *petitio usus fructus* al convenuto della *vindicatio servitutis*, ma senza risultare rilevare come in esso Giuliano appaia seguire un'opinione diversa da quella recata da D. 43.25.1.4 e D. 39.1.2 in ordine alla spettanza al *fructuarius* dello *ius vindicandarum servitutum*).

¹⁷ Com'è noto, i glossatori interpretavano la discrasia tra i passi che accordavano o meno la *vindicatio servitutis* contro il solo *dominus* ovvero *adversus quemvis possessorem* nel senso che nel primo caso si sarebbe trattato dell'*actio directa*, nell'altro di un'*actio utilis*: cfr. ad esempio *gl. 'vindicare potest'* a D. 8.5.2.1 (Venezia, 1581, l, p. 676): «scilicet iure directo, sed utili ...»; cfr. altresì J. CUJAS, *Recitationes Solemnes, in l. VIII, tit. V, ad l. I. II, III*, D. 8.5.1 ss. (in *Opera ad Parisiensem Fabrotianam Editionem diligentissime exacta auctiora atque emendatiora in tomus IX distributa*, Torino - Paris, 1874, III, c. 334), ove, in relazione a D. 8.5.2.1, si sottolinea: «nunc notandum est hac lege, vindicationem dari domino praedii, directam scilicet: nam utilis datur quasi dominis, ut creditori pignoratitio, emphyteuticario et superficiario» (cfr. *infra*, nt. 38); su D. 8.5.2.1 si veda, anche in riferimento alla successiva parte del passo ('*nam et si fundo fructuario servitus debeat, fructuarius non servitutum, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum*'), ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 204 s., 246 ss. e 267 ss. (che tra l'altro, per quanto riguarda la parte finale, propende per il carattere giustiniano della «estensione dell'azione *de usufructu* alla protezione dell'usufruttuario contro turbative che non lo privino della detenzione»). E' in ogni caso da notare come l'ampliamento della legittimazione attiva ai mezzi di tutela della proprietà fondiaria, in relazione tanto alla titolarità quanto sul lato passivo al possesso e sia per quanto riguarda la proprietà che i diritti sulla cosa altrui, risulti per vari versi impostazione consona al contesto postclassico (Costantino arriverà tra l'altro ad accordare ai meri detentori la tutela possessoria dei beni degli assenti: cfr. in breve SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 119 ss.). Sul passo si veda anche CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 424 s., che spiega che l'usufruttuario non potrebbe agire affermando che a lui spetta ('*esse*') lo *ius eundi agendi* sul fondo del vicino, perché tale diritto compete semmai al *dominus* del *fundus fructuarius*, per cui se egli agisse con tale azione perderebbe senz'altro la lite, mentre, agendo con la *petitio ususfructus*, attraverso l'*intentio 'si paret fructuario ius esse utendi fruendi fundo ...'*, egli potrà dimostrare sia la propria titolarità del diritto in questione, sia la spettanza della servitù a tale fondo, ottenendo così il riconoscimento, in quanto *fructuarius* del fondo dominante, della propria facoltà a transitare per il fondo servente. Già tale impostazione appare in effetti alquanto semplicistica, poiché non spiega per nulla come ed attraverso quali adattamenti (se non stravolgimenti) un'azione impostata sull'alternativa tra *condemnatio* al valore dell'usufrutto e *restitutio* di tale diritto potesse venire intentata contro un vicino che con tale *ius in re aliena* non aveva evidentemente nulla a che fare, mentre d'altra parte la prova dei due diritti implicati non risulta affatto così agevole come tale autore dà per scontato, dato che qualsiasi dubbio che sorgesse tanto in ordine all'usufrutto quanto alla servitù sarebbe difficilmente risolvibile senza la diretta presenza della controparte di entrambi tali diritti, ossia il *dominus* del fondo sia *fructuarius* che dominante (cfr. *infra*, nt. 18). Ma soprattutto quello che stupisce nella ricostruzione di Carlo Augusto Cannata risulta il fatto che egli, basandosi sul solo D. 7.6.5.1 (Ulp. 17 *ad ed.*: '*utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. et Iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam et si fundo fructuario servitus debeat, fructuarius non servitutum, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum*'), attribuisca senz'altro tale impostazione a Salvio Giuliano, mentre quella dell'esperienza della *petitio ususfructus* contro il vicino in funzione di *vindicatio servitutis* risulta com'è noto – stando al Digesto giustiniano – la posizione degli altri giuristi, e in particolare di Ulpiano (cfr. D. 7.6.1.pr., Ulp. 18 *ad Sab.*: '*Si fundo fructuario servitus debeat, Marcellus libro octavo apud Iulianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutum quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiat eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiat uti frui*'), mentre Giuliano avrebbe ben diversamente accordato al *fructuarius* senz'altro la *vindicatio servitutis*: si confrontino infatti Ulpiano (71 *ad ed.*) in D. 43.25.1.3-5 ('*Ius habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutum habet. Item Iuliano placet fructuario vindicandarum servitutum ius esse: secundum quod opus novum nuntiare poterit vicino et remissio utilis erit. ipsi autem domino praedii si nuntiaverit, remissio inutilis erit: neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest ius ei non esse invito se altius aedificare. sed si hoc facto usus fructus deterior fiat, petere usum fructum debet. idem Iulianus dicit de ceteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur. Ei quoque, qui pignori fundum acceperit, scribit Iulianus non esse iniquum detentionem servitutis dari*') e i due passi di Ulpiano (17 *ad ed.*) e di Giuliano (49 *dig.*) che si susseguono completandosi in D. 39.1.1.20 ('*Usufructuarius autem opus novum nuntiare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nuntiare poterit, aut vindicare usum fructum ab eo qui opus novum faciat: quae vindicatio praestabit ei, quod eius interfuit opus novum factum non esse*') e D. 39.1.2 ('*Si autem domino praedii nuntiaverit, inutilis erit nuntiatio: neque enim sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest ius ei non esse invito se altius aedificare: sed si hoc facto usus fructus deterior fiet, petere usum fructum debet*'), da cui emerge chiaramente come Ulpiano, non accordando la *vindicatio servitutis* ad altri che al *dominus* del fondo dominante, del pari

escludeva quindi che l'usufruttuario potesse avvalersi dell'*operis novi nuntiatio* (D. 43.25.1.3: '*Ius habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutum habet*'), se non com'è ovvio *procuratorio nomine* (D. 39.1.1.20), mentre Giuliano, concedendogli invece tale azione (D. 43.25.1.4: '*... Iuliano placet fructuario vindicandarum servitutum ius esse ...*'), gli accordava invece anche lo *ius nuntiandi* ('... *opus novum nuntiari poterit vicino ...*'), così come faceva altresì rispetto agli altri possessori del fondo dominante ('... *idem Iulianus dicit de ceteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur*'), anche se anch'egli non poteva che escludere (D. 39.1.2) la possibilità del *fructuarius* di *nuntiari* nei confronti del *dominus* della *res fructuaria* ('*si autem domino praedii nuntiaverit, inutilis erit nuntiatio: neque enim sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest ius ei non esse invito se altius aedificare*'), concedendogli quindi in tal caso semmai la *petitio ususfructus* ('*sed si hoc facto usus fructus deterior fiet, petere usum fructum debebit*'), che del resto Giuliano riteneva analogamente esperibile contro qualsiasi possessore della cosa (D. 7.6.5.1: '*Iulianus ... scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere*'). D. 7.6.5.1 risulta quindi andare letto, diversamente da quanto risulta fare Carlo Augusto Cannata, nel senso che Ulpiano, dopo essersi chiesto se la *petitio ususfructus* compete solo contro l'usufruttuario o contro qualsiasi possessore ('*Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem ...*'), avrebbe qui accettato l'opinione di Giuliano, secondo cui essa era esperibile *adversus quemvis possessorem*, in base alla considerazione ('... *nam et si ...*') che essa competerebbe all'usufruttuario anche contro il vicino titolare del fondo servente rispetto al *fundus fructuarius* ('... *nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutum, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum*'), secondo una posizione che, stando ai testi pervenuti attraverso il Digesto giustiniano, sarebbe invece proprio quella di coloro che, a differenza di Giuliano, escludevano la legittimazione dell'usufruttuario alla *vindicatio servitutis*. Del resto la pesante manipolazione di D. 7.6.5.1 è pressoché evidente se si considera, per un verso, come Ulpiano non avrebbe certo potuto condividere neppure a tale più limitato fine la costruzione di Giuliano attribuite al *fructuarius* lo *ius vindicandarum servitutum*, dato che infatti esclude reciprocamente che la confessoria possa essere esperita da altri che dal titolare del fondo dominante (cfr. D. 8.5.2.1, D. 8.5.8.1, che verranno esaminati tra breve), per cui il '*nam et si*' non ha assolutamente senso se si pensa a tale *dissensio* tra i due *veredentes*, mentre d'altra parte la verosimile derivazione dell'attuale tenore di D. 7.6.5.1 da ampi interventi epitomatori – se non addirittura da una giustapposizione di brani tra loro alquanto remoti nella loro versione classica – risulta confermata dal fatto che Ulpiano, chiedendosi '*Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem ...*', risulta porsi in primo luogo il problema se la *petitio ususfructus* compete solo contro il proprietario della *res fructuaria* ovvero anche contro altri che, possedendola, impediscono all'usufruttuario di esercitare il proprio diritto, ed innanzitutto di ottenere la disponibilità iniziale della cosa stessa, secondo l'usuale funzione che la confessoria svolge nei confronti in primo luogo del *dominus* ma risolvendo così problemi che possono presentarsi analogamente nei confronti di un terzo che la possiede; non sembra quindi avere molto senso che il testo in questione, anziché rispondere a tale questione iniziale, ben più centrale e importante, devii invece subito sul problema, del tutto diverso e secondario rispetto alla prima, della tutela delle servitù spettanti al *fundus fructuarius* e dell'eventuale uso della *petitio ususfructus* in funzione di *vindicatio servitutis*, per inferire da questa ulteriore esplicazione della confessoria la sua esperibilità *adversus quemvis possessorem* e quindi – anche se il testo non si preoccupa neppure di esplicitare tale conclusione necessaria – contro il terzo che impedisca all'usufruttuario di disporre della cosa e di esercitare il proprio diritto (e per tal verso il carattere non classico di tutta l'impostazione del passo sembra definitivamente mostrato dal fatto che in tale prospettiva non venga neppure considerata la tutela interdittale del *fructuarius*, come si vedrà invece risolutiva per quanto riguarda i problemi che possono sorgere in ordine all'esercizio dell'usufrutto tanto rispetto al terzo possessore della *res fructuaria* quanto rispetto al vicino che non consenta di usare della servitù): si veda del resto anche in D. 8.5.9.pr., ove Paolo (21 *ad ed.*) si richiama a Giuliano, l'evidente traccia di un intervento successivo individuabile nell'inversione, rispetto alle due ipotesi '*... si quidem nondum aedificavit, sive usum fructum sive viam habet ...*', delle azioni rispettivamente esperibili nei due casi ('*... ius sibi esse ire agere vel frui intendere potest ...*'), ove oltretutto '*frui*' va verosimilmente integrato in '*uti frui*'), inversione che risulta alquanto significativa se si considera come l'attuale stesura del passo tenda ad inserire in questo brano (verosimilmente traendolo da un altro luogo della trattazione classica, qui malamente centonata come mostra altresì il § 1 del frammento, che non c'entra nulla con il *principium*: '*qui latiore via vel angustiore usus est, retinet servitutum, sicuti qui aqua, ex qua ius habet utendi, alia mixta usus est, retinet ius suum*') un riferimento all'usufruttuario e alla *petitio usus fructus* che risulta estraneo alla fattispecie inizialmente considerata da Paolo (si noti il '*sicut in via diximus*' che pone termine alla citazione di Giuliano), incentrata sulla *vindicatio servitutis*, esperibile sia se l'*opus* contrario a tale diritto è già stata iniziato sia quando il vicino si stia ancora accingendo a realizzarlo ('*si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere ius mihi esse ire agere: quod si probavero, inhibebo opus tuum. item Iulianus scripsit, si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum recipe-ret, posse me agere de iure meo, id est ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus. sed si quidem nondum aedificavit, [sive usum fructum sive viam habet,] ius sibi esse ire agere [vel frui] intendere potest ...*): a tale prima ipotesi i giustinianeji giustappongono l'ulteriore caso dell'usufruttuario, che può agire sinché l'opera non è ancora compiuta, ma non se è ormai stata realizzata, poiché secondo i principii generali il suo diritto si estingue per *mutatio rei* ('... *quod si iam aedificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere ius sibi esse, fructuarius autem non potest, quia amisit usum fructum: et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Iulianus ait ...*): ma fuso così alla prima parte del paragrafo, tale secondo discorso, di per sé ineccepibile, finisce con il diventare assurdo, perché ne risulterebbe, stando alla lettera giustiniana del passo, che l'usufrutto si estingue se taluno abbia compiuto un *opus* non sulla *res fructuaria* che l'abbia trasformata, bensì un *opus* sul proprio fondo che impedisce semplicemente lo stillicidio delle acque o l'esercizio dell'*iter*; la ragione di tale in-

forse unica visuale classica¹⁸ – e limitandosi per ora ad accettare la *media sententia* di una verosimile

garbugliata situazione testuale, forse anche da ricollegare in parte alla nuova visione giustiniana delle *servitutes* che tende a parificare ad ogni effetto servitù ed usufrutto, e che d'altra parte parrebbe altresì tenere presente l'eco della costruzione attribuita a Giuliano che accordava all'usufruttuario lo *ius vindicandarum servitutium*, sembra essenzialmente causato dalla tendenza giustiniana a tacere dei mezzi di autotutela privata, per cui risultano qui scomparsi gli strumenti *lato sensu* interdittali che, ad iniziare dalla *operis novi nuntiatio* e dall'*interdictum quod vi aut clam*, Paolo doveva qui verosimilmente prendere in considerazione (si veda infatti il finale del paragrafo, dove stranamente nessuno di essi viene menzionato: '*... contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, aedifices, recte intendam ius tibi non esse aedificare vel aedificatum habere, quemadmodum si in area mea quid aedifices*'). Tali difficoltà del passo possono non emergere ad una prima considerazione, ma non sembrerebbe in ogni caso legittima una lettura come quella condotta da CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 354 s., che descrive senza problemi le affermazioni del passo in maniera apparentemente appagante e convincente ma solo in quanto si tace della strana inversione centrale di cui si è detto e delle sue conseguenze, mentre si evita di ricordare se non in nota e quasi come ininfluente il finale di D. 8.5.9.pr., tacendo così i non troppo nascosti indizi di interpolazione che esso contiene. In effetti, anche la pur apprezzabile esegesi di Carlo Augusto Cannata del precedente D. 7.6.5.1, certo mirabile nella sua elegante linearità logico-ricostruttiva quanto nel nitore espositivo ed argomentativo che ad una prima lettura la fa apparire pressoché definitivamente esatta, costituisce un notevole esempio di quell'atteggiamento esegetico di tipo conservativo ed antinterpolazionista che, spiegando il testo considerato in maniera apparentemente ineccepibile, in realtà ignora quasi programmaticamente le difficoltà ad esso intrinseche, e soprattutto rinuncia da un punto di vista metodologico a confrontarlo con gli altri testi ad esso rapportabili e quindi con i problemi sistematici che emergono soltanto da una visione globale dell'insieme delle testimonianze pervenute in ordine ad una determinata questione.

¹⁸ Oltre a PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, cit. [nt. 9], p. 139 ss. (che nella sua perequazione tra usufrutto e proprietà – cfr. *supra*, nt. 9 –, accetta come unica posizione classica quella di Giuliano – cfr., a proposito di D. 33.1.1.20, dove ritiene interpolata la posizione ulpiana, p. 147 – e quindi, accettando il dettato di D. 43.25.1.4 e di D. 39.1.2, rifiuta come corrotti D. 7.6.1.pr. e D. 7.6.5.1), e a FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit. [nt. 8], p. 392, si veda in tale prospettiva Giuseppe Grosso, che risulta accettare come senz'altro classica la posizione di Giuliano, mentre ritiene che la posizione di Ulpiano (e di pressoché tutti gli altri i giuristi classici) sia il risultato di un'interpolazione operata dai giustiniani che, superata ogni preoccupazione relativa alla tecnica formulare, avrebbero senz'altro accordato all'usufruttuario la *petitio usus fructus* là dove prima venivano può darsi lui concessi semplici adattamenti utili di tale azione, non senza mostrare un certo scetticismo di fondo verso la genuinità di fondo anche di quest'ultima soluzione: cfr. *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 149 ss. (ove si preferisce la soluzione di Giuliano, mentre si afferma che, se pur Ulpiano preferiva limitarsi a concedere un adattamento della *petitio usus fructus*, sarebbero in ogni caso stati i giustiniani a rinunciare a tali sottigliezze formulari per concedere *tout court* questa azione in funzione di *vindicatio servitutis*), *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 192 ss. e 401 s., (ove, in maniera più smussata, si afferma che, pur essendo i testi relativi a tali applicazioni estensive della *petitio usus fructus* esperita contro terzi senz'altro alterati, verosimilmente i classici prospettavano in tali ipotesi adattamenti in via utile dell'azione per tutelare il diritto di godimento in determinati ambiti ed esplicazioni), e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 281 s. (dove risultano del pari implicarsi dubbi sulla completa genuinità della posizione ulpiana e la concessione in via utile da parte dei giuristi classici viene espressa in forma dubitativa). Cfr. altresì le pagine dedicate a tale argomento da Giuseppe Grosso in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali* («Trattato di diritto civile italiano» diretto da Filippo Vassalli), Torino, 1963³, I, p. 86 ss. nonché, sempre da un punto di vista storicistico e giusmodernista, le osservazioni di Giommaria Deiana sulla posizione di Giuliano recate ivi, II, p. 1209 ss. (sulla tesa di Matteo Marrone secondo cui la posizione di Giuliano sarebbe in ogni caso stata la più risalente, cfr. *supra*, nt. 16). Tuttavia è da notare come in ogni caso, quand'anche se ne accettasse sino in fondo la classicità, la soluzione di adattamenti utili della *petitio usus fructus* concessi all'usufruttuario contro i terzi per scopi diversi da quello tipico, e in primo luogo per reclamare l'uso della servitù, sia in ogni caso impostazione che, più che semplificare tale questione, risulta in ultima analisi complicarla ulteriormente: se infatti la più parte dei giuristi classici avesse operato non mediante l'attribuzione al *fructuarius* di un'azione già spettante normalmente al *dominus*, come risulta fare Giuliano, bensì attraverso l'adattamento di un'altra azione – ossia la *petitio usus fructus* – a scopi diversi da quelli che le erano propri, in tal caso diverrebbe del tutto incomprensibile perché mai i *prudentes*, avendo la libertà di elaborare mezzi di tutela costruiti *ad hoc*, avrebbero fatto lo sforzo di adattare tale azione a fini del tutto diversi da quello tipico senza invece ricorrere senz'altro ad adattamenti degli specifici mezzi di tutela spettanti al *dominus*, seguendo cioè una via ove si trattava semplicemente di agire soltanto sugli aspetti della legittimazione attiva: in effetti, se la tecnica formulare consentiva in ipotesi a Giuliano di concedere senz'altro al *fructuarius* lo *ius vindicandarum servitutium*, e quindi di accordare *tout court* a quest'ultimo gli stessi mezzi che spettavano al *dominus*, non si vede perché mai gli altri giuristi non avrebbero potuto evitare vie tanto contorte per adattare semmai al *fructuarius*, magari con più contenuta e prudente soluzione rispetto a Giuliano, i mezzi di tutela in questione, fornendogli così una tutela più specifica e senz'altro più soddisfacente. Per tal verso – anche a non voler qui considerare come tali problemi si appianerebbero senz'altro postulando, come pur sembra più verosimile, che la soluzione di ricorrere alla *petitio usus fructus* per difendere il fondo da comportamenti di terzi ed in primo luogo del vicino che pregiudichino l'usufruttuario costituisca la conseguenza di una sorta di «censura» giustiniana per evitare di parlare del sistema interdittale classico che risolveva tali problemi, e che facendo perno sul concetto di

*dissensio prudentium*¹⁹, quello che soprattutto importa sottolineare è come essa, nel quadro offertoci dai *Digesta*, appaia in ogni caso una posizione minoritaria, rifiutata esplicitamente nei testi pervenuti da un notevole numero di giuristi:

D. 7.6.1.pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*): Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo²⁰ apud Iulianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium quidem eum vindicare non posse ...²¹.

'*prohibitio*' urtava contro le visuali giustiniane ostili a tale mezzo di autotutela privata – si può anzi notare come, nell'ambito di una soluzione che pretenda di accordare all'usufruttuario la *petitio usus fructus* per difendersi dai terzi, sarebbe al limite più congrua l'ipotesi – prima prospettata da Biondo Biondi (*Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 653 ss.) in relazione a D. 7.6.1.pr., e poi sostenuta in generale da Miroslav Boháček (*L'actio negativa*, cit. [nt. 1], p. 69 ss.) ed accettata solo da Siro Solazzi (*L'azione dell'usufruttuario per le servitù in favore del fondo*, cit. [nt. 14], p. 617 s., che spiega l'interpolazione di D. 7.6.5.1 e di D. 8.5.2.1 in vista di un intervento compilatorio memore di tale impostazione) –, secondo cui, là dove i testi giustiniane parlano di una *vindicatio usus fructus* esperita dall'usufruttuario contro il terzo per tutelare la servitù e far valere altre pretese spettanti al proprietario nei confronti dei vicini, i giuristi classici avrebbero in realtà inteso una *petitio* intentata contro il *dominus* stesso della *res fructuaria* al fine di costringerlo a tutelare l'usufruttuario da tali comportamenti illegittimi di terzi (un'ipotesi certo estrema e senza decisivi addentellati nelle fonti, ma che in ogni caso risolverebbe in maniera certo più lineare i problemi in materia: si vedano del resto, per un'analogia impostazione volta a risolvere in origine i problemi intercorrenti, pur su di un piano questa volta obbligatorio, tra *dominus* e superficiario, F. PASTORI, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milano, 1984, p. 157 s. e nt. 29, p. 210 s., p. 280 nt. 18, e soprattutto p. 290 ss e 304 ss., nonché, in breve, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 259 s., e, per un non del tutto dissimile impiego della *vindicatio servitutis* al fine di costringere il titolare del fondo servente alla *refectio* – D. 8.5.4.5, Ulp. 17 *ad ed.* –, F. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della refectio delle servitù di passaggio*, in «Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo», Napoli, 1997, II, p. 607 ss.; si vedano in particolare, in D. 7.6.1.pr., le parole '*si non patiatum ire agere, teneri ei, quasi non patiatum uti frui*', per vari versi analoghe alla locuzione '*... sed reficere sternere non patiatum ...*' di D. 8.5.4.5: cfr. tra l'altro *infra*, nt. 38). In ogni caso, se le aporie presentate da una simile soluzione portano come si è visto lo stesso Giuseppe Grosso a sospettare della sua completa classicità, anche per quanto riguarda il problema strettamente connesso della legittimazione passiva del *non dominus* alle azioni *de servitute* e *de usu fructu*, tale autore ritiene (*I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, cit. [nt. 5], p. 129 ss. e 132 ss.) che il passaggio dalla paradigmatica legittimazione passiva del *dominus* alla esperibilità della *vindicatio* contro il mero possessore sarebbe stato naturale ad una «più matura riflessione» giurisprudenziale una volta superata la netta antitesi tra *vindicatio* e *contravindicatio* su cui si imperniava il meccanismo delle *legis actiones* (in una prospettiva ove le difficoltà create dall'inciso '*invito me*' vengono superate negando che esso comparisse nella *vindicatio* delle servitù affermative e dell'usufrutto, ma senza affrontare in maniera esaustiva la questione delle conseguenze di tale inciso nelle formule delle servitù negative: cfr. anche *L'usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 397 ss., e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 287 ss.): su tali argomenti si veda in generale M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in «AUPA», XXIV, 1955, p. 103 ss. Tuttavia, ancora una volta, in tale prospettiva non è agevole comprendere perché mai, se la legittimazione passiva del *non dominus* era già un risultato acquisito al diritto classico, nei testi giustiniane compaiano invece una massa di testi che, a fronte della minoritaria opinione di Giuliano (D. 7.6.5.1), negano viceversa nella sua quasi totalità tale estensione al *non dominus*: e qui sarebbe ancora più inspiegabile un'interpolazione giustiniana in tal senso, dato che tali problemi di legittimazione potevano avere un significato nell'ambito della giurisprudenza classica e della sistematica dell'*ordo iudiciorum*, ma dovevano ormai risultare alquanto secondari per i bizantini, che certo non avrebbero avuto alcun motivo di procedere ad una così ampia e sistematica alterazione dei testi in particolare ulpiane, lasciando per di più sopravvivere – cosa in tal caso veramente assurda – l'opinione di segno opposto nel solo Giuliano. Si veda tra l'altro anche la relativa confusione creata nei glossatori da D. 7.6.1.pr., che li porta in certo modo a sovrapporre il problema della legittimazione passiva alla *vindicatio servitutis* alla diversa questione del fondo intercluso, considerato da Ulpiano nel § 1 del passo: cfr. *gl. 'Si fundo. Casus'* (*op. cit.* [nt. 17], I, p. 618), secondo cui «... si haeres iter non praestet, nihilominus praestare tenetur. Item si testator adimat iter inutilis est ademptio. Item haeres tenetur emere viam, ut fructuarius habeat viam, si alias praestare non potest ...».

¹⁹ Si veda in tal senso A. BISCARDI, *La problematica romana dell'usufrutto in relazione al codice civile. Sommario e testi*, Milano, 1971, p. 27 s. (per la coincidente prospettiva di Pietro Bonfante, cfr. *supra*, nt. 14). C. ARNO, *M. Cocceio Nerva. Nuovi studi sulle scuole Muciana e Serviana*, in «T.», IV, 1923, p. 218 s., arrivava a scorgere qui uno dei tanti contrasti tra le due scuole, di cui egli postula un lungo perdurare nell'ambito del diritto classico (cfr. BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 97 nt. 1 *in fine*, GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 193 nt. 2, nonché G.L. FALCHI, *Le controversie tra sabini e proculiani*, Milano, 1981, p. 23). Cfr. in generale *supra*, nt. 14 e 16.

²⁰ Forse '*septimo*': cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig 1889, rist. Graz, 1960, II, c. 1075, n. 2594 e nt. 6.

²¹ Sul passo (cfr. *Bas.* 16.6.1: HEIMBACH, II, cit. [nt. 8], p. 198) si vedano i rilievi di C. LONGO, *La categoria delle «servitutes» nel diritto romano classico*, cit. [nt. 9], p. 290 s. (che trova una conferma di tale principio in D. 7.6.5.1: cfr. *supra*, nt. 5, 16 e 18), di SEGRÉ, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 514 nt. 145, e di ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie*, cit. [nt. 8], p. 119 nt. 1, e *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 269,

Ancora più significativo – e tale da deporre forse nel senso della non completa classicità dell'opinione che i frammenti richiamati attribuiscono a Giuliano – appare poi la presenza, in tale dottrina dominante, di Cecilio Africano, che com'è noto tende normalmente a seguire le opinioni del suo maestro Salvio Giuliano, mentre qui risulta invece avversarle: il frammento, che stranamente non sembra essere stato considerato da Vincenzo Arangio-Ruiz così come da vari altri autori trattando della legittimazione passiva alla *vindicatio servitutis*²², si presenta invece per vari versi pressoché decisivo, sia per il rimarchevole contrasto di opinioni tra Giuliano ed Africano, sia soprattutto in quanto – mentre gli altri testi si risolvono in linea di massima in enunciazioni generali di una regola e risultano perciò in ipotesi più facilmente sospettabili – questo passo, esterno alla *sedes materiae* e collocato nel titolo 44.1 dei *Digesta* ('*de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis*'), enuncia strumentalmente tale principio trattando di argomenti processuali del tutto tecnicistici, ossia la *exceptio 'quod praeiudicium praedio non fiat'*, rispetto alle quali la regola per cui l'attore nella *vindicatio servitutis* deve dare la prova del *dominium* si presenta appunto come logicamente connessa alla sospensione del processo che tale eccezione comporta, mentre così non sarebbe potuto essere se l'azione fosse stata esperi-

che sospettano la parte successiva del passo, ove si ritorna alla *petitio usus fructus* esperita contro il terzo in funzione di *vindicatio servitutis* ('... *verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiat eum ire agere, teneri ei, quasi non patiat uti frui*': cfr. altresì V. ARANGIO-RUIZ, *Per la classificazione delle servitù di passaggio* [1910], in *Scritti di diritto romano*, I, cit. [nt. 8], p. 302 nt. 2, e G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 323), nonché di PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, cit. [nt. 9], p. 144 s. (cfr. *supra*, nt. 18), e di SOLAZZI, *L'azione dell'usufruttuario per le servitù in favore del fondo*, cit. [nt. 14], p. 617 s. (cfr. *supra*, nt. 18), ed in generale si vedano – oltre a B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (Corso di lezioni)*, Milano, 1969, p. 350 s. (dove peraltro l'autore si pone in una falsariga piuttosto remota dalle sue precedenti visuali in materia: cfr. *supra*, nt. 9), e a GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 150 s., *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 192 ss. e 401 s., e *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 96 e 282 (cfr. ancora *supra*, nt. 18) – SCIASCIA, *Appunti sulla tradizione scientifica della letteratura giuridica romana*, cit. [nt. 14], p. 471 s. (cfr. *supra*, nt. 16), ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, cit. [nt. 14], p. 240 ss., BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit. [nt. 14], p. 79 ss. (che sottolinea come il passo farebbe risalire a Labeone la soluzione della *petitio usus fructus* intentata contro il vicino, segnando così l'inizio del superamento del principio secondo cui tale azioni erano esperibili soltanto *adversus dominum*, in una nuova prospettiva sistematica che sarebbe stato poi portata a più ampie conseguenze da Giuliano, secondo uno sviluppo che nella prospettiva di tale autore rifletterebbe – p. 82 – «l'individuarsi dell'*usus fructus* come entità giuridica autonoma»: cfr. la recensione di M. KASER, in «Labeo», IX, 1963, p. 372), E. DE SIMONE, *Il numero dei «Libri ad Minicium»*, in «Labeo», IX, 1963, p. 203 ss. (che integra il passo, in base ad una considerazione palinogenetica delle citazioni di Ulpio Marcello, in '*Marcellus libro octavo <digestorum scribit [dicit?] - tractat?] et> apud Iulianum Labeonis et Nervae sententiam probat ...*': cfr. in ogni caso *supra*, nt. 16), RASTÄTTER, *Marcelli Notae ad Iuliani Digesta*, cit. [nt. 14], p. 130 ss. (che, contro l'impostazione di H.J. WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München, 1972, specie p. 15 ss., ritiene che il passo attesti una innovazione di Giuliano rispetto alla quale Marcello si pone in una posizione conservativa: cfr. le recensioni di D. LIEBS, in «Iura», XXXII, 1981, p. 289, e di BACKHAUS, cit. [nt. 16], p. 372 nt. 26), METRO, *Fructus servitutis*, cit. [nt. 16], p. 110 s. (che limita anche qui il diritto dell'usufruttuario all'esercizio della servitù), R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova, 2001, p. 90 (il quale – in base alla palinogenesi leneliana [cfr. *supra*, nt. 20], che colloca il frammento [n. 2594], nella rubrica «de legatis», *sub* «de servitutibus, quae usu fructu legato debentur» – esamina in *principium* di D. 7.6.1 insieme al § 1, collegando la regola generale del *principium* con la norma specifica affermata subito dopo, secondo cui l'usufruttuario ha diritto di passare sul fondo ereditario confinante con il suo se questo è intercluso anche se la servitù non è dovuta, escludendo peraltro la risalenza a Sabino del § 1, sostenuta invece da F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus Commentar* [1906], in «Labeo», X, 1964, p. 81), nonché ID., *Costituzione di servitù*, cit. [nt. 16], p. 186 (cfr. *supra*, nt. 16), BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit. [nt. 9], p. 195 ss. (che confronta il passo con D. 7.6.5.1, senza peraltro scorgere alcuna contraddizione nelle posizioni di Giuliano in essi delineate, che non vengono del resto messe in connessione con quanto recato da D. 43.25.1.4 e D. 39.1.2: cfr. comunque *supra*, nt. 14), e M.G. ZOZ, *La costituzione tacita della servitù nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2001, p. 31 s. (che tra l'altro, con a prima vista interessante prospettiva, pone il relazione il § 1, dove il passaggio non costituente servitù sul fondo ereditario vicino è visto come *adminiculum usus fructus*, con le parole '*si non patiat eum ire agere, teneri ei, quasi non patiat uti frui*' del *principium*).

²²) Cfr. l'*indice delle fonti* in V. ARANGIO-RUIZ, *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1982, p. 34 (il passo non viene neanche ricordato, né in *sedes materiae* né altrove, da GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], specie p. 285 ss., e neppure – a quanto ho potuto appurare, in assenza di un indice delle fonti – da BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21]). Dalla veloce consultazione degli usuali repertori bibliografici e dall'esame delle trattazioni così individuate non ho potuto ricavare che le indicazioni recate *infra*, nt. 24 e 37.

bile altresì da parte di persone diverse dal *dominus fundi*²³:

D. 44.1.16 (Afr. 9 *quaest.*): Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est, et dico praeterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi. si viam petam, exceptionem 'quod praedictum praedio non fiat' utilem tibi fore putavit, videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse²⁴.

Questa impostazione dominante, più in generale, si inserisce quindi in una generale costruzione delle *actiones* relative agli *iura in re aliena* secondo la quale tali strumenti processuali, come si è accennato, possono essere soltanto intentati rispettivamente tra il *dominus* ed il *fructuarius* e tra i titolari dei due fondi legati dal rapporto di servitù²⁵:

²³ Sulla parte iniziale del passo si veda *infra*, nt. 37.

²⁴ Il passo (cfr. altresì *infra*, nt. 37) sembra resistere alle critiche interpolazionistiche (cfr. E.Th. SCHULZE, *Zum Sprachgebrauch der römischen Juristen*, in «ZSS.», XXV, 1892, p. 107, SEGRÉ, *La clausola restitutiva nelle azioni «de servitutibus»*, cit. [nt. 9], p. 550 s. e nt. 53, G. VON BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, in «Studi P. Bonfante», II, Milano, 1930, p. 60) anche per quanto riguarda la parte finale che qui interessa (cfr. in ogni caso G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, V, Tübingen, 1931, p. 22): si vedano in generale M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla «hereditatis petitio»*, Milano, 1956, p. 164 ss., K. HACKL, *Praedictum im klassischen römischen Recht*, Salzburg - München, 1976, p. 36 nt. 10, p. 105 ss., 112 s., 116 ss. e 125 s., J.M. KELLY, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976, p. 13, A. PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto romano classico*, Milano, 1956, p. 136 s., e F. BETANCOURT, *Sobre las «exceptiones» llamadas «útiles»*, in «AHDE.», L, 1980, p. 707 s.; cfr. altresì G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in «ZSS.», LXXXVIII, 1958, p. 253 s. (che sottolinea come in questo passo, al pari di molti altri casi, l'aggettivo 'utilis' non abbia valore tecnico ma indichi semplicemente che l'eccezione potrà essere «utilmente» opposta) e G. PUGLIESE, 'Giudicato civile [Storia]', in «ED.», XVIII, Milano, 1969, p. 741. Sul rapporto tra Africano e il suo maestro Giuliano (cfr. in breve V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1994, p. 286, che arriva a definire Africano un «divulgatore» delle opinioni del maestro, e F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953², trad. it. - *Storia della giurisprudenza romana* -, Firenze, 1968, p. 414 s.) e su come le 'quaestiones' del primo tendano a seguire l'insegnamento del maestro anche quando egli non venga esplicitamente citato (tesi che si richiama alle affermazioni del giurista bizantino Doroteo) si veda, con ampia bibliografia, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, cit. [nt. 4], p. 387 nt. 2 (che tuttavia sembra ignorare i precedenti bizantini e far risalire tale idea ai glossatori e a Cuiacio: cfr. infatti, senza riferimenti all'autore bizantino, J. CUIAS, *Ad Africanum Tractatus*, I, ad D. 39.2.46, in *Opera*, cit. [nt. 17], V, c. 20): si vedano H. BUHL, *Salvius Iulianus*, Heidelberg, 1886, p. 67 ss. (che attribuisce senz'altro a Giuliano le *quaestiones* di Africano: oltre al precedente *Africans Quaestiones und ihr Verhältnis zu Julian*, in «ZSS.», II, 1881, p. 180 ss., cfr. la recensione al libro del 1886 di C. FERRINI [1886], in *Opere*, cit. [nt. 8], II, p. 498 e specificamente p. 506 s., secondo cui «Africano ha il merito di avere raccolto e riordinato le discussioni orali del suo grande maestro, ché tali erano indubbiamente le *Quaestiones*»), O. LENEL, *Africans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie* (1931), in *Gesammelte Schriften*, cit. [nt. 8], IV, p. 656, L. BOULARD, *L. Salvius Iulianus. Son oeuvre. Ses doctrines sur la personnalité juridique*, Paris, 1903, soprattutto p. 113 ss., L. CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*³, Palermo, s.d., p. 246 nt. 8 (che invece, nonostante le molte alterazioni probabilmente postclassiche, dubita della tesi secondo cui l'intera opera di Africano possa essere - come vorrebbe SCHULZ, *loc. cit.* - frutto di una commistione postclassica tra le sue *epistulae* ed i *digesta* di Giuliano), A.M. HONORÉ, *Julians Circle*, in «T.», XXXII, 1964, p. 9 ss., E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln - Graz, 1965, in particolare p. 8, P. CERAMI, *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano (A proposito di D. 35.2.88.pr.)*, in «Iura», XXII, 1971, p. 129 e nt. 6 (che contro la ipotesi di Fritz Schulz si richiama a Lauro Chiazzese, osservando: «che Africano riferisce spesso le opinioni di Giuliano è cosa pacifica, ma che l'intera sua opera possa essere frutto di una commistione postclassica fra le *Epistulae* di Africano ed i *Digesta* di Giuliano ... è da provare, nonostante moltissime e rilevanti alterazioni subite dai testi»), A. WACKE, *D. 19, 2, 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in «ANRW.», II.15, Berlin - New York, 1976, specie p. 461 ss., F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, specie p. 86 ss., H. ANKUM, *African Dig. 19.2.33: Haftung und Gefahr bei der Publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, in «ZSS.», XCVII, 1980, p. 157 ss., e T. MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, p. 34 ss. e 78 ss. (si veda in generale anche A. D'ORS, *Las quaestiones de Africano*, Roma, 1997, p. 11 ss.). E' chiaro come, in tale prospettiva, non sarebbe impossibile ritenere che, anche per tal verso, l'effettiva opinione di Giuliano sia quella professata da Africano nel finale di D. 44.1.16, considerando quindi ancora più sospetta l'affermazione di Ulpiano in D. 7.6.5.1 per cui '*Iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere*'.

²⁵ Sulle posizioni di Vincenzo Arangio-Ruiz su tale argomento ed i problemi connessi, si veda *infra*, nt. 30, 32 ss., 38 e 46. Sui passi che seguono si veda anche SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 14 ss., il quale, convinto che «la *vindicatio servitutis* compete sia contro il proprietario sia contro il possessore del fondo servente», compie di tali frammenti un'analisi che risulta alquanto sbrigativa e preconcepita, quasi che tale tesi non aves-

D. 8.5.2.1 (Ulp. 17 *ad ed.*) Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: servitutum enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutum dici deberi²⁶.

Tale impostazione appare relativamente ferma tra i giuristi classici – con, forse, la sola eccezione appunto di Giuliano – e viene ribadita in vari luoghi, sia in generale:

D. 8.5.8.1 (Ulp. 17 *ad ed.*): Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutum ...²⁷;

sia in relazione a casi particolari, come ad esempio avviene per la *servitus oneris ferendi*²⁸:

D. 8.5.6.3 (Ulp. 17 *ad ed.*): Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio²⁹.

se neppure bisogno di un'approfondita dimostrazione (si veda in particolare – p. 19 – come si dichiara che «prova che il possessore era convenuto con la *vindicatio servitutis*» D. 43.20.7, Paul. 5 *sent.*, un testo – '*si de via itinere actu aquae ductu agatur, huiusmodi cautio praestanda est, quamdiu quis de iure suo doceat, non se impediturum agentem et aquam ducentem et iter facientem. quod si neget ius esse adversario agendi aquae ducendae, cavere sine praeiudicio amittendae servitutis debet, donec quaestio finietur, non se usurum*' – che appare in verità non dimostrare ed anzi quasi neppure dire nulla in tal senso ed in generale su tale questione: ed infatti subito dopo la recisa affermazione iniziale si stempera nella generica quanto apodittica osservazione per cui «in questo caso il convenuto con la *vindicatio servitutis* non era certo che fosse il proprietario del fondo, ma la lite era regolarmente costituita», illazione che in ogni caso non risulta trovare alcun riscontro nel dettato di D. 43.20.7).

²⁶ Sul passo (cfr. GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], VIII, cit. [nt. 9], p. 379 e nt. 41 e p. 384 e nt. 65) si veda SEGRÈ, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], specie p. 513 s. (che, nel considerare giustianiana la denominazione «confessoria» – cfr. A. TREVES, '*Azione confessoria e negatoria [Diritto romano]*', in «NNDI.», II, Torino, 1958, p. 57 ss. –, ritiene, rifacendosi a LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], II, c. 717 ss., n. 594-602, che la collocazione palingenetica del passo dimostri che in Ulpiano esso si riferisce al solo *ius eundi agendi*, e che la generalizzazione del suo tenore – cfr. anche *La clausola restitutiva nelle azioni «de servitute»*, cit. [nt. 9], p. 556 nt. 64 – sarebbe invece giustianiana, senza tuttavia rifiutare di per sé la genuinità sostanziale della regola relativa alla *vindicatio*: cfr. peraltro RODGER, *Actio Confessoria*, cit. [nt. 9], p. 201 s.). Si vedano poi (anche in relazione al *principium* di D. 8.5.2 – '*de servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usum fructum pertinent, tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat*' –, su cui cfr. di recente CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 403 ss.) SOLAZZI, *L'azione dell'usufruttuario per le servitù in favore del fondo*, cit. [nt. 14], p. 616 (cfr. *supra*, nt. 18), BIONDI, *Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 603 s. (fortemente critico dal suo peculiare punto di vista: cfr. BUCKLAND, *The Protection of Servitudes*, cit. [nt. 1], p. 458 s.), e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 343 ss. e specificamente p. 344 (dove invece tale restrittiva impostazione viene pianamente accettata: cfr. peraltro, circa la posizione di Giuliano, p. 351 s.), G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 298 s. (che dai principii deducibili da D. 8.5.2.pr.-1 e D. 8.5.6.3 ricava l'interpolazione di D. 8.5.10.1) e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 75 s. (ove si sottolinea come l'espressione '*actio confessoria*', pur giustianiana, rifletta in ogni caso l'affermarsi di una considerazione della categoria generale delle *servitutes* che per vari versi mancava nei classici) e p. 281 s. (cfr. *supra*, nt. 18). Su questo ed i testi seguenti cfr. altresì, in una prospettiva storica, Giommaria Deiana in GROSSO, DEIANA, *Le servitù*, cit. [nt. 18], II, p. 1195 ss.

²⁷ Cfr. J. CUJAS, *Recitationes Solemnes, in l. VIII, in tit. V, ad l. VIII* (in *Opera*, cit. [nt. 17], III, c. 340 s.), in relazione a D. 8.5.8.1: per tale impostazione, cfr. *supra*, nt. 17. Sul passo si veda – oltre a G. VON BESELER, *Miscellanea*, in «ZSS.», LVIII, 1925, p. 231 s. (che si limita a contenute integrazioni) – L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 179 ss. (che pur occupandosi più che altro, in relazione a D. 8.5.7 [Paul. 21 *ad ed.*], della *cautio* relativa alla *vindicatio* della *servitus oneris ferendi* collegata al seguito del passo – cfr. *infra*, nt. 41 s. –, trova in ogni caso il frammento «senza dubbio genuino»).

²⁸ Sulla peculiarità di tale fattispecie in vista del rapporto tra la *refectio parietis* e il principio '*servitus in faciendo consistere nequit*' (cfr. D. 8.1.15.1 : Pomp. 33 *ad Sab.*), oltre a CHIAZZESE, *loc. ult. cit.*, si vedano in generale BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 122 ss. e specificamente p. 127 ss., e GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 175 ss., e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 81 ss. e 87 ss. (cfr. tra l'altro K. MEFFERT, *Ulp. 8.5.6.4. - Die Beteiligung mehrerer Personen an der servitus oneris ferendi*, in «Studien M. Kaser», Berlin, 1973, p. 83 ss.).

²⁹ Sul passo, di cui è stata attaccata la precisazione '*sicuti ceterarum servitutium intentio*' (oltre a J. CUJAS, *Recitationes Solemnes, in l. VIII, tit. V, ad l. VIII* – in *Opera*, cit. [nt. 17], III, c. 339 –, ove si limita la regola enunciata in base alla motivazione «quia reffectio non pertinet, nisi ad dominum» – cfr. anche ID., *Commentaria in libros Quaestionum Aemilii Papinianii, in l. III, ad § si aedes, l. VI si servitus vindicetur*, D. 8.5.6.4, in *Opera*, cit., V, c. 335 –, si veda C. LONGO, *La categoria delle «servitutes»*, cit. [nt. 9], p. 299 s., secondo il quale tale pretesa interpolazione – che compare con locuzioni analoghe in vari altri passi – sarebbe stata operata per cancellare gli aspetti '*in personam*' della tutela della *servitus*

La congruità di tale posizione con le coordinate generali del processo formulare classico relative agli *iura in re aliena* è stata in particolare sostenuta da Vincenzo Arangio-Ruiz in un suo saggio degli inizi del secolo scorso, nel quale, con serrata ed esaustiva argomentazione, egli insisteva soprattutto sulla strutturale differenza dello *ius in re aliena* rispetto al diritto di proprietà, che consiste fondamentalmente nel pretendere l'astensione di chiunque altro dall'ingerirsi nella *res*, ed è quindi in quanto tale azionabile *erga omnes* attraverso un mezzo processuale che decide sulla titolarità del diritto tra i due contendenti e che d'altra parte potrà, di per sé, venire intentato in futuro da qualsiasi terzo che pretenda di essere l'effettivo *dominus* della *res*³⁰, dando sotto vari aspetti luogo ad una sorta di giudizio

oneris ferendi di cui parlava Ulpiano), ma che nel complesso è stato per lo più ritenuto genuino, cfr. in particolare ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie*, cit. [nt. 8], p. 117 s. (ove la genuinità dell'affermazione ulpiana, cui l'autore attribuisce una fondamentale importanza nella sua ricostruzione – cfr. *infra*, nt. 35 e 55 –, è confrontata con le alterazioni presentate da D. 43.20.1.25 e soprattutto da D. 8.5.10.1, su cui *infra*, § 2), e *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 164 ss. (ove il passo è difeso dagli attacchi di Carlo Longo), 194 ss. (ove si sottolinea come tale affermazione possa in ogni caso escludere di per sé l'esperibilità dell'azione *adversus* il *non dominus*), e 205 (sui rapporti intercorrenti sotto tale aspetto tra la *servitus oneris ferendi*, di cui il frammento tratta, e le altre servitù): si vedano quindi PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 777 e nt. 2 (che pur ritenendo il passo non genuino, tiene in ogni caso ferma la tesi secondo cui classicamente l'azione era esperibile solo contro il *dominus*, e nel diritto giustiniano contro chiunque ostacolasse l'esercizio del diritto), SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 30 s. (il quale, richiamandosi alla prima edizione del corso sulle servitù di Giuseppe Grosso – *Lezioni di diritto romano. Le servitù prediali*, I, [Modena] 1931-1932, p. 31 ss., 173 s. e 180 ss. –, che riteneva tale frase il lacerto di un più lungo discorso classico, censura le parole '*sicuti ceterarum servitutum intentio*', sia per il ricorso a '*intentio*' anziché ad '*actio*', sia per il suo uso al singolare, errato di fronte alla pluralità di *intentiones* delle azioni di servitù), BIONDI, *Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 607 (che volge la regola della esperibilità della *vindicatio servitutis* soltanto *adversus dominum* ai fini della sua particolare tesi: cfr. BUCKLAND, *The Protection of Servitudes*, cit. [nt. 1], p. 455, secondo il quale invece qui l'azione, mirando a costringere il proprietario del fondo servente a mantenere efficiente il muro di sostegno, sarebbe altra cosa rispetto alla normale *vindicatio servitutis*), GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 281 s. (circa la legittimazione attiva), p. 286 (ove il frammento, e in particolare l'affermazione '*... non alii competit quam domino aedium et adversus dominum ...*', è ricollegata al precedente D. 8.5.6.2, in cui Labeone afferma '*... hanc servitatem non hominem debere, sed rem ...*' per dare a tale affermazione un – piuttosto riduttivo – significato connesso alla contrapposizione con le azioni *in personam* proprie delle obbligazioni: cfr. tra l'altro SEGRE, *La clausola restitutoria nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitus oneris ferendi»*, cit. [nt. 9], *passim*, p. 287 (sulla non classicità delle parole '*sicuti ceterarum servitutum intentio*') e p. 292 s. (sulla contrapposizione tra *petitor* e posizione «possessoria» del convenuto), e *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 124 ss. (ove, in polemica con Vincenzo Arangio-Ruiz, il passo è confrontato con le affermazioni di segno opposto recate da D. 8.5.10.1, trovando le parole '*sicuti ceterarum servitutum intentio*', ampiamente sospettabili, in contrasto con la più ampia legittimazione passiva prevista da quest'ultimo passo – il quale peraltro, nel *principium*, si limita a parlare di una *actio utilis* per di più, come si vedrà, alquanto peculiare – e, sorvolando sulle ben maggiori ragioni che portano a ritenere la non classicità di D. 8.5.10.1 ed attaccando invece i pur più contenuti elementi sospetti di D. 8.5.6.3, si tende ancora una volta a privilegiare le affermazioni relative alla legittimazione passiva di qualsiasi possessore alla *vindicatio servitutis*: cfr. *supra*, nt. 18), E. VALIÑO, «*Intentio* en el Digesto. Una revisión de textos, in «Estudios U. Alvarez Suárez», Madrid, 1978, p. 528 s., e PLESCIA, *The Development*, cit. [nt. 16], p. 199 e nt. 102 (per il quale legittimato passivo era «either the owner of the servient land or anyone who held the servient land and violated the servitude», richiamando purtroppo D. 8.5.10.1). Di recente, si vedano anche A. TORRENT, *Estudios sobre la servitus oneris ferendi*, I, *Utilitas, tipicidad*, in «Cunabula Iuris. Scritti G. Brogginis», Milano, 2002, p. 423 e 425, A. CORBINO, *Servitus oneris ferendi e refectio parietis*, in «Mélanges C.A. Cannata», Bâle - Genève - Munich, 1999, p. 29 ss., e R. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, in «Labeo», XLVII, 2001, p. 84. Circa le parole '*actio in rem magis est quam in personam*' del § 3 di D. 8.5.6 si veda, nel § 2, la specificazione labeoniana per cui la *servitus oneris ferendi* '*non hominem debere, sed rem*', nonché, in D. 8.3.4 (Pap. 2 *resp.*), l'analogo '*praedii magis quam personae videtur*' riferito alla *servitus pecoris pascendi* (cfr. CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 492 ss. e 498 ss.): per quanto riguarda la *servitus oneris ferendi*, tale precisazione risulta ovviamente da mettere in relazione con le peculiarità di tale *ius in re aliena* e della sua tutela processuale (si pensi, in particolare, al fatto che in essa, a differenza di quanto avveniva in generale per le altre servitù, il giudicato che vedesse come parte in causa uno solo dei condomini non si estendeva agli altri comproprietari – D. 8.5.6.4, Ulp. 17 *ad ed.* + Pap. 3 *quaest.* –, essendo qui la legittimazione di ciascun condomino, eccezionalmente, non *in solidum* ma *pro parte*: si veda tra l'altro, nel finale di D. 8.5.6.2, l'affermazione di Labeone per cui '*licere domino rem derelinquere*').

³⁰ ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, cit. [nt. 9], p. 137 ss., 163 ss. e soprattutto 186 ss. («la *pronunciatio de iure*, nella quale si afferma '*rem q.d.a. Aⁱ. Aⁱ. esse*', contiene una dichiarazione molto meno decisiva» rispetto all'azione di servitù, ossia «una dichiarazione che, di fronte al convenuto, l'attore deve essere considerato come fosse proprietario»: si tratta cioè di una «dichiarazione di *proprietà relativa*» in cui «la pronuncia

di prevalenza tra i due litiganti³¹, mentre ben diversamente lo *ius in re aliena* è un diritto in quanto tale «costituito» e quindi riguardante senza alternative il rapporto tra la cosa su cui insiste e la legiti-

della proprietà dell'attore vincola il convenuto e i suoi aventi causa, ma non gli estranei, in confronto dei quali la pretesa non fu giudicata»: «in materia di proprietà, una decisione diversa non sarebbe concepibile», poiché «qui tutti sono, di fronte al titolare, sulla stessa linea, e chiunque potrebbe, indipendentemente da ogni rapporto fra il proprietario e qualsiasi altro, possedere la cosa, imponendo così al primo la prova del dominio»): tali idee erano state già espresse da Vincenzo Arangio-Ruiz in *Sulle azioni confessorie e negatorie*, cit. [nt. 8], p. 149 ss. Cfr. tra l'altro G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per «formulas»* (1956), in *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, p. 186, 194 s., 217 e 22 s.; sui giudicati relativi a più *reivindicaciones* in ordine ad una *res* si veda in generale E. BETTI, *D. 42, 1, 63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, p. 65 ss.

³¹) Parlando di «giudizio di prevalenza tra i due litiganti», ovviamente, ci si riferisce in ogni caso ad un contesto giuridico che, come quello romano, conosce pressoché dai primordi una chiara distinzione tra proprietà e possesso (cfr. tra l'altro F. ZUCCOTTI, *I glittodonti del diritto romano. Alcune ipotesi sulle strutture dell'arcaico ordinamento quiritario*, in «RDR.», III, 2003, p. 389 ss. e in particolare p. 412 ss.), e non a un contesto che, come quello greco ed in particolare attico, pur di fronte al riconoscimento della proprietà e alla sua regolamentazione relativamente particolareggiata di epoca classica, non risulta essere arrivato ad indicare convenzionalmente tale diritto, in una definizione almeno di tipo cosiddetto stipulativo, attraverso un termine tecnico (cfr. A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, p. 188 ss., nonché R. MARTINI, *Diritti greci*, Siena, 2001, p. 105 ss.), soprattutto in vista della peculiare forma di tutela processuale dell'appartenenza, che in tale ordinamento risulta incentrarsi su di un giudizio assai ampio se non generico nella sua struttura di fondo e nelle sue possibili finalità, poiché, anche se in linea di massima il diritto processuale attico è impostato su di un sistema di azioni tipiche, aventi ognuna contenuto e scopo specifici, l'azione cui com'è noto si ricorre per quanto riguarda le liti sulla titolarità di una *res* è invece una azione di tipo generale, ossia la **diadikas.a** (da **diadikÉzw**, ossia «giudico»): un mezzo di tutela dai connotati estremamente generali ed imperniato su un lato concetto di «attribuzione» che trova applicazione soprattutto in materia ereditaria e nelle questioni sullo *status* delle persone nonché in generale ogni qual volta che, tra diverse pretese di avere, fare o eventualmente non fare, si tratti di decidere quale sia quella che deve prevalere sulle altre; un'azione che può dunque riguardare questioni giuridiche alquanto diverse tra loro, dalla successione ereditaria e dal diritto al nome alla materia tutelare o matrimoniale sino al diritto di appropriarsi di una cosa o di vedersene riconosciuta l'appartenenza, o ancora ai doveri di natura finanziaria e obbligatoria, specie in riferimento a oneri contributivi che si vogliono far valere in base a un non contestato fondamento legislativo: in particolare, nella *diadikasias* la parte non nega che gli avversari possano avere una pretesa della stessa natura della propria e in ipotesi fondata, ovvero non giunge a pretendere di non avere in astratto il dovere cui cerca di sottrarsi, ma si limita ad affermare come pozione il proprio diritto rispetto agli altri, ovvero come maggiore e quindi da anteporre al proprio l'obbligo dell'avversario: in tale azione, quindi, non stanno propriamente di fronte un attore e un convenuto, bensì due persone dei cui diritti (o obblighi) non è necessario chiarire una volta per tutte l'esistenza o l'inesistenza, ma solo accertare quale di essi debba prevalere in quella determinata circostanza, arrivando così ad una sentenza che si fonda su di un semplice giudizio di gradualità (oltre a BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 199 ss., cfr. U.E. PAOLI, '*Diadicasias*', in «NNDI.», V, Torino, 1960, p. 576 ss., e *La difesa del possesso in diritto attico* [1937], in *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, p. 435 ss.). D'altra parte, con il tempo il diritto attico sembrerebbe essere pervenuto a superare almeno in parte tale impostazione – oltre che verosimilmente attraverso la prescrizione estintiva, che dopo un certo numero di anni almeno in linea di fatto rendeva il possessore relativamente sicuro della inattaccabilità della sua posizione giuridica – soprattutto grazie alla certezza di un sistema di pubblicità dei trasferimenti immobiliari (nonché dei rapporti ipotecari) che, oltre a scopi fiscali, aveva appunto il fine di garantire l'acquirente della legittimazione del venditore a trasferirgli la cosa, secondo un sistema di trascrizione che, sembrerebbe, avrebbe anch'esso interagito sulla stessa visione del diritto sulla cosa dando luogo a situazioni di appartenenza determinate con relativamente solida sicurezza in base a un titolo in linea di principio incontrovertibile (cfr. in breve BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 197 ss., e, con posizioni più sfumate, MARTINI, *op. cit.*, p. 121 ss.). Tale decisivo aspetto rende quindi agevolmente comprensibile la netta differenza di tale contesto rispetto all'ordinamento romano, dove pressoché *ab origine* l'appartenenza della *res* è senz'altro determinabile in base a precisi titoli previsti dall'ordinamento, ed in cui, al massimo, l'impostazione propria della **diadikas.a** può trovare un relativo parallelo, per quanto riguarda la parità delle posizioni dell'attore e del convenuto possessore da un punto di vista probatorio, nella *legis actio per sacramentum in rem* più antica (cfr. in breve V. ARANGIO-RUIZ, '*Proprietà*' [*Diritto greco*], in «Enciclopedia Italiana» [«*Treccani*»], XXVIII, Roma, 1935, p. 336 s.). Per quanto riguarda il ricorso a tale forma di giudizio in altri ordinamenti come quello di Gortina, cfr. A. MAFFI, *Processo di libertà e rivendicazione in proprietà dello schiavo a Gortina*, in «Symposion 1995», Köln - Weimar - Wien, 1997, p. 17 ss.: *contra*, si veda G. THÜR, *Kannte das altgriechische Recht der Eigentumsdiadikasie?*, in «Symposion 1977», Köln - Wien, 1982, p. 55 ss., e di recente *Sachverfolgung und Diebstahl in den griechischen Poleis (Dem. 32, Lys. 23, IC IV 72 I, IPArk 32 u. 17)*, in «Symposion 1999», Köln - Weimar - Wien, 2003, p. 57 ss. (articolo la cui parte su tale procedura in relazione allo schiavo è stata altresì pubblicata, con il titolo *Eigentumsstreit und Statusprozess in der grossen Gesetzesinschrift aus Gortyn*, in «Dike», V, 2002, p. 95 ss.: cfr. altresì A. MAFFI, *Processo di status e rivendicazione in proprietà nel codice di Gortina: «diadikasias» o azione dellittuale?*, ivi, p. 111 ss.). E si vedrà più avanti (cfr. *infra*, nt. 295 e 476) l'importanza che tali argomenti assumono in relazione ai temi qui trattati.

timazione di chi lo ha appunto posto in essere: presupposto in mancanza del quale verrebbe ovviamente meno la stessa esistenza del diritto oggetto di causa³²; una perfetta contrapposizione di posizioni tra titolare del fondo e *dominus* di quello servente che tra l'altro, egli sosteneva, risulta al di là di ogni dubbio chiaramente scolpita nella eguaglianza delle due opposte affermazioni – *petitio* e *negatoria* – su cui si incardinava la *legis actio per sacramentum in rem* relativa a tali diritti (cosicché sarebbe inconcepibile ammettere nell'ambito delle *legis actiones* una simile estensione della legittimazione processuale)³³, in un quadro generale che conduceva quindi a rifiutare drasticamente la più concessiva

³²) ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, cit. [nt. 9], p. 182 ss. e in particolare p. 188 s., dove, dopo quanto detto in materia di lite relativa alla proprietà e su come in essa ogni terzo stia su di uno stesso piano rispetto al proprietario, potendo venire in possesso della cosa e costringendolo quindi a dare la prova del dominio senza che peraltro la decisione così ottenuta possa in alcun modo riguardare i soggetti estranei a tale lite (cfr. *supra*, nt. 30), prosegue affermando: «che in materia di servitù possa dirsi lo stesso, non vorrà ritenerlo nessuno»; infatti «il diritto di servitù è costituito, nel senso più preciso della parola, dal proprietario del fondo servente: riconosciuto l'atto di costituzione, è senz'altro riconosciuta la servitù», e tutto questo «non può non avere influenza sulla valutazione del giudicato», poiché «se la prova del diritto si riduce alla prova del rapporto tra i proprietari, sembra evidente che, quando una *pronunciatio de iure* abbia dichiarato questo rapporto, esso non possa più dar luogo a controversie ulteriori, né col *dominus* né con gli estranei, qualunque sia la pretesa che vi si appoggia nel processo nuovo» (sulla corrispondenza che per tal verso è riscontrabile tra azione confessoria ed azione negatoria – «sempre considerate come due aspetti di un'unica controversia» – cfr. *ivi*, p. 182, e, in ordine al decisivo valore che in tale direzione assume l'inciso '*invito N.º. N.º.*', p. 185 s.: cfr. altresì BIONDI, *Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 606 ss., ed *infra*, nt. 48 e 50): prospettiva che porta l'autore ad affermare – forse per taluni aspetti sottovalutando qui la valenza che per tal verso assume, come si vedrà, la tutela interdittale – che la caratteristica peculiare dei diritti reali sulla cosa altrui consisterebbe non tanto nella direzione *erga omnes*, quanto piuttosto «nel fatto che la persona dell'obbligato è determinata dalla proprietà della cosa oggetto». Sulla necessaria corrispondenza tra *vindicatio* e *negatoria servitutis* e il fondamentale ruolo dell'inciso '*invito me*' si veda di recente CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 403 ss. (cfr. in generale MARRONE, *La posizione possessoria*, cit. [nt. 1], p. 121 ss.).

³³) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La struttura*, cit. [nt. 9], p. 164: «per quanto riguarda l'epoca delle *legis actiones*, la questione non può essere posta», poiché qui «è infatti notorio che alla affermazione della esistenza della servitù deve essere opposta la sua negazione, e che quindi, come il preteso titolare agisce affermando *ius (sibi) esse ire agere*, l'avversario controagisce affermando *ius (tibi) non esse ire agere*, esercitando cioè un'azione negatoria: che questa non possa competere se non al proprietario ingiustamente limitato nel godimento della sua cosa è troppo noto» (richiamando in nota la dottrina dominante allora rappresentata in particolare da M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess des gemainen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, I, Bonn, 1864 p. 139 s., da H. PERNICE, *Commentationes Iuris Romani Duae*, Halis, 1855, p. 129 ss. e in particolare p. 130 – «... duo tantum dominos usuveniebant» –, e da KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit. [nt. 8], p. 465 ss., e II.2, Leipzig, 1893, p. 535 s.: oltre a VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung*, cit. [nt. 8], p. 171 ss., cfr. altresì PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 777 s. e nt. 1, e SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 22 ss., nonché MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit. [nt. 18], p. 97 ss.). Si noti tra l'altro come, per quanto riguarda il problema dell'esecuzione della sentenza nella *legis actio per sacramentum in rem*, in linea di massima si ipotizzi che almeno nell'età più antica fosse consentito al vincitore – nel caso non gliene fosse stato già assegnato il possesso interinale – di riprendersi senz'altro la *res*, mentre si pensa che in seguito si agisse in tal caso direttamente contro i *praedes litis et vindiciarum* in via esecutiva (cfr. in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 117): ma entrambe tali soluzioni appaiono di non facile applicazione nel caso di una *legis actio sacramenti* esperita in ordine ad una servitù contro il possessore del fondo dominante ovvero servente, dato che, almeno finché non fosse intervenuta una usucapione, per quanto riguarda la fase più antica l'autotutela contro quest'ultimo, sconfitto nella lite, non sarebbe stata reiterabile contro il vero *dominus* una volta che avesse riottenuto la disponibilità del fondo, dato che, essendo rimasto estraneo al processo, egli avrebbe resistito legittimamente alle eventuali vie di fatto del vicino pur in ipotesi dichiarato in precedenza titolare della servitù (e del resto, anche per quanto riguarda la procedura interdittale, il precedente esercizio del rapporto fondiario nei confronti del possessore *sine titulo* non avrebbe potuto venire opposto al *dominus* che avesse recuperato il fondo, né in vista della clausola '*ab illo*' – cfr. *infra*, in particolare nt. 168 – né, ovviamente, in relazione alle disposizioni edittali che estendono la legittimazione passiva a successori ed aventi causa: cfr. *infra*, § 13); per quanto riguarda poi la successiva soluzione di agire contro i *praedes litis et vindiciarum*, il fatto che in ogni caso nella procedura per *legis actiones* mancasse la figura di un pagamento del valore della cosa controversa idoneo ad estinguere il diritto oggetto di causa avrebbe reso – si pensi in particolare all'ipotesi del rifiuto del possessore del fondo servente di consentire l'esercizio della servitù all'attore vittorioso nella *legis actio sacramenti* – ancor più complicata la situazione di quanto accadrà nella procedura formulare, dove quantomeno esiste l'istituto del pagamento della *litis aestimatio* (cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo), in quanto, se il vero *dominus* del fondo servente fosse tornato scacciando il possessore, non esistendo un codificato effetto estintivo sul diritto del pagamento del valore dell'oggetto della lite, l'escusione dei garanti del possessore non avrebbe potuto condurre a considerare a questo punto inesistente la servitù in relazione all'effettivo *dominus*, con conseguente possibilità – anche se non è il caso di addentrarsi nell'argomento,

posizione attribuita a Giuliano dai passi tramandati dai *Digesta* così come ancor più strane applicazioni della *petitio usus fructus* esperita nei confronti del vicino in luogo della *vindicatio servitutis*³⁴.

che condurrebbe troppo lontano – di una nuova *legis actio* esperibile nei suoi confronti (sul problema del giudicato nel processo *per legis actiones* si veda in generale PUGLIESE, 'Giudicato civile', cit. [nt. 24], p. 728 ss. ed in particolare p. 732, nonché, sulla formazione già all'epoca di tale procedura del concetto di '*eadem res*', p. 738).

³⁴ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La struttura*, cit. [nt. 9], p. 39 ss. e *passim*. Sulla pregiudizialità della sentenza rispetto a terzi e la incompatibilità di giudicati come fattore di collisione o conflitto del rapporto giuridico accertato tra le parti in causa e la posizione del terzo, con conseguente diritto di quest'ultimo a provocare una seconda lite che cada sul medesimo oggetto della precedente, prescindendo quindi dalla prima decisione, che non gli è opponibile, si veda BETTI, *D. 42, 1, 63*, cit. [nt. 30], p. 34 ss. e 38 ss.: cfr. in particolare, anche se in contingente relazione ad una causa di ingenuità, il principio generale esplicitato da Callistrato (40 *cogn.*) in *D. 40.16.3* ('*cum non iusto contradicatore ... pronuntiat est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla iudicata res intervenisset: idque principalibus constitutionibus cavetur*'); mentre la sentenza potrà infatti pregiudicare il terzo e venirgli opposta solo se egli abbia permesso ad una delle parti in causa, in maniera espressa o anche solo tacita, di far valere il suo diritto (BETTI, *op. ult. cit.*, p. 76 ss.), come ad esempio nel caso in cui il precedente giudicato sia intervenuto in una causa cui partecipava il venditore che gli ha trasmesso la cosa (p. 69 ss.), viceversa, di norma, «l'eliminazione del pregiudizio virtuale, che l'altri sentenza tende a recargli, si effettua con l'accertamento, sempre possibile, del diritto suo proprio» (p. 45). Tuttavia, tale piano rimedio generale degli effetti negativi della sentenza riguardo ai terzi risulta insufficiente nel caso delle azioni relative alle servitù e all'usufrutto, che possono in pratica creare ovvero estinguere – come si vedrà meglio tra breve – il diritto oggetto di causa se il convenuto preferisce non addivenire alla *restitutio* e pagare piuttosto la *condemnatio*, cosa che rende inapplicabile per tal verso il principio della ripetizione della lite da parte del terzo pregiudicato dalla precedente sentenza, con l'intrinseca necessità – se ne deduce – di intervenire a monte limitando la legittimazione attiva e passiva a tali azioni (cfr. tra l'altro, a proposito della servitù a favore di un fondo in condominio, al cui proposito per ragioni più che altro storiche vige com'è noto la diversa regola dell'azionabilità del diritto da parte di ogni comproprietario e dove è quindi ammissibile questa sorta di «espropriazione» della servitù, *D. 6.2.7.1* – Ulp. 16 *ad ed.*, su cui si veda *infra*, alla fine di questa stessa nota –, ove si afferma '*si lis fuerit aestimata, similis est venditioni: et ait Iulianus libro vicensimo secundo digestorum, si optulit reus aestimationem litis, Publicianam competere*': cfr. ancora, anche in relazione a *D. 8.5.4.3* – Ulp. 17 *ad ed.*: '*si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio ...*' –, BETTI, *op. ult. cit.*, p. 257 s.: si veda tra l'altro, in generale, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, p. 351 ss. e nt. 180 e 187); e in effetti, se tale peculiarità delle *actiones de servitute* e *de usu fructu* così come della *reivindicatio* potrebbe essere forse posta in relazione con la regola per cui nelle azioni reali la consumazione della lite non avviene com'è noto *ipso iure* bensì *ope exceptionis* (cfr. in breve C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982, p. 180 e nt. 16), sembra per tal verso di poter altresì ricordare come in diritto romano viga la regola per cui al fine di appellare non è necessario essere stato parte in causa, ma sia sufficiente essere giuridicamente interessato ad eliminare la soccombenza di una delle parti o comunque una conseguenza pregiudizievole della decisione di primo grado (si veda, in tale prospettiva, soprattutto BETTI, *op. ult. cit.*, p. 47: cfr. Macro, 1 *app.*, in *D. 49.1.4.2* – '*alio condemnato is cuius interest appellare potest ...*' – e in *D. 49.4.2.1*, nonché Ulpiano, 29 *ad ed.*, in *D. 49.5.1.pr.*). Tali peculiarità delle azioni *in rem* relative agli *iura in re aliena* di godimento, in effetti, emergono pianamente da una complessiva considerazione dei problemi in materia, anche se non sempre nelle trattazioni relative agli effetti del giudicato – come avviene anche nello studio di Emilio Betti – vengono esplicitate fino in fondo le conseguenze che, rispetto alla eventuale legittimazione di terzi a tali azioni, assume risolutivamente la possibilità del convenuto di corrispondere la *litis aestimatio* anziché ottemperare alla decisione del giudice ed addivenire quindi alla *restitutio* del diritto oggetto di lite. Le pur stringenti argomentazioni di Vincenzo Arangio-Ruiz, quindi, non risultano essere state soverchiamente considerate dalla dottrina nei punti fermi che sembravano opporre alla esperibilità *erga omnes* della confessoria: così, in particolare, Biondo Biondi, richiama tali elementi sistematici (*Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 606 ss.) più che altro piegandoli a riprova della sua peculiare tesi (cfr. *supra*, nt. 9), ma in ogni caso afferma: «La impossibilità di esercitare la *vindicatio servitutis* contro colui che non sia *dominus*, si rende palese ove si considerino gli effetti della decisione giudiziaria. La sentenza che afferma l'esistenza della servitù, pronunciata nei confronti di un terzo, secondo i principi generali, dovrebbe costituire *res iudicata* anche in confronto del *dominus*, per quanto estraneo al giudizio, giacché l'azione non ha affermato un *oportere* rispetto ad alcuno, ma uno *ius* sulla cosa; però gli scrittori, non sentendosi di arrivare a tale conclusione, veramente assurda, finiscono con l'accordare al *dominus* l'azione negatoria, la quale potrebbe anche condurre a negare l'esistenza di quella servitù giuridicamente accertata nella *vindicatio servitutis*. Quindi se si ammette l'esercizio della *vindicatio* contro il non *dominus*, bisogna necessariamente disconoscere i più fermi precetti intorno alla cosa giudicata» (*op. ult. cit.*, p. 608: cfr. anche Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano [1929], in *Scritti giuridici*, II, cit. [nt. 9], p. 449 ss.); Giuseppe Grosso, sostenendo e tendendo a dimostrare la tesi opposta, in *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 124 ss., anche se accetta in linea di massima alcune posizioni di Vincenzo Arangio-Ruiz sulle diverse prospettive giustiniane rispetto alle visuali classiche (p. 128 s. e nt. 2) e richiama in maniera generica l'impossibilità di considerare il non *dominus* passivamente legittimato alla confessoria nell'ambito delle *legis actiones* (p. 132 s. e 173 ss.: cfr. – in riferimento a V. ARANGIO-RUIZ, '*Ius in re aliena*', in «Dizionario pratico di diritto privato» [ed. V. SCIALOJA, R. DE RUGGIERO, P. BONFANTE], III, Milano, 1924, p. 117 ss., ove in particolare si insiste sulle implicazioni dell'espressione '*cum ... inten-*

Per tal verso, è vero che, come notava alcuni decenni più tardi lo stesso autore, se pur «le azioni per le servitù competono fondamentalmente fra i proprietari del fondo dominante e del servente», egualmente «che in pratica accadesse talvolta al proprietario del fondo dominante d'intentare la *vindicatio servitutis* contro il semplice possessore del servente, era naturale, e poteva anche accadere che costui accettasse la lite, per non dichiarare di non essere proprietario»: ma questo in ogni caso «non toglie che le azioni spettassero *'domino et adversus dominum'*»³⁵. Tuttavia sembrerebbe alquanto erroneo voler scorgere in tali affermazioni, solo apparentemente più smussate, una palinodia

dimus ... ius aliquod nobis competere di Gai., *inst.*, 4.3 – *ibid.*, p. 144 e nt. 1, nonché *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 287 s.), tuttavia rifiuta, come si è visto, l'argomento desumibile dall'inciso *'invito te'* (p. 133 ss.: cfr. *supra*, nt. 18), mentre in seguito (p. 156 ss. e 162 ss.) in pratica si limita (oltre che ad alcune generiche obiezioni: cfr. ad esempio p. 165 nt. 2) a ricordare tale saggio in relazione al problema generale in esso trattato e a richiamare le critiche di tale autore circa D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*, relativo all'*actio iniuriarum*), giudicandolo in ogni caso «troppo formalista» (p. 155 s. e nt. 1): anche in *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 192 ss. e 397 ss., e in *Le servitù prediali*, cit., p. 285 ss., le argomentazioni di Vincenzo Arangio-Ruiz non vengono considerate, e nel complesso sembra potersi riscontrare, nella costruzione di Giuseppe Grosso, la completa assenza di una vera e propria *pars destruens* di tale tesi che preceda la dimostrazione in positivo (come si è visto non soverchiamente convincente: cfr. ancora *supra*, nt. 18) delle tesi sostenute a tale proposito dall'autore torinese (cfr. altresì *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici*, cit. [nt. 9], specie p. 9 nt. 1). Nel complesso, la dottrina successiva ha tributato una ben scarsa considerazione al ricordato saggio di Vincenzo Arangio-Ruiz (cfr. ad esempio BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit. [nt. 9], p. 12 nt. 19, 14 nt. 21, che pur nel capitolo dedicato all'enunciazione di tale «regola iuris» in tema di *actio negatoria servitutis*, risulta – pur nella difficoltà di riscontro dovuta all'odierno vezzo di preferire l'indice degli autori – citare solo due volte e di sfuggita tale studio, per di più indicato indicato nella prima delle tre edizioni che questo ha avuto, senza neppure entrare negli argomenti da esso recati e contrapponendogli apoditticamente, senza per nulla addentrarsi nel merito, le critiche mossegli da altri autori): la posizione di Giuseppe Grosso appare essere assurda, tralasciando ed in maniera sovente piuttosto acritica, a dottrina dominante (si veda, indicativamente, STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., p. 343 ss. e nt. 143, che, in relazione a D. 7.6.5.4 [Ulp. 17 *ad ed.*] e al problema della restituzione dei frutti nella *petitio* e nella *negatoria usus fructus*, spiega che il convenuto della prima sarebbe da identificare «non solo nel [nudo] proprietario, ma anche – sulla base di una dottrina giuliana riportata in D. 7.6.5.1 – nel *quivis possessor*»: legittimazione passiva che, se riferita da Ulpiano a Giuliano nel ricordato D. 7.6.5.1, rimane invece tutta da dimostrare in riferimento a Pomponio ed anzi improbabile se si considera la dottrina dominante dei giuristi classici in relazione alla esperibilità delle azioni *de usu fructu* e *de servitute*). Si può infine aggiungere, a proposito del testè richiamato D. 6.2.7.1, Ulp. 16 *ad ed.*, che se il pagamento della *litis aestimatio*, che «*similis est venditionis*», nella *reivindicatio* fa sì che la *res* si intenda acquistata dal convenuto con conseguente esperibilità da parte sua dell'*actio Publiciana* o secondo alcuni anche della *reivindicatio*, a seconda del tipo di *iudicium* – *quod imperio continetur* ovvero *legitimum* – in cui la *litis aestimatio* è stata corrisposta (sulla possibilità di un acquisto *iure civili* del *dominium* attraverso tale figura, negata da Emilio Betti – *Studi sulla litis aestimatio nel processo civile romano*, I, Pavia, 1915, p. 54 ss. – si veda in breve, con alcune indicazioni circa la dottrina più antica, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 196 nt. 1), invece nelle *actiones de servitute* (o *de usu fructu*) il pagamento della *litis aestimatio* da parte del convenuto nella *negatoria* (cfr. *infra*, nt. 44, anche in relazione alle conseguenze di un simile pagamento in sede di *vindicatio servitutis*) appare condurre ad una situazione per vari versi differente, dato che una «*quasi traditio*» della servitù in tal modo «costituita» non potrebbe che avvenire – del resto non diversamente da quanto accade nella *restitutio* – se non attraverso una *cautio*, ossia una *stipulatio poenae* con cui il titolare del fondo servente si impegna al rispetto dell'esercizio del rapporto fondiario in tal modo venuto ad esistenza (cfr. *infra*, § 4), cosicché – pur nella rarità di simili ipotesi, dovuta appunto anche al fatto che pur pagando la *litis aestimatio* il convenuto non acquisiva di norma una servitù *iure civili* – si deve supporre che l'attore, il cui fondo diviene così servente, sarebbe stato tenuto a prestare tale *cautio* in forma stipulatoria quantomeno all'atto del pagamento della *litis aestimatio* da parte dell'avversario, in maniera tale da creare immediatamente, almeno sul piano del diritto pretorio, il rapporto di servitù: in tale prospettiva, è escluso anche per tal verso (cfr. *infra*, § 9) l'utilità per quanto riguarda servitù ed usufrutto di un'azione del tipo della *Publiciana* per costringere la controparte a consegnare l'oggetto della *litis aestimatio* al nuovo titolare, che contro di lui ha già l'*actio ex stipulatu* per la comminazione della *poena* qualora impedisca od ostacoli l'esercizio della servitù; ma soprattutto – ciò che come si vedrà più conta ai fini di queste pagine – da tale costruzione si deve necessariamente dedurre che la costituzione di servitù «*tuitioe praetoris*», ossia tutelate da un'*actio in personam* (*ex stipulatu*) oltre che dall'interdetto, sia fenomeno alquanto più antico della rispetto alla diffusione di simili rapporti nell'ambito dei fondi provinciali, da cui la dottrina fa normalmente discendere il sorgere di servitù nate al di fuori dei modi previsti dallo *ius civile* (cfr. *infra*, § 3), rappresentando dunque un aspetto intrinseco alle stesse strutture tecnico-processuali del diritto romano formulare (cfr. *supra*, nt. 33): prospettiva in cui le ulteriori ipotesi di una piana applicazione anche *in solo Italico* di tale tipo di servitù, tutelate dall'*actio in personam* oltre che dall'interdetto (cfr. *infra*, § 4 e nt. 105 ss.), acquistano evidentemente un ancor più definitivo valore.

³⁵ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit. [nt. 12], p. 249 e nt. 1, richiamando in particolare il ricordato D. 8.5.6.3.

delle tesi sostenute nel precedente saggio, come pur si è tentato di fare³⁶.

Il punto decisivo, che non sembra in alcun modo possibile aggirare, è che se Tizio agisce ad esempio con la *vindicatio* in relazione ad una servitù contro il semplice possessore del fondo Caio, facendo valere un atto costitutivo posto in essere precedentemente con Sempronio, a suo avviso effettivo *dominus* del fondo servente, la causa avrà una possibile soluzione soltanto se il possessore Caio ammetta il diritto di proprietà di Sempronio e quindi la sua legittimazione a costituire la servitù (anche se ovviamente rimane in ogni caso aperto il non facile problema della riferibilità di tale giudicato a quest'ultimo in una causa cui egli, *dominus* del fondo servente, rimane estraneo)³⁷;

³⁶ Si veda in tal senso BIONDI, *Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 606 s.

³⁷ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La struttura*, cit. [nt. 9], p. 54 ss. (ove si sottolinea come le fonti diano scarse notizie in tema di giudicato relativo alle azioni di servitù, escludendo in ogni caso che possa valere la regola della «relatività» del giudicato vigente in ordine alla proprietà: cfr. *supra*, nt. 30). In ordine a tali problemi (cfr. anche *supra*, nt. 32 e 34, ed *infra*, nt. 38, 41 ss., 45 e 52 s.) si veda tra l'altro il ricordato D. 44.1.16 (Afr. 9 *quaest.*), relativo alla *exceptio quod praeiudicium fundo partive eius non fiat* (cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 505 s.) in una *vindicatio servitutis*, eccezione che, se la *reivindicatio* è già pendente, risulta sospendere il giudizio – in base al divieto '*praeiudicium non fieri*' – sino alla sentenza relativa alla questione della proprietà del fondo: '*Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est, et dico praeterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi. si viam petam, exceptionem quod praeiudicium praedio non fiat utilem tibi fore putavi, videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse*' (cfr. *supra*, nt. 24); si vedano, oltre al già ricordato [nt. 24] SCHULZE, *Zum Sprachgebrauch der römischen Juristen*, p. 107 (cfr. «VIR.», IV.1, Berlin - New York, 1914-1935, sv. '*non*', c. 242, l. 45, a proposito di '*non ... quam prius*'), SEGRE, *La clausola restitutiva nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitus oneris ferendi»*, cit. [nt. 9], p. 551 e nt. 53, BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, cit. [nt. 24], p. 60, e *Beiträge*, V, cit. [nt. 24], p. 22, TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla «hereditas petitio»*, cit. [nt. 24], p. 166 s., HACKL, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht*, cit. [nt. 24], p. 105 ss. (che evidenzia la differenza tra tale eccezione, che presuppone la pendenza della *rei vindicatio* sospendendo la decisione sino allo scioglimento della causa principale, e quella '*quod hereditati praeiudicium non fiat*' – cfr. p. 33 ss. –, che sarebbe stata proponibile solo fino a che il giudizio non fosse ancora incardinato: su tale punto della monografia di Karl Hackl, cfr. le recensioni di G. PROVERA, in «SDHI.», XLIII, 1977, p. 616, e di B. KUPISCH, in «T.», XLVIII, 1980, p. 267 s., nonché M. MARRONE, *Praeiudicium*, in «Labeo», XXIV, 1978, p. 76 s.), KELLY, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, cit. [nt. 24], p. 13, NICOSIA, *Exceptio utilis*, cit. [nt. 24], p. 254 ss., BETANCOURT, *Sobre las «exceptiones» llamadas «útiles»*, cit. [nt. 24], p. 703, e KASER, '*Ius honorarium*' und '*ius civile*', cit. [nt. 1], p. 55 nt. 268. Da considerare altresì i due successivi frammenti, e in primo luogo quindi D. 44.1.17 (Paul 70 *ad ed.*: '*Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petet, quia et diversa corpora sunt et causae restitutionum dispares, non nocebit exceptio*'), a proposito del quale la discussione verte sul tipo stesso di eccezione cui si riferisce il passo, trattandosi per taluno della *exceptio praeiudicii* considerata dal frammento precedente (cfr. in particolare F. VON VELSEN, *Die exceptiones praeiudiciales [exceptiones, si praeiudicium rei maiori non fiat]*, Cleve, 1896, p. 49 s.), ma, per una dottrina che si può considerare dominante, invece della *exceptio rei iudicatae* o in ogni caso della *exceptio rei in iudicium deductae*: oltre a P. KRÜGER, «Corpus Iuris Civilis»¹⁶, I, Berlin, 1954, p. 755 nt. 6, che rifacendosi al Cuiacio integra senz'altro '*exceptio*' in '*exceptio rei iudicatae*', si vedano F. EISELE, *Exceptio rei iudicatae vel in iudicio deductae*, in «ZSS.», XXXIV, 1900, p. 29 (che completa anch'egli '*exceptio rei in iudicium deductae*'), SEGRE, *La clausola restitutiva nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 550 s., C. MANENTI, *Exceptio rei in iudicium deductae ad exceptio rei iudicatae (studio critico esegetico)*, in «BIDR.», XXI, 1909, p. 151 s. (anche per il quale il testo classico si sarebbe riferito alla sola *exceptio rei in iudicium deductae*, mentre il suo riferimento al più generico titolo D. 44.1 [*de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis*] sarebbe invece opera dei compilatori: cfr. in generale ID., *Sul fr. 6 Dig. de exceptione rei iudicatae 44.2*, in «BIDR.», III, 1890, p. 72 ss.), nonché TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 164 nt. 44; in effetti, come osserva quest'ultimo, sembra di poter escludere che il passo si riferisse alla *exceptio quod praeiudicium fundo partive eius non fiat*, poiché se Paolo affermasse che non può opporsi tale eccezione alla *reivindicatio*, ciò sarebbe assurdo in quanto questa serve appunto a tutelare l'azione di rivendica rispetto ad eventuali pregiudizi, e non altre posizioni rispetto ad essa, mentre d'altra parte non si può neppure ritenere che egli dicesse che se non è instaurata la *lis de proprietate* non può opporsi tale eccezione alla *vindicatio servitutis*, dato che ciò contrasterebbe con quanto affermato da Africano in D. 44.1.16, ed anche tale soluzione, del resto, andrebbe al pari della precedente contro il tenore letterale del frammento: il discorso di Paolo riacquisterebbe invece senso se riferito alla *exceptio rei iudicatae* (ritenendo altresì che il riferimento al fondo *Titianus* sia stato inserito dai compilatori per collegare il passo a quello precedente), dato che in tal caso il giurista esclude che la pronuncia sfavorevole sulla *vindicatio servitutis*, «basata probabilmente sul difetto di legittimazione attiva del *vindicans*» in quanto non proprietario del fondo preteso dominante, precluda in vista di tale decisione incidentale la riproposizione della questione in sede di *reivindicatio*, dato che si tratta qui di una decisione appunto incidentale e su di essa non si è comunque formato un giudicato (secondo Mario Talamanca, anzi, nel caso inverso, respinta la rivendica, probabilmente non si sarebbe invece potuto esperire la *vindicatio servitutis*, in quanto questa volta si è formato il giudicato sulla titolarità del fondo, che costituisce anche il fondamento della seconda azione); su D. 44.1.17 si vedano altresì

HACKL, *op. cit.*, p. 105 ss., 112 e 116 ss. (cfr. le ricordate recensioni di MARRONE, p. 77 e nt. 10, e di KUPISCH, p. 268), H. PISSARD, *Les questions préjudicielles en droit romain*, Paris, 1908, p. 106 s. (che, a riprova del fatto che si verta qui di *exceptio rei iudicatae*, oltre al parallelismo del passo con D. 44.2.7.4 – Ulp. 75 *ad ed.* –, richiama la teoria dell'«*idem corpus*» che si ritrova appunto a proposito di tale *exceptio* in due passi di Paolo – 70 *ad ed.* – posti nel successivo titolo del Digesto, ad essa relativo, ossia in D. 44.2.12 e 14), e PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano*, I. cit. [nt. 9], p. 57 s. (che tra l'altro insiste sulla strutturale diversità, per tal verso, tra diritto di proprietà e diritto di servitù). Per quanto riguarda poi D. 44.1.18 (Afr. 9 *quaest.*: «*Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto et volo simul iudicio quoque communi dividundo agere sub eodem iudice: item si eius fundi, quem tu possideas et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim: quaesitum est an exceptio 'quod praeiudicium fundo partive eius non fiat' obstet an deneganda sit. et utrobique putat intervenire praetorem debere nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudicii experiri*»), esso esamina il caso di un esperimento contemporaneo della rivendica e del giudizio dipendente – qui, l'*actio communi dividundo* o la *condictio fructuum* –, in cui, non sembrando opportuno iniziare la seconda per poi sospenderla in attesa della decisione sulla prima, la si blocca senz'altro con la *denegatio actionis*: oltre a O. VON BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1886, rist. Aalen, 1969, p. 173 (secondo il quale l'eccezione pregiudiziale sarebbe stata opponibile sinché non fosse stata contestata la lite sull'azione che non doveva essere pregiudicata, mentre successivamente essa sarebbe stata sostituita da un provvedimento del pretore che differiva la trattazione del processo pregiudizievole sinché non fosse stata decisa la questione principale: cfr. PISSARD, *op. cit.*, p. 108, e TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 164 nt. 44), si vedano MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit. [nt. 18], p. 251 nt. 375 (che, respingendo in particolare – cfr. p. 266 nt. 422 e p. 268 nt. 428 – l'esegesi di Gerhard von Beseler, dubita della genuinità del testo per quanto riguarda le parole «*sub eodem iudice*» – «se i giudizi fossero stati decisi dallo stesso giudice, non vi sarebbe stata alcuna possibilità di *praeiudicium*», mentre sarebbe d'altra parte Giustiniano ad insinuare l'idea del litisconsorzio necessario: cfr. p. 313 ss. –, nonché dell'alternativa «*an deneganda sit*» – «che pone un'alternativa eterogenea rispetto alla precedente domanda «*an exceptio ... obstet*», dato che non si era chiesta una *denegatio actionis* ma si era solo chiesto se fosse opponibile l'*exceptio quod praeiudicium* –, e della chiusa da «*et utrobique putat*» in poi, congetturando, come già Alfred Pernice, che Africano desse qui una risposta diversa per le due fattispecie poste dal testo, rilevando rispetto alla prima l'inutilità dell'*exceptio* in questione in vista del principio della preclusione processuale – cfr. D. 44.2.8 –, ed ammettendo per quanto riguarda la seconda ipotesi, relativa alla *condictio fructuum*, la sua opponibilità), e, *contra*, TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 164 nt. 44 e p. 166 (che rifiuta l'assunto secondo cui l'esercizio della *reivindicatio* parziaria avesse sempre effetto preclusivo rispetto all'*actio communi dividundo*), ed inoltre F. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in «AUPA», XXXII, 1971, p. 446 ss., secondo il quale viene seguita la soluzione della *denegatio* piuttosto che quella della *exceptio* in quanto la *litis contestatio* relativa alla *rei vindicatio* è già stata compiuta, mentre d'altra parte ritiene il passo ininfluente agli effetti che interessano al suo studio, ossia al problema della *condictio* circa i frutti contro il possessore di mala fede, espungendo in particolare il tratto «*... item si ... velim ...*» nonché l'avverbio «*utrobique*» e riferendo la chiusa all'*actio communi dividundo*, la cui menzione sarebbe a suo avviso da sostituire a «*huiusmodi iudicii*» (come già in linea di massima BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, cit., p. 60, che ritenendo non classica un'*exceptio* che inizia con la parola «*quod*», sostiene in particolare, anche sulla base di una peculiare esegesi di Gai., *inst.* 4.133 – cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 156 nt. 29 –, che i classici si fermassero ad una *praescriptio quod praeiudicium hereditati non fiat*, mentre solo i postclassici e i compilatori l'avrebbero trasformata in *exceptio*, giudicando quindi alterati i testi che, come D. 44.1.18, indicano in termini di *exceptio* tale *praescriptio pro reo*: cfr. A. D'ORS, *Replicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta «condictio» sin «datio»*, in «Iura», XXV, 1974, p. 35 s.); cfr. altresì HACKL, *op. cit.*, p. 107, 112 ss., 117 s. e 125, ove si sottolinea come tale *exceptio* sia appunto volta a scongiurare il pericolo che una questione di proprietà sia decisa in un giudizio diverso dalla *reivindicatio* e si sostiene la classicità del passo anche in relazione al ricorso alla *denegatio actionis* (cfr. la recensione di G. FRANCIOSI, in «Iura», XXVII, 1976, p. 151 s., nonché quelle, già ricordate, di MARRONE, *loc. ult. cit.*, e di PROVERA, p. 616 s., che invece dubita della assoluta classicità del testo, pur ammettendo comunque l'applicabilità della *denegatio*), R. RÖHE, *Zur Beispiel D. 22, 2, 6*, in «SDHI», XLV, 1979, p. 554 s. e nt. 27 (sulla costruzione «*quaesitum est an ... an ...*»), KELLY, *op. cit.*, p. 13, F. DE MARTINO, «*Litem suam facere*», in «BIDR.», XCI, 1988, p. 26 ss. e nt. 58, KASER, *loc. ult. cit.*, e G. ARICO ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I. *Divisio e vindicatio*, Palermo, 1992, p. 137 ss. e 147 ss.: in ogni caso non interessa qui approfondire l'ulteriore problema, sollevato da BESELER, *op. ult. cit.*, p. 60, secondo cui D. 44.1.18 avrebbe in origine menzionato appunto una *praescriptio* (cfr. anche PALERMO, *Studi sulla exceptio nel diritto romano classico*, cit. [nt. 24], p. 45 s.), sulla cui confutazione si vedano MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 251 s. e nt. 375, p. 266 nt. 422 e p. 425 nt. 57 (cfr. in generale, specie in riferimento a Gai., *inst.* 4.133, C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I. *La prospettiva storica della giurisprudenza classica [Diritto privato e processuale]*², Milano, 1966, p. 409 ss.). Sulla *exceptio 'quod hereditati praeiudicium non fiat'* – cfr. in particolare PISSARD, *op. cit.*, p. 42 ss. e TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 155 ss. e i testi ivi richiamati – si veda tra l'altro D. 44.1.13 (Iul. 50 *dig.*): «*si post litem de hereditate contestatam res singulas petantur, placet non obstare exceptionem 'quod hereditati praeiudicium non fiat': futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt*», su cui, oltre a TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 164 ss. e nt. 44, si vedano H. DERNBURG, *Ueber das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen*, Heidelberg, 1852, p. 50 ss. e specificamente p. 54 s. (che superò gran parte dei problemi presentati dal passo – cfr. «Index Interpolationum» *ad h.l.* [III, Weimar, 1935, c. 324] – spiegando che qui competeva invece l'*exceptio rei in iudicio deductae*), K.A. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, II, Marburg - Leipzig, 1876, p. 349 s., BÜLOW, *op. cit.*, p. 161 ss. e 172 ss., e PISSARD, *op. cit.*, p. 104 ss., nonché J.Ch. NABER, *Observatiunculae de iure Romano*

ma se invece Caio, possessore del fondo, se ne pretenda altresì *dominus* o in ogni caso sostenga che il vero proprietario è un altro, egli com'è ovvio negherà qualsiasi legittimazione di Sempronio a costituire la servitù oggetto di causa, e quindi ne sosterrà l'inesistenza, cosicché l'azione risulterebbe in ultima analisi del tutto inutile: e anche qualora nell'ambito di una simile causa si arrivasse – soluzione per nulla agevole – a decidere incidentalmente la questione della titolarità del fondo, rimarrebbero comunque sempre aperti problemi relativi al valore del giudicato e alla opponibilità di tale sentenza – positiva o negativa – a Sempronio (ed in effetti sarebbe onere di chi, contro la maggior parte delle fonti in materia, sostiene la verosimiglianza di una simile estensione giuliana della legittimazione passiva, tentare una spiegazione di come simili problemi di giudicato potessero venire risolti e superati)³⁸.

LXXXIII: *Ad praeiudicii exceptionem*, in «Mnemosyne», n.s., XXVII, 1899, p. 278 (che considera glossematica la parola '*contestatam*', che già Ugo Donello proponeva di sostituire con '*concertatam*' per superare l'aporia posta dal passo negando ogni difesa al convenuto – Julius Wilhelm von Planck pensava a tale proposito ad un rinvio della lite *ipso iure* –, secondo una prospettiva poi superata dalla interpretazione di Heinrich Dernburg), M. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechts*, Wien, 1921, p. 264 s. e nt. 3 (sulle locuzioni '*iudicium factum*' e '*post litem contestatam*') e *Praescriptio und bedingter Prozeß*, in «ZSS.», XLVI, 1912, p. 123 s. nt. 1, G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 33 (ove si censura come glossematica anche la parte finale, da '*futuri*' in poi: dopo '*non fiat*' vi sarebbe infatti stata la menzione dell'*exceptio rei in iudicium deductae*), e *Miscellanea Graecoromana*, cit., p. 60 (ove in base alla sua ricordata tesi ricostruttiva egli propone la sostituzione di '*exceptio*' con '*praescriptio*': sulla *praescriptio* che – cfr. Gal., *inst.* 4.133 – avrebbe preceduto la *exceptio 'quod hereditati praeiudicium non fiat'* si veda da ultimo L. PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, p. 118 ss.), S. SOLAZZI, *Per la storia della «exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat»*, in «SDHI.», XIX, 1953 p. 326 ss. (che segue in linea di massima – p. 327 s. – la spiegazione di Heinrich Dernburg, trovando i motivi delle alterazioni nella riforma compiuta da Giustiniano nel 321 con C.I. 3.31.12, in particolare § 1, costituzione – peraltro a suo avviso rimaneggiata al momento di inserirla nel Codice: p. 330 – che, pur dichiarando di voler risolvere le '*multae varietates et controversiae veterum*' circa la *exceptio 'quod hereditati praeiudicium non fiat'*, in realtà – p. 328 – ne restringe il campo di applicazione sino a «farne spesso un nome vano senza soggetto»), M. LAURIA, *Ius Romanum*, I.1, Napoli, 1963, p. 153 s. (in riferimento a D. 29.2.78, Pomp. 35 *ad Q. Mur.*), R. QUADRATO, *Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio Carboniana*, in «BIDR.», LXXVII, 1974, p. 65 e nt. 19 (che esclude l'applicabilità dell'*exceptio* in questione in ordine alla fattispecie recata da D. 37.10.3.13), e HACKL, *op. cit.*, p. 131 ss. (che in particolare sottolinea come presupposto di tale eccezione fosse che il giudizio di eredità non fosse ancora istituito: cfr. le ricordate recensioni di MARRONE, *Praeiudicium*, cit., p. 76 s. e nt. 10, e di KUPISCH, p. 268 nt. 5). Anche senza ovviamente potersi qui addentrare più di tanto in simili questioni circa l'efficacia pregiudiziale della sentenza, appare in ogni caso significativo come, dopo il saggio di Vincenzo Arangio-Ruiz, i problemi degli effetti del giudicato derivante dall'*actio de servitute* esperita tra persone diverse dai titolari dei due fondi non siano stati quasi per nulla considerati nel giudicare la configurabilità classica della legittimazione attiva alla *vindicatio* di terzi come il *fructuarius* – che in quanto tali si presentano di per sé come *non domini* – e quella passiva di ogni terzo possessore: in effetti, anche dalla considerazione soltanto cursoria che in questa sede si è potuto compiere, sembra chiaro come l'esistenza di tali problemi debba senz'altro portare ad una considerazione alquanto più cauta della estensione soggettiva della esperibilità di tali azioni reali (e ancor di più se si accetta la conseguenza che Mario Talamanca – sottolineando in tale prospettiva le parole di D. 44.1.16, '*quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse*': cfr. *op. ult. cit.*, p. 166 – trae, come si è visto, da D. 44.1.17, ossia il fatto che, se chi pretende di essere titolare di una servitù ha già perso la *revindicatio* relativa al fondo supposto dominante, e non è quindi evidentemente proprietario, non può neppure intentare la *vindicatio servitutis*, dato che difetta di tale presupposto essenziale che costituisce il fondamento della legittimazione attiva a detta azione). Sui problemi di irripetibilità del giudicato cfr. tra l'altro, di recente, A. SALOMONE, *Sentenza invalida, sentenza ingiusta ed irripetibilità del 'solutus ex causa iudicati'*, in «Diritto e giustizia nel processo: prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche» (*cur.* C. Cascione e C. Masi Doria), Napoli, 2002, p. 3 ss.

³⁸ Si veda ancora ARANGIO-RUIZ, *La struttura*, cit. [nt. 9], p. 189 s., secondo cui, in base ai principii sul cd. giudicato di stato, anche per quanto riguarda il diritto di servitù si deve concludere che «se un giudicato sul rapporto fondamentale non vi sia, i contendenti potranno dimostrarne incidentalmente la esistenza o la inesistenza ai fini della lite presente, senza che la dimostrazione raggiunta abbia alcuna efficacia sulle liti ulteriori fra altri; se invece un giudizio, non importa se come azione condannatoria o come *praeiudicium*, abbia fissato fra le parti il rapporto fondamentale, una controversia incidentale su di esso non è più possibile». Tale meccanismo – si noti – risulta tuttavia riguardare liti connesse che sono diverse da quella fondamentale in relazione al rapporto da accertare, e che quindi si limitano a postulare quest'ultimo senza poterlo di per sé affrontare direttamente e quindi risolverlo: nella *vindicatio servitutis* (e così nella *petitio usus fructus*) esperita al di fuori dei soggetti tra cui il rapporto intercorre (ossia tra i titolari dei due fondi, o tra *dominus* e *fructuarius*), invece, l'ipotesi è affatto differente, perché nella sua struttura la formula sarebbe del tutto idonea – ed è anzi predisposta proprio a tale scopo – alla risoluzione della questione dell'esistenza

della servitù, mentre il problema nasce ben diversamente dalla qualità di uno dei soggetti (possessore ovvero *fructuaris* anziché *dominus*) tra cui è instaurata la lite. In effetti, Vincenzo Arangio-Ruiz osservava come, se si vuole ammettere che la confessoria sia esperibile contro il mero possessore che impedisca all'attore l'esercizio della servitù, qualora sia già intervenuto un giudizio definitivo circa l'esistenza del diritto tra i titolari dei due fondi il richiamo a tale sentenza sarà sufficiente a provare che il diritto, di cui il terzo impedisce l'uso, esiste senz'altro, con tutte le conseguenze del caso, oppure, se questo giudicato invece manchi, l'attore dovrà provare in via incidentale la costituzione del diritto: ma tutto questo (che comunque non risolve affatto, come si vedrà tra breve, il problema del pagamento della *litis aestimatio* da parte del convenuto) importerebbe che «se pure si vuol dare alle due azioni, contro il proprietario in possesso della libertà del suo fondo e contro il terzo che impedisce l'esercizio della servitù, lo stesso nome di confessoria, bisogna almeno riconoscere alla confessoria due diversi fini: quello di stabilire di fronte al *dominus loci* la esistenza della servitù, e quello di rimuovere l'impedimento da altri arrecato all'esercizio di una servitù, la cui esistenza è o può essere fuori controversia» (p. 189): ma questa, tuttavia, non è affatto la prospettiva della dottrina che sostiene l'esperibilità della *vindicatio servitutis* contro il terzo, nella cui visuale, almeno per quanto riguarda le sue formulazioni più recenti, il punto di partenza è proprio che legittimato passivo alla *vindicatio servitutis* è il *dominus* che – come afferma Giuseppe Grosso (*Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 285 ss.) – «tenga un atteggiamento di contrasto all'esercizio della servitù» (p. 287), in una prospettiva in cui «si può anche senz'altro ammettere che questa legittimazione passiva costituisca l'ipotesi normale», ma «ad una più matura riflessione non doveva sfuggire che – se l'*actio in rem*, contenendo ... l'affermazione di un potere sulla cosa, agganciava come convenuto chi si trovasse in posizione di contrasto con tale affermazione – questa posizione di contrasto, rispetto all'affermazione di un potere sulla cosa contenuta nell'*intentio* della formula, non poteva consistere che in un atteggiamento di fatto»: per cui, «se dunque anche la posizione di contrasto rispetto all'affermazione di uno *ius in re aliena*, fosse stata considerata in rapporto alla generalità della dominazione della cosa, che negava nel fatto la limitazione importata dall'altrui diritto, non della proprietà si sarebbe dovuto trattare, ma del possesso» (p. 288); ed «una volta passati dal proprietario al possessore, era puramente questione della posizione di contrasto all'affermazione del diritto, posizione che verrebbe valutata unitariamente come possedere la cosa in modo da contrastare l'esercizio del diritto altrui affermato nell'azione» (p. 288 s.): impostata la questione in tali termini, «poteva essere aperta la via anche verso la legittimazione di terzi non possessori» (p. 289), in particolare per quanto riguarda l'usufruttuario, che in tale prospettiva risulta quindi agevolmente legittimato attivo quanto passivo alla *vindicatio servitutis* (cfr. altresì GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 162 ss., e *L'usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 192 ss., 252 ss. e 397 ss.). In questa più recente architettura sistemica, il problema non è più, come presupponeva Vincenzo Arangio-Ruiz nel contrastare le formulazioni a lui coeve di tale tesi, ammettere che la *vindicatio servitutis* possa venire esperita contro il *non dominus* previo accertamento preventivo della costituzione del diritto, bensì quello di costruire l'azione confessoria, piuttosto che come un'azione il cui scopo sia l'accertamento dello *ius in re aliena* nei confronti del titolare del fondo servente (ossia *adversus eum qui negat* tale diritto), con conseguente cessazione, nel caso, di ogni forma di impedimento, nei termini di un'azione il cui specifico scopo è invece quello di rimuovere l'ostacolo all'esercizio del diritto da parte di chi, avendo a disposizione la *res* non importa se in proprietà, possesso o detenzione, sia nella condizione di rendere impossibile l'*usus servitutis*: in tale ben diversa prospettiva, dunque, la questione del valore della decisione interdettuale (forma di tutela viceversa, come si vedrà, qui affatto decisiva) non si pone neppure più, e i problemi di giudicato della sentenza conseguente ad una normale *vindicatio servitutis* esperita *tout court* contro il terzo si impongono, come si vedrà tra breve, in tutta la loro gravità, senza che il pur non risolutivo rimedio di una decisione in via soltanto incidentale circa la sussistenza del diritto in quanto costituito possa essere di effettivo aiuto per rimediare le inestricabili difficoltà cui tale costruzione dà luogo (ed in effetti, è indicativo come Giuseppe Grosso non risulti neppure porsi il problema del valore del giudicato di una *vindicatio servitutis* esperita contro il *non dominus*). Se è inutile insistere qui sulla estrema problematicità che la tesi in esame presenta (come si vedrà tra breve, non è infatti così semplice risolvere ogni problema precisando – come fa ad esempio, PEZZANA, *'Azione confessoria e negatoria'*, cit. [nt. 8], p. 842 – che «naturalmente la sentenza resa contro il possessore non era opponibile al proprietario»), si può peraltro notare che una prova testuale di come soltanto eccezionalmente la confessoria possa venire esperita contro chi, pur non sollevando la questione dell'esistenza della servitù, si limiti ad impedirne l'esercizio sia positivamente fornita dal ricordato (cfr. *supra*, nt. 18) D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 *ad ed.*: *'Si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum: nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter invium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam ...'*, su cui si vedano in generale SEGRE, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 522 ss., SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 60 s., e *Specie ed estinzione*, cit. [nt. 8], p. 29 s., BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 357 s., GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 85, 164, 290, 294 e 298, RODGER, *Actio Confessoria*, cit. [nt. 9], p. 208, RASTÄTTER, *Marcelli Notae ad Iuliani Digesta*, cit. [nt. 14], p. 243 ss., O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di 'iter', 'actus' e 'via'*, in «Studi A. Biscardi», V, Milano, 1984, p. 269 ss., BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit. [nt. 9], p. 72 s. e 137 ss., BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit. [nt. 29], p. 75 s. e 78 s., e LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 77), testo in cui la confessoria è appunto concessa a chi, non disponendo dello *ius reficiendi* e quindi non potendo ricorrere all'interdetto per provvedere lui stesso alle opere necessarie, si veda di fatto precluso l'esercizio della servitù dalle condizioni del sentiero che il *dominus* del fondo servente non provveda a ripristinare come pur dovrebbe (cfr. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica*

della *refectio delle servitù di passaggio*, cit. [nt. 18], p. 636 ss. e 667 ss., e di recente STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit. [nt. 34], p. 353 ss.: si veda anche *infra*, nt. 267): l'eccezionalità di tale situazione, che non corrisponde all'ambito di applicazione paradigmatico della *vindicatio servitutis*, giustifica quindi, nella non ricorribilità all'interdetto, che presuppone lo *ius reficiendi* in capo al titolare dello *ius eundi agendi*, tale applicazione pressoché anomala della confessoria (come ammette lo stesso Giuseppe Grosso, *loc. ult. cit.*: cfr. peraltro *infra*, nt. 266 s. e 408), ma resta in ogni caso il fatto che di per sé l'azione spetta contro chi nega la sussistenza del diritto e non consente quindi alla controparte di usarne (cfr. in tal senso Giommara Deiana, in GROSSO, DEIANA, *Le servitù*, cit. [nt. 18], II, p. 1203 s., che tende anch'egli a parificare i due aspetti affermando che il *dominus* del fondo servente «in sostanza contestava che il contenuto della servitù fosse quello preteso dal titolare»), mentre di norma non è assolutamente sufficiente un mero comportamento di fatto che ne impedisca l'esercizio (su D. 8.5.4.5 si veda da ultimo A. BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, in «Scritti B. Bonfiglio», Milano, 2004, p. 70 ss.: cfr. *infra*, nt. 267). In generale, tale diversa percezione dei fini delle *actiones de servitute* e *de usu fructu* nella letteratura romanistica del secolo scorso non sembra impossibile da rapportare ad un parallelo mutamento di prospettive che ha segnato, dall'inizio del '900, la dottrina civilistica italiana, nel cui ambito – mentre prima l'idea dominante era che l'azione di rivendicazione avesse come primo scopo l'accertamento del diritto e solo secondariamente l'ulteriore fine, consequenziale al primo, della condanna del convenuto alla restituzione della cosa (cfr. ad esempio B. BRUGI, *Della proprietà*², Napoli - Torino, 1923, II, p. 581 ss.) – a partire in particolare da A. BUTERA, *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, Milano, 1911, p. 369 ss. (cfr. le critiche di BRUGI, *op. ult. cit.*, II, p. 583 ss.) si incominciò a capovolgere l'insegnamento tradizionale, ponendo in primo piano lo scopo restitutorio dell'azione, in una dottrina che divenne pressoché dominante e fu presto seguita dalla giurisprudenza (cfr. in breve M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, Milano, 1980, p. 76 s. e nt. 67): tale trasformazione della *reivindicatio* moderna in un'azione non più mirante essenzialmente al riconoscimento del diritto reale bensì in primo luogo volta alla condanna del convenuto alla restituzione del bene, previo accertamento incidentale – e quindi senza forza di giudicato – della titolarità del diritto, non sembra quindi essere stata priva di conseguenze sugli stessi studi romanistici, che, in maniera implicita, sembrano avere accettato, e quindi applicato alle fonti romane (e, in particolare, alla *vindicatio degli iura in re aliena*) tale nuova percezione della *reivindicatio*, come si nota in maniera chiara in relazione alla posizione dell'usufruttuario, il quale, nella visione seguita da vari autori, risulta in maniera implicita dover necessariamente disporre della *vindicatio servitutis* proprio in quanto gli spetta l'esercizio della servitù (cfr. indicativamente G. GROSSO, *Riflessioni sul libro della proprietà del nuovo codice civile* [1942], in *Scritti*, cit. [nt. 8], II, p. 384 ss.; sul diritto civile italiano si veda altresì *infra*, nt. 50 s.). Né è da trascurare del tutto come tali problemi di legittimazione si possano altresì riconnettere, procedendo a ritroso (sui precedenti epiclassici e tardoantichi di tale impostazione nonché sui suoi sviluppi altomedioevali cfr. *infra*, nt. 381), alla nota distinzione propria del diritto intermedio, risalente in particolare al Piacentino (cfr. «Die Summa 'De Actionum Varietibus' des Placentinus», ed. L. WAHRMUND, 1925, rist. Aalen, 1962, p. 39 ss., XXV, «De Confessoria et Negatoria Actione»), tra azione confessoria nonché negatoria *directa*, esperibile solo tra i proprietari dei due fondi interessati, ed *utile*, di più vasta applicazione per quanto riguarda la legittimazione sia attiva che passiva (cfr. *supra*, nt. 17: si veda in breve E. CORTESE, 'Azione confessoria e negatoria [diritto intermedio]', in «ED.», IV, cit. [nt. 8], p. 843): impostazione che risulta avere influenzato la codificazione tedesca, che accorda le azioni in questione in tutti i casi in cui la proprietà sia pregiudicata in modo diverso dalla privazione o dalla ritenzione del possesso (§§ 1004 e 1027 «BGB.»): oltre a BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo V*, cit. [nt. 9], p. 402 – che notava come già a partire dai Glossatori le *actiones de servitute* «abbiano certamente ricevuto un ampliamento» –, cfr. in breve S. FERRERI, 'Negatoria, confessoria [azioni]', in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», XII, Torino, 1995, p. 13 ss.): si veda anche *infra*, nt. 50. Tali successive vicende storiche delle azioni di servitù sembrano in effetti da tenere presenti anche in quanto, nella dottrina romanistica del secolo scorso, sembra che si sia perlopiù teso a considerare la confessoria e la negatoria del diritto classico ambientandole in un contesto che – per quanto riguarda i problemi che esse erano sarebbero state chiamate a risolvere e quindi le funzioni sistematiche che per tal verso esse avrebbero dovuto avere – risulta improntato piuttosto al diritto moderno che all'ambito dell'*ordo iudiciorum*, secondo falsarigie interpretative che ricostruiscono in base a suggestioni perlopiù attuali i fini di tutela che in particolare la *vindicatio servitutis* formulare era in antico chiamata a svolgere. Così, in primo luogo, si dimentica che nell'ambito del diritto romano classico il ruolo delle *actiones de servitute* si modellava nel suo perimetro operativo in stretta relazione alla parallela tutela offerta dagli *interdicta*, volti a dirimere su di un piano *de facto* le liti sia in ordine alla sussistenza di tale situazione *lato sensu* possessoria sia in relazione al concreto esercizio dello *ius in re aliena*, risolvendo in tal modo tanto la questione di chi doveva nel caso agire con la confessoria ovvero con la negatoria quanto i problemi che potevano sorgere circa l'*usus servitutis*: mentre nell'attuale codice civile italiano, nel capo settimo («Delle azioni a difesa delle servitù») l'art. 1079 («Accertamento della servitù e altri provvedimenti di tutela. Il titolare della servitù può farne riconoscere in giudizio l'esistenza contro chi ne contesta l'esercizio e può far cessare gli eventuali impedimenti e turbative. Può anche chiedere la rimessione delle cose in pristino, oltre il risarcimento dei danni»), oltre a distinguere tale più ampia ed ibrida confessoria dall'azione di mero accertamento imperniata sulla pura pronuncia circa l'esistenza del diritto (cfr. in breve M. COMPORI, 'Servitù [diritto privato]', in «ED.», XLII, Milano, 1990, p. 328), conduce la comune dottrina a separare nettamente in tale formulazione le fattispecie in cui le molestie, esplicitamente o implicitamente, comportano la negazione del diritto di servitù, in cui si deve ricorrere appunto all'azione prevista dall'art. 1079, dalle – più limitate – ipotesi in cui tali molestie si concretano invece su di un piano semplicemente di fatto, in cui, oltre alla tu-

tela aquiliana (art. 2043 ss. *cod. civ.*), si dovrà ricorrere alla tutela possessoria, ossia alle azioni di denuncia di opera nuova e di danno temuto (art. 1171 s.) nonché alle azioni possessorie (art. 1168 ss.) di reitegrazione e di manutenzione (cfr. ancora in breve, per quanto tale punto sia ancora alquanto discusso nella dottrina e del resto la distinzione appaia in pratica sovente ardua, COMPORTI, *op. cit.*, p. 326 ss.); in tale prospettiva, quello che viene irrimediabilmente meno, conformando la complessiva tutela delle servitù prediali su coordinate alquanto diverse, è quindi il ruolo della tutela interdittale volto a tutelare l'esercizio di fatto della servitù su di un mero piano di fatto (prescindendo cioè del tutto dalle implicazioni di diritto proprie della controversia e rinviandole ad un'ulteriore accertamento che sarà nel caso onere della parte soccombente promuovere), così da perdere i vantaggi di una tutela decretale che consentiva al titolare di difendere la propria posizione *lato sensu* possessoria in quanto tale, su meri presupposti fattuali e senza doversi far carico di alcuna dimostrazione del diritto, lasciando anzi alla controparte, se sconfitta, il gravoso compito di dimostrare, in negativo, l'inesistenza della servitù: una differente impostazione che, dunque, trasla sull'azione confessoria non poca parte delle controversie a Roma risolte in via interdittale, e che solo in misura alquanto ridotta confluiscono invece nella moderna tutela propriamente possessoria. Se quindi la moderna azione confessoria è più ampia e sostanzialmente non poco diversa nel suo perimetro di applicazione dalla *vindicatio servitutis* romana, è d'altra parte da notare altresì come, nel diritto attuale ed in genere in quello successivo all'età classica, l'esigenza di tutelare la posizione del titolare del diritto di servitù nei confronti non solo del proprietario del fondo servente ma altresì nei confronti del semplice possessore di questo si sia alquanto dilatata anche perché, quantomeno a partire dal diritto giustiniano, per usucapire il fondo e divenirne ad ogni effetto titolare sono ormai necessari periodi di tempo che si calcolano in decine di anni, mentre nel diritto classico era ovviamente sufficiente il breve intervallo di un biennio, cosicché era molto più remoto il bisogno, nella difficoltà di risalire al proprietario, di difendere il diritto da chi avesse attualmente l'effettiva disponibilità del fondo servente pur non essendone *dominus* ma soltanto possessore. Per tal verso, se nel contesto romano il titolare del diritto si trova di fronte a un possessore che detiene o sta usucapendo il fondo servente in base ad un titolo che lo collega al precedente proprietario cui risale la costituzione della servitù, al titolare di essa sarà molto più conveniente chiamare in giudizio tale *dominus*, che risponderà della servitù e che dovrà quindi provvedere mediante *cautio* alla *restitutio*, essendo per converso suo onere procedere, se si tratta di un possessore *sine titulo*, a recuperare com'è del resto suo interesse il fondo, così da assicurare anche il rispetto della servitù, ovvero curare che colui che ha ricevuto da lui il fondo ad esempio a titolo di *emptio-venditio* rispetti a sua volta la servitù regolarmente dichiarata nel contratto: mentre se la servitù non risultava nella compravendita, è intuibile come egli, una volta convenuto, potrà scegliere tra il pagarne il valore in sede di *condemnatio* o garantirne ancora una volta l'esercizio, dovendo però poi risponderne nei confronti del compratore se essa non era dichiarata in sede contrattuale (cfr. tra l'altro D. 41.4.13, su cui *infra*, nt. 62). Viceversa, se il titolare della servitù potesse in ipotesi agire con la *vindicatio* contro il possessore (contro il quale, si noti, in base al pregresso *usus servitutis* di norma può in ogni caso già agire con l'interdetto per ottenere la cessazione di ogni impedimento di fatto al suo diritto), dovrebbe dimostrare non solo l'esistenza della servitù, ma altresì il fatto che la controparte possiede il fondo in relazione ad un titolare cui la costituzione del rapporto fondiario può utilmente essere fatta risalire, dato che se in ipotesi l'attuale possessore disconoscesse che il fondo sia stato in precedenza di Tizio, cui l'attore fa risalire la servitù, ed affermasse che l'ha invece ricevuto da Caio, che egli dichiara proprietario del fondo, l'attore non potrebbe comunque avere alcun giovamento dal titolo di costituzione da lui vantato finché non dimostrasse che Tizio, e non Caio, è l'effettivo *dominus* del fondo ed era quindi legittimato a costituire il diritto reale. Anche per tal verso, dunque, il fatto che la legittimazione passiva del semplice possessore non fosse di soverchia utilità al titolare della servitù, che contro di esso era in ogni caso tutelato dal normale sistema interdittale, rende ancora una volta inverosimile che tale non facile soluzione, sistematicamente alquanto pericolosa, potesse essere stata considerata ed anzi percorsa dai *prudentes* romani. Del pari, per quanto riguarda, sul lato attivo del rapporto, l'usufruttuario che pretendesse esercitare le servitù spettanti al fondo, si può notare come egli, già protetto nel loro quotidiano godimento dallo strumento interdittale, in caso di contestazioni del rapporto fondiario avrebbe trovato molto più utile rivolgersi al *dominus* – che oltretutto conosceva meglio le passate vicende del fondo e poteva più agevolmente provarle – affinché agisse egli stesso contro il vicino o gli consentisse di agire *procuratorio nomine* in sua vece (come considerato in particolare da Ulpiano in D. 39.1.1.20), secondo una soluzione giurisprudenziale che d'altra parte non creava alcuna difficoltà costruttiva specie dal punto di vista dei problemi di legittimazione relativi alle *actiones de servitute* e quindi di giudicato, e che in ogni caso risultava d'altra parte in concreto del tutto soddisfacente, così da rendere anche qui inverosimile che la giurisprudenza, violando i principii sistematici in materia, potesse ritenere opportuno concedere direttamente la *vindicatio*. Anche per quanto infine riguarda, sempre sul lato attivo, il possessore del fondo cui questo è stato *traditus* in seguito ad una *emptio-venditio*, e che è in generale difeso dall'*actio Publiciana*, non sembra neppure qui proficuo seguire quella parte della dottrina moderna che, nel silenzio delle fonti, postula aprioristicamente la necessità di dotarlo di una azione utile a difesa delle servitù spettanti al fondo acquistato. Infatti, a ben vedere, altresì chi è entrato in possesso del fondo recentemente e lo sta usucapendo in base ad una *iusta causa*, a sua volta non è affatto tanto interessato quanto si è voluto credere ad essere parte in un'eventuale lite relativa alla servitù, tanto che persino, è da sottolineare, chi ha regolarmente acquistato il fondo tramite *mancipatio* e ne è quindi divenuto *dominus ex iure Quiritium* in seguito ad un idoneo atto di trasferimento, piuttosto che intentare o resistere da solo ad una tale azione, avrà in tal caso la ben più vantaggiosa possibilità di chiamare a difenderlo il suo dante causa, cosicché, se il vicino accampa sul fondo acquistato servitù non dichiarate al momento della vendita o

se il titolare del fondo confinante nega l'esistenza di una servitù viceversa dichiarata in tale sede, egli avrà sempre la possibilità di minacciare un'*actio auctoritatis* al venditore costringendolo così a difenderlo nel processo in cui si afferma o si nega la servitù. Ma un analogo discorso può farsi, per quanto riguarda il punto di vista del possessore, anche in relazione al caso iniziale del soggetto che si è visto semplicemente *tradere* il fondo e lo sta quindi usucapendo, come mostra, in particolare, il fatto che la tutela *Publiciana* spetta non soltanto a colui che lo ha acquistato dal *dominus*, ma anche a colui che l'ha invece ricevuto in buona fede da un *non dominus*, ossia da un soggetto che a sua volta non era di per sé legittimato ad agire con l'*actio de servitute*, per cui sarebbe intrinsecamente assurdo accordarla, sia pure in via utile, a chi riceve il fondo da lui: in attesa che si compia il previsto biennio acquisitivo, la prospettiva del diritto classico non risulta quella di fornire a tutti i costi una tutela reale al possessore (anche se l'acquirente, continuando regolarmente ad avvalersi della servitù, disporrà sempre della tutela interdittale), ma semmai quella di consentirgli, in base al meccanismo contrattuale, di essere tenuto per tal verso indenne dal suo dante causa, che a sua volta potrà agire o reagire in relazione alla servitù controversa, evitando così, se vittorioso, di dover rispondere di essa al compratore, mentre, in caso contrario, sarà tenuto a risarcire l'acquirente per l'inesistenza della servitù dichiarata a favore del fondo ovvero per il gravare su di esso di un analogo diritto non menzionato nella compravendita (il problema, per tal verso, sorgerà semmai quando manchi un collegamento negoziale tra il titolare del fondo ed il suo possessore, come avviene in particolare nei casi di *bonorum possessio*, di *bonorum emptio* nonché di *adiudicatio* o pagamento della *litis aestimatio* in *iudicia imperio continentia*: ma in questo caso, lungi dal legittimare il colui che ha *in bonis* il fondo ad agire con l'*actio de servitute* in quanto possessore, la soluzione di massima del diritto classico appare semmai quella di accordargli un'azione fittizia in cui il giudice dovrà giudicare come se egli sia l'erede del precedente titolare, o al limite un'azione fondata su di una trasposizione di soggetti: senza quindi, ancora una volta, porre menomamente in discussione le architetture delle *actiones de servitute* in ordine alla loro legittimazione attiva e passiva). Più in generale, d'altra parte, è ancora una volta da sottolineare come tali problemi non risultino molto approfonditi nella dottrina, che in effetti è usa considerare simili questioni da un punto di vista soltanto sostanziale, limitandosi d'altra parte, anche quando si spinge a guardare ai loro risvolti processuali, a tenere presente soltanto la *quaestio de iure* risolta in via d'azione, del resto secondo falsarighe che implicitamente percepiscono quest'ultima, in una prospettiva moderna, più o meno nei termini di una mera traduzione in termini processuali della situazione sostanziale, senza porre alcuna reale attenzione alla tutela di fatto, sovente alquanto più decisiva, offerta dalla procedura interdittale. Si consideri ad esempio l'ipotesi recata da Carlo Augusto Cannata (*Corso*, cit. [nt. 2], p. 255 s.), ove si sottolinea come colui che ha acquistato ad esempio *a non domino* e ha quindi usucapito il fondo, lo acquista in ogni caso gravato della servitù a favore del vicino, anche se «possiede senza rispettare la servitù ... di cui egli non ha conoscenza», dato che – se anche con l'usucapione egli ha acquistato la proprietà a titolo originario estinguendo il diritto del proprietario del fondo, incompatibile rispetto alla sua posizione – un diritto reale frazionario come la servitù non si trova tuttavia in contraddizione con la sua proprietà sulla cosa su cui grava, e l'acquisto prescrittivo del fondo non può quindi funzionare come fattore estintivo della servitù (p. 256): configurata in tali termini, tale pur indiscutibile affermazione sembra tuttavia trascurare il fatto che in realtà, se la servitù non si è estinta nel biennio utile alla prescrizione acquisitiva, questo è avvenuto proprio perché il titolare ha continuato ad usarla anche quando l'attuale possessore stava usucapendo il fondo, e quindi, se quest'ultimo si fosse opposto all'esercizio della servitù, il titolare avrebbe in ogni caso reagito con l'interdetto, prevalendo nella procedura decretale poiché nell'ipotesi in esame vantava appunto un *usus* attuato *non vi non clam non precario*; per tal verso, ad agire sostenendo l'inesistenza della servitù dovrebbe quindi nel caso essere il titolare del fondo servente, che, dati i presupposti, non potrebbe certo affermare utilmente l'estinzione della servitù, ma potrebbe semmai negare la legittimazione di Tizio, cui si rifà il titolare di essa, a costituire di tale diritto, sostenendo cioè che Tizio non è mai stato *dominus* del fondo da lui usucapito, che sarebbe stato in realtà di proprietà di Caio, da cui appunto l'ha ricevuto (nella fattispecie in questione, infatti, si presuppone che egli l'abbia ricevuto *a non domino*, ma è chiaro che tale circostanza deve in ogni caso essere verificata processualmente qualora sorgano liti in ordine alla servitù): e se egli non riuscirà in tale prova, sarà sconfitto nella *negatoria* e la servitù sarà in tal modo accertata una volta per tutte nella sua esistenza. Ma se il titolare della servitù non l'ha regolarmente esercitata, e pur avendo evitato la sua estinzione non vanta alcun *usus* nell'ultimo anno ed ha perso così la possibilità di ricorrere all'interdetto, in tal caso sarà ovviamente lui a dover agire, di fronte all'impedimento recato dal vicino alla servitù, con la *vindicatio*, e per tal verso sarà suo onere provare non solo la costituzione della servitù da parte di Tizio, ma altresì che questi, e non Caio, era il titolare del fondo servente ed era quindi legittimato a costituirgli tale diritto (ammettendo che in ipotesi un simile uso della *vindicatio* fosse classicamente configurabile): e in questo caso, ovviamente, di fatto la posizione del titolare della servitù risulterà alquanto difficile, anche in quanto, è da notare, persino una precedente sentenza che avesse accertato la sussistenza della servitù nei confronti di Tizio o di un suo avente causa sarà inopponibile all'attuale proprietario – che deriva invece il suo titolo da Caio e riveste sino a prova contraria una posizione per tal verso autonoma ed indipendente in relazione al fondo – sino a quando la controparte non proverà appunto che Tizio, e non Caio, era l'effettivo precedente *dominus* del fondo servente (si veda in tal senso BETTI, *D. 42, 1, 63*, cit. [nt. 30], p. 219 s., che a proposito delle ipotesi in cui manchi il nesso di derivazione che lega la posizione giuridica dell'attuale soggetto del rapporto a quella del soggetto antecedente e quindi a proposito del conseguente venire meno dell'estensione al primo della cosa giudicata formatasi rispetto al secondo, esemplifica tale fenomeno appunto attraverso il caso di un fondo usucapito, e quindi acquistato senza alcun rapporto del precedente titolare, che in base ad una precedente sentenza fosse stato dichiarato

D'altra parte, se analoghi problemi si presentano in tale falsariga per lo *ius utendi fruendi* (dove del resto risultano nel caso ulteriormente aggravati dal fatto che qui il preteso nudo proprietario di per sé non sarebbe neppure detentore della *res* e quindi non può essere presuntivamente identificato secondo il criterio dell' *'id quod plerumque accidit'*, come avviene invece, in base a tale circostanza, per il possessore)³⁹, quanto appare irrimediabilmente ostare ad una più estesa legittimazione soggettiva a tale azioni è soprattutto la facoltà, concessa dalla formula al convenuto, di non addivenire alla *restitutio*⁴⁰ del diritto⁴¹, e di preferire corrispondere al vincitore la *litis aestimatio*⁴²: con l'invero assurdo

gravato di una servitù, in ipotesi in realtà inesistente, richiamando a tale proposito la fattispecie recata da D. 8.5.8.4 – Ulp. 17 *ad ed.*: *'et si quidem is optinuerit, qui servitutum sibi defendit, non debet ei servitus cedi, sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. plane si non utendo amisit dolo malo domini aedium post litem contestatam, restitui ei oportet, quemadmodum placet in domino aedium'* –, caso in cui, si sottolinea, all'attuale titolare non è opponibile l'eccezione di cosa giudicata, in quanto si è spezzata l'identità del rapporto giuridico, nel senso che l'attuale titolare ha qui una posizione giuridica autonoma ed indipendente, non derivata dal precedente titolare: cfr. *infra*, nt. 41).

³⁹) In effetti, possessore del *fundus fructuarius* può anche essere un terzo che, pur rispettando l'esercizio dell'usufrutto, risulti in ogni caso persona diversa dal *dominus* (cfr. tr l'altro *infra*, nt. 45): per altro verso, è da tenere presente anche il rischio che, pur essendo il fondo preteso dominante e quello supposto servente di due possessori diversi, appartengano in realtà ad uno stesso *dominus*, con una conseguente estinzione dello *ius in re aliena* per *confusio* che rischierebbe di essere ignorata in una *vindicatio* esperita tra i due possessori (ovvero tra l'usufruttuario di un fondo e il possessore dell'altro).

⁴⁰) Com'è noto, Otto Lenel in tutte le tre edizioni dell' «Editto Perpetuo» (cfr. *Das Edictum*³, cit. [nt. 1], p. 193 s. e nt. 6), richiamandosi soprattutto a D. 5.3.19.3 (Paul. 20 *ad ed.*: *'Servitutes in restitutionem hereditatis non venire ego didici, cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus, sed si non patiatur ire et agere, propria actione convenietur'*: cfr. CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 402 nt. 7), ha sostenuto, contro l'opinione dominante (cfr. per tutti – oltre a RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, cit. [nt. 8], p. 78 ss. – ARANGIO-RUIZ, *La struttura*, cit. [nt. 9], p. 182 ss.: cfr. E. LEVY, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae*, in «ZSS.», XLIX, 1915, p. 11 e nt. 5), che nella *vindicatio servitutis* – così come nell'*actio negatoria* – non vi fosse la clausola restitutoria *'... neque ea res arbitrio iudicis restitueretur ...'*, ma la sua tesi è stata conclusivamente criticata da Gino Segre (*La clausola restitutoria nelle azioni «de servitutibus»*, cit. [nt. 9], p. 527 ss.) e può dirsi del tutto superata in dottrina (oltre a H. DERNBURG, *Pandekten*⁶, Berlin, 1900-1903, trad. it. – *Pandette* –, Torino, 1903-1907, I.2, p. 376 e nt. 2, si vedano tra l'altro S. SOLAZZI, *'Interdictum quam servitutum?'* (1950), in *Scritti*, cit. [nt. 1], V, p. 215 ss., *La tutela*, cit. [nt. 9], p. 36 ss., nonché S. DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milano, 1954, p. 32 s.): sul problema si veda in generale GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 294 ss. (cfr., con toni più sfumati e qualche dubbio, BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 354 s.). Sull'*officium iudicis* e la clausola restitutoria, si veda di recente, con una succinta descrizione delle posizioni dottrinali in materia, M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis nell'azione arbitraria di rivendica. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1997, specie p. 27 ss. (è inutile entrare qui nella questione della classicità dell'espressione *'arbitrium iudicis'*, negata da Otto Lenel, o del *nomen 'actiones arbitrariae'*, rifiutato da E. SCHONBAUER, *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf*, in «ZSS.», LXV, 1932, specie p. 272: cfr. in breve SEGRE, *op. ult. cit.*, p. 531 s., e BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, cit. [nt. 2], p. 15 ss.).

⁴¹) Si veda in particolare D. 8.5.7 (Paul. 21 *ad ed.*): *'Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibuituros altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvitur. si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit'*. Sul passo cfr. BESELER, *Miscellanea*, cit. [nt. 27], p. 231 (che sospetta in particolare la *cautio 'neque se neque successores ... habere'*, giungendo così a dubitare dell'intero frammento), PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 777 e nt. 4 (che in linea di massima accetta il dettato del passo), SEGRE, *La clausola restitutoria nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitus oneris ferendi»*, cit. [nt. 9], p. 532 nt. 16, p. 560, 567 e 570 (che difende anch'egli il passo dai più estremi rifiuti interpolazionistici), ARANGIO-RUIZ, *La struttura*, cit. [nt. 9], p. 183 nt. 3 (che nel passo lamenta lo strano accostamento tra la *servitus oneris ferendi* e la *servitus altius non tollendi*), BETTI, *Studi sulla litis aestimatio*, cit. [nt. 34], p. 58 e nt. 89, SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 23 s. (ove la confusione lamentata da Vincenzo Arangio-Ruiz è spiegata appunto in vista delle peculiarità del sistema cauzionale) e 38 s. (dove si insiste sull'alternativa *'aut res praestetur aut cautio'*), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 354 s. (secondo cui – cfr. anche *Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 604 s. – nel passo si tratta solo della *servitus oneris ferendi* e la *cautio* sostituisce l'attuale *restitutio*): infatti la *restitutio* in altri casi sarebbe consistita nel ripristino della situazione precedente all'evento che aveva impedito l'esercizio della servitù – cfr. ad esempio, in D. 8.2.33, sempre relativo a tale tipo di servitù, l'obbligo di *'columnam restituere'*, testo su cui si veda in particolare SEGRE, *op. ult. cit.*, p. 558, 561, 563, 564, 571 e p. 570 nt. 92 –, mentre talvolta la *restitutio* poteva tradursi, essendosi estinta la servitù dopo la *litis contestatio*, nella sua ricostituzione), CHIAZZESE, *Jusjurandum in litem*, cit. [nt. 27], p. 176 ss. (che si preoccupa soprattutto del riferimento iniziale ad una pluralità di azioni, preferendo riconnettere il passo alla sola *servitus oneris ferendi*, e ritiene in particolare che la clausola *'neque se neque successores suos prohibuituros altius tollere sublatumque habere'* sia da riferire alla stessa *cautio* prestata in sede di azione confessoria della *servitus altius non tollendi*, dato che in diritto classico ci si sarebbe del resto limitati al *'reficere parietem'*, così come

la *restitutio* sarebbe consistita nell' *'emendare vitium parietis et idoneum praestare'*, mentre sarebbero stati i compilatori ad ampliare tale tutela considerando anche l'obbligo di non opporsi al titolare, descritto appunto da tale clausola), G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusurandum in litem*, Torino, 1953, p. 24 s. (che, al di là di qualche dubbio circa la frase relativa ai successori già censurata da Lauro Chiazzese, reputa il passo «integralmente classico»), RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, cit. [nt. 14], p. 110 ss. (cfr. la recensione di M. KASER, in «ZSS.», CIII, 1973, p. 437), A. BIGNARDI, «*Actio, interdictum, arbores*». Contributo allo studio dei rapporti di vicinato, in «Index», XII, 1983-1984, p. 496 ss. e nt. 23 (che richiama il passo in relazione alla *cautio damni infecti* implicata da D. 39.2.39.pr. e D. 39.2.40.1), e CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 449 ss., anche in ordine alle possibili estrinsecazioni della *cautio* ordinata dal giudice in relazione alla concreta situazione oggetto di causa (il frammento è stranamente ignorato da A.M. GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», Milano, 1982, che pur si occupa a lungo – p. 39 ss. – della *cautio de restituendo*: cfr. R. SANTORO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», in «Labeo», XXX, 1984, p. 346). Il testo pervenuto ci è forse il lacerto di una più esaustiva trattazione in cui Paolo esaminava una più ampia e articolata serie di ipotesi, ma in ogni caso sembra di poter affermare che esso lasci supporre una varietà di *restitutiones* che andavano dall'ordine, garantito nel caso mediante *cautio*, di distruggere la costruzione che violava la servitù (ad esempio *altius non tollendi*) o ne ostacolava l'esercizio (come in uno *ius eundi agendi*: ma il problema poteva venire risolto già nella normale sede interdittale) alla *restitutio* della servitù (più che mediante una *in iure cessio*, parrebbe, attraverso la sentenza stessa). Cfr. D. 8.5.8.4 [Ulp. 17 *ad ed.*]: *'et si quidem is optinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi, sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. plane si non utendo amisit dolo malo domini aedium post litem contestatam, restitui ei oportet, quemadmodum placet in domino aedium'*; la dottrina soprattutto più antica appare concorde nel vedere nel testo una teorizzazione della natura dichiarativa della sentenza (cfr. tra l'altro G.K.A. BECHMANN, *Ueber die usucapio ex causa iudicati. Eine civilistische Abhandlung*, Nürnberg, 1860, p. 10, H.H. PFLUEGER, *Causa iudicati*, in «ZSS.», LVI, 1922, p. 153 ss., BETTI, *D.* 42, 1, 63, cit. [nt. 30], p. 219 s. e 259, *L'antitesi storica tra iudicari [pronuntiatio] e damnare [condemnatio] nello svolgimento del processo romano [con un tentativo di ricostruzione delle formule delle actiones ex delicto]*, in «RISG.», LVI, 1915, p. 97 nt. 1 e p. 108 nt. 1 [p. 116] e – per una eventuale sostituzione di *'pronuntiari'* a *'declarari'* –, ID., «*Declarare voluntatem*» nella dogmatica bizantina, in «Studi E. Albertario», Milano, 1953, II, p. 444, *Diritto romano*, cit. [nt. 3], p. 542 s. e 620 ss. e nt. 4, e *Istituzioni*, cit. [nt. 3], p. 329 nt. 42 – ove, sostenendo la natura dichiarativa della sentenza, Emilio Betti osserva a proposito del passo che «non è da credere che la decisione ingiusta abbia la stessa portata di un negozio giuridico con cui le parti estinguano il rapporto giuridico a torto giudicato inesistente, oppure diano vita al rapporto ritenuto esistente» –, nonché M. KASER, *Das Altromische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 114 s., H. LÉVY-BRUHL, *La nature de l'in iure cessio*, in *Quelques problèmes du très ancien droit romain [Essai de solutions sociologiques]*, Paris, 1934, p. 128 s.); sul passo, oltre a F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht*, Zürich, 1827, p. 175 nt. 2 – che corregge *'domino'* in *'dominio'* –, si vedano G. von BESELER, *Miscellanea, Materielle Rechtskraft*, in «ZSS.», LVII, 1924, p. 371 s. (che, sostenendo la natura costitutiva della sentenza – cfr. le critiche di BETTI, *Diritto Romano*, cit., p. 622 nt. 4 –, ritiene il frammento interamente spurio ed in particolare censura *'obtinuit'* invece di *'secundum eum pronuntiatum est'*, *'servitutem sibi defendit'* invece di *'servitutem petit'* o *'vindicat'*, e *'per sententiam'* invece di *'per pronuntiationem'* o, meglio, di *'per arbitrium iudicis'*: cfr., sempre di Gerhard von Beseler, *Et ideo - Declarare - Hic*, in «ZSS.», LXIV, 1931, p. 58, e *Romanistische Studien*, in «ZSS.», LXVII, 1934, p. 25; in senso contrario – cfr. anche PFLUEGER, *loc. cit.* – M. KASER, *loc. ult. cit. e Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in «ZSS.», LXIV, 1931, p. 114, secondo cui il testo conserva una decisione sostanzialmente classica, anche se trasmessaci in forma alterata); cfr. infine J. VÁŽNÝ, *Osservazioni generali sulla sentenza e la res iudicata*, in «BIDR.» XLVII, 1940, specie p. 130 ss. – cfr. p. 117 ss. e 125 ss. –, M. KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem'*, in «ZSS.», CXI, 1981, p. 109 s., H.J. WIELING, *Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht*, ivi, CXV, 1985, p. 292 e nt. 8, e MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit. [nt. 18], p. 400 ss. (che, pur riconoscendo come «il testo, nella sua redazione attuale, affermi la natura dichiarativa della sentenza», ammette al contempo come «esso, ad un attento esame, si riveli molto corrotto», e questo non tanto per la chiusa *'quia per sententiam ... declarari'*, già attaccata da molti studiosi, quanto piuttosto – p. 402 – per il fatto che il passo soffre «di un grave vizio logico», poiché, pur affermando che la *in iure cessio* è inutile riguardo all'attore vittorioso nella *vindicatio servitutis*, e motivando tale decisione in vista della natura dichiarativa della sentenza, l'attuale stesura del passo implica che viceversa, di fronte ad una sentenza costitutiva, la *in iure cessio* sarebbe stata necessaria, cosa intrinsecamente assurda, data appunto la natura costitutiva della sentenza in questione: in realtà Ulpiano avrebbe motivato la decisione circa la inutilità della *in iure cessio* «ricordando che compito del giudice, nell'*arbitratus de restituendo*, non era quello di ordinare la costituzione della servitù a favore dell'attore vittorioso – a meno che la servitù nelle more del processo si fosse estinta per *non usus*: nt. 831 –, bensì quello di disporre la mera *restitutio*», mentre un simile avvertimento, troppo evidente rispetto alla *vindicatio*, non sarebbe stato inopportuno «dove la *restitutio* poteva non concretarsi in atti esteriori», dovendo il convenuto semplicemente *pati* o *non facere*; il passo – p. 403 – viene quindi così restituito: *'... per sententiam non debet iuberi servitutem constitui, sed restitui: iudex enim declarare debet'*, osservando conclusivamente che in realtà l'affermazione secondo cui il giudice deve accertare la situazione preesistente al processo vale sia in relazione ad un ordinamento che ammetta la natura costitutiva della sentenza, sia in relazione ad un ordinamento che le attribuisca valore meramente dichiarativo, e notando in ogni caso – p. 404 nt. 837 – come il passo, ponendo una questione generale, sia fuori posto rispetto al paragrafo precedente e a quello successivo, che parlano di servitù tipiche, e sottolineando come il

tratto 'sive recte ... perperam' appaia una glossa esplicativa, mentre a 'si quidem' non segue un 'si vero', ed appaia altresì sospetto il «rincorrersi» di due 'debet', oltretutto troppo imperativi per un giurista). Per un vastissimo numero di ipotesi, in ogni caso, la via per arrivare alla *restitutio* doveva consistere (lasciando qui ovviamente da parte il problema della restituzione dei «fructus», ossia del *commodum* di cui il titolare era stato privato mediante l'impedimento dell'esercizio della servitù) in una 'cautio de amplius non turbando', volta cioè a garantire che sarebbero stati più recati impedimenti al normale esercizio del diritto (su tali problemi relativi alla *restitutio servitutis* si veda in generale GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 294 ss.). Sulla 'cautio de amplius non turbando' (cfr. *infra*, nt. 139) e i temi ad essa connessi (sulla tesi estrema secondo cui propriamente tale garanzia risulterebbe essere relativa solo all'azione negatoria cfr. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 40), si vedano tra l'altro ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie*, cit. [nt. 8], p. 122 e nt. 1 (in riferimento a D. 43.20.7, Paul. 5 *sent.*, e alla *cautio* 'non se impediturum agentem et aquam ducentem et iter facentem' nonché a quella – che nel passo ne appare il «pendant» – 'donec quaestio finietur non se usurum'), e quindi – sui rapporti tra la 'cautio de amplius non turbando' e la *cautio* 'nec opus novum se nuntiaturum nec aedificanti vim facturum' di cui in D. 39.1.15, Afr. 9 *quaest.*, oltre che su quella trattata in D. 8.5.7 – ID., *La struttura*, cit., p. 183 ss., SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit., p. 22 ss., 26 ss. e 36 ss., e 'Interdictum quam servitum?', cit. [nt. 40], p. 215 ss. e in particolare nt. 3 (sui rapporti tra *interdictum quam servitum* e le cauzioni che a giudizio dell'autore avrebbero condotto a un risultato analogo ai fini della restituzione), PEZZANA, 'Azione confessoria e negatoria', cit. [nt. 8], p. 842, F. DE MARTINO, *D. 8. 5. 8. 5: i rapporti di vicinato e la tipicità delle servitù* (1942), in *Diritto, economia e società nel mondo romano*, I, Napoli, 1995, p. 521 ss., RODGER, *Actio Confessoria and Actio Negatoria*, cit. [nt. 9], p. 195 s. e 203 ss., RUSSO RUGGERI, *Brevi note in tema di remissio servitutis*, cit. [nt. 9], p. 70 ss., MUSUMECI, *L' 'interdictum quod vi aut clam'*, cit. [nt. 14], p. 491 s., H. ANKUM, *Eviction of servitudes in Roman law*, in «Nihil obstat. Essays W.J. Hosten», Durban, 1996, p. 7 ss., T. PERALTA ESCUER, *Evicción de las servidumbres prediales en el derecho romano clásico*, Lleida, 1996, specie p. 177 ss., M. DE SIMONE, *D. 8.5.6.2: arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, in «AUPA.», XLV, 1998, p. 181 ss. Per quanto riguarda le *cautiones* del tipo di quella 'de amplius non turbando' nella procedura interdittale, si vedano in generale SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren*, cit. [nt. 1], p. 277 ss. (cfr. *infra*, nt. 131 s. e 139), UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 591 ss., e A. BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo. Corso di lezioni 1955-1956* (1956), in «RDR.», II, 2002, p. 59 s. (cfr. tra l'altro ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], p. 395 nt. 184 e p. 455 nt. 272, e *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, cit. [nt. 3], p. 217 nt. 269 e p. 236 s.). Si veda in generale altresì SEGRE, *La clausola restitutoria nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitute oneris ferendi»*, cit. [nt. 9], p. 534 ss., 548 ss. e 552 ss.

⁴²⁾ Si veda in particolare ancora D. 8.5.7 (Paul. 21 *ad ed.*): '... si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnent, quanti actor in litem iuraverit'. Cfr. in generale E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà per «litis aestimatio» nel processo civile romano*, Milano, 1934, in particolare p. 5 s. e nt. 4: sulla rarità in concreto di una simile soluzione (cfr. i tre articoli, tutti intitolati «*Omnia iudicia absolutoria esse*», di Carlo Augusto Cannata, Raimondo Santoro e Ferdinando Zuccotti, i primi due in questa stessa raccolta di *Atti*, l'ultimo [Vivagni III] in «RDR.», III, 2003, p. 469 ss.) si veda tra l'altro, sia pur a proposito di un'ipotesi affatto peculiare, G. GROSSO, *Miscellanea critica* (1953), in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], II, p. 583 s. (cfr. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, cit. [nt. 3], p. 237 ss. e soprattutto p. 40), e in generale *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 296 s. Una riprova del ruolo svolto per tal verso dalla clausola restitutoria nelle *actiones de servitute*, che consentendo al convenuto di «costituire» o «estinguere» la servitù tramite il pagamento della *litis aestimatio* comporta che tali azioni possano essere esclusivamente tra i rispettivi *domini* dei due fondi risulta forse fornita dal fatto che, nonostante il noto valore intrinsecamente *erga omnes* assunto dalle decisioni circa lo *status* delle persone e la conseguente portata *erga omnes* del relativo giudicato (cfr. in particolare BETTI, *D. 42, 1, 63*, cit. [nt. 30], p. 476 ss.), i giuristi classici, pur con qualche dubbio, ammettono che la *vindicatio in servitum* possa essere esperita non solo dal preteso *dominus*, ma altresì da chi vanta sull'ipotetico schiavo un diritto di usufrutto: si veda infatti (oltre a D. 40.12.8.1, Ulp. 55 *ad ed.*, a D. 40.12.27.1, Ulp. 2 *off. cons.*, e a D. 40.12.30, Iul. 5 *ex Min.*) D. 40.12.9.pr. (Gai *ad ed. praet. urb. lib. caus.*): 'Si pariter adversus eum, qui de libertate litigat, consistant fructuarius et proprietarius, fieri potest, ut alteruter absit: quo casu an praesenti soli permissurus sit praetor adversus eum agere, dubitari potest, quia non debet alterius collusionem aut inertiam alteri ius corrumpi. sed rectius dicitur etiam alterutri eorum permittendum agere, ut alterius ius incorruptum maneat. ...'; l'argomento, che porterebbe alquanto lontano, può essere qui solo accennato, ma sembra in ogni caso chiaro (cfr. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 433 ss.) come l'apparente antinomia costituita dall'ammettere la discussione circa la libertà di un uomo in assenza di colui che risulta il naturale e necessario interlocutore in ordine a tale controversia, ossia il suo presunto *dominus*, lasciando che la questione circa tale *status* venga decisa nei soli confronti di chi vanta su di esso un secondario diritto di usufrutto (con il pericolo di arrivare in seguito a giudicati contrastanti, e di finire paradossalmente per far divenire il *servus fructuarius* un *servus sine dominus*, ovvero di proprietà dell'usufruttuario in base alla regola dell'accrescimento, come nota – *op. ult. cit.*, p. 447 s. – Emilio Betti), si spieghi in realtà in vista della natura puramente dichiarativa della pronuncia relativa alla *vindicatio* in materia di libertà e servitù, in cui la questione *de statu hominis* viene risolta pregiudizialmente in maniera incidentale, mentre la decisione principale verte appunto, *de iure petitionis*, sulla spettanza dell'usufrutto sul preteso schiavo all'attore (cfr. ancora BETTI, *op. ult. cit.*, in particolare p. 437): ma la natura puramente dichiarativa di tale sentenza è appunto conseguenza del fatto che, com'è noto, in tali azioni non compare la cosiddetta clausola arbitraria, non ammettendosi che il pagamento della *litis aestimatio* possa rendere schiavo un uomo libero o viceversa (cfr. in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 480 s. e nt. 1: sulla questione si veda in generale MARRONE, *Sulle formule nei giudizi di libertà*, in «Sodalitas. Scritti A. Guarino»,

risultato che l'effettivo *dominus*, tornando a disporre della cosa, si potrebbe vedere privato della servitù in seguito alla corresponsione di una somma a un terzo (se il vicino, convenuto dall'usufruttuario con la *vindicatio*, avesse perso preferendo però pagare la *litis aestimatio* a quest'ultimo) ovvero ritrovare una servitù imposta al proprio fondo in virtù di una somma che la controparte ha versato sempre ad altri (qualora per converso l'usufruttuario⁴³ avesse agito con la *negatoria* e la controparte avesse anche qui preferito pagare la *litis aestimatio*: e si pensi anche alla pur astratta ipotesi, in concreto favorevole al *dominus* ma in ogni caso giuridicamente insostenibile, del possessore del fondo servente che, sconfitto nella *vindicatio servitutis* intentata dal vicino, preferisca pagare la *litis aestimatio* ed estinguere così una servitù di cui non è comunque titolare)⁴⁴.

Napoli, 1984, VI, p. 2947 s.), mentre così non sarebbe se invece vi fosse una tale possibilità che, consentendo al convenuto di «costituire», per così dire, una nuova situazione giuridica, impedirebbe in ogni caso, in ipotesi, che la questione possa essere affrontata da altri che dal preteso *dominus* del soggetto; e infatti, non formandosi alcun giudicato, in ogni caso quest'ultimo potrà viceversa sempre agire, qualsiasi sia l'esito della causa intentata da altri (usufruttuario o condomino), per far valere le proprie ragioni, mentre la pregressa sentenza potrà al massimo, come notava Gaio, costituire un precedente di fatto, nel senso che potrà influenzare il giudice ad uniformarsi al precedente giudicato, ma in nessun modo pregiudicherà su di un piano di diritto l'azione da lui intentata (cfr. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 437); anche in tema di servitù prediale, in effetti, se non vi fosse tale clausola ma la sentenza si limitasse l'esistenza o meno della servitù rispetto alle parti in causa, senza quindi impedire che in un secondo momento il titolare potesse senza pregiudizio agire per il riconoscimento del proprio diritto, in tal caso sarebbe forse possibile ammettere la legittimazione del possessore o dell'usufruttuario alle *actiones de servitute*: ma nel sistema dell'*ordo iudiciorum*, e quindi della pecuniarietà della condanna, vi osta irrimediabilmente tale potenzialità *lato sensu* costitutiva della sentenza.

⁴³ Su come tale aspetto complichisi ulteriormente, in diritto romano, le questioni relative al giudicato cfr. *supra*, nt. 34. Sulla legittimazione del *fructuarius* all'esperimento della *negatoria* si veda GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 254, che, anche se nei primi anni negava recisamente tale eventualità (cfr., del 1931, *Appunti sulle derivazioni di fiumi pubblici*, cit. [nt. 42], p. 6: «al solo *dominus* spettava l'*actio negatoria*», appunto in vista dell'inciso '*invito me*'), come si è visto abbraccia poi l'opposta soluzione e tende anzi a ridimensionare (*Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 302 s.) altresì l'affermazione delle fonti (cfr. in particolare – oltre al ricordato D. 7.6.5.pr. – D. 39.1.15, Afr. 9 *quaest.*: '*... de iure suo probare necesse ...*') secondo cui nell'azione negatoria l'attore doveva innanzitutto provare il proprio diritto di proprietà (cfr. in particolare P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, cit. [nt. 8], p. 361, nonché tra l'altro MARRONE, *La posizione possessoria*, cit. [nt. 1], p. 156 ss.). D'altra parte, è anche da considerare che la *indefensio* potesse determinare l'inversione tra la *pars petitoris* e la *pars possessoris* (cfr. in breve A. BISCARDI, *La «indefensio» nel diritto processuale romano* [1986], in «Antecessori oblata». Cinque studi dedicati ad A. Dell'Oro», Padova, 2001, p. 345 s.), fattore che in linea di massima, anche se non sempre esplicitamente rilevato, porta inevitabilmente i sostenitori della tesi qui avvertita a ritenere che il possessore potesse essere convenuto nella confessoria ma altresì attore nella *negatoria servitutis* (cfr. GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 292 ss. e 302).

⁴⁴ Infatti Giuseppe Grosso – che tende a considerare col tempo in buona parte superata la regola che imponeva all'attore, in sede di *actio negatoria*, la prova del *dominium*: cfr. *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 303 – ritiene che, se l'usufruttuario doveva essere legittimato a resistere nella *vindicatio servitutis* intentata dal vicino in riferimento al *fundus fructuarius*, allo stesso modo si sia giunti ad accordargli altresì l'*actio negatoria* (in cui gli appare ancor più pacifica la sua legittimazione passiva: cfr. anche SEGRE, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 450 nt. 39), in quanto se «l'usufrutto, per il carattere generale del suo contenuto, che ne faceva praticamente una specie di proprietà temporanea, era compreso dall'esistenza della servitù», ne conseguiva che «negando la servitù, si negava la compressione di esso», traendo argomento dal fatto che il *dominus* non poteva imporre nuove servitù al fondo per affermare che «l'usufruttuario doveva dunque avere un mezzo per opporsi ad un'attività rispondente all'esercizio di una servitù e negare l'esistenza di questa», cosa che – per quanto si ammetta che la questione possa essere stata controversa al pari di quanto accaduto per la *vindicatio servitutis* – «fa pensare che dovesse in qualche modo giungersi ad una estensione dell'azione negatoria anche all'usufruttuario» (*Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 253 s.). Sul pagamento della *litis aestimatio* nelle azioni *de usu fructu* e *de servitutes*, cui Giuseppe Grosso non dedica per tal verso attenzione, si veda in particolare CANNATA, *Corsa*, cit. [nt. 2], p. 453 ss., che giustamente nota che, mentre nel caso dell'*actio negatoria* l'estinzione della servitù in seguito a tale pagamento si traduceva in una situazione che in ogni caso si «normalizzava» *iure civili* dopo un biennio in seguito all'estinzione per non uso del diritto, nel caso dell'azione confessoria ciò non era possibile, essendo usufrutto e servitù inusucapibili, per cui il diritto «acquistato» dal convenuto attraverso la *litis aestimatio* non poteva mai assurgere al piano dello *ius civile* ma rimaneva per sempre affidato alla *tuitio* dello *ius honorarium* (cfr. GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 302, e soprattutto *supra*, nt. 34 *in fine*): tuttavia quanto più importa qui notare è come una riproposizione dell'*actio* da parte di colui che aveva ricevuto la *litis aestimatio* sarebbe in ogni caso andata verosimilmente incontro ad una *denegatio actionis*, mentre d'altra parte non è certo da escludere che il giudice, prima della *litis aestimatio*, facesse altresì prestare alla controparte una *cautio* con cui si impegnava, per sé e per i suoi successori, a non avanzare ulteriori pretese circa la servitù così estinta ovvero non contrastare l'esercizio del diritto così sorto (cfr. CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 454). Per tal verso, quindi, si può aggiungere come in realtà la servitù sorta

Per tal verso – tenendo altresì presente il non lieve argomento sistematico desumibile, come si è accennato, da Cecilio Africano (D. 44.1.16) nonché dal regime dell'*exceptio 'quod praeiudicium praedictum non fiat'* – sembra dunque alquanto arduo ritenere che le azioni *de servitute* nonché *de usu fructu* potessero essere esperite se non tra i titolari dei due fondi, ovvero tra altri che il nudo proprietario ed il *fructuarius*, e risulta in effetti alquanto più verosimile che la possibilità di far valere utilmente le proprie ragioni attraverso questi mezzi di tutela fosse, nella paradigmaticità della *vindicatio*, strettamente connessa all'identità tra la posizione di convenuto e la qualità di soggetto che ha costituito – o ricevuto il fondo da chi ha costituito – lo *ius* oggetto di causa, e che del pari avvenisse specularmente in relazione al titolare del fondo così gravato⁴⁵ (si ricordi tra l'altro come in D. 8.5.8.1 Ulpiano specifici che '*competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem ...*')⁴⁶.

La peculiarità costituita, nell'*ordo iudiciorum* romano, dal carattere pecuniario della condanna, sia pur in un sistema che mira ad ottenere l'adempimento spontaneo del reo attraverso l'*arbitrium iudicis*⁴⁷, risulta dunque strutturare in linea di principio le *actiones de servitutibus* come un mezzo di tutela ove, dopo che l'organo giudicante ha espresso il proprio parere ed invitato il resistente a soddisfare la pretesa della controparte per evitare di giungere alla *condemnatio*⁴⁸, il convenuto è posto di fronte

in seguito alla corresponsione della *litis aestimatio* trovasse la propria effettiva tutela nel suo regolare esercizio e così nella protezione interdittale che gliene sarebbe derivata potenzialmente per sempre, mentre la misure puramente negative della *denegatio actionis* e per certi versi della *stipulatio* eventualmente nascente dalla *cautio*, pur tutelandola dagli impedimenti nel caso recati dalla controparte, non sarebbero comunque valsi a nulla se il titolare avesse smesso di esercitare regolarmente la servitù e quindi, dopo un anno, non potesse più disporre della tutela decretale, dato che in tal caso egli non disponeva della *vindicatio* e non poteva dunque far valere il suo diritto in altro modo che nell'interdetto. Tale tutela parziale del diritto *iure honorario*, pur essendo evidentemente minore rispetto a quella spettante alle servitù sorte *iure civili*, non doveva in ogni caso risultare tanto insoddisfacente quanto a prima vista potrebbe apparire, specie se si considera come, di fronte alla perdita della tutela interdittale per il mancato uso annuale, sia nondimeno normale che la servitù non esercitata per un biennio si estingua senz'altro, per cui l'onere di esercitarla almeno una volta all'anno non doveva risultare certo soverchio: e si vedrà infatti come di questo tipo dovesse appunto essere altresì la tutela riguardante le servitù cosiddette pretorie, di cui, si potrebbe congetturare, la servitù acquisita tramite pagamento della *litis aestimatio* potrebbe aver costituito forse una sorta di paradigma costruttivo.

⁴⁵ Si tenga tra l'altro presente – aspetto che sembra pressoché ignorato dalla dottrina – che, nella impostazione qui criticata, la *vindicatio servitutis* potrebbe essere esperita dall'usufruttuario del fondo dominante contro il possessore di quello servente: elemento che moltiplicherebbe in maniera per così dire esponenziale i problemi intorno al giudicato relativo ad un simile giudizio (cfr. in particolare *supra*, nt. 34, le osservazioni di Biondo Biondi).

⁴⁶ I problemi essenzialmente processualistici qui tratteggiati rendono tra l'altro ragione delle critiche di tipo dogmatico mosse per tal verso, su di un piano sostanziale, alla prima edizione del manuale di istituzioni di Vincenzo Arangio-Ruiz (Napoli, 1921-1923) da E. BETTI, *Problemi e criteri metodici d'un manuale di istituzioni romane (a proposito di un libro recente)*, in «BIDR.», XXXIV, 1925, p. 284 ss., talvolta invocate a sproposito contro le idee dell'autore circa la legittimazione passiva alla *vindicatio servitutis* recata dall'autore: le critiche di Emilio Betti, infatti, riguardano la costruzione degli *iura in re aliena* come diritti cui corrispondono doveri negativi di astensione gravanti su tutti i consociati e quindi la conseguente costruzione delle servitù come dovere di astensione incombente su tutti i successivi titolari o possessori del fondo servente; secondo Emilio Betti, infatti, questa prospettiva tende a confondere la relazione puramente negativa che qui intercorre tra il titolare dello *ius in re aliena* – che prescinde del tutto dalla volontà della controparte e lo autorizza a godere direttamente della cosa altrui nei limiti del diritto di servitù – e le obbligazioni in senso proprio, ove viceversa il creditore fa sempre positivo assegnamento su di una prestazione del debitore, anche quando essa consista in un *non facere*: in tale prospettiva, secondo il recensore, la «possibilità di far valere la servitù contro tutti i successivi proprietari del fondo non dipende da un obbligo individuale e successivo di costoro – come nelle vere obbligazioni ambulatorie –, bensì dalla *inerenza reale* della servitù al fondo, quale limitazione anormale e oggettiva della proprietà: limitazione cui è correlativo un diritto reale sul fondo stesso» (p. 285). Anche senza entrare nelle ulteriori considerazioni dogmatiche sollevate da Emilio Betti (ed in particolare al legame costruttivo che egli rintraccia tra la prospettiva di Vincenzo Arangio-Ruiz e il cosiddetto «dogma della volontà» teorizzato in particolare da Georg Jellinek), sembra in ogni caso chiaro come tali critiche riguardino esclusivamente la definizione costruttiva degli *iura in re aliena* prospettata da Vincenzo Arangio-Ruiz e di per sé non tocchino menomamente la costruzione della legittimazione passiva alla *vindicatio servitutis* da lui sostenuta: tanto è vero che Emilio Betti, pur non escludendo la classicità del dibattito in materia per quanto riguarda l'usufruttuario (cfr. *Istituzioni di diritto romano*, I, cit. [nt. 3], p. 63), in relazione alle servitù tende a ritenere giustinianee tanto le estensioni della legittimazione attiva della *vindicatio servitutis* quanto la sua esperibilità *adversus quemvis possessorem* (cfr. *ibid.*, p. 457 s.).

⁴⁷ Cfr. F. ZUCCOTTI, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», cit. [nt. 42], specie p. 493 ss.

⁴⁸ Si vedano in particolare BETTI, *Diritto romano*, I, cit. [nt. 3], p. 542, e VAŽNÝ, *Osservazioni generali sulla sentenza e*

all'alternativa tra il riprestinare la situazione di diritto fatta valere dall'attore (impegnandosi innanzitutto, tramite *cautio*, a non esercitare più la pretesa servitù sul fondo di quest'ultimo, ovvero a non impedire a quest'ultimo di esercitarla sul suo fondo) ed il pagare invece la *litis aestimatio*, «acquistando», per così dire, il diritto oggetto della causa che l'ha visto soccombente: e, per tal verso, il pagare la *litis aestimatio* per estinguere l'altrui servitù o per acquistare un analogo diritto a proprio favore, equivale in sostanza a compiere un atto di autonomia negoziale rispetto al fondo in questione, e quindi a disporre nel senso più pieno del diritto reale sotteso, ossia ad una manifestazione di volontà acquisitiva o estintiva che ben difficilmente potrebbe essere configurabile in capo a persona diversa dal proprietario del fondo⁴⁹.

Sempre in tale prospettiva, per converso, risulta altresì agevolmente comprensibile la differente *ratio* che conduce il diritto moderno a legittimare il semplice o l'usufruttuario possessore alle azioni di servitù: queste infatti sono oggi diritti reali soggetti a trascrizione, per cui non si tratta più, nell'azione, di far valere un atto costitutivo la cui validità è di volta in volta legata al riconoscimento della legittimazione in tal senso di colui che ha posto in essere il diritto, da accertare in relazione ad ogni singola causa, poiché ora la coincidenza tra la titolarità del bene immobiliare e la qualità di costituente, presupposto della trascrizione e da essa accertato in linea di massima per sempre, permette appunto che l'azione confessoria sia esperibile, nel caso che la sussistenza del diritto venga contestata, anche da parte del semplice possessore o del *fructuarius* del fondo dominante e contro chiunque detenga il fondo servente, dato che questi non faranno altro che far valere un elemento obbiettivo risultante da pubblici registri⁵⁰; e d'altra parte, pur in tale differente contesto, appare al-

la res iudicata, cit. [nt. 41], p. 117 ss. e 129 ss. (cfr. in breve CANNATA, *Il processo formulare*, cit. [nt. 34], p. 150 e nt. 40).

⁴⁹ Cfr. in generale ARANGIO-RUIZ *La struttura*, cit. [nt. 9], p. 183 ss. (si veda in effetti Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.2.7.1 – '*si lis fuerit aestimata, similis est venditionis ...*' – , su cui, oltre che *supra*, nt. 34, cfr. in particolare J.L. MURGA, *La «aestimatio litis» y el «pretium rei»*, in «Sodalitas. Scritti Guarino», cit. [nt. 42], VI, p. 2607 ss.). Si veda tra l'altro ad esempio CANNATA, *Il processo formulare*, cit. [nt. 34], p. 157, che sottolinea come tanto nella *reivindicatio* quanto nella *vindicatio* di uno *ius in re aliena* la prestazione della *satisfactio iudicatum solvi*, rafforzata da garanti idonei, è appunto connessa al fatto che, dopo la *pronuntiatio* sfavorevole, se il convenuto si fosse rifiutato di restituire la *res* o di por fine alla situazione di fatto *lato sensu* possessoria da lui vantata, e fosse quindi stato condannato a pagare la *litis aestimatio*, esso era da considerare un «compratore» della cosa o del diritto controverso come se l'avesse ricevuto tramite la *traditio* o altro negozio analogo, risultando così già debitore del prezzo, cosa che rendeva necessario garantire adeguatamente l'attore del pagamento della somma in questione (cfr. altresì KASER, *Das römische Privatrecht*, cit. [nt. 1], I, p. 435 ss. e nt. 54).

⁵⁰ Il codice civile italiano del 1865 non prevedeva né regolava né l'azione confessoria né l'azione negatoria (cfr. G.B. SILVESTRI-COMAGNA, '*Confessorie e negatorie [azioni]*', in «NDI.», III, Torino, 1938, p. 780), così come del resto esse non comparivano nel Codice Napoleonico né quindi in quello per gli Stati del Re di Sardegna del 1838 (cfr. S. FERRERI, *Le azioni reipersecutorie in diritto comparato*, Milano, 1988, p. 3 ss. e nt. 1 e 7), ma esse erano egualmente riconosciute dalla dottrina e dalla giurisprudenza argomentando soprattutto in base all'art. 439, relativo all'azione di rivendica della proprietà (cfr. in breve D. MARCHETTI, '*Azione confessoria e negatoria (diritto civile)*', in «ED.», IV, cit. [nt. 8], p. 844 ss.): anche se un'autorevole opinione preferiva la soluzione più restrittiva, negando in particolare che la confessoria fosse esperibile contro altri che il proprietario del fondo servente (cfr. in particolare L. COVIELLO, *Le servitù prediali: lezioni dell'a.a. 1925-1926 raccolte da G. Stolfi*, Napoli, 1926, p. 397 ss.), si riconosceva per lo più – a parte interpretazioni ulteriormente late – la legittimazione alla *confessoria* e alla *negatoria servitutis* anche ad altri soggetti, come l'usufruttuario, l'enfiteuta, il superficiario e il creditore pignoratizio, mentre sul lato passivo (cfr. *supra*, nt. 38) si ammetteva la sua esperibilità contro chiunque ostacolasse l'esercizio della servitù o negasse negasse l'esistenza del diritto di usufrutto (cfr. D. BARBERO, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*², Milano, 1950, p. 8 ss.). Il codice vigente, invece, ha preferito colmare tale lacuna, prevedendo esplicitamente la negatoria (art. 949) e la confessoria (art. 1079): cfr. sinteticamente FERRERI, '*Negatoria, confessoria (azioni)*', cit. [nt. 38], p. 18 ss. Anche senza volere qui entrare nelle discussioni circa la portata della negatoria così introdotta e sul suo carattere più ampio o più ristretto rispetto al diritto romano e ad altri ordinamenti europei (cfr. in generale Giommaria Deiana in GROSSO, DEIANA, *Le servitù*, cit. [nt. 18], II, p. 1194 ss., e, per la codificazione tedesca, *supra*, nt. 38), si deve in ogni caso notare come l'art. 949, se prima dichiara che essa serve «per far dichiarare l'inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa», d'altra parte, nel capoverso, a tale fine accertativo aggiunge una finalità di condanna, dato che l'azione è altresì utile a fare cessare eventuali turbative e a condannare il terzo al risarcimento del danno (cosa che sembra rendere non del tutto netto il suo confine rispetto all'azione di manutenzione, anche se per esperire la prima sembra in ogni caso necessario che le molestie vengano poste in atto in base alla specifica pretesa di un diritto reale limitato sulla cosa altrui: cfr. *supra*, nt. 38); e anche per quanto riguarda la confessoria, la dottrina è giunta a distin-

quanto significativo se non pressoché risolutivo il fatto che anche oggi, pur in presenza di questo più sicuro sistema di trascrizione, egualmente l'usufruttuario, qualora agisca di propria iniziativa per far riconoscere l'esistenza di servitù a favore del fondo ovvero l'insussistenza di analoghi diritti che i terzi pretendano di esercitare su di esso, debba in ogni caso chiamare in giudizio il proprietario della *res fructuaria*⁵¹.

E in effetti – per quanto tale tema non possa certo venire qui esaurito e del resto a queste note interessi soltanto mettere in evidenza le gravi difficoltà della soluzione giuliana – una possibile soluzione dei problemi in esame sembra per tal verso poter venire suggerita da un testo qui già richiamato ma alquanto poco considerato trattando di tali questioni:

guere un'azione confessoria di accertamento da un'azione confessoria di risarcimento dei danni (cfr. ancora *supra*, nt. 38: si veda in breve MARCHETTI, *op. cit.*, p. 845 s. e 849 s.), ma vi è anche chi, come Giommara Deiana – *op. cit.*, II, p. 1288 ss. – sostiene l'esistenza addirittura di tre azioni, distinguendo, oltre l'accertamento, il fine del risarcimento dei danni da quello della cessazione delle molestie. Insiste invece su come sia confessoria che negatoria abbiano come oggetto l'accertamento – positivo o negativo – della servitù, ponendo in secondo piano l'aspetto concreto della tutela dell'esercizio della servitù. B. BIONDI, *Le servitù* («Trattato di diritto civile e commerciale» diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo), Milano, 1967, p. 612 s. e 614 ss., che in particolare nota come la denominazione '*vindicatio*' (appunto connessa a '*rei vindicatio*') è esatta per ragioni storiche e dogmatiche in relazione al diritto romano (cfr. p. 35 ss.), ma può essere intesa nel diritto moderno solo genericamente, come azione a difesa della servitù, sottolineando le trasformazioni – come in primo luogo la sua acquisita funzione meramente accertativa – che differenziano la sua funzione attuale da quella antica (cfr. altresì A. BURDESE, *Servitù prediali*, Milano, 1960 p. 115 ss., che anzi critica la stessa formulazione dell'art. 1079 *cod. civ.* in vista del suo mischiare l'azione di servitù in senso stretto con gli ulteriori aspetti riguardanti il risarcimento dei danni e soprattutto il porre termine a impedimenti e turbative); si vedano altresì F. DE MARTINO, *Art. 949 (Azione negatoria)*, in «Commentario del Codice Civile» (cur. A. SCIALOJA e G. BRANCA), III, *Della proprietà. Art. 810-946*⁴, Bologna - Roma, 1976, p. 541 ss., e, nella stessa collana, G. BRANCA, *Servitù prediali (art. 1027-1099)*³, Bologna - Roma, 1960, p. 391 ss. D'altra parte, se un simile ampliamento dell'ambito di applicazione dell'azione confessoria può riguardare il diritto moderno, ove essa assume un ruolo totalizzante nella tutela della servitù, va da sé che non sembra metodologicamente corretta l'estensione, pur implicitamente operata da non pochi romanisti, di simili prospettive al diritto romano (cfr. altresì *infra*, nt. 159), dove ben diversamente, accanto alla *vindicatio*, per quanto riguarda la tutela dell'esercizio del diritto esisteva l'*interdictum de servitute*, e dove quindi l'*actio* non aveva di per sé necessità di occuparsi, oltre della *quaestio de iure* relativa alla esistenza del diritto stesso, dell'ulteriore aspetto *de facto* della sua concreta esplicazione (mentre d'altra parte il fatto che oggi le servitù siano diritti soggetti a trascrizione rende agevolmente possibile, sul piano processuale, soluzioni invece impercorribili dal diritto romano, e del pari è ovviamente venuta meno altresì l'ulteriore circostanza che rendeva per tal verso impossibile una simile soluzione nel diritto romano classico, ossia la facoltà di evitare la *restitutio* tramite il pagamento della *litis aestimatio*): una situazione per vari versi analoga a quella del diritto moderno, come si vedrà, risulta presentarsi invece in relazione al diritto postclassico, dove il venir meno della distinzione tra *actio* ed *interdictum* (insieme al tramontato carattere pecuniario della *condemnatio* formulare) porterà consequenzialmente all'affermarsi di prospettive processuali imperniate sulla tutela di una situazione di fatto idonea, sia pur nella maniera più empirica, a considerare insieme tanto il problema della esistenza del diritto quanto quello della protezione del suo effettivo esercizio.

⁵¹ In ordine all'usufruttuario, il codice civile italiano vigente (per quanto riguarda quello del 1865, cfr. *supra*, nt. 50) stabilisce infatti che questi, che ha comunque l'obbligo di denunciare al proprietario le ingerenze di terzi che ledano le ragioni sue o di quest'ultimo, potendo essere chiamato a rispondere dei danni in caso contrario (art. 1012, c. 1°), «può far riconoscere l'esistenza delle servitù a favore del fondo o la inesistenza di quelle che si pretende di esercitare sul fondo medesimo», ma tuttavia «deve in questi casi chiamare in giudizio il proprietario» (art. 1012 cpv.: cfr. BURDESE, *Le servitù*, cit. [nt. 50], p. 116 e 118 s.), mentre le spese della lite «saranno sopportate dal proprietario e dall'usufruttuario in proporzione del rispettivo interesse» (art. 1013): cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto uso e abitazione*, Milano, 1979, p. 252 ss., e in breve A. DE CUPIS, '*Usufrutto (diritto vigente)*', in «ED.», XLV, Milano, 1992, p. 1122. In ordine a tale legittimazione dell'usufruttuario alle azioni di servitù, mentre alcuni parlano addirittura di un esercizio dell'azione nella veste di sostituto processuale (cfr. BARBERO, *La legittimazione ad agire*, cit. [nt. 50], p. 109 ss., ed E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, p. 224 s., 226 ss. e 266), altri affermano che l'usufruttuario agisce in virtù di un diritto proprio che però non è la servitù, bensì l'usufrutto (cfr. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto*, cit., p. 140); cfr. altresì, da un punto di vista sostanziale, G. PUGLIESE, *Usufrutto uso abitazione*, Torino, 1954, p. 312 ss. (che prospetta una sorta di situazione di contitolarità tale da permettere sia all'usufruttuario che al *dominus* – nel caso vi abbia interesse – l'esercizio della servitù), nonché Giuseppe Grosso in GROSSO, DEIANA, *Le servitù*, cit. [nt. 18], I, p. 86 ss. e 99 s. (che parla – cfr. in particolare p. 90 s. – di «usufrutto della servitù», così come, per quanto riguarda le servitù costituite successivamente, si parla di «accessione» della servitù all'usufrutto: cfr. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 314 e nt. 11, e BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 140 s.).

D. 39.1.1.20 (Ulp. 52 *ad ed.*): Usufructuarius autem opus novum nuntiare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nuntiare poterit ...

La soluzione avanzata da Ulpiano in relazione alla possibilità che l'usufruttuario agisca *procuratorio nomine* in luogo del *dominus*, enunciata qui in relazione all'*operis novi nuntiatio* ma intrinsecamente applicabile a qualsiasi lite *de servitute*, tende a non destare soverchia attenzione, dato che è ovvio che l'usufruttuario come del resto chiunque altro possa essere nominato dal proprietario *procurator* o altresì *cognitor* nel processo (data l'unificazione giustiniana tra le due figure non sembra infatti potersi escludere che il testo facesse in origine riferimento anche alla seconda); tuttavia una simile soluzione, che vede l'usufruttuario agire nell'ambito della tutela delle servitù spettanti o gravanti sul fondo a titolo di *cognitor* o di *procurator* del *dominus* ha non solo il vantaggio di risolvere senza complicazioni costruttive, evitando qualsiasi problema in ordine al conseguente giudicato, ogni questione in materia, ma, molto di più, risulta meglio di ogni altra adattarsi ad una concreta prospettazione dei problemi che di fatto potevano sorgere qualora l'usufruttuario si vedesse impedito nell'usare delle servitù a favore del fondo o il vicino accampasse simili rapporti reali gravanti sulla *res fructuaria*. Infatti, una volta che il *fructuarius* si trovasse di fronte a situazioni di questo genere, sembra naturale che egli si rivolgesse innanzitutto al *dominus*, se non altro perché, oltre ad essere persona meglio informata della situazione del fondo, a lui prima che ogni altro importava dell'integrità di questo nei suoi rapporti con i terreni confinanti, mentre d'altra parte, qualora egli rimanesse in ipotesi indifferente a tali pericoli, l'usufruttuario avrebbe potuto sempre far valere nei suoi confronti l'eventuale depauperamento della *res fructuaria* e della sua utilità minacciando una conseguente richiesta di risarcimento del danno. In tale situazione, dunque, l'alternativa che si prospettava al *dominus* era appunto quella di reagire di persona alle pretese del vicino ovvero di far agire o resistere in sua vece l'usufruttuario nominandolo di fronte alla controparte *cognitor* con una esplicita dichiarazione in tal senso, così da lasciare che egli potesse condurre il processo in nome proprio con un'azione che recasse il suo nome nella *condemnatio* ed accettando quindi le conseguenze del giudicato dell'azione in cui fosse parte il *fructuarius*. In alternativa, se il *dominus* non voleva adottare tale soluzione (provvedendo nel caso, se in posizione di convenuto, altresì alla *cautio iudicatum solvi*), era sempre possibile che egli accordasse comunque al *fructuarius* la possibilità di agire *procuratorio nomine*, fine al quale era sufficiente, com'è noto, una nomina compiuta anche in assenza della controparte, mentre non era necessaria la prestazione da parte sua di alcuna *cautio*, essendo viceversa il *fructuarius* a dovere in tal caso prestare, se convenuto, la *cautio iudicatum solvi*, ovvero, se in posizione attorea, la *cautio (satisdatio) rem ratam dominum habiturum*, o *cautio de rato*, ossia una stipulazione pretoria con cui egli garantiva appunto che il *dominus litis* non avrebbe riproposto l'azione, ma senza effetti per così dire reali, dato che, se ciò fosse invece accaduto, egli avrebbe dovuto semplicemente risarcire la controparte del danno; d'altra parte la trasposizione di soggetti cui era sottoposta la formula faceva sì che la sentenza venisse sempre pronunciata nei confronti del *procurator*, e tale rimanesse sinché il *dominus* non la facesse propria addivenendo alla *ratihabitio*: solo in epoca tardoclassica, infatti, risulta che il procuratore dell'attore consumasse può darsi l'azione qualora nominato in presenza della controparte (cosiddetto *procurator praesentis*, contro il quale si sarebbe altresì concessa direttamente l'*actio iudicati*) o mediante dichiarazione inserita a verbale nel protocollo magistratuale (cosiddetto *procurator apud acta*), casi in cui d'altra parte non si doveva neppure prestare la *cautio de rato*; mentre sembra altresì che col tempo – e se ne vedrà tra breve l'importanza agli effetti che qui interessano – si arrivasse anche ad ammettere che chi, in buona fede, volesse rappresentare l'attore o il convenuto assente, anche senza mandato, potesse comunque farlo purché prestasse la *cautio de rato* ovvero la *satisdatio iudicatum solvi*, in una rappresentanza senza mandato cui le fonti comunque si riferiscono usando non di rado la terminologia relativa al *procurator*. Se tale impostazione sembra di per sé favorire una soluzione in tal senso in ordine alla legittimazione attiva e passiva delle azioni relative agli *iura in re aliena* qui in considerazione, il ricorso a tali strumenti era inoltre facilitato dal fatto che, qualora vi fossero dubbi circa la regolare costituzione del rappresentante processuale, il pretore poteva non solo procedere ad una verifica arrivando nel caso a denegare l'azione, ma anche, almeno nel caso di rappresentante attoreo, sempli-

cemente concedere una *exceptio cognitoria* ovvero *procuratoria* grazie alla quale rinviava il problema al *iudex* ed il convenuto sarebbe stato comunque assolto se tali problemi fossero stati accertati (mentre d'altro lato, anche quando fosse risultato inesistente lo stesso rapporto di mandato, la relazione tra il *procurator* e il *dominus* sarebbe stata comunque regolata dalle norme sulla *negotiorum gestio*): infine, qualora a resistere fosse stato il *fructuarius* e non il *dominus* del fondo, vi era sempre – a parte le reciproche domande che le parti potevano rivolgersi tra loro anche per accertare la rispettiva legittimazione all'azione – lo strumento della *interrogatio in iure* che permetteva all'attore di accertare la posizione della controparte, assumendo le conseguenti decisioni in ordine all'azione intrapresa contro di lui e alla sua convenienza. In generale, quindi, se la controparte accettava di compiere la *litis contestatio* con il *procurator*, lo faceva in effetti a suo rischio e pericolo, poiché si trattava in ogni caso di una lite che come si è ricordato non precludeva la successiva azione del *dominus*: il *procurator*, anzi, poteva presentarsi alla controparte dichiarandosi semplicemente rappresentante del *dominus* del fondo, e farsi accettare nel caso come tale, anche senza un preventivo incarico né un'autorizzazione del rappresentato diretta all'avversario processuale, proprio in quanto egli assumeva su di sé, tramite una *cautio*, le conseguenze di una lite che comunque non toccava per tal verso la sfera giuridica del *dominus* (in età postclassica, la diffusione e i problemi connessi a tale forma di rappresentanza condurranno a prevedere senz'altro che all'inizio del processo il giudice dovesse comunque accertare se l'attore agiva in proprio o come *procurator*). In tale situazione, non sembra in effetti difficile pensare che la via della rappresentanza processuale dovesse in linea di massima costituire una via essenziale per risolvere i problemi relativi alla legittimazione circa le *actiones de usu fructu* e *de servitute*, dato che in tal modo il *dominus*, se non intendeva senz'altro agire o resistere lui stesso nel giudizio, poteva in ogni caso risolvere il contrasto con il *fructuarius* sia autorizzandolo ad agire ovvero a resistere nella causa facendone il proprio *cognitor*, ed accettando quindi sino in fondo gli effetti della sentenza così pronunciata, sia permettendogli semplicemente di agire *procuratorio nomine*, senza quindi precludersi la possibilità di una nuova pronuncia in ordine a tale questione (e potendo anzi fino a una certa epoca richiamare al limite a sé l'esercizio dell'azione in una sorta di *translatio iudicii*), ma intanto soddisfacendo comunque almeno per tal verso l'interesse dell'usufruttuario attraverso una sentenza che regolava in ogni caso definitivamente i rapporti tra lui e il terzo in relazione alla servitù (e si noti come d'altra parte, postulando il passaggio da una situazione più antica e restrittiva in cui le azioni in questione erano ancora esperibili solo tra i rispettivi titolari di tali diritti ed una recenziore e più concessiva impostazione che in ipotesi sarebbe succeduta alla prima, la dottrina qui avversata avrebbe dovuto necessariamente considerare come in tale passaggio non potesse non porsi il problema dei rapporti tra l'usufruttuario o il possessore che agissero o resistessero *de servitute* ed il rispettivo *dominus*: contesto in cui si poneva giocoforza la questione di un eventuale ruolo di *cognitor* e soprattutto di *procurator* da essi nel caso assunto, dato che, in un ambito ove la soluzione più liberale circa la legittimazione a tali azioni non si fosse in ipotesi ancora affermata, questo elemento avrebbe permesso di risolvere agevolmente ogni problema in proposito, e quindi le specifiche contestazioni per tal verso levate nel caso dalla controparte; ma la questione non risulta invece essere stata mai rilevata). Infine, se si tiene presente come tali problemi relativi agli effetti del giudicato poggiassero qui, nell'ambito dell'*ordo iudiciorum*, su soluzioni quali in particolare l'adattamento dell'azione mediante una trasposizione di soggetti che faceva comparire nella *condemnatio* il nome del *procurator* al pari di quello del *cognitor*, non è difficile immaginare come in epoca postclassica, dimenticate ormai tali sottigliezze della tecnica formulare, la normalità del ricorso alle azioni *de usu fructu* e *de servitute* da parte di persone diverse dal *dominus*, per tal via realizzato, verosimilmente dovesse senza problemi condurre, nella *cognitio extra ordinem*, ad una piana ammissione della legittimazione del *fructuarius* alle azioni in esame, favorito altresì, oltre che dalla progressiva ammissione della rappresentanza senza mandato, dalla generale dilatazione della legittimazione attiva e passiva nelle azioni reali ed in genere dall'ampliamento dei poteri di chi aveva, come si avrà modo di vedere, un effettivo rapporto imme-

diato con la *res*⁵².

In conclusione, anche senza volere sin d'ora sostenere *tout court* il carattere non classico bensì giustiniano della posizione che i *Digesta* attribuiscono a Giuliano, sembra inevitabile sottolineare i non pochi problemi che una simile costruzione della legittimazione attiva e passiva alle azioni *de servitute* e *de usu fructu* doveva di per sé destare nelle architetture processuali del sistema formulare, problemi che le fonti a disposizione non contribuiscono menomamente a risolvere: soprattutto, quello che lascia più in generale perplessi è come tale più concessiva soluzione non sembri sufficientemente coordinare le peculiarità dell'*actio*, e della connessa questione *de iure*, con la tutela *de facto* offerta dalla procedura interdittale, esperibile questa, e senza problema, *adversus quemvis possessorem* (e in ordine alla cui decisione non si formava del resto alcun giudicato), e d'altra parte strutturata dalle clausole edittali in maniera tale da potere tranquillamente tutelare i successori e gli aventi causa di colui che abbia utilmente esercitato la servitù, e quindi, entro determinati limiti divisi dall'ordinamento, qualsiasi possessore o usufruttuario del fondo dominante⁵³. Un problema di mancata coor-

⁵²) Si tratta semplicemente, come si è avvertito, di una primo e provvisorio tentativo di delineare una simile possibile soluzione di cui rileva qui, più che una definitiva dimostrazione, l'aspetto in negativo che si risolve nei dubbi che anch'essa concorre a creare in ordine alla genuinità della soluzione attribuita a Giuliano nei testi giustiniani ed in genere delle fonti a disposizione in materia, che non considerano per nulla, nell'accordare o negare al *fructuarius* il cosiddetto *ius vindicandarum servitutium*, la presenza altresì di tale soluzione intermedia. E dato che questi accenni sono stati qui condotti facendo riferimento, per quanto riguarda il *cognitor* ed il *procurator* così come la *interrogatio in iure*, a contenute nozioni elementari rinvenibili in linea di massima in qualsiasi manuale istituzionale (cfr. in breve PROVERA, *Lezioni sul processo*, cit. [nt. 6], p. 331 ss.), e del resto chi scrive ha intenzione di ritornare su tali argomenti trattando *ex professo* della tutela processuale dell'usufruttuario in relazione all'esercizio del suo diritto, non sembra eccessivo rinunciare in questa sede a fornire una compiuta bibliografia su tali temi, che del resto, per avere un valore, dovrebbe far presenti i non pochi problemi e le discussioni su non pochi aspetti delle figure del *cognitor* e del *procurator*. Si veda in ogni caso, per quanto riguarda i risvolti di tali istituti concernenti i problemi di giudicato, che qui soprattutto interessano, BETTI, *D. 42, 1, 63*, cit. [nt. 30], p. 330 ss. e 347 ss.; sull'ampliamento postclassico della legittimazione del terzo alle azioni classicamente riservate al *dominus*, oltre alla nota seguente, cfr. *supra*, nt. 17, ed *infra*, nt. 381 e 413.

⁵³) Sui problemi per tal verso legati, in particolare, all'inciso '*invito me*' o '*invito te*' che compare nelle *actiones de servitutibus* si veda *infra*, nt. 171, e, sull'idoneità della tutela interdittale a soddisfare le ricordate esigenze in materia, *infra*, specialmente §§ 13 s. e 18 (su come del resto la decisione interdittale non costituisca una sentenza sull'oggetto di causa sostanziale e non crei quindi un vincolo per il magistrato tale da impedirgli un successivo provvedimento sulla questione, si veda BETTI, *D. 42, 1, 63*, cit. [nt. 30], p. 423 ss.). Si noti del resto in generale come la completa disattenzione in ordine a tali problemi di giudicato appaia ancor più improbabile nell'architettura classica delle azioni relative agli *iura in re aliena* se si considera come persino la legislazione costantiniana in tema di tutela possessoria non manchi di tenere presenti tali problemi, ad esempio quando accorda al detentore, *absentis nomine*, la *facultas experiri* in relazione alla cd. *actio recuperandae possessionis* (cfr., in ordine a C.Th. 2.18.3, SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 130 ss.): ed è d'altra parte intuibile come, se la legislazione costantiniana ed in genere postclassica tende ad ampliare la legittimazione attiva ai mezzi di tutela del possesso (cfr. *supra*, nt. 17), i problemi di giudicato qui in esame trovino possibilità di soluzione alquanto maggiori in tale ambito di tutela precipuamente possessorio piuttosto che nelle architetture classiche della *quaestio de iure* incardinata sull'esistenza o meno del diritto in quanto tale. Del resto, non è da credere – come sovente oggi avviene nelle prospettazioni di una romanistica alquanto restia ad ammettere interventi interpolatori e, quindi, altresì coscienti innovazioni postclassiche nonché giustiniane – che sostenendo la natura non classica dell'estensione al possessore e all'usufruttuario della legittimazione alle *actiones de servitute* si voglia qui implicare che tale mutamento delle coordinate sistematiche proprie dell'*ordo iudiciorum* sia avvenuta nel diritto postclassico e giustiniano in maniera rozzamente empirica e senza tenere conto delle implicazioni che tale nuova soluzione assumeva nell'architettura generale dell'istituto e degli *iura in re aliena* in generale: al contrario, è da sottolineare come nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, venuta meno la regola della pecuniarietà della condanna, fosse intrinsecamente superato il principale ostacolo ad ammettere tale estensione della legittimazione a queste azioni, mentre d'altra parte è noto come in materia di giudicato il diritto giustiniano segua direttrici alquanto più blande ed empiriche rispetto alle più rigide architetture del diritto classico (si pensi, come pressoché esempio estremo, alla impostazione di fondo per cui il problema del concorso delle azioni tende ad essere risolto non più in base a regole generali e astratte, ma in base alla necessità che l'attore abbia in ogni caso soddisfazione della sua pretesa senza ottenere più di quanto è giusto, in una visione empiricamente equitativa che prescinde dal regolare in se stesso il cumulo delle azioni ma fa semmai derivare la consumazione della seconda azione dalla circostanza che la prima abbia fatto conseguire all'attore quanto reputato giusto, e senza quindi guardare al compimento della *litis contestatio* ma volgendosi invece sulla effettiva condanna del convenuto: cfr. in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 160 s.); e per quanto riguarda in particolare le servitù prediali è da ricordare come il diritto

dinazione che, come si vedrà tra breve, appare condizionare in maniera forse decisiva non poche delle questioni legate allo studio della tutela degli *iura in re aliena*.

2. In ogni caso, se la posizione di Giuliano già desta non poche perplessità, problemi alquanto maggiori sono poi presentati da alcuni testi che, in relazione ad ipotesi particolari, vanno molto più in là di tale costruzione, facendo venir meno lo stesso carattere *de iure* dell'azione a tutela della servitù.

Il primo di essi è un passo in cui Ulpiano, rinnegando ogni precedente affermazione circa i caratteri di fondo di tali mezzi processuali ed i requisiti soggettivi di legittimazione alla *vindicatio servitutis*, concederebbe un'azione di tale tipo contro qualsiasi terzo e senza dare alcuna rilevanza al titolo costitutivo:

D. 8.5.10.pr.-1 (Ulp. 53 *ad ed.*): Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse. Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum cum omnibus agi poterit, quicumque aquam nos ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediatur, hac actione cum eo experiri poterit.

Nonostante alcuni pur autorevoli tentativi di difenderne nella sostanza la classicità⁵⁴, il passo appare

giustiniano superi la regola classica per cui il diritto accertato in positivo o negativo nei confronti di uno dei condomini del fondo estende la sua forza di giudicato a tutti gli altri condomini rimasti estranei alla causa (cfr. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 256 ss. e 425 ss.), regola in base alla quale, come affermava Papiniano (2 *resp.*) in D. 3.5.30[31].7, '*uno defendente causam communis aquae sententia praedio datur*': come inevitabile conseguenza logica della legittimazione *in solidum* che competeva a ogni singolo condomino (cfr. D. 8.5.4.3, Ulp. 17 *ad ed.* + Pomp. 41 *ad ed.*: '*si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio* ...': cfr. P.J. KOUWENBERG, *Servitude et copropriété*, in «RIDA.», 3^a s., XXIV, 1977, p. 284 s., e in generale MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit. [nt. 18], p. 232 ss. e 514), il regolamento statuito nella sentenza infatti investiva obbiettivamente il fondo comune, spiegando efficacia vincolante nei confronti di ogni condomino, come osserva Emilio Betti (p. 427), ed il solo limite a tale effetto era la prova che la sentenza negativa fosse dovuta alla collusione del condomino, caso in cui si concedeva l'*actio doli* (cfr. ancora BETTI, *op. ult. cit.*, p. 260, in relazione a D. 8.5.19, Marc. 5 *reg.*); i giustiniani, invece, estendono agli altri condomini soltanto la pronuncia favorevole alla cosa comune, mentre, nel caso di sentenza pregiudiziale, essa non si comunica agli altri condomini se vi è stata colpa nella soccombenza, in una prospettiva che, nella sottesa visuale che trova contrario all'equità che la causa persa da un condomino debba danneggiare gli altri, risulta costituire nella prospettiva compilatoria una sorta di presunzione legale (cfr. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 260 ss. e 430 s.), così da trasferire sul piano dei rapporti esterni tra il condominio e l'avversario una soluzione che nel diritto classico si limitava a investire, attraverso l'*actio doli*, i soli rapporti interni tra condomini (si pensi del resto anche a come, mentre classicamente nelle obbligazioni solidali l'azione di uno dei condebitori o dei concreditori escludeva le azioni concorrenti, nel diritto giustiniano, quantomeno in quelle passive, il creditore possa invece agire contro ciascuno dei condebitori sinché non soddisfatto: cfr. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 402 ss.: sulla diminuzione della *auctoritas iudicati* nella *cognitio extra ordinem* si veda in generale MARRONE, *op. ult. cit.*, p. 405 ss. e, su tali aspetti nel diritto giustiniano, p. 484 ss. e in particolare p. 499 ss.). E' quindi chiaro come una simile impostazione equitativa ed empirica degli effetti del giudicato possa in linea di massima non incontrare soverchie difficoltà nel superare problemi come quelli nascenti da una sentenza sulla servitù pronunciata in assenza del titolare, in una duttile adattabilità degli effetti del giudicato tendenzialmente regolati caso per caso in base a contingenti esigenze di giustizia sostanziale: prospettiva che invece sarebbe risultata del tutto impossibile alla lineare rigidità dei principii logico-giuridici su cui si muoveva il diritto classico.

⁵⁴ Cfr. in tal senso soprattutto GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 137 s. (ove il passo è posto in relazione – oltre che con la alquanto dubbia chiusa di D. 43.20.1.25: cfr. *infra*, § 11 e nt. 278 – con D. 39.3.8 – sempre tratto dal LIII libro *ad edictum* di Ulpiano: cfr. *infra*, § 12 e nt. 299 – per rintracciare nel testo una conseguenza del fatto che anche gli altri titolari di uno *ius aquae ducendae* sulla stessa polla su cui insisteva la servitù costituenda erano posti sullo stesso piano del *dominus fundi* e dovevano quindi, secondo l'autore, prestare il proprio consenso, per cui, si vuole dedurre, dovevano risultare posti sullo stesso piano del *dominus fundi* anche dal punto di vista della legittimazione passiva alla *vindicatio*), nonché *Miscellanea critica*, cit. [nt. 42], p. 577 ss. (in cui, riprendendo tali conclusioni, si aggiunge che, se è già di mano compilatoria la frase '*et generaliter ... poterit*', non doveva esserlo la precedente '*verum cum omnibus agi poterit ... exemplo ceterarum servitutium*', deducendone – nell'assenza di ogni considerazione circa l'eventualità di una doppia interpolazione, postclassica e giustiniana: cfr. *infra*, § 11 – che Ulpiano avrebbe enunciato una regola più limitata per quanto riguarda l'estensione della legittimazione passiva a tale azione, portata poi coerentemente avanti ed ampliata dai giustiniani, come si vedrà meglio fra breve), e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3],

sin da una prima cursoria considerazione vittima di interventi di vario tipo⁵⁵ e comunque di classi-

p. 191 s. (dove, trattando della usucapione delle servitù, sembra pur sorgere qualche dubbio circa la genuinità di tale *actio utilis*), p. 213 s. (ove, pur condividendo in parte le critiche di Silvio Perozzi – cfr. *infra*, nt. 55 e 58 s. –, si salva la sostanza del passo affermando che le attuali difficoltà derivano da un «rimaneggiamento» giustiniano – o precedente – che avrebbe sostituito al riferimento alla *vetustas* quello all'acquisto mediante la *longa possessio*) e p. 218 (dove tali aspetti interpolatorii vengono ribaditi anche in riferimento a C.I. 3.34.2), mentre il § 1 di D. 8.5.10 (p. 285 ss.) viene richiamato, accettandone senz'altro il dettato di fondo, altresì trattando appunto della legittimazione passiva alla *vindicatio servitutis*, sulla quale si sono viste le posizioni dello studioso (cfr. *supra*, nt. 18): peraltro Giuseppe Grosso – in *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici*, cit. [nt. 9], p. 10 s. –, sempre nella prospettiva per cui la esperibilità della *vindicatio servitutis* nei confronti di terzi diversi dal *dominus* si giustifica soprattutto in vista della legittimazione dei titolari delle servitù in collisione a partecipare, a suo giudizio, alla stessa *in iure cessio* relativa alla costituzione di nuove servitù sullo stesso *fons* (cfr. *infra*, nt. § 12 e nt. 303), giunge a proporre una correzione interpolazionistica al § 1 del passo in esame (di cui come si è visto viene altresì rifiutata la chiusa), sostituendo a '*quicumque aquam ducere impedit*' appunto la menzione degli altri titolari di servitù in collisione, così da salvare, un po' diversamente da quanto si è visto avvenire nel successivo *Miscellanea critica*, cit., p. 579 s., la parte successiva a '*et generaliter*' in poi («et generaliter <ad quas eiusdem aquae usus pertinet> quicumque aquam ducere impedit, hac actione cum eo experiri poterò»). Si veda altresì G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 483 (per il quale la *vindicatio servitutis* «si indirizzava normalmente contro il proprietario attuale del fondo servente, ma, sulla base di D. 8,5,10,pr.-1, si ritiene potesse essere legittimato passivo chiunque, stando sul fondo, impedisse l'esercizio della servitù»). Nella letteratura più antica, mentre ELVERS, *Die römische Servitutentehre*, cit. [nt. 8], p. 264 s. e nt. c, pensava, anche in relazione a D. 39.3.1.23, ad una applicazione della confessoria, A. ASCOLI, *La usucapione di servitù nel diritto romano*, in «AG.», XXXVIII, 1887, p. 51 ss. e 198 ss., e specificamente p. 72 s., ritenendo che l'acquisto delle servitù attraverso la *longa quasi possessio* o *longa consuetudo* fosse classicamente possibile *iure praetorio*, opinava si trattasse quindi un'applicazione della azione utile alla *Publiciana* proposta in D. 6.2.11.1 (cfr. *infra*, § 9).

⁵⁵ Il frammento è stato ampiamente considerato ed in linea di massima ritenuto pressoché del tutto corrotto (si veda altresì *infra*, in particolare nt. 56) dalla critica interpolazionistica: si vedano S. PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù* (1897), in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, p. 248 s. (che – cfr. anche *infra*, nt. 58 ss. – insiste sulla insanabile contraddizione tra la presunzione di esistenza della servitù implicata dalla *vetustas* e l'affermazione di un suo acquisto attraverso il decorso del tempo contenuta nel passo, ritenendo che il dettato classico, pur ormai non più ricostruibile, dicesse semplicemente «se qualcuno ha esercitato lungamente il diritto di condurre l'acqua, non ha bisogno di dimostrare il modo con cui lo acquistò: ma '*sufficit ut ostendat per annos forte tot usum se esse [sc. servitute, aqua] non vi non clam non precario*»), e H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, Münster i.W., 1911, p. 70 ss. e nt. 82 (le cui vaste critiche, anche in riferimento a D. 43.19.5.3 – su cui *infra*, nt. 308 e § 16 –, si appuntano sulla frase '*ius aquae ducendae nactus sit*', per escludere in generale la classicità di una simile azione, ritenendo che Ulpiano parlasse qui di un interdetto o di un'ipotesi di *praescriptio longi temporis*: cfr. le recensioni di H. PETERS, in «ZSS.», XLVI, 1912, p. 599, e di A. BERGER, in «Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», XL, 1914, p. 299 ss.; cfr. *infra*, nt. 60, 71, 75, 100, 211 e 261); com'è noto il saggio di Hugo Krüger sulle servitù pretorie, pur incontrando apprezzamenti nella dottrina dell'epoca nonché, relativamente, in quella successiva (cfr., oltre alle ricordate recensioni di Hans Peters e di Adolf Berger, la segnalazione del libro da parte di G. VON BESELER, in «Literarisches Zentralblatt für Deutschland», LXIII, 1912, c. 123 s., nonché E. ALBERTARIO, *La protezione pretoria delle servitù* [1912], *Studi*, cit. [nt. 1], II, p. 479 ss., P. COLLINET, *La tradition des servitudes dans le droit de Justinien*, in «Mélanges P.F. Girard», Paris, 1912, I, p. 187 nt. 1, E. RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, ivi, II, p. 407 ss., sino a P. FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali* [1934], in *Scritti*, Roma, 2000, I, p. 275 nt. 1 e *passim*, e a C.A. MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in «BIDR.», XLVI, 1939, p. 276 e nt. 4), oltre a presentare il non secondario difetto di non tenere conto del citato studio di Silvio Perozzi, pur pubblicato ormai da quattordici anni, concepiva la *vetustas* in una prospettiva sostanziale e costitutiva, e d'altra parte vedeva le servitù prediali – considerate insieme all'usufrutto, ai diritti analoghi e alla superficie – in una prospettiva possessoria, tutelate dall'azione confessoria, alla cui menzione sarebbe qui stato Giustiniano, in vista della reintroduzione dell'istituto dell'usucapione, a sostituire quella di una semplice *actio utilis*: tuttavia, nonostante tali presupposti difficilmente condivisibili – ed ampiamente già criticati dalla romanistica coeva – lo studio di Hugo Krüger presenta egualmente pregi esegetici sovente non trascurabili (anche se, come notava con una certa ironia Emilio Albertario nel ricordato articolo del 1912 – p. 485 –, può capitare di dover dare ragione ad Hugo Krüger sulla singola lettura di un passo, ma senza che questo aumenti menomamente la congruenza della sua costruzione di fondo né sminuisca per nulla le ragioni della tesi di Silvio Perozzi), anche se d'altra parte, per certi versi, si presenta in sintonia, pur in un generale quadro ricostruttivo alquanto remoto, con la tesi recata da queste note, ritenendo che, nelle servitù cosiddette pretorie, la tutela sarebbe stata realizzata attraverso interdetti accordati sulla base della conclusione della *pactio* o della *stipulatio* e dell'esercizio effettivo della servitù; per quanto riguarda specificamente D. 8.5.10.pr., egli (p. 69 ss.) trovava quindi un fondamento alla tesi secondo cui la *vetustas* avrebbe classicamente riguardato le servitù costituite *iure civili* e la *longa possessio* avrebbe difeso i diritti sorti *iure praetorio*, mentre l'intorbidamento delle fonti sarebbe dovuto alla visuale giustiniana che non distingue tra i due ambiti giuridici. Su D. 8.5.10.pr.-1 cfr. altresì BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 85 (che cassa l'intero *principium* e, nel § 1, espunge le

cità alquanto inverosimile⁵⁶: ed in effetti si può sin d'ora notare come la sua complessiva genuinità

parole 'non tantum' e il finale da 'verum etiam' in poi, così da leggere semplicemente 'agi autem hac actione poterit cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur': in particolare, «ex legato statt legato», «alio modo ist als Beispiel wertlos», 'ostendere' è un bizantinismo, «non vi - precario sapit interdictum de aqua cottidiana», «die actio utilis ist eine unerträgliche Veranstaltung dieses Interdiktes» – rinviando a Hugo Krüger –, «omnibus statt aliis», «Doppeltes agi poterit», «quicumque aquam nos ducere impediunt statt impediunt quominus ducatur ist ein Gräzismus: *mñ ʒgein kwl ūousin*): sul rifiuto delle parole 'longa quasi possessio' – ritenuta interpolata anche da WESENER, *Zur Denkform des quasi*, cit. [nt. 4], p. 1404 – e del verbo 'possedissee' (cfr. anche M.E. PETERLONGO, *Il possesso di stato nelle fonti del diritto romano*, in «Studi Albertoni», cit. [nt. 9], II, p. 211 s., che accosta D. 8.5.10.pr. a D. 43.19.5.3, su cui *infra*, § 16) si vedano RABEL, *op. ult. cit.*, p. 407 s. e 411 s. (che, se per un verso rifiuta la classicità del passo specie in relazione ai suoi aspetti linguistici, d'altra parte, rifacendosi in particolare a Otto Lenel, esclude che Giustiniano possa avere introdotto una forma di acquisto prescrittivo facente a meno di *bona fides* e *titulus*), E. ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù prediali*, in *Studi*, cit., II, p. 351 ss. e p. 356 nt. 2 (cfr. *infra*, nt. 59 s.), *Di nuovo sul glossema di Gai., inst. IV, 139* (1914), ivi, p. 366 e nt. 4 (ove si richiama la coeva unanimità nel ritenere interpolato il frammento), e *La protezione pretoria delle servitù*, cit., p. 483 (ove, con Silvio Perozzi, si ritiene interpolato il riferimento all'*actio utilis*, e si rimprovera a Hugo Krüger di limitarsi a negare che i classici concedessero una simile azione a tutela delle servitù pretorie senza arrivare ad ammettere la stessa impossibilità nel diritto classico di acquisire una servitù mediante il decorso del tempo: cfr. *infra*, nt. 211), e p. 486 (ove si ribadisce l'interpolazione del passo in vista dell'idea stessa di una servitù acquisita – 'nanciscor': cfr. *infra*, nt. 63 – tramite la *longa possessio*), ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie*, cit. [nt. 8], p. 118 e – in riferimento a D. 43.20.1.25 – nt. 3 (ove si afferma che la stesura generale del passo ed i suoi difetti specifici «mostrano ... chiarissimamente che la estensione dell'azione 'adversus omnes' è opera dei compilatori»), nonché *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 167 ss. (ove si contrappongono la chiosa 'exemplo ceterarum servitutium' alle parole finali 'sicuti ceterarum servitutium intentio' di D. 8.5.6.3, analoghe ma di senso opposto: cfr. *supra*, nt. 29 e 54: si veda anche GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 124 ss., e *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 287) e p. 180 ss. (in relazione alla espressione 'usum ... possedissee', già censurata da Silvio Perozzi): cfr. P. COLLINET, *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, I, *Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident*, Paris, 1912, p. 161 ss. e 176 ss. (ove si ritengono giustiniane le varie forme di *vindicatio utilis*: cfr. la recensione di Ch. APPLETON, in «RGD.», XXXVII, 1913, p. 55 s.), nonché LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit. [nt. 1], p. 374 nt. 4, che ritenendo D. 8.5.10.pr. interpolato non procede – come invece Adolf Rudorff: cfr. *infra*, § 9 e nt. 261 – ad una sua traduzione formulare (di Otto Lenel cfr. altresì *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*¹, Leipzig, 1883, p. 301, e *Das Edictum perpetuum*², cit. [nt. 8], p. 361 e nt. 6).

⁵⁶ Pietro Bonfante, in linea di massima, riferendo il passo alla *vetustas* ritiene interpolato dai giustiniani (cfr. *La «longi temporis praescriptio» delle servitù* [1893], in *Scritti giuridici varii*, II, Torino, 1918, p. 957 ss. e in particolare p. 958 e 962, e *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 145) il richiamo all'acquisto ('*nactus sit*') e alla *possessio iuris* (cfr. *op. ult. cit.*, p. 237 ss. e 470 s.), ma – contro Silvio Perozzi ed Emilio Albertario: cfr. *La «longi temporis praescriptio»*, cit., p. 960 ss. – non l'*actio utilis* e quindi il testo in generale, dubitando semmai della chiosa: lo studioso, infatti, riprende la visuale di M.L. HEDEMANN, *Ueber den Erwerb und Schutz des Servituten nach römischen Recht mit besonderer Berücksichtigung der quasi possessio und longa quasi possessio*, Berlin, 1864, specie p. 20 ss., secondo il quale le servitù non potevano essere acquisite per prescrizione, ma un lungo periodo di esercizio aveva l'effetto di liberare il soggetto dalla prova del diritto, e ritiene quindi – *op. ult. cit.*, p. 956 ss. – che in tal caso si addossasse al proprietario la prova della libertà del fondo, poiché il pretore avrebbe accordato a chi esercitava la servitù ('*per annos forte tot*' in D. 8.5.10.pr.: p. 958) un'azione utile che l'avrebbe posto «perpetuamente» nella stessa posizione del possessore di buona fede, senza cioè che tale situazione cessasse con l'usucapione del diritto: cfr. D. 39.3.26: '*tametsi ius non probaretur*'; in tale prospettiva, ritenendo evidentemente interpolata C.I. 3.34.2 (su cui *infra*, nt. 75, 322, 395, 444 e soprattutto nt. 469) in vista dell'acquisto della servitù attraverso il decorso del tempo, egli salva viceversa le varie fonti che, senza parlare di *longi temporis praescriptio*, si limitano ad usare espressioni diverse – «ed alcune abbastanza curiose» – come '*diuturnus usus et longa quasi possessio*', '*velut longae possessionis praerogativa*', '*longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet*' – D. 8.5.10.pr., D. 43.19.5.3, D. 39.3.1.23, C.I. 3.34.1 –, proprio in quanto compatibili con l'idea (p. 958) che «l'*actio utilis* fosse accordata in base al possesso *nec vi nec clam nec precario*, senza che si richieda il compimento di quel dato periodo di tempo» previsto per un ipotetico acquisto del diritto, invocando in particolare (p. 959) D. 39.3.1.23, secondo cui '*ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine vel iure impositam servitutum videatur*'; tuttavia Pietro Bonfante, oltre a non considerare testi che, come D. 6.2.11.1, attribuiscono in tal caso addirittura una sorta di *actio Publiciana*, non affronta in tale sede né la questione, pur fondamentale in una simile prospettiva, della parallela tutela interdittale, né il problema del riconoscimento classico della *vetustas* in relazione alle servitù idriche ma non a quelle di altro tipo, cosicché la sua tesi, del resto presentata in maniera alquanto sintetica se non apodittica, appare difficilmente conclusiva): di lui si vedano anche *Note* a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1902-1914, trad. it. – *Diritto delle Pandette* –, 1902-1914, rist. Torino, 1930, V, p. 665 s., nonché *Istituzioni di diritto romano*¹⁰ (1946), Milano, 1987, p. 278 s. e nt. 21 (per tal verso cfr. altresì G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 296 e 299, che pur riconoscendo nel passo forti indizi di intervento giustiniano, specie per quanto riguarda la nuova visione della *praescriptio longi temporis* quale modo di acquisto delle servitù – per la sua considerazione della *quasi possessio*, vista come equivalente a *possessio iuris*, in termini di figura del tutto giu-

sia stata rifiutata da gran parte degli studi romanistici⁵⁷. Anche al di là delle non certo poche né tra-

stiniana cfr. p. 325 –, e criticando in particolare il § 1, ove l'espressione '*cum omnibus*' risulta tipicamente compilatoria così come '*exemplo ... servitutum*' è indice di manipolazione, in ogni caso conclude dicendo: «delle due, l'una: o, come è più probabile, il passo è immutato *quasi ex nihilo* o ... l'azione di cui [in forma certo diversa] il giurista parlava, è un'altra *actio de servitute*, e, in quanto diversa, esperibile contro soggetto diverso dal titolare del fondo servente»); a sua volta Biondo Biondi – *Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 621 s. –, nella ricerca di conferme alla sua ipotesi circa la pluralità di azioni spettanti al titolare della servitù come all'usufruttuario (cfr. *supra*, nt. 9), rifiuta ogni ipotesi interpolatoria con argomenti invero involuti (cfr. BUCKLAND, *The Protection of Servitudes*, cit. [nt. 1], p. 458 s.), e in particolare difende, contro Vincenzo Arangio-Ruiz, la classicità di fondo del § 1 di D. 8.5.10 e del suo finale, mentre d'altra parte in *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 280 s., il *principium* del frammento – in cui si scorge una «evidente stratificazione di concetti» – sarà ritenuto «fortemente interpolato», specie in riferimento alla *possessio servitutis* e alla locuzione '*per annos forte tot*', allo scopo soprattutto di attribuire efficacia costitutiva alla *vetustas*, e verrà considerato altresì insitico il riferimento all'*actio utilis* così come l'acquisto della servitù per prescrizione, dato che classicamente, se la *vetustas* aveva soltanto valore probatorio, essa doveva essere fatta valere nelle normali *actiones de servitutibus* senza necessitare di alcuna specifica *actio utilis* (cfr. tra l'altro *infra*, nt. 75); S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 162 ss., insiste soprattutto sulla differenza tra *diuturnus usus* e *longa quasi possessio* – che andrebbero quindi contrapposti con un '*aut*' o un '*vel*' piuttosto che congiunti da un '*et*' – e in particolare ritiene di origine senz'altro glossematica, nel *principium*, le parole '*et longa quasi possessio*' – cfr. *infra*, nt. 60 –, mentre, in *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 16 s., tende, pur nelle numerose critiche, a salvare il principio di fondo affermato dal § 1 di D. 8.5.10. Oltre a M. ALONSO Y LAMBAN, *Anotaciones sobre el «diuturno usus» y la «vetustas» de la adquisición de servidumbres*, in «*Temis*», XXI («Homenaje J. Sánchez del Río y Peguero»), 1967, p. 201 s. (che, rifacendosi in particolare a Pietro Bonfante, tende a scorgere nel passo stratificazioni dovute alla parificazione giustiniana tra il carattere presuntivo della *vetustas* e la nuova acquisizione prescrittiva delle servitù da lui introdotta), si vedano B. FABI, *La protezione interdittale delle servitù prediali*, in «*AUCA*», XV, 1941, p. 160 ss. (che, nel quadro della propria peculiare tesi sulla «*quasi possessio*» e sulla *usucapio servitutis* come istituti classici, reputa sostanzialmente genuino il frammento), D. NORR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio. Studien zum Einfluß der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Köln - Opladen, 1969, p. 56 s., che, in una prospettiva volta a difendere la classicità del nesso costruttivo, sia pur relativamente generico, tra *longum tempus* e *vetustas*, nonché tra quest'ultima e la antica *usucapio* delle servitù, è portato così a salvare, sempre nel contesto di una certa informalità di prospettive, le due visuali che si sovrappongono in D. 8.5.10.pr. (cfr. la recensione di G. GROSSO [1970], in *Scritti*, cit. [nt. 8], IV, p. 699, nonché P. CORNIOLEY, *De l'origine de la longi temporis praescriptio*, in «*T.*», XLI, 1973, p. 119 ss.), e F. PETERS, *Das «patientiam praestare» im klassischen römischen Nachbarrecht*, in «*SDHI*», XXXV, 1969, p. 150 nt. 87 (secondo cui «*der dortige diuturnus usus hat dieselbe Funktion wie die vetustas*»), nonché KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, cit. [nt. 16], p. 256 nt. 148, e *Das römische Privatrecht*, cit. [nt. 1], I, p. 444 ss. e nt. 60 e 77 (che riferisce il passo ad un ambito provinciale), C.St. TOMULESCU, *Sur la Sententia Senecionis de sepulchris*, in «*T.*», XLIV, 1976, p. 151 e nt. 28, PLESCIA, *The Development*, cit. [nt. 16], p. 199 e nt. 103, e LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 77 s. e 102 ss. (sulla locuzione '*sicuti ceterarum servitutum intentio*' di D. 8.5.6.3 cfr. altresì *supra*, nt. 29).

⁵⁷ Nella letteratura più recente, Luigi Capogrossi Colognesi – mentre in *Appunti sulla «quasi possessio iuris» nell'opera dei giuristi medievali* (1977), in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, p. 250 s. e nt. 20, trattando della *usucapio servitutis* nel diritto medioevale, sul passo in questione si limita a notare come in tale contesto giuridico la possibilità di una prescrizione acquisitiva *sine titulo* del diritto fosse appunto legittimata da D. 8.10.5.pr., e in *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, p. 3 nt. 9 e p. 25, si avvale di tale testimonianza a proposito della conduzione dell'acqua per fondi intermedi e a proposito del *fons* in relazione al quale deve essere costituita la servitù – in *Il deperimento di alcuni actus legitimi e la nuova realtà dei diritti reali, tra Repubblica e Principato*, in *Proprietà e diritti reali*, cit., p. 169 s., occupandosi dello sviluppo che condurrebbe il diritto tardoclassico a dare una sempre più ampia rilevanza probatoria alla *longa possessio*, dopo essersi occupato di D. 39.3.26 (Scaev. 4 *resp.*) e di D. 40.20.3.4 (Pomp. 34 *ad Sab.*), relativi alla *vetustas*, nonché di C.I. 3.34.7 (Diocl. Max., a. 286: '*si manifeste doceri possit ius aquae ex vetere more atque observatione ...*'), richiama D. 8.5.10.pr. difendendo la classicità del suo dettato – pur «non privo di mende» – ed anzi dichiarando sorpassate le posizioni che, «in altri tempi», tendevano a «travolgere la portata del passo», argomentando sulla base del confronto con le analoghe affermazioni recate da D. 39.3.1.23 (cfr. *infra*, nel testo e nt. 71 ss.); tuttavia, tale piccola e un po' scontata crociata antinterpolazionistica (cfr. altresì *Il deperimento*, cit., p. 175 nt. 47) sembra riuscire possibile all'autore proprio perché, in una lettura non molto approfondita, egli si accontenta di affermare che «con Ulpiano appare ormai pacifico il valore del tempo ai fini della titolarità della servitù d'acquedotto o, almeno, della prova della loro esistenza», citando a conforto di ciò proprio D. 8.5.10.pr.: ma, ben diversamente, è appunto tale contraddittoria coesistenza di valore acquisitivo del diritto e di valenza probatoria del *diuturnus usus* che com'è ovvio fa dubitare della genuinità del passo, mentre è chiaro che se si accetta tale aporia come perfettamente logica, come implicitamente fa l'autore, si potrebbe a questo punto considerare classica ogni confusione tra *vetustas* ed acquisto prescrittivo delle servitù, e si rifiuterebbe, rinunciando a qualsiasi riferimento logico-sistematico, di considerare di matrice giustiniana anche quei passi che, come diceva Vincenzo Arangio-Ruiz (*Storia del diritto romano*, cit. [nt. 24], p. 395), «*redolent Tribonianum* lontano un miglio». Un più compiuto tentativo di difesa della classicità di fondo di D. 8.5.10.pr.-1 viene proposto da Vincenzo Mannino (*La*

scurabili mende formali⁵⁸, è innanzitutto il generale impianto argomentativo a risultare ben difficilmente ulpiano⁵⁹: a parte l'espressione '*quasi possessio*' riferita ad una servitù⁶⁰ e l'affermazione circa

tolleranza dell'usus iuris nell'esperienza giuridica romana. Forme di tutela e sviluppi teorici, Torino, 2001, p. 123 ss.: cfr. già *La tolleranza dell' «usus servitutis» nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 1996, p. 80 ss. – su cui si veda la recensione di R.P. RODRIGUEZ MONTERO, in «SDHI.», LXVI, 2000, p. 571 ss. –, e *Dalla tutela della «quasi possessio» delle servitù alla rilevanza dell' «immemorabile tempus» e della «vetustas» nell'esperienza giuridica romana*, in E. CONTE, V. MANNINO, P.M. VECCHI, *Usus, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Torino, 1999, p. 1 ss., che riprende anche lo studio dell'autore – *Nuove osservazioni sulla rilevanza dell'elemento soggettivo nell' «usus servitutis» ai fini del riconoscimento della tutela interdittale* – pubblicato in «Mélanges F. Sturm», Liège, 1999, I, p. 339 ss.), per il quale, se secondo la dottrina dominante il passo recherebbe segni evidenti di un rimaneggiamento «operato dalle scuole bizantine o da Giustiniano» che trasforma il valore probatorio della *vetustas* in acquisto prescrittivo del diritto, in realtà l'intervento dei compilatori si limiterebbe (cfr. *La tolleranza dell'usus iuris*, cit., p. 149 e 154) ad assimilare il *diuturnus usus* alla *quasi possessio*, mentre già i classici – come mostrerebbe il confronto tra D. 8.5.10.pr. e D. 39.3.1.23, sempre di Ulpiano – individuavano «nel lungo esercizio del diritto di *ducere aquam* una situazione idonea ad acquistare una *quasi servitus*», ossia «il diritto di *ducere aquam* tutelabile con un'*actio utilis*, senza la necessità di provare il titolo di costituzione *iure*»: anche senza volere addentrarsi qui nelle linee generali della dubbia ricostruzione di tali temi dovuta all'autore (cfr. *infra*, in particolare nt. 74 e 86), si può in ogni caso sin d'ora notare come tale parallelo tra le affermazioni di D. 8.5.10.pr. e di D. 39.3.1.23 (invocato, come si è visto, anche da Luigi Capogrossi Colognesi) non risulti in una prospettiva rigorosamente metodologica per nulla probante (sulla fallacia di un simile argomento cfr. già RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 408 s.), dato che il problema degli effetti della *possessio* delle servitù e delle azioni speciali che ne sarebbero derivate (ampiamente studiato dalla dottrina più recente dopo le note dispute interpolazionistiche: cfr. per tutti BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 279 ss. e 361 ss. – che appunto, a p. 281, accosta i due passi come vittime di un'analogia stratificazione di concetti –, e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 177 ss. e 212 ss.) è questione che implica necessariamente uno sviluppo che, sia pur magari iniziando in diritto classico ovvero epiclassico, si proietta in ogni caso soprattutto nell'ambito del diritto postclassico, dove tali trasformazioni del regime delle servitù subirono una decisiva accelerazione: per cui trovare in due testi diversi analoghe affermazioni non costituisce affatto, di per sé, una sia pur indiziaria riprova della loro genuinità, potendo ben trattarsi com'è ovvio di una coincidenza di prospettive dovute appunto ad una medesima impostazione interpolatoria: per di più qui resa ancor più verosimile, come si vedrà tra breve anche a proposito di D. 39.3.1.23, delle intrinseche incongruità che entrambi i passi innegabilmente presentano.

⁵⁸) Oltre a PEROZZI, *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 249, che – nel sottolineare che «tutto il testo è manifestamente corrotto», dal «carattere bizantino» della frase '*diuturno usu et longa quasi possessione*' all'erroneità del periodo '*... habet actionem ut ...*' sino all'estraneità della locuzione '*usum se ... possedissee*' ai classici, che «non dicono '*possidere usum*», e alle parole della chiusa '*exemplo ceterarum servitutium*', verosimilmente un'aggiunta giustiniana in cui incongruamente le altre servitù vengono impiegate come esempio costruttivo per l'acquedotto che è invece una delle più antiche e più importanti, nonché all'espressione '*et generaliter ... poterat*', che ripete inutilmente quanto già detto – per dare un significato corretto alla costruzione '*... ut ostendat ...*' la intende nel senso di «purché», «a condizione che», pur ammettendo che da '*habere actionem*' non può dipendere un '*ut*' con tale significato, e ad ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 353 («*sed utilem habet actionem ut ostendat* è una frase errata: da *habere actionem* non può dipendere un '*ut*' col significato di 'purché, a condizione che' ...»), si vedano RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 411, e H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 71, che sostituiscono '*usum possedissee*' con '*se usum esse*' e correggono in '*sufficit ut ostendat*' o in '*sufficit ostendere eum*': anche Siro Solazzi (*Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 162 ss.), riprendendo tali argomenti, nota inoltre come non sia sufficiente espungere quale glossema le parole '*vel alio modo*', come faceva Salvatore Riccobono (cfr. *infra*, nt. 261), ma si deve rifiutare l'intera frase '*de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo*', sia perché «si costituisce il '*ius aquae*' e non l' '*aqua*», sia in quanto «il *legatum per vindicationem* è un *modus* di costituzione, ma il *l. per damnationem* crea solamente l'obbligo a costituire il '*ius aquae*'» (p. 162 nt. 60), e soprattutto afferma che «nessuna persona assennata può attribuire ad Ulpiano la frase '*... utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot ...*', dato che «è idiota porre come scopo dell'azione la prova del possesso»: «il fine dell'azione è il riconoscimento del diritto di servitù e la prova del possesso è un mezzo per conseguire questo fine» (p. 163: cfr. in tal senso anche BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 280 s.). Sul ricorso al verbo '*nanciscor*' e la limitazione dei metodi di acquisto indicati in modo esplicito al solo legato, secondo modalità comuni ad altri testi interpolati come D. 6.2.1.2 e D. 40.7.6.3, cfr. *infra*, nt. 63.

⁵⁹) Si veda in particolare, sulle orme di Silvio Perozzi (cfr. *supra*, nt. 55 e 58), già Emilio Albertario, che, soprattutto in *Il possesso delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 353, afferma che «Il vizio maggiore sta nel difetto di logica, che c'è nel principio. Vi si dice: se alcuno ha acquistato il diritto di condurre acqua col diuturno uso, non ha bisogno di dimostrare di aver acquistato il diritto di condurla per legato o per altro modo. Questo non ha senso. Se la prescrizione fa acquistare il diritto, è un modo d'acquistarlo come gli altri, ed è assurdo dire che, acquistatolo in quel modo, non occorre che io dimostri di averlo acquistato in un altro. Il testo originario si può facilmente ristabilire, tanto lo si intravede sotto le alterazioni giustiniane. Esso diceva: se taluno ha lungamente esercitato il diritto di condurre acqua, non ha bisogno di dimostrare il modo in cui l'acquistò, ma basta che dimostri che da lungo tempo *nec vi nec clam nec precario* lo ha esercitato. Eccone la ricostruzione, continua Emilio Albertario (che non a caso cassa il riferi-

mento all'*actio utilis*: cfr. *infra*, § 11): *Si quis diuturno usu <aquam duxerit>, non est necesse ei docere de iure quo aqua <ducta> est, sed <sufficit> ut ostendat <diu> nec vi nec clam nec precario <aquam duxisse>*. Così, un testo, che stabiliva anch'esso il carattere presuntivo della *vetustas* in materia di servitù, è stato messo sottosopra per introdurre la usucapione della servitù. Il classico *diuturno usu aquam* è diventato il *longa quasi possessio ius aquae duccandae nancisci*» (cfr. *infra*, § 10 e nt. 236 ss.). Si veda altresì, nello stesso senso, SOLAZZI, *Requisiti*, cit. [nt. 56], p. 164 (cfr. *infra*, nt. 244).

⁶⁰ Si vedano tra l'altro, in relazione alla espressione '*... cum de possessione aut quasi possessione contenditur ...*' che compare in Gai., *inst.* 4.139, le censure mosse ALBERTARIO, *Il possesso dell'usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 324 ss., e – contro le critiche di Salvatore Riccobono (*Traditio ficta* [II], in «ZSS.», XXXIV, 1913, p. 251, che mette tale espressione in relazione a D. 8.1.20, richiamando altresì Gai., *inst.* 4.139, '*si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*', ritenendo i tre aspetti tra loro congruenti: cfr. *infra*, nt. 98 e 100) – Di nuovo sul glossema di Gai., *inst.* IV, 139, cit. [nt. 55], p. 361 ss. (*contra*, Gino Segrè, nella recensione [1922] a «*Gai Institutionum Commentarii quattuor*, quartum ediderunt E. Seckel e B. Kübler» [Teubner, 1921], in *Scritti giuridici*, cit. [nt. 9], II, p. 655 nt. 1, secondo cui tale locuzione atecnica sarebbe nata dall'esigenza di forgiare una definizione per l'esercizio dell'usufrutto), e *La protezione pretoria*, cit. [nt. 55], p. 488 nt. 3 – ove tra l'altro, di fronte allo stupore di Hugo Krüger (*Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 100) per il non trovare menzionata in Gai., *inst.* 2.31 la *traditio* accanto alla *pactio* e alla *stipulatio*, si considera «disperata» tale osservazione e si inferisce piuttosto da tale assenza, appunto, la prova che all'epoca di Gaio non si era ancora affermata la nozione di '*quasi possessio*' delle servitù, traendo da ciò un ulteriore argomento per l'interpolazione di Gai., *inst.* 4.139 –, nonché DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini*, cit. [nt. 1], p. 172 ss. (che a difesa del passo gaiano richiama altri testi, come D. 4.6.23.2 e D. 43.16.3.17, ove l'espressione '*quasi possessio*' non appare sospettabile: cfr. del resto anche D. 43.17.3.6), ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 280 s. e nt. 1 (che, limitando la valenza di tali espressioni al piano processuale, ne accetta la classicità), e BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo*, cit. [nt. 41], p. 14 ss. e p. 17 (che pensa a un glossema). In ogni caso, anche se si può ammettere che il sintagma '*quasi possessio*', nonostante il drastico rifiuto della critica interpolazionistica (cfr. in particolare altresì PEROZZI, *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 235 ss.), possa essere stato usato dai classici – e segnatamente dal ricordato passo gaiano – per indicare quelle situazione di fatto tutelate in via interdittale, come avveniva in effetti per le servitù, in maniera analoga al possesso (cfr. di recente CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 246 ss.), risulta comunque da tenere fermo che i classici oggetto della '*quasi possessio*' fosse sempre soltanto la *res* in quanto tale (cfr. in breve M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 490 s.), e non il diritto stesso, come avviene invece nella '*possessio iuris*' elaborata, secondo taluno muovendo può darsi dalla legittimazione passiva del non possessore nella *hereditatis petitio*, a partire dall'età postclassica: oltre a S. DI MARZO, *La possessio iuris nell'hereditatis petitio*, in «SSE.», XXIII, 1906 («Studi L. Moriani», II), p. 25 ss., e a J. PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio im klassischen römischen Rechte*, Leipzig, 1906, p. 3 ss. e 90 ss., si vedano in generale PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit., p. 234 ss. e 242 ss., e *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 866 e nt. 2 s., ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 55], p. 239 ss., e *Di nuovo sul glossema di Gai., inst.* IV, 139, cit. [nt. 55], p. 361 ss., BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 450 ss. e soprattutto p. 465 ss. (ove, in particolare, a proposito di D. 8.5.10.pr. si seguono le correzioni di Gerhard von Beseler: cfr. *supra*, nt. 55) e 471 s., CARCATERRA, *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, cit. [nt. 1], p. 61 ss. (dove si difende la genuinità del ricordato passo gaiano), p. 81 ss. e soprattutto p. 119 ss. e 129 ss. (ove, distinguendo tra la '*quasi possessio*' classica – che propriamente, pur nelle analogie che presenta rispetto ad esso, è un «non possesso» – dalla '*quasi possessio*' delle servitù che compare in passi come D. 8.5.10.pr. e che invece «è un vero possesso», si concorda con la posizione interpolatoria di Silvio Perozzi e di Emilio Albertario), SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 111 ss. (e, in riferimento al passo in questione e alla locuzione '*quasi possessio*' in D. 8.5.10.pr. e in Gaio, p. 132 e 139 ss., ove si ritengono insuperabili le argomentazioni di Emilio Albertario e del tutto erronea – «ha preso un granchio» – le spiegazioni di Antonio Carcaterra), nonché BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 361 ss. (che pur salvando Gai., *inst.* 4.139 ritenendo che con '*quasi possessio*' si indichi qui semplicemente «qualche cosa di simile» al possesso, rifiuta egualmente come interpolati i testi che parlano di una '*possessio*' o '*quasi possessio*' dei diritti e specificamente delle servitù, ribadendo, anche in riferimento ad E. ALBERTARIO, *Il possesso* [1932], in *Studi*, cit. [nt. 1], II, p. 111 ss., che i classici si limitavano in simili situazioni a parlare di '*usus*'); si vedano altresì ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit. [nt. 1], p. 149 ss. – anch'egli nel senso di distinguere il riferimento classico ad una *quasi possessio* connessa alla tutela interdittale di situazioni non propriamente possessorie dalla *possessio servitutis* postclassica che compare in alcuni testi interpolati –, e CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 246 ss. e in particolare p. 250 s., anch'egli sulla differenza tra la locuzione '*possessio iuris*' e l'espressione '*quasi possessio*' (sull'aprobatico ricorso a tale terminologia possessoria – o «quasi possessoria» – seguita ancora in relazione alle servitù da taluni autori contemporanei, cfr. F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali* [Vivagni II], in «RDR.», II, 2002, p. 488 ss.: si veda di recente altresì M. VALENTINO, *La «possessio iuris» e il Pantheon*, in «Labeo», XLIX, 2003, p. 194 ss.). Se le servitù così come l'usufrutto non implicano il possesso della *res*, in ogni caso, questo non significa peraltro che il titolare dello *ius in re aliena* possa di norma convivere aporomaticamente con il possessore di questa, specie per quanto riguarda il *fructuaris*, dato che sovente le situazioni sono per vari versi incompatibili, e il possesso altrui può impedire in concreto l'esercizio del diritto (anche per le servitù, del resto, l'assenza di ogni *possessio* sul fondo servente non implica evidentemente che possa venir meno, così come il libero accesso al sentiero pertinente alla servitù, la libera disponibilità da parte del titolare degli impianti ad esempio idrici, che tra l'altro rimangono di sua proprietà): e in effetti dimenticare tale fattore, prendendo invece alla lettera l'astratta compatibilità tra *ius in re aliena* e possesso altrui, può

la non necessità di *'docere de iure'*, ossia di dimostrare il titolo costitutivo, in un'azione di per sé vice-versa mirante al riconoscimento dello *ius in re aliena*⁶¹, quanto soprattutto risulta irrimediabilmente ostare a qualsivoglia salvataggio del testo presentatoci dai *Digesta* è infatti il riferimento ad un *diuturnus usus* (o *longa quasi possessio*)⁶² dell'acquedotto che, quasi in termini di usucapione della servitù, fa-

condurre a risultati interpretativi alquanto fuorvianti, come ad esempio avviene in BIONDI, *Actio negativa*, cit. [nt. 9], p. 642 s., a proposito di D. 43.16.10 (Gai. 2 ad ed. pret. urb.: *'Si de fundo proprietarium et fructuarium praedo expulerit atque ob id fructuarius [constituito tempore] <biennio> non usus perdidit ius suum, nemo dubitat, quin dominus, sive experiatum cum fructuario adversus praedonem sive non experiatum, retinere debeat reversum ad se usum fructum et, quod fructuarius perdidit, id ad damnum eius pertineat, cuius factu perit'*), che l'autore interpreta nel senso che la perdita per *non usus* sarebbe da addebitare soltanto al titolare dell'usufrutto in quanto, anche se *deiectus* dal *'praedo'* (che Biondo Biondi traduce senz'altro come «predone»), egli in ogni caso, non possedendo, non può venire in alcun modo ostacolato nel godimento che gli compete dalla espulsione dal fondo, e quindi se perde il suo diritto lo perde perché per sua colpa non lo esercita ... Ragionamento piuttosto assurdo (cfr. BUCKLAND, *The Protection of Servitudes*, cit. [nt. 1], p. 450 s., BOHÁČEK, *L'actio negativa*, cit. [nt. 1], p. 66 ss., e MARRONE, *La posizione possessoria*, cit. [nt. 1], p. 54 e p. 95 s. e nt. 15 e 17) che non tiene conto del fatto che semmai, proprio perché impossibilitato dalla *deiectio* nell'esercizio dell'usufrutto, il titolare ha la possibilità di reagire a questa con l'interdetto (verosimilmente, quello di cui parla *Vat. fr.* 91: cfr. *supra*, nt. 1), e se non lo fa lasciando inutilmente trascorrere il tempo necessario all'estinzione per *non usus*, in effetti ciò è addebitabile soltanto a lui, né egli potrà lamentarsene nei confronti del *dominus* (cfr. in particolare B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio «ad edictum praetoris urbani»*, Milano, 1975, p. 174 ss.): sul passo – lasciato indenne dalla critica interpolazionistica, a parte l'usuale correzione di *'constituito tempore'* in *'biennio'*, ed attaccato dal solo BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 842 nt. 2 nell'inciso *'sive experiatum cum fructuario adversus praedonem sive non experiatum'*, che egli elimina perché a suo avviso inconciliabile con l'inesperibilità della tutela interdittale contro persone diverse dal *dominus* – si vedano tra l'altro, oltre a LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 383 nt. 2 (da un punto di vista di palinogenetico), M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla «rei vindicatio» (Corso di diritto romano)*, Palermo, 1970, p. 147 (che dal passo deduce che il *dominus* normalmente detenesse il fondo insieme all'usufruttuario), e NICOSIA, *Studi sulla «deiectio»*, I, cit. [nt. 1], p. 67 (a proposito del ricorso, reputato esatto, al verbo *'expellere'*: cfr. peraltro le osservazioni di CANNATA, *«Deiectio» e interdetti «de vi»*, cit. [nt. 1], p. 104 s.) e, sulla tesi di Biondo Biondi, p. 66 nt. 159. L'esame di questo passo, del resto, potrebbe apparire un poco fuori tema, se non si tenesse conto di come una astratta considerazione dogmatica di tali fenomeni porti una dottrina pressoché dominante a ritenere esperibile contro qualsiasi terzo, e quindi contro colui che abbia «espulso» o *'deiectus'* il *fructuarius* ovvero che abbia impedito con la *prohibitio* l'esercizio di una servitù, l'azione normalmente spettante contro il *dominus fundi* che nega l'esercizio dello *ius in re aliena*, in una prospettiva tendente a ragionare in termini di *actio* senza prestare la necessaria attenzione ai vantaggi pratici ed alla linearità sistemica che in tali casi sono offerti dal ricorso alla tutela interdittale (sull'esperibilità *erga omnes* dell'interdetto cfr. *infra*, nt. 161, 172 e soprattutto 276). Non è infine qui possibile soffermarsi sulla locuzione *'quasi a iuris possessore'* recata da D. 5.3.13.15 (Ulp. 15 ad ed.), su cui si vedano R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria*, Napoli, 1972, p. 82 ss., TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva*, cit. [nt. 24], p. 143 s., 155 e 210, nonché SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 316 ss.

⁶¹ Come si è visto, infatti, la *vetustas* è soltanto un mezzo di prova che prescinde dal modo di costituzione dello *ius aquae ducendae*, di cui ci si può quindi avvalere nella normale *vindicatio servitutis*, mentre a sua volta la usucapione, se in ipotesi ammessa, sarebbe un normale titolo acquisitivo tale da non aver bisogno di alcun specifico mezzo giudiziario diverso dalla confessoria. Ben diversa è naturalmente la situazione nel diritto postclassico, ove l'importanza e la conseguente enfasi legislativa relativa alla tutela possessoria rende quest'ultima momento tanto fondamentale e pregnante, altresì nelle sue conseguenze pratiche, che il successivo accertamento della questione di diritto tende a divenire soltanto eventuale (cfr. in breve SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 132 ss.), in un contesto generale che del resto giunge per tal via a sovrapporre e a confondere le nozioni di «possesso giusto» e di titolarità del diritto reale (cfr. *ivi*, in particolare p. 144 ss.). Anche per tal verso, dunque, testi come D. 8.5.10, irti di problematicità se rapportati al diritto classico, divengono invece pianamente comprensibili se riportati al proprio contesto tardoimperiale.

⁶² Sulla quantificazione di tale *'diuturnus usus'* e *'longa quasi possessio'* cfr. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 162 ss. e nt. 61, il quale richiama due costituzioni di Gordiano, C.I. 7.36.1 (*'diuturnum silentium longi temporis praescriptione corroboratum creditoribus pignus persequentibus inefficacem actionem constituit, praeterquam si debitores vel qui in iura eorum successerunt obligatae rei possessioni incumbant. ubi autem creditori a possessore longi temporis praescriptio obicitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit'*) e C.I. 4.52.1 (*'si nulla usucapionis praerogativa vel diuturni silentii praescriptio emptorem possessionis, quam a coheredibus patris tui distractam suggeris, pro portione tua munit, in rem actio incolumis perseverat: aut si receptum ius securitatem emptori praestitit, est arbitrium tibi liberum conveniendi eos, qui pro portione satis illicitam venditionem celebraverunt'*) e una di Caracalla, C.I. 3.34.1 (*'si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet'*: sulla corruzione del rescritto cfr. SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit. [nt. 8], p. 109 s., ed *infra*, nt. 321 s.), oltre a *Paul. sent.* 5.5a.8 (*'longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes, inter absentes vicennii computatur'*), per ritenere – tenendo presenti an-

che D. 39.3.1.23 nonché D. 43.19.5.3, su cui *infra*, § 16 – che tali espressioni rinviassero ad un periodo di dieci o vent'anni che il giudice poteva eventualmente contenere al di sotto di tale lasso di tempo, osservando peraltro come «le fonti giustiniane non nascondano lo sforzo per angustiare il *diuturnus usus* nei ceppi della *longa temporis praescriptio*». Su come in realtà, superando tale semplicistico dualismo tra classico e giustiniano, nei testi sembrano verosimilmente sovrapporsi un atteggiamento postclassico che non prevedeva esatte quantificazioni ed una diversa prospettiva compilatoria che invece tendeva a fissare precisi periodi temporali (cfr. ad esempio la doppia glossa – '*si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus*' – che compare in D. 43.19.1.2, Ulp. 70 ad ed.), si veda *infra*, nt. 250. E' in ogni caso da notare come l'aggettivo '*diuturnus*' risulti più che altro proprio del lessico postclassico, comparando – su ventotto casi risultanti dal CD.ROM. «BIA.» (Catania, 2002) –, oltre che in *Vat. fr.* 35.5 e 249.8 ed in *Iust. inst.* 1.2.9, ventuno volte in costituzioni imperiali (C.Th. 2.26.4, C.Th. 4.8.9, C.Th. 4.14.1.1, C.Th. 6.28.6, C.Th. 7.8.10.2 [= C.I. 12.40.5.2], C.Th. 9.3.6 [= C.I. 9.4.5.pr.], C.Th. 10.1.15 [= C.I. 7.38.3.1 e C.I. 11.67.2.1], C.Th. 11.36.8, C.Th. 12.1.38, C.Th. 12.1.58.1, C.Th. 16.5.2, C.Th. 16.5.41, *Nov. Val.* 27.1, C.I. 1.46.4.pr., C.I. 4.30.10, C.I. 4.52.1, C.I. 5.37.22.5a, C.I. 5.74.3.pr., C.I. 7.33.7, 7.36.1, e C.I. 12.19.8.pr.), in riferimento – oltre che a *mores* e *consuetudo*, a permanenza e residenza nonché a custodia carceraria – soprattutto al *silentium* connesso alla *praescriptio longi temporis* e al possesso – anche illegittimo: '*incubatio*' – e all'*usus*. Dei tre testi del Digesto in cui, oltre che in D. 8.5.10.pr., compare '*diuturnus*', il primo, D. 1.3.33 (Ulp. 1 *off. proc.*) – '*diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet*' –, può essere senza problema considerato un passo alquanto sospetto quantomeno nei suoi aspetti formali: cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 51 nt. 1, B. LAPICKI, *Le rôle du droit dans la Rome antique*, in «RIDA.», 3^a s., III, 1949, p. 25 s., G. LOMBARDI, *Sul titolo 'quae sit longa consuetudo' (8, 52 [53]) nel Codice giustiniano*, in «SDHI.», XVIII, 1952, p. 56 s. (che reputa il passo un integrale rifacimento postclassico), A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, p. 125 e nt. 77 (che a proposito di '*diuturna*' richiama *Iust. inst.* 1.2.9 nonché D. 1.3.35 e D. 1.3.32.1, che peraltro parlano rispettivamente di '*longa consuetudo comprobata*' e di '*inveterata consuetudo*'), M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*³, Napoli, 1968, p. 221 (secondo cui il concetto filosofico-retorico di consuetudine cui ricorre Ulpiano male si attaglia alla visione romana), E. PÓLAY, *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Budapest, 1964, p. 218 s., F. WIEACKER, *Recht und Gesellschaft in der Spätantike*, Stuttgart, 1964, p. 58 ss., W.E. BRYNTESON, *Roman Law and New Law: The Development of a Legal Idea*, in «RIDA.», 3^a s., XII, 1965, p. 215 e nt. 55, J.A.C. THOMAS, «*Desuetudo*», *ivi*, p. 471 (secondo cui «*the et lege is quite unnecessary and, in the light of other general attitudes, must be regarded as an addition to the text*»), L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano, I, Dalla repubblica all'età dei Severi*, Napoli, 1971, p. 144 s., F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto (Lezioni di diritto romano)*², Torino, 1993, p. 192 ss. (secondo cui il passo – in cui '*diuturna consuetudo*' allude implicitamente ai preesistenti diritti locali» – «rispecchia fedelmente, se pure in forma schematica, il pensiero di Ulpiano», trattandosi – p. 193 nt. 4 – di «un'enunciazione riassuntiva che può essere dovuta allo stesso Ulpiano come ad altri»), E. DOVERE, *Ermogeniano e la nozione di «consuetudo» in D. 1.3.35*, in «SDHI.», LXII, 1996, p. 130 e nt. 29 (che tende a considerare in maniera indifferenziata '*diuturna*' ed '*inveterata*' consuetudo), G. LUCHETTI, *L'usus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani: «legalizzazione» di una prassi (l. 4, 11, 6-7)*, in «Ricerche F. Gallo», cit. [nt. 18], I, p. 535 nt. 22 (che ricorda le considerazioni di Filippo Gallo), e F. GORIA, *La teoria della consuetudine nell'«Elogia Basilicorum (sec. XII)»*, *ivi*, III, p. 162 nt. 9, p. 170 s. e p. 182 nt. 63; nel secondo, D. 23.2.57a (Marc. not. ad Pap. 2 *adult.*) – '*Divus Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per mensorem libertum ita rescripserunt: Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent*' –, l'aggettivo '*diuturnus*' è contenuto in un rescritto imperiale, e quindi è da collegare al lessico della cancelleria piuttosto che a quello dei giuristi (sul passo, oltre ad A. GUARINO, *Studi sull' «incestum»*, in «ZSS.», LXXVI, 1943, p. 192 ss. e nt. 31 e 45, cfr. E. VOLTERRA, *Intorno a D. 23, 2, 57 a*, in «Mélanges Ph. Meylan», I, Lausanne, 1963, p. 367 ss., NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 67 e nt. 21, p. 71 e p. 80 nt. 6, J.A.C.J. VAN DE WOUW, *Papinians libri duo de adulteriis. Versuch einer kritischen Palingenesie*, in «T.», XLI, 1973, p. 320 s. e nt. 113, L.C. WINKEL, *Error iuris nocet: Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung. I. Rechtsirrtum in der griechischen Philosophie und im römischen Recht bis Justinian*, Zutphen, 1985, p. 129 ss., C. CASTELLO, *Regola ed eccezione sulla ignorantia iuris*, in «Studi G. Tarello», I, Milano, 1991, p. 142 ss., nonché in generale F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World [31 BC - AD 337]*, London, 1992, p. 240 ss.); il terzo, D. 50.16.220.3 (Call. 2 *quaest.*) – '*Praeter haec omnia natura nos quoque docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt continere: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros quam filii appellare. etenim idcirco filios filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus*' –, oltre che forse interpolato (cfr. G. VON BESELER, *Romanistische Studien. Intentio in factum concepta?*, in «T.», X, 1930, p. 178), appare in ogni caso alquanto poco significativo in relazione al lessico giurisprudenziale classico (cfr. in ogni caso E. VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano. A.A. 1960-1961*, Roma, s.d., p. 135 s., M. BALESTRI FUMAGALLI, *Rilievi intorno a D. 50,16,220*, in «Testimonium Amicitiae», Milano, 1992, p. 8 ss., e V. MAROTTA, *I giuristi romani come «intellettuali»: La cultura di Callistrato*, in «Ostraka», II, 1992, p. 290 ss.). Se l'aggettivo '*diuturnus*' risulta quindi piuttosto estraneo al vocabolario dei *prudentes*, è da notare come essi, laddove la cancelleria imperiale ricorre a tale termine, preferiscono semmai ricorrere all'avverbio '*diu*' – che, su 67 casi segnalati dal CD.ROM. «BIA.», compare 30 volte nelle costituzioni imperiali e ben 33 nei giuristi classici: 11 volte in Ulpiano (D. 1.4.2, D. 12.6.2.1, D. 17.2.16.pr., D. 24.1.32.13, D. 29.2.6.3, D. 29.2.39, D. 38.9.1.12, D. 39.3.1.23, D. 42.4.8, D.

rebbe ottenere ('*nactus sit*')⁶³ la titolarità dello *ius aquae ducendae*, in esplicita assenza di un atto costi-

43.19.5.3 e D. 48.19.6.pr.), 6 in Paolo (D. 4.8.32.12, D. 19.2.56, D. 40.9.16.3, D. 41.2.3.10, D. 48.5.32 e D. 48.19.40) e in Scevola (D. 32.35.pr., D. 32.38.4, D. 32.93.pr., D. 34.1.13.2, D. 42.1.64 e D. 49.1.24.pr.), due in Marcello (D. 17.1.38.1 e D. 28.4.3), in Marciano (D. 36.1.34 e D. 47.16.1) e in Gaio (*inst.* 1.141 e D. 41.3.1), una in Papirio Giusto (D. 4.8.16.18.pr.), in Papiniano (D. 7.5.8), in Modestino (D. 49.16.3.2) ed in Arrio Menandro (D. 49.16.4.13); l'avverbio '*diutius*', invece, su 46 casi segnalati, compare 30 volte nelle costituzioni imperiali e solo 10 nei giuristi classici: Pomp. D. 1.2.2.4, Ulp. D. 1.18.13.pr., D. 33.7.12.pr. e D. 38.9.1.pr., Call. D. 26.10.6, Iav. D. 34.5.22 e D. 41.3.21, Proc. D. 41.1.55 e Gai. *inst.* 2.44 e D. 44.7.5.pr. – e all'aggettivo '*diutinus*', che, su 14 casi, compare solo quattro volte nelle costituzioni ed una ('*diutina possessio*') in *Iust. inst.* 2.6.12, mentre compare 9 volte – pressoché sempre in senso tecnicistico, e negli stessi casi in cui nelle costituzioni imperiali preferiscono in linea di massima ricorrere a '*diuturnus*' – nei giuristi classici, i cui testi sono qui tratti perlopiù dalle rubriche D. 41.2 ('*de adquirenda vel amittenda possessione*'), 3 ('*de usurpationibus et usucapionibus*') e 4 ('*pro emptore*'); D. 41.2.36 (Iul. 13 dig.: '*... per diutinam possessionem capiet ...*'), D. 41.2.43.1 (Marc. 3 reg. + Pomp. 5 var. lect.: '*... bona fide diutina possessione capere ...*'), D. 41.3.13.2 (Paul. 5 ad Plaut.: '*si mandavero tibi, ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutina possessione capis ...*'), D. 41.3.18 (Mod. 5 reg.: '*... recte diutina possessione capiet ...*'), D. 41.4.7.pr. (Iul. 44 dig.: '*qui fundum pro emptore possidebat, antequam diutinam possessionem impleteret, decessit ...*'), D. 41.4.7.2 (Iul. 44 dig.: '*... nihilo minus servum diutina possessione capere ...*'), D. 41.4.13 (Scaev. 5 resp.: '*alienam aream bona fide emit et ante impletam diutinam possessionem aedificare coepit: ei denuntiante domino soli intra tempora diutinae possessionis, perseveravit ...*') e D. 48.19.25.pr. (Mod. 12 pand.: '*si diutino tempore aliquis in reatu fuerit ...*'). Tuttavia è altresì da tenere presente come l'aggettivo '*diutinus*' possa essere d'altra parte considerato talora interpolato, facendo in particolare riferimento ad esso il passo di Marciano (5 reg.) in cui si menzionano i rescritti di Caracalla che estese alle cose mobili provinciali la *longi temporis praescriptio* prevista per gli immobili (D. 44.3.7: '*Rescriptis quibusdam divi Magni Antonini cavetur, ut in rebus mobilibus locus sit praescriptioni diutinae possessionis*'; cfr. in breve C. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose - La proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1946, p. 152 e nt. 1), e potendo anzi apparire nei testi compilatori ('*diutina possessione capere*') una interpolazione quasi analoga a quella in cui, com'è noto, i riferimenti temporali classici dell'usucapione vengono sostituiti dalla locuzione '*statuto tempore*' (cfr. ancora il testé ricordato *Corso* di Carlo Longo, p. 153 nt. 3 e p. 154 nt. 1).

⁶³ Il verbo '*nanciscor*' (dall'antico '*nancior*', di origini indeuropee, conservatosi soltanto presso i grammatici, e che del resto, anche nella forma più moderna, nella lingua letteraria viene usato più che altro al perfetto: cfr. A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴ [rist.: cur. J. ANDRÉ], Paris, 1994, sv. '*nancior*', p. 428 s.) significa propriamente «trovare a caso, imbattersi in qualche cosa, trovare, ottenere» – «obtenir, recevoir, surtout sans peine, par hasard» – e quindi «conseguire» (si veda in generale Æ. FORCELLINI, «Lexicon Totius Latinitatis», Padova, 1864-1926, rist. Padova, 1965, III, p. 329): nelle fonti giuridiche latine (cfr. «VIR.», IV.1, cit. [nt. 37], sv. '*nanciscor*', c. 10 s., che si limita a suddividere i luoghi in riferimento alle *res corporales* e *incorporales* – nonché '*cetera*': ma è un solo caso – cui si riferisce tale verbo) '*nanciscor*' – come si ricava da un pur provvisorio riordino dei 165 luoghi forniti per le uscite '*nanciscor*', '*nactus*' e '*nactus*' dal ricordato [nt. 62] CD.ROM. «BIA.» – ha un significato alquanto generico e lo si incontra sovente nella descrizione di fatti e aspetti della realtà quotidiana (Ulp. D. 21.1.17.4 [*occasio fugae*] e 7 [*occasio redeundi del servus fugitivus*], Gai. D. 39.6.31.pr. [*capiendi occasio* che sorge *ex morte alterius*], Ulp. D. 43.12.1.5 ['... *perpetuum incrementum nactus sit ...*', a proposito degli incrementi fluviali] e Ulp. D. 41.1.44 ['... *nam genere quodam venandi id erant nacti ...*']), usato in una gamma di significati mutuati dal linguaggio comune (cfr. altresì Pomp. D. 1.2.2.35 ['... *iuris civilis ... qui scientiam nacti sunt ...*] e Theod. Arcad. Hon. C.Th. 8.6.2 = C.I. 12.51.1.1 ['... *nullus ultra hoc temporis spatium ... nanciscatur ...*']); in un contesto relativamente più giuridico, è usato in riferimento a condizioni e potestà di diritto pubblico (Ulp. D. 50.2.2.1, Ulp. D. 1.16.4.6 [conseguimento della *iurisdictio* da parte del magistrato], Ulp. D. 48.22.7.12 [*ius interdicendi*], Ulp. D. 50.5.13.pr. [sacerdozio], Valens Grat. Valent. C.Th. 1.32.3.pr., Hon. Theod. C.Th. 6.26.17.1), a facoltà in senso lato (Gai., *inst.* 4.167 [*facultas fruendi*], Marcell. D. 46.3.72.3 [*facultas* nascente da *stipulatio del servus*] e Paul. D. 41.3.4.7 [*facultas*] e a diritti e posizioni giuridiche (*Iust. inst.* 3.1.2a [*iura*], Ant. C.I. 11.30.2 [*ius*], Ulp. D. 37.6.1.6 ['... *nec quicquam amplius nanciscitur ...*] e Tryph. D. 28.2.28.1 [*ordine quodam naturali nactus est potestatem*]), ovvero a condizioni personali (Ulp. D. 40.7.2.pr. [*statuliberi causam*], Hon. Theod. C.Th. 6.13.1 = C.I. 12.11.1.1 [*sin absque honore comitivae regimen fuerint nacti ...*], Ulp. ep. 29.5 [*ius liberorum*], Ulp. D. 49.15.15 [*postliminium*], Constantin. C.I. 2.52.5.2 e C.Th. 2.16.2.3 [maggiore età]), e così in relazione alla '*libertas*' (Ulp. D. 40.7.2.pr., Ulp. D. 40.5.4.14 e Gord. C.I. 4.57.5.pr.), a diritti di parentela e potestà (Gai., *inst.* 1.115 [donna *in manu*], Ulp. D. 3.8.1.4 [parentela adottiva], Ulp. D. 38.8.1.4 ['... *cognitionem in adoptiva familia nanciscetur ...*'], Gai. D. 28.3.13 ['... *quasi agnitione nanciscuntur ...*'], Ulp. D. 40.10.6 [*iura ingenuitatis*], Gai., *inst.* 3.14 e coll. 16.2.14 ['... *quae per in manum conventionem apud patrem nostrum ius filiae nacta est ...*'], *Iust. inst.* 2.13.2 e 3.2.1 [*iura consanguinitatis* dei postumii], alla tutela (Gai., *inst.* 1.115 [del nuovo tutore, da parte della donna], Gai., *inst.* 1.175 [tutela legittima], Gai. D. 26.4.9, Gai. D. 26.4.9, *Iust. inst.* 1.12.6 [*tutelam*] e 1.19.pr. [*legitimam tutelam*]), ai diritti successorii (Gai., *inst.* 2.113 [*ius testamenti faciendi*] e 2.133 [*iura suorum heredum quasi agnitione*], Gai. D. 28.3.13 e *Iust. inst.* 2.13.2 [*iura suorum heredum quasi agnitionis iura*]), Iul. D. 37.4.13.pr. [*ius ereditario*], *Iust. inst.* 3.1.10 [diritti ereditari dei figli dati in adozione], Ulp. ep. 29.5 [*iura ereditari delle donne dotate dello ius liberorum*], *Iust. C.I.* 1.3.48.3 [*hereditas* da parte di *pauperes indiscrete scripti heredes*], *Iust. inst.* 3.1.2a [figli non legittimi] e 3.1.10 [figli adottivi], *Iust. C.I.* 6.58.12.pr.): sovente esso è poi riferito all'*actio* e all'*interdictum* (Paul. D. 5.3.40.2 [azioni e interdetti che derivano dall'acquisizione del possesso], Gai. D. 2.13.10.3, Ulp. D. 18.4.2.8, Gai. D. 36.1.65.9 e 10, Paul

D. 12.2.28.9, Ulp. D. 44.4.4.29, Paul. D. 17.1.45.5, Ant. C.I. 3.36.2, Sev. Ant. C.I. 4.55.2, Ant. C.I. 3.36.2) e all'*exceptio* (Ulp. D. 23.4.25, Ulp. D. 50.17.66). Ma il nucleo di casi in cui più sovente compare tale verbo è quello connesso alle situazioni possessorie, sia per quanto riguarda la detenzione (*Vat. fr.* 90 [della *res* da parte dell'usufruttuario] e *Iust. C.I.* 7.39.8.2 [*detentores qui sine violentia rem nacti sunt*]), sia soprattutto in riferimento alla *possessio* (Ulp. D. 4.6.28.5, Ulp. D. 5.3.13.14, Paul. D. 6.1.21, Ulp. D. 12.2.11.1, Ulp. D. 44.2.18, Ven. D. 46.8.8.pr., Paul. D. 44.4.5.2, Paul. D. 47.2.32.pr., Tryph. D. 49.15.12.9, Ulp. D. 7.1.12.4, Paul. D. 6.1.47 [*possessio e absentia*], Paul. D. 41.3.4.7 [*res peculiaris subrepta* e poi tornata nel possesso del *dominus*], Pomp. D. 44.7.56 [*'... nactus possessionem servi ...'*], Paul. D. 41.3.4.12 [ritorno al *dominus* della *res subrepta*], Gai. D. 6.2.13.1 [*'animo nanciscitur possessionem'*], Paul. D. 41.2.3.13 [*'naturalem possessionem'*], Paul. D. 41.3.4.13 [*corporaliter possessio*], *Iust. C.I.* 7.32.12.pr. [*corporaliter possessio*]), a proposito della quale è possibile distinguere poi i casi in cui essa deriva da attività di sottoposti (Gai., *inst.* 2.87 [*ex traditione* attraverso *alieni iuris*], Paul. D. 41.3.31.2 [*possessio* tramite il servo], Paul. D. 41.2.1.12 [*possessio* attraverso l'*ancilla*], Gai. D. 41.1.10.1 [*'quod servi nostri ex traditione nanciscuntur'*], *Iust. inst.* 2.9.3) o è connessa ad altre ipotesi, specie contrattuali (Diocl. Max. C.I. 4.49.5 [*possessio fructus* che l'*emptor* deve rifondere], Paul. D. 29.2.22 [*'si ... putaverit defunctum servum suum esse et quasi peculium eius nactus sit ...'*], Paul. D. 41.3.14.pr. [*possessio* da parte dell'*emptor* e del *venditor*], Afr. D. 44.3.6.1 [*'... si venditor possessionem postea nactus sit ...'*], Paul. D. 45.1.83.6 [*'si rem quam ex causa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ...'*], Marcian. D. 20.6.8.8 [*'... qui non successionis iure, sed alio modo rem nactus est ...'*], Paul. D. 18.4.21 [ottenimento della *res* oggetto di *stipulatio*], *Iust. inst.* 3.23.3 [mancato conseguimento della *res* acquistata e obbligo di pagare il prezzo] o derivanti da illecito (Ulp. D. 7.1.12.5 [usufruttuario che torna in possesso dei frutti rubati], Gai. D. 41.1.9.8 e *Iust. inst.* 2.1.48 [furto di *res* perdute in un naufragio]); molti sono com'è naturale i casi in cui tale verbo è usato per tal verso in riferimento agli interdetti (Gai. D. 16.1.24 [*possessio* mediante *aliquo interdecto*] Gai. D. 6.2.13.1, Pomp. D. 43.26.15.4 [*possessio ex precario*], *Iust. inst.* 4.15.4 [*'... qui interdicti tempore possidebat, si modo nec vi nec clam nec precario nactus fuerat ...'*]), ovvero all'*usucapione*, distinguendo altresì i requisiti del possesso dal punto di vista dei vari presupposti di tale istituto (Gai., *inst.* 2.51, Gai. D. 41.3.37.1 e *Iust. inst.* 2.6.7 [*possessio sine vi*], Ulp. D. 41.2.6.pr. [*'bonae fidei possessionem'*], Gai. D. 41.1.9.1 [*possessio bonae fidei*], Paul. D. 6.1.12 [*possessio* di mala fede], Ulp. D. 21.3.1.5 [*possessio sine vitio*], Paul. D. 41.3.4.16 [*possessio* viziosa], Paul. D. 41.3.31.4 [*possessio vi aut clam e furiosus*], Gai., *inst.* 2.51-52 [*possessio e usucapio*] e 3.201 [*usucapio pro herede*], Iul. D. 41.4.7.1 [*possessio pro emptore*], Marcell. D. 41.2.19.1 [*'... ex alia causa possessionem ...'*], Paul. D. 41.2.5 [*possessio del praedo*], Paul. D. 41.4.2.12 [usucapibilità della *res* posseduta in mala fede dal *servus* ma ricevuta in buona fede dal *dominus*], Paul. D. 41.2.1.14 [*usucapio e possessio* tramite servo fuggitivo], Iav. D. 41.2.22 [*possessio* di *res* e requisito della capacità di '*eam retinere*'], Paul. D. 41.2.30.5 [eredità e possibilità di *possidere* attraverso il colono], Paul. D. 41.4.2.18 [*successio possessionis* nell'*usucapio*] Paul. D. 41.3.15.2 [*possessio ad usucapionem*], Paul. D. 41.3.8.pr. [*usucapio* di cose acquistate *peculiariter* dal *servus*], Paul. D. 4.6.31 [*possessio e usureceptio*], Paul. D. 41.2.32.2 [*'sine tutoris auctoritate possessionem'*], Paul. D. 41.2.1.20 [*possessio* acquistata attraverso il tutore e il curatore]), e quindi all'*actio Publiciana* (Paul. D. 6.2.12.1 [*possessio* dell'*hereditas* da restituere secondo il senatoconsulto Trebelliano], Gai. D. 6.2.13.pr. [*'quaecumque sunt iustae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus ...'*], Pomp. D. 6.2.15 [*possessio* della *res* acquistata dal servo fuggitivo], Nerat. D. 6.2.17 [*'qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est'*]) nonché alla materia *lato sensu* successoria, sempre in riferimento alla *possessio* (Pomp. D. 36.1.22 [*'rerum hereditariarum possessionem'*], Gai., *inst.* 2.126 [*bonorum possessio*], Ulp. D. 32.68.pr. [fondo ottenuto in via fideicommissaria], Ulp. D. 33.8.6.1 e Paul. D. 35.2.1.11 [*possessio rerum* del legatario], Gai. D. 36.1.65.pr. [mancanza di *possessio* ed effetti del fedecommissario], Gai. D. 30.69.5 [*cautio* dell'erede che si impegna a consegnare, *si nactus sit*, la *res* legata della cui esistenza si dubita], Ulp. D. 18.4.2.3 [*corpora rerum hereditariae*], Alex. C.I. 6.54.5 [*'... qui legati sive fideicommissi causa in possessionem mittuntur, non proprietatem nanciscuntur, sed ius pignoris ...'*], *Vat. fr.* 282 [*'... ex voluntate donantium possessionem ...'*], Diocl. Max. C.I. 8.53.6 [*possessio* derivante da donazione]). Come si vede, il verbo '*nanciscor*' non è di norma riferito al conseguimento della proprietà (e degli *iura in re aliena*) attraverso i modi di acquisto dello *ius civile*, e al massimo può venire usato trattando dei modi di acquisto *iuris gentium* che si realizzano innanzitutto attraverso il possesso (Paul. D. 41.2.1.1 [acquisto per occupazione delle *res nullius* da parte di chi per primo se ne impossessa] e *Iust. inst.* 2.1.33 [possesso della carta e acquisto per accensione delle *litterae aureae*]), giungendo per tal via ad essere riferito *tout court* all'acquisto della proprietà ma sempre *iuris gentium* (Gai. D. 41.1.1.pr. [*'rerum dominium nanciscimur iure gentium'*] e *Iust. inst.* 2.1.11 [*'dominium nanciscimur iure naturali'*]); se i testi classici usano tale verbo a proposito del *dominium* in generale – ossia senza escludere ma comunque senza un diretto riferimento a specifiche situazioni dello *ius civile* – questo avviene sempre, oltre che guardando ai risvolti concreti della fattispecie, secondo modalità alquanto generiche, ad esempio, in senso meramente descrittivo, in riferimento ad una proprietà non ancora conseguita e quindi solo eventuale (Scaev. D. 41.6.5 [*usucapio pro donato* e *dominium* non ancora '*nactus*'], Ulp. D. 21.3.1.4 [*'... priusquam proprietatem rerum nancisceretur ...'*], Ulp. D. 40.5.26.11 [*'... nondum dominium servi nactus esse ...'*], a proposito del legatario], Pomp. D. 30.24.1 [*'si usum fructum habeam eumque legaverim, nisi postea proprietatem eius nactus sim, inutile legatum est'*]), ovvero quando l'acquisto della proprietà si inserisce incidentalmente nella trattazione di fattispecie relative ad altri istituti (Paul. D. 8.2.30.1 [*'si partem praedii nactus sim ...'*], Ulp. D. 47.2.43.12 [*'etiamsi partis dimidia nanciscar dominium in servo, qui mihi antea furtum fecerat ...'*], Pomp. D. 44.2.21.3 [usufruttuario che consegue la proprietà – '*... proprietatem nactus ...'* – della *res*], Ulp. D. 32.3.2 [*'... si rem quis debeat ex stipulatu ei cui rem legaverit, fidei committere eius non poterit, licet ex legato commodum sentire videatur, quod dominium nanciscitur statim nec exspectat ex stipulatu actionem ...'*], Alex. C.I. 3.38.2 [*dominium* derivante da divisione della *res commune* in ordine a cose che già si possiedono]), ed in ogni caso in luoghi ove, più che l'acquisto del diritto di proprietà in senso tecni-

co, quello che rileva è semplicemente il risultato empirico del suo concreto conseguimento (Ulp. D. 6.2.1.2 [*'Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum'*], Ulp. D. 44.2.11.4 [*'... at si ex alia causa dominium fuerim nactus ...'*]), o comunque in riferimento ad ipotesi marginali alquanto lontane da *mancipatio* e *in iure cessio* (Gai. D. 9.4.20 [*'... noxia servi dominium nactus ...'*], Ulp. ep. 19.16 [dominia attraverso l'*adiudicatio* dell'*actio familiae erciscundae*]). Non appare un caso, infatti, che l'unica ipotesi in cui il verbo '*nanciscor*' viene senz'altro riferito, in un contesto avente valore generale, al *dominium* in quanto tale, sia una costituzione del 327 d.C. di Costantino (C.Th. 11.3.2: '*mancipia adscripta censibus intra provinciae terminos distrahantur et qui emptione dominium nacti fuerint, inspiciendum sibi esse cognoscant. id quod in possessione quoque servari rationis est: sublatis pactionibus eorundem onera ac pensationes publicae ad eorum sollicitudinem spectent, ad quorum dominium possessiones eadem migraverunt'*), nella quale, al di fuori di ogni contesto sistematico classico, si sancisce appunto autoritativamente il principio, già impostosi nella pratica, '*emptione dominia transferuntur*' (cfr. F. GALLO, *Il principio emptione dominium transferuntur nel diritto giustiniano*, Milano, 1960, in particolare p. 8 ss., 45 ss., 61 ss. e 111 ss., nonché A. PALMA, *Donazione e vendita «advocata vicinitate» nella legislazione costantiniana*, in «Index», XX, 1992, p.477 ss.), dove, in particolare, l'espressione '*emptione dominium nancisci*' sembra indicare il passaggio della proprietà come effetto immediato della compravendita, e precludere in certo modo alla frase, recata sessant'anni dopo dalla costituzione di Valentiniano II, Teodosio I ed Arcadio – C.I. 7.38.2, a. 387 – in cui si parla di terre *venditae vel alio pacto alienatae*, senza distinguere tra contratto ed atto di trasferimento della proprietà, proprio in quanto '*alienare*' risulta appunto significare '*dominium transferre*': un processo ove '*nanciscor*' indica un'acquisizione della proprietà comunque avvenuta – ed anzi sembrerebbe usato proprio per evitare di affrontare gli aspetti tecnici di tale fenomeno giuridico – e si collega direttamente alla visuale in cui ad esempio gli stessi imperatori – C.Th. 11.3.5, a. 391 – parleranno di '*quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur*', in un linguaggio spiegabile solo ammettendo che, in tale contesto, i modi di trasferimento della proprietà si identifichino ormai con le *iustae causae dominii acquirendi* (si veda in tal senso BISCARDI, *Proprietà e possesso*, cit. [nt. 6], p. 112 s.). In tali trasformazioni del diritto e specificamente delle modalità di trasferimento dei diritti reali, se già i classici, come si è visto, usavano il verbo '*nanciscor*' quando interessava più l'effetto concreto del conseguimento, in qualsiasi modo realizzatosi, del *dominium*, piuttosto che il negozio giuridico che aveva avuto tale effetto (abitudine che del resto si ritrova anche nelle fonti postclassiche: cfr. ad esempio Grat. Valent. Theod. C.Th. 3.8.2.2 = C.I. 5.9.3.2 [*'quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem vel natus native decesserint, omne, quod quoquo modo percepit, pleni proprietate iuris obtineat atque ex his nanciscendi dominii et testandi circa quem voluerit liberam habeat potestatem'*]), ecco che quando si interviene censoriamente su di un testo classico per cassare la menzione dei modi di acquisto *iure civili* ormai scomparsi, sostituendovi la menzione della *traditio*, in ogni caso si preferisce appunto sorvolare sulle modalità tecniche di trasferimento della proprietà, cosicché sovente la precisa indicazione classica del modo di acquisto della proprietà si stempera in un'elencazione esemplificativa ove non poche volte compaiono conclusivamente locuzioni riassuntive impostate sulla nozione di una proprietà «in qualsiasi modo ottenuta»: di tale procedimento risulta un notevole esempio Ulp. D. 40.7.6.3: (*'statuliber parendo conditioni in persona emptoris pervenit ad libertatem: et sciendum hoc ad statuliberos omnis sexus pertinere. non solum autem si venerit, haec condicio ad eum transit qui emit, verum etiam ad omnes, quicumque quoquo iure dominium in statulibero nacti sunt. sive igitur legatus sit tibi ab herede statuliber sive adjudicatus sive usucaptus a te sive traditus vel alioquo iure tuus factus, sine dubio dicemus parere conditioni in persona tua posse. sed et in herede emptoris idem dicitur'*): ove, a parte l'uso del verbo '*dicere*' al plurale (*'dicemus'*), è senz'altro da ritenere interpolata, se non tutta la parte finale da '*et sciendum*' in poi (si veda in tal senso G. VON BESELER, *Textkritische Studien*, in «ZSS.», LXVI, 1933, p. 3), almeno la menzione della '*traditio*' (per la correzione '*... sive [traditus] <mancipatus> vel ...*' si vedano LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], II, c. 1114, n. 2699 e nt. 1, e G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano, 1940, p. 250: per la corruzione generale del passo, si veda in particolare G. GROSSO, *Sull'applicazione della regola: «heredi decem dare iussus et liber esse et heredis heredi dando pervenit ad libertatem»* [1931], in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], III, p. 345 s. e nt. 7, *Apunti sulla designazione nominativa* (1941), ivi, p. 614 s., e la recensione del 1941 a DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., ivi, IV, p. 163; sul preciso indizio di interpolazione fornito dalla menzione della *traditio* e nel caso della *usucapio* senza fare riferimento alla *mancipatio* e alla *in iure cessio* – cfr. soprattutto O. GRADENWITZ, '*Per traditionem accipere*' in *den Pandekten*, in «ZSS.», XIX, 1885, p. 56 ss., e *Interpolationen in den Pandekten*, in «ZSS.», XX, 1886, p. 46 ss. – si vedano in breve P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*⁴, Roma, 1934, rist. Milano, 1959, II, p. 151, e V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit. [nt. 24], p. 394, nonché H. APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, Paris, 1895, rist. Roma, 1967, p. 254 s.). Del resto, analoghe perplessità risulta destare il ricordato Ulp. D. 6.2.1.2 (*'Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum: sunt et alia pleraque'*), dove pur il riferimento alla *traditio* non è per tal verso sospetto – trattando qui Ulpiano dell'*actio Publiciana* –, ma ove in ogni caso si è prospettata la sostituzione di '*traditionis*' a '*emptionis*' (cfr. S. PEROZZI, *L'editto publiciano* [1894], in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 423 ss.), e in generale viene sospettato l'intero tenore del frammento (cfr. G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 88, che rifiuta tutta la parte finale da '*ut puta legatum*' in poi) ed anche Otto Lenel (*Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts* [1878], in *Gesammelte Schriften*, cit. [nt. 8], I, p. 204 s.: cfr. *Palingenesia*, cit. [nt. 20], II, c. 511, n. 562 nt. 2) corregge '*ut puta legatum*' ed il '*sunt et alia pleraque*' del successivo D. 6.2.3, in cui riprende il discorso ulpiano dopo un'inserzione di Paolo (cfr. A. DELL'ORO, *Tecniche compositive del Digesto: citazioni reciproche di Paolo e Ulpiano e richiami a Gaio*, in «RDR.», I, 2001, p. 461 ss.), con '*ut puta mancipatio, in iure cessio, legatum per vindicationem relictum*' (sul passo, difeso da Wilhelm Kalb – n.v.: cfr. «Index Interpolationum», I, cit. [nt. 95], ad h.l., c. 89 –, si veda altresì E.

tutivo ('*veluti ex legato vel alio modo*'): '*... non est ei necesse docere de iure ...*'⁶⁴; né tali difficoltà sembrano venire smussate dalla qualifica dell'azione in esame non in termini di *vindicatio servitutis* in senso proprio, bensì quale '*actio utilis*', azione della quale, come si vedrà meglio tra breve, riesce alquanto difficile comprendere l'ipotetico rapporto con la normale confessoria: in particolare, sotto tale aspetto, non sembrano convincenti i tentativi di salvare un ipotetico nucleo classico del passo invocando

HUSCHKE, *Das Recht der Publicianischen Klage in Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeine deutsche Civilgesetzbuch*, Stuttgart, 1874, p. 4). Nel complesso, quindi, alla forma verbale '*nactus sit*' e alle parole '*... de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo ...*' di D. 8.5.10.pr. sembrano linearmente corrispondere, in una prospettiva interpolatoria, oltre al periodo '*... omne, quod quoquo modo percepit, pleni proprietate iuris obtineat atque ex his nanciscendi dominii ...*' di C.Th. 3.8.2.2 [= C.I. 5.9.3.2], la costruzione '*... cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum ...*' di D. 6.2.1.2 nonché l'analoga frase '*... verum etiam ad omnes, quicumque quoquo iure dominium ... nacti sunt. sive igitur legatus ...*' di D. 40.7.6.3: argomenti che, sia pur in modo forse non senz'altro di per sé assolutamente conclusivo, appaiono in ogni caso decisamente avvalorare anche per tal verso la soluzione del carattere non genuino del frammento in esame. In generale, per quanto riguarda il verbo '*nanciscor*', si può dunque concludere come da un veloce ma relativamente completo esame delle fonti giuridiche che vi ricorrono emerga come tale lemma non acquisiti per tutta l'epoca classica alcun significato connesso al «conseguimento» in senso tecnico del *dominium* (o di altri diritti reali), ma una più limitata accezione che nel linguaggio giuridico mutua l'ampio significato atecnico del verbo proprio del linguaggio comune per indicare, in maniera descrittiva ed empirica, il conseguimento di una posizione di vantaggio legata più che altro ad una prospettiva possessoria; questi risultati vengono ora confortati dal recente studio di A. ARNESE, *Nancisci in Gaio: la natura e il caso*, in «SDHI.», LXVII, 2001, p. 59 ss., che muove da D. 41.1.1 (Gal. 2 r. cott.: '*... quarundarum rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundarum iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae ...*') per sottolineare, innanzitutto in riferimento alla cattura di animali selvatici, l'idea di «ottenimento» di una *res* legata ad una *naturalis ratio* che si manifesta innanzitutto in un «impossessamento» (prospettiva ampiamente documentata, nelle fonti non giuridiche, da vari passi di Cicerone: cfr. *Cat.* 15.51-53, *Lael.* 27, *nat. deor.* 2.614.161) che sin dalle XII Tavole (cfr. *fr. inc. sed. 1* = Fest., *verb. sign.* [L.² p. 285], sv. '*nancitor*') risulta peraltro strettamente connessa ad un contesto di «casualità» e di «opportunità» e di «circostanza favorevole». Si veda altresì D. 8.2.20.5 ('*stillicidium quoquo modo adquisitum sit*'), dove la nozione lata ed atecnica di «conseguimento» della servitù si combina con la locuzione, qui tipicamente giustiniana, '*quoquo modo*' (cfr. tra l'altro il ricordato D. 40.7.6.3), che serve appunto a sorvolare sulle modalità di costituzione della servitù e per evitare così di fare riferimento ai modi di acquisto dello *ius civile* (cfr. *infra*, nt. 87). Tali problemi, in ogni caso, non sembrano preoccupare parte della dottrina più recente, cosicché, ad esempio, Vincenzo Mannino in D. 8.5.10.pr. può tradurre tranquillamente le parole '*si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit ...*' con «se qualcuno ha acquistato il diritto di condurre acqua per lungo uso e per quasi lungo possesso ...» (*La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 124).

⁶⁴ Sull'antica *usucapio servitutis* – l'argomento può essere solo accennato – si vedano, oltre ad ASCOLI, *La usucapione di servitù*, cit. [nt. 54], p. 52 ss., in particolare gli studi di Th. MAYER-MALY, '*Usucapio*', in PAULY, WISSOWA, «Real-Encyclopädie», IX.A.1, cit. [nt. 14], specie c. 1103 ss., *Studien zur Frühgeschichte der Usucapio* (I), in «ZSS.», XC, 1960, p. 16 ss., e *Studien zur Elementarliteratur über die usucapio*, in «Studi E. Betti», III, Milano, 1962, p. 495 ss., ed in generale BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 273 ss., G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, p. 270 ss., e *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 189 ss. e 244 ss., G. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965, p. 171 ss., e *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, p. 7 s. e *passim*, G. WESENER, *Zur Frage der Ersitzbarkeit des usufructus*, in «Studi G. Grosso», I, Torino, 1968, p. 211 ss., R. YARON, *Reflections on Usucapio*, in «T.», XXXV, 1967, p. 226 ss., A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 21 ss., L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, Milano, 1969-1976, II, p. 437 ss., e A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981, p. 68 ss. e 128 ss. (cfr. altresì *infra*, nt. 66). Sotto tale aspetto, appare in particolare notevole la posizione di J. CUJAS, *Recitationes Solemnes, in l. VIII, in tit. I ad l. XIV*, D. 8.1.14 (in *Opera*, cit. [nt. 17], III, c. 291 ss.), che attribuisce senz'altro il contenuto di D. 8.5.10 alla riforma giustiniana della prescrizione acquisitiva (o in ogni caso alla *longi temporis praescriptio* postclassica): «Lex ait, servitutes acquiri longo tempore, sive diuturno usu, vel longa aut diuturna consuetudine», citando vari testi, «in quibus locis id aperte proponitur, servitutes longo tempore acquiri ...: longe enim aliud est, longo tempore acquirere, longe aliud usucapere ... Item usucapio exigit possessionem, et eam quidem civilem: longi temporis acquisitio quasi possessione contenta est: ut in servitutibus. Item usucapio parit directam actionem, et ea dominium acquiritur ideo: directas actiones habet: longi temporis acquisitio utilem actionem parit ... Item usucapio sine titulo non procedit, titulus est possessionis causa. In longi temporis acquisitione non est necesse de titulo docere. Id quidem necesse est ut doceat se eo iure usum longa tempore, sed non necesse est, ut doceat, qua de causa usus sit: nam qui longo tempore possedit, hoc ipso satis iustum titulum sibi acquisivit et idoneum ... Illud deinde notandum, id tamen exigi, ut is, qui sibi vindicat servitutem hac actione utili, per longum tempus ea servitute usus non sit, vi aut clam, aut precario. Nam is, qui ita usus est, nihil acquirit: quia his tribus modis mala fide possidet» (c. 293), concludendo quindi (c. 294) nel senso che «generaliter constituendum est, servitutem usucapione legitima non acquiri, quae est biennii, vel anni in mobilibus. Servitutes quasi acquirimus longo tempore»

pretesi nesi di tale forma di tutela con l'istituto della *vetustas*⁶⁵, dato che, se si trattasse di una applicazione di tale istituto probatorio, in ogni caso l'attore avrebbe normalmente rivendicato la servitù attraverso la confessoria (*'mihī esse ius aquae ducendae'*), e soltanto una volta giunto *apud iudicem* avrebbe in sede istruttoria dimostrato il suo diritto ricorrendo appunto all'immemoriale, senza alcuna necessità di ricorrere ad una speciale *actio utilis* curiosamente impostata nella sua stessa *intentio* – come appare affermare il frammento – sulla *quaestio de facto* dell'uso pregresso (ed in effetti ciò risulta meglio scolpito dal fatto che, se anche nel diritto classico le servitù fossero state in ipotesi usucapibili – così come risulta essere effettivamente avvenuto prima della *lex Scribonia*⁶⁶ – anche in tal caso la

⁶⁵ Si veda in tal senso soprattutto GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 213 s., il quale, pur ammettendo ampie corruzioni di D. 8.5.10 (cfr. anche p. 181 s. e 218), ritiene che in ogni caso «il testo originario era incentrato sul valore probatorio della *vetustas*», e che infatti in esso ancora «si intravede il significato originario del passo: questo parlava puramente della presunzione a favore di chi ha condotto l'acqua *ab antiquo*», anche se tale riferimento sarebbe stato secondo l'autore – sembra di capire – sostituito, come mostra il carattere sconnesso della frase, da *'per annos forte tot'*, che indicherebbe sviluppi volti a rendere in certo modo più agevole la prova dell'immemoriale (cfr. in tal senso altresì p. 191 s.). D'altra parte – cfr. *ibid.*, p. 218 – egli, trattando della *longi temporis praescriptio* delle servitù, afferma poi che il nuovo concetto si vede «emergere attraverso le alterazioni dei testi classici», secondo uno «spostamento di visuale» riscontrabile in D. 8.5.10.pr. come in D. 30.3.1.23, richiamando a tale proposito C. I. 3.34.1 (*'... modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet'*) e 2 (*'si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitum exemplo rerum <im>mobiliū tempore quaesisti'*). Sulla posizione di Salvatore Riccobono si veda *infra*, nt. 261, e, sull'istituto della *vetustas* in generale, nt. 70 ss.

⁶⁶ Su tale legge e le interpretazioni recate dalla dottrina in ordine alle motivazioni di tale divieto si veda soprattutto L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sulla «lex Scribonia»*, in «Index», XXII, 1994, p. 211 ss., *La lex Scribonia e la usucapione delle res incorporales*, in *Proprietà e diritti reali*, cit. [nt. 57], p. 91 ss., e (in linea di massima corrispondente all'articolo già pubblicato dall'autore in «Index») *Alle origini di un divieto legislativo: la lex Scribonia*, in «Ricerche F. Gallo», cit. [nt. 18], I, p. 79 ss. Anche senza entrare nelle discussioni circa il portato di tale legge ed i suoi fondamenti giuridico-sistematici, forse troppo enfatizzati nella loro importanza da taluni autori quali fattori decisivi nel loro impatto sull'assemblea popolare che votò tale norma (cfr. tra l'altro C.St. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia de usucapione servitutium*, in «RIDA», 3^a s., XVII, 1970, p. 336 ss., che tiene a distinguere tali motivi formali dalle concrete cause materiali che portarono alla legge, per cui, quando «les juriconsultes expliquent la promulgation de la loi Scribonia par l'impossibilité de l'application de l'usucapion à des choses incorporelles», in realtà «nous avons ici la formulation juridique d'une situation de fait déterminé par les nouvelles conditions d'existence»), è qui sufficiente notare come gli aspetti più rilevanti in ordine a questa riforma risultano essere stati il carattere tribunitio della legislazione cui la *lex Scribonia* risulterebbe appartenere (cfr. già G. ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato* [1910], in *Scritti giuridici*, Milano, 1922, I, p. 1 ss. e in particolare p. 11 s.), il suo carattere essenzialmente economico-sociale (cfr. E. LEVY, *Usureceptio servitutis* [1950], in *Gesammelte Schriften*, II, Köln - Graz, 1963, 149 ss., e G. BRANCA, *Non uso e prescrizione*, in «Scritti beatificazione C. Ferrini», I, Milano, 1947, p. 175 s.: si vedano in ogni caso J.M. RAINER, *Nochmals zu den Gründen und der Datierung der Lex Scribonia*, in «ZSS», CXVII, 1987, p. 631 ss., e CAPOGROSSI, *Alle origini*, cit., p. 79 s.) ed infine, quindi, gli scopi eminentemente pratici che la letteratura più recente tende a scorgere dietro essa (cfr. – in riferimento a F. SERRAO, *'Legge (diritto romano)'*, in «ED», XXIII, Milano, 1973, p. 842 ss., e a F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München, 1988, p. 419 s. e nt. 49 – CAPOGROSSI, *La lex Scribonia*, cit., p. 92): elementi che nel loro insieme fanno sospettare che, oltre al fondamentale fattore del venir meno della rispondenza dell'istituto della *usucapio servitutis* alle concrete esigenze della vita agricola (cfr. CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, cit. [nt. 64], II, p. 450 ss., nonché *Il deperimento di alcuni actus legitimi e la nuova realtà dei diritti reali, tra Repubblica e Principato*, cit. [nt. 57], p. 161 s.), alla base di tale intervento normativo vi fosse soprattutto il pericolo che la prescrizione acquisitiva (tra l'altro, verosimilmente, non ancora del tutto temperata dai requisiti classici rappresentati in particolare dalla *iusta causa*: cfr. CAPOGROSSI, *La struttura*, cit., II, p. 441 s. – ma si veda ad esempio PUGLIESE, *Istituzioni*, cit. [nt. 54], p. 134 –, né interessano qui le successive respiscenze dell'autore su tale punto legate al problema della datazione della *lex Scribonia*: cfr. *Alle origini*, cit., p. 81 s.) doveva rappresentare di fatto, data la difficoltà della prova contraria, nel trasformare episodi di esercizio illegittimo del passaggio o dell'acquedotto, ad esempio attuati di nascosto o a titolo di favore, in un *usus servitutis* tutelato interdittalmente e quindi sanzionato con il trascorrere del biennio in un definitivo titolo dello *ius in re aliena* (circa l'analogo rischio che, anche dopo la *lex Scribonia*, di fatto continua ad essere rappresentato, in relazione all'acquedotto, dalla *vetustas*, cfr. tra l'altro ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, cit. [nt. 3], specie p. 461 ss.). Tale trasformazione dell'*usucapio servitutis*, da modo di utile e spontanea regolamentazione dei rapporti tra i fondi, in occasione di attriti e di liti tra vicini, del resto, non sembra risultare aspetto processuale soverchiamente approfondito dalla dottrina. Più in generale, sebbene tale aspetto sia alquanto dibattuto, è noto come la *lex Scribonia* risulti da situare, a seconda delle diverse opinioni tra la metà del secondo secolo a.C. e quella del secolo successivo (cfr. in generale G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano, 1912, p. 414, che

questione sarebbe stata impostata su tutt'altre basi, guardando alla prova della avvenuta usucapione in vista dei requisiti che la disciplinavano – questione ancora una volta *de iure* e non *de facto* – e senza alcuna necessità di creare un'azione *ad hoc*: né infatti, così come del resto continuò ad avvenire in relazione al *dominium* per la *reivindicatio*, non risulta che l'antica prescrizione acquisitiva delle servitù abbia potuto verosimilmente importare particolari adattamenti della *legis actio per sacramentum in rem*⁶⁷,

dubitativamente, nella successione cronologica, la pone nel 50 a.C.): per la datazione più recente si veda soprattutto – anche in relazione a Cic., *Caec.* 26.74: cfr. *infra*, nt. 392 – GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 18 s., p. 29 e nt. 17, p. 180 ss. e p. 189 ss. e nt. 7 (cfr. ID., *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù per «non usus» e della «usucapio libertatis»* [1937], in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], II, p. 226 ss.), e, per una collocazione della legge intorno, invece, al 150 a.C. – come già indicato da Jacques Cujas –, CAPOGROSSI, *Ancora sulla lex Scribonia*, cit., p. 211 ss., e *La struttura*, cit., II, p. 437 ss.; cfr. altresì, anche in relazione a Cic., *ad Att.* 15.26.4, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*², Bologna, 1927, rist. Roma, 1964, I, p. 130 s. e 134 s., e, in ordine a *Paul Sent.* 1.17.2 – su cui si veda anche G. GROSSO, *Sulla servitù di «aquae haustus»* [1932], in *Scritti storico giuridici*, cit., II, p. 9 ss., e *Le servitù*, cit., p. 190 nt. 7 –, E. LEVY, *Usureceptio servitutis*, cit. [nt. 7], p. 150 e 253 s., e *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 179 s. e 200 s., nonché RAINER, *Nochmals zu den Gründen und der Datierung der lex Scribonia*, cit., p. 631 ss.; sui tentativi di minimizzare l'importanza storica della *lex Scribonia* e sui suoi rapporti con il principio dell'insuscipibilità delle *res incorporales*, cfr. in generale L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La «lex Scribonia» e la usucapione delle «res incorporales»*, in *Ai margini della proprietà fondiaria*³, Roma, 1998, p. 107 ss. e in particolare p. 123 ss., e *Ancora sulla lex Scribonia*, cit., p. 211 ss.). Tale legge avrebbe quindi abolito la possibilità di usucapire le servitù (si veda in particolare D. 41.3.4.28[29], *Paul.* 54 *ad ed.*, su cui *infra*, nt. 470), soprattutto in relazione agli abusi cui tale modo di acquisto poteva dare luogo, come si è accennato, permettendo di divenire titolare del diritto in termini relativamente brevi (si veda anche C. ARNO, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane. Contributo alla teoria delle servitù prediali*, Torino, 1895, p. 232 ss., in riferimento alle sole servitù urbane – *contra*, cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 276 s. –, mentre, sul *favor* per la libertà del fondo da servitù, si vedano tra l'altro E. LEVY, *Usureceptio servitutis*, cit., p. 154 s., e BRANCA, *Non uso e prescrizione*, cit. [nt. 66], p. 176), e soprattutto anche in quanto esso non risultava più in sintonia con le esigenze dell'agricoltura in Italia (cfr. ancora L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le servitù di passaggio e l'organizzazione del territorio romano nella media e tarda età repubblicana* [1983], in *Proprietà e signoria in Roma antica*, Roma, s.d. [1986], p. 239 ss., *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua*, cit. [nt. 57], p. 185 s. e nt. 306, e *La struttura*, cit., II, p. 81 ss. e nt. 100 s. e p. 449 ss.). Accanto al dato storico costituito dall'abolizione dell'acquisto per *usus* delle servitù da parte della *lex Scribonia* (oltre a BRANCA, *loc. ult. cit.*, cfr. CAPOGROSSI, *La «lex Scribonia» e la usucapione delle «res incorporales»*, cit., specie p. 140 ss., e *Ancora sulla lex Scribonia*, cit., p. 214 ss.), non è per altro verso da trascurare – anche se qui non è possibile che accennarlo – il fatto che tale insuscipibilità venga giustificata a posteriori dai giuristi classici, in una prospettiva teorico-dogmatica, sulla base della considerazione di come le servitù, essendo *res incorporales*, di per sé non possano essere oggetto di tale modo di acquisto del diritto ('... *incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est* ...': D. 41.1.43.1 [Gai. 7 *ad ed. prov.*]; cfr., oltre a Gai., *inst.* 2.12-14, D. 41.3.10.1 [Ulp. 16 *ad ed.*]: '*Hoc iure utimur, ut servitute per se nusquam [longo tempore] «usu» capi possint, cum aedificiis possint*'; per tale correzione si vedano LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], II, c. 513, n. 573 nt. 3, ed ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit. [nt. 54], p. 73 s., e in generale – cfr. tra l'altro LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 68 ss. – BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 273 ss., e GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 189 ss. e 228 ss.: sui rapporti tra tale principio dogmatico e l'abolizione autoritativa dell'*usus* acquisitivo da parte della *lex Scribonia*, cfr. ancora CAPOGROSSI, *La struttura*, cit., II p. 451 ss.). Non è infine qui il caso di entrare nella più complessa, benché piuttosto isolata, ricostruzione di Giovanni Nicosia (*Il possesso*, I, Catania, 1997, p. 81 ss., ora in *Silloge. Scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998, p. 756 ss.), secondo cui la *lex Scribonia* avrebbe abolito non tanto l'*usucapio servitutis*, quanto piuttosto l'*usus servitutis*, che per secoli aveva funzionato come meccanismo acquisitivo delle servitù (né è qui ovviamente possibile entrare nel problema della differenza tra l'*usus* arcaico e i suoi effetti acquisitivi ed il successivo impennarsi dell'*usucapio* sul possesso, tutelato interdittalmente, che escludeva intrinsecamente dalla propria sfera di applicazione *res incorporales* quali appunto le servitù). Per una visione storica generale del problema della insuscipibilità delle servitù cfr. BIONDI, *Le servitù* (1967), cit. [nt. 50], p. 321 ss. (cfr. altresì A. CORBINO, *La distinzione delle servitù in rustiche ed urbane nel diritto romano*, in «Scritti A. Falzea», IV, Milano, 1991, p. 213 ss.).

⁶⁷) Oltre ad ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 164, è qui sufficiente rinviare in generale (anche in relazione all'*agere in rem per sponionem*) a G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 292 s. (che ipotizza il sostituirsi, ad una più antica formulazione '*hanc ego viam meam esse aio ex iure Quiritium*', di una affermazione del tipo '*per hunc ego fundum ius mihi esse aio ire agere*'), e, secondo prospettive analoghe, a B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1993, p. 88. Il tema, che pur parrebbe non secondario, è stato scarsamente studiato, e per lo più in diretta dipendenza dalle ipotesi ricostruttive avanzate in ordine all'origine delle servitù – cfr. ad esempio, in una prospettiva «potestativa», FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit. [nt. 64], p. 8 ss., e, in una prospettiva «comproprietaria», G. GROSSO, *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica: lo sviluppo e l'elaborazione dei diritti limitati sulle cose* (1972), in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], II, p. 727 s. (cfr. *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, cit. [nt. 64], p. 244 ss., e *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 279 nt. 1) –: fenomeno che sembra alquanto strano di fronte al «successo» conosciuto nella letteratura romanistica dai problemi di origine degli *iura in re aliena* e al verosimile carattere decisivo che la loro antica tutela processuale

al pari di quanto in linea di principio dovette, del resto, avvenire nel diritto giustiniano, che com'è noto reintrodusse tale modo di acquisto degli *iura in re aliena*⁶⁸).

Analoghe concettualizzazioni e non diversi sospetti di interpolazione si ritrovano poi in un altro passo, di contenuto corrispondente e sempre tratto dal LIII libro *ad edictum* di Ulpiano⁶⁹, che si preoccupa di esplicitare come anche nelle servitù la *vetustas* abbia la stessa valenza che assume nell'*actio aquae pluviae arcendae*⁷⁰:

D. 39.3.1.23 (Ulp. 53 *ad ed.*): ... si tamen lex non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur. non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus: eritque ista quasi servitus, in quam <in> rem utilem actionem habemus vel interdictum⁷¹.

potrebbe sotto tale aspetto assumere – pur nella scarsità delle fonti a disposizione – in una prospettiva per così dire inversa rispetto all'impostazione di tipo sostanziale sinora seguita.

⁶⁸ In effetti, si deve qui distinguere tra la concreta tutela delle servitù così acquisite, attuata normalmente attraverso la *cognitio*, e l'interpolazione dei testi classici, volta a introdurre il nuovo istituto, che si attua per un verso intervenendo sui passi che negavano l'usucapibilità delle servitù (cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 218 ss.) e per altro verso agendo sui di testi già manipolati in età postclassica che si rifacevano a tal fine a non meglio specificate *actiones utiles* (cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 283 ss., nonché *infra*, nt. 75): problemi, questi ultimi, che poi si intersecano con le complesse questioni che in tale contesto caratterizzano i non del tutto lineari rapporti strutturali tra *actio in rem* ed *actio in personam* (si veda in particolare E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 238 s.: cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti sui giudizi divisorii* [1912], in *Scritti di diritto romano*, I, cit. [nt. 8], p. 504 ss., BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 16 e 155 ss., PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], p. 84 s., nonché ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 55], p. 340 ss. e 350 ss., e SEGRÈ, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 448 ss.). Ma al di là di tali interventi, se già le fonti postclassiche enunciavano senza alcuna remora di costruzione dogmatico-processuale il nuovo principio della prescrizione acquisitiva delle servitù (cfr. *Paul. sent.* 1.17.2: '*servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omitta interdict et biennio usurpata recipitur*': testo che, seguendo in tale opera la negazione della usucapibilità della *via* pur professata dal precedente § 1 – '*... nec enim usucapi possunt, quae non utendo amittuntur*' – parrebbe da considerare senz'altro, nonostante gli sforzi di Ernst Levy – *op. ult. cit.*, p. 200 s., e già *Usureceptio servitutis*, cit. [nt. 66], p. 154 – frutto di un intervento postclassico: cfr. GROSSO, *op. ult. cit.*, 190 e nt. 7 e p. 220 e nt. 19; si vedano altresì la *lex Romana Visigothorum* con la relativa *interpretatio* a tale luogo delle *Pauli Sententiae* e la corrispondente *lex Rom. Utin.* 23 (= *lex raet. cur.* 23, in G. HAENEL, «Lex Romana Visigothorum», Leipzig, 1849, rist. Aalen, 1962 [epit. *S. Gall.* 23], p. 353), nonché *lex Rom. Burg.* 17.2-3 (cfr. BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 283, e LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 115 ss.): anche le costituzioni in materia (cfr., oltre l'enunciazione generale di C.I. 7.23.12.4, ad esempio C.I. 3.34.2, 6 e 7) si limitano a rinviare alle normali procedure di tutela di tali rapporti, senza che da esse emerga un trattamento processuale diverso per le servitù acquistate prescrittivamente rispetto a quelle costituite nei modi tradizionali (che poi, come osserva GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 220, non sia possibile escludere che nelle provincie «la opposizione della longis temporis praescriptio, come opposizione di un'eccezione [...] abbia avuto più vasti spiragli di applicazione, anche se le fonti alterate non ce ne offrono uno spunto diretto», è asserzione ovviamente di per sé innegabile, ma enunciata da un punto di vista che non sembra tenere sufficientemente conto, come si vedrà meglio in seguito, della eventuale posizione di attore piuttosto che di convenuto del preteso titolare, né quindi, a monte, del gioco interdittale o comunque possessorio che almeno nel diritto classico determinava tale posizione processuale).

⁶⁹ Su tale aspetto cfr. *infra*, § 12.

⁷⁰ Sui rapporti tra *vetustas* ed *actio aquae pluviae arcendae* è qui sufficiente rinviare – pur nel peculiare atteggiamento, per lo più accomodante, proprio di tali autori verso i problemi di stratificazione testuale che qui interessano – a CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, cit. [nt. 64], II, p. 521 ss., e a F. SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*. *Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano, 1977, specie p. 50 ss., 82 ss. e 104 ss., nonché *Aqua pluvia e natura agri. Dalle XII Tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999, soprattutto p. 61 ss. e 107 ss. (sull'immemorabile, oltre a M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano, 1940, p. 86 ss., cfr. altresì in generale B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, Verona - Padova, 1897, rist. Roma, 1968, specie p. 279 ss. e 389 ss.: cfr. *infra*, in particolare nt. 254 s.).

⁷¹ Il passo (cfr. H. BURCKHARDT, *De aqua et aquae pluviae arcendae*, trad. it. – in *cont.* a GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], XXXIX.3, Milano, 1906 [cur. P. BONFANTE] –, p. 58 s., 70 s., 207, 263 ss. e 352 ss.) è stato, com'è comprensibile, alquanto censurato dalla critica interpolazionistica: si vedano H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 61 ss. (che condanna in particolare la parte finale del passo, da '*non ergo cogemus*' ad '*interdictum*': cfr. altresì *infra*, nt. 74 s., 236, 240 e 247: di tale autore si veda anche *Ueber dare actionem und actionem competere in der Justinianischen Compilation*, in «ZSS.», XXIX, 1895, p. 1 ss.), S. PEROZZI, *Il divieto di atti d'emulazione* [1894], in *Scritti giuridici*, I, cit. [nt. 63], p. 382,

Sulla struttura delle servitù prediali in diritto romano (1888), in *Scritti giuridici*, II, cit. [nt. 55], p. 58, *Le obbligazioni romane* [1903], ivi, p. 373 nt. 2, e *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 250 s. (che ritiene interpolato tutto l'inciso centrale, da 'sane enim' a 'videatur': cfr. *infra*, nt. 75), RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 408 ss. (che tra l'altro accenna all'ipotesi che le espressioni usate dal frammento, in particolare circa la servitù 'velut iure imposita', possano essere ricollegate ad un contesto interdittale), E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919, p. 80 s. e nt. 2, SEGRÈ, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 459 nt. 40 (che – p. 460 s. –, trattando della improbabile classicità dell'uso dell'avverbio 'quasi' in relazione ad istituti giuridici – cfr. KERBER, *Die quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, cit. [nt. 1], in particolare p. 138 –, non solo dubita della locuzione 'quasi servitus', notando in particolare come anche in altri passi alquanto sospetti il «quasi-istituto» venga accostato ad una non meglio precisata *actio utilis* o altri mezzi di tutela speciali – cfr. *infra*, nt. 75 e § 10 –, ma soprattutto attribuisce senz'altro ai compilatori il riferimento all'*actio utilis vel interdictum*), e *La clausola restitutiva nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitus oneris ferendi»*, cit. [nt. 9], p. 566 nt. 85 (ove, oltre alla parte finale, da 'non ergo cogemus' in poi, si ritiene di stampo compilatorio anche il periodo 'ut, ubi servitus non invenitur ... velut iure impositam servitutem videatur', richiamando l'analoga interpolazione subita da D. 39.3.2.5 [Paul. 49 ad ed.], dove lo studioso ritiene triboniano l'intero periodo 'quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus', che richiama tra l'altro l'analoga costruzione – '... quamquam ... deficiat ...': cfr. *supra*, nt. 9 – di D. 7.6.5.pr.: di Gino Segrè si veda altresì *Le formule delle azioni relative alla servitus oneris ferendi in rapporto alla clausola restitutiva*, in «Studi A. Ascoli», Messina, 1931, p. 692 nt. 25), G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 135 (dove, richiamandosi a Gino Segrè, si espungono tra l'altro le parole 'eritque ista quasi servitus'), e *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 86 (ove è cassato l'intero tratto da 'sane enim et in servitutibus' a 'vel interdictum': cfr. altresì la ricordata [nt. 55] segnalazione del saggio di Hugo Krüger, c. 123), e BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], I, p. 502 s. (che reputa il testo interpolato ma solo nell'ultima parte, da 'non ergo' in poi, dove si addensano gli indizi di concettualizzazioni non classiche, a partire dal riferimento alla 'quasi servitus': infatti l'autore, ritenendo che i §§ 22-23 di D. 39.3.1 non si riferiscano né alle servitù né ai limiti legali della proprietà, bensì usino i termini 'servire' e 'servitus' solo in senso atecnico – p. 324 s. – può dichiarare il passo in esame alquanto meno interpolato – p. 497 nt. 2 – di quanto sostenuto da Gino Segrè e da Silvio Perozzi – cfr. altresì I.D., *Appendice del traduttore al § 1685*, in BURCKHARDT, *De aqua et aquae pluviae arcendae*, cit. [nt. 71], p. 441 s. –, mentre si sono viste – cfr. *supra*, nt. 56 – le ragioni che conducono lo studioso ad accettare, a proposito di D. 8.5.10.pr., la formulazione 'qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur': cfr. altresì ALBERTARIO, *La protezione pretoria delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 484 s. (ove si critica in generale la ricordata posizione di Hugo Krüger, che pur a giudizio dell'autore ha ragione a ritenere interpolata, contro Silvio Perozzi, la parte finale del passo: cfr. *supra*, nt. 55), *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1907 del Codice Civile* [1923], in *Studi di diritto romano*, cit. [nt. 1], III, p. 89 s. e nt. 5 (sul carattere non classico della categoria della 'quasi servitus' e degli istituti analoghi), e *Il possesso dell'usufrutto, dell'uso, della habitatio*, cit. [nt. 1], p. 328 (ove si censura ancora la locuzione 'quasi servitus'), nonché, oltre a E. SCHÖMBAUER, *Die actio aquae pluviae arcendae. Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Agrarrechtes*, in «ZSS.», LXVII, 1934, p. 256 s. e nt. 3, S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 165 ss., che, accostando il passo all'*actio utilis* di D. 8.5.10.pr. e alla *longae possessionis praerogativa* di D. 43.19.5.3 (cfr. *infra*, in particolare § 16), in maniera più contenuta rispetto a Krüger, Perozzi, Segrè ed Albertario e avvicinandosi piuttosto a B. BIONDI, *La categoria romana delle «servitutes»*, Milano, 1938, p. 143 ss. (che in particolare, ritenendo l'inizio del passo «limpido e impeccabile» – p. 149 –, anche per quanto riguarda il finale – p. 151 – rifiuta di considerare insitica l'*actio utilis* in vista della scomparsa della distinzione tra *actio directa* ed *actio utilis* nel diritto giustiniano, e reputa genuina anche la menzione dell'interdetto, per quanto difficile da identificare: p. 159 s.), si limita a rifiutare il presupposto 'ubi servitus non invenitur imposita', la clausola 'neque vi neque precario neque clam' e il riferimento finale all'*interdictum*, ricostruendo la pretesa versione classica del passo in questi termini: 'si tamen lex non invenitur, vetustatem vicem legis tenere. sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur; ut, qui diu usus est servitute, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur. non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed ... muniemus: eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus' (si veda anche E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 77 e nt. 339, secondo cui non è classica la stessa nozione di 'servire' implicata dal passo). Cfr. altresì B. BRUGI, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali*, III, *Scopo e forme della servitus aquaeductus e delle affini nel diritto classico*, in «AG.», XXXII, 1884, p. 202 ss. (cfr. CAPOGROSSI, *Biagio Brugi, servitù prediali e proprietà dal diritto romano al diritto contemporaneo* [1988], in *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma, 1994 p. 369 e nt. 15), e soprattutto *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo I*, in GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], VIII, cit. [nt. 9], p. 145 ss., in cui l'esame di D. 32.3.1.23, congiunto a quello di D. 39.3.2.pr. (cfr. *infra*, nt. 290), è affrontato trattando del tema delle cosiddette servitù legali – tema alquanto caro a Christian Friedrich von Glück –, sul quale il curatore del volume, in relazione alle dottrine moderne, compie quindi un non breve excursus soprattutto storico (p. 143 ss.: cfr. CAPOGROSSI, *Biagio Brugi*, cit., p. 368 ss.); ribadendo le sue idee in materia (cfr. il suo articolo del 1884 testé ricordato), Biagio Brugi muove dalla differenza tra la *vetustas* originaria e la successiva tendenza degli interpreti ad inserirla nella cornice di fenomeni quali l'*usucapio* e la *praescriptio longi temporis* (*Appendice*, cit., p. 145 s.), e insiste su come il caso qui considerato, risalente a Labeone, rientri logicamente nella fattispecie di un intervento statale sul regolamento delle acque (cfr. anche *Di una controversia intorno agli argini dei fiumi nell'età romana*, in «Atti e Memorie della Reale Accademia di Scienze Lettere ed Arti in Padova», CCXCII

[n.s. VII], 1890-1891 [Padova 1891], p. 418 s., ove peraltro D. 39.3.1.22 viene richiamato al fine di ribadire come a Roma lo Stato non procedesse in via generale all'arginatura dei fiumi, provvedendosi solo in alcune ipotesi particolari e lasciando nel caso tale incombenza ai privati): abbracciando le leggi coloniche pressoché tutti i rapporti di vicinanza, dalle fosse alle vie sino alle api (cfr. *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, cit. [nt. 70], p. 97 ss.), la latezza di tale regolamentazione del suolo pubblico assegnato in dominio quiritario comportò che, così come dalle varie *leges* sui rapporti di vicinanza si era tratta una nozione generale di 'lex colonica', allo stesso modo si tendesse a ricavare dalle norme in materia una dottrina generale dei rapporti di vicinanza, indipendente dai rapporti di servitù in senso proprio (*Appendice*, cit., p. 146); in tale quadro, la *vetustas* rimaneva in ogni caso una situazione in cui non era possibile precisare il momento del sorgere di un determinato stato di fatto, per cui, agli effetti dell'*actio aquae pluviae arcendae*, si doveva presumere il diretto discendere della situazione esistente dalla regolamentazione pubblica dei luoghi (D. 39.3.23.pr., Paul. 16 *ad Sab.*: 'quod Principis aut Senatus iussu aut ab his, qui primi agros constituerunt, opus factum fuerit, in hoc iudicium non venit'): un legame tra la *vetustas* e le *leges* coloniche da rintracciare, prima ancora che nella teorizzazione generale di D. 39.3.1.23 (Ulp. 53 *ad ed.*: '... si ... lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere'), piuttosto nella concreta regola positiva per cui rientrano nelle previsioni dell'*actio aquae pluviae arcendae* le opere della cui origine si conserva memoria (D. 39.3.23.2, Paul. 16 *ad Sab.*: 'aggeres iuxta flumina in privato facti in arbitrium aquae pluviae arcendae veniunt, etiamsi trans flumen noceant, ita, si memoria eorum exstet et si fieri non debuerunt'): sulla situazione delle acque nei fondi specie in età repubblicana, si veda in generale G. FRANCIOSI, *Regime delle acque e paesaggio in età repubblicana*, in «Uomo acque e paesaggio. Atti dell'incontro di studio sul tema Irrigamentazione delle acque e trasformazione del paesaggio antico. S. Maria Capua Vetere. 22-23 novembre 1996», Roma, 1997, p. 11 ss.); in tale situazione, sempre secondo Biagio Brugi (*Appendice*, cit., p. 147), i gromatici tendono, seguendo del resto le prospettive dei giureconsulti, a porre l'accento non tanto sull'esatta sussunzione ed architettura giuridica di tali rapporti tra fondi di origine pubblicistica, ma semmai sulla cogente necessità per cui una determinata utilità – ad esempio, un passo necessario – era dovuto in base a una norma generale (mentre soltanto con i bizantini – e quindi poi con i Glossatori, che com'è noto interpretano in questi casi 'lex' come 'pactio': cfr. in breve I. BROCCHI, M.C. LAMPIS, 'Servitù [diritto intermedio]', in «ED.», XLII, cit. [nt. 38], p. 270 – si sarebbero in linea di massima confusi tali obblighi di origine pubblicistica con il risultato di contrattazioni private: cfr. BRUGI, *Appendice*, cit., p. 147 s., nonché *Le dottrine*, cit., p. 18 ss.), mentre classicamente non vi sarebbe stata comunque nessuna confusione tra i rapporti di vicinato e le servitù, né tali fenomeni sarebbero mai stati costruiti come diritti reali o protetti dalla *vindicatio servitutis* (*Appendice*, cit., p. 148); tuttavia i giureconsulti, pur non arrivando a concepirli come «servitù» create dalla legge (cosa che ripugnava al disegno logico dell'istituto, essendo per essi la servitù un'eccezionale dipendenza di un fondo all'altro perpetuata sotto forma di diritto reale, e non una imprescindibile norma sui necessari rapporti di vicinanza), in ogni caso fecero sovente un uso improprio di 'servire', del resto inevitabile, ma comunque foriero di equivoci, e reso naturale dal fatto che, in fondo, dire ad esempio che 'inferior locus superiori servit' (D. 39.3.2.pr., Paul. 49 *ad ed.*) significa semplicemente che il fondo inferiore «serve» a quello superiore, senza alcuna necessaria implicazione dogmatico-costruttiva (*Appendice*, cit., p. 145): ed in effetti, secondo Biagio Brugi, Ulpiano sarebbe il giurista che più di ogni altro risulta avvicinarsi alle prospettive moderne in tema di servitù legale, come mostra in particolare D. 39.3.1.23, dove, trovando forse i germi del discorso già in Labeone, il giurista sembra andare molto avanti per tale strada, anche se la *vetustas*, quale surrogato della *lex*, è comunque tenuta distinta dalla servitù (*Appendice*, cit., p. 148 s.), che non può essere creata dalla *lex* ('... sane enim et in servitutibus ...: ... eritque ista quasi servitus ...'); pur senza arrivare ad ipotesi senz'altro interpolazionistiche o in ogni caso fondate sui problemi di trasmissione testuale, Biagio Brugi sottolinea quindi (*Appendice*, cit., p. 149) come le modalità di espressione di Ulpiano in D. 39.3.1.23 risultino non combinarsi in nessun modo con il linguaggio usato dagli altri giuristi trattando di tali temi, e come ciò che appare senz'altro certo è che qui Ulpiano non risulta aver avuto alcuna intenzione di compiere un riavvicinamento sostanziale tra rapporti di vicinanza e servitù, essendo semmai verosimilmente stata la sua tendenza alla «prolissità» a enfatizzare oltre misura tale lata somiglianza. Infine, su D. 39.3.1.23 e i problemi connessi, ed in particolare i suoi rapporti con D. 39.3.2.5 (sul cui testo cfr. *infra*, nt. 74), si vedano inoltre A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Halle, 1873-1892, II.1, p. 58 s. e 65 s. e nt. 2 e 4 (sub b), C. FERRINI, *Die processualische Consumption der «actio de peculio»* (1900), *Opere*, cit. [nt. 8], III, p. 309 (sulla natura giustiniana del richiamo all'*aequitas*, in riferimento a D. 39.3.2.5), e *Manuale di Pandette*, cit. [nt. 8], p. 358 s. (ove si ritengono non classici tali ampliamenti in via utile dell'*actio aquae pluviae arcendae*), G. BORTOLUCCI, *La manumissione parziale dello schiavo comune da parte di un condomino*, in *Studi Romanistici*, Padova, 1906, p. 48 e 52 ss., e *Studi sull'«actio de peculio»*, in «BIDR.», XX, 1908, p. 39 s. (che, in vista soprattutto del riferimento all'*aequitas*, nel testé ricordato D. 39.3.2.5 cassa altresì il finale da 'haec' in poi, anche in quanto la motivazione 'qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est' gli appare più che sufficiente a motivare il ragionamento), S. RICCOBONO, *Cristianesimo e diritto privato*, in «Rivista di diritto civile», III, 1911, p. 48 ss. (sulla frase – D. 39.3.2.5 – 'qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus' e le applicazioni di tale principio), S. ROTONDI, *Natura contractus* (1912), in *Scritti giuridici*, cit. [nt. 66], II, p. 201 e nt. 1 (sulla nozione di 'naturalis agger' in D. 39.3.2.5), P. CIAPESSONI, *Spunti critici in tema di servitù legali*, in «SPA.», XXII, 1937, p. 123 ss. (cfr. *infra*, nt. 236), e in generale (specie in riferimento all'articolo di Giuseppe Branca qui ricordato nella nota successiva) M. SARGENTI, *Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza*, in «Studi P. De Francisci», Milano, 1956, III, p. 347 ss., in particolare p. 354 ss. Sul dilatarsi della nozione di servitù nel diritto postclassico, con conseguente smarrimento del tecnicismo classico, in una nuova lata

Anche qui, sin da una prima considerazione, sorgono facili sospetti⁷² circa la non genuinità del pas-

prospettiva in cui, in particolare, viene a mancare sovente lo stesso concetto di «fondo servente» (si pensi alle «servitù» gravanti sull'acquedotto pubblico o alle servitù vicendevoli tra vicini di cui tratta la costituzione di Zenone conservata in C.I. 8.10.12, su cui *infra*, nt. 322), si veda in particolare BISCARDI, *Proprietà e possesso*, cit. [nt. 6], p. 116 s. Non si deve del resto dimenticare che specie in relazione a tale passo il medioevo bizantino arriverà, almeno nell'Italia meridionale (*proch. leg.* 33.42 [cur. F. BRANDILEONE, V. PUNTONI, in «Fonti per la storia d'Italia», XXX, Roma, 1895, p. 226]: *Of cqamal eteroi, %goun of kateyeroi, tōpoi tī n cgrī n crewstoasi siwphr; n doule.an tox θyhl otšroiv cgrov e,v tō dšcesqai t; idia ūdata aūtī n, econtev kšrdov cñti toà toioŭtou bErouv toà θpōdšcesqai t;n p̄pasan l iparōthta tī n θyhl otšrwn ghd.wn, %toi wraf.wn* [«Inferiores, scil. of kateyeroi, agrorum loci tacitam servitutem superioribus agris ad aquas eorum recipiendas praestant; hoc lucrum pro illo onere habentes, quod omnem superiorum agrorum, scil. wraf.wn, pinguedinem recipiant»]), ad enucleare la nozione di «servitù tacita» (cfr. M. CARVALE, *Ricerche sulle servitù prediali nel Medio Evo*, I, Milano, 1969, p. 59 s. e 62, e BIROCCHI, LAMPIS, 'Servitù [diritto intermedio]', cit., p. 264), che si proietterà in certo modo nella tripartizione tra servitù naturali, legali e convenzionali presente in alcuni codici civili ottocenteschi (cfr. ancora BIROCCHI, LAMPIS, *op. cit.*, p. 270).

⁷² In epoca più recente rispetto agli autori richiamati nella nota precedente, si vedano BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 71 s. e 280 s. (secondo cui, come già sostenuto nell'opera sulla categoria delle 'servitutes' richiamata nella nota precedente, il testo classico, relativo alla *vetustas*, fu interpolato dai compilatori in vista del regime legale delle servitù e dei limiti della proprietà propri del diritto giustiniano), e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 191 s. e 218 (che del passo rifiuta analogamente il riferimento alla *longa possessio* e all'*usus* 'neque vi neque precario neque clam' – cfr. *supra*, nt. 71 – che conducono all'acquisto della servitù, ritenendo invece, pur nell'ampio rimaneggiamento subito dal passo, classica – p. 215 s. – la menzione della *vetustas* così come della *lex agri* e della *natura loci*, anche in vista dell'uso atecnico in cui qui sarebbero usate – p. 29 nt. 10 e p. 54 e 68 – le nozioni di 'servire' e di 'servitus', mentre l'autore avanza d'altra parte alcuni dubbi – p. 217 nt. 10 e p. 235 s. – in ordine agli 'aggeres' e alle attività su di essi definite in termini di «servitù»: cfr. la recensione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, in «lura», XX, 1969, p. 655, che pur lodando la cautela di Giuseppe Grosso circa le possibili manomissioni del passo, contesta purtuttavia persino l'idea che la generalizzazione del finale a tutte le servitù fosse estranea alla stesura alpiana, invocando non meglio precisate «effettive incertezze» e nebulosi «spunti episodici» verificatisi «in una fase iniziale di un processo volto alla determinazione dello stesso concetto di *servitus*» e della relativa «categoria generale», processo poi infrantosi di fronte al regime processuale che ponevano un «limite difficilmente superabile tra *actio aquae pluviae arcendae* e le servitù prediali»); si vedano quindi G. BRANCA, *La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 354 e 362 s. (che sottolinea come all'epoca la dottrina tenda a ritenere genuino il passo e reputa che sia stato Labeone a concedere l'*actio utilis* o l'interdetto di cui parla il testo), M. KASER, *Opotere und ius civile*, in «ZSS.», XCVI, 1966, p. 42 e nt. 201 (sulla formula dell'*actio aquae pluviae arcendae*), F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei dem älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, p. 279 s. (che scorge nel passo le tracce di una visione pratica e equitativa dei rapporti di vicinanza che inizierebbe con Labeone: cfr. G. GROSSO, *Rationes decidendi* [1971], in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], IV, p. 693 s.), NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 49 s. e 66 (cfr. p. 47 e nt. 5, in relazione alla nozione di *lex agri*, e p. 54 e nt. 29, su alcuni aspetti dei rapporti tra servitù ed *actio aquae pluviae arcendae*: si veda tra l'altro CORNIOLEY, *De l'origine de la longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 125 e nt. 25), nonché ALONSO Y LAMBAN, *Anotaciones sobre el «diuturno usus»*, cit. [nt. 56], p. 200, F. PETERS, *Das «patientiam praestare»*, cit. [nt. 56], p. 143 ss. e 159 s. (che, in riferimento a D. 39.3.2.6 ed alla *dissensio* tra Labeone e Namusa ivi richiamata da Paolo, ritiene che quest'ultimo avrebbe esteso la tutela circa *aggeres* e *fossae* legittimati dalla *lex agri* o dalla *vetustas*: cfr. F. SALERNO, «Aqua pluvia» ed «opus manu factum», in «Labeo», XXVII, 1981, p. 234 nt. 73), W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in «ANRW.», II.15, cit. [nt. 24], p. 37 ss. (secondo cui – p. 42 – in D. 39.3.1.22-23, così come in D. 39.3.1.2.pr. e 6, di Paolo, non si tratterebbe «um die Ableitung von Normen aus einer indifferenten Natur, auch nicht darum, daß eine abstrakte *aequitas*-Begriff an den Sachverhalt herangetragen wird, sondern um die Einsicht, daß die Gegebenheiten der Natur selbst auf eine normative Ordnung verweisen, die zunächst zu beachten ist»: cfr. TALAMANCA, *Per la storia*, cit. [nt. 1], p. 332 nt. 333), I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, Napoli, 1976, p. 266 nt. 104 (a proposito dell'uso, da Labeone in poi, di 'natura' e dei termini connessi, senza preoccupazioni circa la genuinità del passo, peraltro richiamato solo in tale specifico senso: cfr., critica, la recensione di R. VIGNERON, in «BIDR.», LXXXIV, 1981, p. 287 e nt. 67), WESENER, *Zur Denkform des «quasi»*, cit. [nt. 4], p. 1393 (che – ritenendo che con 'quasi' i giuristi indichino un istituto giuridico per il quale è stata introdotta una tutela analoga ad un altro ad esso affine, cosicché per i classici con tale espressione si alluderebbe ad *actiones utiles*, ad *exemplum* o comportanti una *fictio* [p. 1412 ss.] – reputa non classica la menzione della 'quasi servitus'), Ph. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II^e et III^e siècles*, in «SDHI.», XLVII, 1981, p. 231 e nt. 183 (sulla contrapposizione tra 'natura' ed intervento umano), R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins*, in «ZSS.», CXVIII, 1988, p. 520 nt. 22, A. RODGER, *Roman Rain-Water*, in «T.», XXXVIII, 1970, p. 421 s. (soprattutto sul § 22 di D. 39.3.1), e *The Palingenesia of Paul's Commentary on the actio aquae pluviae arcendae*, in «ZSS.», CXVIII, 1988, p. 727 e nt. 11, nonché *Actio Confessoria*, cit. [nt. 9], p. 192 (ove si afferma che «the text is doubtful») e *Owners and Neighbours*, cit. [nt. 14], p. 160 nt. 2 (ove si accetta il testo rinviando dubitativamente ad alcuni rilievi di D. DAUBE, *Interference with Light in Roman Law* [1943], in *Collected*

so⁷³, incentrati in primo luogo su espressioni che, se non appaiono certo appartenere alle concet-

Studies in Roman Law, Franckfurt a.M., 1991, I, p. 128 ss.), A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza*, I, *Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, p. 45 nt. 143, p. 62 s., p. 75 s. e nt. 240, p. 82 e nt. 254 (che, seguendo la visuale di Luigi Capogrossi Colognesi, trae dal testo varie riprove in ordine alla regolamentazione sostanziale dell'istituto, specie negli aspetti che interessano l'argomento della 'salubritas', senza peraltro ritenere necessario l'esame di elementi relativi alla critica testuale del passo e alla sua classicità), e S. RANDAZZO, *Leges Mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, p. 127 (sul rapporto tra la *lex agri* del passo e le *leges Mancipii*). Manlio Sargenti (*L'actio aquae pluviae arcendae*, cit. [nt. 70], p. 61 ss.), in riferimento a D. 39.3.2.5 (Paul. 49ad ed.: '... quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius...'), ritiene, contro l'opinione di Biondo Biondi – cfr. altresì S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana*, in «BIDR.», XLVI, 1939, p. 26 ss., secondo cui i mezzi di tutela indicati dai due passi potrebbero derivare dall'esemplare classico –, che la coincidenza tra i due passi in relazione all'*actio utilis* e all'interdetto non sia decisiva prova di genuinità, dato che i compilatori, pur nel superamento della distinzione tra *actio directa* ed *actio utilis*, interpolano egualmente in vari luoghi un'azione di quest'ultimo tipo, sovente in abbinamento ad un interdetto, di cui per lo più non viene specificato il tipo (oltre ai due testi in questione, si veda ad esempio D. 43.24.11.6), e nel complesso considera D. 39.3.1.23 un testo in cui le concezioni postclassiche e giustinianee in ordine alla prescrizione acquisitiva delle servitù si stratificano sull'originario valore probatorio della *vetustas* classica (p. 86 ss., 89 ss. e 92 ss.), fenomeno tra l'altro ricollegato al fatto (già sottolineato da F.K. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849 [rist. Aalen, 1981], trad. it. – *Sistema del diritto romano attuale* –, Torino, 1886-1898, IV, p. 563 s.: cfr. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, cit. [nt. 70], p. 279 ss., ed *infra*, nt. 254) che l'immemoriale, se in linea di principio è presentato dalle fonti come surrogato della *lex agri*, in realtà esplica la sua valenza anche quando quest'ultima in realtà non è mai esistita (cfr. ivi, p. 87 s.). Si vedano inoltre R. DERINE, *A propos du nouveau régime des eaux des privées créé par Justinien*, in «RIDA.», 3ª s., V, 1958, p. 449 ss. (secondo cui i mutamenti del regime delle acque private riflessi in D. 39.3 sarebbero da spiegare in vista di un intervento giurisprudenziale volto a dare rilievo alle differenze climatiche tra le varie parti dell'impero romano ed in particolare tra Italia ed Africa), G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 296 (che, come per D. 8.5.10.pr., ritrova anche qui le tracce di un intervento giustiniano legato alla nuova visione della *praescriptio longi temporis* quale modo di acquisto delle servitù), WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, cit. [nt. 64], p. 164 s. e nt. 4 (cfr. la recensione di GROSSO [1969], in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], IV, p. 715), A.A. CORREA, *Remarques sur l'abus des droits en Droit Romain classique*, in «Atti del Seminario Romanistico Internazionale (Perugia - Spoleto - Todi, 11-14 ottobre 1971)», Perugia, 1972, p. 150 ss. (sul riferimento all'*aequitas* in D. 39.3.2.5), Th. MAYER-MALY, *Aequitas evidens*, in «Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow», Berlin, 1970, p. 339 ss. (sempre sul riferimento a tale nozione: cfr. la recensione a questa collettanea di W. WALDSTEIN, in «ZSS.», CII, 1972, p. 478), D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, p. 116, J. IGLESIAS, *Defensa de los estudios romanísticos*, in «AHDE.», L, 1980, p. 359 (su D. 39.3.2.5: «tengamos por consejera la equidad cuando falle el Derecho»), e LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 99 ss. Cfr. altresì H. COING, *Zum Eigentumslehre des Bartolus*, in «ZSS.», LXXXIII, 1953, p. 356 s. (che in D. 39.3.1.23 giudica interpolate le parole '*in rem actio utilis*').

⁷³) Peraltro la letteratura più recente in materia sembra tendere, secondo note tendenze di accettazione a tutti i costi del dettato giustiniano dei testi, a superare o comunque a limitare fortemente le censure mosse a D. 39.3.1.23 dalla romanistica precedente, ma è significativo come in ogni caso anche qui vengano in linea di massima rifiutati i riferimenti all'esercizio '*nec vi nec clam nec precario*', il *diuturnus usus* ed il riferimento finale alla '*quasi servitus*' tutelata da un'*actio utilis*. Luigi Capogrossi Colognesi (che già in *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua*, cit. [nt. 57], p. 175 nt. 286, difendeva incidentalmente la classicità del passo per quanto riguarda i concetti di '*servire*' e di '*servitus*'), nel considerare il passo quale testimonianza del pensiero labeoniano circa il concetto di '*servire*' in relazione alle *leges* relative alle *condiciones agrorum* nonché alla *vetustas* e alla *natura loci* che possono nel caso supplirvi, considera sommariamente (*La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, cit. [nt. 64], II, p. 524 nt. 30) i problemi presentati dal passo ma senza entrare nelle precise censure ad esso mosse (sulla base della invero curiosa considerazione che sovente le singole ipotesi interpolazionistiche sono di segno opposto e quindi si escluderebbero a vicenda, «talché accoltane una dovrebbe poi inevitabilmente respingersi l'altra»: esame cui peraltro egli non procede menomamente), e lo accetta come complessivamente genuino (anche in base all'implicita considerazione, invero piuttosto contraddittoria, che le difficoltà da esso presentate deriverebbero per lo più dalla scarsa comprensione di tali problematiche da parte dei bizantini) fatta eccezione per i periodi '*neque vi neque precario neque clam*' e '*eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum*' (cfr. ivi, p. 523 ss.: si veda tra l'altro recensione di P. VAN WARMELO, in «T.», XLVI, 1978, p. 260), anche se in nota si ammettono, specie sulle orme di Gino Segrè, ulteriori dubbi sulla frase centrale '*ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur*' (p. 526 nt. 31), ma senza che d'altra parte tali perplessità incidano sulla lettura del passo poi condotta dall'autore (sulla evidente erroneità della sequenza '*neque vi neque precario neque clam*' si confronti, tra l'altro, ed. Th. 76: '*nec violenter, nec abscondite, nec precario*': cfr. *infra*, nt. 271): tale impostazione in linea di massima «antinterpolazionistica» viene in particolare ribadita dall'autore in *Il deperimento di alcuni actus legitimi e la nuova realtà dei diritti reali, tra repubblica e principato*, cit. [nt. 57], p. 169 ss., dove si richiamano le osservazioni in ordine ai passi relativi all'acquisto delle servitù per decorso del tempo di Dieter Nörr

tualizzazioni classiche – e che in effetti, specie per quanto riguarda gli aspetti *lato sensu* processualistici del testo, vengono rifiutate, al di là di alcune contenute eccezioni, anche dalla dottrina più recente come insitite⁷⁴ –, per converso sembrano perfettamente corrispondere alle peculiarità già ri-

(*Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 54 s. e nt. 34 e p. 90), secondo cui si è sovente sostenuto il carattere spurio del testo senza che «über das Ausmaß der Interpolationen keine Einigkeit besteht» (l'autore tedesco, infatti – p. 49 s. –, per quanto riguarda tale passo, dubita – cfr. *supra*, nt. 56 e 72 – del carattere propriamente labeoniano piuttosto che ulpiano del passo: cfr. le critiche di SITZIA, *Ricerche*, cit. [nt. 70], p. 104 s.), per superare una volta per tutte anche le pur contenute censure mosse a D. 39.3.1.23, come si è visto, da Giuseppe Grosso (cfr. *supra*, nt. 72) in relazione alle parole '*habuisse longa consuetudine*', e sostenere in qualche modo la completa genuinità sostanziale del passo (tra l'altro, invocando come riprova l'analogia impostazione di D. 43.19.5.3, di cui peraltro viene data una interpretazione alquanto dubitabile: cfr. *infra*, nt. 169 e 308: del resto, si è già visto come l'argomento della reciproca incongruenza di molte delle ipotesi interpolazionistiche, ove spesso una esclude intrinsecamente l'altra, sia alquanto inconclusivo, non potendo certo essere di per sé considerato una prova di genuinità del testo): sul passo, si veda altresì, sempre di Luigi Capogrossi Colognesi, *Appunti sulla «quasi possessio iuris» nell'opera dei giuristi medievali*, cit. [nt. 57], p. 253. Francesco Sitzia, le cui ricerche pubblicate nel 1977 sull'*actio aquae pluviae arcendae* si svolgono parallelamente a quelle di Luigi Capogrossi Colognesi sulla proprietà e gli *iura in re aliena* (cfr. *La struttura*, cit., II, p. 521 nt. 26 in ordine alla lettura da parte di quest'ultimo della ricerca in corso di pubblicazione del primo), tiene presente con maggiore serietà le censure interpolazionistiche mosse a D. 39.3.1.23, e – pur in una considerazione di massima di tali critiche testuali che lo porta a concludere che «non esistono sufficienti indizi che l'intervento compilatorio sia andato al di là dei limiti, sostanzialmente assai ristretti, ipotizzati, da ultimo, dal Capogrossi Colognesi» (*Ricerche*, cit., p. 63 ss. e nt. 87) e del resto usando senza problema il passo per le deduzioni che interessano il suo tema in ordine ai concetti di '*servire*' (p. 62 nt. 76), di '*patientiae praestatio*' (p. 117 nt. 150) e di '*nocere*' (p. 226) ed in generale sui rapporti tra *lex* e *vetustas* in Labeone (p. 103 ss.) – egualmente l'autore, anche se con qualche tentennamento (cfr. ad esempio p. 95 s., dove il passo è riferito agli aspetti direttamente processuali di tali questioni), tiene in ogni caso fermo, seguendo in particolare Biondo Biondi, il rifiuto della parte finale del passo, relativa all'*actio utilis* e all'*interdictum* (p. 92 s. e nt. 57 ss. e p. 100 e nt. 93 ss.), riprendendo altresì (p. 101 e nt. 97 s.) gli argomenti di Manlio Sargenti circa la non conclusività della corrispondenza del passo in esame con D. 39.3.2.5 come prova di una pretesa classicità di tale coppia di mezzi di tutela (cfr. tra l'altro le recensioni di R. VIGNERON, in «BIDR.», LXXXIII, 1980, p. 285 ss., in relazione a D. 39.3.1.23, nonché p. 291 e nt. 50 e p. 295 nt. 82, e di G. BRANCA, in «Iura», XXVIII, 1977, p. 281, in relazione a D. 39.3.2.5); nel più recente *Aqua pluvia e natura agri*, cit. [nt. 70], p. 74 ss., 97 ss. e 107 ss., Francesco Sitzia – tenendo presente in particolare l'indagine di Mario Bretone (*I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma - Bari, 1998, p. 102 s. e 260 ss.), che in relazione al concetto labeoniano di '*naturaliter servire*', afferma in generale che il passo «è stato sottoposto a una critica tanto puntigliosa quanto, almeno in buona parte, inefficace» e, contro Dieter Nörr, ritiene sostanzialmente labeoniana, anche se non in ogni parola, la testimonianza offerta da D. 39.3.1.23, nel quale peraltro ammette sempre il carattere compilatorio della chiusa relativa all'*actio utilis* e all'*interdictum* – approfondisce gli aspetti sostanziali della regolamentazione del regime idrico dei luoghi, senza ritornare sugli aspetti interpolazionistici su cui si soffermava nella precedente opera.

⁷⁴ Se sino a qui gli studiosi richiamati, ed in particolare Luigi Capogrossi Colognesi e Francesco Sitzia avevano in linea di massima tenuto ferma (nonostante le intemperanze «antinterpolazionistiche» del primo) l'inaccettabilità della chiusa del passo, relativa ai mezzi processuali derivanti dalla '*quasi servitus*', diversamente Vincenzo Mannino, partendo dall'assioma (*La tolleranza dell'usus iuris nell'esperienza giuridica romana*, cit. [nt. 57], p. 67) per cui «al livello del pensiero di Ulpiano, il lungo *usus* e la *longa consuetudo* – certo riconducibili all'idea espressa dalla *vetustas* – risultano pacificamente presentati dalle fonti come un autonomo modo di acquisto delle servitù» (richiamando a tale proposito appunto D. 39.3.1.22-23), giunge senz'altro ad accettare la genuinità della stessa chiusa ('*eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum*') e quindi della figura della '*quasi servitus*' nonché dell'*actio utilis*: e si è visto infatti come tale autore (cfr. *supra*, nt. 57), puntellandoli a vicenda, tragga argomento per la genuinità di D. 8.5.10.pr. proprio dalle analoghe affermazioni di D. 39.3.1.23. Per arrivare a tale risultato ermeneutico, l'autore innanzitutto supera con disinvoltata agilità il problema della definizione '*quasi servitus*' affermando senz'altro (p. 120 s.) che «nel diritto originato dalla *longa possessio* come una '*quasi servitus*' mi sembra che il '*quasi*' esprima assai bene la peculiarità della servitù di specie, oltreché dal punto di vista genetico, anche da quello della tutela» (richiamando per tal verso in nota [p. 120 nt. 47], oltre a Wolfram Kerber, autori che – come Artur Steinwenter e Gunter Wesener, sui quali cfr. *supra*, nt. 4 –, ritengono in generale il '*quasi*', rispettivamente, una «Gedanklicher Assotiation» ovvero una «Denkform», ed opponendo loro – al di là di un richiamo a G. GILIBERTI, *Servus quasi colonus. Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli, 1981, p. 100 ss., che, senza discrepare dai precedenti, estende i risultati processualistici di questi agli aspetti altresì sostanziali dell'uso di tale avverbio, in riferimento, ovviamente, al '*servus quasi colonus*' – l'osservazione di R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983, p. 26 s., secondo cui l'avverbio '*quasi*' va valutato di volta in volta muovendo dai tratti caratterizzanti la fattispecie in cui è impiegato: metodologia senz'altro condivisibile, ma che Vincenzo Mannino non risulta menomamente applicare a D. 39.3.1.23, accontentandosi di tale affermazione di principio: cfr. altresì ID., *Struttura della proprietà fondiaria e regolamentazione delle acque per decorso del tempo nella riflessione della giurisprudenza di età imperiale*, in «Uomo acque e paesaggio», cit. [nt. 71], p. 26 e nt. 38); per quanto riguarda l'interdetto menzionato dalla

scontrate in D. 8.5.10.pr.-1⁷⁵; anche nella parte finale di D. 39.3.1.23, infatti, la *vetustas* viene sempre

chiusa del passo, sembra curiosa l'audace congettura dell'autore, secondo il quale (p. 121 e nt. 48) «in via del tutto ipotetica, si potrebbe pensare all'*interdictum quod vi aut clam*», ipotesi che dato il carattere restitutorio di tale interdetto sembra difficilmente accordarsi con l'affermazione, immediatamente precedente nel passo in esame, secondo cui «*non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus*», che porta quindi a postulare un interdetto proibitorio (cfr. *infra*, nt. 77) che vieti al vicino di impedire al soggetto le attività di ripristino (cfr. altresì p. 135, per un parallelo con D. 39.3.2.4, dove però il problema riguarda il ripristino dell'*agger* da parte del vicino, per cui è viceversa naturale il carattere restitutorio dell'interdetto: cfr. tra l'altro A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, p. 182 ss., nonché la recensione di A. CORBINO, in «*Iura*», XXXIX, 1988, p. 215 s., e, in generale, quella di G. KLINGENBERG, in «*ZSS.*» CXXI, 1991, p. 507 ss.); i problemi alla base di tale esiziale aporia si presentano in maniera ancora più definitiva in ordine alla spiegazione tentata da Vincenzo Mannino circa l'*actio utilis* prospettata dal finale di D. 39.3.1.23, mezzo di tutela che egli, da un lato, differenzia dall'azione utile all'*actio aquae pluviae arcendae* di cui parla Paolo in 39.3.2.5 (p. 135 s.: prospettiva in cui riesce a maggior ragione difficilmente comprensibile lo stretto parallelismo da lui postulato tra gli interdetti che entrambi i passi giustappongono all'*actio utilis*), e d'altra parte accosta (p. 125 s. e 149) all'*actio utilis* menzionata da D. 8.5.10.pr., che in ogni caso è di carattere puramente confessorio («*si ... ius aquae ducendae nactus sit ... utilem habet actionem, ut ostendat ...*»), mentre quella prospettata da D. 39.3.1.23 sarebbe invece volta a permettere di «*aggeres munire*». In effetti, se per tal verso appaiono alquanto generici i paralleli sistematici che l'autore pone tra tali *actiones utiles*, che si riducono, alla fine, alla previsione generale dell'editto pretorio in ordine alla concessione di un mezzo di tutela di tale tipo nelle ipotesi in cui mancavano i presupposti per l'applicazione dell'usuale *actio* corrispondente (cfr. p. 39 e nt. 44 e p. 137), senza quindi alcuna relazione specifica con l'*usus iuris* in materia di rapporti reali (come invece l'autore afferma: cfr. p. 148 ss.), in generale è da osservare come tali corrispondenze di massima tra le *actiones utiles* concesse da taluni frammenti nella materia dei rapporti reali, come già osservava Manlio Sargenti (cfr. *supra*, nt. 72), non risultano soverchiamente probanti, né si può certo trarre argomento dall'una per confortare l'altra, come pretende di fare Vincenzo Mannino, che del resto non risulta porsi eccessivi problemi di critica testuale né tenere troppo presente la letteratura più antica in materia: il fatto che vi siano più richiami a tale tipo di tutela non depone necessariamente nel senso che essa debba essere classica, potendo tali corrispondenze ben risultare da un'analoga prospettiva interpolatoria postclassica o giustiniana; e si vedrà infatti (cfr. *infra*, nt. 75 e § 12) come *diuturnus usus*, *actio utilis* e ricorso all'avverbio «*quasi*» risultino addensarsi in testi nel complesso tutti fortemente sospetti. Né certo potrebbe venire invocata a conforto della classicità di D. 39.3.1.2 l'analoga chiusa di D. 39.3.2.5 (Paul. 49 *ad ed.*: «*Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstat, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem, quod iure facere possit. quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus*»), testo che, come si è in parte visto, ha destato comprensibilmente notevoli e pressoché irrisolvibili sospetti sia nelle affermazioni attribuite da Paolo ad Alfeno Varo – e in relazione tanto alle parole «*ut eum reponat*» quanto al periodo «*quod si extet ... teneri*» – sia nella parte relativa alla posizione di Labeone (cfr. la descrizione dello stato della dottrina recata da SITZIA, *Ricerche*, cit. [nt. 70], p. 88 ss.), né sembrano inverosimili a risolvere tutti le questioni e le implicazioni problematiche destate dal passo, specie per quanto riguarda la parte finale, le osservazioni recate, anche in relazione al corrispondente *Bas.* 58.13.2.5, da SITZIA, *Aqua pluvia e natura agri*, cit. [nt. 70], p. 61 ss. nonché *Ricerche*, cit., p. 93 ss.: la corrispondenza concettuale e lessicale tra le chiusa del passo ed il finale di D. 39.3.1.2 («*non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus: eritque ista quasi servitus, in quam <in> rem utilem actionem habemus vel interdictum*») semmai appare in definitiva dimostrare, più che una improbabile perfetta coincidenza di contenuti e di forme tra il pensiero di Paolo e quello di Ulpiano, che si tratti qui di una medesima impostazione successiva sovrapposta ai due testi secondo analoghe impostazioni linguistico-terminologiche e coincidenti costruzioni argomentative postclassiche.

⁷⁵ Come si è in parte visto, uno dei più drastici critici del passo in esame risulta Silvio Perozzi (*I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 250 s.): «In ogni caso però di Ulpiano qui non c'è una sola parola. Basta a dimostrare ciò l'osservazione che il testo è inserito a forza dentro un brano ulpiano, che tratta esclusivamente degli argini per regolare il corso dell'acqua piovana. Prima di questo brano c'è la sentenza «*si tamen lex non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere*». Subito dopo questo brano c'è l'altro: «*non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus*». Il nostro brano non ci ha così a che fare con la trattazione di Ulpiano. Esso non è che un'avvertenza di carattere didattico», verosimilmente provocata dal riferimento del § 22 di D. 39.3.1 alla sussunzione labeoniana dell'*actio aquae pluviae arcendae* nella nozione di «*servitus*», in cui per di più l'interpolatore o glossatore oscilla tra la valenza probatoria della *vetustas* e il valore acquisitivo della *longa consuetudo*. Ed in particolare anche Hugo Krüger (*Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 63 s.) si segnala – al di là dei limiti della sua interpretazione, sottolineati in particolare da Emilio Albertario (cfr. *supra*, nt. 55 e 60) – nel considerare corrotta tutta la parte finale di D. 39.3.1.23, richiamando a tale proposito il decisivo argomento della analoga interpolazione subita dal finale di D. 39.3.2.5 (Paul. 49 *ad ed.*: «*quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem resti-*

tuere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus (cfr., per le analoghe argomentazioni di Manlio Sargenti, *supra*, nt. 72). In effetti, come si accennava, tali corrispondenze tra i passi in materia – che insistono sugli effetti acquisitivi del *diuturnus usus* e la *longa possessio*, concedendo non meglio identificati interdetti e soprattutto *actiones utiles*, e giustificano tali costruzioni invocando, attraverso l'avverbio 'quasi', istituti simili alla servitù prediale ma in realtà alquanto distanti dalla sua configurazione classica – lungi dal dimostrare in tali ritorni concettuali la genuinità di tali passi appaiono di per sé alquanto inquietanti, e testimoniano semmai attraverso tali peculiarità la presenza di una comune e sufficientemente autocosciente matrice concettuale che in ogni caso non appare quella classica, e fa sì che tali passi si distinguano *ictu oculi* dai testi risalenti ai giuristi romani, come si è visto in particolare avvenire confrontando le costruzioni di D. 8.5.10.pr. (e quindi di D. 39.3.1.23) con i frammenti soprattutto ulpiani relativi alle *actiones de servitute* (cfr. *supra*, § 1). Così, all'avverbio 'quasi', che in D. 39.3.1.23 «fonda» la categoria delle «*quasi servitutes*», corrisponde ad esempio, in D. 39.1.3.3 (Ulp. 52 *ad ed.*), la locuzione '*servitutum causa actio mihi dabitur*' che a fortiori, rispetto alla '*utilem in rem actionem*' che si vorrebbe qui accordata dal pretore, giustifica la concessione dell'*operis novi nuntiatio* al *superficiarius* appunto in quanto '*quasi inquilinus*', così come, in D. 43.18.1.6 (Ulp. 70 *ad ed.*), si afferma a tale proposito che '*petitori quoque in superficiem dari et quasi usum fructum sive usum quandam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est*', mentre in D. 39.3.22.pr. (Pomp. 10 *ex var. lect.*), in alternativa all'*interdictum quod vi aut clam*' (nel caso non possa ricorrervi: '*quod si ei non competet*') si prospetta per l'usufruttuario, in quanto '*quasi dominus*', la possibilità di '*accommodare*' un'*actio utilis* all'*actio aquae pluviae arcendae*; a sua volta l'*actio utilis*, oltre che in tali testi, compare anche in D. 43.18.1.9 (Ulp. 70 *ad ed.*) – ove nell'affermazione '*servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petuntur: sed et interdictum de his utile competit*' sembra dover stupire, quantomeno, il motivo per cui l'azione che per le servitù pretorie dovrebbe tenere luogo della confessoria è indicata invece come una pluralità di azioni ('...*utilibus actionibus*...'), mentre gli interdetti, che viceversa dovrebbero essere molti, sono stranamente indicati, al singolare, come un solo interdetto utile ('*et interdictum de his utile competit*'), dove del resto non si comprende perché mai l'interdetto, fondato su di una mera situazione di fatto, dovrebbe essere «utile»: cfr. *infra*, nt. 77): cfr. altresì D. 43.18.1.1 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*... hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri*') e D. 13.7.16.2 (Paul. 29 *ad ed.*: '*... quia hodie utiles actiones superficis dantur*') –, così come tale non chiaro mezzo processuale compare in D. 12.2.13.1 (Ulp. 22 *ad ed.*) – ove Giuliano parla di un'*actio utilis* che in seguito alla *longi temporis praescriptio* deve essere concessa a colui che '*iuravit fundum suum esse*' –, in D. 43.24.11.6 (Ulp. 71 *ad ed.*), che parla di un'*actio utilis* nonché di un *utile interdictum* che nella fattispecie sostituirebbero l'*interdictum quod vi aut clam* (si vedano anche D. 8.5.16 [Iul. 7 *dig.*], ove si prevedono mezzi di tutela in relazione all'*emptio-venditio* di uno stillicidio concretizzantesi in un'*actio* e in una *exceptio*, nonché D. 5.3.19.3 [Paul. 20 *ad ed.*]: '*servitutes in restitutionem hereditatis non venire ego didici, cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus, sed si non patiatur ire et agere, propria actione convenietur*'). E a tali testi si possono aggiungere, in relazione al *diuturnus usus* che conduce al sorgere di una servitù – nel caso, anche negativa come quella '*ne luminibus officiat*'! –, C.I. 3.34.1 ('*si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet*') e C.I. 3.34.2 ('*si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitatem exemplo rerum <im>-mobiliium tempore quaesisti. quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cuius est possessio*'), entrambe di Caracalla. In tale contesto, le corrispondenze che presentano, anche in relazione a D. 8.5.10.pr., passi quali D. 39.3.1.23 e D. 39.3.2.5 non sembrano quindi affatto decisive, e anche senza volere qui insistere sul carattere alquanto poco fidabile della più parte dei testi richiamati (cfr. *infra*, § 12), sembra in ogni caso chiaro come la pretesa classicità dei testi in questione possa essere dimostrata soltanto dopo avere escluso che il ricorso a simili concettualizzazioni possa nel complesso essere attribuito ai postclassici, mentre il limitarsi a salvare due o tre testi per ragioni specifiche e contingenti non esclude affatto che, in generale e quindi anche in essi, elementi quali il *diuturnus usus*, la *longa possessio* e la tutela fornita dall'*actio utilis* risultino comunque di per sé sospettabili ed indice di corruzione del passo. Un altro interessante ed alquanto discusso caso di *actio utilis* si ha in D. 8.2.31 (Paul. 48 *ad ed.*: '*si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus servitutumque praestaret, deposuit aedificium, concedenda erit legatario utilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificium conabitur*'), che in dottrina (cfr. in generale M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, p. 276 nt. 228) ha destato non pochi problemi (cfr. G. VON BESELER, *Einzelne Stellen*, in «ZSS.», LVI, 1922, p. 540) a cominciare dalla stessa fattispecie in concreto esaminata (cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, II, *In tema di adiudicatio* [1922], in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, p. 32 nt. 1: «non vedo come il testo possa essere ricostruito; ma certo vi è una spiccata contraddizione fra il *deponere aedificium*, che dovrebbe accennare ad una distruzione totale» – '*deponere aedificium*' è espressione che l'autore [p. 31] ritiene sempre interpolata, specie in quanto l'uso di '*deponere*' nel senso di '*destruere*' o '*demolire*' è peculiare della bassa latinità – «e l'*extollere supra priorem modum*»: ma forse tale contraddizione è conseguenza di una lettura troppo acribica), lasciando soprattutto dubbiosi in ordine alla regola enunciata da Paolo, in particolare interpretata da Andrea Guarneri Citati (*Note critiche ed esegetiche sulle servitù prediali in diritto romano*, in «BIDR.», XLIII, 1935, p. 47 s., e *Ricostruzione dell'edificio e ripristino della servitù di stillicidio* [D. 8,2,20 § 2], in «RIL.», LIX, 1926, p. 160 ss.) nel senso di un'estinzione della servitù conseguente alla distruzione dell'edificio (contro una tale illazione, cfr. già A. SCHMIDT, *Das Recht der Superficies*, in «ZSS.», XXIV, 1890, p. 127 nt. 2), prospettiva criticata soprattutto da Siro Solazzi (*Specie ed estinzione delle servitù pre-*

diali, cit. [nt. 8], p. 174 ss.), il quale, richiamandosi a R. MAYR, *Praestare*, in «ZSS.», LV, 1922, p. 216 s., e a P. CIAPESSONI, *Servitus personae e usus personae*, in «Per il XIV centenario della Codificazione Giustiniana», Pavia, 1935, p. 917 s. (che rinvia anche a D. 8.2.10 e a D. 7.6.1.1. ss.), ritiene che ricorrendo al verbo '*praestare*' (e non a '*constituere*') il testo volesse riferirsi non a un diritto reale di servitù e che (a meno di voler pensare senz'altro a un intervento giustiniano – cfr. BESELER, *loc. ult. cit.* – o a una glossa, come M. BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle actiones negativae*, in «BIDR.», XLVI, 1939, p.146 – «una brutta glossa» –, e G. GROSSO, *Costituzione di servitù a favore o a carico di un edificio futuro* [1934], in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], II, p.49 nt. 2, che pensano a un'inserzione glossematica o comunque a un'intrusione posteriore) si deve dedurre che l'erede non dovesse costituire una servitù, per cui la questione non sarebbe se il *praedium* servente sia l'edificio e se con la sua distruzione si sia estinta la servitù, ma se con tale evento finisca o meno il diritto personale del legatario: e per Siro Solazzi (p. 175) la risposta non può che essere negativa, dato che l'erede non doveva comunque oscurare il fondo dominante, né con l'edificio già esistente né con uno nuovo che lo rimpiazzava, e per tal verso l'azione con cui il legatario faceva valere l'obbligazione '*ne officeret vicini luminibus*' non sarebbe stata altro che l'*actio incerti ex testamento* ('*quidquid heredem ex testamento dare facere oportet*', in base a Gai., *inst.* 2.213: p. 175 s.), che non menzionava né l'oggetto del legato né tantomeno l'edificio, per cui con la medesima *actio ex testamento* si sarebbe fatta valere tale obbligazione anche una volta che, distrutto il precedente edificio, ne fosse stato costruito uno nuovo; il carattere '*utilis*' dell'azione, a sua volta, sarebbe dovuto al fatto che l'obbligazione fatta valere non sarebbe quella di '*dare facere*', propria della formula normale, bensì quella di '*non facere*', cosicché l'*actio utilis* sarebbe classica, e avrebbe fatto valere l'unica pretesa del legatario, ossia quella di impedire all'erede la sopraelevazione dell'edificio, che non poteva essere espresso dalla normale *actio ex testamento*. A sua volta, Biondo Biondi (*Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 328 s.) ritiene che l'*actio utilis*, da considerare classica, sia un'azione analoga alla *vindicatio servitutis*, e che venga data al posto di quest'ultima in quanto la servitù, gravante non sul suolo ma sull'edificio, è estinta con la distruzione di questo, evento estintivo avvenuto tuttavia per il fatto dell'onere, per cui il pretore accorda tale azione con cui il titolare «può proibire ogni atto contrario alla servitù», mentre Miroslav Boháček (*op. ult. cit.*, p. 147) ritiene anch'egli classica tale *actio utilis* in quanto nell'ambito del diritto pretorio si sarebbe ritenuto sufficiente l'esercizio di fatto della servitù (che qui, tuttavia, è negativa), e Giuseppe Grosso (*Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 139) afferma che l'*actio utilis* farebbe pensare che la servitù, se già costituita dall'erede, si sia estinta, mentre, se non fosse ancora stata costituita, «si sarebbe addirittura estinta l'obbligazione da legato» (cfr. ID., *I legati nel diritto romano. Parte generale*², Torino, 1962, p. 309 s.), anche se a suo avviso tale soluzione rimane in ogni caso incomprendibile in quanto, se si trattava di *servitus ne luminibus officatur*, «sarebbe stato ben più pratico lasciare che l'erede al di sotto di tale limite abbattesse e ricostruisse come credeva» (richiamando in tal senso C. FADDA, *Le servitù. Lezioni*, Napoli, 1913, p. 42 [ove in realtà si considerano le servitù a favore di un edificio futuro]: ma in effetti non si comprende dove e perché mai il passo dovrebbe disporre altrimenti): peraltro, trattando dell'estinzione del diritto (*Le servitù*, cit., p. 263 s.), l'autore argomenta da D. 8.2.17.1-2 (Ulp. 29 *ad Sab.*: '*per contrarium si deponat aedificium vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus, non facit contra servitutem: hanc enim debuit, ne luminibus officiat, nunc non luminibus officit, sed plus aequo lumen facit. interdum dici potest eum quoque, qui tollit aedificium vel deprimit, luminibus officere: si forte kat' čntanEklasin* – «per repercussionem» – *vel pressura quadam lumen in eas aedes devolvatur*) che la demolizione dell'edificio è indifferente, per cui, in D. 8.2.31, appare arduo «argomentare in senso opposto dall'*actio utilis*» (anche se – nt. 13 – il testo sarebbe stato probabilmente riaccurciato ed è difficile ricostruire esattamente la ragione del carattere '*utilis*' di tale azione), e del pari «è difficile pensare che ci fosse divario tra Paolo e Ulpiano» (su D. 8.2.31 – oltre a G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 306, che, ritenendo che le servitù urbane vengano meno in caso di demolizione dell'edificio, rimane incerto sulla classicità dell'*actio utilis*, non essendo chiaro se il pretore ovvero i giustiniani si siano davvero posti il problema della distruzione e riedificazione dell'edificio stabilendo che in tal caso la servitù non venga meno – si veda infine E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 298 ss., che opina per una soluzione giustiniana). Più recentemente, Carlo Augusto Cannata (*Corsa*, cit. [nt. 2], p. 394 s.), escluso che si debba far qui riferimento al dogma della quiescenza, spiega D. 8.2.31 nel senso che il testatore, volendo che il proprio erede non riducesse la luce del vicino, gli aveva imposto un duplice legato *per damnationem*, consistente sia in un *non facere* (non ostacolare, di fatto, le luci del vicino) sia in un *dare* (costituire la servitù): dopo la morte del testatore, l'erede distrugge l'edificio, adempiendo così al primo obbligo ma non al secondo, ed inducendo in tal modo il vicino a soprassedere alla pretesa della costituzione della servitù: per cui se poi l'erede costruisce un edificio più altro, il legatario potrà sempre agire *ex testamento* per chiedere il risarcimento dei danni e la costituzione della servitù; secondo tale autore, non si comprende invece il riferimento all'*actio utilis* – anche se non risulta del tutto chiaro perché egli motivi tale dubbio in base al fatto che non si vede «quale *factio* si dovrebbe inserire» –, e pensa che Paolo usasse qui semplicemente l'aggettivo '*utilis*' nel senso di «fondato e destinato ad avere esito favorevole», anche se ciò contrasterebbe con il fatto che si ricorra qui all'impegnativo verbo '*concedere*' ('... *concedenda erit ... utilis actio* ...'), e per tal verso si può forse pensare, a suo avviso, «ad un ritocco giustiniano, che alluda ad un'azione esperibile anche nel caso sia intervenuta la prescrizione generale trentennale» prevista da C.Th. 4.14.1 e ripresa in C.I. 7.39.3. In realtà, in ordine al passo in esame, sembra di potere osservare in primo luogo che, al contrario di quanto sembra implicare la lettura di vari autori, non si tratta qui di un crollo dell'edificio, bensì di una volontaria distruzione di esso da parte dell'erede ('*deposuit aedificium*', nel senso di '*destruere*' o '*demolire*'): questo aspetto elimina alla radice l'osservazione di Giuseppe Grosso, secondo cui se la servitù non è stata ancora costituita, col crollo dell'edificio si estingue l'obbligazione da legato, dato che, anche se non risulta esplicitamente che l'erede ab-

considerata non in termini di immemorabile ma di *diuturnus usus* ('*qui diu usus est*', cui corrisponde poco oltre la locuzione '*longa consuetudo*') esercitato ancora una volta '*neque vi neque precario neque clam*', mentre – se nel precedente passo lo *ius aquae ducendae* era stato conseguito ('... *nactus sit* ...') me-

bia abbattuto l'edificio per costruirne uno nuovo che meglio lo soddisfacesse, ed in particolare più alto, in ogni caso l'impossibilità dell'obbligazione sarebbe sempre risalente alla sua sfera di responsabilità, secondo i principi generali (si veda, in relazione ai legati ed in particolare a D. 30.53.6 e a D. 30.84.4, GROSSO, *I legati*, cit., p. 395 ss.: cfr. altresì D. 36.4.5.15); per tal verso, se si considera il fatto che D. 8.2.31 enfatizzi come l'obbligo di costituire la «servitù» sorga dal testamento ('*si testamento damnatus heres* ...'), sembra doversene dedurre che la servitù non fosse ancora stata costituita, poiché, se essa lo fosse già stata, la sua esistenza sarebbe stato l'elemento cardine della fattispecie indipendentemente dalle sue origini, ed in ogni caso il fatto che essa poi fosse stata costituita in base ad un obbligo testamentario sarebbe verosimilmente stato affrontato da Paolo in maniera alquanto diversa, senza ricorrere ad una formula tanto ambigua che, se così fosse, lascerebbe del tutto tale fondamentale dato nell'incertezza. Infine, il verbo '*praesto*', come notava Siro Solazzi, fa in effetti pensare, piuttosto che ad un atto costitutivo della servitù fondato sul '*ius civile*', ad un atto contrattuale, ma ciò non implica, come vorrebbe tale autore, che si tratti qui di un obbligo puramente negativo di astenersi da ogni atto che possa diminuire la luce dell'edificio del vicino, azionabile attraverso un'*actio ex testamento*: nel significato di «garanzia» che risulta proprio di tale verbo (cfr. in generale R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, specie p. 1 ss. e 505 ss.), è invece plausibile che l'onerato dovesse prestare una *cautio*, impegnandosi a non oscurare l'edificio del vicino: si sarebbe cioè anche qui, dunque, nell'ambito delle cosiddette servitù pretorie, in cui il «*dare servitutum*» si traduce appunto in una stipulazione di esercizio (cfr., in riferimento a D. 8.4.16 e a D. 7.1.3.pr. – entrambi tratti da Gai. 2 *cott.* –, GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 198 nt. 14). E poiché, come si vedrà (cfr. *infra*, §§ 4 s.), una simile *stipulatio* poteva essere volontariamente prestata dall'onerato in adempimento dell'obbligazione gravante su di lui ovvero venire imposta dal giudice in sede di *restitutio* o di *condemnatio*, il reale problema posto dal frammento è di natura concretamente processuale e sembra per tal verso duplice, poiché il legatario può in ipotesi agire per ottenere la prestazione di tale *cautio* prima che il suo diritto venga leso, oppure può essere costretto a reagire alla costruzione di un nuovo edificio in violazione ad esso (cfr. tra l'altro, in relazione a D. 7.1.7.1-2 – Ulp. 17 *ad Sab.* – GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 203 s., e *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 361 ss.); non è ovviamente chiaro se qui Paolo prendesse in considerazione entrambe le ipotesi per dare una risposta esaustiva al problema, o se invece si limitasse a risolvere un solo aspetto di esso in relazione ad un caso concreto, ma una parziale risposta in tal senso sembra venire offerta da una considerazione palinogenetica del frammento – cosa sinora perlopiù trascurata dalla dottrina –, dato che D. 8.2.31 è tratto dal XLVIII libro *ad edictum* di Paolo, dove il giurista occupava appunto dell'*operis novi nuntiatio* (cfr. LENEL, *Palinogenesia*, cit. [nt. 20], I, c. 1055 n. 618: il libro in esame comprendeva la trattazione '*ut legatorum nomine cavetur*', '*de operis novi nuntiatione*' e '*de damno infecto*', oltre che, secondo nell'ordine, '*ut in possessionem legatorum servandorum causa esse licet*' – cfr. LENEL, *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 368 ss., §§ 172-175 –, anche se su quest'ultimo argomento non sono pervenuti, a giudizio dell'autore, frammenti di Paolo); ed infatti Otto Lenel, riportato il frammento, aggiunge (nt. 2): «Itaque legatarius etiam opus novum nuntiare poterit» (riferendosi con ciò alla situazione antecedente la costituzione della servitù, dato che, una volta questa sia sorta, è del tutto ovvio che il titolare possa avvalersi di tale istituto). Ma se il problema sollevato da Paolo in D. 8.2.31 era quello della possibilità del legatario di opporsi alla costruzione di un nuovo edificio più alto del primo attraverso l'*operis novi nuntiatio*, è chiaro come in tale procedura il problema dello *ius prohibendi* del legatario sarebbe stato risolto non con un'*actio utilis* ('... *qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificium conabitur*'), ma in sede di *remissio* o comunque nell'ambito dei mezzi di tutela spettanti alle parti nell'ambito di tale procedura, in cui si possono annoverare anche le *actiones de servitute*, rispetto alle quali l'*actio utilis* potrebbe al limite sostituire la *confessoria*, non certo la *negatoria* (cfr. *infra*, § 10 *in fine*); mentre per converso, se si considera invece il problema della *stipulatio* relativa alla servitù che l'erede deve prestare, anche per tal verso vengono in esame (cfr. GROSSO, *I legati*, cit., p. 407 ss.) la clausola edittale '*ut legatorum nomine cavetur*' (LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 369, § 172) o nel caso quella '*ut in possessionem legatorum servandorum causa esse licet*' (p. 369 s., § 173), ma, ancora una volta, non certo l'*actio utilis*, che per tal verso semmai o presupporrebbe l'avvenuta prestazione della *stipulatio* di esercizio e la farebbe valere o comunque la sostituirebbe (cfr. tra l'altro *infra*, nt. 370), ma non mirerebbe certo a farla ottenere, essendo qui per ipotesi volta senz'altro a impedire l'*opus* in questione ('... *qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificium conabitur*'). Nel complesso, anche senza potere qui entrare nelle non facili questioni relative all'*operis novi nuntiatio* e alle sanzioni e garanzie predisposte per l'esecuzione del legato, sembra in ogni caso verosimile che una fattispecie quale quella considerata da D. 8.2.31 aprisse classicamente un ventaglio di ipotesi e di mezzi processuali attraverso cui poteva venire risolta, e non si riducesse certo ad una singola azione come l'attuale stesura del frammento risulta implicare: e per tal verso l'*actio utilis* così accampata – che probabilmente si sovrappone qui censoriamente alle valenze di autotutela privata proprie della *nuntiatio* – risulta in effetti con ogni probabilità una semplificazione postclassica o giustiniana che si sostituisce alla più articolata soluzione che Giulio Paolo forniva alla fattispecie considerata (ed infatti, specie tenendo presente il valore per tal verso verosimilmente risolutivo del ricorso, subito dopo, al verbo '*prohibeo*', sembra che il passo risulterebbe alquanto più lineare se solo si sostituisse alla menzione dell'*actio utilis* quella della *nuntiatio*: «... *concedenda* [?] *erit legatario <nuntiatio>, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificium conabitur*»).

diante una *longa quasi possessio* e non era necessario dimostrare la costituzione di esso ('... non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est ...') – qui più o meno si afferma positivamente che la servitù non risulta costituita ('... servitus non invenitur imposita ...'): ed in effetti, grazie a tale sistema di tutela, essa sarà da considerare una servitù «*velut iure imposita*»⁷⁶ (mentre viceversa nell'ipotesi della *vetustas*

⁷⁶ L'espressione '*velut iure imposita*', oltre al '*non necesse docere de iure*' di D. 8.5.10.pr., può tra l'altro richiamare le parole '*tametsi ius non probaretur*' di D. 39.3.26 (Scaev. 4 resp.: '*Scaevola respondit solere eos qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur*'), come mostrerebbe, in D. 39.2.1.23, il presupposto '*si tamen lex non invenitur, vetustatem vicem legis tenere*', che risulterebbe così porre la locuzione '*velut iure imposita*' in immediato nesso con la precisazione '*ubi servitus non invenitur imposita*': cfr. altresì D. 43.20.3.4 (Pomp. 34 ad Sab.): '*ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur*'. Per tal verso, se si considerano i problemi dei passi come derivanti dalla corruzione di testi classici relativi alla *vetustas* poi riferiti al *diuturnus usus* acquisitivo, tale espressione potrebbe non destare soverchi problemi in ordine alla sua non genuinità, ritenendola tutt'al più un riassunto postclassico di una frase come '*iure constituti loco*' che compare in D. 43.20.3.4, nel senso di «rapporto non provato in relazione al suo titolo costitutivo» (come ad esempio in D. 39.3.1.23). Altra questione, che invece appare coinvolgere i problemi relativi alle azioni utili posti da D. 39.3.1.23 come da D. 8.5.10.pr., è la possibilità di scorgere in tale espressione una tutela da porre in relazione con mezzi processuali di diritto non civile bensì onorario (come fa, sia pur alquanto dubitativamente, GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 213): ma, ancora una volta, non si vede perché mai la *vetustas*, da semplice strumento probatorio che come tale sostituisce la prova del titolo ed è quindi perfettamente inquadrabile nella normale *vindicatio* (o *negatoria*) *servitutis*, dovrebbe divenire fonte di un diritto speciale, diverso da quello previsto dallo *ius civile*, e dare quindi luogo ad una tutela a sé stante del diritto per tal via dimostrato (cfr. tra l'altro BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 280 s., che appunto accosta come insitici il '*non necesse docere de iure*' di D. 8.5.10.pr. e il '*velut iure impositam servitutum*' di D. 39.2.1.23, richiamando tra l'altro, circa i fondamenti di tale prospettiva, l'aspetto processuale, che supera ormai ogni distinzione tra *actio directa* ed *actio utilis* – cfr. *supra*, nt. 71 –, nonché la intrinseca non classicità di D. 3.5.46[47].1 [Paul. 1 sent.], secondo cui '*neq. refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum*'). Tali problemi non vengono soverchiamente considerati da Luigi Capogrossi Colognesi, più attento alla regolamentazione sostanziale delle opere idriche che a tali aspetti processualistici (cfr. *La struttura della proprietà*, cit. [nt. 64], II, p. 521 ss., e in particolare p. 530 nt. 30 e p. 540 nt. 40, dove si parla di '*naturalis servitus*'), né da Vincenzo Mannino (*La tolleranza*, cit. [nt. 57], p. 116 ss. e 123 ss.), cui peraltro tale terminologia avrebbe forse dovuto interessare di più in vista delle sue possibili interazioni costruttive con l' '*usus iuris*' su cui si impernia il suo studio. D'altra parte, per quanto riguarda la corrispondenza tra il '*non necesse docere de iure*' di D. 8.5.10.pr. e il '*velut iure impositam servitutum*' di D. 39.2.1.23, oltre all' '*etsi iure deficiamus*' di D. 39.3.2.5 (cfr. *supra*, nt. 71 e 74), sarebbe da ricordare anche il '*licet servitus iure non valuit*' di D. 8.4.2 (Ulp. 17 ad ed.): '*de aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutum castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent: sed rescripto imperatoris Antonini ad Tullianum adicitur, licet servitus iure non valuit, si tamen hac lege comparavit seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc ius adquisivit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit*'. Anche senza poter entrare qui negli aspetti sostanziali dei problemi posti dalla prima parte del testo (cfr. tra l'altro, in riferimento a GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], VIII, cit. [nt. 9], p. 50, B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo I*, p. 60), la seconda parte, da '*licet*' in poi, già cassata – specie in vista del contrasto tra l'affermazione '*licet servitus iure non valuit*' e la successiva duplice designazione della facoltà di attingere acqua come '*hoc ius*' – da F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen* (IV), in «ZSS.», XXXI, 1897, p. 16 s. (cfr. P. KRÜGER, «Corpus Iuris Civilis», I, cit. [nt. 37], p. 149 nt. 10), fu poi ritenuta interpolata da ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 341 s., da BESELER, *Beiträge*, III, cit. [nt. 71], p. 40, e *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 87, da BONFANTE, *Note a WINDSCHEID*, cit. [nt. 56], V, p. 662 s., e *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 237 s. e 466 s., da RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 400 e nt. 1 (in relazione – cfr. *supra*, nt. 71 – al finale '*eum, qui hoc ius possedit*': cfr. anche S. PEROZZI, *Perpetua causa nelle servitù prediali romane* [1893], in *Scritti giuridici*, II, cit. [nt. 55], p. 152 ss., e *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 866 nt. 4), nonché da F.M. DE ROBERTIS, *Costituzione «ex capite» e costituzione «aliunde» nella «servitus aquae ducendae» (a proposito del fr. 9 Dig. VIII, 3, Paulus, libro I Sententiarum)*, in «AUBA.», n.s., I, 1938, p. 70 ss. (che giudica il passo malamente riassunto dai compilatori), da SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit. [nt. 8], p. 45, e *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 116 ss., e da G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 301, e fu difesa con argomenti che non parvero conclusivi, come nota Siro Solazzi, da BIONDI, *La categoria*, cit. [nt. 71], p. 615 ss., e da SARGENTI, *Appunti sulla quasi possessio e la possessio iuris*, cit. [nt. 1], p. 248 e nt. 6 (si veda altresì H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 79 s., su cui cfr. in particolare RABEL, *op. ult. cit.*, p. 401, che pur non ammettendo l'*actio utilis* tende a considerare l'espressione '*licet servitus iure non valuit*' rapportabile a '*tuitio praetoris constituta*'). Più recentemente (cfr. da ultimo A. PALMA, *Le derivazioni d'acqua «ex castello»*, in «Index», XV, 1987, p. 439 ss., su cui si veda la recensione di M. TALAMANCA a tale numero di «Index» – «Hommages G. Boulvert» –, in «BIDR.», XCI, 1988, p. 834 s.), oltre a GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 181 (che reputa le parole '*eum, qui hoc ius possedit*' «certo rimaneggiate»: cfr. *Sulla servitù di «aquae haustus»*, cit. [nt. 66], p. 31 s.), del passo si è occupato in particolare Luigi Capogrossi Colognesi (*Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, cit. [nt. 57], p. 33 ss., e *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 326 nt. 86), che dal punto di vista che qui interessa si limita a notare che l'intervento di Caracalla «assicurava comunque tutela a

la servitù si deve considerare per tal via provata, com'è ovvio, nella sua normale esistenza *iure civili*).

Ma sotto quest'ultimo aspetto D. 39.3.1.23 si rivela anche più esplicito del precedente passo, ed appare forse fornire per tal via una possibilità di migliore comprensione dei meccanismi storico-giuridici che hanno condotto all'attuale stesura del testo: infatti qui si parla senz'altro non di una *servitus* in senso proprio, bensì di una '*quasi servitus*' ('... *eritque ista quasi servitus* ...'), sufficientemente diversa dall'ipotesi di un normale *ius in re aliena* da far sì che il passo si preoccupi di specificare che, oltre all'*actio utilis* qui delineata, essa sarà altresì tutelata – cosa che nelle usuali servitù sarebbe appunto troppo ovvia ed automatica – mediante un interdetto⁷⁷.

La circostanza che D. 39.3.1.23 – tratto dal medesimo libro *ad edictum* ulpiano (LIII) da cui proviene D. 8.5.10.pr.-1, a sua volta rifacentesi ad analoghi strumenti argomentativi – parli senza mezzi termini di una «*quasi servitus*»⁷⁸ è parsa in effetti offrire una nuova possibilità interpretativa per spiegare tali passi e risalire nel caso al loro verosimile tenore classico, aggiungendo alle implica-

siffatte derivazioni». D'altra parte, è da ricordare come D. 8.4.2, in vista del suo finale, è esaminato dalla dottrina più che altro in relazione al problema del cosiddetto possesso delle servitù (oltre al ricordato articolo di Emilio Albertario sul possesso delle servitù – p. 339 ss. –, cfr. BONFANTE, *Note*, cit., p. 662 ss., SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 111 ss., G. LONGO, *op. cit.*, p. 301 s., e GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 180 ss.), prospettiva in cui, come avviene in non pochi testi, l'intervento postclassico o giustiniano risulta relativamente sicuro (cfr. in particolare, oltre a D. 8.1.14.pr. – su cui *infra*, nt. 471 –, D. 8.2.20.pr., Paul. 15 *ad Sab.* – '*servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur ... quia in tuo aliquid utitur et si quasi factio quodam possideo*' –, D. 43.17.3.5, Ulp. 69 *ad ed.* – '*... si prolectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. et est apud Cassium relatam utriusque esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem*' –, D. 8.2.32.1, Iul. 7 *dig.* – '*natura enim servitutium ea est, ut possideri non possint, sed intellegatur possessionem earum habere, qui aedes possidet*' –, nonché D. 8.5.10.pr. e D. 43.19.5.3, sul quale *infra*, nt. 308 e § 16).

⁷⁷ Si noti come l'interdetto menzionato da D. 39.3.1.23 ('*eritque ista quasi servitus, in quam <in> rem utilem actionem habemus vel interdictum*'), che il testo sembra voler porre in relazione alla facoltà di '*aggeres munire*', viene inquadrato dalla dottrina tra quelli utili: cfr. UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 655 e nt. 24 (e, in vista di tale attività di *reflectio*, si potrebbe quindi pensare, in ipotesi, ad un interdetto simile a quello '*de rivis*', ma – sempre nell'ambito degli interdetti proibitorii: cfr. *supra*, nt. 74 – si potrebbe ad esempio pensare anche a un interdetto privato simile a quello, pubblico, *de ripa munienda*: cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 461, di recente R. FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im römischen Recht*, Aachen, 1996, p. 149 ss.). Se qui il testo, verosimilmente alquanto corrotto, non si preoccupa di segnalare tale carattere «utile» dell'ipotetico interdetto (cfr. D. 39.3.2.5: '*opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius*'), è da notare come altrove, sempre in testi che risultano inficiati da consimili prospettive costruttive, tale concessione in via utile dell'interdetto venga talvolta invece menzionata a sproposito, come ad esempio avviene nel ricordato D. 43.18.1.9 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petuntur: sed et interdictum de his utile competit*'), dato che lo stato di fatto tutelato da tale strumento processuale (si pensi in particolare all'*interdictum de itinere actuque privato*: '*quo itinere actuque, quo de agitur, hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus est, quo minus ita utaris, vim fieri veto*') non differenzia per tal verso l'attività posta in essere in relazione a un titolo pretorio da quella attuata in base ad un atto costitutivo *iure civili*, così come dall'esercizio attuato semplicemente in via di fatto e nel caso, al limite, abusivamente. Né a conclusioni diverse risulta doversi pervenire in relazione alle servitù di acquedotto, dove, com'è noto, si richiede da parte dell'*interpretatio* giurisprudenziale che l'esercizio sia avvenuto nella convinzione di avvalersi di un proprio diritto (elemento soggettivo che contempla anche la convinzione erronea in tal senso, purché provocata da *error facti* e non da *error iuris*: cfr. D. 43.20.1.9-10, 19 e 39, su cui è qui sufficiente rinviare a ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], p. 371 ss.: cfr. in ogni caso *infra*, nt. 169): infatti, a meno voler fare di tali mezzi di tutela delle servitù d'acqua degli interdetti incardinati alla effettiva situazione di diritto sottesa all'esercizio della servitù, ossia – in base alla nota distinzione tracciata da Paolo (63 *ad ed.*) in D. 43.1.2.2 – *interdicta 'qua proprietatis causam continent'* (come curiosamente fa, contro ogni diffusa dottrina, CAPOGROSSI, '*Interdetti*', cit. [nt. 6], p. 909 e nt. 34: cfr. ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali*, cit. [nt. 60], p. 505 s.), il carattere soggettivo di tale requisito e d'altra parte la sua natura interpretativa, che non si riflette quindi nella formula pretoria, fanno sì che anche in questa ipotesi l'interdetto, così come proteggeva anche chi esercitava la servitù convinto pur a torto del suo diritto, tutelasse indifferentemente tanto il titolare di una servitù di *ius civile* quanto chi vantasse una servitù costituita '*tuitione praetoria*' (ed in seguito si vedrà anzi il ruolo centrale assunto dagli interdetti in tale tipo di *ius in re aliena*).

⁷⁸ Cfr. *supra*, nt. 4, 56 s., 60, 63 e 71 ss.: si vedano altresì PEROZZI, *Il divieto di atti d'emulazione*, cit. [nt. 71], p. 382, BONFANTE, *La proprietà*, I, cit. [nt. 14], p. 502 s. (che scorge in tale locuzione un preciso indizio di interpolazione), GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 216 nt. 9 e p. 236 (che ritiene la qualifica di '*quasi servitus*' indizio di un rimaneggiamento del testo ovvero di una glossa «riguardante la *vetustas* e il parallelo che in proposito il testo faceva colla servitù»).

zioni ermeneutiche offerte dall'istituto della *vetustas* l'ulteriore ipotesi – sviluppata da una parte della dottrina – secondo cui essi in origine si sarebbero riferiti non al regime classico delle servitù disciplinate dallo *ius civile*, bensì ai rapporti analoghi tutelati *iure praetorio* e costituiti con atti di altro tipo ('*pactiones et stipulationes*')⁷⁹.

3. E' in effetti noto che mentre sul suolo italico le servitù si costituiscono mediante *mancipatio* ed *in iure cessio*, oltre che con il legato *per vindicationem*⁸⁰, sui fondi provinciali, non suscettibili in quanto tali di essere oggetto dei due negozi solenni dello *ius civile*, si ricorreva in linea di massima a stipulazioni, sancite precedenti *pactiones*, con cui il titolare del fondo gravato si impegnava a rispettare l'esercizio della servitù, così da attribuire tendenzialmente a tale atto un valore costitutivo del diritto in questo

⁷⁹ Si consideri altresì, in relazione al superficiario, D. 43.18.1.9 (Ulp. 70 *ad ed.*): '*Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplo eorum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actiones petuntur: sed et interdictum de his utile competit*' (cfr. *supra*, nt. 75 e 77); oltre a GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, cit. [nt. 8], p. 397 s. e nt. 9, si vedano tra l'altro SEGRÈ, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 449 ss. e p. 467 nt.42 (secondo il quale si tratterebbe in questi casi non tanto di applicazioni estensive delle normali azioni relative all'usufrutto e alle servitù, quanto piuttosto della creazione, da parte dei bizantini, di figure reali analoghe ai normali *iura in re aliena* che in ogni caso costituiscono tipi di diritti reali a sé stanti), V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, I, «*De eo quod certo loco dari oportet*» (1912), in *Scritti di diritto romano*, I, cit. [nt. 8], p. 426 nt. 1 (che muove dalla sospetta locuzione '*ad exemplum*' seguita – '*ad exemplum actionem dare*' – dalla concessione di un mezzo di tutela), e S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, cit. [nt. 14], I, p. 776 nt. 4 (che ritiene il passo interpolato al pari di D. 8.1.16 [Iul. 49 *dig.*]: '*ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari conveniunt et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet*'), cfr. altresì ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 205 nt. 2, che anche qui reputa il passo interpolato in quanto in esso la struttura del discorso risulta molto affine alle usuali estensioni tribonianee, pur considerando in linea di massima accettabile D. 43.18.1.9: cfr. *ibid.*, p. 206 e *passim*), e BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 348 ss., che reputa entrambi i passi genuini, nel quadro di un'estensione pretoria in via utile delle *actiones de servitutibus* alle situazioni che, come la superficie, l'*ager vectigalis* e il pegno, sarebbero per tal verso risultati analoghi al dominio (cfr. anche GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 285). Tale impostazione peraltro non tiene in nessun conto la parallela esistenza di una tutela in via interdittale della quale, in ipotesi, il terzo possessore del fondo si sarebbe potuto accontentare, in una prospettiva che farebbe venir meno sin dalle fondamenta quell'esigenza di una imprescindibile tutela di tali situazioni non attuabile se non attraverso *actiones utiles* a quelle *de servitutibus*, implicitamente a fondamento di tale via; e d'altra parte, in tale impostazione, non sembra tenersi neppure conto della diversa situazione che le fonti attestano, come si è visto, in ordine all'usufruttuario (che pure è soltanto detentore della *res*), e soprattutto in ordine al terzo possessore del fondo, di cui come si è visto la più parte dei giuristi classici esclude la legittimazione a tali azioni: e se è vero che per quanto riguarda il superficiario e gli altri possessori qualificati del fondo si parla di un'*actio utilis*, cosa che di per sé parrebbe differenziare tale problema da quello del semplice possessore e dell'usufruttuario, di cui è invece esclusa la legittimazione alla normale *actio de servitute*, rimarrebbe invero da spiegare – questione non certo facile – perché mai i testi ricorrano in questi casi ad una estensione in via utile, mentre una simile escogitazione non viene neppure presa in considerazione per gli altri casi, ove anzi i giuristi classici sembrano senz'altro discutere della diretta legittimazione persino dello stesso usufruttuario – mero detentore – alla *vindicatio*, senza che mai venga in mente di risolvere brillantemente tale diatriba attraverso la creazione di un'*actio utilis* a suo favore: aspetti che dovrebbero invero rendere assai cauti nel valutare la classicità di simili estensioni in via utile delle *actiones de servitutibus*, dato che il mancato ricorso a queste in questioni tanto dibattute tra i giuristi classici, dove esso si sarebbe anzi rivelato verosimilmente risolutivo, rende alquanto dubbio che i *prudentes* usassero in problemi del tutto simili tali strumenti (cfr. in particolare VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei*, cit. [nt. 14], p. 401 s., che come si è visto – *supra*, nt. 14 – trae argomento da tale limitazione della legittimazione del pignoratario e del superficiario alla sola *rei vindicatio utilis* per ritenere che Giuliano concedesse anche al *fructuarius* una forma solo utile di tale azione: in ogni caso si vedano altresì, in generale, H. VOGT, *Das Erbbaurecht des Klassischen römischen Rechts*, Marburg, 1950, p. 80, WESENER, *Actiones ad exemplum*, cit. [nt. 14], p. 234 s., BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit. [nt. 14], p. 80 s. e nt. 79, W. SELB, *Formulare analogien in «actiones utiles» und «actiones in factum» am Beispiel Julians*, in «*Studi A. Biscardi*», III, Milano, 1982, p. 334 s., e VALIÑO, *Actiones utiles*, cit. [nt. 75], p. 72 e 80 s.). Cfr. *supra*, nt. 14, 17, 50, 55, e 75 s., ed *infra*, nt. 214 s., 274, 298, 381 e § 17 e nt. 413.

⁸⁰ Sui modi di costituzione delle servitù *iure civili* (a quelli ricordati sono ovviamente da aggiungere la *deductio* dalla *mancipatio* e l'*adiudicatio*, mentre sulla destinazione del padre di famiglia cfr. da ultimo S. RANDAZZO, «*Servitù 'iure' imposta*». «*Destinazione del padre di famiglia*» e costituzione «*ipso iure*» della servitù», in «*RDR*», II, 2002, p. 279 ss., ed in generale la monografia di Maria Gabriella Zoz sulla costituzione tacita delle servitù ricordata *supra*, nt. 21; sul pagamento della *litis aestimatio* cfr. *supra*, nt. 44) si vedano in generale, oltre a SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit. [nt. 56], p. 85 ss., BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 221 ss., e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 187 ss.

modo divisato, con ogni probabilità anche in vista della circostanza che nelle provincie non era sentita come a Roma la netta distinzione tra contratto e atto costitutivo del diritto reale (si tratta del resto di una modalità di costituzione che, con la scomparsa di *mancipatio* ed *in iure cessio*, verrà com'è noto generalizzata dal diritto giustiniano)⁸¹:

⁸¹ Sulle varie teorie circa la servitù costituite «*iure praetorio*», cfr. *infra* nt. 82 ss. Per quanto riguarda la dottrina più antica (cfr. in generale WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit. [nt. 56], I, p. 764 nt. 1, e PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 199 ss., nonché FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione*, cit. [nt. 55], p. 289 ss.), si possono ricordare O. LENEL, *Parteiabsicht und Rechtserfolg* (1881), in *Gesammelte Schriften*, cit. [nt. 8], I, p. 387 s. (che muovendo da D. 8.1.20 – cfr. *infra*, § 4 – ritiene che la *stipulatio* servisse a sostituire la *traditio* della servitù non ancora ammessa, sopravvivendo peraltro nel tradizionalismo romano accanto a questa nuova soluzione), DERNBURG, *Pandette*, cit. [nt. 40], I.2, p. 358 ss. (secondo cui i peregrini già *ab antiquo* avrebbero praticato le *pactiones* per costituire le servitù, mentre il senso formalistico dei romani, una volta assogettati, pretesero da essi l'aggiunta di una *stipulatio* con cui il titolare del fondo servente promettesse di non impedire l'esercizio della servitù mediante la promessa di una *poena*), R. VON JHERING, *Passive wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte*, in «*Jahrbücher für die dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*», X, 1871, p. 387 ss. (per il quale, pur aggiungendosi al patto determinativo della concessione fatta una stipulazione penale per il caso di violazione del diritto così divisato, in ogni caso da tutto ciò non sarebbe sorta una servitù in senso proprio – concetto che Gaio adopererebbe soltanto in quanto traduce in termini romani tale situazione – ma esclusivamente un diritto di obbligazione, che dalle parti si sarebbe trasmessa non solo ai successori a titolo universale, ma altresì a quelli a titolo particolare), WINDSCHEID, *loc. ult. cit.* (secondo cui tale metodo negoziale, che in origine serviva semplicemente a far ottenere alle parti la sicurezza del contenuto negoziale divisato, venne con il tempo riconosciuto quale metodo di «costituzione» delle servitù, per cui Gaio – *inst.* 2.31 – parla di «*constituere*») e C. MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta*, Siena, 1891, p. 129 s. (che ritiene che il *pactum* servisse non tanto a costituire un diritto, bensì ad impedire al promittente l'esercizio del diritto di proprietà nella parte in cui era contrario al diritto così divisato, ma – essendo esso azionabile soltanto in via d'eccezione, né si sarebbe potuto giuridicamente costringere il *dominus* solo in base ad esso a rispettare tale impegno – era necessario obbligare il soggetto attraverso una *stipulatio poenae* al rispetto di tale *pactum*, che peraltro non avrebbe originato una servitù in senso proprio: si vedano in particolare le critiche di C. FERRINI, *Sulla teoria generale dei «pacta»* [1892], in *Opere*, cit. [nt. 8], III, p. 243 ss.). Da ricordare altresì come Silvio Perozzi, che in un primo tempo (cfr. *op. ult. cit.*, p. 199 ss.) aveva sostenuto che l'espressione «*pactionibus et stipulationibus*» di Gai., *inst.* 2.31 andasse intesa in senso disgiuntivo, ossia come sufficienza tanto dell'uno quanto dell'altro metodo alla costituzione del diritto, in seguito (cfr. *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 770 s.) abbandonò tale opinione, ritenendo che «per la costituzione di servitù tra fondi provinciali, in conformità alle tradizioni del diritto ellenistico, si usò prima di una semplice convenzione (*pactio*), a cui, poi che si diffuse il diritto romano, si faceva seguire una stipulazione», secondo un sistema in cui i due atti «prima normalmente, poi forse già al tempo di Gaio, sempre, erano fusi in uno solo, cioè una convenzione scritta, in fondo alla quale si dichiarava che era avvenuta su tutto l'insieme della convenzione una stipulazione», indicando tale negozio attraverso la locuzione «*pactio et stipulatio*» (su come risulti «nelle fonti giuridiche come nelle fonti letterarie che con la *pactio* si indica il contenuto, con la *stipulatio* la forma» si veda P. BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 140 s., mentre – cfr. *Istituzioni di diritto romano*¹⁰ [1946], rist. Milano, 1987, p. 277 s. e nt. 17 – che con tale eniadi «si intendessero stipulazioni penali aggiunte al patto è invenzione di Teofilo»: sull'idea che «*pactio et stipulatio*» traducesse l'espressione greca *συγγραφῆ καὶ ὄμολογ.* cfr. tra l'altro L. MITTEIS, U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde*, II.1, Leipzig - Berlin, 1912, p. 72 ss.); per la disgiuntività, si era altresì pronunciato H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 14 s. (cfr. nello stesso senso, ma con varie riserve, la ricordata [nt. 55] recensione a tale opera di Adolf Berger, p. 304 s.); per la unicità dell'atto, si vedano altresì RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], specie p. 390 s., Hans Peters, nella ricordata [nt. 55] recensione a Hugo Krüger, p. 596 s., e BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 82 s.); S. RICCOBONO, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (Fr. 4 D. VIII, 1)*, in «*T.*», III, 1922, p. 343 nt. 1, riteneva a sua volta che, anche in base a D. 45.1.56.4 (cfr. *infra*, nt. 385), si potesse trarre argomento a favore dell'opinione – minoritaria, rispetto alla dottrina dominante che fa riferimento a Teoph., *par.* 2.3.4 (cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo) – secondo cui è sufficiente la sola *stipulatio* o la *pactio* per la costituzione della servitù provinciale, poiché nella dottrina di Sabino la *pactio* è inclusa nella *stipulatio* (è infatti quest'ultima che a suo avviso rende tutelabile la prima mediante *exceptio pacti*: cfr. p. 339 s., ed *infra*, alla fine di questa stessa nota), mentre nelle provincie ellenizzate la *pactio* consacrata in un atto scritto adempiva già a tale funzione. Sulla nascita di tale metodo sul suolo provinciale e la sua successiva importazione a Roma anche in relazione ai fondi italici si vedano, sulla base di vari precedenti dottrinali (cfr. in particolare H. KRÜGER, *op. cit.*, p. 23 s., e BESELER, *loc. ult. cit.*), RICCOBONO, *op. ult. cit.*, p. 357 (contra, PEROZZI, *I modi pretorii*, cit., p. 203 e *passim*, che limita tale istituto ai soli fondi provinciali – cfr. p. 258 ss. –, RABEL, *op. ult. cit.*, p. 390 s., COLLINET, *Le caractère oriental*, cit. [nt. 55], p. 161 ss., ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 233 nt. 1, e le ricordate recensioni a Hugo Krüger di Hans Peters, p. 596, e di Adolf Berger, p. 304, nonché, dubitativamente, BONFANTE, *Diritti reali*, cit., p. 141 e nt. 2: per la dottrina più recente cfr. *infra*, nt. 82). Per quanto riguarda l'annosa – e forse ormai un po' datata – questione della natura reale ovvero obbligatoria delle servitù costituite «*iure praetorio*» (cfr. *infra*, nt. 82 ss.), nella dottrina più antica si veda-

Gai., *inst.* 2.31: Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes vel non tollendi, ne luminibus vicini officiat, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa praedia mancipationem aut <in> iure cessionem recipiunt⁸².

no, nel primo senso, RABEL, *op. ult. cit.*, specie p. 389 s., COLLINET, *op. ult. cit.*, p. 161 ss., H. PETERS, *op. ult. cit.*, p. 596 s., BERGER, *op. ult. cit.*, p. 306, ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, p. 101, RICCOBONO, *op. ult. cit.*, p. 344 e 356 s. (che in ogni caso, pragmaticamente, non risulta attribuire soverchia importanza a tale dilemma dogmatico), e PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 771 nt. 1; nel secondo senso, JHERING, *op. cit.*, p. 392 ss. e 526 ss., H. KRÜGER, *op. cit.*, p. 18 s., e BESELER, *op. ult. cit.*, p. 82 s. (prudente la posizione di BONFANTE, *op. ult. cit.*, p. 140, che per un verso riconosce come l'uso gaiano di 'constituere' appaia deporre nel primo senso, ma d'altra parte considera «strano» tale impiego della *stipulatio*, istituto tipico per la nascita di obbligazioni, ritenendo nel complesso che l'opinione dominante secondo cui 'pactionibus et stipulationibus' sorgano delle vere servitù «non sembra interamente sicura»). In particolare, nel suo ricordato saggio su *dies* e *condicio*, Salvatore Riccobono elaborò una ricostruzione generale dei problemi in materia cui in seguito si farà sovente riferimento e che dunque è opportuno esporre qui una volta per tutte nei suoi tratti generali: egli parte (p. 333 ss.) dal problema della validità *iure praetorio* della costituzione di servitù *ad tempus* (D. 8.1.4.pr., Pap. 7 *quaest.*: cfr. *infra*, nt. 373) e spiega l'antinomia rispetto allo *ius civile* (D. 50.17.77, Pap. 28 *quaest.*: 'Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem ... in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem ...') ritenendo – p. 341 s. – che Giuliano (cfr. D. 45.1.56.4, su cui *infra*, § 15 e nt. 345) avrebbe attribuito efficacia *iure praetorio*, attraverso l'*exceptio pacti*, a servitù costituite con l'apposizione di tali *modi*, consentendo al titolare del fondo servente di paralizzare la *vindicatio* del titolare che pretendesse di continuare ad esercitare la servitù dopo la scadenza del termine (o la *vindicatio* dell'erede di una servitù concessa – cfr. D. 45.1.56.4: 'servitus ita concessa est', in riferimento alla *stipulatio* – al suo dante causa 'quoad viveret'); in questo modo Giuliano (p. 343 s.) avrebbe, con «arditissima» soluzione che «repugnava all'organica struttura del rapporto reale e obbligatorio del diritto quiritario», riconosciuto efficacia a «quell'elemento inerte della stipulazione trasformandola in una convenzione (*pactum*) idonea almeno a generare una *exceptio*», rispondendo in particolare alle esigenze agrarie in tal senso (p. 356), in una costruzione che, pur lasciando intatto il sistema dello *ius civile*, trovava una compiuta tutela sul piano dello *ius honorarium*, sciolto da tali vincoli, nel cui ambito «*pactio* e *stipulatio* sono costitutive di servitù con carattere reale», e dove la «servitù provinciale» – che peraltro trova applicazione anche *in solo Italico* – è sottratta a tutte le regole del diritto civile (p. 356 s.) e viene protetta dal diritto pretorio «con mezzi speciali analoghi a quelli delle servitù civili» (p. 357: cfr. *infra*, nt. 261); a loro volta i compilatori (p. 357 s.), unificando le categorie delle servitù «civili» e «pretorie», oltre a semplificare i passi «complicati a causa del continuo contrapposto tra le forme civili e pretorie», fecero scomparire la tutela speciale delle servitù pretorie, riassumendola nella nozione ormai onnicomprensiva di '*actio*' (p. 358).

⁸²) Nella pressoché sterminata letteratura sul passo, dal punto di vista che qui interessa si vedano soprattutto B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 248 ss. (cfr. altresì *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano, 1953, p. 367 ss) – secondo il quale, mentre nello *ius civile* nasceva soltanto un rapporto obbligatorio e quindi un'azione personale, nell'ambito dello *ius praetorium* la situazione era diversa, e verosimilmente venne accordata un'*actio in rem*, come suggerirebbe Gaio con l'espressione '*pactionibus et stipulationibus id efficere potest*', da riferire alla costituzione di una vera e propria servitù –, e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 148 s. e 192 ss. (cfr. *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 355 ss.), che deduce anch'egli dal passo una efficacia reale – specie in relazione alla *pactio* – di tale modo di costituzione del diritto, da cui sarebbe appunto scaturita un'*actio utilis* di carattere reale (di Giuseppe Grosso si vedano anche *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 293 ss., *La condizione del suolo provinciale negli schemi giuridici della giurisprudenza del Principato* [1974], in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], II, p. 758 ss., e *Note esegetiche in tema di usufrutto* [1971], ivi, p. 748 ss.). Per una valenza meramente personale e non reale propendeva invece Siro Solazzi, il quale (*Usus proprius* [1941], in *Scritti*, cit. [nt. 1], IV, p. 232 ss.), posto che *pactiones et stipulationes* creano solo un rapporto obbligatorio e non servitù e che i «poteri» dei privati su terre pubbliche non costituiscono '*iura*', parlando i classici semplicemente, ad esempio, di '*aquam ducere licere*' – cfr. D. 8.1.14.2 –, attaccava in particolare le parole '*... id efficere potest ...*', che a suo avviso – cfr. *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit. [nt. 56], p. 112 s. – avrebbero dovuto essere seguite nella versione genuina da un '*ut*' che introducesse una frase volta a spiegare gli effetti – a suo avviso meramente obbligatori – di tale uso di *pactio* e *stipulatio*: d'altra parte egli aveva buon gioco ad attaccare la completa genuinità di Gai., *inst.* 2.31 in vista della menzione, difficilmente spiegabile, di una servitù '*altius tollendi*', ritenendo quindi, da un punto di vista formale, un glossema – come già avevano fatto F. КНИЕР, *Gai Institutionum Commentarius Secundus. §§ 1-96*, Jena, 1912, p. 10 e nt. 8, ed E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, I, Leipzig, 1902, p. 63 nt. 1 – il periodo '*vel altius tollendi ... similia iura*', e sospettando altresì la superflua ripetizione finale '*quia ne ipsa ... recipiunt*' (*Glosse a Gaio, II* [1933], in *Scritti*, cit., VI, p. 278 e nt. 35 e 38, p. 311 ss. e p. 339), in polemica con Giuseppe Grosso, che – *Sulle servitù «altius tollendi» e «stillicidi non avertendi»* [1933], in *Scritti*, cit., II, p. 51 ss. – riteneva invece di per sé genuino il manoscritto gaiano e difendeva quindi la menzione della servitù '*altius tollendi*' reputando – p. 67 s. – che Gaio avrebbe qui sovrapposto il '*ius esse*' della *vindicatio* con l'aspetto sostanziale del nome della servitù (cosa che invece, a giudizio di Siro Solazzi – *op. ult. cit.*, p. 313 – significava «dipingere Gaio come il più orecchiuto dei somari»): sul punto cfr. ancora GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 237 nt. 6, con ulteriori riferimenti

dottrinali (cfr. ora CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 409 ss. e 453 s.). In generale, su Gai., *inst.* 2.31, si vedano PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 199 ss. e 220 ed *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 770 s. (cfr. *supra*, nt. 81), FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione*, cit. [nt. 55], p. 289 ss. (secondo cui Gaio avrebbe semplicemente parlato di un «surrogato» di diritto reale – cfr. BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 82 s.: «*Pactio et stipulatio* war selbstverständlich verwendbar auch zur Erzeugung eines obligatorischen Surrogates für ein dingliches Recht an einem italischen Grundstücke oder an einer beweglichen Sache»: cfr. *infra*, nt. 326 – mentre, anziché porre *pactiones et stipulationes* sullo stesso piano di *mancipatio* ed *in iure cessio*, cosa che implicherebbe una recezione nello *ius civile* di principii propri dei diritti ellenistici, sarebbe meglio considerare tali atti come un «espediente» per realizzare, altresì *in Italico solo*, rapporti analoghi agli *iura in re aliena* nell'impossibilità di ricorrere agli atti dello *ius civile*: il tutto in una complessiva impostazione duttilmente concreta che, senza darsi soverchia preoccupazione di tali classificazioni dogmatiche, sarebbe portata piuttosto ad insistere su come, dal punto di vista della effettiva funzione, non vi è alcuna differenza tra l'esercizio di una servitù vera e propria e quello di una facoltà analoga fondata su di un diritto di credito), G. BRANCA, *Considerazioni sulla servitus altius tollendi*, in «Studi A. Cicu», I, Milano, 1951, p. 103 ss. (che ritiene evidentemente interpolata la più parte dei passi che parlano di *ius* o *servitus altius tollendi*, allo scopo di generalizzare un regime che nel diritto classico riguardava solo il diritto provinciale), J. LAMBERT, *Les «Tablettes Albertini»*, in «Revue Africaine», XCVII, 1953, p. 220 ss., L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, in «AUPA», XVI, 1931, p. 363 nt. 2 (in relazione specie a *Iust. inst.* 2.3.4 e 2.4.1, sulla generalizzazione giustiniana delle servitù costituite *pactionibus et stipulationibus*), GIOFFREDI, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo*, cit. [nt. 9], p. 233 (cfr. *supra*, nt. 9), P. VOCCI, *Testamento pretorio*, in «Labeo», XIII, 1967, p. 333 (sulla contrapposizione tra *ius civile* e *ius praetorium* e sul parallelismo, anche terminologico, degli istituti propri dei due ambiti giuridici), C.St. TOMULESCU, *Le funzioni del nummus unus nella mancipatio*, in «RIDA», 3^a s., XXII, 1976, p. 232 ss. e nt. 46, e *Rapporti: Romania*, in «Index», II, 1971, p. 88 s. (secondo cui «le texte de Gaius 2.31 n'adfirme pas que le seul mode de constituer l'usufruit sur un fonde provincial est par '*pacta et stipulationes*'», ma «veut seulement montrer qu'en ce cas on n'utilisait pas la *mancipatio* et l'*in iure cessio*», mentre d'altra parte «Gaius ne peut attester qu'une situation existente à son époque», ossia nel II secolo a.C.), G. PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni 'propter rem'*, in «Studi E. Volterra», Milano, 1971, II, p. 19 s. (cfr. *infra*, nt. 84), F. MESSINA VITRANO, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano. Parte prima* Palermo, 1913, p. 35 ss., RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, cit. [nt. 14], p. 22 s. (che richiama Siro Solazzi e soprattutto Giuseppe Branca: cfr. in ogni caso le recensioni di KASER, cit. [nt. 41], p. 436, e di P.Ch. RANOUIL, in «RHD», LII, 1974, p. 117 s.), A. POPESCU, *Neue Betrachtungen über den Gaius-Stil*, in «Iura», XXIV, 1973, p. 204 s., F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni «res corporales» - «res incorporales» e «res mancipii - res nec mancipii» nella sistematica gaiana* (1976), in *Lectio sua. Scritti editi e inediti di diritto romano*, Padova, 2003, II, p. 113 nt. 63 (contro gli attacchi interpolazionistici a Gaio, specie in relazione alla sistematica degli *iura praediorum*), ROBLEDA, *La idea del derecho subjetivo*, cit. [nt. 9], p. 32 s. e nt. 20, A. CORBINO, *Il rituale della «mancipatio» nella descrizione di Gaio*, in «SDHI», XLII, 1976, p. 190 nt. 107 (sull'incoerenza del testo gaiano circa la trattazione della *in iure cessio* rispetto alla *divisio* tra *res corporales* ed *incorporales*), *Excusationes Corbini*, in «Iura», XXXII, 1981, p. 132 s. (ove l'autore ribadisce, nei confronti delle critiche di R. MARTINI, *Notae ad Corbinum*, in «Iura», XXXI, 1980, p. 137 ss., la propria convinzione circa il carattere *mancipi* delle servitù rustiche in età classica), e *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, cit. [nt. 64], p. 135 ss. (ove, senza considerare le parole «... vel *ius tollendi* ...» di Gai., *inst.* 2.31, si pretende che il passo sia improntato ad una non trascurabile esattezza tecnica, in particolare per quanto riguarda la locuzione '*ius eundi, agendi*': cfr. altresì la recensione di F. GALLO, in «Iura», XXXII, 1981, p. 220 ss.), R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln - Wien, 1976, p. 34 e nt. 5 e p. 41 s. e nt. 39 e 43 (cfr. la recensione di F. STURM, in «ZSS», CX, 1980, p. 419 e nt. 11), e *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in «ZSS», CXIII, 1983, p. 421 e nt. 342, R.G. BÖHM, *Gaiusstudien. XIII-XIV*, Freiburg i.B., 1976, p. 463 s., C.A. MASCHI, *Antico e moderno nella scienza del diritto*, in «SDHI», XLVIII, 1982, p. 285 (che riconnette tale forma di costituzione delle servitù alla clausola '*pacta conventa servabo*': cfr. *infra*, nt. 382), e *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, cit. [nt. 55], p. 277 ss., PLESCIA, *The Development*, cit. [nt. 16], p. 205 s. (sulla *servitus altius tollendi*), J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny. Exegesis of D. 8.4.13pr.*, in «T.», LV, 1987, p. 42 s. e nt. 13 e 22, (che scorge in D. 8.4.13pr. – cfr. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit. [nt. 72], p. 103 nt. 58 – una sorta di *obligatio propter rem* – cfr. *infra*, nt. 84 – dalla configurabilità alquanto problematica; cfr. la recensione di M. TALAMANCA a tale numero di «Tijdschrift» in *BIDR.*, XCI, 1988, p. 909 s., secondo cui in Gai., *inst.* 2.31, *pactiones et stipulationes* non possono essere considerate di valore meramente obbligatorio, ma sono invece creative di diritti reali: cfr. *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 468), e J.B. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, p. 39 ss. (che difende, specie contro gli attacchi di Giuseppe Branca, il riferimento gaiano alla *servitus altius tollendi*, ritenendola classica e di applicazione non limitata alle sole provincie: si vedano i dubbi di A. BURDESE, *Regime edilizio e rapporti di vicinato in età classica*, in «Labeo», XXXV, 1989, p. 354 ss.). Cfr. da ultimo, anche in relazione a D. 43.18.1.9 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt...*') ed alla locuzione '*iure imposita*' (tendendo peraltro a separare in maniera forse troppo netta il sintagma '*praetorio iure*'), RANDAZZO, «*Servitus 'iure imposita*». «*Destinazione del padre di famiglia*» e costituzione «*ipso iure*» della servitù», cit. [nt. 80], p. 289 ss.). Circa il parallelo tra Gai. *Inst.* 2.31 e *Iust. inst.* 2.3.4, in cui l'elenco gaiano dei rapporti di servitù viene sostituito dalla sintetica locuzione '*aliquod ius*', si vedano, oltre a SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 11 s., BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit. [nt. 14], p. 30 nt. 27, FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit. [nt. 67], p. 107 s., e MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57],

Il problema della classicità di questo modo di costituzione ha dato luogo ad alquanto diversificate prese di posizione, specie per quanto riguarda la sussunzione giuridica delle servitù così poste in essere, avanzandosi, in particolare, dubbi sull'efficacia reale o meno di tale metodo⁸³ e tendendosi talvolta a considerarlo tale da dare origine piuttosto ad una sorta di *obligatio propter rem*⁸⁴: mentre ormai la dottrina più recente, meno preoccupata di simili questioni di definitivo inquadramento dogmatico, risulta più che altro portata ad insistere sull'efficacia reale di fatto raggiunta da tale modo di costituzione, in età tardoclassica o postclassica, attraverso la concessione di strumenti di tutela tali da parificare in pratica la situazione provinciale a quella italiana⁸⁵, approfondendo soprattutto la tenden-

p. 13 nt. 4.

⁸³ Si sono viste (*supra*, nt. 81 s.) le posizioni della dottrina che identificano la «servitù» costituita '*pactionibus et stipulationibus*' in uno *ius in re aliena* ovvero sussumono il diritto così sorto in un rapporto di tipo invece obbligatorio, nonché le pur meno numerose posizioni, più sfumate da un punto di vista dogmatico e forse più duttilmente attente al concreto dato storico, che, come quella di Paolo Frezza (per la visuale di Alessandro Corbino cfr. *infra*, nt. 85), tendono a ritenere tale alternativa, nel contesto dell'esperienza romana, non così fondamentale quanto è poi divenuta nella dogmatica moderna, guardando piuttosto alla equivalenza pratica delle due forme di rapporto tra i fondi dal punto di vista dell'effettivo esercizio della facoltà che ne costituisce il reale contenuto; e per tal verso si può notare come il dilemma in questione sia stato per lo più affrontato dalla dottrina in stretta relazione alla tutela processuale che derivava dall'inquadramento delle servitù pretorie nell'ambito dei diritti reali, ritenendo aprioristicamente decisiva ed irrinunciabile la tutela *in rem* e quindi l'*actio* che in tal caso esse avrebbero ottenuto – cfr. in particolare GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 148 s. –, mentre in verità, come si vedrà in seguito, il ricorso ad un'azione (utile) modellata in qualche modo sulla *vindicatio servitutis* non sembra affatto tanto importante quanto più o meno implicitamente ritenuto dalla dottrina. In realtà, nel quadro di una tutela affidata in linea di massima all'*actio ex stipulatu* relativa alla *poena* promessa per eventuali impedimenti recati all'esercizio della servitù, nonché soprattutto al sistema interdittale – come già aveva per certi versi visto H. KRÜGER, *Die Prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 18 ss. e 36 ss. –, la sussunzione del diritto sorto '*pactionibus et stipulationibus*' nel contesto reale ovvero obbligatorio risulta assumere una rilevanza alquanto minore.

⁸⁴ Si veda in tale prospettiva soprattutto PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni 'propter rem'*, cit. [nt. 82], p. 15 ss. (cfr. altresì ID., *Visuali romanistiche in tema di patti di non concorrenza*, in «AUCA.», XXXI, 1965, p. 248 s.), che riprendendo un'impostazione già propria di JHERING, *Passive Wirkungen der Rechte*, cit. [nt. 81], specie p. 392 ss. e *passim*, sostenne che verosimilmente la *stipulatio* avrebbe avuto come conseguenza il sorgere di una «*obligatio propter rem*» attraverso cui l'impegno di non ostacolare l'esercizio della servitù così assunto si sarebbe esteso, oltre che agli eredi del titolare del fondo servente, anche agli acquirenti a titolo particolare di quest'ultimo: ipotesi che incontrò forti critiche, specie da parte di Giuseppe Grosso (secondo il quale – cfr. *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 195 s. – tale peculiare tipo di *obligatio* costituisce nel diritto romano una figura eccezionale e rigorosamente tipica, né sarebbe stato affatto facile ammettere – e il silenzio delle fonti sembra per tal verso decisivo – che «una *stipulatio* fosse senz'altro estesa a colui *cui ea res pertinet*»): sul problema della estensione al terzo acquirente dell'obbligo di rispettare il rapporto di servitù e su come sia stato verosimilmente esso a condurre il diritto postclassico e forse già epiclassico ad enfatizzare il valore del *diuturnus usus* (cfr. in particolare C.I. 3.34.3), si veda in ogni caso *infra*, § 18. Spunti nel senso di una «*obligatio propter rem*» erano stati colti, specie in relazione al ricordato D. 8.4.13.pr. (Ulp. 6 op.: '*venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur*': cfr. anche *supra*, nt. 82), oltre che da HALLEBEEK, *Legal Problems*, cit. [nt. 82], p. 39 ss., da M. LEMOSSE, *Le régime primitif de la «lex dicta»*, in «Studi A. Biscardi», I, Milano, 1982, p. 235 ss. e in particolare p. 243 (si veda altresì, più in generale, M. KASER, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht*, in «Festschrift J. Sontis», München, 1977, p. 11 ss., e *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, in «Festschrift F. Wieacker», Göttingen, 1978, p. 96 ss.: cfr. RANDAZZO, *Leges Mancipii*, cit. [nt. 72], p. 31 s., e soprattutto BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit. [nt. 29], p. 75 ss., nonché A. TORRENT, *Estudios sobre la «servitus oneris ferendi»*, II. *Cargas reales*, in «Estudios B.M. Reimundo Yanes», II, Burgos, 2000, p. 541 ss.).

⁸⁵ Si veda in particolare A. CORBINO, '*Servitù (diritto romano)*', in «ED.», XLII, cit. [nt. 38], p. 256 ss., secondo cui, se l'opinione prevalente è senz'altro oggi per la soluzione della realtà del rapporto costituito «*iure praetorio*», d'altra parte tale dottrina «non è riuscita a dare una giustificazione soddisfacente al ricorso congiunto a *pactiones* e *stipulationes*», dato che nessuna delle spiegazioni avanzate in ordine a tale meccanismo è immune da decisive obiezioni (p. 256): per cui la via da seguire sembrerebbe piuttosto quella di porsi in una prospettiva più duttile e variegata, guardando in maniera meno monolitica a tale modo di costituzione, in cui in realtà si dovrebbe parlare di una pluralità di *pactiones* e di *stipulationes* attraverso il cui atteggiarsi si poteva o meno raggiungere, da un punto di vista empirico, una efficacia in pratica reale (p. 256 s.); così, in particolare, attraverso il gioco di stipulazioni si sarebbe potuto garantire non solo il rispetto della servitù da parte del costituente e dei suoi eredi, ma il fatto che egli si im-

za dell'ultima giurisprudenza classica a riconoscere nella *vetustas* e nel *diuturnus usus* – sembrerebbe – un modo di costituzione di fatto delle servitù e a tutelarla attraverso azioni speciali⁸⁶.

In ogni caso, per quanto riguarda l'aspetto delle positive modalità di costituzione delle servitù poste in essere '*pactionibus et stipulationibus*', tra le non molte fonti offerteci dalla Compilazione giustiniana⁸⁷ appare in particolare interessante il corrispondente passo delle *Institutiones*, dove viene

pegnasse a pretendere il rispetto di tale rapporto anche da parte di acquirenti a titolo particolare del fondo, imponendo loro, nel caso, una analoga stipulazione di esercizio per evitare di incorrere lui stesso nella *poena* prevista dalla prima stipulazione (sulla *stipulatio alteri* e la sua ammissibilità si vedano in generale G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1949, specie p. 8 ss. e 41 ss., H. ANKUM, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle alteri dari stipulari nemo potest*, in «Etudes J. Maqueron», Aix-en-Provence, 1970, p. 21 ss., e M. KASER, *Zur Interessebestimmung bei den sogenannten unechten Verträgen zugunsten Dritter*, in «Festschrift E. Seidl», Köln, 1975, p. 75 ss.): mentre, nella *pactio*, si sarebbe per altro verso potuto prevedere che la esistenza della servitù fosse quantomeno resa nota al terzo acquirente, legittimando così il titolare ad opporre, alla *negatoria* eventualmente mossagli da quest'ultimo, una *exceptio doli* atta a paralizzarne la pretesa (cfr. tra l'altro D. 8.1.4.pr.: Pap. 7 *quaest.*, su cui *infra*, § 15): si veda altresì FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit. [nt. 64], p. 206 ss. Tali accorgimenti, in ogni caso, non avrebbero fatto nascere un'azione reale, ma avrebbero tuttavia creato, di fatto, un sistema di tutela complessivamente alquanto simile a quella spettante al titolare di una situazione reale (CORBINO, *op. ult. cit.*, p. 257): cfr. tra l'altro *supra*, nt. 44. Come si vede tale prospettazione – che pur non giunge a considerare la valenza decisiva dello strumento interdittale nella protezione delle servitù così costituite, limitandosi a considerare la tutela *de iure* rappresentata dall'*actio* – imposta il problema in termini alquanto diversi dalla monolitica fede che oggi una dottrina pressoché dominante tributa si potrebbe dire totemisticamente ad un'azione specifica che tuteli questo tipo di rapporto, vista come assolutamente necessaria alla situazione così posta in atto ed anzi quale aspetto essenziale della realtà del rapporto: verso tale azione, al contrario, l'autore sembra nutrire un certo scetticismo, limitandosi a registrare (p. 254) l'esistenza di fonti che deporrebbero in tal senso e l'odierna tendenza a prestare fede ad esse. Anche in A. BURDESE, '*Servitù prediali (diritto romano)*', in «NNDI.», XVII, Torino, 1970, p. 118 ss., del resto, si nota una certa cautela verso le tracce di una estensione della legittimazione attiva e passiva delle *actiones de servitutibus* (p. 123 s.), mentre del pari la idea di '*possessio iuris*' degli *iura in re aliena* viene vista – in relazione alla tradizione e alla *usucapio* così come anche in relazione all'azione modellata sulla *Publiciana* di cui in D. 6.2.11.1 – nei termini di un fenomeno piuttosto tardo che, in età postclassica e giustiniana, conduce a concepire la tutela della situazione di fatto oggetto degli *interdicta de servitutibus* in termini (p. 124) «di una (*quasi*) *possessio iuris*», ossia «di un possesso avente ad oggetto, anziché la cosa corporale, il diritto reale di godimento» (cfr. altresì KASER, *Das römische Privatrecht*, cit. [nt. 1], II, p. 251 ss.).

⁸⁶ E' questa, come noto, la impostazione di Vincenzo Mannino (cfr. la ricordata [nt. 57] recensione di RODRÍGUEZ MONTERO, p. 571s. e 576), che muove in linea di massima dai passi che, nel *Corpus Iuris*, risultano trattare del «possesso» della servitù e della tolleranza dell'*usus servitutis* (inteso come equivalente della *traditio possessionis*) quale modo autonomo per la costituzione di tale diritto tutelato da azioni come quella adombrata da D. 8.5.10.pr. o quella modellata sulla *Publiciana* di cui in D. 6.2.11.1, in un processo che porta a saldare tale stato di fatto protraentesi nel tempo con l'istituto della *vetustas*, mercé un *diuturnus usus* che diventa esso stesso fonte di legittimazione del diritto.

⁸⁷ Cfr. in generale BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 246 ss., e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 192 ss. Tra le fonti in materia, tra l'altro si veda in particolare, anche se ampiamente rimaneggiato, altresì D. 8.3.33.pr.-1 (Afr. 9 *quaest.*): '*Cum essent mihi et tibi fundi duo communes Titianus et Seianus et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret: recte esse servitutum impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit. Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest*'. Sul passo, al di là dei molti problemi più propriamente interpolatorii, che non è qui il caso di approfondire, gravitando essi, in linea di massima, oltre che sul finale del *principium* (da '*maxime*' a '*sit*'), intorno al verbo '*tradere*' e all'avverbio '*quoquo modo*', cfr. in ogni caso LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], I, c. 32, n. 212 e nt. 1 ss., e *Africans Quaestiones*, cit. [nt. 24], p. 703, H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 9 ss. – cfr. la ricordata [nt. 55] recensione di Hans Peters, p. 596 –, PERNICE, *Labeo*, cit. [nt. 71], I, p. 478, e III.1, p. 103 nt. 3, RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, cit. [nt. 82], I, p. 63 nt. 2, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 392 s., e *Grundzüge des römischen Privatrecht*, cit. [nt. 16], p. 448 nt. 1, BESELER, *Beiträge*, II, cit. [nt. 63], p. 10, S. PEROZZI, *Fructus servitutis esse non potest* (1893), in *Scritti*, II, cit. [nt. 55], p. 172 e 177 s., e *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 201 s., (che, negando la classicità della formulazione '*servitus servitutis esse non potest*' – D. 33.2.1 –, difende il riferimento al '*fructus servitutis*' della chiusa del testo, mentre ritiene interpolate le frasi '*nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est*' e '*pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet*', sottolineando altresì il carattere giustiniano della disgiuntiva '*vel*' che rende alternativi *pactio* e *stipulatio* e spiegando la strana frase '*maxime si pacto stipulatio subdita sit*' – p. 202 nt. 1 – come trasformazione interpolatoria di un'originaria menzione di una *deductio* dalla *mancipatio*), COLLINET, *Le caractère oriental*, cit. [nt. 55], p. 164 ss. (che cassa in particolare il tratto '*pacto enim ... concedi solet*' – cfr. la recensione di G. ROTONDI [1913], in *Scritti giuridici*, cit. [nt. 66], I, p. 406 s. – e ritiene che qui i

fornita una descrizione relativamente più dettagliata dell'effettivo meccanismo negoziale attraverso cui questo tipo di servitù veniva posto in essere:

Iust. inst. 2.3.4: Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altius <aedes suas> tollat, ne luminibus aedium vicini officiat: vel ut patiat eum tignum in parietem immittere vel stillicidium habere; vel ut patiat eum per fundum ire agere aquamve ex eo ducere.

Lasciando per ora da parte il problema della 'patientia'⁸⁸, e senza entrare nelle questioni testuali che

compilatori tendano ad identificare la *traditio*, sostituita alla *mancipatio*, con il *pactum*: cfr. la critica di A. CHECCHINI, *Trasferimento della proprietà e costituzione della servitù nel diritto romano post-classico* [1914], in *Scritti giuridici e storico-giuridici*, II, Padova, 1958, p. 326 s. e 330 s.), F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld*, I, Leipzig, 1916, p. 149 e nt. 3, E. ALBERTARIO, *Actio de universitate et actio specialis in rem* (1919), in *Studi*, cit. [nt. 1], IV, p. 99 (sull'interpolazione della frase 'maxime si pacto stipulatio subdita sit'), e *La costruzione «nisi ... tunc enim» ed altre somiglianti* (1911), ivi, VI, p. 85 (ove, richiamandosi a Silvio Perozzi, nel § 1 si considera spurio tutto il tratto da 'nisi' alla fine), E. RIEZLER, *Venire contra factum proprium. Studien im römischen, englischen und deutschen civilrecht*, Leipzig, 1912, p. 4 s. e 9 s., e, sulle tesi di Silvio Perozzi, A. SCHNEIDER, *Die Romanistik in Italien seit dem Jahre 1896*, in «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», XLIII, 1902, p. 246. Si vedano quindi BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 21 s. e nt. 1, p. 28 s. e 141, KASER, *Geteiltes Eigentum in älteren römischen Recht*, cit. [nt. 1], p. 454 e nt. 63, LÜBTOW, *Schenkungen der Eltern*, cit. [nt. 9], p. 70 ss., e in relazione ad esso V. ARANGIO-RUIZ, *Note brevi sulla struttura dei diritti reali frazionari (a proposito di uno scritto recente)*, in «Studi A. Cicu», II, Milano, 1951, p. 511 s. (secondo cui impressiona il fatto che si alluda alle servitù costituite *pactionibus et stipulationibus* dopo un 'quodammodo' che considerava indifferente le modalità di costituzione, mentre al posto di 'cedere' nel testo originario si doveva probabilmente leggere 'in iure caedere'), S. RICCOBONO, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù*, cit. [nt. 81], p. 352 ss., (che, contro Silvio Perozzi, considera il § 1 interpolato solo nella parte in cui rende generale un principio – la possibilità di *haustum ex rivo cedere* nel caso che ciò fosse consentito nel *pactum* o nella *stipulatio*: '... et hoc [scil. ius] concedi solet ...' – che classicamente doveva valere solo *iure praetorio*, ossia appunto per le servitù costituite *pactionibus et stipulationibus*) e *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano* [II], in «ZSS.», LVI, 1922, p. 271 (ove si sottolinea come forme quali 'quoquo modo imposita servitute' in D. 8.3.33.1, 'alio modo' in D. 8.5.10.pr., 'si ea praecesserint quae servitutes constituunt' in C.I. 3.34.3, sono locuzioni usate dai giustiniani – cfr. *supra*, nt. 55, 58 e 63 – per elidere la menzione delle forme solenni: cfr. altresì D. 8.2.20.5, Paul 15 *ad Sab.*), SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 14 s. (dove nel § 1 di D. 8.3.33 si reputano genuini il tratto 'nullum praedium ipsum sibi servire potest' – sulla locuzione per vari versi analoga recata da D. 7.6.5.pr. cfr. *supra*, nt. 9 – così come la frase 'cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent' di D. 8.3.31 [Iul. 3 *ex Min.*], ma si considera bizantina la formulazione – «più sonora che espressiva» – per cui il fondo non può servire a se stesso) e 118 s. (dove nel *principium* di D. 8.3.33 si individua una sostituzione giustiniana della *traditio* alla *mancipatio*, e si censurano la locuzione 'quoquo modo' ed il 'vel' – da sostituire con 'et' o 'atque' – che compie una parificazione «inaudita» tra il *pactum* e la *stipulatio*), nonché *Sul principio «nemini res sua servit»*, cit. [nt. 9], p. 636 s. (ove si reputa il § 1 «schwer interpoliert», come pensa LÜBTOW, *Schenkungen der Eltern*, cit., p. 70 s. e nt. 244, o «più probabilmente rimaneggiato in tempo anteriore a Giustiniano» e lo si riduce in questo modo: 'Per plurium praedia aquam ducis [...] imposita servitute: [...] neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: [...] nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest'), G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 276, 278, 280 (che, richiamandosi a Salvatore Riccobono, considera interpolato il passo in riferimento alla visione giustiniana che considera il *rivus* come entità separata del fondo che attraversa, visuale che porta a ritenere che su di esso si possa costituire una servitù di *haustus*), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 262 e 264 (cfr. *La categoria romana delle «servitutes»*, cit. [nt. 71], p. 665), GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 105 ss. e 196 s. (cfr. *Sulla servitù di «aquae haustus»*, cit. [nt. 66], p. 29 s., e *La condizione del suolo provinciale negli schemi giuridici della giurisprudenza del principato*, cit. [nt. 82], p. 763), FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit. [nt. 64], p. 89 s. e nt. 5 (cfr. Th. MAYER-MALY, *Lo sviluppo delle servitù*, in «Labeo», XVIII, 1972, p. 215 s.), G. DIOSDI, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, in «BIDR.», LXXIV, 1971, p. 98 s. e nt. 39 (che, criticando invero piuttosto sbrigativamente le posizioni di Giuseppe Grosso sulla costituzione di servitù *pactionibus et stipulationibus*, reputa in ogni caso il passo forse interpolato), METRO, *Fructus servitutis esse non potest?*, cit. [nt. 16], p. 108 e 114 (che accetta le critiche di Vincenzo Arangio-Ruiz al passo, ma, sempre seguendo quest'ultimo e la dottrina ritenuta più diffusa – in particolare, Siro Solazzi, Giuseppe Grosso, Gennaro Franciosi – salva in ogni caso la sostanza del testo), RÖHLE, *Textschichten und Interpolationen in D. 23. 5. 7 pr.*, cit. [nt. 9], p. 517 nt. 27, H. ANKUM, M. VAN GESSEL-DE ROO, E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse / in bonis habere im klassischen römischen recht*, in «ZSS.», CXVII, 1987, p. 271, e RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit. [nt. 72], p. 86 s. e nt. 13 e p. 164 nt. 91.

⁸⁸ Cfr. *infra*, § 7: è qui sufficiente rinviare – oltre che a CARCATERA, *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, cit. [nt. 1], specie p. 119 ss. – a BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 265 ss., e a GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 207 ss.: si veda altresì MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 11 ss. (cfr. *infra*, nt. 100, 168, 185, 193 s. e 414). Nella dottrina più antica, non mancava com'è noto chi considerava del tutto giustiniano il concetto stes-

da sempre tormentano il passo⁸⁹, ciò che qui conta è concentrarsi sul procedimento negoziale delle *pactiones* e *stipulationes* attraverso cui chi voleva costituire una servitù poteva raggiungere tale risultato ('*id efficere*'): aspetto su cui alcune più precise informazioni vengono fornite da un passo in effetti a lungo poco considerato in dottrina⁹⁰, tratto dalla *Paraphrasis* di Teofilo e relativo a tale luogo giustiniano (2.3.4):

Ἄ ο δὲ βουλόμενον τὸ γε. τὸν παρακώρῳσαι δούλῳ. ἀνδρὶ σὺμφένων κατὰ τὴν περὶ τὴν σὺν τοῦτο δὴν ἄται ποιεῖν. σὺμφένου γὰρ γενόμενον περὶ τὸ παρακώρῳσαι τῷ δούλῳ. ἀνδρὶ τὴν περὶ τὸ δὴν ἄται ἰὸν ἰ ἀμβέτειν κατὰ παρακώρῳσαι: ἔμολογεῖν τὴν μὴ σὺν τὴν παρακώρῳσαι. σὺ δούλῳ. ἀνδρὶ; ε, δὲ μὴ τὴν μὴ σὺν τὴν ἔμολογεῖν διδόναι μοι ἰὸν, προστ. μου νόμ. σμάτα > κῶτον; δὴν ἄται δὲ κατὰ τὴν δίακωκὺν τὸν ἰδιον τὴν κλῆρον ὄμον κατὰ δικέτειν ἰ σὺν ... ἔστε ὄαν σὺν. στάται ἰ δούλῳ. ἀνδρὶ τὸ πάτοισ κατὰ τὴν περὶ τὴν σὺν τὴν δίακωκὺν⁹¹.

Le modalità di costituzione di una servitù «*iure praetorio*» consisterebbero qui in una duplice *stipulatio*, volta a garantire sia l'esercizio della servitù ('*spondesne cessa servitutem servare?*') sia il pagamento di una penale in caso di mancato rispetto di tale obbligo ('*sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum?*'), nelle quali d'altra parte la stipulazione di esercizio, attraverso la parola 'cessa' (**paracwrhqe..sv**), risulta alludere alla servitù quale divisa nei suoi elementi costitutivi e nei suoi *modi* di

so di '*patientia*', in linea di massima al pari dell'istituto generale delle cd. servitù pretorie (cfr. in tal senso tra gli autori più recenti G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 296 e 320 s.). Sulla struttura generale del passo e sui modi di costituzione delle servitù nel diritto giustiniano, cfr. tra l'altro J. CUJAS, *Notae et Scholia in IV libros Institutionum D.N. Justiniani*, in l. II, c. III (in *Opera*, cit. [nt. 17], II, c. 93 s.), *sch. 'potest etiam'*: «sed an usucapione? errare nullo pacto possumus, si sequamur illam generalem sententiam Ulpiani ...» (rinviando a Ulp. 16 *ad ed.*, D. 41.3.10.1: '*hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam [longo tempore] capi possint, cum aedificiis possint*').

⁸⁹) Cfr. in generale S. SOLAZZI, *Stipulazioni di servitù prediali* (1954), in *Scritti*, cit. [nt. 1], V, p. 561 s. e nt. 42 (che spiega in vista dell'innovazione giustiniana ivi riflessa l'interpolazione di vari passi classici), e *Legato di servitù prediale allo schiavo*, in «SDHI.», XXIII, 1957, p. 302, CHIAZZESE, *Confronti testuali*, cit. [nt. 82], p. 150 nt. 1 e p. 363 nt. 2, RODGER, *Owners and Neighbours*, cit. [nt. 14], p. 25 s. (cfr. la ricordata [nt. 82] recensione di RANOUIL, p. 117 s.), PLESCIA, *The Development*, cit. [nt. 16], p. 205 s., e P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in «Iura», XXXVIII, 1987, p. 122 s. e nt. 9 (anche in riferimento al corrispondente passo di Teofilo). Sul tormentato passo (cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 262 ss., e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 196 ss. e nt. 14 e p. 226 ss.) e sui suoi rapporti con Gai., *inst.* 2.31, si vedano altresì, per un panorama dei problemi in materia, CARCATERA, *Il possesso dei diritti*, cit. [nt. 1], p. 112 s., FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit. [nt. 64], p. 107 s., nonché MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 13 nt. 4.

⁹⁰) Si veda in particolare F. LA ROSA, «*Pactionibus et stipulationibus*», in «Labeo», XL, 1994, p. 30 e nt. 18 (cfr. tra l'altro PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 211, che tende a scorgere nel passo di Teofilo più che altro impostazioni – «cervellotiche» – bizantine e non classiche, specie per quanto riguarda il riferimento della *stipulatio* non alla servitù in concreto concessa, ma al patto precedente in quanto tale).

⁹¹) «Qui vicino velit ius aliquod constituere pactionibus et stipulationibus id facere potest. pacto enim facto de servitute constituenda, is cui ea cedenda est ita stipulatur: spondesne cessa servitutem servare? sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum? potest et in testamento suum heredem quis ita damnare: ... itaque constituitur servitus pactis et stipulationibus vel testamento» («*Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa*», ed. C. FERRINI [Berlino, 1884], Aalen, 1967, I, p. 123 s.). Sul passo – oltre a MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, cit. [nt. 55], p. 279 – si veda in particolare PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni 'propter rem'*, cit. [nt. 82], p. 24 nt. 19. Sulla ricostruzione di Franca La Rosa, che verrà esaminata tra breve, si veda in particolare A. BURDESE, *Ius consuetudine, pactum, ius et res. Divagazioni su pubblicazioni recenti*, in «SDHI.», LXI, 1995, p. 715 s., secondo cui, se il verbo **paracwre.n** ed il corrispondente sostantivo **paracwrhsiv** sono «usati anche altrove nella Parafraresi con prevalente riferimento a servitù prediali e personali» e significano «più il cedere che non il costituire», e – se il testo di Teofilo menziona nella formula di stipulazione di esercizio la servitù come già ceduta, mentre subito dopo il promittente viene qualificato come **ἰ ἰὸν ἰ ἀμβέτειν κατὰ παρακώρῳσαι** cosicché risulterebbe considerarsi la costituzione della servitù come futura – d'altra parte tale interpretazione pare «quanto meno incerta, postoché il verbo **ἰ ἀμβέτειν** potrebbe anche intendersi riferito al semplice prender possesso in linea di fatto della servitù (vale a dire esercitarla), talché la costituzione potrebbe dipendere più dal patto che dalla ipotizzata finzione, contenuta nella stipulazione di esercizio, di avvenuta cessione», mentre per altro verso – anche se rimane comunque interessante una simile ricostruzione, che riconoscerebbe efficacia costitutiva alla *stipulatio* anziché al *pactum*, con la conseguente impossibilità di ricollegare il fenomeno delle servitù in questione alla clausola pretoria *de pactis* o ad altra consimile in ipotesi ripetuta nell'editto provinciale – sembra in ogni caso «alquanto problematico», aggiunge lo studioso, «il riconoscimento di efficacia ad una finzione rimessa all'attività negoziale dei privati» (cfr. *infra*, nel testo e nt. 96). Sulla diffusione in età bizantina della *stipulatio poenae* cfr. *infra*, nt. 108.

utilizzazione nel *pactum* di costituzione (e quindi, verosimilmente, nell'*instrumentum* relativo)⁹², mentre la seconda *stipulatio* si sarebbe limitata a quantificare il valore dell'inadempimento in una *poena*, concretizzando in tal modo la relativa genericità che la prima *stipulatio* presentava sotto tale aspetto⁹³.

Ancora più interessante, da un punto di vista ricostruttivo, si presenta poi l'allusione di Teofilo alla «*cessio*» della servitù attraverso il verbo **paracwršw** (**tf paracwrhqe..sv doule.α**: '*servitus cessa*')⁹⁴, che com'è noto nelle fonti giustinianee sostituisce la menzione classica di una *in iure cessio*, cassata in seguito alla scomparsa di tale tipo di negozio legato all'*ordo iudiciorum*⁹⁵.

Recentemente, anzi, si è voluto muovere da tale spunto per arrivare a congetturare che la costituzione di servitù «*iure praetorio*», ad imitazione di quanto avveniva sul suolo italico per le servitù sorte *iure civili*, fosse appunto realizzata attraverso la *fictio* di una *in iure cessio*, mediante la quale la *stipulatio* avrebbe addirittura raggiunto in qualche modo una sorta di effetto reale⁹⁶.

⁹² Sulla pretesa diversità tra la prospettiva romana, tendente a rivenire nella *stipulatio* l'efficacia obbligatoria e semmai nella *pactio* quella reale, e la visuale dei provinciali, che senza aver troppo chiara la distinzione tra diritti reali ed obbligazioni erano invece portati a guardare al documento, sia pur rivestito di una *stipulatio*, che conteneva l'accordo tra le parti, cfr. tra l'altro G. GROSSO, *Riflessione sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto «pactionibus et stipulationibus» su fondi provinciali* (1970), in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], II, p. 712.

⁹³ Non sembra qui necessario entrare nell'ulteriore questione della verosimile possibilità che si addivenisse ad una sola *stipulatio*, contenente tanto la promessa di «*servitutum cessa servare*», nel caso posta come condizione sospensiva («*si servitutum non servaveris ...*»), quanto la previsione di una pena nel caso di infrazione di tale obbligo («... *spondesne dare mihi poenae nomine ...*»). Una spiegazione alquanto lineare di tale duplicità, d'altra parte, potrebbe essere rinvenuta nel fatto che, come si vedrà in seguito, per quanto riguarda le servitù costituite *iure civili*, nel caso si volesse prevedere una *poena* in caso di mancato rispetto dell'esercizio della servitù costituita tramite *in iure cessio* o altri modi solenni, sarebbe verosimilmente stata sufficiente la sola *stipulatio* «*si servitutum non servaveris, spondesne dare mihi poenae nomine ...*», mentre nelle servitù costituite «*iure praetorio*», specie al fine di assicurarsi la tutela interdittale dell'esercizio per tal via posto in essere (cfr. *infra*, § 7), poteva risultare meglio, se non senz'altro necessario, enfatizzare innanzitutto l'impegno a rispettare la servitù testè costituita, aggiungendo quindi preventivamente alla *stipulatio* già praticata sui fondi italici la esplicita promessa di «*servitutum servare*».

⁹⁴ Sul verbo **paracwršw** (da **cwršw** – derivante da **cēra**, ossia «tratto di terra», «posto», spazio conchiuso definito in relazione alla propria funzione: cfr. P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étimologique de la langue grecque. Histoire des mots*, VI, Paris, 1980, p. 1281 s. –, che significa quindi innanzitutto «ritirarsi», «far posto», «cedere», «recedere», «andar via»: cfr. in breve L. ROCCI, *Vocabolario greco-italiano*²², Milano - Roma - Napoli - Città di Castello, 1970, p. 2049) si vedano H.G. LIDDEL, R. SCOTT, *Greek-English Lexicon*, Oxford, 1996, p. 1331 («make way, give place», «give way, submit, tini to one», e quindi «retire from», «allow, permit» e, nella terminologia giuridica «give up, surrender»), e (H. STEPHANUS) «Th.G.L.» – rist. Graz, 1954 –, VII, c. 444 ss. («cedo», «concedo», «permitto»).

⁹⁵ Sulla sostituzione da parte dei compilatori giustiniane, all'intransitivo '*in iure cedere*', di '*cedere*' usato transitivamente (forma verbale che – se nel contesto giuridico è da collegare a tale impostazione bizantina: cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit. [nt. 12], p. 199 – risulta in ogni caso essere di diffusione piuttosto tarda: si vedano ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, cit. [nt. 63], sv. '*cedo*', p. 109, secondo cui, in particolare «*cessio*, en dehors de l'expression technique *in iure cessio*, n'est employé que tardivement») è qui sufficiente rinviare a BONFANTE, *Storia del diritto romano*, cit. [nt. 63], II, p. 166, e a P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, III.1, Milano, 1943, p. 298 (i paragrafi dedicati dai due autori alle interpolazioni tipiche in tema di diritti reali sono del resto pressoché esattamente analoghi), e a LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], I, praef., p. 13 (§ VII.8) e nt. 5 (cfr. A. GUARNERI CITATI, *Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, Milano, 1927, p. 15): sulle interpolazioni relative agli atti traslativi della proprietà si veda in generale altresì H. APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes*, cit. [nt. 63], p. 253 ss. (cfr. ad esempio le interpolazioni via via segnalate a tale proposito nel titolo 8.3 – «*de servitutibus praediorum rusticorum*» – dei *Digesta* dall' «Index Interpolationum» [I, Weimar, 1929, c. 105 ss.] e dal relativo «Supplementum I» [Weimar, 1929, c. 137 ss.] nei frammenti [D. 8.3] 2.1-2, 10, 11, 14, 20.pr., 21 e 33.1). Non conclusivamente argomentata parrebbe, di recente, la tesi di Carlo Augusto Cannata, che pur ammettendo la sostituzione compilatoria di '*cedere*' e '*cessio*' alla menzione classica della *in iure cessio* (*Corso*, cit. [nt. 2], p. 169), sostiene peraltro, senza tenere in sovrappiù conto le risultanze storico-glottologiche, che classicamente tale verbo avrebbe già significato «cedere un diritto» e non avrebbe affatto avuto l'esclusivo significato di «ritirarsi (*in iure*)» (p. 300).

⁹⁶ Cfr. *supra*, nt. 82 ss., e, in relazione a Teoph., *paraphr.* 2.3.4, F. LA ROSA, «*Pactionibus et stipulationibus*», cit. [nt. 90], p. 33 s., che in particolare sottolinea come, per quanto riguarda alle servitù costituite in tale modo, sarebbe stato classicamente più congruo il ricorso al più generico verbo '*constituere*' (cfr. H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Graz, 1907, s.h.v., p. 98 s. *sub e*): si veda tra l'altro V. GIODICE-SABBATELLI, «*Constituere*»: dato semantico e valore giuridico, in «*Labeo*», XXVII, 1981, p. 338 ss. Sulle critiche di Alberto Burdese all'ipotesi di Franca La Rosa cfr. *supra*, nt. 91.

Tuttavia, anche senza giungere a tali estreme illazioni, lo spunto offerto da Theoph., *paraphr.* 2.3.4, grazie alla verosimile allusione ad una *in iure cessio* in sede di *stipulatio* di esercizio, appare in ogni caso offrire notevoli spunti ricostruttivi circa le modalità di introduzione delle servitù costituite '*tuitio praetoris*': facendo sorgere la domanda, in particolare, se le due *stipulationes* indicate da Teofilo siano state introdotte nella prassi proprio a proposito di tale nuovo tipo di servitù, dove non potevano soccorrere i tradizionali modi di costituzione *iure civili* e quindi il riferimento alla *in iure cessio* parrebbe di per sé incongruo, o se invece si trattò più semplicemente di rinunciare a questi ultimi proprio in quanto la tutela offerta dal pretore, in particolare attraverso gli interdetti, era di per sé idonea a garantire, insieme alle azioni nascenti da tali *stipulationes* già in ipotesi altresì usuali nelle servitù di *ius Italicum*, una soddisfacente protezione del rapporto anche in assenza di una azione di ordine reale analoga a quelle *de servitute*, limitandosi così ad elementi negoziali – la *pactio* e la *stipulatio* – che già accompagnavano la costituzione *iure civili* del diritto tramite *in iure cessio*: una nuova prospettiva tale da ipotizzare, dunque, che le servitù cosiddette pretorie non fossero un tipo strutturalmente diverso di *iura in re aliena*, costituite attraverso mezzi diversi da quelle *iure civili* e del pari protette attraverso mezzi di tutela speciali, bensì, molto più semplicemente, nient'altro che il risultato pressoché automatico di atti negoziali ove, venendo per definizione a mancare l'atto solenne che le faceva sorgere *iure civili*, ci si doveva giocoforza accontentare di una tutela più contenuta, limitata all'aspetto contrattuale da cui qui soltanto nascevano nonché alla protezione che su di un concreto piano di fatto offriva la procedura interdittale: un modo costitutivo, tuttavia, tale da risultare pressoché del tutto soddisfacente rispetto alle concrete esigenze delle parti.

4. Volendo considerare in concreto tale ipotesi ricostruttiva, è dunque utile muovere in primo luogo dal fatto che, com'è noto, le fonti testimoniano come in alcuni casi – normalmente identificati con la costituzione di servitù sul suolo provinciale – occorresse, per adempiere all'obbligazione di «*dare servitutem*» nascente in particolare dalla *emptio-venditio*, addivenire ad una stipulazione di esercizio⁹⁷ che – si afferma – avrebbe sostituito la *traditio* del possesso⁹⁸:

D. 8.1.20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*): Quotiens via aut [aliquid] <aliud>⁹⁹ ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt¹⁰⁰.

⁹⁷ Si veda anche *infra*, §§ 7 ss.

⁹⁸ Su tale tema – oltre a BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 265 ss., e a GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 210 ss. – si vedano in generale PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 223 ss., ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 55], p. 339 ss., SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 149 ss. e in particolare p. 155 s., e *Stipulazioni di servitù prediali*, cit. [nt. 89], p. 551 ss., nonché RICCOBONO, *Traditio ficta* [11], cit. [nt. 60], p. 208 (che, a proposito delle parole '*usum ... pro traditione accipiendum esse*', ritiene che in D. 8.1.20 «la frase di Giavoleno, com'è intuitivo, non vuol significare che nella costituzione di servitù abbia luogo una traditio, ma serviva a mettere in ogni caso fuori dubbio l'obbligazione del costituente la servitù alla garanzia, con una rappresentazione plastica, sulla base di una analogia», notando cioè che «l'usus ... consiste in un atto corporale ... e può paragonarsi alla traditio possessionis delle cose corporali»: mentre sarebbero stati i compilatori, «impressionati da questa correlazione tra le due cose» che «con la loro meravigliosa facilità costruttiva» avrebbero elevato «l'analogia ad equazione perfetta», annoverando così la *traditio* tra i modi di costituire le servitù: cfr. p. 251 ss.); cfr. altresì FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali*, cit. [nt. 55], p. 275 ss., CARCATERRA, *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, cit. [nt. 55], p. 81 ss. e 119 ss., MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, cit. [nt. 55], p. 281 ss. (cfr. la recensione di G. GROSSO [1941], in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], IV, p. 140 ss.), COLLINET, *La tradition des servitudes dans le droit de Justinien*, cit. [nt. 55], I, p. 185 ss., e MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 11 ss.

⁹⁹ Per tale tipo di correzione, risalente a Emil Hoffmann (*Die Lehre von den Servituten nach römischem Rechte. Eine civilistische Abhandlung*, Darmstadt, 1838-1843, II, p. 105 s., che reca '*aliquid*'), cfr. «*Digesta Iustiniani Augusti*» (cur. Th. MOMMSEN), Berlin, 1866-1870, rist. Goldbach, 2001, I, p. 252 nt. 4 : ma taluni autori (si veda la nota seguente) ritengono si tratti non di un errore di tradizione manoscritta, bensì di un indizio di interpolazione.

¹⁰⁰ Il passo è stato alquanto censurato dalla critica interpolazionistica, specie nell'inizio ('*aut aliquid*') e nella chiusa '*... ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*':

reputano di origine insiticia e probabilmente di tipo glossatorio l'inciso '*... aut aliquid (<aliquid>[?], <aliquid>[?]) ius fundi emetur ...*' BONFANTE, *Note a WINDSCHEID*, cit. [nt. 56], V, p. 665 (che però salva, contro Emilio Albertario e richiamandosi invece a Salvatore Riccobono, la classicità della frase '*ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse*'), SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 11 e 156 ss., e *La tutela*, cit. [nt. 9], p. 134 ss. (che reputa tale frase – cfr. altresì *Stipulazioni di servitù prediali*, cit. [nt. 89], p. 559 nt. 34 – la conseguenza della generalizzazione del passo, in cui Labeone si sarebbe occupato della sola via, alle servitù in generale, e – oltre al tratto da '*ego puto*' a '*esse*' ed alla incongruità della locuzione '*vacua traditio*', da sostituire può darsi con '*vacuae possessionis traditio*' –, attacca soprattutto la parte finale del passo da '*ideoque sunt*' in poi: cfr. anche G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 301), e più recentemente BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit. [nt. 14], p. 30 e nt. 27 (che ritiene che qui i compilatori abbiano sostituito con il generico '*aliquid ius fundi*' una più articolata elencazione di servitù, ma che più recentemente – *I fondamenti del diritto romano*, cit. [nt. 73], p. 277 – preferisce aderire in linea di massima alla visuale di Bernardo Albanese, che sarà richiamata tra breve, e considerare autentico il passo, peraltro ritenendo alternative le posizioni di Labeone e Giavoleno e giudicando che Vincenzo Mannino erri su tale punto e richiami a torto le *pactiones et stipulationes*). Oltre a H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 42 e 50 s. (contro l'espressione '*interdicta veluti possessoria*': cfr. ALBERTARIO, *La protezione pretoria delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 489 nt. 1; meno critico Hans PETERS, nella ricordata [nt. 55] recensione a Hugo Krüger, p. 597, che salva la prima parte del frammento), e a G. CORNIL, *Traité de la possession dans le droit romain*, Paris, 1905, p. 111 s. (che insiste sul nesso con lo *ius prohibendi* conferito dalla servitù), si vedano altresì ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 55], p. 346 (ove si enfatizza la differente impostazione del passo, che parla di un *usus iuris* considerato *pro traditione*, rispetto a D. 19.1.3.2 – su cui *infra*, nel testo e nt. 103 –, ove invece Giavoleno considera la *stipulatio* come atto che tiene luogo della *traditio*, sostenendo in particolare l'interpolazione della chiusa da '*ideoque*' in poi), e, in riferimento alla '*quasi possessio*' menzionata da Gai., *inst.* 4.139 (cfr. *supra*, nt. 60), *Di nuovo sul glossema di Gai., inst. IV, 139*, cit. [nt. 55], p. 361 s. e *passim*, nonché PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 209 ss., 212 s. e 236 s., che, pur nelle critiche mosse al passo (egli censura soprattutto la chiusa '*ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*', dato che gli interdetti relativi agli *iura in re aliena* – che del resto possono riguardare l'*usus iuris* ma talvolta anche l'esistenza stessa del diritto – non sono chiamati dai classici «possessorii», e quanto alla loro introduzione – '*constituta sunt*' – essi furono introdotti in un'epoca tanto antica in cui non era ancora balenata l'idea che essi derivassero la loro *ratio* dall'idea che l'*usus* valesse '*pro traditione*': cfr. anche ALBERTARIO, *La protezione pretoria*, cit., p. 489 nt. 1), non arriva in ogni caso alle più drastiche critiche di Emilio Albertario (*La protezione pretoria delle servitù romane [a proposito di un recente studio]*, in «Il Filangeri», XXXVII, 1912, p. 207 ss., e il corso [aa. 1912-1913] su *Il possesso*, Camerino, 1914, poi confluiti nel ricordato articolo *Il possesso delle servitù prediali*, dove peraltro – p. 346 s.: cfr. anche *Di nuovo sul glossema di Gai., inst. IV, 139*, cit. [nt. 55], p. 364 s. – egli appare più cauto su alcune posizioni interpolazionistiche, come in primo luogo quella relativa al rifiuto della classicità della frase da '*ego*' a '*esse*', mentre nell'articolo del 1912 cassava tutto il finale da '*usum*' in poi). Oltre a FABI, *La protezione interdittale*, cit. [nt. 56], p. 177 ss., si vedano poi RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, cit. [nt. 82], p. 60, e *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 394 ss. e specificamente p. 396 s. (che, pur salvando la prima parte del passo, riprende le critiche di Silvio Perozzi alla locuzione '*interdicta veluti possessoria*'), COLLINET, *La tradition des servitudes*, cit. [nt. 55], I, p. 189 nt. 1 e 4 (che difende da Silvio Perozzi la frase finale – da '*ideoque*' in poi – in relazione agli *interdicta* relativi alla *quasi possessio* di cui in Gai., *inst.* 4.139 – richiamando ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit. [nt. 8], p. 672 nt. *yy* – e in ordine all'idea della tutela interdittale della *quasi possessio*), S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10.3.14 (Paul. 3 ad Plaut.)* [1917], in *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964, p. 464 s. (che contesta gli argomenti di Silvio Perozzi circa gli '*interdicta veluti possessoria*', riferendo tale locuzione al fatto che l'*usus iuris* della servitù ha valore di *traditio possessionis*, nel quadro di un'equiparazione tra *usus servitutis* e *possessio* agli effetti interdittali), e *Traditio ficta* [II], cit. [nt. 60], p. 251 ss. (ove, sempre contro il «giovane» Emilio Albertario, viene difeso altresì il finale del passo: cfr. *supra*, nt. 98), e FREZZA, *Appunti esegetici*, cit. [nt. 55], p. 305 ss., secondo cui sull'interpolazione della parte finale del testo di Giavoleno non vi è dubbio – cfr. altresì BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit. [nt. 14], p. 30 e nt. 29 –, ma non vi è motivo per sospettare della genuinità del resto del passo (richiamando a tale proposito D. 8.1.80.1: Lab. 5 *post. a lav. epit.*); ritenendo che l'intera frase iniziale (da '*quotiens*' sino a '*emetur*') sia un riassunto di matrice giustiniana, CIAPESSONI, *Servitus personae e usus personae*, cit. [nt. 75], p. 945 nt. 103, propone esemplificativamente di emendarla in '*si quis a te iter actum viam aquae ductum emat ...*'. Sulla presunta *dissentio prudentium* che parrebbe implicata dal frammento – cfr. altresì LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 90 ss. – si veda F.B.J. WUBBE, *Iavolenus contra Labeonem*, in «Satura R. Feenstra», Freiburg, 1985, p. 95 ss. e in particolare p. 108 s., secondo cui, rispetto al realismo della prospettiva di Labeone, «Javolène voit les choses d'une manière plus abstraite» (cfr. HORAK, *Rationes decidendi*, cit. [nt. 72], p. 152 s. – «das Argument Labeos setzt allerdings eine noch ziemlich handgreifliche Vorstellung von *traditio* voraus. Denn Schritt der Abstraktion der *traditio* von einem natürlich-realen zu einem juristisch-entmaterialisierten Begriff hat Labeo jedenfalls in unserer Stelle noch nicht zu vollziehen vermocht» –, e, in relazione a quest'ultimo, la recensione di F. WIEACKER, *Rationes decidendi*, in «ZSS.», CI, 1971, p. 346 nt. 28, e GROSSO, «*Rationes decidendi*», cit. [nt. 72], p. 690, che difende la congruità della locuzione '*vacua traditio*' in quanto cosa diversa dalla '*stipulatio vacuum possessionem tradi*'). In generale, si vedano quindi MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, cit. [nt. 55], p. 275 ss. (che, in una visuale di fondo improntata ad una forte opposizione tra *ius civile* e *ius praetorium*, che sarebbe giunto a rivoluzionare molte regole del primo, tende a parlare a proposito delle

Infatti, secondo le regole generali¹⁰¹, l'obbligazione di 'dare servitutem' poteva realizzarsi, in assenza

cd. «servitù pretorie» di un patto rivestito della forma della *stipulatio*, criticando in particolare le posizioni di Giuseppe Grosso: cfr. la difesa di quest'ultimo nella ricordata [nt. 98] recensione alla ricerca di Carlo Alberto Maschi, in particolare p. 142 e 144), FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit. [nt. 64], p. 106 s. (che dal punto di vista dell'evoluzione storica delle servitù di passaggio sottolinea nel testo in esame la contrapposizione tra la *via* e *ius fundi*, scorgendo nell'interpolazione qui operata una riprova della non omogeneità della *via* rispetto agli altri diritti analoghi: cfr. la recensione di M. KASER, in «ZSS», XCVIII, 1968, p. 520), YARON, *Reflectio on usucapio*, cit. [nt. 64], p. 228 e nt. 91 (in riferimento alla *possessio* e alla *usucapio* delle servitù), TOMULESCU, *Rapporti: Romania*, cit. [nt. 82], p. 90 nt. 15 (secondo cui «quelques jurisconsultes n'admettent pas la *traditio* comme mode de constitution des servitudes, par ex. Labeo cité par Iav. D. 8.1.20; Pomp. D. 19.1.3.2»), KERBER, *Die quasi-institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, cit. [nt. 1], p. 44 e nt. 112 (cfr. la ricordata [nt. 1] recensione di NORR, p. 426), ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit. [nt. 1], p. 149 ss. e nt. 565 (portato a ritenere che i già i classici parlassero di 'quasi possessio' in relazione alla tutela interdittale e quindi di '*interdicta veluti possessoria*', salvando quindi il tratto da '*ideoque*' alla fine del passo) e GIODICE-SABBATELLI, «*Constituere*», cit. [nt. 98], p. 345 nt. 46 (secondo la quale qui '*constituere*' starebbe per «decidere discrezionalmente»). Cfr. altresì CAPOGROSSI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, cit. [nt. 57], p. 70 ss. (in relazione a D. 8.3.30 e D. 18.1.401.: cfr. la recensione di G. WESENER, in «T.», XXXVI, 1968, p. 166), nonché, su D. 8.1.20, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 387 nt. 60, *Il deperimento di alcuni actus legitimi e la nuova realtà dei diritti reali*, cit. [nt. 57], p. 163 e nt. 23 e p. 168 ss., e *Appunti sulla «quasi possessio iuris» nell'opera dei giuristi medievali*, cit. [nt. 57], p. 259 nt. 29 e p. 279 s., nonché M. TALAMANCA, '*Vendita (diritto romano)*', in «ED.», XLVI, Milano, 1993, p. 359 e nt. 568 e 571, MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 11 ss., p. 21 ss., 37, 43, 50, 73, 79 ss., 87, 107 e 145 (che riferisce a Giavoleno, in base al passo, l'affermazione del principio «*usus pro possessione traditionis accipiendum esse*»: cfr. *Dalla tutela della «quasi possessio» delle servitù alla rilevanza dell'«immemorabile tempus» e della «vetustas»*, cit. [nt. 57], p. 9 ss.), e ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 223 ss. (cfr. anche PERALTA ESCUER, *Evicción de las servidumbres prediales*, cit. [nt. 41], p. 68 s.) Oltre a BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 267 s. e 365 (secondo il quale, mentre Labeone afferma che il venditore, invece della *traditio* della servitù, di per sé impossibile, deve fare la *stipulatio* di esercizio, Giavoleno farebbe «un passo avanti», considerando equivalente alla *traditio possessionis* l'uso delle servitù vendute: parole perfettamente condivisibili, sempre che non si voglia con ciò intendere che per tal via Giavoleno rinunciassero alla necessità della *stipulatio* di esercizio: cfr., anche in relazione alle posizioni di Luigi Capogrossi Colognesi e di Vincenzo Mannino, *infra*, nt. 177 s. e 185 ss.), sul passo si veda infine soprattutto Giuseppe Grosso, che, riprendendo l'idea già avanzata da Gino Segrè (*Corso di diritto romano, aa. 1919-1920*, Torino, s.d., p. 262 ss.: cfr. *Obbligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano* [1930], in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, p. 310 s. e nt. 131, secondo cui nell'ambito dei diritti reali l'*obligatio* non consisterebbe nel procurare direttamente il diritto bensì nel costringere ad una prestazione strumentale ad esso: si veda, oltre a ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit. [nt. 8], p. 703 ss. e nt. i, anche BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, cit. [nt. 3], p. 452 ss. e nt. 128), riteneva, anche in riferimento a Gai., *inst.* 2.204 (cfr. *infra*, nt. 101), che la *stipulatio* avesse circa le servitù sul suolo provinciale la stessa funzione assunta per le servitù sul suolo italico, ossia non concorresse alla costituzione del rapporto reale, ma sostituisse la *traditio* nei casi in cui per l'esecuzione di un rapporto obbligatorio, quale in particolare la compravendita, sarebbe occorsa, trattandosi di una *res corporalis*, trasferire il possesso (cfr. *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 180, 188 ss. e 196 ss., e *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 330 ss. e 355 ss., e in particolare, in relazione al passo, p. 336, 340, 358 e 368 s. e nt. 1), dubitando peraltro della chiusa (cfr. *Le servitù prediali*, cit., p. 180 e 209: si veda tuttavia *Usufrutto*, cit., p. 340) in relazione alla espressione '*interdicta veluti possessoria*' e per tal via di tutta la parte ove è riferita la posizione di Giavoleno, intendendo quest'ultima, come Biondo Biondi, nel senso che questi avrebbe fatto a meno della *stipulatio* per sostituirla con l'*usus* della servitù considerato '*pro traditione possessionis*': impostazione che tuttavia non sembra necessario attribuire a Giavoleno: cfr. *infra*, § 7 e nt. 175 ss.): di Giuseppe Grosso si vedano altresì *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, p. 26 s. (dove egli si limita a criticare, in particolare, la locuzione '*... veluti possessoria ...*', salvando però la genuinità sostanziale del passo), nonché *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine* (1967), in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], II, p. 687 s., e in generale *Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto «pactionibus et stipulationibus» su fondi provinciali* (1970), *ivi*, p. 707 ss.

¹⁰¹ Gai., *inst.* 2.204: '*quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non ut per vindicationem legatum continuo legatario adquiritur, sed nihilo minus heredis est. et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere: et tum heres rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet: si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit. nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipaverit, usucapione pleno iure fit legatarii. completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, mobilia quidem rerum anno, earum vero quae solo teneantur, biennio*' (sul passo, oltre a J. BARON, *Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess*, I, *Die Conditionen*, Berlin, 1881, p. 131 ss, si vedano in generale V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano* [1954], Napoli, 1987, I, p. 179 nt. 1, G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano* [cur. F. GNOLI], Milano, 1994, p. 108 s., F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano, 1961, p. 260, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1985, p. 125 ss., e *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994, p. 289 s., F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955, p. 41 ss., 116 s. e 179, e *Il principio emptione dominium transfertur*, cit. [nt. 63], p. 20 nt. 7 e p. 37 ss., Th. MAYER-

di una *in iure cessio* o di altro analogo negozio *iure civili*, soltanto attraverso una *stipulatio* ('*per te non fieri quo minus utar*' o '*quo minus eo iure uti possit*') con cui il costituente si impegna per il futuro a rispettare l'esercizio del diritto¹⁰²:

D. 19.1.3.2 (Pomp. 9 *ad Sab.*): Si iter actum viam aquae ductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes per te non fieri, quo minus utar¹⁰³.

Tuttavia, per determinare i confini del ricorso a tale strumento, è nondimeno da tenere presente come anche sul suolo italico, e dunque al di fuori della realtà provinciale, vi fossero peraltro non poche fattispecie in cui l'*in iure cessio* e gli altri strumenti dello *ius civile* non erano del pari praticabili¹⁰⁴: si pensi, in particolare, alle ipotesi della proprietà *iure peregrino* degli stranieri in Italia, alle servitù

MALY, *Studien zur Frühgeschichte der Usucapio*, II, in «ZSS.», XCI, 1961, p. 221 ss., S. CRUZ, *Da «solutio». Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins. I. Épocas arcaica e clássica*, Coimbra, 1962, p. 181 ss., 193 ss., 201 s. e 336 s., P. VOCI, *Per la storia della novazione*, in «RIDR.», LXVIII, 1965, p. 183 nt. 92, W.M. GORDON, *Acquisition of Ownership by traditio and Acquisition of Possession*, in «RIDA.», 3ª s., XII, 1965, p. 279 ss. e specificamente p. 282 nt. 11, F. STURM, *Oportere*, in «ZSS.», XCV, 1965, p. 212 e nt. 6, GROSSO, *Obbligazioni*, cit. [nt. 100], p. 22 s., C.A. CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando'*, in «SDHI.», XXXII, 1966, p. 64 nt. 5 (sulla necessità di trasferire altresì il possesso per adempiere alla obbligazione di 'dare'), Ph. MEYLAN, *Nouvelle explication de Celse, D. 12,4,16*, in «Iura», XX, 1969, p. 289 nt. 7 e p. 297 (sempre sul significato di 'dare'), CORBINO, *Il rituale della «mancipatio» nella descrizione di Gaio*, cit. [nt. 82], p. 190 nt. 106 (sulla riprova testuale, fornita dal passo, dell'applicazione in epoca gaiana della *in iure cessio* di cose non presenti *in iure*), M. KASER, *Formeln mit «intentio incerta», «actio ex stipulatu», und «condictio»*, in «Labeo», XXII, 1976, p. 17, e *Nochmals zu 'in bonis habere'*, in «Huldigungsbandel P. Van Warmelo», Pretoria, 1984, p. 144 ss., R.G. BÖHM, *'Emendationes gajanae'*, III, in «Labeo», XXIV, 1978, p. 181 ss., F. PETERS, *Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer*, in «ZSS.», CIX, 1979, p. 173 ss. e in particolare p. 188 ss. e nt. 49 e 53, KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit. [nt. 82], p. 351, nonché E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 224 s.: cfr. soprattutto, dal punto di vista che qui più interessa, GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 197 s. e nt. 12.

¹⁰² Per tale formulazione cfr. ad esempio anche D. 45.1.4.1 (Paul. 12 *ad Sab.*), dove, rifacendosi a Catone, si richiama la formula '*per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*'. Si vedano in generale BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 265 ss., e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 196 ss. e 207 ss. Persino per certi aspetti quasi un po' caustico il commento del Cuiacino al sistema della *cautio* in relazione a D. 8.1.20: «Et hinc notandum est, cautionem esse summum juris remedium, quo quae natura fieri non possunt, fieri tamen videntur, ut heic. Detur aliud exemplum: usufructus non est, in abusu, per cautionem tamen constituitur earum rerum quae in abusu sunt quasi usufructus ... Ergo hoc casu cautio erit traditionis loco» (J. CUJAS, *Recitationes Solemnes, in l. VIII, in Opera*, cit. [nt. 17], III, c. 299).

¹⁰³ Sul passo – oltre a CUJAS, *Recitationes Solemnes*, cit., *ad tit. I l. XIX, D. 19.1.3.2* (c. 543 s.): «... non nudum factum contineri, id est, traditionem nudam, sed et effectum traditionis certum et ratum, ita ut emptori sine controversia rem habere liceat ...» – si vedano PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 209 ss. (ove, contro A. PERNICE, *Parerga. III*, in «ZSS.», XXII, 1888, p. 207, si nega che dal testo si possa in alcun modo ricavare un carattere reale del diritto sorto dalla compravendita) e p. 224 (ove, accostando il passo a Gai., *inst. 2.28* – '*res incorporales traditionem non recipere manifestum est*' –, lo si richiama a conferma della inconfigurabilità classica della *traditio* di servitù), RICCOBONO, *Traditio ficta* [II], cit. [nt. 60], p. 254 (che, sostenendo l'autenticità del passo – cfr. *supra*, nt. 98 –, insiste sulla genuinità dell'uso del verbo '*puto*'), RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 394 ss. e in particolare p. 395 nt. 1, COLLINET, *La tradition des servitutes*, cit. [nt. 55], p. 189 e nt. 2, FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione*, cit. [nt. 55], p. 305 ss., SOLAZZI, *Stipulazioni di servitù prediali*, cit. [nt. 89], p. 553 e nt. 8, p. 560 nt. 32 e p. 566 (che sospetta l'ordine delle parole '*iter actum viam*' nonché la frase '*aquae ductum per tuum fundum emero*' in base alla un po' rigoristica considerazione che l'acquedotto si compera – o si costituisce – *ex fonte*, mentre *per fundum* si conduce l'acqua), e '*Interdictum quam servitutem?*', cit. [nt. 40], p. 215 nt. 3 (cfr. *supra*, nt. 41), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 268 (secondo cui Pomponio ammette, come Labeone in D.8.1.20, che il venditore debba prestare la *stipulatio*, ma «sembra ignorare» la interpretazione di Giavoleno secondo cui l'*usus* del diritto è da parificare alla *traditio possessionis*), BETTI, *Istituzioni*, II, cit. [nt. 3], p. 452 ss. e nt. 128, GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 198 e 211, e *Obbligazioni*, cit. [nt. 101], p. 22 ss., BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit. [nt. 14], p. 30 s. e nt. 28, TOMULESCU, *Rapporti: Romania*, cit. [nt. 82], p. 90 nt. 15 (cfr. *supra*, nt. 100), CAPOGROSSI, *Il deperimento di alcuni actus legitimi e la nuova realtà dei diritti reali*, cit. [nt. 57], p. 162 ss. e 168 ss., e *Appunti sulla «quasi possessio iuris» nell'opera dei giuristi medievali*, cit. [nt. 57], p. 242 e nt. 6, nonché TALAMANCA, '*Vendita*', cit. [nt. 100], p. 359 e nt. 568, e MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 14 nt. 5 e p. 21 ss. (cfr. altresì LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 92 s., PERALTA ESCUER, *Evicción de las servidumbres prediales*, cit. [nt. 41], p. 69 s., e ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 235 s.).

¹⁰⁴ Oltre a S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Parte speciale. Le applicazioni della stipulatio*, Roma, 1935, p. 245

e all'usufrutto costituiti dal titolare dell'*in bonis habere*, nonché, sembrerebbe, dal pignoratario, dal vettigalista e dal superficario¹⁰⁵, mentre d'altra parte non è affatto detto che più in generale dopo la *emptio-venditio* della servitù si procedesse sempre e comunque alla sua costituzione *iure civili*, potendo bastare ad assicurare il pacifico godimento della cosa appunto una simile *stipulatio* (e si è altresì visto come una simile servitù, tutelata solo su un piano di diritto pretorio e priva di normale *actio in rem*, fosse resa inevitabile già nello stesso ambito dello *ius civile* dal meccanismo del pagamento della *litis aestimatio*, poiché, quantomeno nei *iudicia quae imperio continentur*, tale modo di acquisto del diritto non poteva certo dare luogo ad una servitù *iure civili*, né essa avrebbe potuto essere ovviamente usucapita, per cui ciò che il neotitolare aveva a disposizione, oltre all'interdetto, era soltanto l'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio* di esercizio in cui si risolveva la «costituzione» del rapporto fondiario così ottenuta)¹⁰⁶; non diversamente, del resto, anche in altri ulteriori casi, essendo impercorribile la via di costituzione *iure civili*, ci si doveva verosimilmente accontentare di una semplice soluzione contrattuale¹⁰⁷.

Se dunque si può ritenere che il ricorso a tali stipulazioni di esercizio fosse normale in ambito italico nei casi in cui non si poteva costituire la servitù *iure civili*, si può forse andare oltre questo primo risultato domandandosi se simili previsioni contrattuali volte a rafforzare la tutela del rapporto e a sanzionare in maniera più immediata eventuali inadempimenti non fossero altresì presenti nelle servitù normalmente costituite tramite *in iure cessio* o altri modi solenni.

E' infatti da considerare come la maggiore sicurezza offerta dalla *stipulatio* e soprattutto dalla *stipulatio poenae*, nel porre o rafforzare specifici obblighi in capo al promittente e specialmente nel quantificare anticipatamente il valore del danno, lasciando al giudice solo la decisione circa l' '*an debeatur*', fosse sistema alquanto diffuso nel mondo romano, e come quindi dovesse essere per vari versi normale che tale *stipulatio* accedesse o addirittura si sostituisse a rapporti obbligatori già di per sé esistenti ovvero altrimenti perfezionabili attraverso normali contratti¹⁰⁸: fenomeno com'è noto altresì presente, anche se non sempre nella formulazione penale, nell'ambito dei rapporti di ordine reale (si pensi, in particolare, alla *cautio fructuaria* e alla clausola restitutoria da essa recata)¹⁰⁹.

ss., e *Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali*, cit. [nt. 81], p. 357, e al di là del non facile e tuttavia incerto nesso tra tale questione ed il problema della realtà del diritto e della tutela sorgente dalla costituzione della servitù mediante *pactio* e *stipulatio*, cfr. in particolare GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 196 ss. e soprattutto p. 204 ss., e PROVERA, *Servitù prediali*, cit. [nt. 82], p. 43: ma si vedano in ogni caso anche i dubbi di BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 256 ss. (cfr. tra l'altro *supra*, nt. 77).

¹⁰⁵ Si veda altresì FREZZA, *Appunti esegetici*, cit. [nt. 55], p. 281 ss. e 291 ss.

¹⁰⁶ Cfr. CAPOGROSSI, *Il deperimento di alcuni actus legitimi*, cit. [nt. 57], p. 162 ss., nonché TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit. [nt. 60], p. 468 s., e 'Vendita', cit. [nt. 100], p. 358 s. Sul pagamento della *litis aestimatio* e la conseguente servitù tutelata soltanto con l'*actio ex stipulatu* e l'interdetto, cfr. *supra*, nt. 34.

¹⁰⁷ Si vedano tra l'altro MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 6 e nt. 11 e p. 15 nt. 7 (che alle ipotesi già richiamate aggiunge quella del fedecommesso di un usufrutto legato, stante l'intrasmissibilità del diritto *iure civili*), e RICCOBONO, *Le applicazioni della stipulatio*, cit. [nt. 104], p. 245 s. (che ricorda anche il caso della servitù costituita *ex rivo* anziché *ex capite vel ex fonte*, come tassativamente previsto dallo *ius civile*): cfr. in generale altresì F. LA ROSA, *«Pactionibus et stipulationibus»*, cit. [nt. 90], p. 33 s.

¹⁰⁸ Si veda di recente A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001, p. 23 ss. e *passim* (cfr. tra l'altro P. FREZZA, *La clausola penale* [1961], in *Scritti*, cit. [nt. 55], II, p. 335 ss., e *Appunti esegetici*, cit. [nt. 55], p. 275 ss.). Si vedano in generale P. VOCI, *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in «Studi Volterra», cit. [nt. 82], III, p. 321 ss., K. VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*, ivi, I, p. 597 ss., KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit. [nt. 82], specie p. 41 s., A. BISCARDI, *La double configuration de la clause pénale en droit romain*, in «De Iustitia et Iure. Festgabe U. von Lübtov», Berlin, 1980, p. 257 ss., LUZZATTO, *Il problema d'origine*, cit. [nt. 1], p. 295 ss., nonché R.P. SOSSNA, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen: eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des 343 BGB*, Berlin, 1993, specie p. 6 ss. Sul permanere ed anzi ampliarsi di tale forma di garanzia in età bizantina si veda ad esempio, in riferimento alla prassi dell'Italia meridionale, F. BRANDILEONE, *Le clausole penali nei documenti bizantini nell'Italia meridionale* (1924), in *Scritti di storia del diritto privato italiano*, II, Bologna, 1931, p. 531 ss.

¹⁰⁹ Anche in relazione alle posizioni su tale tema di R. DE RUGGIERO, *Sulla cautio usufructuaria*, in «Studi V. Scialoja», I, Milano, 1905, p. 73 ss. (secondo cui la *cautio* sarebbe sorta in funzione di rafforzamento di una tutela già prima concessa con altri rimedi, quali il '*per arbitrum cogi*' il *fructuarius* di D. 7.1.7.2-3 – cfr. *supra*, nt. 2 – nonché la misteriosa «azione» – ma forse più probabilmente una soluzione interdettuale – prevista da D. 7.1.13.2, Ulp. 18 *ad Sab.*, per i casi '*quibus cessat Aquiliae actio*' ed in cui '*ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utari*', ed avrebbe poi provocato il

Anche per quanto riguarda la costituzione di servitù prediali costituite *iure civili* appare in effetti verosimile che il ricorso a stipulazioni di questo tipo potesse risultare alquanto utile sia in generale per garantire il normale esercizio del diritto, sia per stabilire in maniera certa e definitiva le modalità cui questo si sarebbe dovuto attenere. Se la servitù era costituita mediante legato *per vindicationem*, in effetti, il testatore avrebbe potuto prevederne egli stesso i *modi* di uso, ed anche nella *mancipatio* si sarebbe in ipotesi potuto adattare la *nuncupatio* o ricorrere ad idonee *leges mancipi*¹¹⁰ per limitare la servitù rustica così costituita secondo precise modalità di esercizio¹¹¹. Anche se, com'è ovvio, è alquanto improbabile che questo avvenisse sempre e comunque già in tali atti¹¹².

Tuttavia, se invece si doveva ricorrere, com'era usuale, ad una *in iure cessio* – e quindi di norma anche nei casi in cui il legato fosse stato *per damnationem*, nonché, se si trattava di costituzione *inter vivos*, quando ad esempio la *emptio-venditio* prevedesse una simile formalizzazione *iure civili*¹¹³ –, sembra invece di potere escludere che la formula processuale adattata a tale fine negoziale potesse venire piegata a esplicitare i vari *modi* (*locus, ius reficiendi, intervalla dierum et horarum*, ampiezza e pavimentazione della strada, caratteristiche della conduttura idrica e così via), arrivando ad una *conceptio verborum* che stravolgesse la formula della *vindicatio servitutis* in un adattamento del tipo «*mihi esse ius per fundum illum ex illo fonte per illam regionem aquam tertio quoque die ducere*» (per non parlare della menzione di materiali, livello e diametro dell'acquedotto, di un'eventuale previsione di un *iter* nonché di possibili prescrizioni per la *refectio*): al di là dell'intrinseca inverosimiglianza di una tale ipotesi (che infatti appare di per sé esclusa dal tenore di tutte le fonti in materia pervenuteci), una simile soluzione risulta resa infatti impercorribile dagli stessi aspetti strutturali del valore della formula nell'ambito dell'*ordo iudiciorum*, soprattutto in quanto verrebbe meno ogni corrispondenza tra la formula usata nell'atto costitutivo e quella cui si dovrebbe ricorrere nella normale *vindicatio* contenziosa, dato che porre una simile *conceptio verborum* in un contesto processuale creerebbe insuperabili problemi di giudizio in relazione al valore di una sentenza emanata – altresì e soprattutto in sede di *negatoria* – sulla base di una *litis contestatio* strutturata in tali termini¹¹⁴.

Anche nel caso in cui si dovesse ricorrere ad una *in iure cessio*, dunque, risulta di per sé estremamente verosimile che per quanto riguarda i *modi servitutis*, e nel caso la quantificazione anticipata del danno dovuto ad eventuali impedimenti all'esercizio, si ricorresse molto più semplicemente ad accordi privati che rimanevano esterni al negozio concluso davanti al magistrato, ossia a *pacta* che potevano venire documentati in un *instrumentum* scritto e trovare quindi la loro sanzione in una *stipulatio poenae*¹¹⁵. In effetti, se sono noti i problemi legati alla difficoltà di provare la stessa esistenza

sorgere del quasi usufrutto: cfr. DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini*, cit. [nt. 1], p. 7 e 187 ss.) nonché di BORTOLUCCI, *Sulla «cautio usufructuaria»*, cit. [nt. 3], p. 110 ss. (per il quale il *dominus* avrebbe avuto a disposizione in tali casi l'*actio prohibitoria*), si vedano GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 270 ss., nonché C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Servitutes personarum?*, I, Catania, 1960, p. 77 ss., e CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 483 ss. (cfr. altresì, specie in relazione alla previsione '*dolum abesse*', J. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, p. 128 ss.).

¹¹⁰ Si veda in generale RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit. [nt. 72], specie p. 85 ss. e, sulla distinzione tra *leges mancipii* in senso proprio e *nuncupationes*, p. 135 ss.

¹¹¹ Si vedano in generale BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 50 ss., e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 159 ss.

¹¹² Sulle carenze sovente presentate dall'atto costitutivo e sui successivi problemi che ne derivavano si veda tra l'altro ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 159 e *passim*, specie p. 222 s. (cfr. ID., *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale*, cit. [nt. 18], p. 636 ss.).

¹¹³ Sul punto, piuttosto controverso nei suoi aspetti generali per quanto riguarda l'obbligo di addivenire alla *mancipatio* in relazione alla *emptio-venditio* (ma qui è sufficiente por mente ad un obbligo convenzionale di procedere alla costituzione del diritto *iure civili*), si veda in breve l'ampio panorama della dottrina tracciato da TALAMANCA, '*Vendita*', cit. [nt. 100], p. 382 ss.

¹¹⁴ Cfr. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], p. 404 ss., e *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 222 s. (cfr. anche ID., *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali*, cit. [nt. 60], p. 508 s.).

¹¹⁵ Su come in ogni caso, al di là di quanto stabilito nell'atto costitutivo o in occasione di esso, modificazioni dei *modi servitutis* attuati di fatto dal titolare ed implicitamente accettati dalla controparte potessero egualmente – specie per quanto riguarda il *locus* – trovare comunque tutela nell'ambito della procedura interdittale, si veda

dello *ius in re aliena* dopo varie generazioni dalla sua costituzione (tanto che per quanto riguarda le servitù idriche si dovette com'è noto ammettere la prova *de facto* rappresentata dalla immemorialità – *vetustas* – del loro esercizio)¹¹⁶, la soluzione del documento probatorio doveva essere resa immediatamente consigliabile (nella normalità di una simile soluzione nell'ambito giuridico romano)¹¹⁷ dalle

ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit., p. 463 ss., e *Il locus servitutis*, cit., p. 199 ss.

¹¹⁶ Sull'istituto della *vetustas* – cfr. in generale F. SCHUPFER, «*Ab immemoriali*», tempo immemorabile, prescrizione immemorabile, in «NNDI.», I.1, Torino, 1957, p. 46 s., e G. VISMARA, «*Immemoriale*» (storia), in «ED.», XX, Milano, 1970, p. 156 ss., nonché C. FADDA, P.E. BENZA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit. [nt. 56], IV, p. 681 ss., e BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], I, p. 496 ss., e II, p. 127 ss. e 143 ss. – si vedano, in relazione alle servitù idriche, BRUGI, *Scopo e forme della servitus aquaeductus*, cit. [nt. 71], p. 188 ss., SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, cit. [nt. 70], p. 88 ss. e 103 ss., e in generale BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 144 ss., e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 212 ss. (cfr. altresì BONFANTE, *La «longi temporis praescriptio» delle servitù*, cit. [nt. 56], p. 956 ss., e *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 144 ss. – sulla cui posizione si veda *supra*, nt. 56 –, nonché ALONSO Y LAMBAN, *Anotaciones sobre el diuturno «usus» y la «vetustas» de la adquisición de servidumbres*, cit. [nt. 56], p. 197 ss.): sulla concezione labeoniana del «*naturaliter servire*» – cfr. tra l'altro BRETONNE, *I fondamenti del diritto romano*, cit. [nt. 73], p. 98 ss. e soprattutto 105 ss. – si veda di recente SITZIA, *Aqua pluvia e natura agri*, cit. [nt. 70], specie p.117 ss. e 122 ss. (cfr. altresì le osservazioni di CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, cit. [nt. 64], II, p. 501 ss. e 516 ss.).

¹¹⁷ Sulla diffusione del documento probatorio nel mondo romano è qui sufficiente rinviare a M. TALAMANCA, «*Documento e documentazione (diritto romano)*», in «ED.», XIII, Milano, 1964, p. 548 ss. e in particolare p. 355 ss. In relazione alle servitù, precise testimonianze sono parse rinvenibili solo per quanto riguarda i documenti connessi a *leges mancipii* («*leges mancipio scriptae*»), specie in ordine a servitù urbane connesse al fondo oggetto del negozio: cfr., in relazione a D. 8.3.23.pr. (Pomp. 33 *ad Sab.*: «... quod si si ita sit cautum 'ne luminibus officiat', ambigua est scriptura ...»), D. 18.1.33 (Pomp. 33 *ad Sab.*: «cum in lege [venditionis] <mancipii [?]> ita sit scriptum: 'flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint' ...»), D. 8.2.17.4 (Ulp. 29 *ad Sab.*: «quae de stillicidio scripta sunt ...») e D. 8.2.33 (Paul 5 *epit. Alf. Dig.*: «... cum in lege aedium ita scriptum est: 'paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit' ...»), RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit. [nt. 72], p. 146 ss.; sembra infatti di poter osservare che, se tale accorgimento documentale risultava utile nel caso della *mancipatio*, le stesse esigenze di certezza dei termini in cui la servitù era da intendere sorta dovevano presentarsi anche negli altri modi di costituzione, e a maggior ragione, per le ragioni già viste, in ipotesi di *in iure cessio*: in particolare, se appare alquanto dubitabile la correzione di «*lex venditionis*» in «*lex mancipii*» seguita da Salvo Randazzo per D. 18.1.33 (cfr. *op. ult. cit.*, p. 86 s. e nt. 12 e p. 98 s. e nt. 49), dato che il passo è pianamente relativo ad una *emptio-venditio* della servitù (tanto che persino la stessa critica interpolazionistica aveva risparmiato tale testo: cfr. «*Index Interpolationum*», I, cit. [nt. 95], *ad h.l.*, c. 311), non sembra definitiva neppure l'analoga correzione operata dall'autore (*op. ult. cit.*, p. 99 s.) in D. 8.2.17.3 («*haec lex [traditionis] <mancipii> 'stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint' ...*»), che appare alquanto dubbia poiché, pur nella persuasività di fondo degli argomenti recati da tale autore in ordine alle strutture generali delle «*leges mancipii*» (*op. ult. cit.*, specie p. 85 ss.), il fatto che tale genere di clausole fosse alquanto antico e senz'altro usato nella *mancipatio* non sembra per nulla escludere che esse venissero impiegate in seguito anche in altre forme negoziali, ed in effetti altresì in D. 8.2.17.3-4 non sembra possibile negare che il discorso di Ulpiano riguardasse qui una servitù costituita – al di là del dubbio riferimento alla *traditio* – secondo modalità diverse che dessero comunque attuazione alla *emptio-venditio*, di cui il passo appunto tratta; analogo discorso sembra poter essere fatto per il ricordato D. 8.3.23.pr. (cfr. RANDAZZO, *op. ult. cit.*, p. 100 s., nonché, sempre nel senso che si tratti di una *lex mancipii*, FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit. [nt. 67], p. 208 ss.), dove le parole «*si servitus imposita fuerit 'lumina quae nunc sunt, ut ita sint' ...*» sembrano potersi riferire alle statuizioni *inter contrahentes* sottese – e documentate in un atto scritto – ad una servitù costituita in qualsiasi modo (cfr. in tale prospettiva anche V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992, p. 137 nt. 25), mentre soltanto in ordine a D. 8.2.33 il riferimento ad una *lex mancipii* parrebbe relativamente sicuro (cfr. l'ampia dottrina citata in tal senso da RANDAZZO, *op. ult. cit.*, p. 101 s. e nt. 53). Il problema, certamente, andrebbe alquanto approfondito, ma sin da una prima e veloce considerazione dei testi in questione sembra potersi affermare come i riferimenti alla *scriptura* da essi recati rappresentino la testimonianza di un ampio e radicato ricorso al documento nella costituzione delle servitù prediali, che travalica sotto vari aspetti il pur archetipico riferimento alla *mancipatio* ed all'attestazione in un *instrumentum* delle *leges mancipii*, e che, se pur tale uso nacque in questa forma negoziale, dovette nella maniera più immediata e spontanea essere esteso anche alle altre forme di costituzione di tale diritto (ed in primo luogo nella *in iure cessio*, naturale forma di costituzione degli *iura in re aliena*, dove non neppure erano possibili – cfr. *supra*, nt. 114 – adattamenti della formula analoghi a quelli della *nuncupatio*), stante la sua intrinseca strumentalità ad ovvi fini di certezza probatoria – cfr. altresì D. 3.2.29 (Paul. 2 *epit. Alf. dig.*: «... superiorem fundum venderat: in lege ita dixerat, ut aquam sulco aperto emptori educere in fundum inferiorem recte licere ...»), D. 8.1.32 (Afr. 9 *quaest.*: «... in divisione convenisset ...»), D. 8.2.37 (Paul. 3 *resp.*: «... ex hac scriptura ...»), D. 8.3.3 (Gai. 7 *ad ed. prov.*: «... ea lege dedit ...»), D. 8.3.4 (Iav. 10 *ex Cass.*: «caveri, ut ad certam altitudinem ...»), D. 8.4.10 (Ulp. 21 *ad Sab.*: «quidquid venditor servitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi oportet ...») e D. 8.6.19.pr. (Pomp. 32 *ad Sab.*: «si partem fundo vendendo lege caverim, uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem ...») – nonché la sua irrinunciabilità in vista della non rara complessità di tali clausole regolanti nei suoi aspetti

stesse peculiarità tecniche di talune previsioni (ad esempio le caratteristiche dell'acquedotto)¹¹⁸ nonché dalla intrinseca complessità di tali previsioni (si pensi in particolare a statuizioni che limitano lo *ius reficiendi* delle servitù di passaggio escludendolo solo per determinate ipotesi ma lasciandolo al titolare della servitù per altre)¹¹⁹.

Inoltre, è da tenere presente che nell'ambito del rapporto di servitù, qualora il titolare fosse risultato vincitore nella procedura interdittale ovvero nella *vindicatio*, la sentenza avrebbe imposto alla controparte, come si vedrà meglio in seguito, cauzioni del tipo della *cautio de amplius non turbando*, ossia stipulazioni in cui il soggetto si impegnava attraverso la promessa di una *poena* a non recare più impedimenti al normale *usus servitutis*: anche sotto tale aspetto, dunque, la normalità di successive stipulazioni di esercizio in riferimento al rapporto di servizio tra i due fondi doveva rendere scontato alle parti il ricorrere preventivamente a tale efficace forma di tutela sin dal sorgere del diritto, provvedendo così, a partire dalla stessa *in iure cessio* (ovvero in ogni caso sin dal negozio *iure civili*), a stabilire una *poena* per l'inadempimento degli obblighi gravanti sul costituente¹²⁰.

anche più minuti l'esercizio della servitù (si vedano gli esempi recati nella nota seguente).

¹¹⁸ Più in generale, si vedano ad esempio D. 8.1.4.1 (Pap. 7 *quaest.*: '*modum adici servitutis posse constat: veluti quod genere vehiculi agatur vel non agatur (vel[uti] ut equo dumtaxat) vel ut certum pondus vehatur vel grex ille transducatur vel carbo portetur*'), D. 8.2.11 (Ulp. 1 *off. cons.*: '*si inter te vicinum tuum non convenit, ad quam altitudinem extolli aedificio ...*'), D. 8.3.26 (Paul. 47 *ad ed.*: '*si via iter actus legetur simpliciter per fundum facultas est heredi, per quam partem fundi velit, constituere servitutum ...*'), D. 8.4.11 (Pomp. 31 *ad Sab.*: '*... nisi in cessione servitutis nominatim praefinitum sit ...*'), in relazione alle modalità dello *ius reficiendi*, D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 *ad ed.*: '*... non tamen si silice quis sternere velit, nisi nominatim id convenit*'), D. 8.5.6.2 (Ulp. 17 *ad ed.*: '*... ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensum est ...*') e 5 ('*modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structilli vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est*'), D. 8.6.11.pr. (Marcell. 4 *dig.*: '*... non autem conceditur plus quam pactum est in servitute habere*'), D. 43.19.3.14 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*fieri autem potest, ut qui ius eundi habeat et agendi, reficiendi ius non habeat, quia in servitute constituenda cautum sit, ne ei reficiendi ius sit, aut sic, ut, si velit reficere, usque ad certum modum reficiendi ius sit ...*'), D. 43.19.4 (Ven. 1 *interd.*: '*veteres nominatim adiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, adportanti vis non fieret: quod supervacuum est ...*') e D. 43.20.1.18 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*... cum amplior numerus pecoris ad aquam appelletur, quam debet appellari ...*'). Si veda altresì, in «CIL.» IX.2827 (= «FIRA.», III² – ed. V. Arangio-Ruiz –, Firenze, 1968, n. 164, p. 509 s.), l'epigrafe rinvenuta a Campomarino (nell'attuale provincia di Campobasso), della seconda metà del I secolo a.C., che attesta la decisione arbitrale circa una servitù di passaggio il cui percorso viene indicato in relazione ad una linea tracciata in base a pali, alberi e specchi d'acqua esistenti sul fondo, in maniera tale da implicare criteri di fissazione che difficilmente avrebbero potuto essere privi di una documentazione scritta; cfr. anche l'analogica epigrafe, *Romae sub Aventino reperta*, recata da «CIL.» VI.29784 (= «FIRA.», III, cit., n. 106.b, p. 343) e, in relazione ad uno *ius aquae ducendae* costituito con minute specificazioni non solo in ordine alla direttrice secondo cui derivarla, ma altresì alle dimensioni dell'impianto ('*... per latitudinem structuris pedes decem, fistulis per latitudinem pedes sex ...*'), quella, rinvenuta *prope Viterbo*, riferita da «CIL.» XI.3003 (= «FIRA.», III, cit., n. 106.a, p. 345 s.): si veda in generale CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum»*, cit. [nt. 64], II, p. 203 ss. e 279 nt. 19).

¹¹⁹ Cfr. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 222 ss. (la dottrina corrente tende più che altro a concentrarsi sul pur fondamentale aspetto dei rapporti tra il ruolo dell'autonomia privata ed il principio della tipicità delle servitù – si veda di recente CURSI, *Modus servitutis*, cit. [75], specie p. 307 ss. e 359 ss. –, senza preoccuparsi, in tale prospettiva, di guardare ai concreti strumenti che le parti avevano per dividere tali modalità di esercizio della servitù: metodologia che in effetti lascia alquanto perplessi, dato che, in un sistema improntato ad una concreta considerazione sostanziale degli strumenti processuali, ove in particolare il ragionamento giuridico muoveva dall'essenziale problema del mezzo contenzioso di cui un soggetto poteva disporre per far valere una determinata posizione giuridica, il negozio con cui il *modus servitutis* era stabilito – *nuncupatio, lex mancipii, in iure cessio, legatum per vindicationem* o *per damnationem, stipulatio, emptio-venditio, pactum* – assumeva evidentemente una fondamentale importanza in relazione alle concrete possibilità di ottenerne il rispetto attraverso un'*actio in rem* o *in personam*, ovvero attraverso una *exceptio* o semplicemente grazie all'interdetto, in una impostazione innanzitutto contenziosa del problema che dovette giocoforza condizionare la prospettiva casistica della giurisprudenza romana e quindi la vicenda storica in quanto tale dei *modi servitutis*; cfr. *infra*, nt. 124).

¹²⁰ Si veda in particolare RICCOBONO, *Le applicazioni della stipulatio*, cit. [nt. 104], p. 245 ss., secondo cui la *stipulatio* in funzione di garanzia di uno stato di servitù non costituito secondo le forme previste dallo *ius civile* o in difetto di un presupposto da esso richiesto avrebbe avuto lo scopo di sanzionare il promittente qualora avesse ostacolato lo stato di servitù ovvero non avesse impedito, quando potesse farlo, che altri lo ostacolassero (cfr. D. 39.2.24.6, Ulp. 81 *ad ed.*), e da questa prassi sarebbe quindi sorta la costituzione di servitù sul suolo provinciale, tutelata dal pretore in via interdittale (peraltro, l'autore sembra pensare qui ad una convenzione seguita da un'ammissione all'*usus* da intendere quale *quasi traditio* del diritto, mentre a p. 256 – muovendo da D. 45.1.56.4, Iul. 52 *dig.*: '*... servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet ...*' – parla di '*pactiones et stipulationes*' che avrebbero dato

In questa prospettiva, come già intuito da Salvatore Riccobono, sembra quindi possibile ritenere che le origini della costituzione '*pactionibus et stipulationibus*' tutelata dallo *ius praetorium* non siano da rintracciare nella escogitazione di un nuovo metodo negoziale volto in quanto tale, per ciò che riguarda i fondi provinciali, a far sorgere la servitù, ma piuttosto nell'adattamento di strumenti contrattuali già esistenti specie accanto alla *in iure cessio* (ossia al più diffuso modo di costituzione *iure civili* delle servitù)¹²¹, e quindi nell'idea che gli accordi documentati da un *instrumentum* e la *stipulatio* di esercizio fossero, pur in assenza della *in iure cessio*, egualmente in qualche modo sufficienti, insieme alla usuale tutela interdittale offerta dal pretore, a garantire la realizzazione della volontà delle parti, ossia un normale esercizio, e soprattutto una soddisfacente tutela processuale, del rapporto di servitù in tal modo costituito¹²².

luogo a veri e propri diritti reali «sebbene costituiti in fatto come vincolo obbligatorio»: cfr. PROVERA, *Servitù prediali*, cit. [nt. 82], p. 24 nt. 18).

¹²¹ Sulla prevalenza della *in iure cessio* rispetto alla *mancipatio* si vedano in generale BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 221 s., e soprattutto GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 187 s. I nessi tra la *mancipatio* e le servitù più antiche (*res mancipi*) nonché tra la *mancipatio* ed il successivo imporsi della *in iure cessio*, che in ipotesi potrebbe essere stata concausa non trascurabile nel passaggio alla compiuta costruzione degli *iure in re aliena* come *res incorporales* – e quindi ad una più ampia ed astratta prospettazione di tali diritti che consente il sorgere delle servitù urbane, in particolare negative, e di istituti come l'usufrutto, considerati *res nec mancipi* – non risulta essere stato molto approfondito dalla dottrina: cfr. tra l'altro le alquanto diverse impostazioni di fondo seguite, in particolare, da GROSSO, *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, cit. [nt. 100], p. 686 s. e 690 ss., e *Schemi giuridici e società*, cit. [nt. 64], p. 728 ss., e da CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum»*, cit. [nt. 64], 11, p. 270 ss. e 286 ss. Del resto, già Gino Segrè (*Corso di diritto romano, aa. 1919-1920*, cit. [nt. 100], p. 262 ss.), tendendo ad escludere che la *stipulatio* fosse il mezzo di costituzione della servitù, essendolo a suo giudizio piuttosto la *pactio*, osservava: «io penserei invece che esse fossero come nelle servitù costituite *iure civili* parte dell'esecuzione del negozio obbligatorio (p. es. compravendita o stipulazione di costituire una servitù) con cui il costituente prometteva che non avrebbe impedito l'esercizio di quella servitù» (previsione che appunto avrebbe sostituito la *traditio*).

¹²² Anche senza volere qui entrare nei problemi inerenti alla incertezza della bipartizione tra '*servitutes praediorum rusticorum*' e '*servitutes praediorum urbanorum*', che pur aveva già nel sistema romano conseguenze giuridiche fondamentali (cfr. G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*², Torino, 1994, p. 176 ss.), ed anche evitando di sollevare questioni più generali, come in particolare la sussunzione conglobante delle singole servitù esistenti in una unitaria nozione di '*iura praediorum*' in epoca relativamente tarda (cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 53 s. e 57 ss.), sembra di poter sia pur provvisoriamente osservare che la nozione di '*servire*' (in riferimento al *fundus*) è nel lessico giuridico romano piuttosto ampia e non definitivamente tecnica (tanto che Lebeone può elaborare una più ampia nozione di '*servire*' in relazione ai rapporti idrici fondiari connessi alla *natura loci* e non alle statuizioni negoziali dei titolari, come avviene nella servitù in senso tecnico: cfr. *supra*, nt. 71): per cui, se l'autonomia privata delle parti poteva costituire a vantaggio del vicino rapporti di asservimento del fondo ricorrendo ai negozi dello *ius civile* così come rapporti di analogo contenuto ricorrendo a forme precipuamente contrattuali, che in ogni caso risultavano entro certi limiti tutelati *erga omnes* in virtù dell'interdetto (cfr. *infra*, specie § 13), sembra che non dovesse essere soverchiamente arduo ricomprendere nella nozione di '*servire*' – in riferimento alla situazione del fondo conseguente alle disposizioni del titolare –, e quindi in quella di '*servitus*', anche diritti di tale tipo costituiti «*tuitioe praetoris*», specie in quanto, da un punto di vista concreto, ciò che rilevava non era certo l'aspetto nominalistico e l'astratta sussunzione dogmatica del diritto così ottenuto, quanto piuttosto l'elemento concreto di assicurare al suo titolare un effettivo esercizio e quindi, strumentalmente, un'adeguata tutela processuale di questo (e non sembra infatti casuale che Gaio – che in *inst.* 2.29 afferma *tout court* che le servitù dello *ius civile* '*in iure cedi possunt*' e '*mancipari possunt*' – in *inst.* 2.31 si ponga invece in una prospettiva finalistica e si limiti a dire che, per quanto riguarda i fondi provinciali, se taluno '*constituere velit*' un *usus fructus*, uno *ius eundi agendi*, uno *ius aquae ducendae* o uno *ius altius non tollendi* ovvero *ne luminibus officiat*, potrà ottenere tale risultato – '*id efficere potest*' – attraverso il metodo delle *pactiones* e *stipulationes*, guardando cioè, piuttosto che alla struttura giuridica del negozio, ai suoi effetti pratici (si veda in particolare PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni 'propter rem'*, cit. [nt. 82], p. 19 ss.); e sembrano qui condivisibili le osservazioni di Giuseppe Grosso – *op. ult. cit.*, p. 193 s. – che difende il passo contro le critiche di Siro Solazzi (*Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 111 ss.), il quale lo ritiene mutilo e vorrebbe integrare '*id efficere potest*' con qualcosa come '*ut is stipulatorem ...*', seguito dalla descrizione degli effetti obbligatori: si veda tra l'altro l'analoga costruzione – '*... si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest*' – che compare anche in D. 7.1.3.pr., sempre di Gaio (2 *aur.*): cfr. PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 21 nt. 15. Forse il problema che ha tanto tormentato la dottrina moderna in ordine alla configurabilità delle «servitù pretorie» (l'espressione '*iure praetorio*' in contrapposizione a '*iure civili*') risulta comparire in relazione alle servitù solo in D. 7.4.1.pr. e in D. 43.18.1.9, entrambi di Ulpiano: cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 246 s.) risulterebbe di alquanto più agevole soluzione se, invece di domandarsi come si potessero costituire '*pactionibus et stipulationibus*' delle servitù, si partisse in maniera più concreta, nonché da un punto di vista storico verosimilmente più esatta (cfr. tra l'altro PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 21

5. In effetti, per quanto riguarda l'aspetto processuale del problema, è d'altra parte noto come la prestazione di cauzioni volte a garantire il normale esercizio della servitù fosse affatto usuale altresì nell'ambito della tutela interdittale del corretto uso dello *ius in re aliena*.

Se infatti il ricorso alla procedura decretale – mirante in linea di massima a proteggere l'uso della servitù in quanto tale, ossia in maniera indipendente dal suo essere effettivamente costituita – è concesso a chi nei rapporti di passaggio e di acquedotto possa dimostrare di avere effettuato nell'anno precedente anche semplicemente un solo atto di esercizio purché attuato '*nec vi nec clam nec precario*'¹²³, più in generale il sistema interdittale si mostra specie in materia di servitù alquanto dut-

s.), dalla questione del motivo per cui i diritti di analogo contenuto, costituiti in via contrattuale e tutelati dallo *ius honorarium*, furono in tempi relativamente brevi considerati alla stregua di «servitù», ossia vennero ricompresi in una categoria che in origine considerava soltanto gli '*iura praediorum*' propri dello *ius civile* (ricomprensione cui, forse, non dovette risultare estranea la risolutiva circostanza che gli '*interdicta de servitute*', sorti per tutelare questi ultimi, risultarono perfettamente applicabili, nel loro fondarsi sulla situazione di fatto esistente, anche agli analoghi rapporti che, pur nell'identità di contenuto, non erano a rigore considerabili servitù in senso tradizionale): in effetti, il fenomeno non dovette presentarsi nella antica Roma come problema di «configurabilità», come avverrebbe in una prospettiva moderna, ove, specie nell'ambito di un contesto di tipicità quale quello dei diritti reali sulla cosa altrui, la soluzione autoritativa e nel caso codicistica precede la possibilità del ricorso dei privati ad un determinato strumento negoziale, bensì come un problema di «sussumibilità», poiché i privati – e verosimilmente i giuristi cui essi si rivolsero volendo costituire un diritto analogo alle servitù laddove, specie in relazione al territorio provinciale, non era possibile ricorrere alla *mancipatio* e alla *in iure cessio* – iniziarono a raggiungere tale risultato attraverso il ricorso alla *stipulatio* di esercizio (cui verosimilmente come si è visto già si ricorreva, per rendere più sicuro l'*usus servitutis*, anche nelle servitù costituite *iure civili*), in quanto anche da sola essa risultava sistema idoneo a garantire il rispetto delle disposizioni contenute nella *pactio*, mentre d'altra parte l'esercizio del diritto così posto in essere risultava tutelabile altresì in via interdittale in quanto concretizzante un *usus* dell'*iter* o dell'*aquaeductus* attuato *nec vi nec clam nec precario*: una volta che il fenomeno risultò relativamente diffuso ed in qualche modo stabilizzato, sorse il problema della natura di simili diritti e della possibilità di ricomprenderli almeno entro certi limiti nella categoria degli '*iura praediorum*', estendendo ad essi, in linea di massima, le regole vigenti nell'ambito dello *ius civile*, come del resto dovette in parallelo avvenire anche per l'*usufrutto*, costituito sui fondi provinciali per mezzo degli stessi atti costitutivi cui si ricorreva per le servitù (cfr. in generale GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 363 ss.): in particolare, le fonti (D. 7.4.1.pr. [Ulp. 17 *ad Sab.*] e *Vat. fr.* 61, su cui si veda di recente CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 455 ss.) attestano come si fosse presentato il problema dell'estinzione per *capitis deminutio* dell'*usufrutto* costituito «*tuitione praetoris*», e come esso fosse risolto parificando a tali effetti il diritto così posto in essere a quello sorto *iure civili*: cfr. in particolare SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 122 s., e GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 363 ss. e 365 ss., nonché, per i rapporti di tale questione con l'opera di Sabino, ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit. [nt. 21], p. 212.

¹²³ Cfr. D. 43.20.1.4 (Ulp. 70 *ad ed.*): '*quod autem scriptum est in interdicto: 'uti hoc anno aquam duxisti' hoc est: non cottidie, sed hoc anno vel una die vel nocte*' (si veda ZUCCOTTI, *La tutela interdittale*, cit. [nt. 3], p. 309 ss.): tale regola, in particolare, trova il suo necessario corollario, per quanto riguarda i *modi servitutis*, nell'irrilevanza ai fini della clausola '*uti hoc anno aquam ... duxisti*' (o '*quo itinere actuque ... hoc anno ... usus es*') di singoli episodi di esercizio irregolari che si aggiungano ad un episodio di *usus servitutis* conforme alle modalità di esercizio previste (D. 43.20.1.20 [Ulp. 70 *ad ed.* + Arist.]: '*Idem ait eum, qui hoc anno aquam duxerit nec vi nec clam nec precario et eodem anno vitiose usus est, recte tamen hoc interdicto usurum: quod referri ad id tempus, quod sine vitio fuerit: esse enim verum hoc anno non vi non clam non precario usum*'): la sufficienza ai fini interdittali di un singolo atto di esercizio *sine vitio* e l'irrilevanza di ulteriori episodi irregolari di *usus servitutis* importano quindi, in relazione ai modi di utilizzazione della servitù, che, al di fuori di casi estremi in cui nell'intero anno precedente la fruizione del diritto sia sempre e soltanto avvenuta in violazione di questi (si veda ad esempio D. 8.6.10.1 [Paul. 15 *ad Plaut.*]: '*Si is, qui nocturnam aquam habet, interdictum per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutum, qua usus non est. idem est in eo, qui certis horis aquae ductum habens aliis usus fuerit nec ulla parte earum horarum*'), non mancherà nella normalità delle ipotesi almeno un atto di esercizio regolare idoneo ad integrare la condizione formulare '*uti hoc anno aquam ... duxisti*' (ovvero '*quo itinere actuque ... hoc anno ... usus es*'), e quindi a legittimare il titolare al ricorso alla tutela interdittale; questa regola, nella maggior parte dei casi, ha così l'effetto di sanare a posteriori, per così dire, le precedenti violazioni dei *modi servitutis*, in modo tale che il *dominus* del fondo servente possa reagire ad esse con la *prohibitio* soltanto immediatamente, senza potersene poi lamentare in un momento successivo al fine di sostenere in generale, sulla base di più o meno isolati abusi nell'*usus servitutis*, la mancanza globale nell'anno precedente di un esercizio *sine vitio*, così da privare solo per tal motivo il titolare del diritto della possibilità di ricorrere alla tutela interdittale: cosa che infatti sarebbe risultata invece possibile se non vi fossero state le regole richiamate dai §§ 4 e 20 di D. 43.20.1 (cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 425 ss. e 438 ss., e *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 170 e *passim*). Tale impostazione, recata da D. 43.20.1.4 in ordine alle servitù idriche, secondo la comune dottrina vale dunque anche per gli *iura itinerum*, nonostante compaia nei *Digesta* un dubbio frammento secondo cui, per esperire l'interdetto *de itinere actuque privato*, sarebbero necessari trenta atti di esercizio, ed anzi, più esat-

tamente, un non meglio specificato *'modicum tempus'* concretantesi poi in un periodo di trenta giorni. La menzione di tale strana misura temporale, in effetti, è contenuta in un passo di cui peraltro la critica romanistica ha pressoché sempre sostenuto l'interpolazione: D. 43.19.1.2, in cui all'inizio Ulpiano (70 *ad ed.*) illustra il carattere fattuale dell'interdetto e quindi la sua concessione in base al concreto esercizio del passaggio avvenuto *'hoc anno'* (*'hoc interdicto praetor non inquiri, utrum habuit iure servitutem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit'*), aggiungendo poi, a ribadire tali principi, che la tutela riguarda indifferentemente chiunque vanti un simile esercizio, sia esso conforme o meno alla situazione di diritto (*'sive igitur habuit ius viae sive non habuit'*), e che quindi l'unica condizione per ottenerla sarebbe appunto un esercizio calcolabile in un *'modicum tempus'* di trenta giorni: *'in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus'*; mentre nel finale si riprende ancora il discorso iniziale relativo alla non necessità di un uso attuale (*'neque ad praesens tempus refertur usus, quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit ita'*). La frase in questione – al di là dei non trascurabili indizi interpolatorii che compaiono nelle altre parti del passo, a cominciare dalla dubbia formulazione *'ius viae'* in luogo del consueto *'ius eundi agendi'* – è stata perlopiù ritenuta interpolata (cfr. *infra*, nt. 249: si vedano in particolare SOLAZZI, *La tutela*, cit. [nt. 9], p. 54 ss. e, per la dottrina più antica, nt. 10 ss. – cfr. altresì *supra*, nt. 62 –, nonché GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 306 e nt. 6), e l'intervento sia postclassico che giustiniano è agevolmente riscontrabile nella doppia precisazione costituita prima dal riferimento al *'modicum tempus'* – verosimilmente da collegare ai poteri discrezionali del magistrato nella procedura postclassica: cfr. *infra*, nt. 402 – e poi dalla sua quantificazione, che risulta successiva, in trenta giorni, che nel loro insieme parrebbero un tipico esempio di quell'«empirismo della decadenza» approfondito da Emilio Albertario (cfr. *infra*, nt. 248): ma soprattutto, le affermazioni in esame appaiono contraddette dal § 12 dello stesso D. 43.19.1 (Ulp. 70 *ad ed.*: *'si quis supra dicto tempore anni non vi non clam non precario itinere usus sit, verum postea non sit <ita>* – ovvero <recte> – *usus, sed clam precariove, videndum est, an ei noceat. et magis est, ut nihil ei noceat, quod attinet ad interdictum'*), passo cui è fatto immediatamente seguire un escerto di Paolo (66 *ad ed.*) che spiega, motivandola, la decisione ulpiana (D. 43.19.2: *'nec enim corrumpi aut mutari, quod recte transactum est, superveniente delicto potest'*), in un generale contesto ove, al di là del riferimento al *'supra dictum tempus'*, che nel § 12 costituisce il consequenziale sviluppo delle interpolazioni operate nel § 2, i principii richiamati da Ulpiano e Paolo non appaiono rappresentare altro che l'applicazione di una regola compiutamente trattata da Ulpiano nel ricordato D. 43.20.1.20, dove appunto, richiamandosi ad Aristone, si dice che la sussistenza di atti di esercizio *sine vitio* della servitù consente l'esperimento vittorioso dell'interdetto anche in presenza di episodi di *usus servitutis* irregolari (cfr. altresì D. 43.19.6, Paul. 66 *ad ed.*: *'non nocet ei, qui sine vitio usus est, quod eodem anno vitiose usus est'*); su tale tipo di interpolazioni – si veda anche *infra*, nt. 250 – cfr. altresì PETERLONGO, *Il possesso di stato*, cit. [nt. 55], p. 211 ss., che richiama, a proposito del non del tutto dissimile problema della *'possessio libertatis'* e della trasformazione in usucapione della presunzione confortata dal molto tempo trascorso, cui fanno riferimento vari testi rivisitati in età postclassica e giustiniana, C.Th. 4.8.9, del 393, dove al riferimento al *'diuturnus tempus'* (cfr. J. GODEFROY, *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis*, Leipzig, 1736-1743, rist. Hildesheim - New York, 1975, I, p. 409 s., *comm. a.h.l.* [= C.Th. 4.8.5]) viene giustapposta la specificazione *'hoc est per viginti annorum spatia'* (*'si cui super statu suo quaestio moveatur, qui diuturno tempore, hoc est per viginti annorum spatia, in libertatis possessione duravit ...'*), ricordando come tale processo di determinazione quantitativa di termini prima generici sia attestato in maniera positiva in particolare dallo scolio di Taleo *ad Bas.* 48.24.1 (corrispondente a C.I. 7.22.1, *sub titulo per makroà crōnou paragrafāv, ζτιν ὀπὲρ ἡ ἐυquer.av φντιτ. qetai, ka' per' pekoul .ou toā ἡ ἐυquer.av φxiwqšntov*: «de longi temporis praescriptione, quae pro libertate opponitur, et de peculio eius, qui libertatem meruit» [G.E. HEIMBACH, C.G.E. HEIMBACH, «Basilicorum Libri LX», IV, Leipzig, 1846, p. 798]), dove, all'affermazione del commento (τὸ κατὰ πόδα) per cui, nella costituzione di Diocleziano e Massimiano (a. 293), τὸ π.στεῖ κατὰ διατρ. yanti ἡ ἐυqšriα ἡ π' πολὺ submEI l esqai 1 toā crōnou paragrafā oū dūnatai («mala fide morato in libertatem diu prodesset non potest temporis praescriptio»), riguardo alle parole ἡ π' πολὺ si richiama Taleo per chiosare: shme.wσαι, ὅτι τὸ διῦ shma.nei τὸν crōnon τὸν πλε.ona τῆς κλ. ἡ νιαυτῆς («nota, verbum diu significare tempus longius viginti annis»). E poiché, tornando ai trenta giorni di D. 43.19.1.2, come si è accennato (si veda diffusamente ZUCCOTTI, *La tutela*, cit., p. 320 s. e nt. 52 e p. 438 ss.) tale impostazione risulta necessario corollario della regola dell'esercizio minimo effettuato *'una die vel nocte'* (D. 43.20.1.4), non appare difficile ritenere conclusivamente – anche in quanto non risultano sussistere sotto tale aspetto sostanziali differenze nella *ratio* della tutela offerta dai due interdetti – che altresì nell'*interdictum de itinere actuque privato* fosse classicamente sufficiente tale esercizio minimo (non risultando in effetti configurabile, in luogo del risolutivo riferimento a un singolo atto di esercizio regolare, di per sé sufficiente a legittimare alla tutela interdittale, un diffuso e pressoché impossibile esame comparativo di tutti gli atti di esercizio, *recti* o *vitiosi*, avvenuti nell'anno precedente): e che quindi anche nella genuina trattazione ulpiana ripresa da D. 43.19.1.2 vi dovesse in origine essere – ammesso che non si sottacesse del tutto tale punto dandolo per scontato – una frase del tipo *'... si modo usus est vel una die vel nocte ...'*, sostituita poi con il periodo *'si modo anno usus est vel modico tempore'* e completata successivamente con la specificazione *'id est non minus quam triginta diebus'*. A tali indizi interpolatorii si aggiunge poi il fatto che di norma, nella disciplina delle servitù, così come ad evitare la prescrizione del diritto per *non usus* era sufficiente un solo atto di esercizio, allo stesso modo a legittimare alla tutela interdittale bastava parimenti un solo episodio di *usus servitutis* (cfr. ZUCCOTTI, *La tutela*, cit., p. 319 ss.). Particolarmente illuminante in ordine all'interpolazione di D. 43.19.1.2 è altresì un passo di Paolo (66 *ad ed.*), D. 43.19.6, ove si afferma *'sicut non nocet ei, qui sine vitio usus est, quod eodem anno vitiose usus est, ita emptori heredique non noce-*

tile e tale da poter agevolmente tenere conto dei vari aspetti del rapporto così come divisi dalle parti nell'atto costitutivo ovvero da esse di fatto stabiliti attraverso il loro successivo comportamento, estrinsecantesi nell'usare della servitù secondo determinate modalità e, per converso, nell'accettare senza proteste tale esercizio.

Un decisivo esempio in quest'ultimo senso risulta offerto, nonostante alcuni dubbi avanzati per tal verso dalla dogmatica moderna¹²⁴, dal problema del *modus servitutis* rappresentato del cosiddetto

bit, quod ipsi vitiose usi sunt, si testator venditorve recte usi sunt, contrapponendo anche qui, dunque, l'*usus* avvenuto '*vitiose*' all'*usus* invece '*sine vitio*' nell'arco di uno stesso anno: e, come notava Siro Solazzi (*La tutela*, cit., p. 55 s.), non è certo da credere che, se fossero stati necessari trenta giorni o comunque un '*modicum tempus*' per avere un *usus servitutis* utile ai fini interdittali, Paolo avrebbe potuto scrivere semplicemente '*sine vitio usus est*' – con una locuzione analoga a quelle che si rinvengono a proposito della *servitus aquae ducendae*, dove è appunto sufficiente un singolo atto di esercizio – e non piuttosto '*qui sine vitio triginta diebus usus est*' o qualcosa di simile. D'altra parte è da ricordare che anche in D. 8.5.2.3 Pomponio, citato da Ulpiano (17 *ad ed.*), afferma che l'usufruttuario '*interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est*', senza alludere né implicare menomamente alcun '*modicum tempus*' ovvero periodi di trenta giorni. Contro il recente tentativo di Luigi Capogrossi Colognesi (*Uti hoc anno aquam duxisti, hoc est alternis diebus*, in *Proprietà e diritti reali*, cit. [nt. 57], p. 138 ss.) di difendere la classicità dell'attuale dettato di D. 43.19.1.2, si veda ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali*, cit. [nt. 60], p. 496 ss. (cfr. altresì S. CORRÊA FATTORI, *La legittimazione attiva all'interdetto de itinere actuque privato*, in «Panorami», IX.1, 1997, p. 74 s. e nt. 3).

¹²⁴ In effetti, secondo taluni studiosi il *locus servitutis* non sarebbe propriamente da considerare sempre un *modus* volto a regolare l'esercizio del diritto, ossia un limite che si aggiunge ('*adocere*': D. 8.1.4.1, Pap. 7 *quaest.*) a circoscrivere il modello legale e tipico della servitù, bensì, in vari casi, rappresenterebbe una delimitazione della servitù in sé considerata ad una parte del fondo servente, cosicché lo *ius in re aliena* verrebbe costituito *ad certam partem fundi*, mentre ogni altra parte del terreno ne risulterebbe libera (cfr. D. 8.1.6 [Paul. 21 *ad ed.*]: '*Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest*): si avrebbe un *modus*, invece, soltanto nel caso in cui, gravando la servitù su tutto il fondo, le parti convengano che l'esercizio di essa si svolga secondo un determinato percorso, in modo tale che tutto il fondo continui ad esserne oggetto, ma l'esercizio si attui esclusivamente su di una parte di esso (si veda in particolare B. BIONDI, *Il modus servitutis nel diritto romano e moderno* (1943), in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, p. 191 s., e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 299 ss.: cfr. BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 41 s.). Tuttavia una simile distinzione, che pur può apparire formalmente ineccepibile da un moderno punto di vista dogmatico (cfr. ad esempio GROSSO, DEIANA, *Le servitù*, cit. [nt. 18], II, p. 919 ss. e in particolare p. 925), sembra tuttavia forzare non poco il dettato delle fonti romane in materia (si vedano i dubbi di GROSSO, *Miscellanea critica*, cit. [nt. 42], p. 584 s.), che tendono invece a porre senza problemi il *locus servitutis* sempre e comunque sullo stesso piano degli altri *modi* della servitù (cfr. GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 127 ss.): e d'altra parte, tale prospettiva ermeneutica appare soprattutto irrigidire nel suo risultato finale una elaborazione giurisprudenziale che viceversa si è svolta, come è del resto ovvio, secondo un non breve sviluppo storico, seguendo direttrici in cui la determinazione della *pars fundi* gravata dalla servitù e la limitazione del suo esercizio a un percorso stabilito risultano soluzioni che convergono tra loro e che (connesse in primo luogo alle diverse modalità di costituzione del diritto) si intersecano e condizionano a vicenda, in un lento processo di elaborazione – per vari versi travalicante la stessa storia del diritto romano – dove criteri sostanziali e regole processuali concorrono nel determinare progressivamente i principii in base ai quali si arriverà alla fine a regolare il *locus servitutis*, che nell'ordinamento romano risulterà così determinato non secondo norme univoche e di eguale livello, ma in base al combinarsi di vari criteri di diversa origine e di non sempre facile coordinamento gerarchico: per tal verso, se la *in iure cessio*, ossia il più diffuso modo di costituzione delle servitù non risultava nella sua stessa struttura processuale idonea, in relazione alla formula della *vindicatio* che ne era alla base, a contenere la menzione di *modi servitutis* (cfr. *supra*, § 4 e nt. 114), cosicché il *locus*, se non già diviso nella *pactio* e *stipulatio* che potevano accompagnarla, verrà a partire da una certa epoca definitivamente allogato su di una striscia di terreno soltanto con il primo atto di esercizio (D. 8.1.9 [Cels. 1 dig.]: '*qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet*'), per altro verso anche la soluzione di incardinare il *locus servitutis* non risulta essere stata una soluzione originaria (sulla norma duodecimtabulare in tale materia, di segno opposto, cfr. la nota seguente); rispetto a tale situazione iniziale, verosimilmente per salvaguardare la possibilità di convertire un terreno adibito a pascolo – cui tale sistema doveva essenzialmente riferirsi – in un terreno agricolo, la giurisprudenza dovette in via interpretativa considerare esercizio non *rectus* della servitù l'avvalersene mutandone ingiustificatamente il percorso, specie in relazione al principio secondo cui, con locuzione moderna, la servitù va esercitata con il massimo vantaggio del fondo dominante ed il sacrificio minimo di quello servente (cfr. *infra*, nt. 127), fissando una volta per tutte in sede interdittale il *locus servitutis*: in tale più articolato contesto, la differenza tra la servitù costituita ovvero esercitata su una *pars fundi*, nonché quella tra tali due fattispecie ed il caso in cui, non essendo determinato il *locus*, *totus ager servit*, non vengono trattati in maniera sensibilmente diversificata dalle fonti, e pur rilevando in certe ipotesi marginali, come ad esempio l'eventualità piuttosto estrema di una divisione del fondo servente, risultano venire trattate specie da un punto di vista processuale in maniera sostanzialmente indifferenziata, né l'impostazione dei *prudentes*, che parifica senza problema il *locus* agli altri *modi servitutis* senza per nulla distinguere tra servitù costituita su di una porzione del fondo e servitù semplicemente allogata nel suo esercizio su di una determinata direttrice (cfr. in particolare

detto *locus*, ossia del sentiero o direttrice secondo cui la servitù deve essere esercitata: infatti, la servitù può essere costituita in relazione a un *locus* ovvero senza alcuna previsione di un simile limite di esercizio (come doveva verosimilmente avvenire nei fondi adibiti a pascolo)¹²⁵, ma anche in que-

D. 43.20.1.15, Ulp. 70 *ad ed.*), sembra autorizzare ad applicare in maniera decisiva tale criterio discrezionale della dogmatica moderna allo studio del diritto romano (si veda, specie in relazione al ricordato D. 8.1.9 di Celso e a D. 8.3.13.1 [Iav. 10 *ex Cass.*], ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], specie p. 199 ss. e 217 ss.). Su tale problema si veda da ultima CURSI, *Modus servitutis*, cit. [nt. 75], p. 80 ss., che, affrontando tali problemi su di un piano esclusivamente sostanziale e dogmatico, non sembra comprendere sino in fondo le sfumature storiche e le sottigliezze processuali necessarie alla analisi delle fonti in materia (cfr. F. ZUCCOTTI, *Ancora sui «modi servitutis» [Vivagni IV]*, in «RDR.» IV, 2004, p. 15 ss. [estr.]).

¹²⁵) In effetti, il dettato dell'unica norma decemvirale in materia appare implicare come ipotesi normale l'estensione della servitù su tutto il fondo, a meno che si fosse provveduto una pavimentazione che segnasse il sentiero: cfr. *Tab. VII,7 ('vias muniunto ... o ni sam dilapidassunt ... qua volet iumento ageto')*, recata da Fest., *verb. sign.*, sv. '*viae*' [Lindsay², p. 461]), nonché Cic., *pro Caec.* 19.54: ... *si via sit immunita, iubet (scil. lex) qua velit agere iumentum ...*, su cui si vedano in particolare FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit. [nt. 64], p. 28 ss., A. CORBINO, *Ricerche*, cit. [nt. 64], p. 156 ss., e (sempre nel quadro della tesi che vorrebbe escludere la riferibilità della norma alle servitù private) *Le «viae» nella legislazione decemvirale*, in «Labeo», XXIX, 1983, p. 320 ss., CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 1 ss., 17 ss., 52 ss., 64 ss., 81 ss., 100 ss. e 132 ss. (cfr. in particolare p. 127 e nt. 27), A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e grammatice dell'età del principato*, in «ANRW.», II.15, Berlin - New York, 1982, p. 859 ss., ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 183 ss., e CURSI, *Modus servitutis*, cit. [nt. 75], p. 53 ss. Tra le varie teorie che tentano una esaustiva spiegazione storico-sistemica di *Tab. VII,7* nel quadro dei rapporti di servitù arcaica (si veda altresì L. ARU, *Nota minima sulla origine storica della servitù viae*, in «SUC.», XXIV, 1936, p. 405 ss., che vi vuole scorgere l'obbligo del proprietario del fondo di fortificare con un muro la strada: interpretazione che in ogni caso non si accorda con il significato di '*munire*': cfr. FRANCIOSI, *op. ult. cit.*, p. 30 ss.), risulta in particolare interessante l'ipotesi avanzata da GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 21 ss., che ritrova nell'onere di pavimentare il tratto di strada situato nel proprio fondo la testimonianza di una situazione alquanto risalente se non tendenzialmente originaria, in cui la strada (similmente a quanto avviene nella categoria di *viae* in seguito dette '*vicinales*': cfr. CORBINO, *Le «viae» nella legislazione decemvirale*, cit., p. 323 s., e PALMA, *Iura vicinitatis*, cit. [nt. 74], p. 121 ss. e in particolare p. 126 s. e nt. 20) attraversava una pluralità di fondi privati, i cui proprietari potevano tutti usufruirne in comune: ipotesi che, nel testo tramandato da Festo, troverebbe una conferma nel verbo usato al plurale ('*muniunto*': cfr. tuttavia il plurale altresì del complemento oggetto - '*vias*' -, che rende alquanto meno conclusivo tale argomento: GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 22, riferisce invece la norma come '*viam muniunto*', ossia secondo una lettura non attestata dagli editori), e che parrebbe individuare una situazione archetipica idonea a costituire il punto di partenza per la costruzione della servitù di *via* come diritto di passaggio sul fondo altrui (cfr. CAPOGROSSI, *La struttura*, cit., II, p. 249 ss.) ed in sintonia con le tesi che ritrovano l'originaria concezione delle servitù nella comproprietà della striscia di terra su cui insiste (cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 211 nt. 230). D'altra parte, la circostanza che la norma decemvirale relativa alle servitù presenti come ipotesi normale, a meno di pavimentazione del sentiero, l'insistere della servitù su tutto il fondo (tanto che ancora in epoca classica, se il *locus* non è determinato dall'atto costitutivo o fissato su richiesta di parte dall'organo giudiziario, tale regola generale rimane sempre in vigore e '*totus fundus servit*'), non sembra fattore sufficiente considerato nelle implicazioni che potrebbe avere in ordine alla nota teoria, risalente a VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung*, cit. [nt. 8], p. 159 ss. e in particolare p. 176 ss. - ma in realtà per vari versi precedente a tale autore -, secondo cui le servitù sarebbero state in origine concepite come una sorta di proprietà della striscia di terreno destinata al loro esercizio (cfr. in breve GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, cit. [nt. 64], p. 243 ss., CAPOGROSSI, *La struttura*, cit., I, p. 1 ss., e II, p. 117 ss. e 271 ss., e CORBINO, *Ricerche*, cit., p. 5 ss.): teoria che in effetti non sembra accordarsi con l'unica testimonianza circa la struttura delle servitù arcaiche a nostra disposizione, viceversa volta ad asservire in generale tutto il fondo su cui grava il diritto (cfr., in particolare FRANCIOSI, *op. ult. cit.*, p. 35, nonché ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 209 nt. 224: non è d'altra parte qui possibile entrare nei complessi problemi relativi al momento in cui le servitù prediali si diffusero a Roma - cfr. sinteticamente A. CORBINO, *Osservazioni in tema di res mancipi e di stabilizzazione del regime della mancipatio*, in «Scritti G. Auletta», II, Milano, 1988, p. 539 ss. e 548 ss. -, anche se in ogni caso non sembrano soverchiamente convincenti le illazioni della dottrina volte a postulare una datazione relativamente recente di tale figura nonché, in generale, dei problemi ricostruttivi connessi). In ordine a tale teoria - che presuppone un contadino disposto a vedere «tagliato in due» il proprio fondo da una striscia di terreno in tutto o in parte di un terzo, ed in generale, come già osservava J.C. HASSE, *Von der Bestellung der Servituten durch simple Verträge und Stipulationen*, in «Rheinisches Museum für Jurisprudenz», I, 1827 p. 64 ss. e in particolare p. 68 ss., produrrebbe un assurdo frastagliamento delle proprietà minando l'integrità giuridica ed economica dei fondi - si vedano del resto le sensate critiche già avanzate nell'ultimo decennio dell'Ottocento da Carlo Arnò (*Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, cit. [nt. 66], p. 20 ss.), che rifacendosi alle ipotesi ricostruttive di Vittorio Scialoja - tra l'altro aperte altresì a prospettive comparatistiche: cfr. *infra*, nt. 476 - tendeva piuttosto a riferirsi ad una imitazione da parte dei privati delle limitazioni pubblicistiche della proprietà privata (V. SCIALOJA, in «Sunto dei verbali delle riunioni dell'Istituto» [riunione del 12 aprile 1890], in «BIDR.», III, 1890, p. 177 s., e *In difesa di termini giuridici fuori d'uso* [1930], in *Studi giuridici*, IV, Roma, 1933, p. 242): contro le tesi di Moritz Voigt, si vedano tra l'altro,

st'ultima ipotesi il titolare del fondo servente – specie in vista di una successiva conversione del fondo alla coltivazione – poteva in ogni caso chiedere attraverso la procedura interdittale la fissazione del *locus* da parte del giudice, così come per converso, pur in assenza di una disposizione dell'atto costitutivo in tal senso, egli poteva pretendere attraverso tale forma di tutela che il vicino si attenesse alla direttrice secondo cui da tempo ormai esercitava costantemente la servitù, senza che questi potesse più mutarla unilateralmente: e sembra anzi di poter ritenere che il *locus* così diviso attraverso il costante esercizio potesse nel caso altresì prevalere su una diversa previsione dello stesso atto costitutivo, dato che, se le parti da tempo avevano dimenticata tale previsione, attenendosi invece per lungo tempo a una diversa direttrice, era da ritenere che su quest'ultima si fosse formato un nuovo accordo tra esse che andava in quanto tale rispettato e nel caso riconosciuto dalla procedura decretale¹²⁶ (ed è tra l'altro da simili metodi di contemperamento degli opposti interessi svolti dall'arbitro in sede interdittale che risultano col tempo enuclearsi quei criteri di corretto uso della servitù improntati al principio secondo cui la servitù va esercitata con il massimo vantaggio del fondo dominante e il minor sacrificio di quello servente, a torto ritenuti non classici da una critica moderna che tendeva a considerarli su di un piano soltanto sostanziale anziché in una prospettiva altresì, se non innanzitutto, processuale)¹²⁷.

In effetti, il gioco della cosiddetta *clausula vitii* ('*nec vi nec clam nec precario*') e il riferimento al pregresso uso della servitù implicato dalla precisazione '*hoc anno*' permettevano al giudice di valutare innanzitutto il carattere non *vitiosus* dell'atto dell'ultimo atto di esercizio, oggetto della *prohibitio* che aveva originato il ricorso all'interdetto, in riferimento al normale e non contestato uso della servitù nel periodo immediatamente antecedente, per verificarne la corrispondenza ad esso, mentre soltanto in seconda istanza potevano essere considerati altri fattori, quali in primo luogo le disposizioni dell'atto costitutivo, accertando in concreto se essi dovevano prevalere sulle modalità di uso seguite '*hoc anno*' (da considerare quindi, in quanto contrastanti con tali clausole, non *rectae* in relazione alla *clausula vitii*), o se invece simili modalità attuali dell'*usus servitutis* potevano essere considerate il risultato di un nuovo anche se tacito accordo tra le parti, e quindi tali da rappresentare un esercizio *rectus* e da prevalere anche sulle stesse disposizioni dell'atto costitutivo¹²⁸: mentre d'altra parte, per quanto riguarda la servitù costituita senza previsione di *locus*, la possibilità di attraversare il fondo servente per qualsivoglia direttrice, per quanto conforme al silenzio dell'atto costitutivo su tale punto dovette essere col tempo considerato dalla giurisprudenza comportamento non corretto e non conforme ai criteri che dovevano soprassedere all'esercizio del diritto¹²⁹, cosicché il giudice poteva in ogni caso, pur nella conformità dell'uso attuale a quello pregresso, alligare una volta per tutte il *locus* secondo cui la servitù sarebbe stata da esercitare in futuro¹³⁰.

Lo strumento con cui in concreto la decisione interdittale poteva giungere a rendere definitivi simili risultati era appunto il metodo delle *cautiones*, imposte alla parte soccombente – e secondo taluno nel caso anche alla parte vincitrice¹³¹ – per assicurare il rispetto del corretto esercizio della ser-

anche al di là delle note critiche di Alfred Pernice, BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, cit. [nt. 70], p. 376 ss., e BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 60 ss. (in ogni caso tale tesi, considerata pressoché assurda – cfr. BONFANTE, *op. ult. cit.*, p. 60 – dopo le aspre critiche di Alfred Pernice in tempi in cui era dominante la prospettiva di Vittorio Scialoja – si vedano le varie posizioni più antiche in FADDA, *Le servitù*, cit. [nt. 75], p. 15 ss. e soprattutto p. 20 ss. e 26 ss., che la riformulò parlando di una «comproprietà» della striscia di terreno –, risulta oggi ormai pressoché unanimemente accettata dalla romanistica più recente: cfr. in particolare FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit. [nt. 67], p. 4 ss. e CAPOGROSSI, *La struttura*, cit., I, p. 1 ss.).

¹²⁶) Cfr. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 199 ss., e *Sulla tutela interdittale*, cit. [nt. 60], p. 488.

¹²⁷) Cfr., in relazione all'art. 1065 del vigente codice civile italiano, ZUCCOTTI, *Il locus*, cit., p. 171 ss., e *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nelle discipline classica della refectio*, cit. [nt. 18], p. 654 ss.

¹²⁸) Cfr. ZUCCOTTI, *Il locus*, cit., specie p. 206 s.

¹²⁹) Sulla locuzione '*civiliter modo*', recata da D. 8.1.9 (Cels. 5 *dig.*), cfr. ZUCCOTTI, *Il locus*, cit. p. 172 ss. e nt. 80 ss. e p. 220 s., e la bibliografia ivi indicata.

¹³⁰) Cfr. ancora ZUCCOTTI, *Il locus*, cit., p. 186 ss.

¹³¹) Secondo K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer*, Leipzig, 1853, p. 278 s. e nt. 6, simili *cautiones* sarebbero state imponibili anche alla parte vittoriosa: tesi rifiutata dalla dottrina si può dire dominante (cfr. in parti-

vitù quale diviso dall'arbitro: stipulazioni di cui è esempio paradigmatico la *cautio de amplius non turbando*¹³², e che come è noto si aggiungevano – nella procedura *cum poena* propria degli *interdicta prohibitoria* (e quindi rispetto alla *sponsio 'si adversus edictum praetoris vim facta sit'*) – alla decisione cui conduceva il *iudicium secutorium* o *Cascellianum* ('*si actor sponsione vicerit'*)¹³³ appunto per concretizzare la sentenza interdittale in provvedimenti volti a disciplinare l'uso futuro della servitù¹³⁴.

Se per tal verso il sistema interdittale relativo alle servitù – lungi dal tutelare semplicemente, come avviene in linea di massima nella protezione decretale del possesso, il carattere regolare ovvero *vitiosus* del sorgere di uno stato di fatto, preparando in tal modo l'*actio* grazie alla determinazione dei ruoli di attore e convenuto – prende altresì in considerazione nella sua dimensione diacronica il complessivo esplicarsi dell'esercizio del diritto, fornendo un veloce e duttile strumento per disciplinare l'*usus servitutis* e risolvere le controversie che ne possono sorgere¹³⁵, ecco che in tale peculiare forma di disciplina quotidiana del rapporto di servitù emerge altresì il collegamento funzionale tra le *stipulationes* che, unitamente alla *pactio*, risultano idonee a costituire «*iure praetorio*» tale *ius in re aliena* ed anche a regolare secondo i *modi* divisi dalle parti il suo esercizio, e la *cautio* che, imposta nel caso dalla decisione interdittale, si impernia del pari sulla necessità di regolare l'*usus servitutis* futuro in base alle modalità stabilite dal giudice: gli strumenti stragiudiziali che danno luogo all'*actio ex stipulatu*, per tal verso, sono alternativi e nel caso si sommano al ricorso alla procedura decretale, mentre le *cautiones* giudiziali, qualora i primi manchino o presentino delle carenze nella disciplina dell'esercizio del rapporto, giungono a sostituirli e ad integrarli con coincidenti fini ed analoghe modalità operative. Per tal verso, si è anzi visto come risulti che l'ipotesi di una servitù (o di un usufrutto) tutelabile esclusivamente attraverso l'interdetto e l'*actio ex stipulatu* sorgente dalla *cautio* fosse intrinseca allo stesso *ius civile*, dato che il pagamento della *litis aestimatio* di una servitù nell'*actio negatoria*, quantomeno nei *iudicia quae imperio continentur*, non poteva condurre all'acquisto *iure civili* della stessa attraverso la prescrizione, stante l'inusucapibilità di tali diritti, cosicché in questa ipotesi il rapporto fondiario sorto attraverso il pagamento della *litis aestimatio* non poteva che essere per sempre tutelato – si potrebbe dire «*iure praetorio*» – appunto mediante l'interdetto e l'*actio in personam*, senza che potesse soccorrere alcuna *actio in rem*¹³⁶.

colare UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 591 ss.), ma che in ogni caso di per sé giungerebbe in ipotesi a completare in maniera assai soddisfacente le esigenze relative ad allogazione del *locus servitutis* (cfr. ZUCCOTTI, *Il locus*, cit., p. 217 nt. 269).

¹³²) Sulla *cautio 'de amplius non turbando'* e le analoghe stipulazioni che potevano venire imposte al soccombente appunto al fine di garantire il vincitore che in futuro la controparte si sarebbe astenuta dal reiterare i comportamenti oggetto della lite interdittale, cfr. UBBELOHDE, *op. cit.*, p. 591 ss., in particolare p. 599 s., E. PFERSCHKE, *Die Interdicte des römischen Civilprocesses. Eine Rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Graz, 1888, p. 108 ss., G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 299, e BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo*, cit. [nt. 41], p. 66 ss. Si veda tra l'altro anche BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie*, cit. [nt. 2], p. 6 ss.

¹³³) Da un punto di vista tecnico-processuale, la decisione interdittale poteva prevedere disposizioni circa le modalità dell'esercizio futuro della servitù (cfr., in relazione agli *intervalla dierum et horarum*, ZUCCOTTI, *La tutela*, cit. [nt. 3], p. 395 nt. 194 e p. 455 nt. 272) in vista dei poteri equitativi dell'organo giudicante legati al meccanismo della procedura *cum poena* (*agere per sponsionem*) che seguiva gli *interdicta prohibitoria*, e che sfociava, com'è noto, nel cosiddetto *iudicium secutorium* o *Cascellianum* (si veda in breve PROVERA, *Lezioni sul processo*, cit. [nt. 6], p. 429 ss.): sotto tale aspetto, infatti, se la formula della *sponsio* (e della corrispondente *restipulatio*) si imperniava sulla struttura '*si adversus edictum praetoris ... vis facta sit*' (cfr. UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 461 ss. e nt. 4), la formula del *iudicium secutorium* a sua volta si concretizzava semplicemente nella condizione '*si actor sponsione vicerit*' (cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 449 ss. e 472, e BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit. [nt. 41], p. 64 e 66 ss.).

¹³⁴) Sul sistema delle *cautiones* nell'ambito delle servitù prediali si veda in particolare *infra*, § 7.

¹³⁵) Sul rifiuto di tale funzione degli *interdicta de servitutibus* da parte di Luigi Capogrossi Colognesi, che tende a scorgere in tali strumenti giudiziari soltanto un mezzo per determinare la sussistenza di un pregresso *usus servitutis* sorto *nec vi nec clam nec precario*, e sui problemi sistematici che ne derivano in ordine al sistema di tutela dell'esercizio della servitù nel suo svolgimento quotidiano, nonché sulle difficoltà create dalla metodologia seguita in questi temi dall'autore, si veda ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale*, cit. [nt. 60], p. 489 ss., 491 ss., 494 ss., 499 ss. e 517 ss.

¹³⁶) Cfr. *supra*, nt. 34, nonché *infra*, § 18 e nt. 441. Sui rapporti tra costituzione della servitù, disposizioni relative all'*usus servitutis*, concreto esercizio del diritto e quindi tra sua tutela in via interdittale ed *actio ex stipulatu* si veda altresì *infra*, in particolare §§ 13 e 18.

6. Già da una prima approssimazione, appare quindi possibile affermare che, nel sistema delle servitù costituite '*pactionibus et stipulationibus*', non sembra affatto da escludere che la tutela offerta dalla *stipulatio poenae* accompagnata dalla protezione interdittale potesse rappresentare di per sé una garanzia sufficiente per il titolare della diritto così posto in essere, anche in assenza di una servitù propriamente costituita *iure civili*, ossia pur in mancanza della possibilità di ricorrere, qui, ad un'*actio in rem*, come invece avviene per il normale rapporto fondiario.

Quest'ultima circostanza, in effetti, può fare molta impressione ad una mentalità dogmatica moderna abituata a sussumere risolutivamente il rapporto di servizio tra due fondi nella aprioristica categoria della «realità» del diritto così costituito, tendendo quindi a separare drasticamente ciò che può rientrare in tale sfera dagli analoghi rapporti che si instaurano semplicemente su di un piano che viene considerato, in una contrapposizione forse un po' troppo manichea, di carattere invece «personale»¹³⁷; tuttavia – se si considera come nella prospettiva romana tale alternativa non fosse certo altrettanto centrale e decisiva, e come d'altra parte una considerazione empiricamente funzionale del problema da parte dei *prudentes* dovesse pur in qualche modo risolvere il concreto problema dell'inapplicabilità ai rapporti tra fondi, in certe ipotesi, degli usuali mezzi di costituzione *iure civili* del diritto di servitù, dando in ogni caso ai privati la possibilità di arrivare in qualche modo agli analoghi risultati che essi si prefiggevano anche quando non si potesse ricorrere a questi ultimi – non sembra poi così difficile ritenere che i giuristi si siano accorti di come, pur in mancanza di una *in iure cessio* o di altro analogo negozio *iure civili*, il rapporto di servizio tra i due fondi sorto attraverso le ulteriori *pactiones* e *stipulationes* già usuali ai normali modi di costituzione potesse comunque realizzare soddisfacentemente il regolamento di interessi diviso dalle parti, e trovare nel suo concreto svolgersi una tutela adeguata attraverso l'*actio in personam* nascente dalla *stipulatio* nonché mediante il ricorso – nel caso, come si vedrà, può darsi anche grazie a taluni limitati adattamenti – alla normale procedura interdittale¹³⁸.

D'altra parte, in una prospettiva concreta, la conclamata valenza «*in rem*» dell'*actio de servitute* appare, da un punto di vista pratico, alquanto smussata nella prospettiva romana, e per vari versi l'impossibilità di ricorrere alla *vindicatio servitutis* ma soltanto all'*actio ex stipulatu*, oltre che ai vari *interdicta* relativi al rapporto, non doveva essere una circostanza tanto problematica quanto potrebbe apparire ad una prima affrettata considerazione astrattamente dogmatica e moderna.

Sotto un primo aspetto, infatti, si può osservare come nei confronti della controparte contrattuale l'*actio ex stipulatu*, oltre che il vantaggio della valutazione preventiva dell'inadempimento attraverso la previsione della *poena*, anche dal punto di vista del carattere della sentenza non presenta in concreto sostanziali differenze rispetto all'azione reale: è vero che essa non accerta, come nella *vindicatio*, l'esistenza in quanto tale della servitù, limitandosi a verificare l'inadempimento dell'obbligazione di non ostacolare l'esercizio del rapporto, ma per altro verso è da sottolineare come anche nell'*actio de servitute* il riconoscimento del diritto si traduce in realtà ad un obbligo di restituzione per il reo giocato sull'alternativa tra pagare la *litis aestimatio* – e quindi nell'estinguere lo *ius in re aliena* testé accertato dal giudice attraverso un mero adempimento pecuniario, nonostante la tanto enfatizzata «realità» della pronuncia – e il prestare in base alla clausola restitutoria ('... *neque ea re arbitrio iudicis restitueretur* ...') una *cautio* del tipo '*de amplius non turbando*' che dunque, quale risultato massimo

¹³⁷) Sulla incommensurabilità delle complesse teorie sul diritto soggettivo, assoluto e relativo, proprie della dogmatica moderna rispetto alla concreta contrapposizione romana tra *actiones in rem* ed *actiones in personam*, è qui sufficiente rinviare per tutti ad A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 157 ss., 626 ss. e 700 ss. e alla bibliografia ivi segnalata, ed in breve a TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 66 ss., 71 s., 386 ss. e 454 ss. (cfr., in relazione alle servitù, BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 12 ss.).

¹³⁸) Cfr. *infra*, § 14. Sulle più duttili impostazioni con cui la dottrina più recente tende ad affrontare in generale tali questioni al di fuori di ogni rigido schematismo dogmatico, ed in particolare sulle linee seguite in ordine alle cosiddette servitù pretorie da Alessandro Corbino (cfr. altresì RANDAZZO, «*Servitus 'iure' imposita*», cit. [nt. 80], specie p. 303 s.) cfr. *supra*, nt. 83 e 85, e soprattutto *infra*, nt. 172, 341 e 437.

del carattere reale dell'azione intentata, non fa altro che mettere l'attore più o meno nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se sin dalla costituzione del rapporto avesse potuto disporre di una stipulazione relativa all'esercizio della servitù¹³⁹.

E' poi da tenere presente come la netta contrapposizione fra azione *in rem* ed azione *in personam* costituisce una differenza che si mostra in tutte le sue implicazioni strutturali e sistematiche soltanto quando, com'è oggi naturale, si arrivi ad una sentenza che sarà appunto incentrata sul carattere reale ovvero relativo del rapporto su cui il giudice si pronuncia; ma tale logico risultato del rapporto contenzioso, scontato nel diritto moderno, non era com'è noto altrettanto normale nel sistema formulare romano, dove alla clausola arbitraria delle azioni *in rem* faceva riscontro nelle azioni *in personam*¹⁴⁰ il principio, di ispirazione sabiniana, secondo cui *'omnia iudicia absolutoria sunt'*¹⁴¹, e dove soprattutto, in pratica, l'adempimento spontaneo del convenuto per evitare la condanna, una volta resosi conto dei risultati istruttori a lui contrari ed informato in sede di *'iudicatio'* del conseguente sfavore del giudice verso la sua posizione, doveva essere in realtà, in base al criterio dell' *'id quod plerumque accidit'*, norma generale piuttosto che eccezione: e questo soprattutto, nonostante i pur autorevoli tentativi di spiegazione del fenomeno che hanno tentato altre vie di ordine storico-dogmatico¹⁴², per un motivo di ordine più sociale che strettamente giuridico, ossia in vista del fatto che, con ogni verosimiglianza – se com'è noto la procedura civile prevedeva una generalizzata presentazione di garanti nelle varie fasi del giudizio¹⁴³ e se d'altra parte ogni persona di una certa importanza nelle convenzioni di vita romane era di fatto tenuto in virtù del suo stesso rango a intervenire anche come garante a favore di parenti, clienti, liberti ed amici¹⁴⁴ – allo stesso modo doveva parimenti esservi un corrispondente obbligo sociale (qualora in base all'andamento dell'istruttoria il giudice arrivasse ad una *sententiam secundum actorem*, preludente quindi ad una *condemnatio*)¹⁴⁵ consi-

¹³⁹ Sulla *cautio 'de amplius non turbando'* (che nella sua accezione più ristretta – cfr. *supra*, nt. 41 – secondo taluno sarebbe da riferire – cfr. SOLAZZI, *La tutela*, cit. [nt. 9], p. 40 – innanzitutto alla *negatoria* – cfr. D. 8.5.12, *lav. 2 epist.*, e D. 8.5.7, *Paul. 21 ad ed.* –, ma che in ogni caso, pur non comparendo esplicitamente nelle fonti – cfr. BIONDI, *Servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 354 s. –, è nozione comunemente usata dai romanisti: cfr. in particolare ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 183, BONFANTE, *Istituzioni*, cit. [nt. 56], p. 281 s., e PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], p. 776 ss.) e le consimili *cautiones* particolari che in sede di *restitutio* dovevano essere prestate in relazione a specifiche servitù e a peculiari fattispecie (cfr. in particolare D. 8.5.9.pr., *Paul. 21 ad ed.*), e che nel caso potevano estendersi alla ricostituzione del diritto eventualmente estintosi nelle more del giudizio (cfr. D. 8.5.8.4, *Ulp. 71 ad ed.*, su cui *supra*, nt. 39 e 41), si vedano in generale FERRINI, *Pandette*, cit. [nt. 8], p. 383, SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 36 ss., BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 353 ss., GROSSO, *Servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 294 ss., e LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I, cit. [nt. 1], p. 289.

¹⁴⁰ Sull'originaria limitazione di tale possibilità di adempimento tardivo alle sole azioni contemplanti la cd. clausola restitutoria nonché a quelle *ex fide bona*, e sulla sua successiva estensione, ad opera della scuola sabiniana, ad ogni tipo di giudizio, cfr. in breve KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. [nt. 1], p. 226, ed A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, p. 158 ss.

¹⁴¹ Gai., *inst.* 4.114: *'superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciatur actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praepetores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium: et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. <diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis contra placuit>; de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis'* (cfr. per tutti V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di diritto romano. Il processo privato*, Roma, 1951, p. 112 ss.).

¹⁴² Cfr. CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 148 ss., e *«Omnia iudicia absolutoria esse»*, cit. [nt. 42], p. 2 s. (*estr.*), nonché SANTORO, *«Omnia iudicia absolutoria esse»*, cit. [nt. 42], p. 2 ss. (*estr.*).

¹⁴³ Si vedano, specie in relazione a Gai., *inst.* 4.171, in generale KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. [nt. 1], p. 27, 51 s., 61 ss., 72 s., 73 s., 82, 83, 89 s., 96 s., 167 ss., 174 ss., 181 ss., 184, 209 ss., 211 s., 212 ss., 233 s., 301 s., 326 s., 335 s. e 337 s., ed in breve CANNATA, *Il processo formulare*, cit. [nt. 34], p. 154 ss. (cfr. di recente C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002, specie p. 19 ss e 41 ss.).

¹⁴⁴ Cfr. ZUCCOTTI, *«Omnia iudicia absolutoria esse»*, cit. [nt. 47], p. 490 ss. e 493 ss.

¹⁴⁵ Per tale terminologia (con cui le fonti distinguono la *'sententia'* – o *'pronuntiatio'* ovvero *'iudicatum'* –, che può essere *secundum actorem* o *contra actorem*, dal successivo procedere alla *'condemnatio'* o alla *'absolutio'*, che a sua volta, come in particolare avviene nelle formule dotate di *formula arbitraria*, sarà del primo tipo soltanto se, dopo una *sententia* favorevole all'attore, il convenuto si è rifiutato di restituire la *res*, mentre sarà assolutoria sia nel caso che la *sententia* sia stata *contra actorem*, sia nel caso che, dopo una *sententia secundum actorem*, il convenuto sia addivenuto alla *restitutio*), si veda in particolare VAŽNÝ, *Osservazioni generali sulla sentenza e la res iudicata*, cit. [nt. 41], p. 117 ss.

stente nell'evitare di mettere in difficoltà il garante arrivando a una condanna che di norma l'attore avrebbe poi fatto valere appunto innanzitutto contro di esso e non contro il convenuto, la cui responsabilità sarebbe stata fatta valere solo in seconda istanza in termini di regresso da parte del garante che avesse già pagato quanto dovuto¹⁴⁶. In effetti, se una simile linearità di obblighi sociali è ancora più evidente nelle ipotesi in cui il pagamento della *litis aestimatio* produce a favore del convenuto l'acquisto della *res* o comunque del diritto oggetto di causa, anche nel caso, ad esempio, della *vindicatio servitutis* il rifiuto della *restitutio*, ossia della prestazione della *cautio*, avrebbe evidentemente portato al *reus* un immediato vantaggio, ossia l'estinzione dello *ius in re aliena*, che egli avrebbe in linea di massima dovuto pagare soltanto in un secondo tempo, quando cioè avesse dovuto restituire al garante quanto da questi subito pagato a titolo di *condemnatio*¹⁴⁷, il che doveva a maggior ragione rendere socialmente inammissibile un simile comportamento nei confronti del garante.

Non troppo diversamente, per converso, nella stipulazione di esercizio l'entità della *poena* doveva venire stabilita in maniera tale da rendere più conveniente al convenuto accettare senza ostacolarlo l'esercizio del rapporto di servitù, impegnandosi a rispettarlo in futuro così come divisato dal giudice, piuttosto che venire condannato alla corresponsione di tale *poena*: cosa del resto sempre evitabile anche dopo la *litis contestatio* in base al principio '*omnia iudicia absolutoria sunt*', secondo impostazioni generali che dovevano del pari rendere assolutamente improbabile che di norma nell'*actio ex stipulatu* si dovesse giungere alla *condemnatio* del convenuto¹⁴⁸.

Anche sotto tale aspetto, dunque, il fatto che l'arrivare alla condanna fosse di fatto eventualità relativamente rara, doveva in effetti rendere alquanto meno decisiva la distinzione, in epoche più

¹⁴⁶ Cfr. in breve M. TALAMANCA, 'Fideiussione (parte storica)', in «ED.», XVII, 1968, p. 322 ss. ed in particolare p. 337 s. Non è qui il caso di addentrarsi nelle difficili questioni circa le forme in cui venivano prestate le garanzie processuali e sulle azioni di regresso che competevano al garante, anche se in linea di massima il generalizzato ricorso al contratto *verbis* ed in particolare alla *sponsio* (cfr. tra l'altro M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana LXXXIV-LXXXV-LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla sponsio nel processo romano*, in «Testimonium Amicitiae», cit. [nt. 62], p. 97 ss.) dovevano rendere risolvibile tale problema mediante il ricorso in primo luogo all'*actio depensi*, com'è noto introdotta sotto forma di una *manus iniectio depensi* da una *lex Publilia* pare verso la fine del quarto secolo a.C.; d'altra parte, anche per quanto riguarda il *vindex*, benché non vi siano precisi riscontri testuali in tal senso, sembra verosimile che egli dovesse nel suo intervento prestare una *sponsio* (cfr. C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996, p. 44), e che quindi potesse disporre dell'*actio depensi* (cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 325 nt. 2). Per quanto riguarda *praedes* e *vades*, sembra esservi in materia, e per di più in ambito criminale, la sola testimonianza di Dion. Hal., *ant. Rom.* 10.8.3-4, che parla di una esecuzione sugli *ἄγγυθα*, per cui il garantito avrebbe venduto i propri beni per rifondere i *vades* (cfr. anche Liv., *urb. cond.* 3.13.10, e Val. Max., *mem.* 4.4.7), cosicché si può inferire una responsabilità esclusiva dei *vades* verso l'*aerarium*, ma non si può ricavare con sicurezza che esistesse un diritto legale di regresso dei garanti verso il debitore principale (cfr. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 323 e nt. 8). In ogni caso, benché non sembri che a Roma si sia a lungo verificata, così come invece avveniva in Grecia, una situazione in cui i rapporti di garanzia rimanevano in una sfera essenzialmente fiduciaria (*kat' p.stin*: cfr., in riferimento ad Arist., *eth. Nic.* 8.13.5-6 [1162b. 23-31], L. LABRUNA, *Il diritto mercantile dei romani e l'espansionismo* (1994), in *Tradere ed altri studii*, Napoli, 1998, p. 102 s., e in generale D. NÖRR, *Aspekte des römischen Völkrechts. Die bronzetafel von Alcántara*, München, 1989, specie p. 94 ss.), ed i rapporti di garanzia personale risultino viceversa essersi configurati già in epoche risalenti a una propria dimensione giuridica (cfr. F. BRIGUGLIO, 'Fideiussoribus succurri solet', Milano, 1999, p. 11 ss. e 214 ss.) e abbiano quindi trovato sin da epoche remote una acconcia tutela processuale (cfr. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. I. Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 158 ss., e D. NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano*, in «SDHI.», LX, 1994, p. 374 ss.), anche qualora si ritenesse che prima della *lex Publilia* le garanzie personali siano rimaste in un ambito di responsabilità essenzialmente sociale (cfr. in particolare NÖRR, *op. ult. cit.*, specie p. 372, che critica le posizioni dottrinali che vedono in tale legge, piuttosto che un'introduzione del regresso fideiussorio, una mera modificazione delle norme già esistenti in materia), agli effetti di quanto qui interessa non muterebbe affatto il punto essenziale, ossia che, così come era un dovere sociale per il patrono prestare la garanzia, allo stesso modo doveva essere un preciso dovere sociale del garantito evitare per quanto possibile una condanna che il creditore avrebbe fatto valere innanzitutto nei confronti del garante stesso (su tali questioni si veda tra l'altro G. PROVERA, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, in «Studi C. Sanfilippo», IV, Milano, 1983, soprattutto p. 612 nt. 4).

¹⁴⁷ Si veda CANNATA, *Il processo formulare*, cit. [nt. 34], p. 156 s. (cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit. [nt. 1], I, p. 437 e nt. 54).

¹⁴⁸ Sulla relativa prevedibilità dell'esito del processo e sul limitato numero di cause proprie del diritto classico, cfr. CANNATA, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», cit. [nt. 42], p. 2 (*estr.*).

recenti fondamentale, tra *actio in rem* ed *actio in personam*: ed anzi, se la soluzione naturale nella *vindicatio servitutis* era che il convenuto per evitare la condanna prestasse una *cautio de amplius non turbando*, è da sottolineare come tale risultato ponesse il titolare della servitù vittorioso nell'*actio in rem* in una situazione analoga a quella in cui si sarebbe trovato se la controparte gli avesse subito prestato una stipulazione di esercizio, che appunto gli avrebbe il più delle volte evitato il ricorso alla *vindicatio* consentendogli il più agevole e proficuo ricorso ad un'*actio in personam* in cui – una volta accertato l'inadempimento, ossia l'ostacolo all'esercizio della servitù – mancando la respiscenza del convenuto e il suo formale impegno al futuro rispetto della servitù, sarebbe automaticamente scattata la condanna alla *poena* prestabilita (cosa che dunque doveva ancora una volta anche per tal verso rendere di fatto alquanto raro il ricorso alla *vindicatio*); per converso, è altresì da sottolineare come nell'*actio in rem* la *restitutio*, traducendosi nella prestazione di una cauzione del tipo '*de amplius non turbando*', non avrebbe fatto altro che consentire al titolare di agire attraverso l'*actio ex stipulatu* in caso di ulteriori impedimenti recati all'esercizio del suo diritto, ponendolo quindi sempre in una posizione analoga a quella che si sarebbe avuta se tale impegno a rispettare l'*usus servitutis* fosse stato formalizzato in una *stipulatio poenae* sin dal sorgere del rapporto: cosa che dunque fa pensare che, essendo quest'ultima il normale risultato cui conduceva l'*actio in rem*, la possibilità di agire *ex stipulatu* dovesse apparire – insieme all'ulteriore protezione offerta dalla procedura interdittale – come una forma di tutela per vari versi perfino più efficace e preferibile.

D'altra parte, se sotto tale aspetto una tutela formalmente '*in personam*' doveva risultare del tutto soddisfacente in vista dei suoi risultati pratici, per quanto riguarda l'ulteriore aspetto della «realità» della tutela offerta dalla *vindicatio servitutis*, ossia la valenza '*erga omnes*', è da considerare come anche qui tale fattore fosse di operatività alquanto limitata nella concezione delle *actiones de servitute* propria della maggior parte dei *prudentes*, dato che come si è visto essi limitavano l'esperibilità di tali azioni ai due titolari dei due fondi, senza ammetterla nei confronti di un mero possessore: ed infatti, nella costruzione romana che per tal via viene a delinearci, la «realità» della tutela delle servitù – lasciando per ora da parte il problema degli acquirenti a titolo particolare del fondo dominante – era infatti soprattutto affidata, per quanto riguarda i terzi in generale, allo strumento interdittale¹⁴⁹.

Nel complesso, sembra così di poter concludere – e se ne vedranno le ulteriori riprove – che, anche in assenza di una *in iure cessio* o di altro negozio dello *ius civile*, e quindi della normale *actio de servitute*, la tutela offerta dall'*actio ex stipulatu* e dal sistema interdittale dovesse risultare più che sufficiente a garantire il normale esercizio del rapporto di servitù e, sia pur con qualche limite marginale, il normale perdurare del rapporto: quello che nelle servitù costituite «*iure praetorio*» in effetti sembra in certo modo creare (relativi) problemi rispetto agli analoghi diritti propri dello *ius civile* sono in realtà soltanto, a ben vedere, due aspetti, ossia quello della mancanza di un atto di esercizio nell'ultimo anno che consenta il ricorso all'interdetto (ipotesi in cui il titolare è di norma costretto al ricorso alla *vindicatio*, che qui è invece escluso) nonché, sembrerebbe, la sicurezza del permanere del rapporto tra i due fondi indipendente da coloro che ne siano proprietari, ossia, in particolare, l'elemento della riferibilità *ipso iure* del nesso di servitù a qualsiasi acquirente a titolo particolare del fondo servente. Ma per quanto quest'ultimo aspetto possa a una prima considerazione sembrare per così dire impressionante, la questione non risulta ad una più attenta analisi tanto perentoria come potrebbe d'acchito apparire, e d'altra parte la sua verosimile soluzione risulta da affrontare in maniera strettamente connessa a quella dell'altro elemento in esame, ossia al problema di quella prescrizione annuale della tutela interdittale che parrebbe tradursi, per le servitù costituite «*iure praetorio*», nel pericolo di una estinzione annale di fatto del diritto *tout court*.

7. Prima di arrivare a tentare di spiegare questo intrecciarsi tra la tutela «*in rem*» offerta dall'interdetto ed il problema della riferibilità del rapporto di servitù «*iure praetorio*» agli acquirenti a titolo particolare del fondo servente, tuttavia, è necessario ritornare brevemente sui motivi che rendevano irri-

¹⁴⁹) Cfr. *infra*, in particolare § 9 e nt. 229 ss., nonché §§ 13 e 17.

nunciabile, nel caso non vi fosse stata una normale costituzione *iure civili* della servitù, la prestazione della *cautio* relativa al suo pacifico esercizio, approfondendo così sotto taluni fondamentali aspetti il suo concreto funzionamento.

Come si è visto, la *stipulatio* di esercizio '*per te non fieri, quo minus utar*' (ovvero le due *stipulationes* che la *paraphrasis* di Teofilo – 2.3.4 – individua nelle formule '*spondesne [cessa] servitatem servare?*' e '*sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum?*') aveva, stando alle fonti, la funzione di *traditio possessionis* ed era considerata, in particolare nell'*emptio-venditio* della servitù, adempimento dell'obbligo del venditore di trasmettere l' '*habere licere*' su quanto alienato¹⁵⁰; per tal verso, anzi, se si considera come dopo il contratto fosse comunque normalmente possibile il ricorso all'*actio empti*, sembra anche sotto tale aspetto comprensibile la diffusione del ricorso alla *stipulatio poenae*, che in primo luogo assicurava in concreto e in maniera specifica l'immissione nell'esercizio del rapporto di servitù, rendendo sanzionabile il comportamento contrario della controparte, e d'altra parte agevolava la tutela del titolare appunto attraverso la quantificazione preventiva del danno, e che in generale doveva rendere più facile e relativamente completa, anche attraverso il riferimento alla *pactio* e all'eventuale *instrumentum* che la documentava, la difesa processuale dell'attore tanto nelle servitù costituite *iure praetorio* quanto, come si è visto, in quelle sorte *iure civili*¹⁵¹.

Ma al di là di tale primo e fondamentale aspetto, la *stipulatio* di esercizio doveva assumere una funzione irrinunciabile anche in non pochi altri casi, come, ad esempio, innanzitutto l'allogazione del *locus servitutis*: per quanto riguarda tale *modus*¹⁵², infatti, se mancava una previsione dell'atto costitutivo circa la direttrice secondo cui usare della servitù, da una certa epoca in poi fu in ogni caso possibile da parte del *dominus* del fondo servente pretendere che il *locus* venisse stabilito una volta per tutte, e in generale la giurisprudenza pervenne, come si è ricordato, al principio secondo cui il primo atto di esercizio incardinava definitivamente tale elemento spaziale¹⁵³. Tuttavia, mancando un pregresso esercizio '*hoc anno*' e non essendo quindi esperibile l'interdetto, qualora il proprietario del fondo servente impedisse il primo atto di esercizio al neotitolare della servitù (si pensi, come ipotesi estrema, a chi pretendesse di stabilire il tracciato passando per coltivazioni o attraverso l'aia, ovvero in ogni caso secondo modalità non corrispondenti al criterio indicato da un passo di Giuvenzio Celso con la locuzione '*civiliter modo*')¹⁵⁴, sorgeva il problema di come tutelare quest'ultimo consentendogli di fissare un *locus servitutis* consono ai criteri in materia: e questo, soprattutto, nel caso in cui fosse invece la *prohibitio* della controparte a risultare ingiustificata. Mancando la possibilità di ricorrere all'interdetto per l'insussistenza di un qualsiasi precedente atto di esercizio, si può pensare che si accordasse qui al titolare senz'altro la *vindicatio servitutis*¹⁵⁵, in base al principio generale per cui la confessoria può appunto avere la funzione di ripristinare il normale *usus servitutis* nei confronti di colui che, pur non negando formalmente l'esistenza del diritto, in ogni caso lo disconosce di fatto impedendone del tutto l'esercizio¹⁵⁶; ma se in tal modo si sarebbe in ipotesi costretto il *dominus* del fondo servente, in sede di *restitutio*, ad addivenire ad un accordo circa l'allogazione del *locus servitutis*,

¹⁵⁰ Cfr. D. 8.1.20 ('*cavendum ... esse per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset*') e D. 19.1.3.2 ('... *vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes per te non fieri, quo minus utar ...*'), su cui *supra*, § 4.

¹⁵¹ Si veda in particolare D. 8.5.16 (Iul. 7 *dig.*: '*Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero, an ex causa actione quadam vel exceptionem tuendus sim. respondi utroque auxilio me usurum*'), su cui *infra*, nt. 195.

¹⁵² Cfr. *supra*, nt. 124.

¹⁵³ Cfr. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, cit. [nt. 3], specie p. 186 ss.

¹⁵⁴ Si veda D. 8.1.9 (Cels. 5 *dig.*): cfr. *ibid.*, p. 173 s. e 220 ss.

¹⁵⁵ Cfr. GROSSO, *Miscellanea critica*, cit. [nt. 42], p. 583 (che peraltro neppure considera la soluzione interdittale), e ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 237 ss. (si tenga altresì presente che, in ogni caso, se era stata prestata una *stipulatio* di esercizio o comunque la costituzione *iure civili* della servitù costituiva l'adempimento di una obbligazione assunta contrattualmente – come in particolare mediante una *emptio-venditio* – ovvero derivante da un legato, l'*actio in personam* poteva in ogni caso indirettamente giovare al titolare della servitù impedito nel primo atto di esercizio e quindi nell'allogazione del *locus servitutis*).

¹⁵⁶ Si veda il già ricordato D. 8.5.4.5 (cfr. *supra*, nt. 18 e 38).

questo non sarebbe ovviamente stato possibile qualora la servitù non fosse stata costituita *iure civili*, bensì *'pactionibus et stipulationibus'*, mancando in tal caso la possibilità stessa di ricorrere alla *vindicatio*: ed ecco quindi che anche sotto tale particolare aspetto, in una più congrua prospettiva ricostruttiva, si rivela decisiva l'irrinunciabile funzione della *stipulatio* d'esercizio, grazie alla quale la minaccia di agire per l'irrogazione della *poena* o in ogni caso, se anche tale specifica previsione in estrema ipotesi mancasse, per la condanna *ex stipulatu*, doveva in effetti convincere il *dominus* del fondo servente ad accordarsi con il neotitolare per un *locus servitutis* idoneo a soddisfare entrambe le parti, rinunciando ad atteggiamenti ostruzionistici volti a paralizzare di fatto l'esercizio della servitù testé costituita *«iure praetorio»*¹⁵⁷. Per tal verso, infatti, poteva anche mancare, non essendosi ricorsi a tale contratto, la possibilità di ricorrere all'*actio empti*, azione che del resto avrebbe fatto valere un obbligo di natura personale intercorrente tra le parti, ma che non aveva comunque nulla a che fare, come si vedrà tra non molto, con il carattere *lato sensu* reale fornito al rapporto, innanzitutto in vista della tutela interdittale, da una *stipulatio* di esercizio avente appunto la funzione di *traditio possessionis*¹⁵⁸.

Ed è anzi da notare che, in tale prospettiva, sembra in effetti possibile comprendere più a fondo il motivo per cui risultava essenziale che l'esercizio della servitù acquisita *«iure praetorio»* avvenisse in base a tale stipulazione, senza la quale, come appunto osserva Pomponio in D. 19.1.3.2, *'vacuae possessionis traditio nulla est'*: in assenza di un negozio dello *ius civile* costitutivo in quanto tale di una servitù propriamente detta, appare infatti difficile ritenere che l'esercizio del diritto derivante in particolare dalla *emptio-venditio* potesse di per sé venire considerato a tutti gli effetti come l'esercizio di uno *ius in re aliena* quale divisato – non si dimentichi – tassativamente dall'ordinamento giuridico¹⁵⁹; anche se le fonti non sembrano fornire elementi del tutto sufficienti per arrivare a soluzioni

¹⁵⁷) Cfr. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 235 s. (dove peraltro, nel sottolineare la funzione centrale dell'interdetto nell'allogazione dell'*iter* o dell'*aquaeductus*, si tende a sottovalutare se non a escludere l'utilità che per tal verso poteva presentare l'*actio ex stipulatu* in base ad argomenti forse eccessivamente formali: in realtà, se è vero che in tale sede processuale il giudice non avrebbe potuto fissare equitativamente il *locus*, è da tenere tuttavia presente come di fatto, per evitare la comminazione della *poena*, il convenuto potesse venire efficacemente indotto a giungere ad un accordo su tale argomento con l'attore).

¹⁵⁸) Cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo e nt. 172 s., ed in particolare nt. 191 e 194.

¹⁵⁹) Oltre a BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 43 ss., e a GROSSO, *Schemi giuridici e società*, cit. [nt. 64], p. 733 ss., e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 61 ss., si veda in particolare, sia pur nella peculiare visuale dell'autore, GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del «numero chiuso»*, cit. [nt. 117], p. 1 ss. (cfr., oltre al «tagliacarte» di Ines De Falco in «Labeo», XXXVIII, 1992, p. 259, la recensione di Filippo Gallo in «Iura», XLIII, 1992, p. 201 ss.). Si può tra l'altro notare come la dottrina tenda comunemente ad affrontare il dogma della tipicità delle servitù in una prospettiva quasi esclusivamente sostanziale (cfr. tra l'altro CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 506 ss.), considerando il versante processuale di tale principio soltanto in una prospettiva non solo strumentale ma altresì alquanto marginale (cfr. tra l'altro, in riferimento a CURSI, *Modus servitutis*, cit. [nt. 75], p. 202, 254 s. e 255 s., ZUCCOTTI, *Ancora sui «modi servitutis»*, cit. [nt. 124], p. 10 s. e 11 ss. [estr.]), come in particolare mostra tra l'altro la tendenza ad ammettere il ricorso all'*actio negatoria* per contrastare i tentativi di eccedere dalla normale sfera del proprio *dominium* (cfr. GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 68): in realtà il momento autoritativo in cui veniva fatto valere il principio della tipicità delle servitù risulta proprio quello processuale, dato che chi vantava un diritto non ricompreso in quelli stabiliti dall'ordinamento non avrebbe potuto trovare non solo alcuna azione per farlo valere, dato l'imperniarsi delle formule della *vindicatio* e della *negatoria* sullo specifico *ius* di volta in volta fatto valere in base alle previsioni edittali, ma neppure, ancor prima, nessun interdetto per tutelare in via di fatto la posizione di godimento eventualmente esistente, per cui non avrebbe potuto reagire in alcun modo alla *prohibitio* del *dominus fundi* che lo privasse di tale situazione di fatto, non esistendo, nel caso, alcun interdetto idoneo ad ordinare a quest'ultimo di non impedire al preteso titolare della servitù atipica di continuare ad avvalersene (contro la tesi di V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana* (1934), in *Scritti di diritto romano*, II, cit. [nt. 75], p. 492 ss., secondo cui le formule delle *actiones de servitutes* contenute nell'editto pretorio fossero dei semplici esempi, si veda ad esempio BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 45, che pur ammette che non tutte le formule ad esse relative dovevano essere riportate dall'editto); il ricorso alla *negatoria* per impedire al vicino di invadere l'altrui sfera proprietaria si rende necessario, semmai, nel caso di pretese servitù atipiche di tipo negativo in cui la situazione di fatto si è già stabilizzata non avendo l'interessato ricorso all'interdetto – in particolare, *'quod vi aut clam'* – che avrebbe inibito al vicino di porre in essere l'*opus* illegittimo, come infatti avviene in due dei tre casi richiamati in tal senso da Giuseppe Grosso (*loc. ult. cit.*), ossia in D. 8.5.17.pr. (Alf. 2 dig.: *'Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se'*) e in D. 8.5.17.2 (Alf. 2 dig.: *'Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respon-*

definitive, ed anzi ci si inoltra qui in un ambito di argomenti particolarmente lacunoso nelle testimonianze a disposizioni e soprattutto alquanto dibattuto nella dottrina moderna, tuttavia se si tiene presente come dalla *emptio-venditio* e a maggior ragione dalla *pactio* nascesse tutt'al più una obbligazione volta a concedere – o a consentire¹⁶⁰ – l'esercizio della servitù, e non sorgesse certo automaticamente lo *ius in re aliena* in quanto tale¹⁶¹, non sembra impossibile azzardare alcune illazioni in or-

di, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare'), mentre nel terzo – D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*): '*Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiarum fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutum talem admittit ...*' – si ha comunque una situazione anomala cui non è possibile reagire né con la *prohibitio* né con un interdetto idoneo (a meno di voler ritenere tali fattispecie delle normali ipotesi di servitù, come fa senz'altro CANNATA, *Corso*, cit., p. 419 ss. – in relazione a D. 8.5.8.5 – e in generale p. 403 ss., nonché, per quanto riguarda il *proiectum*, p. 346), e verosimilmente si doveva trattare di formule – '*tibi non est ius fumum immittere invito me*' – concesse caso per caso dal pretore con decreto, o in ogni caso escludendo che nell'editto potesse sussistere una parallela formula confessoria affermantе '*mihi est ius fumum immittere*', dato che una simile soluzione avrebbe implicato, creandola, una vera e propria *servitus fumi immittendi*: si veda, contro le posizioni improntate ad una lata valenza generale della negatoria nella tutela della proprietà – cfr. *supra*, nt 32 e 50 – ed in polemica, in particolare, con WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit. [nt. 56], I, p. 707 ss., B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo V*, in GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], VIII, p. 402 s., che rifiuta simili applicazioni dell'*actio negatoria*, che ne contraddicono l'intrinseca natura di fondo che la connette strutturalmente, nel sistema formulare al pari di quanto avveniva nel processo *per legis actiones*, alla corrispondente confessoria, come emerge nella maniera più evidente dalle stesse fonti, in una dimensione sistematico-costruttiva che porta ad escludere che la negatoria potesse essere impiegata, in assenza di una corrispondente confessoria, per reagire ad attentati diversi dall'affermazione di uno *ius in re aliena* sul fondo). E in effetti, per quanto la *stipulatio* potesse virtualmente rappresentare un notevole fattore di superamento del principio della tipicità, durante tutta l'epoca classica né il pretore né la legislazione imperiale risultano aver introdotto, dopo l'età di Antonino Pio (cfr. D. 8.3.3.pr.-3 e D. 8.3.6.1), nuovi tipi di servitù, mentre ciò diviene possibile in epoca postclassica, ossia al di fuori del sistema delle *actiones* del sistema formulare (cfr. BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 47 s.): ma se il sistema della *pactio et stipulatio*, che faceva a meno delle *actiones in rem* e si fondava su di un'*actio in personam* relativa ad una generale *cautio* di esercizio, non poté introdurre nuove servitù, ciò avvenne soprattutto in quanto sarebbe in ogni caso mancato uno specifico interdetto idoneo a tutelare il quotidiano esercizio della nuova servitù così divisa (mentre, si può sottolineare, se vi fossero effettivamente state azioni del tipo adombrato da D. 8.5.10.pr.-1, ossia fondate sul semplice *diuturnus usus* e miranti a tutelare in quanto tale lo stato di fatto esistente tra i due fondi, tale risultato sarebbe per molti versi risultato alquanto più agevole da raggiungere).

¹⁶⁰ Sulla '*patientia*' quale modo di «costituzione» delle servitù – già ritenuto non classico da PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], specie p. 227 s. –, è qui sufficiente rinviare in generale a SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit. [nt. 56], p. 149 ss., a BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 265 ss., e a GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 207 ss., nonché – specie in relazione a D. 8.3.1.2 (Ulp. 2 *inst.*: '*traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris*') – a MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 47 ss.: cfr. in ogni caso *infra*, in questo stesso paragrafo.

¹⁶¹ Sulla inidoneità del contratto in quanto tale a costituire un diritto reale, cfr. in breve GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 194 s. La dottrina, del resto, vedendo nella *pactio et stipulatio* un modo di far sorgere la servitù quale «diritto reale» nel senso più pieno, com'è noto deve superare immani difficoltà per spiegare in quale modo ciò potesse avvenire; ma, al di là della sussunzione del fenomeno, per tal verso, in categorie dogmatiche non del tutto consone alla realtà giuridica romana (cfr. *supra*, § 6), se ci si pone nella diversa prospettiva per cui la *stipulatio* di esercizio, nella visuale dei giuristi classici, doveva servire precipuamente a legittimare il soggetto all'esperienza della tutela interdittale, qualificando, attraverso tale surrogato della *traditio possessionis*, lo sfruttamento dell'*iter* o dell'*aquaeductus* nei termini di un *usus servitutis* in senso tecnico (D. 8.1.20 e D. 19.1.3.2), il problema sembra in generale divenire di ben minor momento nonché di alquanto più agevole soluzione anche da un punto di vista strettamente dogmatico: in effetti, se si mette da parte l'aprioristica idea atemporale del «diritto reale» propria della dogmatica moderna, e si considera che nella costruzione romana, come sottolineava Vincenzo Arangio-Ruiz, la «realità» delle servitù e dell'usufrutto sembra semmai da ricercare nel fatto che, pur non gravando *tout court* il diritto su tutti gli altri consociati, la persona dell'obbligato si determina in relazione alla proprietà della *res*, da cui consegue la legittimazione dei soli titolari all'esperienza delle relative azioni (che quindi, pur essendo *in rem*, non sono esperibili *adversus quemvis possessorem* come avviene per la *reivindicatio*: cfr. *supra*, § 1), sembra da osservare che l'efficacia *erga omnes* è peraltro rappresentata in tali diritti da una tutela dell'esercizio assicurata nei confronti di chiunque attraverso la protezione interdittale, che mette al riparo il titolare da qualsiasi tentativo di impedire illegittimamente l'*usus servitutis*; questa sorta di dissociazione tra l'effetto reale in senso proprio, in base al quale il diritto inerisce alla *res* in quanto tale e indipendentemente dal mutare dei suoi proprietari, e l'efficacia *erga omnes* di tale diritto, limitata al suo esercizio di fatto e quindi affidata all'interdetto, mentre la *quaestio de iure* risolta dall'*actio* riguarda esclusivamente i titolari dei due fondi, faceva sì che tale secondo e fondamentale aspetto potesse venire soddisfacentemente raggiunto altresì attraverso la *pactio et stipulatio*, modo di costituzione che d'altra parte non persegue direttamente, come sarebbe normale in una prospettiva

dine ai caratteri che l'*usus servitutis* doveva presentare per essere considerato tale dal diritto oggettivo: e questo soprattutto per quanto riguarda la concessione della tutela interdittale, com'è noto imperniata sulla sussistenza, su di un piano di fatto, di un comportamento («*itinere uti*», «*aquam ducere*» «*fonte uti*») ¹⁶² che in ogni caso era preso in considerazione e protetto dal pretore in quanto in astratto corrispondente, pur nella sua fattualità, a un rapporto di servitù previsto dall'ordinamento – e propriamente dallo *ius civile* – quale diritto di natura reale ¹⁶³.

Pur senza volere qui entrare in più complesse questioni, non sembra soverchiamente difficile congetturare che la circostanza per cui il concedente si fosse preventivamente impegnato attraverso una *stipulatio* a non ostacolare l'esercizio della servitù dovesse in effetti dare un significato del tutto diverso agli atti di esercizio della servitù, e renderli per tal via strutturalmente diversi dal comportamento di chi invece, in base ad un mero contratto obbligatorio quale la *emptio-venditio*, pretendesse di agire in modo empiricamente analogo a un titolare di una servitù.

Le fonti a disposizione affrontano il problema, indirettamente, soprattutto in relazione alla non del tutto coincidente questione di chi compia atti analoghi all'esercizio di una servitù pur sapendo di non esserne affatto titolare:

D. 43.19.1.6 (Ulp. 70 *ad ed.*): Vivianus recte ait eum, qui propter incommoditatem rivi aut propterea, quia via publica interrupta erit, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum, itaque inutile esse interdictum, non quasi precario usum, sed quasi nec usum. ergo secundum hoc neutro usus videtur: multo enim minus illo usus est, per quem non ivit propter incommoditatem rivi aut propterea, quia via praerupta erat. idem erit dicendum et si non erat via publica, sed iter privatum: nam et hic eadem quaestio est ¹⁶⁴.

moderna, un astratto carattere «reale» del diritto così costituito (cfr. *infra*, nt. 476): una simile impostazione fattuale doveva quindi rendere, nel contesto romano e nella prospettiva concreta della giurisprudenza classica, molto più facilmente accettabile di quanto appaia alla dogmatica moderna che un diritto sostanzialmente di servitù venisse dunque costituito mediante atti contrattuali.

¹⁶² Per quanto riguarda le servitù negative e la loro tutela essenzialmente assicurata dall'*interdictum quod vi aut clam* e dall'*operis novi nuntiatio*, cfr. in breve GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 312 s.

¹⁶³ Sugli *interdicta de servitutibus* cfr. in particolare, oltre a GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], VIII, cit. [nt. 9], p. 364 ss., BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 357 ss.: in effetti, se si considera come, a fronte di un'*actio de servitute* che, nella duplicità della formula confessoria e negatoria, è in ogni caso costruita sempre sulla medesima *conceptio verborum*, variando soltanto le parole che indicano lo *ius* oggetto della lite (cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 193 s. e 374), mentre nei relativi interdetti mutano, oltre al riferimento ai diversi rapporti tra i due fondi, non solo le parole che indicano l'*usus servitutis* (si veda il ricorso al verbo '*uti*' nell'interdetto *de itinere* e in quello *de fonte* a fronte dell'impiego del verbo '*ducere*' in quello *de aqua*: cfr. CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà*, cit. [nt. 64], II, p. 391 ss.), ma la stessa costruzione dei presupposti dell'ordine pretorio '*vim fieri veto*', a sua volta legato alle condizioni di esperibilità dell'interdetto in relazione agli elementi di fatto (uso '*hoc anno*' ovvero '*priore aestate*') e di diritto (come in quello *de itinere actuque reficiendo*) cui è subordinato. Per tal verso, anche senza poter qui approfondire il problema dell'origine storica di tali mezzi di tutela (cfr., specie in riferimento a LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, cit. [nt. 6], in particolare p. 62 ss. e 89 ss., CAPOGROSSI, *op. ult. cit.*, p. 368 ss.) ed il connesso problema della risalenza del diritto da essi protetto (cfr. già VOIGT, *Ueber den Bestand*, cit. [nt. 8], p. 161 ss.), sembra possibile notare come, a partire da una certa epoca, il processo di determinazione delle varie caratteristiche delle servitù rustiche risulti imperniato innanzitutto sulla loro tutela interdittale, mentre la relativa *actio* appare piuttosto ormai presupporre un «tipo» generale di servitù già definitivamente codificato e dato per scontato nell'anodino riferimento modulare al '*si paret ius esse*'.

¹⁶⁴ Si veda l'edizione di Theodor Mommsen *ad h.l.* («*Digesta Iustiniani Augusti*», cit. [nt. 99], II, p. 592 nt. 7), che propone di invertire le frasi '*ergo secundum hoc ... quia via interrupta erat*' e '*idem erit dicendum ... eadem quaestio est*', collocando la prima in chiusura del passo (cfr. anche «*Digesta Iustiniani Augusti*», ed. P. BONFANTE, C. FADDA, C. FERRINI, S. RICCOBONO, V. SCIALOJA, Milano, 1960, p. 1234 e nt. 9 ss.). La genuinità del passo (cfr. altresì VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung*, cit. [nt. 8], p. 179 s.) è stata fortemente messa in dubbio dalla critica interpolazionistica: cfr. «*Index Interpolationum*» (III, cit. [nt. 37], c. 299) *ad h.l.*, e in particolare G. VON BESELER, *Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, in «*ZSS.*», LVIII, 1925, p. 480 (a proposito di '*propter incommoditatem rivi aut*' e di '*itaque*'), *Et ideo - Declarare - Hic*, cit. [nt. 41], p. 79 (ove, oltre al tratto '*non quasi ... erat*', si censura anche la chiusa da '*nam*' in poi), e *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, cit. [nt. 24], p. 23 («*ist die müßige und törichte Bemerkung ergo - praerupta erat als Glossem einzuklammern*»), J.Ch. NABER, *Ad literam Pisanam*, in «*Studi Bonfante*», II, cit. [nt. 24], p. 295 (che, oltre a voler sostituire '*rivi*' con '*clivi*', considera un glossema il periodo '*per quem non ivit ... quia via praerupta erat*'), e SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 56 s. e nt. 20

Non ogni atto di transito per il fondo del vicino, si può sintetizzare, concretizza un episodio di *usus servitutis*, ossia il virtuale esercizio di una servitù di passaggio. Se infatti tale attività viene posta in essere dal soggetto senza la convinzione di usare un proprio diritto e quindi di poterla effettuare nonostante l'opposizione del titolare del fondo, non solo non vi è un *usus rectus* della servitù ('*non vi non clam nec precario*'), ma non vi è neppure l'atto di esercizio richiesto dall'interdetto quale primo presupposto della tutela pretoria ('*quo itinere actuque privato ... hoc anno ... ab illo usus es ...*): il soggetto risulterà tecnicamente non aver usato di nessuna servitù propriamente intesa ('*non videtur omnino usus*') e, nell'eventuale procedimento decretale, al convenuto non occorrerà neppure fare appello in via di eccezione alla cosiddetta *clausula vitii* sostenendo che l'atto di esercizio sia da considerare attuato *vi, clam* o – soprattutto – *precario*, dato che la controparte, ben diversamente, non potrà in nessun modo provare di avere usato *hoc anno*, nel caso, dell'*iter*, che non è infatti integrato da una qualsivoglia mera attività di passaggio ma solo da un *usus servitutis* in senso proprio, e verrà così meno il presupposto cardine della tutela interdittale ('*... itinere ... usus es ...*'), risultando quindi il ricorrente sconfitto, come afferma Ulpiano, '*non quasi precario usum, sed quasi nec usum*'¹⁶⁵.

Per tal verso, le non troppe fonti a disposizione su tale materia risultano precisare che, per aversi un esercizio in senso tecnico della servitù, occorre che il soggetto compia l'atto di esercizio con la convinzione, in linea di massima, di avvalersi di un proprio diritto:

D. 8.6.25 (Paul. 5 *sent.*): Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdicto [nec actio] utiliter competit¹⁶⁶.

s.: autori che nel complesso attaccano soprattutto la parte centrale del passo, da '*non quasi precario usum ...*' sino a '*... quia via praerupta erat*' (cfr., specie in relazione alla frase '*ergo secundum hoc ... praerupta erat*', CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 397 s. e nt. 73 e 75, che pur accettando l'idea che il passo possa essere corrotto cerca in ogni caso di salvarlo quanto più possibile, nonché la ricordata [nt. 73] recensione a tale opera di Paul van Warmelo, p. 259). Sul passo, oltre a C. FERRINI, *Viviano - Prisco Fulcino* (1866), in *Opere*, cit. [nt. 8], II, p. 71 ss. e specificamente p. 80 s. («la decisione conservata in D. 43, 19, 1, 6 è una delle più felici»), si veda altresì, sulla possibile risalenza a Cassio di quanto trasmesso da Viviano ad Ulpiano, F. BONA, *I «libri iuris civilis» di Cassio e i «libri ex Cassio» di Giavoleno* (1984), in *Lectio sua*, cit. [nt. 82], II, p. 1021 nt. 11 e p. 1040 s. (cfr. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, Berlin, 1982, p. 91 s.), nonché M. ABELLÁN VELASCO, *Viviano y la castratio puerorum (a proposito de D. 9. 2. 27, 28)*, in «AHDE», LII, 1982, p. 739 s. (sul rapporto tra Viviano ed Ulpiano), C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?*, Milano, 1997, specie p. 182 ss. (che, in relazione ai casi in cui l'attraversamento di un fondo non costituisce esercizio di una servitù ed esula quindi dall'ambito della relativa promessa pretoria di protezione interdittale, accosta il passo a D. 8.6.14.1 [Iav. 10 *ex Cass.*: '*cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet*'] e a D. 43.19.7 [Cels. 25 *dig.*], su cui si veda *infra*, nt. 167 s.), e CORRÈA FATTORI, *La legittimazione attiva all'interdetto de itinere actuque privato*, cit. [nt. 123], p. 84 nt. 21.

¹⁶⁵ Cfr. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit., cit. [nt. 3], p. 210 e nt. 226. Sul ricorso di Ulpiano all'avverbio '*quasi*', immediatamente giustificato dal fatto che qui si ha un *usus* empirico dell'*iter* che tuttavia non è un *usus servitutis* in senso tecnico-giuridico, non è il caso di soffermarsi.

¹⁶⁶ Le censure al passo si incentrano – cfr. «Index Interpolationum» (I, cit. [nt. 95], c. 112) e relativo «Supplementum» (I, cit. [nt. 95], c. 145) *ad h.l.* – soprattutto sulla frase finale, relativa alla tutela processuale: si vedano H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 79 (che critica l'uso del verbo '*competo*'), BESELER, *Beiträge zur Kritik*, IV, cit. [nt. 37], p. 86 s. (che, anch'egli critico su '*utiliter competit*' – «ist ein Unding» –, ed opinando che qui con '*actio*' ci si riferisca all'*actio utilis* che nel diritto bizantino sostituisce l'interdetto – «*Utiliter gehört nur zu actio*. Der Kompilator meint die *actio utilis*, die im byzantinischen Rechte das Interdikt vertritt», rinviando a Hans Peters –, restituisce il finale come '*interdictum ei non competit*': cfr. in tal senso anche PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], p. 775 nt. 4), BERGER, '*Interdictum*', cit. [nt. 6], c. 1624 (che propone di correggere in '*actio utiliter datur*': cfr., in senso diverso, H. PETERS, *rec. cit.* [nt. 55] a Hugo Krüger, p. 599), Ch. APPLETON, *Quelques étourderies des Compilateurs du Digeste et le fr. 25, D. Quemad. Serv. Am. 8, 6*, in «RGD.» LII, 1928, p. 108 ss. e in particolare p. 115 ss. (che interpreta '*actio*' nel senso di '*iudicium secutorium*' e sostiene – in base ad una troppo affrettata e semplicistica lettura di D. 43.19.34 in relazione a D. 8.6.20, senza neppure considerare D. 8.5.2.3 – che i compilatori avrebbero sbagliato a porre il passo, relativo all'*usus* ai fini interdittali, in una rubrica che verte invece – nella contrapposizione da lui apoditticamente presupposta tra i due fenomeni – sull'*usus* idoneo ad evitare la prescrizione per non uso), e soprattutto SOLAZZI, *La tutela*, p. 91, cit. [nt. 9], p. 91 s., che oltre all'avverbio '*utiliter*', goffamente pleonastico in un contesto classico, critica soprattutto la menzione dell'*actio*, inserita per di più dopo l'interdetto, proponendo la ricostruzione – cfr. D. 43.19.7 – '*interdictum ei inutile est*' (nell'indice finale – p. 186 –, a proposito di tali pagine, si parla di «l'eresia di D. 8, 6, 25

la protezione interdittale»: all'autore il testo sembra tanto assurdo – p. 92 – che non crede neppure possibile una modifica volontaria in tal senso, né da parte dei giustinianeî né da parte dei postclassici, per cui pensa trattarsi di un «sunto involontariamente cattivo» del testo di Paolo, e conclude osservando che sui compilatori grava «la colpa di aver chiuso il libro delle servitù con un testo eretico»: e nonostante gli usuali tentativi della dottrina del secolo scorso di salvare a tutti i costi la classicità del passo (cfr. CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 411 s. e nt. 92 s.), sembra che in effetti il riferimento all'*actio de servitute* non abbia qui senso, dato che se l'intenzione di avvalersi di una servitù nel transitare nel fondo del vicino aveva precise conseguenze per quanto riguarda l'interdetto, integrando un *usus servitutis* in senso tecnico e quindi il presupposto '*quo itinere actuque ... hoc anno ... usus est ...*', essa non aveva invece alcuna rilevanza in ordine alla *questio de iure* risolta dalla *vindicatio* (si noti, ancora una volta, il concentrarsi dell'attenzione sulla sola azione confessoria e il trascurare ogni sua corrispondenza con la speculare negatoria: cfr. *infra*, § 10 *in fine*), che si incentra sull'esistenza della servitù senza che a nulla rilevi il suo pregresso esercizio (ed a sua volta il problematico '*nec ... utiliter*' appare in ogni caso non significare altro che '*inutile*'). Sul passo si vedano altresì GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], VII, Milano, s.d. [cur. F. Serafini], p. 102 s., F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*⁷, Wien, 1865, rist. Darmstadt, 1967, trad. it. (VI ed., 1836), a cura di Pietro Conticini – *Il diritto del possesso. Trattato civile* –, Firenze, 1939, p. 469 nt. 3, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit. [nt. 56], I [§ 163], p. 576 ss. e nt. 6 (che colloca il passo in una generale prospettiva di «possesso dei diritti»), nonché GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 213 e p. 306 e nt. 5 (che, riferendo il testo alle problematiche relative alla definizione di *usus servitutis* affrontate in particolare da Celso in D. 43.19.7, ritiene giustiniano il suo inserimento nel contesto del problema dell'estinzione del diritto per *non usus*), D. DAUBE, *Utiliter agere*, in «Iura», XI, 1960, p. 135 ss., F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la «Cautio damni infecti» en el Derecho romano clásico*, in «AHDE.», XLV, 1975, p. 112 s. e nt. 11 (entrambi sulla locuzione '*utiliter competit*'), e MANNINO, *La tutela dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 47 ss. (cfr. *infra*, nt. 168). Al di là del finale, in ogni caso, quello che ha creato più imbarazzo alla dottrina più antica (cfr. altresì *infra*, nt. 168) come a quella più recente è stata la locuzione '*nisi is, qui suo iure credidit*', che intesa alla lettera sembrerebbe postulare un *usus servitutis* attuato nella convinzione di agire secondo diritto che – se è propria degli *interdicta de aqua*: cfr. *infra*, nt. 169 – non riguarda certamente gli *interdicta de itinere*, e ha così portato la critica interpolazionistica a affermare che una simile enunciazione «rinnega il diritto classico» ed è quindi da considerare spuria (cfr. SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 91 s.): falsari-ga che tuttavia non sembra molto convincente, dato che, se in un contesto classico non aveva senso dire che l'*interdictum de itinere actuque privato* spetta solo a chi si avvale della servitù convinto di essere titolare di tale diritto, un simile rigoroso requisito avrebbe ancor meno senso nel diritto postclassico e giustiniano, dove semmai si assiste alla tendenza opposta, volta a concedere simili mezzi di tutela, sia pure in un contesto ormai non più formulare, a chiunque possa vantare un pregresso esercizio *sine vitio* del rapporto (tanto che anche l'*interdictum de itinere actuque reficiendo*, riservato classicamente a chi abbia lo *ius reficiendi*, in D. 43.19.5.3 – cfr. *infra*, § 12 e nt. 308 e § 16 – viene accordato a chiunque, pur non avendo una *servitus iure imposita*, abbia tuttavia '*velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute*'): in tale prospettiva, se ogni riferimento alla convinzione di agire secondo diritto o alla buona fede sembra quindi fuori luogo e fuorviante (cfr. ad esempio la curiosa posizione di GLÜCK, *op. ult. cit.*, p. 104, condotto a ritenere impossibile concepire un «possesso» della servitù esente da vizi che non sia di buona fede, finendo così con il confondere l'*usus servitutis* – e in generale il possesso – oggettivamente non vizioso con quello di buona fede: cfr. CAPOGROSSI, *op. ult. cit.*, p. 412 nt. 94), l'unica via percorribile sembra quella di ritenere, molto semplicemente, che la locuzione '*qui suo iure credidit*' rappresenti semplicemente un'imprecisa formulazione da parte di Paolo (o meglio, forse, da parte del copista) del concetto che voleva esprimere (cfr. già SAVIGNY, *loc. ult. cit.*, su cui si veda CAPOGROSSI, *loc. cit.*: tuttavia Friedrich Karl von Savigny, oltre a giudicare ambiguo '*credidit*', afferma in ogni caso che la proposizione vuole esprimere non la *bona fides*, ma semmai il cd. *animus domini*, e richiama infatti D. 43.19.7 e D. 43.19.1.6, spiegando poi il frammento nel senso qui sostenuto), concetto che, come mostra la successiva frase '*si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit*', non doveva essere diverso da quello espresso da Viviano e da Ulpiano in D. 43.19.1.6, e da Celso in D. 43.19.7 (cfr. *infra*, nt. 167 s.); tale interpretazione, del resto, risulta confermata anche dalla struttura palinogenetica (cfr. LENEL, *Palinogenesia*, cit. [nt. 20], I, c. 1299, n. 2015 ss., e II, c. 285 s., n. 195) dei frammenti D. 8.6.20-25, concatenazione in cui sono fusi passi tratti dal primo libro *regularum* di Scevola – n. 20, 22, 24 – e dal quinto libro *sententiarum* di Paolo – n. 21, 23, 25: cfr. *Paul. sent.* 5.6.8d-f – in un compiuto discorso tendenzialmente unitario: [20] *Usu retinetur servitus, cum ipse cui debetur utitur quive in possessionem eius est aut mercennarius aut hospes aut medicus quive ad visitandum dominum venit vel colonus aut fructuarius*: [21] *fructuarius licet suo nomine*. [22] *Denique quicumque quasi debita via usus fuerit*, [23] *(sive ad fundum nostrum facit, vel ex fundo)* [24] *licet malae fidei possessor sit, retinebitur servitus*. [25] *Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit*: l'esercizio della servitù, qui considerato dai due giuristi unitariamente, cioè sia agli effetti della tutela interdittale sia ai fini di evitare la prescrizione per *non usus* (cfr. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 164), era comunque realizzato se ci si avvaleva del transito ('*usus fuerit*') '*quasi debita via*' (fr. 22) – '*licet malae fidei possessor sit*' (fr. 24) – senza che qui Paolo potesse, usando a senso la locuzione '*qui suo iure credidit*', intendere altro che l'intenzione di transitare nel fondo del vicino esercitando una propria prerogativa, senza bisogno di alcun permesso da parte del *dominus* ed anche contro il suo divieto, diversamente da chi – come subito dopo il giurista aggiunge esemplificativamente – percorresse un sentiero privato come si trattasse di una via pubblica o con l'idea di servirsi di una servitù altrui (sull'imprecisione della locuzione di Paolo cfr. anche WINDSCHEID, *loc. ult. cit.*). Su D. 8.6.20 si veda tra l'altro MARRONE, *La posizione possessoria*, cit. [nt. 1], p. 80 ss.

Come in particolare mostra il confronto con il testé ricordato D. 43.19.1.6, non si tratta qui, come pur a prima vista potrebbe sembrare, di un atteggiamento di buona fede¹⁶⁷ (magari da coordinare,

¹⁶⁷ Cfr. in particolare D. 43.19.7 (Cels. 25 dig.): *'si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet'*. Tale testo non sembra sospettabile nella sua genuinità se non nella parte finale (da *'nam'* o comunque da *'ius fundi'* in poi), che nella sua non perfetta congruità rispetto all'argomentazione precedente potrebbe essere in effetti una glossa postclassica (cfr. ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 55], p. 343, che sospetta appunto il finale in vista dell'esplicitazione della *possessio servitutis*, e F. STELLA MARANCA, *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, 1915, p. 146; mentre MOMMSEN, «Digesta Iustiniani Augusti», cit. [nt. 99], II, p. 594 nt. 6, propone di emendare *'fundus'* con *'eundi'*, BONFANTE, *Note a WINDSCHEID*, cit. [nt. 56], V, p. 664, per evitare di espungere con Emilio Albertario tutto il periodo, propone di correggere *'ius fundi possedisse'* con *'servitutum usum esse'*: specificazione che però sembrerebbe un po' troppo banale – *'nam ut hoc interdictum competat, servitutum usum esse oportet'* – per un giurista classico come Celso; sul carattere postclassico della *'possessio servitutis'* si veda altresì ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit. [nt. 1], p. 154 ss. e, sul testo in esame, p. 153 nt. 577): il passo risulta al di là di ogni dubbio mostrare come qui si tratti dell'atteggiamento psicologico – non rileva infatti che l'esercizio della servitù avvenga o meno *vi, clam* o *precario* nei confronti del titolare del fondo – di chi attraverso il fondo nella persuasione di esercitare un diritto che gli compete (anche se non sembra ovviamente richiesta una esatta prospettazione giuridica del fenomeno da parte dell'agente), e quindi di poterlo fare indipendentemente e contro ogni eventuale opposizione del *dominus*: tale atteggiamento concreta quindi un *usus servitutis* in senso tecnico, che risulta senz'altro mancare quando il soggetto invece non attraverserebbe il fondo se il proprietario glielo proibisse, ovvero, come esemplifica Viviano in D. 43.19.1.6, qualora lo faccia semplicemente perché la strada pubblica è interrotta; su D. 43.19.7 si vedano anche SOLAZZI, *La tutela e il possesso*, cit. [nt. 9], p. 92 (che sino a *'interdictum de itinere actuque'* riferisce senza problemi a Celso il frammento), K.F. THORMANN, *De iure Compascendi*, in «ZSS.», LXXXIV, 1954, p. 108 e nt. 87 s. e p. 110 nt. 91 (che difende la parte finale dalle critiche di Emilio Albertario), LAURIA, *Possessiones*, cit. [nt. 1], p. 196 s., CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 400 (che accetta l'autenticità del finale e ritiene che il fatto che tale requisito, per cui l'*usus servitutis* deve essere effettuato *'tamquam id suo iure faceret'*, si traduca nella necessità, «per la concessione dell'interdetto», che «il richiedente *ius fundi possedisse*»: prospettiva non ben chiara – cfr. la ricordata [nt. 73] recensione di WAN WARMELO, p. 259 –, dato che un conto è il rapporto tra il fondo dominante e l'intimante – che del resto può anche non esserne il possessore, come nel caso dell'usufruttuario: cfr. tra l'altro *supra*, nt. 60 –, altra cosa è l'atteggiamento psicologico del soggetto che si avvale della servitù), R. WILLVONSEDER, *Die Verwendung der Denkfigur der «condicio sine qua non» bei den römischen Juristen*, Wien - Köln - Graz, 1984, p. 84 s., RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?*, cit. [nt. 164], p. 185 s., e LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 75 e, in riferimento alla Glossa, p. 152 s. (cfr. *infra*, nt. 170). Se questo è il senso del pensiero di Viviano e di Celso, tutto sommato piuttosto ovvio, dato che non può considerarsi esercizio della servitù il mero transito attraverso il fondo del vicino senza che il soggetto pensi di poterlo fare in base ad un proprio diritto e al di là di ogni permesso del vicino, per quanto riguarda l'affermazione di Paolo in D. 8.6.25 – *'servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credit'* (dove i dubbi che possono nascere circa la locuzione *'suo iure uti'*, che a prima vista potrebbe apparire distante dall'elemento psicologico considerato da Celso e da Viviano, sono come si è visto subito dissipati dalla specificazione *'si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit'*), non sembra di poter far dire al giurista severiano molto più di quanto già detto dai due giuristi precedenti, né di sottilizzare sulla ipotetica preferibilità del ricorso al verbo *'volo'* in luogo di *'credo'*, come fa CAPOGROSSI, *op. ult. cit.*, p. 411 ss. e nt. 93 s. e p. 434 (cfr. la recensione di A. BURDESE, in «BIDR.», LXIII, 1977, p. 394, nonché WAN WARMELO, *loc. ult. cit.*), che tende a interpretare tale requisito in termini di «buona fede», da porre in relazione, sulla base della dottrina del diritto comune, nientedimeno che con la figura della *usucapio servitutis* (di Luigi Capogrossi Colognesi cfr. altresì *Uti hoc anno aquam duxisti*, cit. [nt. 123], p. 141 s. e nt. 36, *Appunti sulla «quasi possessio iuris»*, cit. [nt. 57], p. 245 s. e nt. 12, e *Nuovi orizzonti e antiche radici nel 'Recht des Besitzes' di F.C. v. Savigny*, in *Proprietà e diritti reali*, cit. [nt. 57], p. 236 e nt. 138): anche senza poter approfondire qui la prospettazione generale della tutela interdittale che è alla base di tale impostazione (cfr. in generale ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali*, cit. [nt. 60], specie p. 504 s. e 514 ss.), sembra di poter brevemente notare come in ogni caso l'atteggiamento di buona fede implichi una ulteriore convinzione di esercitare un proprio diritto senza ledere altrui posizioni giuridiche che per quanto riguarda il requisito minimo dell'*usus servitutis* richiesto da Celso, Viviano e Paolo non è affatto previsto, bastando l'intenzione di attraversare il fondo (o condurre l'acqua) come se si trattasse di un proprio diritto, indipendentemente dal permesso del vicino e quindi anche contro la sua volontà, tanto è vero che, se Celso in D. 43.19.7 specifica che chi non lo ha fatto con tale atteggiamento mentale può comunque aver attraversato il fondo *'nec vi nec clam nec precario'*, per converso è al limite da considerare *usus servitutis* anche quello attuato non solo da chi lo compia *sine vitio*, ma altresì quello posto in essere da colui che, invece, abbia agito *vi, clam* o *precario*, appunto in quanto l'*usus servitutis* in senso tecnico può essere posto in essere anche da chi pur sappia di non essere affatto titolare di un tale diritto, e, anche quando egli se ne sia avvalso pur sapendo di non avere alcun diritto in tal senso, l'interdetto lo tutela, purché sussistano i requisiti previsti e l'avversario non riesca nella prova di uno degli elementi indicati nella *clausula vitii*, anche se egli è destinato ad essere poi sconfitto in sede di *negatoria servitutis*; per altro verso, tale l'intenzione di avvalersi di un rapporto di servitù, nel caso an-

come pur si è tentato incautamente di fare, all'*usus servitutis* tutelato dalla pseudo *actio Publiciana* di D. 6.2.11.1)¹⁶⁸, né tantomeno di un requisito che abbia a che fare con il presupposto introdotto dall'*in-*

che in mala fede, è altresì cosa diversa dal requisito della convinzione di agire secondo diritto che in D. 43.20.1.9-10, 19 e 39 (cfr. *infra*, nt. 169) è richiesto per gli *interdicta de aqua*, ove addirittura si concede tale mezzo di tutela (§ 19) a colui '*qui putat se iure uti*' escludendo '*qui scit se nullum ius habere*', ossia a chi è convinto (§ 39) che la servitù sia effettivamente '*imposita*', tollerandosi al massimo l'erroneità di una simile convinzione solo se dovuta ad un *error facti*, ma – a differenza, è da sottolineare, della *bona fides* – non se conseguente ad un *error iuris* (§ 10): un requisito che quindi, pur nella estrema brevità concessa a queste notazioni (cfr. in ogni caso ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], p. 374 nt. 150 e p. 378 ss. e nt. 158), risulta comunque affatto diverso dall'elemento della mera intenzione di svolgere una determinata attività sussumendola più o meno tecnicamente in termini di servitù.

¹⁶⁸ Nell'agevole quanto netta differenziazione tra i tre elementi esaminati nella nota precedente (volontà di attuare il transito nel fondo del vicino sussumendolo in termini di rapporto di servitù, esercizio dell'acquedotto nella convinzione, nel caso erronea a causa di un *error facti* ma non di un *error iuris*, di agire secondo diritto, e buona fede in senso proprio, che sussiste invece anche in caso di *error iuris*), desta in effetti stupore e imbarazzo la architettura ricostruttiva tentata da Vincenzo Mannino (*La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 61 ss.: cfr. anche *Dalla tutela della «quasi possessio» delle servitù alla rilevanza dell'«immemorabile tempus» e della «vetustas»*, cit. [nt. 57], p. 14 ss. e 22ss.), che muove da un accostamento tra D. 6.2.11.1 (relativo all'*actio Publiciana* concessa per le servitù sorte mediante *patientia*), D. 8.6.25 e D. 8.5.16 (cfr. *supra*, nt. 75 e 151, ed *infra*, nt. 191, 195, 197 e 414: frammento in cui peraltro l'autore – p. 26 ss. – pretende di scorgere un riferimento all'*actio Publiciana* di D. 6.2.11.1) per procedere ad una ardita ipotesi in cui il ricorso alla *Publiciana* in tema di servitù si giustificerebbe, per quanto riguarda la *factio usucapionis* (ovvero quella che l'autore – p. 52 ss. – preferisce considerare in termini di *factio iuris* piuttosto che in termini di *factio temporis*: cfr. *infra*, nt. 219) appunto grazie ad una nuova concezione dell'*usus servitutis*, modellato dai giuristi, a partire dall'età traiana, come requisito implicante nientedimeno che la buona fede, ossia la convinzione di esercitare un proprio diritto, da parte di chi si avvalga della servitù. Nell'articolare tale eclatante soluzione, Vincenzo Mannino – che non si preoccupa di esaminare gli effetti che una simile innovazione avrebbe avuto su tutta la logica sistemica degli *interdicta de servitutibus*, che, specie per quanto riguarda la tutela dell'*iter*, ne sarebbe stata del tutto sconvolta pressoché dalle fondamenta, limitandosi invece ai rassicuranti riscontri che una simile impostazione potrebbe rintracciare nelle tendenze a enfatizzare l'elemento soggettivo nel diverso fenomeno della costruzione del possesso: cfr. p. 62 nt. 94, dove vengono citati autori e articoli che si occupano dell'*animus possidendi* ma non certo delle servitù) – muove dalla constatazione che «al livello del pensiero di Ulpiano il lungo *usus* e la *longa consuetudo* – certo riconducibili all'idea espressa dalla *vetustas* – risultano pacificamente presentati dalle fonti come un autonomo modo di acquisto delle servitù» (p. 67 e nt. 100, dove a suffragio di tale poderosa affermazione si richiama soltanto l'assai dubbio – cfr. *supra*, § 2 e nt. 72 e 74 – D. 39.3.1.22-23), e si sostiene che per ammettere una tale valenza risolutiva dell'*usus servitutis* la «riflessione» dei giuristi disciplinò quest'ultimo appunto nel senso di ammetterne i decisivi effetti soltanto se fosse accertato il suo carattere di «buona fede»: D. 8.6.25 viene così visto – p. 51 ss. e p. 63 ss. – come una affermazione di Paolo ('*qui suo uti se credit*') nel senso che soltanto chi si fosse avvalso della servitù in buona fede poteva ricorrere all'interdetto (oltre che alla non meglio specificata *actio*) senza neppure tentare di chiarire il motivo per cui, nella logica del testo, tale impostazione sia spiegata attraverso la contrapposizione al caso di chi si avvalga del passaggio come si trattasse di una via pubblica o di una servitù altrui ('*ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit*': comportamento che, a seguire la dubbia logica dell'autore, sarebbe in tal caso da considerare di mala fede); sempre in termini di «buona fede» viene poi spiegato, sulle orme di Luigi Capogrossi Colognesi (cfr. *infra*, nt. 169), il requisito, proprio degli interdetti relativi alla *servitus aquae ducendae*, per cui l'agente deve aver esercitato la servitù nella convinzione di comportarsi secondo diritto, non ponendo neppure mente al fatto che tale requisito, ancora una volta, è integrato da un *error purché facti* e non *iuris*, e quindi al risultato che in tale prospettiva risulterebbe che, se chi si avvale in tal modo della servitù è da considerare in buona fede, sarebbe incongruamente da non considerare tale, e quindi in mala fede, chi se ne avvalga convinto del proprio diritto in seguito ad un *error in iure*; persino in un testo apparentemente inoffensivo come D. 43.19.7 di Celso (giova rileggerlo: '*si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet*') Vincenzo Mannino – p. 73 – riesce a scoprire inequivocabili testimonianze di un requisito di «buona fede», senza pensare che, se attraversare il fondo altrui con l'intenzione di avvalersi di una servitù legittima all'interdetto, questo può avvenire anche se il soggetto sa benissimo che in realtà tale diritto non gli compete, mentre non avrebbe diritto a tale forma di tutela se avesse attraversato il fondo semplicemente avvalendosi, come sovente avviene, quale scorciatoia, e quindi pronto ad ubbidire al divieto del *dominus* (cfr. *supra*, nt. 166 *in fine*), in una contrapposizione che non è quindi tra buona e mala fede, bensì, al pari di quella che ricorre in D. 8.6.5 come in D. 43.19.1.6, tra chi, in buona o cattiva fede, ha intenzione di esercitare una servitù e chi invece attraversa il fondo senza per nulla sussumere tale atto in tale categoria ed anzi pensando magari che il sentiero privato sia una via pubblica aperta a tutti (cfr., correttamente, CORRÈA FATTORI, *La legittimazione attiva all'interdetto de itinere actuque privato*, cit. [nt. 123], p. 84 nt. 21). In tale «patchwork» di volontà, convinzioni circa il proprio diritto, buona fede ed altri atteggiamenti mentali positivi, mischiando e fondendo ogni presupposto, elemento o requisito che riguarda, su piani pur alquanto distinti, l'esercizio della ser-

vitù, l'autore – p. 65 s. – riesce così a rintracciare le dubbie vestigia di un processo che, a partire dall'età di Traiano, avrebbe condotto la giurisprudenza a sforzarsi «di ancorare il riconoscimento di quella specifica tutela pretoria in tema di *ire agere* e *aquam ducere*, non solo al dato oggettivo rappresentato dal rapporto materiale con la *res*, ma anche dalla presenza di una volontà e buona fede dirette a realizzare l'*usus servitutis*» (rivoluzione che, si può notare, avrebbe tra l'altro dovuto magari condurre alla soppressione della *clausula vitii*, dato che in tal caso il riferimento alla buona fede avrebbe reso superflua la specificazione '*non vi non clam non precario*'): una prospettiva che conduce così ad unificare la tutela degli interdetti *de itinere* e *de aqua*, senza pensare che per questi ultimi non basta certo la buona fede, dato che la convinzione erronea dell'agente è ammessa solo se dovuta ad *error facti*, mentre in ordine all'*interdictum de itinere actuque* una pur cursoria considerazione delle fonti rende semplicemente inconfigurabile una simile ipotesi, dato che, in particolare, Ulpiano (D. 43.19.1.2) afferma a chiare lettere che '*hoc interdicto praetor non inquirat, utrum habuit iure servitutem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat*', mentre trattando dell'*interdictum de itinere actuque reficiendo* ribadisce (D. 43.19.3.13): '*hoc autem a superiori distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est et ius sibi esse reficiendi oporteat. ius autem esse videtur ei, cui servitus debetur. itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum et ei servitutem competere: ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum, nec immerito. qui enim vult ire agere, tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere ...*' (passi entrambi del tutto ignorati da Vincenzo Mannino, che non si preoccupa minimamente di confrontare le proprie conclusioni circa la necessità di aver usato la servitù in buona fede per avvalersi dell'interdetto con l'architettura generale che di quest'ultimo si può ricavare sia dalle fonti in materia che dalla sistematica generale di tale tipo di tutela). In tale travolgente trionfo dell'atteggiamento psicologico dell'agente sulla struttura dell'*interdictum de itinere* e sul suo imperniarsi sulla concreta questione *de facto* rappresentata dall'esercizio della servitù, non si esita quindi a forzare il dettato di testi che vengono interpretati come riscontri della necessità di essere in buona fede per avvalersi di tale interdetto, dimenticando del tutto come il meccanismo decretale possa per altre vie ed in maniera alquanto più semplice e lineare dare una spiegazione dei problemi considerati; e in tale voluta preterizione degli aspetti tecnicistici della procedura interdittale viene così esaminato, sulle orme di Luigi Capogrossi Colognesi (*La struttura*, II, cit. [nt. 64], p. 407 ss.: cfr. la ricordata [nt. 73] recensione di VAN WARMELO, p. 259) un passo come D. 43.19.1.11 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*Si tibi fundum precario concessero, cui via debebatur, deinde tu a domino fundi precario rogaveris, ut ea via ad eum fundum utaris: an noceat tibi exceptio, si adversus eum velis interdicere, a quo precario viam rogasti? et magis est, ut noceat, idque colligi potest ex eo, quod Iulianus scribit in specie huiusmodi. quaerit enim, si ego tibi fundum precario dederò, cui via debebatur, et tu rogaveris precario, ut ea via utaris: nihilo minus utile interdictum mihi esse, quia, sicuti me precarium rei meae non tenet, ita nec per te precario possidere intellegor: quotiens enim colonus meus aut is, cui precario fundum dedi, via utitur, ego ire intellegor, propter quod et recte dico me itinere usum. quae ratio, inquit, efficit, ut et, si ego viam precario rogavero et tibi fundum precario dederò, quamvis hac mente ieris, quasi fundo meo deberetur, inutile esset interdictum et precario eo itinere usus esse videar, non immerito: non enim opinio tua, sed mea quaerenda est. tu tamen, credo, poteris interdicto uti, etsi de hoc nihil scribat Iulianus*') che, a partire dalla critica interpolazionistica, ha sempre creato non lievi imbarazzi alla dottrina (cfr. BESELER, *Beiträge*, I, cit. [nt. 9], p. 106 – ove è attaccato il tratto da '*an noceat tibi exceptio*' a '*ex eo, quod*' nonché quello da '*in specie huiusmodi*' sino a '*ut ea via utaris*', in modo da ricostruire: '*... ut ea via ad eum fundum utaris: Iulianus scribit nihilo minus utile interdictum mihi esse ...*', cassando anche il finale '*tu tamen, credo ... scribat Iulianus*' –, *Beiträge*, II, cit. [nt. 63], p. 56, a proposito della locuzione '*... idque colligi potest ex eo, quod ...*', e *Beiträge*, V, cit. [nt. 24], p. 78, ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 211 nt. 1, G. SCHERILLO, *Locazione e precario* [1929], in *Scritti giuridici*, II.2, cit. [nt. 1], p. 458 s. – secondo cui, se il passo non è giunto a noi integro, esso parrebbe in ogni caso attestare l'accettazione ulpiana della teoria del doppio possesso –, SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 136 s., G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* Milano, 1955, p. 38, J. AICHER, *D. 44, 7, 37 pr.*, in «SDHI.», XXXV, 1969, p. 369 e nt. 55 – sul significato di '*interdicere*' –, P. ZAMORANI, *Precario habere*, cit. [nt. 3], p. 260 ss. – cfr. le recensioni di P. VAN WARMELO, in «T.», XXXIX, 1971, p. 115, e di M. MARRONE, «*Precario habere*» e «*precarium*», in «Labeo», XVII, 1971, p. 209 –, M. KASER, *Zur Geschichte des precarium*, in «ZSS.», CII, 1972, p. 137 s. – cfr. le critiche a Pierpaolo Zamorani, p. 136 –, G. LONGO, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in «SDHI.», XLV, 1979, p. 116 s. – che, contestando le drastiche soluzioni di Gerhard von Beseler, ammette alcune «parziali intrusioni visibili» nel passo, ma lo considera sostanzialmente classico, ritenendo tuttavia un'aggiunta di un annotatore postclassico rimasta nella versione giustiniana le parole '*sicuti me precarium rei meae non tenet*' –, C. GARCIA VAZQUEZ, *Precarium suae rei*, in «BIDR.», XCIV-XCV, 1991-1992, p. 188 ss., e CORRÈA FATTORI, *La legittimazione*, cit., p. 82 ss.); pur senza volere qui addentrarsi nei complessi problemi presentati dal testo (tra l'altro, una delle principali obiezioni alla congruità del passo, secondo cui sarebbe privo di logica che il precarista richieda in precario una servitù di passaggio al vicino quando una analoga servitù è già da esso dovuta al fondo, sembra trascurare il pur semplice fatto che egli può non essere a conoscenza di quest'ultima circostanza, mentre d'altra parte l'interesse di Ulpiano appare in ogni caso concentrato sull'astratto problema giuridico prospettato), si può in ogni caso limitarsi a notare come l'idea secondo cui è «grande merito del Capogrossi Colognesi» (MANNINO, *op. ult. cit.*, p. 70) l'aver individuato nell'*animus del iuris possessor* il criterio determinante delle varie soluzioni presentate dal testo (cfr. CAPOGROSSI, *ult. op. cit.*, p. 410), che condurrebbe a concludere che da D. 43.19.1.11 discenderebbe che Ulpiano «considera comunque la volontà e la *bona fides* un requisito necessario all'esperimento dell'interdetto dell'*usus* del passaggio» (MANNINO, *op. ult. cit.*, p. 72 s.)

interpretatio giurisprudenziale in ordine agli *interdicta de aqua*, ossia la convinzione di agire conformemente a diritto ('... iure ducere se putare ...'), aspetto che, stando al dettato di D. 43.20.1.9-10, 19 e 39, è invece integrato altresì da un *error in facto* – anche se non da un *error iuris* – che generi comunque la persuasione del carattere legittimo di tale attività¹⁶⁹: molto più semplicemente, D. 8.6.25 risulta rife-

non consideri menomamente un dato formulare che, senza per nulla ricorrere all'introduzione di tale nuovo requisito di buona fede che sconvolge, come si è accennato, tutta la sistematica della tutela interdittale dell'*iter*, sarebbe stato forse decisivo per comprendere le soluzioni del passo in maniera alquanto più semplice e lineare, nonché in una falsariga del tutto tradizionale: infatti, com'è noto (cfr. per tutti UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], specie p. 345 s.; ma il fenomeno è conosciuto anche a livello istituzionale: cfr. ad esempio ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 275, e di recente CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 231 s.), non pochi interdetti, accanto alla *clausula vitii* ('non vi non clam non precario'), recano una specificazione soggettiva ('ab illo', 'a te', 'altero ab altero') che fa sì che la viziosità del possesso ovvero dell'esercizio della servitù non debba essere considerata in termini oggettivi, limitando la rilevanza di tali vizi a colui nei confronti del quale il possesso è stato ottenuto *vi, clam* o *precario* ovvero la servitù è stata similmente esercitata (cfr. in particolare D. 43.19.3.2 [Ulp. 70 *ad ed.*]: '*Si quis ab auctore meo vi aut clam aut precario usus est, recte a me via uti prohibetur et interdictum ei inutile est, quia a me videtur vi vel clam vel precario possidere, qui ab auctore meo vitiose possidet. nam et Pedius scribit, si vi aut clam aut precario ab eo sit usus, in cuius locum hereditate vel emptione aliove quo iure successi, idem esse dicendum: cum enim successerit quis in locum eorum, aequum non est nos noceri hoc, quod adversus eum non nocuit, in cuius locum successimus*', su cui UBBELOHDE, *op. cit.*, p. 301 s., dove si sottolinea il valore delle parole '*quod precario ab illo habet*' nella formula dell'*interdictum de precario*: si veda di recente CORREA FATTORI, *op. cit.*, p. 94 s.); per tal verso, se si considerano le ipotesi presentate da D. 43.19.1.11, non sembra in effetti per nulla strano che, se chi ha avuto in precario un fondo cui era dovuta dal vicino una servitù di passaggio, non sapendolo ha chiesto a quest'ultimo a titolo precario di transitare per il suo fondo, non potrà tutelare tale situazione di fatto attraverso l'*interdictum de itinere*, poiché il *dominus* del fondo servente, anche se in effetti l'*iter* è dovuto al fondo concesso a titolo precario, nei confronti del precarista potrà vittoriosamente avvalersi ('... an noceat tibi exceptio ...') dell'*exceptio 'nec vi nec precario ab illo usus es'* ('... si adversus eum velis interdicere, a quo precario viam rogasti ...') poiché questi nei suoi confronti egli ha effettuato il transito appunto a titolo precario ('... deinde tu a domino fundi precario rogaveris ...'); analogamente, nel caso prospettato dalla seconda parte del frammento, in cui il *dominus* ha sul fondo del vicino semplicemente un transito a titolo precario ma il precarista se ne avvale nella convinzione che sia dovuto un vero e proprio rapporto di servitù ('si ego viam precario rogavero et tibi fundum precario dederò, quamvis hac mente ieris, quasi fundo meo deberetur'), il *dominus* non potrà giovarsi dell'interdetto poiché per quanto lo riguarda ('non enim opinio tua, sed mea quaerenda est') il transito rimane a titolo precario ('inutile esset interdictum et precario eo itinere usus esse videar'), mentre, aggiunge Ulpiano nel finale, il precarista del fondo, che si è avvalso del transito come di una servitù, potrà giovarsi dell'interdetto, poiché nei suoi confronti non varrà l'eccezione '*... nec precario ab illo ...*' ('... tu tamen, credo, poteris interdicto uti ...'). Anche senza certo pretendere di aver risolto tutti i problemi presentati da D. 43.19.1.11, non sembra difficile vedere come, fondandosi sul normale carattere soggettivo che il carattere *vi, clam* o *precario* del possesso o dell'*usus servitutis* assumono nella formula interdittale, i principali aspetti del testo divengono alquanto più chiari e comprensibili, senza dover minimamente postulare una drastica riforma rivoluzionaria del regime di tale interdetto e considerarlo, contro le precise testimonianze ulpianee di segno opposto, subordinato alla sussistenza della *bona fides* in chi si avvalga dell'*iter* (tale impostazione, del resto, era implicitamente già presente nelle citazioni di D. 43.19.1.11 recate, pur a diversi altri propositi, da August Ubbelohde: si veda, in relazione all'esatto tenore della clausola '*nec vi nec precario ab illo usus es*', p. 346 s. e nt. 22a, nonché, in relazione alle locuzioni '*utile interdictum esse*' e '*interdicere*', p. 364 s. e nt. 88 e p. 441 e nt. 3: cfr. altresì l'esplicito riferimento a tale *exceptio* in relazione a D. 43.19.1.11 già presente in SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer*, cit. [nt. 1], p. 101 s.). Sul valore della clausola '*invito te*', per vari versi analoga, nell'*actio de servitute*, cfr. *infra*, nt. 171.

¹⁶⁹ D. 43.20.1.9-10, 19 e 39 (Ulp. 70 *ad ed.*): '*Et qualiter sit constitutum ius aquae, dicendum est hoc interdictum locum habere. Sed etsi iure aqua non debetur alicui, si tamen iure ducere se putavit, cum non in iure, sed in facto erravit, dicendum est eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti possit: sufficit enim, si iure ducere se putavit, nec vi nec clam nec precario duxit: Aristoteli putat eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo iure uti, non eum, qui scit se nullum ius habere et utitur: namque superiora interdicta ad eos pertinent, qui a capite ducunt vel imposita servitute vel quia putant impositam: aequissimum visum est ei quoque, qui ex castello ducit, interdictum dari: si vedano in particolare, in relazione a D. 43.20.1.9, FABII, *La protezione interdittale*, cit. [nt. 56], p. 134 s.; in relazione a D. 43.20.1.10, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit. [nt. 56], I [§ 164], p. 583 e nt. 11, H. NIEDERMEYER, *Ausgewählte introduktionen zu Ulpian und zur Rechtslehre von der 'vis'*, in «Studi S. Riccobono», I, Palermo, 1936, p. 213 s. e nt. 44, e P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, p. 226 s. e nt. 5 (che ricollega l'interpolazione che a suo avviso inficia D. 43.20.1.10 – «di forma prettamente compilatoria» – ai mutati effetti dell'*error iuris* nel diritto giustiniano, che lo considera inescusabile, considerando anzi – in riferimento a D. 22.6.9.5, per lui senz'altro interpolato – uno *stultus* chi vi cade: '*sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse nec stultis solere succurri, sed errantibus*': cfr. tra l'altro E. HUSCHKE, *Zur Pandektenkritik. Ein Versuch sie auf festere wissenschaftliche Grundsätze zurückzuführen*, Leipzig, 1875, p. 102 ss.); in relazione a D. 43.20.1.19, F.G. PUCHTA, *Pandekten²*, Leipzig, 1877, c. 207 e nt. n, e O. RUGGIERI, *Il possesso e gli istituti di diritto prossimi ad esso. Trattato in diritto romano*, II, Firenze, 1880, p. 432 s.; in relazione a D. 43.20.1.39, G. VON BESELER, *Aequissimum*, in «ZSS.», LVIII, 1925, p. 456 (appunto su '*aequissimum ... dari*'),*

rirsi alla necessità, per potersi avere un *usus servitutis* in senso proprio, di un esercizio effettuato nella convinzione di usare un proprio diritto e quindi di poterlo fare nonostante l'opposizione del titolare del fondo (fattore che, com'è ovvio, evita in particolare che chiunque attraversi ad esempio il fondo possa poi esperire l'*interdictum de itinere privato* contro il *dominus*)¹⁷⁰. Né sembra difficile ricollegare

e PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, cit. [nt. 14], I, p. 779 nt. 4; nella letteratura più recente, oltre a BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 358, e a GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 308 s., su tali passi si vedano altresì SOLAZZI, *La tutela e il possesso*, cit. [nt. 9], p. 69 ss., Th. MAYER-MALY, *Obligamur necessitate*, in «ZSS.», XCVI, 1966, p. 49 e nt. 12 (in relazione al concetto di 'necessitas'), e *Probleme der negotiorum gestio*, ivi, XCIX, 1969, p. 423, CAPOGROSSI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua*, cit. [nt. 57], p. 141 nt. 239 (cfr. la recensione di D. MEDICUS, in «ZSS.», XCVIII, 1968, p. 522), e *La struttura della proprietà*, cit. [nt. 64], II, p. 413 ss. (cfr. le recensioni di BURDESE, cit. [nt. 167], p. 394, e di VAN WARMELO, cit. [nt. 72], p. 259), Ph. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel*, cit. [nt. 72], p. 233 e nt. 219, WINKEL, *Error iuris nocet*, I, cit. [nt. 62], p. 131 s., PALMA, *Le derivazioni d'acqua «ex castello»*, cit. [nt. 76], p. 449 (che sottolinea come, a differenza di quanto avveniva negli interdetti *de aqua*, in quello '*quo ex castello*' il riferimento era all'autorizzazione amministrativa: su tali concessioni si veda altresì R. ORESTANO, *Concessione personale e concessione reale dello ius aquae ducendae ex castello* [Contributo all'esegesi del fr. 1.38.44 D. 43.20 di Ulpiano], in «BIDR.», XLIII, 1935, p. 297 ss.), e DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra Editto e giurisprudenza*, cit. [nt. 72], p. 54 nt. 169. Tale ulteriore requisito previsto in maniera specifica per gli *interdicta de aqua* verosimilmente in seguito alla *interpretatio* giurisprudenziale (non sembrano infatti definitive le censure interpolazionistiche di Siro Solazzi – *loc. ult. cit.* – fondate sul fatto che tale requisito non compare nella formula, che si limita a richiedere l'*usus* attuato *hoc anno* in maniera non viziosa) mi era sembrato da ricondurre – contro l'opinione di Luigi Capogrossi Luigi Colognesi (cfr. *op. ult. cit.*, p. 515 ss., e *Uti hoc anno aquam duxisti*, cit. [nt. 123], p. 133 ss. e p. 138 ss. e nt. 36), che voleva spiegarlo in relazione agli *intervalla dierum et horarum*, che peraltro non riguardano in maniera esclusiva l'acquedotto, ma anche lo *ius eundi agendi* – all'unica effettiva peculiarità che le servitù idriche presentano rispetto a quelle di passaggio, ossia alla loro dimostrabilità attraverso l'istituto della *vetustas*, vedendo nel requisito dell'*usus servitutis* attuato nella convinzione di agire secondo diritto un limite posto alla sua tutela interdittale, onde evitare che si consolidassero situazioni di fatto che con l'andar del tempo avrebbero potuto tradursi, in sede di *actio*, in vere e proprie usucapioni di fatto del diritto (cfr. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale*, cit. [nt. 3], p. 310 s., 371 ss. e 432 ss.: di tale tema avevo intenzione di occuparmi in uno specifico studio della cui prima parte avevo incautamente fatto circolare una ristrettissima edizione provvisoria, stampata in proprio – «*Usus servitutis* e «*vetustas*» nel diritto romano classico. *Elementi soggettivi dell'esercizio dell'acquedotto richiesti ai fini interdittali e dimostrazione del diritto tramite «vetustas» nelle «actiones de servitute*», I, Milano, 1996 –, che purtroppo ora ritrovo sovente citata, mentre ormai, dopo tanti anni, pur rimanendo inalterata l'idea generale, difficilmente penso di riuscire a trovare il tempo per riprendere e concludere tali indagini, quantomeno in forma monografica). In ogni caso, senza volere qui approfondire tali temi, quello che interessa è ribadire che tale requisito, come si è detto (cfr. *supra*, nt. 168), non può essere considerato *tout court* come una prescrizione di buona fede, essendo rispetto ad essa più restrittivo, dato che si ammette che la convinzione di comportarsi secondo diritto («*iure ducere se putare*») possa essere non corrispondere al vero soltanto se ciò è dovuto ad un *error facti*, mentre si esclude che possa a tal fine essere sufficiente un *error iuris* che, in ogni caso, farebbe egualmente ritenere il soggetto in buona fede (e per tal verso tale requisito, piuttosto che alla *bona fides* – cfr. in quest'ultimo senso altresì LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 11 s. –, sembrerebbe semmai da porre in relazione con la *iusta causa usucapionis*, e in particolare – in vista della centralità del problema dell'*error* – forse con quel titolo putativo o '*pro suo*' la cui ammissibilità, com'è noto – cfr. L. VACCA, '*Usucapione* [diritto romano]', in «ED.», XLV, cit. [nt. 51], p. 1009 ss., e «*Iusta causa*» e «*bona fides*» nell'*«usucapio» romana. A proposito del titolo «pro suo»*, in «Sodalitas. Scritti Guarino», cit. [nt. 42], IV, p. 1955 ss. e in particolare p. 1964 ss. –, divise i giuristi romani tra il primo ed il secondo secolo d.C.: ma l'argomento può essere qui, ovviamente, soltanto accennato). D'altra parte, se il presupposto posto da D. 43.20.1.9-10, 19 e 39 per gli interdetti *de aqua* non è propriamente un requisito di buona fede, come ritengono Luigi Capogrossi Colognesi e sulla sua scia Vincenzo Mannino, è altresì da sottolineare l'inaccettabilità della tendenza del primo ('*Interdetti*', cit. [nt. 6], p. 309 e nt. 34: cfr. ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale*, cit. [nt. 60], p. 505) a far rientrare tali mezzi di tutela nella categoria degli interdetti '*qua proprietatis causam continent*', dato che tale requisito riserva la tutela decretale (D. 43.20.1.39) non solo a coloro '*qui ... ducunt ... imposita servitute*' ma, più latamente, a tutti quelli che '*ducunt vel imposita servitute vel quia putant impositam*', e quindi anche se la servitù è in realtà inesistente.

¹⁷⁰ Si veda altresì D. 8.6.22 (Scaev. 1 *reg.*): '*Denique quicumque quasi debita via usus fuerit*' (cfr. *supra*, nt. 166). Si veda, nei glossatori, il rinvio appunto al passo di Viviano: *gl. «Servitute. Casus»* a D. 8.6.25 (*op. cit.* [nt. 17], I, p. 692). Cfr. in particolare ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 244, il quale, riferendo l'istituto al diritto giustiniano, afferma che la «*patientia* non va però intesa come mera tolleranza, (nel qual caso si avrebbe, anziché un modo di costituzione immediata, un avviamento alla prescrizione acquisitiva)»: in effetti, se un *usus servitutis* meramente tollerato potrebbe tutt'al più costituire un esercizio *precario* del passaggio o dell'acquedotto, è tuttavia da notare come le fonti insistano, piuttosto che sulla necessità della mancanza di tale vizio, sulla *scientia* del *dominus fundi*, che manifesta in tal modo che l'*usus servitutis* corrisponde alla sua volontà e non è quindi da considerare attuato *vi, clam o precario* (cfr. in particolare C.I. 3.34.2, di Caracalla, e D. 8.5.16, di Giuliano, su cui *supra*, nt. 75 e 151, ed *infra*, nt. 191, 195,

tale presupposto dell'*usus servitutis*, che nella prospettazione dell'agente deve essere estrinsecazione di un (supposto) proprio diritto, e l'inciso '*invito me*' che, nella formula dell'*actio negatoria* (*si paret N^m. N^m. ius non esse per fundum illum ire agere invito A^o. A^o*), risulta indicare appunto la possibilità di esercitare la servitù *invito domino*, e dunque la sottesa presenza, in linea di massima, di un diritto reale che comprime la possibilità di quest'ultimo di inibire come illecita, con la *prohibitio*, qualsivoglia attività di un terzo sul proprio fondo¹⁷¹.

Più in generale, anche senza addentrarsi in ulteriori problemi, il fatto che il concedente si sia preventivamente impegnato a non ostacolare l'esercizio della servitù, dà in effetti un significato diverso a quest'ultimo sin dal primo atto all'esercizio posto in essere, e sembra consentire di sussumere il comportamento del titolare in un *usus servitutis* in senso proprio. Se infatti la convinzione di esercitare un diritto è aspetto dirimente che distingue l'esercizio dello *ius in re aliena* da comportamenti all'esterno apparentemente analoghi che tuttavia da un punto di vista giuridico non sono tali (come quello di chi attraversa la proprietà di vicino perché la strada pubblica è interrotta), non sembra che possa essere a tal fine sufficiente – specie in vista dell'irrelevanza dell'errore di diritto, che come si è visto esplica le proprie conseguenze per vari versi anche nel regime degli *iura in re aliena* – l'erronea convinzione di esercitare un proprio diritto di servitù fondata sull'idea che un rapporto contrattuale, come in particolare un'*emptio-venditio*, sia idoneo a creare una servitù in senso tecnico. In effetti, se manca un atto costitutivo del diritto reale o comunque un atto considerato dall'ordinamento per tal verso analogo a questo, la convinzione di esercitare un proprio diritto di servitù ('...*suo iure uti*...') sarebbe qui ipotizzabile solo come conseguenza di un *error iuris*, e come tale rimarrebbe in ogni caso irrilevante: per scolpire meglio tale aspetto con un esempio estremo, si pensi, in particolare, ad un contratto in cui il costituente si sia impegnato ad addivenire alla *in iure cessio* dello *ius*, e a come sia fuori di dubbio che, sino a che tale negozio non venga compiuto, la servitù non esista e quindi non possa essere legittimamente esercitata, pur sussistendo già l'obbligo in tal senso in relazione al fondo su cui insisterà la servitù. Né il fatto che, in ipotesi, gli accordi tra le parti mirino invece a costituire un rapporto analogo alla servitù al di fuori dei modi di costituzione *iure civili*, potrebbe evidentemente mutare la situazione e rendere invece il contratto di per sé idoneo a far sorgere il diritto reale in questione, e neppure a legittimare soltanto una tutela interdittale del suo esercizio attuato in via di fatto¹⁷².

197 e 414): né sembra quindi da escludere che da una simile parificazione tra la *scientia domini* ed il carattere *non vi non clam non precario* dell'*usus servitutis* derivi l'insistere delle fonti postclassiche, nel concedere la tutela del *diuturnus usus* del rapporto fondiario, sulla necessità che esso sia sorto appunto *non vi non clam non precario*, usando peraltro tale requisito in un significato alquanto remoto da quello che classicamente assumeva nella procedura interdittale, vendendo riferito da testi come D. 8.5.10.pr. e D. 39.3.1.23 al possesso di un acquedotto che conduce all'usucapione di una servitù (o di una *quasi servitus*).

¹⁷¹) Sull'inciso '*invito me*' presente nella formula dell'*actio negatoria* (Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 190, 193, e 374: cfr., per l'usufrutto, il già ricordato D. 7.6.5.pr., e per le servitù D. 8.2.5 [Ulp. 17 *ad ed.*]: '*invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit. ideo Pomponius libro quadragesimo et infanitem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur*'; cfr. altresì D. 8.5.4.7, Ulp. 17 *ad ed.* – '*... hoc igitur intendo habere me ius altius tollendi invito eo cum quo ago ...*' – e D. 23.2.45.5, Ulp. 3 *l. Iul. Pap.*) si vedano BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle actiones negativae*, cit. [nt. 75], p. 151 ss., e di recente BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit. [nt. 9], p. 22 ss., 31 ss., 54 ss., 67 ss. e 122 ss. Il tema, in effetti, non ha visto del tutto riconosciuta dalla dottrina l'importanza che gli è propria: in ogni caso, nella letteratura più antica, si vedano, oltre ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit. [nt. 8], p. 797 ss. e a O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen*, Berlin, 1872, p. 90 ss., ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], *passim* e soprattutto p. 53 s. e nt. 2, BIONDI, *Actio negativa ed actio prohibitoria*, cit. [nt. 9], specie p. 639 ss., e GROSSO, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici*, cit. [nt. 9], p. 6 ss. (cfr. in generale altresì C. FADDA, *Consortium, collegia magistratuum, communio*, in «Studi B. Brugi», Palermo, 1910, p. 144 ss., e di recente M. DE SIMONE, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio nella tutela petitoria della servitus altius non tollendi*, in «AUPA», XLVIII, 2003, p. 94 ss.). Sul significato, per certi versi analogo, della locuzione '*ab illo*' nell'interdetto di servitù, cfr. *supra*, nt. 168.

¹⁷²) Cosa che ovviamente risulta a maggior ragione valere, se considerate disgiuntamente, per la *stipulatio* e a fortiori per la *pactio*: ragione per cui la dottrina, in una prospettiva dogmatica alquanto rigida, ha tentato di superare, rifiutandole, le più antiche posizioni relative ad una alternativa di tali due atti nella costituzione delle servitù cosiddette pretorie, come in particolare quella di Hugo Krüger (cfr. *supra*, § 2 e nt. 83 ss.), tendendo piuttosto a conside-

Mentre nella costituzione *iure civili* della servitù la possibilità di esercitare la servitù come diritto reale, e quindi *'invito domino'*, era data dalla *in iure cessio* (ovvero dalla *mancipatio* o in particolare dal legato *per vindicationem*), nelle servitù cosiddette pretorie, quindi, l'esclusione della possibilità di una opposizione del *dominus* risulterebbe invece essere data dalla *stipulatio 'per te non fieri, quo minus utar'*: in base ad un simile presupposto, dall'illegittimità della sua opposizione così stabilita sorgeva quindi un *usus servitutis* in senso proprio e l'atto di esercizio compiuto dal titolare faceva dunque sorgere una situazione di fatto analoga al possesso che è appunto quella presa in considerazione dall'ordinamento altresì ai fini della concessione della tutela interdittale; per tal verso, anche agli effetti delle late implicazioni sistematico-costruttive che la clausola *'invito domino'* assume nell'ambito dell'*actio* ma altresì, in generale, sul piano dell'architettura strutturale degli *iura praediorum*, tale *cautio* rendeva l'attraversamento del fondo o la derivazione idrica e così via un *usus servitutis* in senso tecnico, attuabile nonostante ogni volontà contraria del *dominus fundi*, in maniera tale da rendere altresì l'esercizio della servitù da parte del titolare in linea di principio *rectus* agli effetti della *'clausula vitii'* interdittale, e facendo quindi considerare in generale illegittima la *prohibitio* che il *dominus* poteva in generale opporre alle attività dei terzi sul suo fondo; grazie alla *stipulatio* in questione, quindi, tale mezzo di autotutela stragiudiziale avrebbe potuto esplicare i suoi effetti soltanto in relazione alla *clausula vitii*, ossia in caso di un *usus servitutis* non corretto, al pari di quanto avveniva per le servitù costituite *iure civili*, mentre, una volta esercitato il diritto, sarebbe stato in ogni caso da considerare di per sé sempre e comunque sussistente il preliminare requisito dell'*usus servitutis* (in senso tecnico) richiesto dall'interdetto (cosa che invece sarebbe appunto mancata nel caso di un esercizio attuato senza che il *dominus* si fosse preventivamente impegnato a subirlo con la *stipulatio*)¹⁷³.

In questa prospettiva, non è forse affatto casuale che in D. 8.1.20 Giavoleno, seguendo Labeone¹⁷⁴, sembri in effetti insistere sul nesso tra la *stipulatio* d'esercizio, da intendere *pro traditione pos-*

rare in qualche modo *pactio et stipulatio* un atto unitario: soluzione che, pur con tutte le difficoltà che derivavano da una simile configurazione negoziale, è sembrata in ogni caso idonea, specie con riguardo ad un ambiente provinciale ove la distinzione tra negozio ad effetti reali e contratto ad effetti obbligatori doveva essere meno netta, a superare il problema di come un contratto potesse dare luogo a quello che comunque si voleva sussumere nella categoria moderna dei «diritti reali» (cfr. per tutti GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 204 ss.); tale visuale del resto ha resistito anche nella prospettazione di chi, come Giuseppe Provera, ha tentato invece di costruire le servitù cosiddette pretorie come obbligazioni *propter rem* (cfr. *Servitù prediali*, cit. [nt. 82], p. 42 s. e nt. 52). D'altra parte, se oggi, pur affrontando simili temi in una prospettiva più concretamente empirica ed alquanto meno dogmatica, si riconosce in ogni caso come tali tentativi di spiegazione della «efficacia reale» della costituzione *'pactionibus et stipulationibus'* non possano essere considerati del tutto convincenti e si prestano a decisive obiezioni (cfr. CORBINO, *'Servitù'*, cit. [nt. 64], p. 256 s. e nt. 191), è da notare come un simile problema costruttivo nasce in massima parte proprio perché si vuole collegare al contratto un effetto reale sostanziale, che sul versante processuale si traduce nella pretesa necessità di concedere al titolare una corrispondente *actio in rem* (con i risultati invero insoddisfacenti cui conducono per tal verso le azioni adombrate da D. 8.5.10.pr.-1, D. 39.3.1.23 e D. 6.2.11.1), mentre il problema sarebbe pressoché automaticamente risolto se, come qui si sostiene, si accettasse l'idea che nella prospettiva romana, per ottenere una validità del diritto «*erga omnes*», era invece sufficiente una idonea tutela interdittale (si pensi al diritto di superficie e al relativo interdetto: cfr. *supra*, nt. 18), la quale, in linea di massima, nella sua stessa struttura si rivolgeva contro chiunque tentasse di impedire il normale esercizio del diritto (cfr. *infra*, § 9 e nt. 229 ss., nonché §§ 13 e 17).

¹⁷³) Senza che il *dominus* si fosse impegnato tramite *stipulatio* a non impedire il transito del vicino sul suo fondo, questo sarebbe in effetti stato considerato non in termini di diritto e corrispondente obbligo, bensì, nella più concessiva delle ipotesi, a titolo di mera concessione liberamente revocabile, e quindi, verosimilmente, come transito effettuato *'precario'*: cfr. *supra*, nt. 168, ed *infra*, nt. 191.

¹⁷⁴) Sui *libri posteriores* di Labeone e sulla *epitome* di Giavoleno (cfr. in breve SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit. [nt. 24], p. 296 s. e 386) si vedano in generale P. JÖRS, *'Antistius'* [34], in PAULY, WISSOWA, «Real-Encyclopädie», cit. [nt. 6], I.2, Stuttgart, 1894, c. 2548 ss. e in particolare c. 2552 ss., A. BERGER, *Contributi allo studio delle fonti e della giurisprudenza romana*, I, *Intorno all'Epitome giavoleniana dei Libri Posteriorum di Labeone*, in «BIDR.», XLIV, 1937, p. 91 ss., S. DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui «libri posteriores» di Labeone*, ivi, IL-L, 1947, p. 277 ss., G. VIARENGO, *Riflessioni su Giavoleno Prisco*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», X.1, 1980, p. 3 ss., e Ch. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo*, Pfaffenweiler, 1986, specie p. 20 ss., su cui si veda D. MANTOVANI, *Sull'origine dei «libri posteriores» di Labeone*, in «Labeo», XXXIV, 1988, p. 271 ss.: cfr. recentemente G. NEGRI, *Riflessioni sparse sui posteriores Labeonis di Giavoleno*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augu-

sessionis, e la tutela interdittale stessa¹⁷⁵:

Quotiens via aut [aliquid] <aliquid> ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

A proposito di questo frammento, anzi, le osservazioni sin qui recate in ordine alle coordinate generali della tutela interdittale possono forse fare giustizia di alcune letture già in passato prospettate, anche se in maniera più cauta, da pur autorevoli studiosi¹⁷⁶ ed ora definitivamente fatte proprie da una dottrina corrente, secondo la quale, mentre Labeone affermava la necessità della *cautio* relativa all'esercizio, da intendersi *pro traditione possessionis*, quale adempimento della obbligazione del venditore, Giavoleno sarebbe invece andato oltre, ammettendo che agli effetti di tale *traditio possessionis* fosse da considerare equivalente alla *cautio* il mero esercizio in quanto tale del diritto così costituito ('*usum eius iuris*'), ossia la semplice immissione dell'acquirente nella fruizione del diritto: mero esercizio sufficiente, in tale nuova prospettiva, a legittimarlo agli interdetti '*veluti possessoria*', ossia *de servitutibus*¹⁷⁷.

Tuttavia, al di là dell'apparente linearità di tale interpretazione – ed anche senza soffermarsi sul preteso valore euristico della dubbia nozione di '*usus iuris*', che in tale visuale si vorrebbe prospettare come decisivo – si deve in ogni caso osservare come difficilmente qui Giavoleno potrebbe voler presentare quale innovazione interpretativa il fatto che l'*usus iuris* (nel caso da intendere *pro traditione possessionis*) facesse sorgere un esercizio tutelabile in via interdittale, dal momento che tale procedura, senza affrontare com'è noto la questione di diritto, tutelava l'esercizio di fatto di un rapporto sussumibile in termini di servitù in quanto tale, ossia sulla semplice base di un atto di *usus* attuato *sine vitio* nell'anno precedente, senza che dunque fosse menomamente necessario che l'esercizio fosse *iuris* (ossia consistente nell'esercizio di un diritto)¹⁷⁸, essendo al contrario perfettamente sufficiente che vi fosse un «*usus facti*»¹⁷⁹. Per tal verso, infatti, se l'assenza di una *stipulatio* d'esercizio avrebbe al massimo legittimato il titolare del fondo servente a negare in sede decretale che l'atto di transito o di conduzione idrica potesse come si è detto concretizzare un *usus servitutis* in senso tecnico, non è per converso certo configurabile che Giavoleno volesse affermare che presupposto dell'interdetto dovesse essere non solo un esercizio attuato nella convinzione di attuare un proprio diritto ('... *qui suo iure uti se credidit* ...', come infatti sintetizza Paolo in D. 8.6.25), ma addirittura, in generale, un esercizio oggettivamente – e non solo psicologicamente – consistente nell'uso di un diritto: presupposto del tutto estraneo alla prospettiva classica e per alcuni versi, semmai, di conio come si vedrà bassoimperiale.

sto agli Antonini. Atti del seminario di S. Marino, 12-14.1.1995», Torino, 1996, p. 57 ss., nonché M. TALAMANCA, *Trebazio Testa fra retorica e diritto*, in «Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti di un seminario. Firenze, 27-28.5.1983», Milano, 1985, p. 79 ss.

¹⁷⁵ Su tale punto (cfr. *supra*, § 4 ed in particolare nt. 100) si veda in particolare GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 180, che si limita ad espungere le parole '*veluti possessoria*', lasciando intatto per il resto il riferimento alla tutela interdittale ('*ideoque et interdicta constituta sunt*').

¹⁷⁶ Per l'opinione di Biondo Biondi cfr. *supra*, nt. 100.

¹⁷⁷ Si vedano in tale senso MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 11 ss., e CAPOGROSSI, *Il depuramento di alcuni actus legitimi*, cit. [nt. 57], p. 163 e nt. 23.

¹⁷⁸ Si vedano in tale prospettiva soprattutto MANNINO, *op. ult. cit.*, p. 19 e nt. 12 s. e *passim*, specie p. 79 ss., e CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà*, cit. [nt. 64], II, p. 368 ss., p. 384 nt. 10, p. 409 s. e *passim* (cfr. altresì TALAMANCA, '*Vendita*', cit. [nt. 100], p. 359, che in ogni caso, pur parlando di '*usus iuris*', ritiene «incerto che l'*usus iuris* potesse sostituire la stipulazione di esercizio o si aggiungesse ad essa»). Al di là del problema della genuinità di tale locuzione in D. 8.1.20 (ove del resto ci si limita a parlare di *usus 'eius iuris*', ossia dello *ius fundi* acquistato), su come l'«*usus iuris*» non sia, «in tema di servitù, concetto romano nemmeno quale sviluppo giurisprudenziale recente» si veda tra l'altro G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 301 (sul carattere in ogni caso giustiniano di tale nozione cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 365).

¹⁷⁹ Sugli interdetti *de itinere* e *de aqua* cfr. *supra*, nt. 123.

Anche lasciando qui da parte ogni problema relativo alla genuinità del testo¹⁸⁰, quindi, non sembra in alcun modo possibile che il giurista flaviano intendesse – per di più nei termini di una innovazione di segno estensivo – ammettere la tutela interdittale dell'*usus «iuris»* del rapporto di transito sull'altrui fondo, quando invece già di per sé tale procedura aveva senza problema ad oggetto qualsiasi esercizio di fatto della servitù, in particolare, di passaggio. Ma soprattutto sarebbe ancora più assurdo pensare – come risulta inevitabilmente implicare tale linea ricostitutiva – che, prima di Giavoleno Prisco, nell'epoca augustea Labeone dovesse invece ritenere che il titolare dello *ius* così costituito potesse ricorrere alla tutela interdittale soltanto previa dimostrazione definitiva che, *pro traditione possessionis*, si fosse addivenuti ad una *stipulatio* del tipo '*per te non fieri, quo minus eo iure uti possit*': essendo gli interdetti in questione fondati su mere circostanze di fatto, il subordinare l'esperibilità dell'interdetto alla prova di tale *cautio* sarebbe dunque equivalso a trasformarlo da interdetto *possessionis causam continens* in interdetto *proprietatis causam continens*¹⁸¹; un fine, questo, che del resto, stante l'architettura sistematica di tale forma procedurale, non avrebbe neppure potuto venire raggiunto in via meramente interpretiva dalla giurisprudenza (come avviene in altri casi, quali ad esempio la convinzione di agire secondo diritto cui vengono subordinati, agendo verosimilmente sulla stessa nozione di '*ducere*', gli *interdicta de aqua*, dato che qui l'interdetto, come si è visto, rimane in ogni caso *possessionis causa continens*)¹⁸², ma – vertendosi in questo caso sulla acquisizione stessa dello *ius* – avrebbe richiesto addirittura l'introduzione autoritativa, da parte del pretore, di una esplicita clausola che, nella formula, condizionasse l'esperibilità dell'interdetto alla sussistenza di tale requisito (così come, in particolare, nell'*interdictum de itinere reficiendo* le parole '*ut tibi ius est*' presuppongono che l'intimante sia appunto titolare dello *ius reficiendi*)¹⁸³.

E poiché nessuno vorrà credere che il testo di Antistio Labeone possa implicare tale assurdo risultato, è quindi giocoforza escludere del pari che Giavoleno, affermando che l'*usus servitutis* legittimava, com'è ovvio, alla protezione interdittale, intendesse con ciò contraddire il giurista augusteo, o addirittura superare la sua visuale in una più concessiva costruzione di tale forma di tutela. Né d'altra parte vi sono in alcun modo elementi sufficienti per pensare che Giavoleno volesse ritenere ultronea la prestazione della *cautio 'per te non fieri, quo minus eo iure uti possit'*, che del resto si è visto essere ancora in auge ed anzi imprescindibile ai tempi di Pomponio (D. 19.1.3.2)¹⁸⁴ e risulta tranquillamente attestata, pur negli ovvi limiti di tale testimonianza retrospettiva, ancora nel sistema giustiniano, cosa che appare in ogni caso implicare la sua piana sopravvivenza nella giurisprudenza classica¹⁸⁵.

Molto più semplicemente, D. 8.1.20 appare voler affermare che secondo Labeone, per adempiere alla propria obbligazione, chi attraverso un contratto di *emptio-venditio* si sia impegnato a trasmettere un diritto di servitù, deve prestare una *cautio* relativa all'impegno di non ostacolare l'esercizio di questa, e che se non lo fa sarà considerato inadempiente agli effetti contrattuali¹⁸⁶, potendo

¹⁸⁰) Cfr. *supra*, nt. 100.

¹⁸¹) Cfr. *supra*, nt. 77.

¹⁸²) Cfr. *supra*, nt. 169.

¹⁸³) Si veda in breve ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della refectio*, cit. [nt. 18], p. 636 ss. (cfr. *supra*, nt. 38, ed *infra*, nt. 267, 308 e 408).

¹⁸⁴) Cfr. *supra*, § 4 e nt. 103.

¹⁸⁵) Cfr. *supra*, § 4 (e tra l'altro nt. 108). In effetti, la visuale di Vincenzo Mannino risulta incentrata – una volta che a suo avviso con Giavoleno si sarebbe imposto, innovativamente rispetto alla posizione di Labeone, il principio per cui '*usus iuris pro traditione possessionis accipiendum esse*' – sulla sola *patientia* quale modo costitutivo delle servitù e dell'usufrutto, cui vengono ricollegate le pretese costruzioni severiane in ordine alla necessità della buona fede per la tutela dell'esercizio di tali diritti (cfr. *supra*, nt. 168), mentre la *stipulatio* di esercizio che vale come *traditio possessionis* sembrerebbe invece, nelle vie ricostruttive percorse dall'autore, del tutto scomparsa: cfr. *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 21 ss., dove il ricordato passo di Pomponio (D. 19.1.3.2), relativo alla necessità di tale *stipulatio*, viene visto come una riaffermazione del pensiero di Labeone, già superato da Giavoleno, che però stranamente non revoca in dubbio il principio secondo cui '*usus iuris pro traditione possessionis accipiendum esse*', cosicché il seguito della trattazione – p. 23 ss. – si snoda soltanto tra testi che si riferiscono pressoché esclusivamente alla *patientia*.

¹⁸⁶) Sull'obbligo di trasmettere la «*possessio*», nonché sull'assunto ricavabile da D. 19.11.1.13 (Ulp. 32 *ad ed.*),

così essere costretto attraverso l'*actio venditi* ad addivenire a tale *stipulatio* (impostazione che, in D. 19.1.3.2, sembra pienamente condivisa ancora da Pomponio: '*si iter actum viam aquae ductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes per te non fieri, quo minus utar*')¹⁸⁷. Per tal verso, è quindi da stabilire in quali termini e in quali prospettive costruttive Giavoleno, invece, ammetterebbe che l'«*usus iuris*» possa sostituire la stipulazione d'esercizio¹⁸⁸.

In effetti, non sembra del tutto chiaro il rapporto che il giurista flaviano rinveniva tra tale posizione interpretativa e la tutela interdittale del diritto così acquistato, dato che l'attuale stesura di D. 8.1.20 introduce tale nesso costruttivo in maniera piuttosto anodina, forse riassumendo la stesura classico, mediante le parole '*ideoque et*'¹⁸⁹. Tuttavia, limitandosi a leggere la notazione di Giavoleno Prisco nella maniera più letterale ('*ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*'), sembra agevole notare come questi si limiti a considerare che, anche qualora non vi sia stata la prestazione della *cautio*, egualmente l'esercizio della servitù può essere considerato sufficiente in quanto dà luogo alla tutela interdittale¹⁹⁰. Se con questo egli risulta implicare che la servitù possa ritenersi purtuttavia sorta in tal modo, in ogni caso, non è per questo da ritenere che egli voglia per tal via escludere l'obbligo del venditore in ordine alla prestazione della *cautio*, potendo del pari essere che egli, in modo invero più semplice, intenda ben diversamente tutelare l'acquirente qualora tale *stipulatio* non sia avvenuta ed egli si trovi egualmente in una situazione

secondo cui il venditore doveva solo trasferire una *possessio* tutelabile in via interdittale (posizione che peraltro non sembra accettata da Nerazio, citato da Ulpiano sempre in D. 19.11.1.13, che richiede altresì una sorta di garanzia contro l'evizione possessoria: cfr. anche D. 19.1.3.pr., Pomp. 9 *ad Sab.*), si veda TALAMANCA, '*Vendita*', cit. [nt. 100], p. 382 e nt. 819.

¹⁸⁷) La dottrina corrente, invece, tende a scorgere un'antinomia irriducibile ad unità tra le affermazioni di Labeone e di Pomponio e quelle di Giavoleno, trovando quindi in essa un motivo per negare la genuinità delle affermazioni di quest'ultimo recate da D. 8.1.20 (come fa, sulle orme di Emilio Albertario, SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 134 ss.), ovvero scorgendo tra tali *prudentes* una *dissensio* che opporrebbe alla posizione trionfante di Giavoleno, dopo molti anni dalla sua affermazione, ancora Pomponio (cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 268, secondo cui «Pomponio sembra ignorare la interpretazione di Giavoleno, ammettendo sempre, come Labeone, che il venditore della servitù debba prestare la stipulazione»), mentre, se vi sono posizioni estreme come quelle di TOMULESCU, *Rapporti: Romania*, cit. [nt. 82], p. 90 nt. 15, che richiama il passo di Pomponio quale prova che alcuni giuristi escludessero la *traditio* come modo di costituzione delle servitù (cfr. *supra*, nt. 100), la dottrina risulta perlopiù scorgere in Pomponio una posizione in qualche modo regressiva rispetto alla regola della sufficienza della *patientia* già generalizzatasi grazie a Giavoleno e a Giuliano (D. 8.5.16: cfr. *infra*, nt. 191, 195 e 414), come implica GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 211: per le posizioni di Vincenzo Mannino nonché in ordine ai dubbi di Mario Talamanca cfr. *supra*, rispettivamente nt. 168 e 178.

¹⁸⁸) Cfr. i ricordati (nt. 178) dubbi di Mario Talamanca ('*Vendita*', cit. [nt. 100], p. 359), che ricorda a tale proposito (nt. 573) come d'altra parte da D. 19.1.6.5 (Pomp. 9 *ad Sab.*) si ricavi che sul piano contrattuale dell'*emptio-venditio* non risulta causa di invalidità, per difetto di legittimazione all'acquisto, la *venditio servitutis* a favore di un soggetto diverso dal proprietario del fondo dominante, caso in cui, tuttavia, il venditore doveva essere esonerato dalla responsabilità del mancato acquisto della servitù da parte dell'acquirente, anche se nulla di più viene detto da Pomponio sull'ulteriore sorte del contratto di compravendita. In ogni caso, per quanto riguarda D. 8.1.20, secondo Mario Talamanca (p. 359) «è incerto se Giavoleno ritenesse che l'*usus iuris* potesse sostituire la stipulazione di esercizio» richiesta da Labeone «o si aggiungesse ad essa».

¹⁸⁹) Sulla non assoluta fidabilità di massima del ricorso a tale avverbio da un punto di vista interpolazionistico, cfr. BESELER, *Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, cit. [nt. 164], p. 456 ss.

¹⁹⁰) Cfr. in ogni caso la traduzione di Vincenzo Mannino (*La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 12): «Io (Giavoleno) ritengo che l'utilizzazione di quel diritto debba ritenersi tenere luogo della *traditio* del possesso e perciò anche gli interdetti come quelli possessori sono stati stabiliti». Dal punto di vista che qui interessa, in effetti, se Siro Solazzi (*Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 157, e *La tutela*, cit. [nt. 9], p. 136: cfr. *supra*, nt. 100), rimproverava a D. 8.1.20 il fatto che si assimilasse l'*usus iuris* non alla *possessio*, bensì alla *traditio possessionis*, mentre a suo avviso Giavoleno avrebbe espresso meglio il proprio pensiero, tale osservazione sembra reversibile, e dimostrare piuttosto che il giurista volesse qui parificare i due fenomeni appunto agli effetti interdittali, in ordine ai quali, propriamente, per avere un *usus iuris* tutelabile occorreva appunto una *stipulatio* effettuata *pro traditio possessionis*: ed infatti già RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 397 s., osservava – cfr. *supra*, nt. 71 – come tali parole, per quanto concise, possano essere intese nel senso che lo stato di fatto posto in essere dall'acquirente che abbia iniziato ad esercitare la servitù in base al contratto sia simile a quella di colui che sia stato immesso nel possesso di una *res corporalis* (cfr. anche BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit. [nt. 73], p. 201 ss., ove a proposito di D. 8.1.20 si insiste sulla analogia tra il possesso in senso proprio e lo stato di fatto costituito dall'*usus servitutis*).

di godimento del diritto così costituito.

Infatti, come si è accennato, è vero che nelle servitù costituite «*iure praetorio*», per dare inizio ad un esercizio tutelabile in via interdittale, la *stipulatio* 'per te non fieri, quo minus eo iure uti possit' qualifica giuridicamente l'episodio ad esempio di transito come vero e proprio atto di *usus servitutis* idoneo a concretare i presupposti posti dalla formula decretale ('*quo itinere actuque privato ... hoc anno ... ab illo usus es ...*'), mentre un mero attraversamento del fondo attuato sulla base del semplice obbligo del venditore di costituire la servitù non sarebbe come si è visto per tal verso sufficiente: ed è infatti per questo che, per adempiere agli obblighi circa la *traditio* di quanto venduto, il concedente deve appunto prestare la *cautio* in questione. Tuttavia – e questa sembra essere la specificazione di Giavoleno –, se tale prestazione era mancata ma l'acquirente aveva egualmente iniziato a servirsi, da tempo più o meno lungo, del diritto di passaggio così posto in essere, qualora egli fosse stato in seguito impedito nella fruizione di questo e fosse ricorso all'interdetto, il titolare del fondo servente, di fronte a tale *usus servitutis* ormai consolidatosi, non avrebbe più potuto obiettare, tendenzialmente in mala fede, che esso era da considerare illegittimo in quanto posto in essere senza la *cautio* che fungeva da *traditio possessionis*: una volta conclusa l'*emptio-vendito*, infatti, egli stesso l'aveva ormai tollerato per un tempo sufficiente da far considerare del tutto irrilevante l'elemento formale della mancata *traditio possessionis*, cui egli avrebbe avuto del resto l'obbligo di provvedere, e al contrario la sua stessa tolleranza del comportamento del vicino implicava senza alternativa il suo consenso ad esso; per tal verso, l'esercizio ormai da tempo perdurante non sarebbe stato più in alcun modo considerabile, nonostante l'assenza della *cautio*, come attuato *clam*, *vi* o *precario* o addirittura come un «*non usus*», in quanto privo degli elementi che qualificavano tecnicamente l'*usus servitutis*, e la tutela interdittale avrebbe dunque normalmente esplicito i suoi effetti¹⁹¹.

¹⁹¹ Cfr. in particolare D. 9.2.45.pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): '*scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit*', relativo alla *lex Aquilia* e da ricollegare al precedente D. 9.2.44.1 (Ulp. 42 *ad Sab.*): '*quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est*' (cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], I, c. 1279 n. 1808); il passo di Paolo, alquanto poco studiato dalla dottrina romanistica (cfr. in ogni caso T. GIMENEZ-CANDELA, *Sobre la «scientia domini» y la acción de la ley Aquilia*, in *Iura*, XXXI, 1980, p. 119 ss. e specificamente p. 126 s., e P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova, 2000, p. 102), risulta porre un obbligo di 'prohibere' affinché la *scientia* del soggetto non venga sussunta in termini di tolleranza o *patientia*, obbligo che appare sotto vari aspetti poter travalicare i confini del danno aquiliano e divenire una sorta di principio generale applicabile, nel caso, anche in tema di servitù. Sul rapporto tra '*scientia*' e '*patientia*' si vedano infatti: D. 9.4.19.2 (Paul. 22 *ad ed.*: '*... si servi tui iussu vel sciente et patiente eo damnum vicarius dederit, noxalis actio servi tui nomine esse debeat ...*'), su cui cfr. W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908, p. 114 ss. e 375 s., M. PAMPALONI, *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto (actiones furti utiles)*, in «SSE.», XVII, 1900, p. 253 ss. e nt. 20, G. VON BESELER, *Romanistische Studien, Noxalklagen*, in «ZSS.», LIX, 1926, p. 112, e *Beiträge*, III, cit. [nt. 71], p. 9 (ove non viene comunque censurata la parte del passo qui riportata), B. BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in «AUPA.», X, 1925, p. 146 ss., 259 s. e 263 ss., G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon, 1932, p. 581 ss., F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, Bruxelles, 1947, p. 486 nt. 84 (cfr. p. 414 e nt. 8, p. 460 s. e nt. 16 e p. 544 nt. 29), M. SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, in «Studi Albertario», I, cit. [nt. 72], p. 565 s., E. VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatis» y sus relaciones básicas en derecho romano*, in «AHDE.», XXXVII, 1967, p. 353, e *Las relaciones básicas de las acciones adiecticias*, ivi, XXXVIII, 1968, p. 387 s. (che sostiene, in particolare contro Ferdinand De Visscher, la classicità del testo), B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in «BIDR.», LXX, 1967, p. 182, F. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, in «BIDR.», LXXIII, 1970, p. 156 s., 159 ss., 164, 166, 169, 174 s., 182 s., 185 ss., W. WOŁODKIEWICZ, *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, in «La formazione storica del diritto moderno in Europa», III, Firenze, 1977, p. 1287 (sulla tolleranza nell'*actio de positis aut suspensis*), H.P. BENÖHR, *Zur Haftung für Sklavendelikte*, in «ZSS.», CX, 1980, p. 277, N. BENKE, *Zu Papinians actio ad exemplum institoriae actionis*, ivi, CXVIII, 1988, p. 600 e nt. 43, F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, 1989, p. 201 nt. 106, T. GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, p. 120 e nt. 54, P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in «SDHI.», LXIV, 1998, p. 21 s.; D. 14.4.1.3 (Ulp. 29 *ad ed.*: '*scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria*'), su cui cfr. BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 210 (che cassa il finale da '*si igitur*' in poi), E. VALIÑO, *La «actio tributoria»*, in «SDHI.», XXXIII, 1967, p. 108 (secondo cui, il passo, come evidenza '*hic*' – '*scientia hic eam accipimus ...*' –, va inteso nel senso di una «*voluntas pasiva*», mentre che la *scientia* in senso proprio è un elemento positivo che non può estrinsecarsi in una *patientia*), e *Las «actiones adiecticiae qualitatis»*,

In questa prospettiva diventa più compiutamente comprensibile il motivo per cui Giavoleno affermava che, anche in mancanza della *cautio*, l'*usus servitutis* ormai stabilizzatosi faceva di per sé ritenere sorto una volta per tutte, per così dire *iure praetorio*, il diritto oggetto della *emptio-venditio*, in quanto tale perfettamente tutelabile in via interdittale: non per semplificare gli obblighi contrattuali del venditore e per sgravarlo dalla prestazione della *stipulatio* relativa all'esercizio, ma, al contrario, appunto per tutelare in ogni caso l'acquirente che, avendo ormai iniziato ad avvalersi della servitù pur in mancanza della *cautio*, per tale motivo potrebbe rischiare di vedersi privato della servitù in

cit., p. 419 s., ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens*, cit., p. 156 s. e 162 s., GIMENÉZ-CANDELA, *Sobre la «scientia domini»*, cit., p. 121 nt. 8, H.P. BENOHR, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluss schuldrechtlicher Geschäfte*, in «ZSS.», C, 1970, p. 170 s. e nt. 236, A. WÄCKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht. I*, in «ZSS.», CIII, 1973, p. 251 ss. e nt. 143, G. TILLI, «*Dominus sciens*» e «*servus agens*», in «Labeo», XXIII, 1977, p. 21 e nt. 17 e p. 31 e nt. 46, KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit. [nt. 82], p. 397 e nt. 237, A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1984, p. 236 ss. (cfr. le recensioni di T. MAYER-MALY, in «Iura», XXXV, 1984, p. 116 s., di A. BURDESE, in «Labeo», XXXII, 1986, p. 210, e di A. BÜRGE, in «ZSS.», CXVIII, 1988, p. 858), T.J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto «De tributaria actione»*, in «AAL.», 9^a s., III.4, 1993 (CCCXC), p. 337 ss., e F. LUCREZI, *Il problema del mutuo di denaro erogato al «filius familias»*, Napoli, 1993, p. 128 s.; C.I. 4.29.5 (Alex. Sev., a. 224: «*si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. quod si consensisti obligationi sciente creditrice, auxilio senatus consulti uti potes. quod si patientiam praestitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti mutuum pecuniam dantem et ideo tibi non succurreret senatus consulto, quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum est*»), su cui cfr. A. GUARNERI CITATI, *Leggendo i primi sei libri del Codice giustiniano*, in «RISG.», ns., I, 1926, p. 124 nt. 16, SOLAZZI, «*Infirmitas aetatis*» e «*infirmitas sexus*» (1930), in *Scritti*, III, cit. [nt. 1], p. 373 ss. (che, specie in riferimento a C.I. 8.27.22, anch'esso a suo avviso alterato, cassa le parole «*sciente creditrice*» e tutta la seconda parte da «*quod si patientiam*» a «*consultum est*», specie in vista della somiglianza del finale con le parole del rescritto – cfr. p. 368 s. – riportato in D. 16.1.2.3 – «*infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit*» –, fattore che, se non può garantire l'autenticità dell'uno o dell'altro passo, dimostrerebbe invece che uno è stato copiato dall'altro) J. BEAUCAMP, *Le vocabulaire de la faiblesse féminine dans les textes juridiques romains du III^e au VI^e siècle*, in «RHD.», LIV, 1976, p. 486 e p. 500 ss. e nt. 65 e 73 (cfr. E. KARABÉLIAS, *Monde Byzantin*, ivi, LV, 1977, p. 533), S. DIXON, *Infirmitas Sexus: Womanly Weakness in Roman Law*, in «T.», LII, 1984, p. 366, e H. SARADI-MENDELOVICI, *A Contribution to the Study of the Byzantine Notarial Formulas: the Infirmitas Sexus of Women and the Sc. Velleianum*, in «BZ.», LXXXIII, 1990, p. 75 e nt. 23; C.Th. 16.5.54.6 (Hon. Theod., a. 414: «*conductores vero privatorum si permiserint in isdem praediis conventicula haberi vel eorum patientia sacrum mysterium fuerit inquinatum, referatur per iudices ad scientiam dominorum, quorum intererit, si poenam volunt sacrae iussionis evadere, aut errantes corrigere aut perseverantes commutare ac tales praediis suis praebere rectores, qui divina praecepta custodiant. quod si procurare neglexerint, hi quoque in pensiones, quas accipere consuerunt, prolatae praeceptionis auctoritate multentur, ut, quod ad compendia eorum pervenire poterat, sacro iungatur aerario*»), su cui cfr. G. BOULVERT, «*Aerarium*» dans les constitutions impériales, in «Labeo», XXII, 1976, p. 160 e 167. E' chiaro che nell'ambito delle servitù la questione si complica ulteriormente in quanto, se la *scientia* (nel senso di *patientia*) del *dominus fundi* elimina la possibilità che il transito o la derivazione idrica possano essere avvenuti *vi* ovvero *clam*, non esclude tuttavia che essi siano avvenuti *precario*: tuttavia, nel caso vi sia un contratto con cui il venditore si è obbligato a costituire una servitù, anche se non si è poi addivenuti alla prestazione della *stipulatio* di esercizio, tali attività potrebbero difficilmente essere considerate come attuate a titolo precario, e risulterebbe dunque arduo ritenere che il *dominus fundi* possa bloccare tale attività sostenendone, in relazione alla «*clausula vitii*» la natura *non recta* e *vittiosa*: d'altra parte, se il transito o la derivazione idrica attuati in base ad un mero obbligo del *dominus* di costituire in futuro la servitù non parrebbero, come si è visto, costituire una *usus servitutis* in senso tecnico ed essere quindi di per sé tutelabili in via interdittale, tale ostacolo sarebbe intrinsecamente superato una volta che tale esercizio si fosse stabilizzato e risultasse quindi da interpretare come conseguenza della comune volontà delle parti di attuare quantomeno in via di fatto il rapporto di servitù stesso. Per tal verso, quindi, benché la questione del rapporto generale tra «*scientia*» e «*patientia*» rispetto agli *iura in re aliena* andrebbe com'è ovvio alquanto approfondita, sembra verosimile che l'argomentazione di Giavoleno recata da D. 8.1.20, per quanto a prima vista impostata soltanto sulla considerazione dell'esercizio del diritto trasmesso in termini di *traditio possessionis* («*ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*»), dovesse tenere soprattutto presente il fatto che l'*usus servitutis* protrattosi in assenza di una *prohibitio* del *dominus*, e quindi in presenza di una «*scientia*» ossia di una «*patientia*» di quest'ultimo (D. 9.2.45.pr.: «*scientiam ... pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit ... si non fecerit*»), dovesse condurre ad una piana tutela in via interdittale del titolare della servitù: oltre a D. 8.5.14.pr. (su cui *infra*, nt. 195), si veda in particolare il ricordato (cfr. *supra*, nt. 75 e 151, ed *infra*, nt. 195, 197 e 414) D. 8.5.16 di Giuliano, dove appunto il presupposto della tutela del rapporto, costituito tramite *patientia*, è individuato nel fatto che il soggetto ha acquistato («*... emerit ...*») uno stillicidio che poi ha installato *sciente* il proprietario dell'edificio servente («*si a te emerit, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere, et postea te sciente ex causa emptionis immisum habeam ...*»): su come qui la «*scientia*» si identifichi con la «*patientia*» si vedano in ogni caso, oltre a DERNBURG, *Pandette*, cit. [nt. 40], I.2, p. 360 nt. 20, BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 270, GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 211, nonché MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 28.

questione, ormai in atto, da una visione formalistica secondo cui, mancando la *traditio* del diritto oggetto del contratto, questo sarebbe da considerare inesistente, ed egli non potrebbe più ad esempio attraversare il fondo del vicino, come invece fa già, mentre gli rimarrebbe soltanto la possibilità di rivolgersi alla controparte con l'*actio empti* per richiedere l'adempimento ovvero il risarcimento del danno. Giavoleno, forse altresì in vista dell'approfondimento giurisprudenziale degli aspetti soggettivi dell'*usus servitutis*, che si svilupperebbe a partire dall'età traianea per compiersi definitivamente sotto Adriano, risulterebbe quindi soltanto preoccuparsi – né può essere certo, com'è ovvio, che egli sia stato il primo a pronunciarsi in tal senso – di sottolineare come, pur essendo mancata la prestazione della *cautio* e con essa, secondo le parole di Labeone, un atto che tenga luogo della *traditio possessionis* ('*nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset*'), egualmente il rapporto fondiario si può e si deve ritenere sussistente sul piano decretale in virtù del suo stesso esercizio attuato in via di fatto dal titolare e tollerato dalla controparte, esercizio che può per tal verso considerarsi sufficiente '*pro traditione possessionis*' ed è di per sé tutelabile in via interdittale (diversa questione, ovviamente, è l'ulteriore problema se l'acquirente possa sempre, come in effetti sembra, pretendere attraverso l'*actio empti* la prestazione della *cautio*)¹⁹².

¹⁹² In effetti, è evidente che, se era previsto di tradurre la *pactio* in una o più stipulazioni, ed invece l'acquirente si doveva accontentare di una servitù costituita (o meglio «salvata») in termini di *patientia*, la sua posizione era alquanto più debole e incompleta, dato che veniva privato non solo dell'*actio ex stipulatu* per sanzionare eventuali episodi di impedimento dell'esercizio, ma altresì degli eventuali obblighi del costituente, nel caso tradotti in *stipulationes*, volti ad assicurare la permanenza della servitù anche in caso di trasferimento *inter vivos* del fondo servente, secondo pattuizioni che, plausibilmente, dovevano costituire normali clausole d'uso nei contratti di tale tipo (cfr. *infra*, soprattutto nt. 202 e 341). Per tal verso, se in seguito alla costruzione di Giavoleno il pretore doveva in ogni caso tutelare su di un piano interdittale il soggetto che avendo «acquistato» il diritto lo esercitava da tempo in maniera non contestata, questo non escludeva d'altra parte che egli potesse comunque agire con l'*actio empti* per chiedere il risarcimento dei danni relativo alle ulteriori obbligazioni che il venditore non aveva adempiuto: cfr. in generale TALAMANCA, '*Vendita*', cit. [nt. 100], p. 359, 378 ss., 407 s. e 413 s. nonché p. 440 e nt. 1428; per una visione di massima dei problemi in materia si vedano tra l'altro, oltre a D. 4.3.37 (Ulp. 44 *ad Sab.*), D. 8.4.12 (Paul. 15 *ad Sab.*: '*Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt*'), su cui cfr. in particolare SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit. [nt. 8], p. 16 – che critica l'espressione '*aedificia ... fundis et fundi aedificiis ... serviunt*' –, e BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 216 s.; D. 18.1.47 (Ulp. 29 *ad Sab.*: '*Si aquae ductus debeatur praedio, et ius aquae transit ad emptorem, etiamsi nihil dictum sit, sicut et ipsae fistulae, per quas aqua ducitur*'), D. 18.1.48 (Paul. 5 *ad Sab.*: '*licet extra aedes sint*:') e D. 18.1.49 (Ulp. 29 *ad Sab.*: '*et quamquam ius aquae non sequatur, quod amissum est, attamen fistulae et canales dum sibi sequuntur, quasi pars aedium ad emptorem perveniunt. et ita Pomponius libro decimo putat*'), su cui cfr. SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 16, e METRO, *Fructus servitutis*, cit. [nt. 10], p. 111 e nt. 28; D. 8.5.20.1 (Scaev. 4 *dig.*: '*Plures ex municipibus, qui diversa praedia possidebant, saltum communem, ut ius compascendi haberent, mercati sunt idque etiam a successoribus eorum est observatum: sed nonnulli ex his, qui hoc ius habebant, praedia sua illa propria venum dederunt. quaero, an in venditione etiam ius illud secutum sit praedia, cum eius voluntatis venditores fuerint, ut et hoc alienarent. respondit id observandum, quod actum inter contrahentes esset: sed si voluntas contrahentium manifesta non sit, et hoc ius ad emptores transire. item quaero, an, cum pars illorum propriorum fundorum legato ad aliquem transmissa sit, aliquid iuris secum huius compascui traxerit. respondit, cum id quoque ius fundi, qui legatus esset, videretur, id quoque cessurum legatario*'), su cui cfr. SOLAZZI, *Requisiti e modi*, cit. [nt. 56], p. 188 ss., BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, cit. [nt. 70], p. 329 s., BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 148, A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, p. 126 ss. e 136, e *In margine a D. 8.5.20.1*, in «*Index*», XXVI, 1998, p. 321 ss., A. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de «ius»*, in «*Studi Albertario*», II, cit. [nt. 41], p. 277 ss., THORMANN, *De iure compascendi*, cit. [nt. 167], p. 71 ss., G. IMPALLOMENI, *Il diritto di compascolo di cui a D. 8.5.20.1 di Scevola* [1984], in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 489 ss., L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dominium e possessio nell'Italia romana*, in «*La proprietà e le proprietà*», Pontignano, 30.9-3.10.1985, Milano, 1988, p. 159 e nt. 16, e ZOZ, *La costituzione tacita della servitù*, cit. [nt. 21], p. 124 ss. Sul dibattito giurisprudenziale circa la qualificazione soggettiva dell'*usus servitutis* si veda soprattutto CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà*, cit. [nt. 64], II, p. 391 ss. (peraltro, se tale sviluppo databile all'inizio del II secolo d.C. farebbe propendere per un elemento considerato da Giavoleno ma non da Labeone, non è tuttavia da dimenticare come l'idea di una lata forma di *possessio* riferibile per analogia alle *res incorporales* non dovesse essere del tutto estranea neppure al giurista augusteo: cfr. D. 37.1.3.1 – Ulp. 39 *ad ed.*: '*Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis quam corporis possessio. denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait*' –, su cui si veda soprattutto QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria*, cit. [nt. 60], p. 79 s., 88 ss. e 96 ss. (cfr. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit. [nt. 73], p. 207 ss. e specificamente p. 209 s.). Su D. 8.1.20 e tale funzione dell'*usus iuris pro traditione* si veda in particolare PEROZZI, *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 225, secondo cui nel caso in esame si avrebbe un adempimento dell'obbligo di procurare

Mentre Labeone (così come Pomponio in D. 19.1.3.2) risultano porsi in una prospettiva di adempimento della prestazione e quindi guardano al momento iniziale in cui si dà esecuzione al contratto, prescrivendo quindi l'onere di prestare la *cautio* per ottemperare all'obbligazione di trasmettere la disponibilità della cosa venduta, Giavoleno appare invece volgersi alla diversa – e logicamente successiva – questione della posizione dell'acquirente in seguito all'imperfetto adempimento del venditore che non ha prestato la *cautio* al compratore ma lo ha in ogni caso immesso per così dire nell'esercizio del diritto, cosicché il giurista si preoccupa piuttosto di tutelare la posizione di questi affermando che, pur essendo mancata una vera e propria *traditio possessionis*, l'*usus servitutis* instauratosi è ormai da considerare un rapporto fondiario comunque validamente costituito, e perciò normalmente tutelabile in via interdittale: evitando così di sacrificare gli interessi dell'acquirente ad una logica strettamente formale secondo cui, essendo mancata con la *cautio* la *traditio possessionis* del diritto, la servitù acquistata sarebbe propriamente da considerare come mai sorta e ad ogni effetto giuridicamente inesistente, e l'acquirente, già danneggiato da un venditore in mala fede con la mancata prestazione della *stipulatio* di esercizio, risulterebbe per questo ulteriormente beffato dalla perdita dell'*usus servitutis* tutelabile in via interdittale.

Se letto in tale prospettiva innanzitutto processualistica e concreta¹⁹³, quindi, D. 8.1.20 appare non vertere sul problema dogmatico delle astratte obbligazioni del venditore (secondo una lettura che come si è visto farebbe appunto conseguire dalle parole di Giavoleno la non essenzialità, a suo giudizio, dell'obbligo di prestare la *stipulatio* di esercizio), bensì sulla tutela dell'acquirente, che non deve essere danneggiato dall'inadempimento del venditore che non ha prestato la *cautio* fino al punto di essere privato, oltre che della possibilità di agire *ex stipulatu* in caso di impedimento dell'esercizio, altresì della facoltà stessa di transito, nella cui fruizione egli è d'altra parte già immesso in seguito alla tolleranza della controparte, risultando anzi per tal verso normalmente tutelato dall'interdetto. In tale esegesi, non risulterebbe perciò esservi alcun effettivo contrasto tra l'opinione del giurista flaviano e la posizione di Labeone, ribadita da Pomponio in D. 19.1.3.2, né per converso sembra da ritenere che questi ultimi, pur sottolineando l'obbligo di prestare la *cautio*, dovessero, specie per quanto riguarda il secondo, seguire in contrasto con Giavoleno – qualora la fattispecie fosse stata loro proposta – un formalismo tanto rigoroso e asettico da considerare solo per questo giuridicamente inesistente una servitù già normalmente esercitata e tutelabile in via interdittale¹⁹⁴.

il godimento della servitù scaturente dalla compravendita ma non costituzione della servitù, per cui non vi sarebbe nessuna contraddizione tra Giavoleno e Labeone («Labeone guarda la tradizione imposta dalla vendita come un atto materiale del venditore, e trovando che questo atto nel caso di vendita di servitù è impossibile, suggerisce come surrogato una stipulazione; Giavoleno guarda la tradizione dal suo fine, che è di procurare il godimento; e allora trova che l'uso del diritto basta a surrogarla, senza bisogno di stipulazione»).

¹⁹³ Si veda ad esempio il contenutissimo approfondimento che invece, rimanendo su linee del tutto generali e senza entrare nei meccanismi contenziosi che possono spiegare la decisione di Giavoleno in D. 8.1.20, Vincenzo Mannino (*La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 18 e nt. 10) concede all'aspetto processuale del passo (cfr. CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà*, cit. [nt. 64], II, p. 397 nt. 60).

¹⁹⁴ Si veda tra l'altro, a tale proposito, la curiosa se non incredibile posizione di Vincenzo Mannino (*op. cit.*, p. 19 s.), che risulta attribuire a Labeone la sola tutela dell'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio*, e ritenere che solo con Giavoleno l'acquirente della servitù sia stato tutelato altresì in via interdittale: «Tuttavia, a questo punto, può risultare dubbio se le due soluzioni, quella risalente a Labeone e quella di Giavoleno, debbano considerarsi in contrapposizione, oppure se evidenzino il ricorso a due diversi strumenti di tutela del compratore della '*via aut aliquid* (fuit: *aliud*) *ius fundi*'. In effetti, non vedo ragioni conclusive per sostenere recisamente che alla proposta di Giavoleno abbia corrisposto il superamento del sistema della garanzia già enucleato da Labeone, emergendo semmai dalla soluzione di Labeone a quella di Giavoleno un coerente sviluppo teorico. Nella prospettiva di quest'ultimo giurista, rispetto al caso in cui si fosse proceduto alla vendita di una delle facoltà inerenti al diritto di proprietà su un fondo, la *cautio* da parte del venditore avrebbe rappresentato lo strumento idoneo a garantire al compratore, sul piano obbligatorio, l'esercizio pieno del *ius fundi*, a fronte dell'inefficacia della *traditio* ('*nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset*'); la previsione della tutela interdittale possessoria avrebbe invece garantito *erga omnes* chi avesse l'*usus* del diritto. Va altresì rilevato che la possibile coesistenza delle due soluzioni in Giavoleno potrebbe evincersi dal tenore attuale del testo, in cui Giavoleno prospetta il ricorso agli '*interdicta veluti possessoria*', introducendolo con '*et*': quindi, in aggiunta alla previsione della *cautio*»; a parte l'incongruità dell'affermazione (cfr. altresì p. 28) secondo cui «rispetto al caso in cui si fosse proceduto alla vendita di una delle facoltà inerenti al diritto di proprietà su un fondo, la

Del resto, se tale prospettiva processuale consente una esegesi tale da superare i problemi sollevati in dottrina dal rapporto tra le posizioni di Labeone e Pomponio rispetto a Giavoleno, eliminando ogni incompatibilità o contraddizione tra essi, è altresì da notare come il porsi concretamente nella prospettiva delle effettive possibilità di difesa del titolare del diritto sia visuale interpretativa che trova conferma anche in una pur cursoria considerazione degli altri frammenti relativi al sorgere della servitù in base alla mera tolleranza del costituente (cosiddetta '*patientia*')¹⁹⁵. Così, infatti, avvie-

cautio da parte del venditore avrebbe rappresentato lo strumento idoneo a garantire al compratore, sul piano obbligatorio, l'esercizio pieno del *ius fundi*, a fronte dell'inefficacia della *traditio*» (dove, se la *traditio* è inefficace appunto perché manca la *cautio* – in D. 8.1.20, '*nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset*' –, non si riesce a capire in quale mai modo l'acquirente avrebbe in tal caso potuto ricorrere proprio alla *cautio*), si veda altresì, per l'idea che Labeone tutelasse l'acquirente della servitù solo con l'*actio ex stipulatu*, p. 15 («... il che ... consentirebbe di individuare nella *cautio* la c.d. stipulazione di esercizio, diretta a garantire, sul piano obbligatorio, l'*usus* del diritto venduto»), e, per l'idea dell'introduzione della tutela interdittale solo da parte di Giavoleno, p. 19 («nella sostanza, può quindi riconoscersi che in lav. D. 8.1,20 si delinea una situazione definibile come una *quasi possessio*, una *iuris possessio*, in forza della legittimazione alla tutela interdittale '*veluti possessoria*' alle servitù prediali», rinviano – nt. 12 – a CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà*, cit. [nt. 64], II, p. 368 ss., dove tuttavia tale autore si occupa delle origini degli interdetti *de itinere e de aqua*, da collocare negli ultimi secoli della repubblica e senza alcun riferimento a pretese estensioni del loro ambito di applicazione di età traianea). Si vede altresì, sotto tale aspetto, BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit. [nt. 73], p. 277, che, richiamandosi al suo studio su *La nozione romana di usufrutto*, I, cit. [nt. 14], p. 30 s., critica Vincenzo Mannino (*La tolleranza dell'usus servitutis*, cit., p. 18 ss. e 23 s.) ritenendo che qui «le due soluzioni, quella labeoniana e quella di Giavoleno, sono alternative», senza peraltro fornire le motivazioni di tale assunto. Non è qui neppure il caso di insistere sull'intrinseca absurdità di un rapporto di servitù, per di più costituito «*iure praetorio*», privo di una normale tutela interdittale, appunto tipica del *ius honorarium*: basti considerare come – se la formula dell'interdetto tutela su di un piano di fatto, descrivendolo nella sua empirica estrinsecazione materiale, l'esercizio di un rapporto ad esempio di transito o di derivazione idrica, la stessa circostanza che un rapporto fondiario non possa essere inquadrato in tale descrizione ed essere quindi tutelato dall'interdetto implicherebbe che esso non possa neppure essere reputato, su di un immediato piano di fatto, come di per sé corrispondente ad un normale rapporto di servitù, e che quindi costituisca qualcosa di diverso dal rapporto fondiario astrattamente considerato dall'ordinamento, al contrario di quanto positivamente diviso dalle parti che, sia pur su di un piano diverso da quello dello *ius civile*, appunto volevano invece costituire proprio un rapporto di tale tipo.

¹⁹⁵ Cfr. *supra*, nt. 88, 160 e 170. Se in D. 8.5.16 ('*si a te emerò, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero, an ex causa actione quadam vel exceptionem tuendus sim. respondi utroque auxilio me usurum*') il problema nasce in effetti dalla mancata prestazione della *stipulatio poenae* (cfr. RICCOBONO, *Le applicazioni della stipulatio*, cit. [nt. 104], p. 251 s.), non si comprende peraltro il silenzio del testo sulla esperibilità, in ogni caso, dell'*actio empti* (cfr. tra l'altro D. 18.1.80.1, che verrà tra breve richiamato: '*... deque ea re ex empto agi*'), anche se la richiesta di un parere e il *responsum* di Giuliano – come si è visti alquanto dubitabili nella loro genuinità per quanto riguarda appunto il finale del passo: cfr. *supra*, nt. 75, 151 e 191, ed *infra*, nt. 197 e 414 – risultano da interpretare con molta prudenza, e non sembra lecito concludere, in mancanza di altro mezzo di tutela conosciuto, che qui il giurista pensasse all'adattamento dell'*actio Publiciana* adombrato da D. 6.2.11.1 (il passo è tratto dal VII libro *digestorum*, ove risulta che Giuliano, oltre che della *petitio ususfructus* e della *vindicatio servitutis* – cui la LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], I c. 334, n. 108, riferisce comunque il passo – trattasse altresì, prima, della *reivindicatio* e quindi dell'*actio Publiciana*), come fanno – forse altresì sulla falsariga di uno spunto di Otto Lenel (*Das Edictum Perpetuum*², cit. [nt. 55], p. 189 nt. 7) peraltro poi da lui stesso superato (*Das Edictum Perpetuum*³, cit. [nt. 1], p. 194, dove si sospetta l'interpolazione di D. 8.5.16) – BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 270, e MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 28 s., 61 ss. e 82 s. (cfr. *Id.*, cfr. *Dalla tutela della «quasi possessio» delle servitù alla rilevanza dell'«immemorabile tempus» e della «vetustas»*, cit. [nt. 57], p. 12 ss., nonché LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 95 s.), e questo non solo per i dubbi che pesano su tale pretesa azione, ma anche in vista del fatto che, se lo *stillicidium* non è stato ancora *immissum*, l'acquirente avrà in ogni caso a disposizione (si veda tra l'altro D. 18.1.80.1, Lab. 5 *post. a lav. epit.*: '*huius rei emptionem posse fieri dixi: quae ex meis aedibus in tuas aedes projecta sunt, ut ea mihi ita habere liceat*', deque ea re ex empto agi') l'*actio empti* (oltre a HUSCHKE, *Das Recht der publicianischen Klage*, cit. [nt. 63], p. 98 nt. 188, cfr. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 95, nonché PEROZZI, *I modi pretorici*, cit. [nt. 55], p. 229), che d'altra parte gli servirà, una volta posto in essere l'impianto, altresì per tutelare la situazione di fatto esistente (manca qui, infatti, l'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio* relativa all'esercizio), situazione del resto tutelata, su un piano di fatto, anche nel quadro del sistema interdittale (e non è da escludere che proprio a questo alludesse il dettato originale del finale di D. 8.5.16: cfr. tra l'altro H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 31 s. e 87 s.), mentre, per quanto riguarda la *exceptio* – da opporre, sembrerebbe, ad una *negatoria* proposta dalla controparte – le soluzioni possibili sono varie (cfr. in particolare H. KRÜGER, *op. cit.*, p. 5 e 31, e *supra*, nt. 85) e non sembrano destare particolari problemi (cfr. *infra*, nt. 197): il riferire al passo di Giuliano un'azione *in rem*, quale in particolare la *Publiciana*, si rivela quindi una sorta di petizione di principio, dato che presuppone come già dimostrato quanto invece si vorrebbe dimostrare attraverso il passo, ossia che le servitù costituite «*iure praetorio*» condu-

ne in primo luogo in D. 8.5.16 (Iul. 7 *dig.*), pur ampiamente corrotto specie nella parte finale¹⁹⁶, ma dove in ogni caso la risposta del giurista si impernia sulla domanda ('... *quaero, an ex causa ...*') relativa ai mezzi di tutela di cui può disporre chi abbia acquistato una servitù e sia stato semplicemente immesso dal venditore nella fruizione di essa ('*si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam ...*')¹⁹⁷: e allo stesso modo, in D. 8.3.1.2 (Ulp. 1 *inst.*), la regola secondo cui '*traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris*'¹⁹⁸ appare in sostanza una generalizzazione del rimedio già proposto da Giavoleno per tutelare l'acquirente, ed insiste ancora una volta sul ruolo del pretore nel tutelare, attraverso la procedura interdittale, i diritti sorti in assenza di una *stipulatio* che valga '*pro traditione possessionis*' e quindi esercitati in via di mero fatto nella tolleranza del costituente.

Per tal verso, quindi, la '*patientia*' non sembra perciò da considerare, come tende comunemente a fare la dottrina, nei termini di un modo sostanziale di costituzione delle servitù introdotto, nel caso, da Giavoleno, seguito da Giuliano, bensì come un rimedio di ordine fattuale che, nella prospettiva concretamente casistica loro propria, i giuristi seguivano nel risolvere i casi in cui – per una inadempnienza del venditore che da un punto di vista di stretto diritto avrebbe dovuto per certi versi far considerare giuridicamente inesistente la servitù – si voleva egualmente tutelare, attraverso lo strumento interdittale, l'esercizio di fatto della servitù posto in essere dal titolare nella non opposizione della controparte: in origine si tratta, dunque, della semplice risposta ad un problema concreto che, pur nella doverosità della prestazione della *cautio*, poteva presentarsi nella realtà quotidiana, e non certo di una cosciente e voluta introduzione di un nuovo modo per porre in essere delle servitù: soltanto con il tempo, ed in prospettive di assai lungo periodo, tale soluzione dovette poi tendere invece ad essere considerata dall'ordinamento come un vero e proprio modo costitutivo degli *iura in re aliena*¹⁹⁹.

cessero ad una tutela *in rem*. Si veda tra l'altro, per un verosimile contesto interdittale di simili controversie ('*prohiberi*'), D. 8.5.14.pr. (Pomp. 33 *ad Sab.*): '*si, cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna quae antea habueris: si nova velis immittere, prohiberi a me potes: immo etiam agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas*', su cui cfr. PEROZZI, *Sulla struttura delle servitù prediali in diritto romano*, cit. [nt. 71], p. 53 s., SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 159 s., e BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 269.

¹⁹⁶) Cfr. altresì *supra*, nt. 195.

¹⁹⁷) Sul passo, oltre a quanto ricordato *supra*, nt. 195, e a GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 211, si veda la ricordata [nt. 55] recensione a Hugo Krüger di Hans Peters, p. 599, S. PEROZZI, *Della tradizione: suo concetto e sua natura giuridica* (1886), in *Scritti giuridici*, I, cit. [nt. 63], p. 148 s. (sul valore non contrattuale della *traditio*) e *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 229 (ove si conclude che Giuliano, nel finale '*quaero an ex causa actione quadam vel exceptionem tuendus sim. respondi utroque auxilio me usurum*' non aveva certo in mente azioni sul tipo della Publiciana ed eccezioni quali l'*exceptio rei venditae et traditae*, ma semmai i normali mezzi processuali derivanti dall'*emptio-venditio* – e in particolare l'*exceptio doli* contro il venditore che esercitasse la *negatoria* –, probabilmente esplicitamente nominati nella stesura classica del passo), RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 393 s., RICCOBONO, *Traditio ficta* [II], cit. [nt. 60], p. 253 (che sospetta anch'egli l'interpolazione del finale, ma considera in ogni caso il passo sostanzialmente inattaccabile), HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny*, cit. [nt. 82], p. 43 e nt. 19, e P. APATHY, *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Dichteigentümer*, in «ZSS», CXII, 1982, p. 168 e nt. 43.

¹⁹⁸) Sul passo, interamente reputato interpolato da Silvio Perozzi (*I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 227: cfr. altresì BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit. [nt. 56], p. 278 nt. 19, e CARCATERRA, *Il possesso dei diritti*, cit. [nt. 1], p. 121 s.), si vedano H. PETERS, *op. ult. cit.*, p. 597, RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 395, RICCOBONO, *Traditio ficta* [II], cit. [nt. 60], p. 209 (che, nel quadro della sua tesi – cfr. *supra*, nt. 98 – si limita a ritenere interpolato '*traditio plane*'), TOMULESCU, *Rapporti: Romania*, cit. [nt. 82], p. 90 nt. 15 (che, rifacendosi ad Ernst Rabel, pensa che il passo si riferisca «peut-être» al diritto provinciale), nonché ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit. [nt. 1], p. 155 e nt. 581 (secondo cui «il passo è alterato, ma la sostanza sembra garantita dal cenno all'*officium praetoris*»), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 266 (che ricollega ahimè il passo alla Publiciana), GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 209, 211 e 228 (che ritiene il passo «frutto di rielaborazione» al pari di D. 6.2.11.1), MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 47 ss. (subito pronto anch'egli a ricollegare il passo alla fantomatica *actio Publiciana* concessa per le servitù e l'usufrutto da D. 6.2.11.1: cfr. altresì LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 94 s.), e CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 457.

¹⁹⁹) Che tale fine di tutela della servitù *empta* ma non *tradita* possa in qualche modo richiamare le esigenze che condussero il pretore a tutelare l'acquirente della *res vendita et tradita* con l'*actio Publiciana* è in generale aspetto innegabile ed ovvio, ma in ogni caso non tale da condurre, come alcuni vorrebbero, a giustificare da un punto di vista

dogmatico-costruttivo la applicazione agli *iura in re aliena* così sorti di quell'adattamento della Publiciana adombrato da D. 6.2.11.1. Si veda in particolare BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 266 ss., di cui è interessante richiamare l'argomentazione nei suoi vari passaggi, in quanto riflette idee purtroppo tuttora presenti nella dottrina romanistica (cfr. in particolare MANNINO, *op. ult. cit.*, p. 30 ss. e 47 ss.): «Il paradigma classico dell'actio Publiciana è la vendita. L'azione si accorda qualora la cosa venduta sia stata consegnata dal venditore al compratore in adempimento del contratto di compra vendita. Poiché la vendita romana non ha efficacia reale né obbliga a trasferire la proprietà, il pretore con l'editto Publiciano intese accordare al compratore tutela reale prima che fosse decorso il tempo richiesto dalla legge per l'acquisto della proprietà per usucapione. Il compratore dunque a cui sia stata consegnata la cosa può esercitare la Publiciana. Ciò posto, supponiamo una vendita di servitù, di cui si parla talvolta nelle fonti. Non ha efficacia reale ma solo obbligatoria; ma a che cosa è obbligato il venditore? In genere è obbligato a *tradere rem ut habere liceat*, cioè a consegnare la cosa venduta in guisa che il compratore ne abbia il pacifico godimento. Ma nel caso di servitù, come si fa a compiere tale traditio, se la servitù, come cosa incorporale, non è suscettibile di possesso e quindi di traditio? Non giova dire che la servitù non sia suscettibile di traditio, giacché si tratta di vedere in che modo la vendita della servitù, che, come rapporto obbligatorio, è indubbiamente valida, possa avere esecuzione. Accumulare testi, come fa il Solazzi, i quali negano la possibilità della traditio rispetto a cose incorporali, non giova; non si esce da questa alternativa: o si nega efficacia alla vendita della servitù, oppure si ammette la traditio della servitù come atto *esecutivo* della vendita. Poiché alla inefficacia della venditio servitutis non si può pensare, si tratta di vedere in che modo possa avere esecuzione», richiamando quindi D. 8.1.20, in cui «Giavoleno non ammette la traditio servitutis, poiché ciò sarebbe stato una vera eresia giuridica; dice soltanto che la *patientia* è *pro traditione*, ossia tiene le veci della traditio. Così intesa, la dottrina può sembrare ardita, ma non urta contro i principi romani, e quindi non si può negare che provenga dal giurista classico», e D. 19.1.3.2, in cui peraltro, a suo avviso, «Pomponio sembra ignorare la interpretazione di Giavoleno, ammettendo sempre, come Labeone, che il venditore della servitù debba prestare la stipulatio»; tuttavia, per quanto riguarda i due testi, secondo Biondo Biondi «Fin qui siamo nell'ambito degli effetti civili dell'atto, limitati alla sfera dei rapporti obbligatori, giacché si tratta dell'adempimento delle obbligazioni che nascono dalla vendita. Nessun effetto reale. Ma quando il pretore nel caso di stipulatio costitutiva di servitù ha accordato un'azione reale, la stipulatio prestata dal venditore poteva avere tale effetto [...]». Ed inoltre quando il pretore accordò l'actio Publiciana nel caso di traditio della cosa da parte del venditore, e Giavoleno ammise che l'usus iuris avesse lo stesso valore della traditio rei, doveva apparire naturale accordare l'actio Publiciana, al compratore di una servitù a cui fosse stato permesso l'uso della servitù stessa, giacché non si esorbitava dai presupposti dell'applicazione della Publiciana e dai principi intorno alla vendita. Tanto nel caso della stipulatio che della traditio siamo sempre nell'ambito dei mezzi pretori: così si spiega la menzione dell'officium praetoris e dell'actio Publiciana nei due testi che trattano del nostro argomento. L'actio Publiciana si accordava dunque in epoca classica nel caso di vendita di servitù, di cui fosse stato tollerato l'usus pro traditione. Con ciò non veniva rinnegato il principio tradizionale, e la Publiciana era accordata secondo la sua applicazione normale»; e, dopo tale illazione alquanto apodittica, egli prosegue: «L'opera di Giustiniano fu soltanto di generalizzazione. La traditio servitutis si stacca dalla vendita e diventa un modo autonomo di costituzione della servitù, ammesso per qualsiasi causa. A questo risultato la legislazione poté arrivare in seguito al sicuro ampliamento nella sfera del possesso. Mentre secondo i giuristi classici il possesso è limitato alle cose corporali, con Giustiniano si afferma la figura della quasi possessio, che importa esercizio o godimento di fatto di un diritto». Anche senza richiamare qui ancora il pur innegabile dato che nella Publiciana (cfr. la sua formula in D. 6.2.1.pr.: «... nondum usucaptum petet...») si ordina al giudice di fingere il compimento del tempo necessario ad una usucapione che è strutturale al diritto di proprietà ma manca del tutto in relazione agli *iura in re aliena* (cfr. tra l'altro, al di là delle verosimili corruzioni formali, D. 6.2.1.1, Ulp. 16 ad ed.: «merito praetor ait 'nondum usucaptum': nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam»: si veda in particolare *infra*, § 9), una simile argomentazione sembra di per sé inficiata dal fatto che, in realtà, la tutela della cosiddetta proprietà pretoria si giustifica in vista di due pericoli che sono inconfigurabili per quanto riguarda gli *iura in re aliena*: l'*exceptio rei venditae et traditae* è infatti volta ad impedire che il venditore, rimasto *dominus ex iure Quiritium*, possa vittoriosamente intentare la *reivindicatio*, così come l'*actio Publiciana* consente all'acquirente che abbia perso la disponibilità della *res* di riottennerla dal terzo che la possiede così come dallo stesso *dominus ex iure Quiritium* cui sia tornata la cosa, superando l'*exceptio iusti dominii*, nel caso, mediante una *replicatio* forse *doli*, mentre d'altra parte – esclusa la sua esperibilità in tale ipotesi contro il vero *dominus*, che si giova qui vittoriosamente della *exceptio iusti dominii* – la Publiciana tutela altresì l'acquisto in buona fede della *res* da chi non ne sia proprietario (cfr. in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 186 s., e TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 446 ss.: si vedano in generale M. KASER, «*In bonis esse*», in «ZSS.», XCI, 1961, p. 173 ss. e specificamente p. 185 ss., F. WUBBE, *Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne*, in «RIDA.», 3ª s., VIII, 1961, p. 417 ss., L. DE SARLO, *La definizione dell'actio Publiciana nel diritto dei classici*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 203 ss., F. STURM, *Zum ursprünglichen Funktion der 'actio Publiciana'*, in «RIDA.», 3ª s., IX, 1962, p. 357 ss., P. APATHY, «*Actio Publiciana* ohne Ersitzungsbesitz», in «Sodalitas. Scritti Guarino», cit. [nt. 42], II, p. 748 ss., e *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Dichtigentümer*, cit. [nt. 197], p. 158 ss., F. BENEDEK, *Ursprung und Funktion der actio Publiciana*, in «Studia E. Pólay», Szeged, 1985, p. 71 ss., G. THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte. D. 19, 1, 31, 2 und D. 6, 2, 9, 4*, in «ZSS.», CXXIV, 1994, p. 197 ss., ed A. BURDESE, *Editto Publiciano e funzioni della compravendita romana*, in «Estudios F. Hernandez-Tejero», II, Madrid, 1994, p. 81 ss., e in «Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica», Milano, 1991, I, p. 119 ss.).

In ogni caso, resta fermo il principio che per aversi un *usus servitutis* in senso proprio e quindi una tutela interdittale della servitù costituita al di fuori dei modi previsti dallo *ius civile* occorre una *cautio* del tipo '*per te non fieri, quo minus eo iure uti possit*' che, fungendo da *traditio possessionis*, rendeva la fruizione di fatto del diritto un atto di esercizio della servitù attuabile *invito domino*, e quindi idoneo ad essere preso in considerazione dalla formula interdittale nonostante ogni eventuale opposizione o *prohibitio* da parte del proprietario del fondo servente, mentre una semplice tolleranza di per sé non era a tal fine sufficiente (si ricordi infatti l'irrilevanza dell'esercizio attuato *precario*): tuttavia, il carattere illegittimo di un esercizio di tale tipo era rilevabile, nell'ambito equitativo della procedura interdittale, soltanto se l'intimato lo avesse fatto rilevare subito, eccependo che finché non si fosse

Ora, se la tutela fornita all'acquirente di una *res venditae et tradita* dall'editto Publiciano non dimentica in ogni caso la protezione interdittale di cui il possessore gode tanto contro le turbative quanto contro lo spoglio violento, e si situa quindi rispetto ad essa nella stessa posizione in cui si colloca la normale *reivindicatio*, per quanto riguarda le servitù e l'usufrutto, il cui esercizio è anche qui tutelato dagli usuali interdetti, non risulta che possano presentarsi situazioni analoghe a quelle relative alla proprietà e quindi all'*in bonis habere*: in primo luogo, infatti, se il diritto è acquistato tramite *emptio-venditio* da chi non sia *dominus* del fondo servente, non intervengono qui quelle ragioni di tutela dell'affidamento e della circolazione dei beni che conducono a tutelare l'acquisto di una *res* dal *non dominus*, ma non possono certo valere per l'acquisto dello *ius in re aliena* da parte di un terzo che non sia proprietario del fondo, e d'altra parte anche per quanto riguarda l'acquisto della *res* dal *non dominus* la Publiciana vale solo contro i terzi ma non contro il proprietario, che prevale con l'*exceptio iusti dominii*, potendo intentare altresì la *reivindicatio* finché non sia normalmente trascorso il tempo necessario all'usucapione (e nel caso, dunque, il solo problema che si presenterà sarà soltanto quello del risarcimento dei danni da parte del venditore, risolvibile agevolmente in sede di *actio empti*); né, in secondo luogo, può qui venire in rilievo la funzione della *exceptio rei venditae et traditae*, dato che la servitù e l'usufrutto non possono in quanto tali essere tolti al titolare da parte di terzi o da parte del *dominus*, essendo l'esercizio di per sé tutelato in via interdittale, così come per gli stessi motivi viene del pari meno, in terzo luogo, il fine cardine dell'*actio Publiciana*, ossia quella di consentire all'*emptor* di ritornare in possesso della *res* di cui sia stato privato: è vero, infatti, che anche gli *iura in re aliena* possono non essere stati esercitati nell'ultimo anno e quindi rimanere privi della tutela interdittale, ma è d'altra parte indubbio che ciò non avviene, come nel possesso, in seguito all'attività di un terzo che toglie la cosa a chi ha la cosa, bensì per una causa in linea di principio imputabile esclusivamente al titolare dello *ius*, ossia a un mancato esercizio della servitù o dell'usufrutto, cosicché non si tratta qui di proteggere il soggetto da comportamenti esterni che non dipendono da lui e contro i quali non avrebbe altrimenti alcuna soddisfacente tutela, ma ben diversamente di consentirgli di superare una situazione negativa per nulla inevitabile ed a lui solo imputabile. Se quindi si tiene conto delle cautele che nel diritto classico arginavano l'attività del pretore volta a *adiuvare, supplire e corrigere* il *ius civile* ai casi in cui tale intervento era pressoché inevitabile per evitare situazioni di ingiustizia sostanziale (D. 1.1.7.1 [Pap. 2 def]: '*ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*'; cfr. in breve, tra i molti, LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*, cit. [nt. 62], p. 135 s., B. BIONDI, *Lex e ius*, in «RIDA.», 3ª s., XII, 1965, p. 197, E. BETTI, «*Iurisdictio praetoris*» e *potere normativo*, in «Labeo», XIV, 1968, p. 18 e nt. 13, G. LONGO, «*Utilitas publica*», ivi, XVIII, 1972, p. 18, B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien, 1970, p. 185 s. – cfr. la recensione di B. SANTALUCIA, in «Labeo», XX, 1974, p. 270 –, E. POLAY, *La struttura del sistema giuridico della Roma antica*, in «Index», V, 1974-1975, p. 315, A. GUARINO, *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del Principato romano*, Napoli, 1983, p. 293 ss., M. KASER, '*Ius publicum*' und '*ius privatum*', in «ZSS.», CXVI, 1986, p. 26 e nt. 97, p. 29 nt. 108, p. 30 ss., e '*Ius honorarium*' und '*ius civile*', cit. [nt. 1], p. 71 s. e nt. 336 – cfr. p. 2 nt. 2, p. 4 nt. 9 e p. 79 nt. 367 –, V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvo Giuliano*, Milano, 1987, p. 96 s. – cfr. la recensione di M. TALAMANCA, in «BIDR.», XCI, 1988, p. 874 –, F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del 'ius honorarium'* [1996], in *Opuscula selecta*, Padova, 1999, p. 939 s. e nt. 12, p. 942 nt. 16 e p. 968 ss., e *Sulla definizione celsina del diritto* [1987], ivi, p. 603 nt. 153, C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, p. 191 s., nonché in generale G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, in «AUPA.», XXXIX, 1987, p. 47 ss. – cfr. la recensione di F. GALLO, in «Iura», XXXVIII, 1987, p. 198 s. –, e di recente M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, p. 81 s.; si veda in particolare, in specifico riferimento alle servitù cd. pretorie, RICCOBONO, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù*, cit. [nt. 81], p. 362), non sembra che in tale prospettiva le ragioni ineluttabili che condussero alla tutela «publiciana» si presentassero in maniera altrettanto netta e priva di alternative nell'ambito degli *iura in re aliena*. Certo, tale argomento non elimina in maniera assoluta l'eventualità che il diritto procedesse magari in tale direzione, anche se risulta renderlo estremamente improbabile, ma esclude del tutto la congruità della pur diffusa argomentazione ricostruttiva (oltre al ricordato Biondi Biondi, si veda in tal senso MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 32: cfr. *infra*, § 9 e nt. 205 e 214 s.) secondo cui, se si era giunti a tutelare l'acquisto di una *res* in cui non si conseguiva il *dominium ex iure Quiritium* attraverso il sistema imperniato sull'*actio Publiciana*, pianamente, si vorrebbe, in base alla medesima *ratio* non vi era alcuna ragione per non tutelare secondo un meccanismo analogo le servitù costituite *iure praetorio* e non *iure civili*.

addivenuti alla *stipulatio* di esercizio si era in presenza, in base al contratto, di un mero obbligo di costituzione, e non di una servitù già esistente. Ma una volta che, con il trascorrere del tempo, tale fruizione empirica del diritto si fosse stabilizzata, il carattere fattualmente equitativo della procedura decretale avrebbe fatto sì che, in base all'ordine pretorio di non impedire al ricorrente di continuare nello stesso comportamento che aveva tenuto in modo *non vitiosus* nell'anno passato, l'esercizio di fatto posto in essere dal soggetto venisse ormai normalmente tutelato dall'interdetto, senza più alcuna possibilità che la controparte potesse ribellarvisi in base – si noti – alla propria inadempnienza all'obbligo di prestare la *cautio* (e per tal verso è da sottolineare che non si parla ancora esplicitamente di «*patientia*», ma, in D. 8.1.20, di '*usus eius iuris*', o ad esempio di '*scientia*' in D. 8.5.16).

Solo in epoche successive, verosimilmente, la possibilità di una simile tutela venne sfruttata per costituire servitù indipendentemente dalla *stipulatio* di esercizio, con il semplice impegno del concedente a tollerare l'esercizio di essa, consolidando in tal modo la tutelabilità di tale situazione di fatto ed arrivando così a considerare questo sistema come una sorta di nuovo modo di costituzione delle servitù: e questo sembra con ogni probabilità spiegare il motivo per cui le fonti, trattando di un simile modo di costituzione, giustappongono come necessaria, alla «*traditio*» della servitù così attuata (e che ovviamente legittima istantaneamente all'esercizio della servitù), l'ulteriore elemento della «*patientia*», ossia un comportamento diacronicamente perdurante che è imprescindibile per far sorgere ad ogni effetto il diritto, dato che la mera *traditio*, in mancanza della *stipulatio* di esercizio, rimane inadeguata a questo fine, e il vizio congenito della servitù così sorta può essere per tal verso sanato soltanto dal trascorrere del tempo che consolidi la tutela interdittale in base all'esercizio di fatto di essa protrattosi sufficientemente a lungo²⁰⁰. E resta ovviamente il fatto che, mentre in una

²⁰⁰ La letteratura in argomento non sembra soffermarsi più di tanto sulla contraddittorietà del fatto che varie fonti mettono sullo stesso piano la '*traditio servitutis*' (cfr. D. 8.1.20 e D. 19.1.32), che in quanto tale è un fatto istantaneo e quindi fa parte di un normale negozio di costituzione della servitù, e la *patientia*, che invece deve di per sé estrinsecarsi in una serialità di eventi (negativi) succedentisi nel tempo dai quali sia desumibile la '*scientia*' del *dominus* del fondo servente e quindi la sua volontà di considerare la servitù come costituita: cfr. in particolare D. 6.2.11.1, dove non è chiaro da quale momento il titolare dello *ius in re aliena* cominci a essere difeso da tale adattamento dell'*actio Publiciana*, dato che tale improbabile forma di tutela, in ogni caso, dovrebbe sorgere immediatamente per la servitù regolarmente costituita mediante *traditio* accompagnata da stipulazione d'esercizio, mentre dovrebbe divenire possibile soltanto dopo un certo tempo se tale *stipulatio* manca e alla *vacua traditio* si è poi accompagnata la sola *patientia* circa l'*usus servitutis*. Tale differenza dovrebbe quantomeno portare a spiegare – se in ipotesi, come pensano vari autori, Labeone teneva ferma la necessità della *stipulatio* mentre Giavoleno avrebbe ammesso la costituzione della servitù tramite la semplice *patientia* – perché mai tale sistema si sarebbe sostituito con tanto successo a quello della *traditio* sin dal diritto classico, se presentava l'ovvio inconveniente di non costituire una servitù in senso proprio, ma di permetterne la tutela solo dopo che si fosse iniziato ad usarne e l'esercizio si fosse sufficientemente stabilizzato (mentre invece l'acquirente, concludendo un contratto, avrebbe ovviamente teso a volere subito la completezza dell'atto e quindi a pretendere la *stipulatio*, che oltretutto lo metteva molto meglio al riparo di eventuali impedimenti recati all'*usus servitutis* da parte del *dominus* del fondo servente, consentendogli altresì di agire immediatamente per il risarcimento del danno): se simili problemi sarebbero superati alla radice intendendo che nel diritto classico la *patientia* sia semplicemente un modo per assicurare all'acquirente una tutela interdittale nel caso in cui la servitù non sia stata propriamente costituita concretizzando la *traditio* in una *stipulatio* di esercizio, la dottrina tenta invece altre vie esplicative e non spiega perché mai ad un atto istantaneo e completo, che avrebbe molto di più soddisfatto l'acquirente, si sostituisca in via generale una fattispecie a formazione progressiva che per di più lascia alquanto incompleta la tutela del titolare della servitù. Si vedano in particolare BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 265 ss. e 269 ss. (secondo cui – p. 273 – «la *traditio servitutis* sta all'atto costitutivo della servitù nello stesso rapporto in cui, in ordine alle cose corporali, stanno i rispettivi atti, nonché l'*actio Publiciana* alla *vindicatio*» e quindi «la *traditio servitutis* non è un modo autonomo di costituzione, ma subordinato alla preesistenza di un rapporto costitutivo», mentre a sua volta non sarebbe da pensare che «la *traditio servitutis* rende superflua la usucapione, nella stessa guisa che, per le cose corporali, l'*actio Publiciana* non rende inutile né l'*usucapio* né la *vindicatio*»), GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 210 s. (che sottolinea che «la *patientia servitutium* poteva venire in considerazione come surrogato della *traditio* del possesso là dove oggetto di obbligazione era il procacciamento del possesso, come nella compravendita», ciosicché, pur non potendo usufrutto e servitù essere «traditi», se «si avviava, col tollerarlo, l'esercizio della servitù, ecco che poteva venir fuori una tutela pretoria, analoga a quella dell'*in bonis*», secondo un sistema che sarebbe più che altro stato adottato nei fondi italici, mentre sul suolo provinciale si sarebbe continuato a seguire il metodo delle *pactiones et stipulationes*), e MANNINNO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 11 ss. e *passim*, che come si è visto (cfr. *supra*, nt. 168) ricollega la *patientia* e l'*actio Publiciana* in materia di *iura in re aliena* all'affermarsi di

servitù costituita nel primo modo, e quindi in maniera regolare, il titolare potrà godere della duplice tutela offerta dall'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio* e dal procedimento interdittale, nel caso in esame egli potrà invece giovare esclusivamente, e soltanto dopo un certo lasso di tempo, della sola protezione decretale, per cui era ovvio l'interesse dell'acquirente ad ottenere subito, con la *stipulatio*, la tutela sia personale che decretale del rapporto, senza che certo gli convenisse attendere che con il tempo l'*usus* della servitù si stabilizzasse e gli venisse così riconosciuta la possibilità di ricorrere all'interdetto: ulteriore fattore che esclude con ogni evidenza che, come vorrebbe taluno, con la soluzione recata da Giavoleno, la posizione espressa da Labeone, e non a caso ribadita da Pomponio, potesse considerarsi superata.

8. Se quindi nelle servitù costituite *iure civili* la *stipulatio* d'esercizio era in ogni caso utile a rafforzare la tutela del titolare dello *ius* ed anzi doveva il più delle volte evitare di fatto il ricorso alla *vindicatio* (essendo più conveniente per l'attore, in caso di impedimenti recati dal *dominus* del fondo servente e concretantisi in una negazione di fatto del diritto, minacciare l'irrogazione della *poena* piuttosto che procedere in un giudizio in cui avrebbe dovuto dimostrare l'esistenza del diritto in questione, mettendone anzi in gioco la stessa sopravvivenza di fronte alla possibilità della controparte di addivenire, almeno in linea di principio, al pagamento della *litis aestimatio*), per altro verso nelle servitù costituite «*iure praetorio*» la *stipulatio* di esercizio, unitamente alla protezione interdittale, doveva offrire una tutela in linea di massima del tutto sufficiente a coprire le esigenze del titolare del diritto così posto in essere, anche per quanto riguarda i terzi che possedessero o detenessero il fondo servente: ed in effetti l'unica sensibile differenza rispetto alle servitù costituite tramite *in iure cessio*, *mancipatio* o legato *per vindicationem* era che egli non poteva disporre appunto della *vindicatio*, la quale, peraltro, portava in concreto all'unico risultato pratico di costringere come si è visto la controparte, in sede di *restitutio*, alla prestazione di una *cautio* del tipo «*de amplius non turbando*», ossia a fornire uno strumento di cui il soggetto già in pratica disponeva grazie proprio alla *stipulatio* d'esercizio, la cui prestazione era qui tutt'uno con la nascita stessa del diritto in questione.

Da questo fondamentale punto di vista, la situazione del titolare di una servitù costituita «*iure praetorio*» doveva dunque risultare senz'altro soddisfacente, e la sua tutela poteva come si è accennato apparire manchevole solo sotto due ulteriori ben circoscritti aspetti, e in primo luogo per il fatto che, se il rapporto così costituito vincolava oltre i costituenti altresì gli eredi dei titolari dei due fondi²⁰¹, secondo i principii generali del diritto delle obbligazioni esso non coinvolgeva di per sé gli acquirenti a titolo particolare dei due fondi, mentre d'altra parte vi potevano essere problemi per quanto riguarda il mancato *usus servitutis*, dato che nei rapporti fondiari costituiti *iure civili*, se anche non vi era stato un atto di esercizio negli ultimi dodici mesi (*'hoc anno'*) ma ve ne era tuttavia stato uno nella prima metà del biennio precedente, la servitù non era comunque estinta e, pur in assenza della ricorribilità alla procedura interdittale, il titolare poteva sempre esperire la *vindicatio* nonché, nel caso, l'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio* relativa all'esercizio, mentre nel caso di servitù nata «*tuitioe praetoris*» sarebbe stata esperibile solo l'azione in *personam* ma non quella *in rem*: con il rischio di vanificare la posizione del titolare sia nel caso di servitù esistenti da lungo periodo, quando cioè la prova dell'avvenuta costituzione e della prestazione della *cautio* risultasse soverchiamente difficile (cosa che del resto poteva avvenire anche nel caso di servitù *iure civili* quando col tempo divenisse arduo risalire all'atto costitutivo), sia soprattutto qualora l'attuale titolare del fondo dominante fosse un acquirente

una concezione che subordinava la tutela, anche interdittale, dell'*usus servitutis* alla buona fede dell'esercizio). Su come il sistema negoziale di costituire all'inizio il rapporto fondiario di servitù come mera obbligazione personale, lasciando che siano poi la *longa consuetudo* e il *diuturnus usus* a fornirgli una dimensione reale attraverso figure di tipo prescrittivo rapportabili all'usucapione, sia in sé metodo postclassico e quindi medioevale, cfr. *infra*, nt. 341 *in fine* e nt. 476.

²⁰¹) Su tale tema – oltre a MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, cit. [nt. 55], p. 284 s. e 320 ss. – si veda in generale G. SCHERILLO, *La trasmissibilità della stipulatio in faciendo* (1928), in *Scritti giuridici*, II.2, cit. [nt. 1], p. 337 ss., specie p. 340 ss., 370 e 382 s. (cfr. *infra*, § 15).

a titolo particolare non direttamente preso in considerazione dalla *stipulatio* di esercizio.

E' chiaro infatti che, nella costituzione del diritto mediante *pactio* e *stipulatio*, le parti potevano prevedere meccanismi negoziali affinché il rapporto di servitù venisse per così dire «trasmesso» agli acquirenti a titolo particolare del fondo servente, gravando contrattualmente il costituente, sempre attraverso la *stipulatio* e nel caso con la promessa di una *poena*, dell'obbligo di fare rispettare il diritto in questione anche da questi ultimi²⁰²; tuttavia una simile soluzione, rimanendo nella sfera degli obblighi personali del titolare del fondo servente, poteva in linea di massima prevedere soltanto sanzioni di tipo appunto personale e risarcitorio, e d'altra parte doveva assumere un valore alquanto limitato e assai poco soddisfacente di fronte al trascorrere del tempo, che sul lungo periodo rendeva simili previsioni alquanto labili e difficilmente dimostrabili²⁰³.

Poiché i due problemi sono a ben vedere sotto vari aspetti strettamente connessi fra loro, per quanto riguarda la necessità di almeno un atto di esercizio annuale per conservare la tutela interdittale è innanzitutto da osservare che un certo grado di maggiore caducità delle servitù costituite «*tuitio praetoris*» non è in quanto tale da escludere, né sarebbe stato in se stesso non tollerabile da parte dell'ordinamento, dato che in ogni caso, costituendo un adattamento di questo genere di rapporto a casi in cui non era configurabile uno *ius in re aliena* tipico quale quello previsto dallo *ius civile*, tale diritto poteva ben avere un grado di tutela (e per così dire di persistenza) minore di quest'ultimo, senza che la situazione dovesse apparire di per sé iniqua. Così, per quanto riguarda il problema della servitù non esercitata nell'ultimo anno e quindi in linea di massima priva di tutela interdittale, che qui non sarebbe stata azionabile attraverso la *vindicatio* ma solo tutelabile nel suo esercizio tutt'al più con l'*actio ex stipulatu*, è certo possibile in astratto ipotizzare che il magistrato potesse intervenire, come in effetti talvolta avviene, con un'estensione della tutela decretale ad un biennio, modificando per tal verso il requisito '*hoc anno*' e rendendo quantomeno in determinati casi particolari tutelabile l'esercizio della servitù utilizzata per l'ultima volta tra i dodici ed i ventiquattro mesi antecedenti²⁰⁴; tuttavia si potrebbe parimenti ipotizzare – e si vedranno in seguito le ragioni che conducono a propendere per questa seconda ipotesi – che una simile soluzione *in bonam partem* dovesse essere esclusa.

²⁰² Si veda in particolare CORBINO, 'Servitù', cit. [nt. 85], p. 256 s. Tra le fonti e disposizioni, si veda soprattutto D. 39.2.24.1 (Ulp. 81 *ad ed.*): '*Adicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum eorumque, ad quos ea res pertinet. successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur*', su cui si veda per tutti PROVERA, *Servitù prediali*, cit. [nt. 82], p. 27 s. (cfr. altresì p. 43 e nt. 50), secondo il quale «la *cautio* avrebbe funzionato come una *stipulatio poenae* per mezzo della quale era possibile, come è noto (cfr. *Iust. inst.* 3.19.21 e Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45.1.38.2), che il promittente si obbligasse anche per il fatto di un terzo (o di qualunque terzo o di determinate categorie di terzi, quali erano, ad esempio, i successivi acquirenti dal promittente di una cosa determinata, indicati come coloro '*ad quos ea res pertinet*')», richiamando a tale proposito anche i numerosi documenti da cui tale meccanismo contrattuale risulta confermato, come in particolare la *stipulatio* inserita nella *donatio Flavii Syntrophii* (K.G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*⁷ – ed. O. GRADENWITZ –, Tübingen, 1909, I, p. 337 n. 139, in cui al fine di obbligare il donatario per il fatto proprio, per quello dei suoi eredi e per quello dei successivi acquirenti a titolo particolare, viene menzionato accanto all'*heres* colui '*ad quem ea res pertinet*' – '*... tum per te no[n fieri factumve iri neque] per heredem tuum, eumve ad quem ea res de qua agitur pertinet pertinebit qua minus ii ho[r]ti aedificiumve sit com]mune tibi cum conlibertis tuis utriusque sexus*' –, mentre la promessa del fatto altrui era resa vincolante altresì da una esplicita clausola risarcitoria: '*[si adversus ea factum erit, quanti ea res erit] tantam pecuniam dari ... stipulatu[s est T. Flavius Syntrophus] sponondit T. Flavius Aithales libertus*'), nonché ad esempio i documenti transilvanici di vendita (BRUNS, *Fontes*, cit., I, p. 329 ss., n. 130, 131, 132 e 133), ove «l' '*is ad quem ea res pertinet*' stava ad indicare l'acquirente a titolo particolare dallo stipulante di una cosa determinata», per cui «da tale inserimento derivava che, nella *stipulatio duplae*, la garanzia operava anche se l'evizione si fosse verificata in pregiudizio dell'acquirente suddetto, restando il promittente obbligato nei confronti dell'altra parte alla restituzione del doppio del prezzo ricavato dalla vendita». Sulla '*stipulatio habere licere*' nella compravendita in rapporto a terzi, si veda altresì COUDERT, *Recherches*, cit. [nt. 109], p. 89 ss., e, sulle clausole '*per alium non fieri*' e '*per omnes non fieri*' anche rispetto ai *successores*, p. 97 ss.

²⁰³ Cfr. in breve ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit. [nt. 18], p. 646 e 662 ss. (si veda tra l'altro BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, cit. [nt. 70], p. 279 ss.).

²⁰⁴ Si veda in generale UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 346 ss., 366 ss. e 378 ss., in particolare p. 382 s. Sull'*interdictum de aqua aestiva* (D. 43.20.1.29 [Ulp. 70 *ad ed.*): '*uti priore aestate aquam ... duxisti*': cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 479) si veda in particolare CAPOGROSSI, *Ricerche*, cit. [nt. 57], p. 138 ss. e soprattutto p. 148 s., e *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 415 ss. Sulla *restitutio in integrum* della servitù attuata attraverso un interdetto concesso '*repetita die*' cfr. *infra*, § 14.

sa, e che, salva la possibilità di agire con l'*actio ex stipulatu* facendo valere la *cautio* relativa all'esercizio, il mancato esercizio nel precedente periodo previsto dall'interdetto, e quindi normalmente nell'ultimo anno, facesse in linea di massima venir meno ogni possibilità di tutela interdittale e con essa la stessa servitù costituita «*iure praetorio*», sempre che l'esercizio del rapporto non potesse riprendere grazie all'esperimento vittorioso dell'*actio in personam*; tale rischio, in effetti, come si è osservato poteva ben accordarsi con la minore posizione che dette servitù assumevano nell'ambito dell'ordinamento rispetto a quelle costituite *iure civili*. Né si deve del resto dimenticare come lo stesso termine biennale di estinzione sembrerebbe essere stato anticamente introdotto come eccezione innovativa, per le *res soli* che nella normazione duodecimtabulare erano esclusivamente *res mancipi*, modificando un principio di prescrittibilità annuale in origine può darsi generale: cosicché una estinzione di fatto per *non usus* annuale delle servitù costituite «*tuitioe praetoris*» (su fondi che il più delle volte non costituivano una *res mancipi*) non doveva certo presentarsi come un fenomeno intollerabile all'ordinamento romano; e anche per tal verso si può dunque agevolmente postulare che chi acquisisse un diritto di tale tipo potesse avere l'onere di esercitare almeno una volta all'anno il rapporto per evitare di perdere la sua tutelabilità in via interdittale e quindi, di fatto, sovente il diritto stesso²⁰⁵.

²⁰⁵ Sulla *ratio* politico-economica dell'estinzione per *non usus* dei diritti reali di godimento si veda di recente CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 343. Cfr. tra l'altro D. 7.6.3 (Iul. 7 dig): '*Qui usum fructum traditum sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si legitime eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet: est enim absurdum plus iuris habere eos, qui possessionem dumtaxat usus fructus, non etiam dominium adepti sint*'. Sul passo, oltre a ALBERTARIO, *Il possesso dell'usufrutto, dell'uso, della habitatio*, cit. [nt. 1], p. 318 ss. (che sostituisce '*restitutum*' a '*traditum*' e dubita fortemente di '*legitime*', oltre a cassare la chiusa da '*est enim absurdum*' in poi), H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55] p. 51 s. (che dubita in particolare delle parole '*actionem ad restituendum eum*', pensando piuttosto ad un *interdictum utile*: cfr. la ricordata [nt. 55] recensione di Hans PETERS, p. 597), e BESELER, *Beiträge*, II, cit. [nt. 63] p. 6 (ove si cassa la parte da '*est enim absurdum*' ad '*adepti sint*'), *Beiträge*, III, cit. [nt. 71] p. 26 (ove si rinvia ad Emilio Albertario specie in relazione alla chiusa) e p. 171 (cfr. *infra*, nt. 214), e *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37] p. 78 (ove, ritenendo che si trattasse qui di un fedecompresso di cui fosse onerato il legatario dell'usufrutto – caso in cui la *restitutio* si faceva appunto con la consegna della cosa, mentre il pretore tutelava, a giudizio dell'autore probabilmente con un'*actio ficticia*, il fidecommissario come se fosse lui il legatario dell'usufrutto – si sostituisce '*restitutum*' a '*traditum*' e '*legati iure*' a '*legitime*', cassando sempre la parte finale, qui da '*actionem ad restituendum eum habere non debet*' in poi), si vedano SEGRE, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 470 nt. 49, e *La clausola restitutiva*, cit. [nt. 9] p. 552 nt. 55 (che, con alcune critiche a Hugo Krüger e a Gerhard von Beseler, sottolinea l'incertezza di quale sia l'azione cui allude il passo, escludendo in particolare che possa trattarsi di un'applicazione estensiva della *Publiciana*), FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali*, cit. [nt. 55], p. 304 s. (che accetta la ricostruzione di Gerhard von Beseler ed in particolare la sostituzione di '*restitutum*' a '*traditum*'), PEROZZI, *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 229 ss. (che tra l'altro reputa interpolato '*legitime*', dato che il diritto è semmai acquistato '*tuitioe praetoris*'), RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 402 s., COLLINET, *La tradition des servitudes dans le droit de Justinien*, cit. [nt. 55], p. 188 nt. 3, H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, München - Leipzig, 1937, p. 11, e M. PAMPALONI, *Questioni di diritto giustiniano* [II], in «RISG.», LII, 1912, p. 182 ss. e nt. 4 (che in base alla pur non incontrovertita regola – cfr. D. 7.4.1.pr. e *Vat. fr.* 61, su cui *supra*, nt. 122 – per cui l'usufrutto originato dal *legatum sinendi modo* o da un fedecompresso non si estinguesse per *non usus*, dato che non veniva meno l'*actio ex testamento* o in generale la relativa *actio in personam* – cfr. *Vat. fr.* 46 – cassa '*legitime*', il '*non*' tra '*habere*' e '*debet*' e tutto il finale da '*est enim absurdum*' in poi); più recentemente si vedano in particolare CARCATERRA, *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, cit. [nt. 1], p. 81 ss. (che difende la classicità del passo sostenendo – specie in riferimento a BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], II, p. 203 ss. – che '*tradere*', oltre che in senso tecnico al *dominium*, può in un'accezione più lata venire riferito anche alla detenzione, e che d'altra parte risulta deporre contro un intervento interpolatorio – richiamando in particolare Steph., *sch.* 10 ad Bas. 15.2.11.1 [D. 6.2.11.1], in ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Supplementum*», cit. [nt. 8], p. 44 – il fatto che i bizantini non tendano affatto ad accentuare la validità della *traditio* come modo di costituzione dell'usufrutto), SARGENTI, *Appunti sulla quasi possessio e la possessio iuris*, cit. [nt. 1], p. 243 ss. (che riconosce nel passo ampi rimaneggiamenti giustiniani), SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 152 ss. (che sostiene il più ampio rimaneggiamento del frammento, da considerare senz'altro interpolato nella chiusa in relazione alla *possessio* dell'usufrutto), e *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 96 (specie in relazione alla «strana espressione» rappresentata dal '*dominium usus fructus*' in contrapposizione alla '*possessio*'), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 271 (che rifiuta le ipotesi interpolazioniste, sostenendo, in particolare, la genuinità della parte finale, «la quale enuncia una precisa e calzante motivazione: se il diritto di usufrutto si estingue per *non usus*, è assurdo che chi lo esercita solo di fatto, ne ha cioè il possesso, non debba essere soggetto alla medesima causa di decadenza: *dominium* è inteso nel senso di titolarità, in contrapposito a *possessio*, acquistato per mezzo della *traditio*»), GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 173 e 208, e

In questa prospettiva – d'altra parte non certo strana nell'ambito del diritto romano, dove non è per nulla eccezionale che diritti soggettivi, altresì di natura reale, ricevano una tutela inizialmente affatto lacunosa per poi tendere ad una maggiore completezza solo nell'arco di periodi financo secolari²⁰⁶ – può dunque trovare una pur limitata soluzione altresì il problema dei terzi acquirenti del fondo, dato che, se l'interdetto veniva com'è noto esteso dal pretore, con un'apposita clausola, ai successori a titolo particolare, anche nelle servitù cosiddette pretorie questi ultimi potevano trovare, fermo l'onere di esercitare la servitù almeno una volta all'anno, una sufficiente tutela da parte dell'ordinamento, nel caso rafforzata dalle clausole contrattuali che estendessero ai terzi acquirenti l'obbligo in questione, tanto all'atto della sua costituzione quanto, in seguito, al momento della cessione del fondo servente. E poiché, com'è noto, oltre che agli eredi gli interdetti si trasmettevano agli acquirenti a titolo particolare sempre sia dal lato attivo che quello passivo, per tal verso il compimento di un solo atto di esercizio annuale avrebbe di fatto garantito una sopravvivenza potenzialmente perpetua alla servitù, in maniera del tutto indipendente dall'avvicinarsi dei titolari dei due fondi²⁰⁷.

Si tratterebbe, beninteso, di una tutela certo parziale e senz'altro minore rispetto a quella prevista per le servitù sorte *iure civili*, ma a ben vedere non così insoddisfacente come a prima vista potrebbe sembrare, specie se si considera come anche la stessa *vindicatio* che competeva al titolare dello *ius in re aliena* non fosse poi, come si è visto, strumento tanto onnirisolutivo, e come d'altra parte

Usufrutto e figure affini, cit. [nt. 1], p. 338, p. 373 s. e nt. 1 e p. 502 nt. 1 (che reputa alterata la parte del passo che parla di un «possesso» dell'usufrutto nonché la menzione dell'*actio*, accettando in linea di massima le correzioni di Gerhard von Beseler), P. VOCI, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in «SDHI.», LIII, 1985, p. 53 e nt. 224 (secondo cui 'dominium' può in effetti avere il più generico senso di «titolarità» – cfr. la locuzione «dominium proprietatis» –, per cui non è assurdo che si parli di «dominium usus fructus»), MANNINO, *La tolleranza dell'usus servitutis*, cit. [nt. 57], p. 33 ss. (che, andando oltre Biondo Biondi – nt. 36 –, sostiene la perfetta genuinità del passo, e ne trae manco a dirlo un argomento in ordine alla classicità dell'*actio Publiciana* concessa da D. 6.2.11.1 per l'*usus fructus* 'traditus'), nonché BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, cit. [nt. 24], specie p. 85 ss., 94 ss. e 97 ss. (secondo il quale – cfr. p. 178 ss. – Giuliano, pur essendo non solo un teorico ma altresì un pratico, e non risultando d'altra parte dominato nel suo metodo da un principio unitario, avrebbe padroneggiato perfettamente l'arte di argomentare per similitudini e sarebbe frequentemente ricorso alla argomentazione analogica; cfr. la recensione di G. REGGI, in «Iura», XVIII, 1967, p. 183 ss., che peraltro rimprovera all'autore – p. 187 s. e nt. 6 – di escludere dalla sua ricerca i passi di Giuliano in cui si ricorre – come in particolare avviene in D. 7.6.3: «...est enim absurdum...» – al metodo dell'argomentazione per assurdo, ritenuta non classica da vari interpolazionisti, e in particolare da Gerhard von Beseler, ma rivalutata come genuina, altresì proprio in quanto usata in particolare da Giuliano, da M. BRETONE, *Note minime su Celsus filius*, in «Labeo», IX, 1963, p. 337 s.), e H. ANKUM, *Quelques remarques sur le fideicommissum d'un usufruit légué dans le droit romain classique*, in «RIDA.», 3^a s., XXIV, 1977, p. 138 ss. e 156 (che individua un compiuto parallelismo, attuato dal pretore, tra la posizione dell'usufruttuario e quella del fideicommissario dell'usufrutto, in particolare in tema di estinzione, ma secondo architetture rintracciabili in generale tanto in tale ambito così come anche in altri settori normativi: cfr. ID., *La femme mariée et la lex Falcidia*, in «Labeo», XXX, 1984, p. 40 s. e nt. 31; sulla ricostruzione di Hans Ankum, oltre a G. FIRPO, *La «Société» a Trieste*, in «Labeo», XXIII, 1977, p. 248, si veda KASER, *'Ius honorarium' und 'Ius civile'*, cit. [nt. 1], p. 91 nt. 415). In ogni caso, quanto qui interessa è semplicemente, al di là dei dubbi formali che desta la chiusa del passo nel ricorso ai concetti di 'possessio' e di 'dominium', la sostanziale congruità della motivazione per cui la tutela di chi esercita il diritto senza esserne titolare non può ottenere una tutela maggiore di chi ne è invece titolare, e che dunque, così come avviene per il cessionario dell'esercizio dell'usufrutto rispetto al *fructuarius*, è verosimile che, rispetto alla servitù o all'usufrutto propriamente detti, ossia costituiti *iure civili*, chi dispone di una situazione di contenuto analogo costituita «*iure praetorio*» (si ricordi la differenziazione posta da Gai., *inst.* 2.31: «... pactionibus et stipulationibus id efficere potest...»: cfr. *supra*, § 3 e nt. 82, nonché nt. 122) possa ben disporre di un livello di tutela senz'altro minore (cfr. altresì D. 33.2.29 [Gai. 1 *fid.*], richiamato in tal senso da BIONDI, *loc. cit.*).

²⁰⁶ In ordine all'*interdictum de superficiebus* (cfr. LENEL, *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 476), che precedette la pur dubbia *actio in rem*, e alla sua esperibilità *erga omnes*, nonché circa il *pignus conventum* e la forma *utilis* dell'*interdictum Salvianum*, esperibile contro qualsiasi possessore (cfr. LENEL, *op. ult. cit.*, p. 490 ss. [§ 266]), è qui sufficiente rinviare a TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 473 s. e 480 (cfr. *infra*, nt. 231 e 476).

²⁰⁷ Oltre a D. 43.19.3.pr. (Ulp. 70 *ad ed.*: «*Inde etiam illud Labeo scribit: si, cum a me recte via utebaris, fundum vendidero, per quem utebaris, deinde emptor te prohibuit: licet clam videaris ab eo uti [nam qui prohibitus utitur, clam utitur], tamen interdictum tibi competere intra annum, quia hoc anno non vi non clam non precario usus es*»), cfr. D. 43.19.5.2 (Ulp. 20 *ad ed.*): «*hoc interdictum non solum ipsi, verum successoribus quoque esse dandum non est ambigendum: emptori quoque dabitur et in emptorem*»: oltre a S. TAFARO, *Il giurista e l'«ambiguità». Ambigere ambiguitas ambiguus*, Bari, 1994 p. 112 ss., su quest'ultimo passo si vedano in particolare SCHMIDT, *Das Interdictenverfahren der Römer*, cit. [nt. 1], p. 170 ss., UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 300 ss., e BETANCOURT, *Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos*, cit. [nt. 1], p. 52 ss. (cfr. *infra*, nt. 309).

anche per le servitù dello *ius civile* fosse nondimeno alquanto forte il rischio di una estinzione di fatto dovuta, con il trascorrere del tempo, a difficoltà probatorie (problema che lo stesso istituto della *vetustas*, del resto valevole per i soli rapporti idrici, poteva alleviare ma non certo risolvere del tutto): né d'altra parte mancano indizi di come l'ordinamento non dovesse essere sempre e comunque favorevole ad una assoluta permanenza in eterno di rapporti che con il tempo potevano rivelarsi, se troppo rigidi, in contrasto con la libera evoluzione economico-produttiva del territorio. Per tal verso, anzi, si può osservare – in relazione all'onere che i terzi acquirenti avrebbero avuto di esercitare la servitù almeno una volta all'anno per evitare di perdere la tutela interdittale e con essa, il più delle volte, il diritto stesso – come una tutela in certo modo minore del diritto, e una sua conseguente più incerta stabilità sul lungo periodo, non debba di per sé venire sempre e comunque vista dall'ordinamento come un intrinseco difetto della regolamentazione di un istituto, potendo anzi costituire, nei disegni di fondo implicitamente perseguiti dal diritto obbiettivo, talora un vantaggio se non un pregio, in quanto idonea ad evitare che tale istituto – specie se come in questo caso sorto quale «versione minore» di una figura del prioritario *ius civile* – possa più di tanto radicarsi nella realtà immobiliare e far assumere al rapporto pattizio dello *ius praetorium* che ne è alla base una dimensione di potenziale eternità anche di fronte a mutati assetti fondiari che lo rendano obsoleto ed oggettivamente inutile se non dannoso²⁰⁸.

Con tutto questo non si vuole, beninteso, di per sé negare alla radice la stessa possibilità che i dati offerti da taluni pur problematici testi trasmessici dalla compilazione possano riflettere più o meno tardi tentativi dell'ordinamento o forse di singoli giuristi volti a rendere per così dire più completa ed esaustiva la tutela del titolare di servitù costituite «*iure praetorio*»: tuttavia, da quanto sinora osservato, emerge comunque che tali tentativi non furono affatto, come oggi si tende per lo più a dare implicitamente per scontato, delle operazioni volte a dotare finalmente di una tutela una situazione altrimenti pressoché non protetta in alcun modo (gran parte della dottrina tende in linea di massima a tributare, infatti, scarsa considerazione alla tutela *in personam* nonché interdittale, per concentrarsi quasi esclusivamente sulla necessità di un'*actio in rem*), bensì, nella più concessiva delle ipotesi, costruzioni dettate dal desiderio di completare in maniera più esaustiva una protezione processuale che in ogni caso già esisteva, e che verosimilmente sarebbero in ogni caso da mettere in relazione, diacronicamente, con situazioni storiche in cui i mezzi già a disposizione del titolare della servitù «*iure praetorio*» dovettero iniziare a divenire insufficienti in vista dell'evoluzione del processo romano: trasformazioni che, dunque, dovettero innanzitutto coinvolgere il ruolo del procedimento decretale, strettamente connesso alla classicità dell'*ordo iudiciorum privatorum*, ma che più in generale – salvi precedenti nel caso tardoclassici e provinciali – sembrano soprattutto connettersi ai mutamenti di fondo dell'età postclassica, che com'è noto condussero a dare una ben più risolutiva enfasi alla valenza del legittimo stato di fatto esistente²⁰⁹.

In questa più duttile prospettiva, e tenendo soprattutto presente il loro carattere complementare rispetto alla fondamentale tutela offerta dall'*actio ex stipulatu* e dalla procedura interdittale, sembrano quindi da riconsiderare i vari tentativi della dottrina moderna di salvare pretesi lacerti di classicità in frammenti che parlano di azioni a tutela degli *iura aliena* costituiti «*iure praetorio*» (testi in generale pressoché tutti alquanto sospetti nel loro tenore generale)²¹⁰: tentativi tutti fondati sul presupposto implicito che *ab origine*, per fornire una sufficiente protezione processuale a tali diritti, fos-

²⁰⁸) Benché l'argomento possa qui essere soltanto accennato, su come fattori di politica legislativa potessero influire in maniera sufficientemente diretta sulla regolamentazione delle servitù, giungendo in particolare ad escludere l'usucapibilità delle servitù rustiche, si veda CAPOGROSSI, *La lex Scribonia e la usucapione delle res incorporales*, cit. [nt. 66], p. 129 ss. Non interessa qui, ovviamente, la previsione di *intervalla* di esercizio di lungo periodo (finanche quinquennali: C.I. 3.34.14), che implicava di conseguenza più lunghi periodi estintivi (D. 8.7.6, Paul. 13 *ad Plaut.*): cfr. in breve, tra l'altro, ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], p. 476 s. e nt. 312.

²⁰⁹) Cfr. in generale E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 243 ss., e BISCARDI, *Orientamenti e tendenze del legislatore*, cit. [nt. 6], specie p. 292 ss. e 317 ss., e *La nuova proprietà*, cit. [nt. 6], p. 292 ss.

²¹⁰) Cfr. *supra*, § 2.

se inevitabilmente necessario ricorrere alla creazione di nuove azioni costruite *ad hoc*, ossia su di un presupposto che in realtà risulta come si è visto in linea di massima erroneo²¹¹.

9. Le fonti in materia non sono, a dire il vero, né numerose né soddisfacenti quanto a chiarezza, ed in generale si limitano a richiamarsi a piuttosto nebulosi riconoscimenti della valenza legittimante del fattore tempo, o rifacendosi direttamente al *diuturnus usus* e alla *longa consuetudo* (ovvero *longa quasi possessio*), come si è visto avvenire in D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23, ovvero a non meglio specificate applicazioni della usucapione, facendo perfino riferimento alla *fictio usucapionis* recata dall' *actio Publiciana*, che si vorrebbe estesa alle servitù e all'usufrutto:

D. 6.2.11.1 (Ulp. 16 *ad ed.*): Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur²¹²: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam [forte si per domum quis suam passus est

²¹¹ Mentre già nell' '800 la dottrina comune insegnava in linea di massima che la servitù, quando non costituita *iure civili* ma '*tuitioe praetoris*', fosse difesa dal pretore con un' *actio confessoria utile* (cfr. ALBERTARIO, *La protezione pretoria*, cit. [nt. 55], p. 480), ed anche Silvio Perozzi, nel suo saggio del 1897 (*I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], specie p. 243 ss.), riteneva che, anche se solo nei casi di servitù costituite mediante *pactio* e *stipulatio* su suolo provinciale, vi fosse comunque un' *actio in rem*, la sussistenza di un' *actio in rem* venne negata da Hugo Krüger, secondo il quale – che pur scrivendo nel 1911 ignora il precedente lavoro dell'autore italiano: cfr. *supra*, nt. 55 – il pretore non avrebbe concesso in tale ipotesi alcuna azione, ma solo una tutela fondata su di *exceptio* e interdetto (*Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 86 ss.: cfr. *supra*, nt. 55). La questione divenne per vari versi di seconda importanza quando il tema delle servitù cosiddette pretorie cadde sotto i rigori della più matura critica interpolazionista, che mise in dubbio, come fece in particolare Siro Solazzi (*Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 137 ss.), la stessa sussistenza di un simile istituto nel diritto classico: ma una volta superata tale fase, l'idea di un' *actio in rem* a tutela di tali servitù divenne naturale, mentre d'altra parte lo scarso approfondimento della protezione interdittale degli *iura in re aliena* nei suoi concreti meccanismi non concedeva alcuna effettiva alternativa a tale impostazione (cfr. *supra*, nt. 3): così, Biondo Biondi insegnava senza problema che «L' *actio in rem* in tema di servitù non è un'azione nuova, ma quella stessa azione reale che i magistrati accordano a favore dei possessori dei fondi provinciali. Non v'ha dubbio che i magistrati provinciali accordano al possessore dei fondi provinciali un'azione analoga, sostanzialmente e per gli effetti, alla reivindicatio del dominium ex iure Quiritium. Orbene, è proprio questa stessa azione che dovette accordarsi in tema di servitù» (*Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 253), per cui, mentre «per le servitù costituite mediante *stipulatio*, riconosciute dal pretore, l'azione non è la vindicatio, né è qualificata tale, ma un'azione del tutto analoga» (p. 347), «nei casi in cui l'*usus servitutis* si considera alla stessa stregua della *traditio*, è possibile esercitare l' *actio Publiciana*» (p. 348); non molto diversamente, Giuseppe Grosso, di cui si sono viste le posizioni, tende a dare alla necessità di tutelare tali servitù attraverso un' *actio in rem* una centralità tanto aprioristica ed assoluta da argomentare da essa (e non viceversa) il riconoscimento del nuovo modo di costituzione delle servitù: «La necessità di raggiungere anche qui un'efficacia reale [...] portò a dar risalto alla *pactio*, che precedeva la *stipulatio*, a riconoscere tale efficacia alla *pactio* ...» (*Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 200): d'altra parte, pur dubitando fortemente della classicità dell'applicazione in tale materia dell' *actio Publiciana*, lo studioso torinese accetta come si è visto la genuinità sostanziale di un testo come D. 8.10.1.pr.-1 (cfr. *supra*, nt. 65).

²¹² Si noti come basti qui un '*non*' prima di '*datur*' per far sì che il frammento – una volta tolto l'innocuo glossema centrale – acquisti un significato non solo più consono al diritto classico ('*si de usu fructu agatur tradito, Publiciana <non> datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam [...]: item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat*': cfr. *infra*, nt. 214 ss. e 227), ma altresì un più compiuto senso nella sua parte finale, dove '*tuendam constat*' sembra appunto alludere – ammettendo la genuinità della chiusa – ad altri e diversi modi di tutela (e in particolare, ad una protezione interdittale pur dalle fonti sovente riferita alla *patientia* – cfr. *supra*, § 7 – la cui mancata menzione sembra qui appunto non priva di implicazioni): cfr. in particolare, per l'inserzione del '*non*', CARCATERA, *Il possesso dei diritti*, cit. [nt. 1], p. 121 (cfr. altresì p. 92). Su come tra i fini dell'abolizione della usucapibilità delle servitù vi potesse tra l'altro essere quello di escludere l'applicazione dell' *actio Publiciana* e quindi la connessa sanabilità dei vizi di costituzione di tali diritti, si veda CAPOGROSSI, *La lex Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 115 s. e *passim*. Del resto, l'applicabilità dell' *actio Publiciana* a usufrutto e servitù appare sin da una prima lettura del passo resa inverosimile altresì dal riferimento alla *traditio*, che, ben diversamente da quanto accade per le *res mancipi* di cui venga così traferita la proprietà, per le servitù di tale tipo risulta invece, mercé la ricordata *cautio*, un modo normale ed acconcio per far sorgere un simile rapporto, e tale da dare per tal via regolare esecuzione alla *emptio-venditio*: per cui, atteso altresì che il testo, parlando di *traditio* e di *patientia* e non di situazioni patologiche di inidoneità in concreto della *traditio* compiuta (cfr. *supra*, § 7), non si vede il ruolo che qui potrebbe venire espletato dall' *actio Publiciana*, intrinsecamente ricollegata a situazioni ove invece l'effetto traslativo connesso alla *traditio* non si è verificato (come appunto per il *dominium* di *res mancipi*) e si deve quindi ricorrere a tale rimedio strutturalmente straordinario, introdotto dal pretore specificamente a tale particolare scopo. In ogni caso, come si vedrà tra breve, le ragioni della non classicità di D. 6.2.11.1 appaiono essere più estese e complesse.

aquae ductum transducij: item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat²¹³.

Ad una prima considerazione, il dettato del passo lascia alquanto perplessi, ed in effetti esso è stato severamente giudicato dalla critica interpolazionistica, che non ha mancato di sottolinearne le incongruenze testuali e soprattutto dogmatiche²¹⁴; il punto che sembra insuperabile, in effetti, risulta

²¹³ Da notare come LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], II, c. 513, unisca (n. 573) D. 6.2.11.1 a D. 43.1.10.1 (Ulp. 16 ad ed.: 'Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam [longi tempore] <usu> capi possint, cum aedificiis possint'), che in tale ricostruzione lo precederebbe (Otto Lenel tende in ogni caso a considerare il passo del tutto interpolato: cfr. *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 172 s.): prospettiva dove la negazione della usucapibilità delle servitù renderebbe ulteriormente problematico che Ulpiano facesse seguire a tale enunciazione la possibilità di applicare tuttavia ad esse, oltre che all'usufrutto, l'*actio Publiciana*. Sul rapporto tra i due passi si veda ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 245 nt. 1, secondo cui D. 6.2.11.1 sarebbe con verosimiglianza da riferire ad una *adiudicatio* di un usufrutto in seguito a un *iudicium quod imperio continetur* (ipotesi in cui la possibilità di una successiva usucapione dello *ius utendi fruendi* a suo giudizio si presenterebbe spontanea: ma, contro tale congettura, si veda *supra*, nt. 34), mentre, se nelle stesse condizioni veniva aggiudicata una servitù, il rimedio a suo avviso era probabilmente dato da D. 43.1.10.1, poiché in un giudizio divisorio la servitù doveva essere aggiudicata insieme con il fondo a cui favore preesisteva o si costituiva (sulla inusucapibilità della servitù «acquistata» tramite pagamento della *litis aestimatio* cfr. tra l'altro *supra*, nt. 44). Sulla formula di tale azione (cfr. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliquae sunt*, cit. [nt. 8], p. 75 s. e nt. 15) si veda HUSCHKE, *Das Recht der publicianischen Klage*, cit. [nt. 63], p. 42, che propone 'si lex Scribonia lata non esset et Aus Aus biennio servitute usus esset ...' o ancor più inverosimilmente 'si ante legem Scriboniam ...': sui problemi che una simile formula porrebbe nel caso di costituzione *a non domino* nonché soprattutto in relazione alla corrispondente *actio negatoria* si veda in particolare Ch. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, Paris, 1889, I, p. 103 ss.

²¹⁴ La critica interpolazionistica su tale passo raggiunge sovente livelli di rifiuto pressoché totale (cfr. «Index Interpolationum», I, cit. [nt. 95], c. 90: «Totum locum esse Triboniani putant ...»): oltre HUSCHKE, *Das Recht der publicianischen Klage*, cit. [nt. 63], p. 41 ss., e a DERNBURG, *Pandette*, cit. [nt. 40], I, 2, p. 360 nt. 20 (che riferisce comunque il passo alla tarda epoca imperiale), si vedano PEROZZI, *L'editto Publiciano*, cit. [nt. 63], p. 411 s., *Della tradizione*, cit. [nt. 197], p. 148 s., *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 226 s. e 230 ss. (cfr. p. 236 e 237), *Sulla struttura delle servitù prediali*, cit. [nt. 71], p. 56 s., e *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 735 nt. 2 (che, specie in relazione all'ablativo – assoluto? – 'servitutibus', che non si sa da cosa dipenda, al 'forte', «certo bizantino», e all'esempio «erroneo» di servitù «urbanas», ritiene il frammento frutto di un'estensione giustiniana della Publiciana dall'usufrutto agli *iura in re aliena* in generale, sospettando altresì l'esistenza in tale contesto di un'*actio Publiciana* di tipo negatorio, e critica in particolare l'inutile distinzione reiterativa tra servitù urbane e rustiche, l'inciso qui espunto nel riportare il frammento e la verosimile sostituzione di 'tradito' a 'empto': peraltro egli ritiene che già i classici avessero applicato l'*actio Publiciana* all'usufrutto, in analogia con proprietà provinciale – cfr. D. 6.2.12.2: Paul. 9 ad Sab. –, e quindi per l'affinità che esso presentava con il *dominium*, e non perché i giuristi avessero superato la inconciliabilità tra usucapione e cose incorporeali: cosa che avrebbe appunto escluso, a differenza dell'usufrutto, le servitù prediali: cfr. *I modi pretorii*, cit., p. 230 s.; su D. 6.2.12.2-3 e la concessione della Publiciana a chi acquisti una *insula superficialia a non domino* e l'implicita qualifica giustiniana del reale superficario come *dominus* si veda in particolare, anche in riferimento alle posizioni di Biondo Biondi, Giuseppe Branca e Giovanni Pugliese, G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 351 s.); cfr. inoltre FERRINI, *Pandette*, cit. [nt. 8], p. 383 nt. 11, BONFANTE, *La «longi temporis praescriptio» delle servitù*, cit. [nt. 56], p. 965 ss. (cfr. *supra*, nt. 56), e *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 48 s. (ove si condividono le censure di Silvio Perozzi), RICCOBONO, *Le applicazioni della stipulatio*, cit. [nt. 104], p. 254 s., e *Traditio ficta* [II], cit. [nt. 60], p. 209 (che qui ritiene interpolate le parole 'traditio' ed 'exemplo ... constitutis' – cfr. *supra*, nt. 98 –, mentre nello studio sulla *stipulatio* dichiara il testo «pesantemente interpolato ed in parte concentrato» specie in riferimento alla convinzione che i testi che parlano di *traditio* della servitù senza menzionare *pactio* e *stipulatio* non sarebbero classici), ed ALBERTARIO, *Il possesso dell'usufrutto, dell'uso, della habitatio*, cit. [nt. 1], p. 333 e 335 (in cui si cassa la parola 'traditio'), e *Il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 55], p. 350 s., dove si afferma che il passo, al di là della menzione dell'*actio Publiciana*, si rivela «un'invenzione dei compilatori» anche in vista della costruzione sbagliata in cui non si sa da cosa dipenda l'ablativo 'servitutibus constitutis' e del non chiaro ma continuo contrapporsi di servitù rustiche e urbane, nonché per l'uso alquanto sospetto di 'forte' e per la preposizione da esso introdotta, di carattere didattico e destinata a spiegare il senso di 'patientia'; attribuisce la concessione della Publiciana a Triboniano e non a Ulpiano, inserendo un 'non' prima di 'datur', H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 57 s.; cassa da 'itemque' a 'constat', considerando peraltro il resto genuino, O. LENEL, *Nachträge zum Edictum Perpetuum, IV. Das Publicianische Edict* (1899), in *Gesammelte Schriften*, cit. [nt. 8], II, p. 419 (sull'ultima posizione dello studioso in ordine al passo si veda in ogni caso *supra*, nt. 213); cfr. altresì COLLINET, *La tradition des servitudes dans le droit de Justinien*, cit. [nt. 55], p. 190 nt. 1, p. 191 nt. 1 e p. 192 nt. 3 (che rifiuta tutto il periodo da 'itemque servitutibus' a 'constat' ritenendo d'altro lato le parole da 'forte' a 'transducij' un glossema), e BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, cit. [nt. 63], p. 6 (ove si cassa del pari tutta la parte da 'itemque servitutibus' a 'constat'), *Beiträge*, III, cit. [nt. 71], p. 171 («ist erst von itemque an unecht. Statt actionem ad restituendum eum habere non debet ist in [7.6] 3 Jul. 7 dig vielleicht zu lesen utilis Publiciana formula ei dare non debet»), e *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 80 s. (ove si cassa tutto il passo in relazione alla *usucapio ususfructus*, richiamandosi altresì al

già ricordato [nt. 205] Steph., *sch.* 10 ad Bas. 15.2.11.1 [D. 6.2.11.1]); sulla contrapposizione tra 'urbanorum' e 'rusticorum' praediorum servitutes recata da D. 6.2.11.1 cfr. G. ARNO, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, cit. [nt. 66], p. 141 ss. e in particolare p. 146 ss. (che per tal verso deduce dall'esemplificazione delle servitù prospettata dal testo la sua assoluta interpolazione); a sua volta DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo*, cit. [nt. 8], p. 352 s., richiama lo *sch.* 10, di Stefano, al corrispondente Bas. 15.2.11.1 ([poubl ikian] j rmozei ka per cr»sewv ka douleif n sustasif n di; paradosewv, A cneixikak.av.: «[Publiciana] competit etiam de usufructu et servitutibus per traditionem vel patientiam constitutis» [HEIMBACH, II, cit. [nt. 8], p. 171]), secondo cui ka tōn toioaton oūsoufroukton m% kur.wv sunistēmenon ful ettei n pra^twr, ka ful ettwn d.dwsi t4n per oūsoufroukton komfessor.an „n pēm, poubl ikian4n mšntoi. Qe0fil ov mšntoi 0 makar..thv m%emEtise m% xnta desp0thn tōn paracwr»santa: ka.toi 0 pra^twr tōn par; desp0tou traditeuqšnta oūsoufroukton ful ettein m%aggšl letai («Huiusmodi igitur usufructum non iure constitutum praetor tuetur, et ad tuendum eum confessoriam de usufructu in rem actionem dat, Publicianam scilicet. Theophilus autem beatae memoriae posuit eum, qui usufructum tradit, non dominum fuisse: sed praetor usufructum a domino traditum tueri pollicetur» [ZACHARIAE, «Supplementum», cit. [nt. 8], p. 44]), per contestare l'assunto di Otto Lenel (*Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 172 nt. 4) secondo cui lo scoliaste incorrerebbe qui in un'invenzione o in un equivoco, poiché com'è noto 'incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est' (D. 41.1.43.1: Gai. 7 ed. prov.), dato che Stefano mostra invece di conoscere tale principio proprio nello stesso finale, mutilo, dello scolio in questione (m%pi cswmEtwn g; r oū proba.nei tradit wn kur.wv kat; tō e,rhmšnon m% n tū ... : «in corporalibus enim traditio non procedit, secundum id, quod dicitur in ...» [ZACHARIAE, *loc. ult. cit.*]): per cui a suo avviso è da pensare che l'aggiunta di poubl ikian»n sia un tardo glossema penetrato nel testo dello scolio e che Stefano volesse diversamente ricordare una estensione della confessoria a casi di usufrutto non regolarmente costituito. Si vedano altresì in generale SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 154 s. (che, pur concludendo «lasciemo 'sub iudice' la questione della Publiciana» e richiamando – nt. 31 – come argomento a favore possa essere la concessione dell'*interdictum* 'quem usufructum vindicare velit' – ma si rammenti la posizione dell'autore in tema di interdetto 'quam servitatem': cfr. *supra*, nt. 41 – ritiene in ogni caso che la parte iniziale del frammento «riassuma con linguaggio giustiniano un più lungo discorso di Ulpiano», e ricorda come vari autori inseriscano senz'altro un 'non' prima di 'datur' – cfr. *supra*, nt. 212 – mentre altri aggiungono, dopo tale negazione, la concessione di un'*actio in factum*, ribadendo come la non usucapibilità di tali diritti rappresenti, insieme alla *traditio* in tema di *iura in re aliena*, un «ostacolo formidabile» alla concessione dell'*actio Publiciana*: cfr. anche *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit. [nt. 8], p. 6), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 266 (che pur non escludendo che il passo sia «rimaneggiato profondamente», come si è visto – cfr. *supra*, nt. 211 – esclude che sia del tutto invenzione giustiniana l'attribuzione dell'*actio Publiciana*), GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 318 e 366 ss., in particolare p. 371 ss., e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], specie p. 208 ss. (che dubita fortemente del passo, ritenendo – cfr. *Usufrutto*, cit., p. 372 nt. 1 – probabile opera di un compilatore postclassico anche la menzione di una *exceptio* 'de re usus fructus nomine tradita' e di una connessa *replicatio* in D. 7.9.7.pr.: a Giuseppe Grosso si richiama in particolare BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit. [nt. 73], p. 162, secondo cui D. 6.2.11.1 «non è uscito, così com'è, dalla penna di Ulpiano», ed è da escludere che il giurista affermasse senz'altro la esperibilità dell'*actio Publiciana*), nonché A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, p. 368 e nt. 30, che reputa interpolato il passo, PASTORI, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, cit. [nt. 18], p. 318 ss. (favorevole alla configurabilità della *Publiciana*), TOMULESCU, *Rapporti: Romania*, cit. [nt. 82], p. 90 nt. 15 (che sembra accettare una classicità di massima del passo), e M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, p. 489 e nt. 161 (che è perplesso di fronte alla possibilità che nel diritto classico la tutela reale delle servitù potesse realizzarsi attraverso l'*actio Publiciana*, stante l'impossibilità di fare ricorso ad una *fictio usucapionis*, ed opta per una alterazione di D. 6.2.11.1); si veda anche ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit. [nt. 8], p. 809 ss. Oltre a MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 30, di cui si sono già visti la convinta accettazione del dettato del passo e gli sviluppi interpretativi cui egli procede, cfr. altresì CAPOGROSSI, *Il deperimento*, cit. [nt. 57], p. 174 ss., il quale, pur dichiarando di seguire «l'indimenticabile maestro torinese» Giuseppe Grosso, finisce al contrario di questi con l'accettare tale pretesa estensione ulpiana della *Publiciana* agli *iura in re aliena* (cfr. altresì *Alle origini di un divieto legistativo*, cit. [nt. 66], p. 94 e nt. 26, dove tra l'altro si equivoca il pensiero di Biondo Biondi – cfr. *supra*, nt. 211 – ritenendo che questi segua Hugo Krüger nell'inserire un 'non' all'inizio del frammento), e tenta di trovare un dubbio argomento in ordine alla classicità di D. 6.2.11.1 (*Il deperimento*, cit., p. 176 nt. 49) in D. 6.2.12.2: cfr. *infra*, nt. 215. Del resto è da notare come già in Cuiacio l'interpretazione di D. 6.2.11.1 risultasse, specie riguardo al problema del possesso dello *iura in re aliena*, alquanto imbarazzata se non addirittura, dal nostro punto di vista, contorta nello spiegare tale soluzione in relazione al contesto giustiniano per poi escludere che essa possa essere ulpiana: si veda J. CUJAS, *Recitationes Solemnnes, ad h.l.* (in *Opera*, cit. [nt. 17], III, c. 273), secondo cui «In hoc § 1 ostenditur hanc actionem Publicianam non tantum pertinere ad res corporales, sed etiam ad res incorporales: puta servitutes, vel personarum, ut usufructum, vel praediorum, emptas scilicet et traditas: nam hoc exigit edictum ut res sint emptae et traditae, priusquam agi possit Publiciana. Atqui haec res tradi non possunt: fateor: nam traditio esse corporalis, servitus incorporalis, non potest rei incorporalis corporalibus esse traditio: non potest igitur servitutium esse traditio: sed pleaque habentur pro traditione, et ut servitus ipsa intellectu solo percipitur, ita intellectu solo tradi potest. Ac primum quidem pro traditione est cautio, ut si quis, qui mihi vendit actum, ita caveat, per eum non fieri, quo minus ire agere liceat: haec cautio pro traditione servitutis habetur ... pro traditione item est cessio servitutis, id est, si in iure dicat, se iter cedere, vel viam: nam et servitutes in iure cedi possunt ... item pro traditione servitutis est patientia ...

costituito dalla inconfigurabilità di fondo di una *fictio temporis*²¹⁵ volta, secondo la struttura operativa

haec igitur tria, cautio, cessio, quae fit verbo, vel inductio in fundum servientem, et patientiam quasi possessionem consistunt ... Proinde actio Publiciana locum habet, sive res sit tradita, sive quasi tradita, id est, non tantum in possessione, sed in quasi possessione servitutum est quasi possessio, ut servitutes intellectu tantum percipiuntur, ita et ejus possessio intellectu tantum percipiuntur»: soprattutto, in vista del problema della inusucapibilità delle servitù, viene attribuita ad Ulpiano solo della prima parte del passo, che fa riferimento alle servitù urbane, mentre la generalizzazione a tutte le servitù sarebbe per Cuiaciuso triboniana (c. 274): «Item quod Ulpianus in hoc §. prius atque adeo, ut videtur, facilius admittit Publicianam actionem in servitutibus urbanorum praediorum quam in servitutibus rusticorum, non absque ratione: nam servitutes urbanorum praediorum olim poterant usucapi, hodie non possunt propter legem Scriboniam, per se scilicet, cum aedificiis possunt», rinviando a Ulp. 16 *ad ed.*, D. 41.3.10.1 (*‘hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam [longo tempore] capi possint, cum aedificiis possint’*) e quindi proseguendo: «ruristicorum usucapio numquam fuit admissa: sed hodie, ut dixi, neutrae usucapiuntur, longo tamen tempore acquiruntur ... et Publiciana habet locum etiam in his quae non usucapiuntur, dummodo longo tempore acquirantur ... ergo habet locum etiam in servitutibus, ut hic proponitur, quia possunt acquiri longo tempore ... et in» D. 41.3.10.1 «scripserat Ulpianus usucapi non posse, sed mutavit contextum Tribonianus propter transformationem Justiniani et scripsit longo tempore capi non posse: nam biennium, quo implebatur usucapio, Justinianus mutavit in longum tempus ...». Sui problemi che la concessione della Publiciana all'usufruttuario crea nel diritto intermedio, dato che tale azione dovrebbe secondo le visuali dell'epoca spettare solo ai titolari di un «*quasi dominium*» quali in particolare il superficiario o l'enfiteuta, mentre solo indirettamente tale qualifica poteva essere estesa all'usufruttuario, si veda in particolare P. GROSSI, *‘Dominia’ e ‘servitutes’ (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 83 ss.: cfr. p. 76 ss. e – su come si preferisca in linea di massima la soluzione ulpiana che accorda all'usufruttuario l'*operis novi nuntiatio* solo *procuratorio nomine* (D. 39.1.1.20, su cui *supra*, nt. 5 e 14) alla più concessiva visuale di Giuliano – p. 92 s. e p. 106 e nt. 97.

²¹⁵ In particolare, come si è accennato, Luigi Capogrossi Colognesi (*op. ult. cit.*, p. 176 nt. 49), a favore della plausibilità dell'estensione operata da D. 6.2.11.1, richiama D. 6.2.12.2 (Paul. 19 *ad ed.*), secondo cui *‘in vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est’*: sul passo si vedano PEROZZI, *L'editto Publiciano*, cit. [nt. 63], p. 411 s. (che dopo aver trattato di D. 6.2.11.1 [cfr. *supra*, nt. 214] osserva: «troviamo l'ipotesi di tradizione anche in I. 12 § 2 ... In quest'ultima proposizione ricompare il ‘forte’ di prima, e compare l'errore grammaticale ‘tradita est’ dovuto al compilatore, che adatta la persona del verbo al soggetto che ha in mente [res], anzi che al soggetto de testo», per concludere la non classicità di tale ipotesi) e p. 432, nonché *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 230 s. (sempre nel senso di un'estensione giustiniana della Publiciana dall'usufrutto agli *iura in re aliena* in generale: cfr. *supra*, nt. 214), nonché E. ALBERTARIO, *Il possesso dell'ager vectigalis e dell'enfiteusi* [1912], in *Studi*, cit. [nt. 1], II, p. 395 s., e *Il possesso della superficie* [1912], *ivi*, p. 436 (che, ritenuta pacifica l'interpolazione, già riconosciuta a partire da Antoine Favre, ricostruisce: *‘in vectigalibus et in <tributariis vel stipendiariis> praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana <non> competit’*), F. LANFRANCHI, *Studi sull' ‘ager vectigalis’*, II, *Il problema della usucapibilità degli ‘agri vectigalis’*, in «AUCA.», XIII, 1939, p. 252 ss., e III. *La trasmissibilità a titolo singolare del ius vectigale*, in «ATRI.», XI, 1940, p. 67 ss. (che pensa – p. 76 ss. – ad un'applicazione utile della Publiciana, ritenendo d'altronde sicura, sulle orme di Pietro Bonfante – *L'Editto Publiciano*, in *Scritti*, II, cit. [nt. 56], p. 406 ss. – la non classicità del dettato di D. 6.2.11.1: p. 80 e nt. 50), S. SOLAZZI, *La ‘superficies’ nel diritto giustiniano* [1954], in *Scritti*, cit. [nt. 1], V, p. 537 s. (che corregge *‘competit’* in *‘utile danda est’* e cassa il tratto da *‘si forte’* a *‘tradita est’* nonché, in quanto superflua, la specificazione *‘a non domino’*), e *Alla ricerca dei ‘fundi stipendiarii vel tributarii’* [1942], *ivi*, IV, p. 382 ss. (ove, a p. 385, si propone: *‘in vectigalibus et in aliis praediis <populi Romani vel Caesaris>, quae usucapi non possunt, Publiciana [...] <danda non est>’* o *‘... <utilis danda est>’*), L. BOVE, *Ricerche sugli ‘agri vectigales’*, Napoli, 1960, p. 162 ss., PASTORI, *Prospettiva storica della superficie*, cit. [nt. 18], p. 321 s., NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 100, F. SITZIA, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milano, 1979, p. 15 ss. (che esamina il § 2 di D. 6.2.12 in unione al § 3, relativo alla concessione della Publiciana in relazione al diritto di superficie, su cui soprattutto si concentra: cfr. la recensione di R. BONINI, in «Iura», XXXI, 1980, p. 180, nonché E. KARABÉLIAS, *Monde Byzantin*, in «RHD.», LVIII, 1980, p. 549 s.), L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, Napoli, 1989, p. 27 ss., 33 s. e 197 ss. (che, nel quadro di una indagine sugli aspetti storici sottesi alla imprescrittibilità dei diritti del *populus* sui terreni pubblici, ritiene che tale azione spettasse al soggetto spossessato del fondo pubblico nei confronti di qualsiasi terzo ma non dello Stato, contro cui essa non risultava esperibile, e che essa al pari della originaria *Publiciana* fosse ammissibile prima del compimento del ventennio prescrittivo, accettando quindi la classicità di tale estensione della *Publiciana* all'*accipiens* in buona fede di *praedia vectigalia*, anche se tale azione, in vista della *fictio usucapionis* contenuta nella formula editale, dovrebbe considerarsi concessa in via utile: cfr. la recensione di A. BURDESE, in «SDHI.», LVI, 1990, p. 428, 431, 436 s. e 441), BETANCOURT, *Recursos supletorios de la ‘cautio damni infecti’*, cit. [nt. 166], p. 111 e nt. 6 (sulla contraddizione tra D. 39.2.15.27, Ulp. 53 *ad ed.* – *‘sed in vectigali praedio si municipes non caverint, dicendum est dominium per longum tempus acquiri’* – e D. 6.2.12.2), A. BURDESE, *In tema di ‘res derelictae’*, in «BIDR.», XCII-XCIII, 1989-1990, p. 629 e 634, A. D'ORS, *Sobra las pretendidas acciones reales in ‘in factum’*, cit. [nt. 14], p. 74 nt. 78 (che reputa «non genuino» il passo e dubita della possibilità di ricostruire il dettato classico con *‘in vectigalibus [...] praediis, quae usucapi non possunt, <utilis actio danda est>’*, rifiutando altresì le proposte ricostruttive di Siro Solazzi in quanto «no me parece posible la double ficción de una *Publiciana utilis*»: cfr. p. 79 nt. 95) e J.M.

della *Publiciana*²¹⁶, a parificare la situazione esistente a quella in cui l'usucapione si sarà invece già

RAINER, *Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», CXIX, 1989, p. 344 s.. L'argomento fornito dall'accostamento di D. 6.2.11.1 a D. 6.2.12.2 può a prima vista sembrare notevole, e si inserisce in una prospettiva possibilista che ha condotto taluno a ritenere che «estensioni della *Publiciana* da parte dei giuristi al caso di acquisto a non domino e, tramite *formulae accomodatae*, a casi vicini sembrano attestare dalle fonti» (così E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal eriodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, p. 299 e nt. 287: sull'estensione della *Publiciana* a ipotesi in cui è esclusa l'usucapione, cfr. in generale E. CARUSI, *L'azione Publiciana in diritto romano*, Roma, 1899, p. 103 ss., R. DEKKERS, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*, Paris, 1935, p. 122, e soprattutto Ch. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, cit. [nt. 213], I, 96 ss.: più critico A. AUDIBERT, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, in «RHD.», XIV, 1890, p. 269 ss.): ma, a parte il fatto che anche D. 6.2.12.2 non si presenta per nulla sicuro nella stesura pervenutaci, ed è anzi sospettabile che Paolo, al contrario, affermasse '*in vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana <non> competit*' (cfr. in tal senso LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], I, c. 999 n. 295 nt. 2: «non videtur esse Pauli, qui suspicor scripsisse: Publiciana non competit»), è da tenere presente – come ricordava giustamente Hugo Krüger (*Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 58) – che Ulpiano (16 *ad ed.*), in D. 6.2.9.5, afferma recisamente che l'*actio Publiciana* non è concessa nei casi in cui non è possibile l'usucapione: '*haec actio in his quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet*' (cfr. E. RABEL, *Zum Besitzverlust nach klassischer Lehre*, in «Studi S. Riccobono», IV, Palermo, 1951, p. 223 s., F. PRINGSHEIM, *Servus fugitivus sui furtum facit*, in «Festschrift F. Schulz», I, Weimar, 1951, p. 284 s., R. REGGI, *Liber homo bona fide serviens*, Milano, 1958, p. 61 s. e nt. 14 s., p. 143 e 227, A.L. OLDE KALTER, *Conditio ex causa furtiva und dominum*, in «T.», XXXVIII, 1970, p. 123 s. e 125 s., L. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, p. 100 s., e APATHY, *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer*, cit. [nt. 197], p. 170 s.: cfr. anche MANNINO, *La tolleranza*, cit. [nt. 57] p. 32 nt. 31, che accenna ad una serie di testi che, con D. 6.2.11.1, sarebbe volta a limitare il principio generale stabilito da D. 6.2.95 [Ulp. 16 *ad ed.*], richiamando peraltro a tale proposito soltanto D. 6.2.9.6, relativo alla ben diversa ipotesi del *servus hereditarius* che ha acquistato una *res ante hereditatem aditam* e, dopo la *traditio*, ne ha quindi perduto il possesso: caso in cui si concede la *Publiciana* all'erede, al pari di quanto avviene nei confronti dei *municipes* subito dopo considerati, ma che non ha in ogni caso nulla a che vedere con le ipotesi in cui la cosa non può essere usucapita, considerate invece da D. 6.2.9.5); se quindi, per quanto riguarda Paolo e D. 6.2.12.2 si potrebbe al limite postulare, rispetto ad Ulpiano, una *dissentio prudentium*, resterebbe comunque il fatto che Ulpiano, che in D. 6.2.11.1 ammette, in un contesto alquanto sospetto, l'estensione della *Publiciana* ad usufrutto e servitù, in D. 6.2.9.5, sempre tratto dal XVI libro *ad edictum*, afferma al contrario che tale azione non è applicabile '*in his quae usucapi non possunt*': situazione in cui non sembra dunque di poter superare i dubbi cui dà luogo D. 6.2.11.1 ricercando argomenti nell'ambito di D. 6.2 ('*de Publiciana in rem actione*') e della trattazione editale di Ulpiano in argomento (sul fondamentale nesso tra *actio Publiciana* ed usucapione si vedano in particolare F.B.J. WUBBE, *Ergo et Publicianam habebit. Fragen zur Aktivlegitimation*, in «Collatio iuris romani. Etudes H. Ankum», II, Amsterdam, 1995, p. 647 ss. e specificamente p. 654 s., e G. THÜR, *Justinians Publiciana und directa «in rem»*, in «ZSS.» CII, 1972, p. 362 ss.).

²¹⁶ La soluzione dei problemi posti da D. 6.2.11.1 può forse essere per certi versi ricercata anche per altra via, tenendo presente che nelle fonti giustiniane, oltre all'*actio Publiciana* in senso proprio, si parla talvolta di «*actio Publiciana recessoria*»: si veda in particolare D. 44.7.35.pr. (Paul. 1 *ad ed.*): '*In honorariis actionibus sic esse definiendum Casius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum et extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdico unde vi et similibus. illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur*'; la letteratura sul frammento è vastissima, specie in quanto le questioni da esso sollevate investono diversi ambiti giuridici, dalla responsabilità per fatto illecito alla prescrizione delle azioni e dalla struttura delle azioni penali alla *restitutio in integrum*: si vedano HUSCHKE, *Das Recht der publicianischen Klage*, cit. [nt. 63], p. 101 ss. (che rintraccia nell'editto Publiciano l'origine di tale azione, che invece è rinvenuta da Otto Lenel – *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 120 ss. e specificamente p. 123 – nella *restitutio in integrum*), E. ALBERTARIO, *Actiones e interdicia*, cit. [nt. 7], p. 121 e 126, *L'uso classico e l'uso giustiniano di extorquere* [1911], in *Scritti*, cit. [nt.1], VI, p. 151, *La responsabilità del pupillo fino al limite del suo arricchimento per il dolo del tutore* [1913], in *Scritti*, cit., IV, p. 333, *Responsabilità post annum e responsabilità degli eredi nell'interdictum unde vi* [1913], ivi, p. 281 s., *Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie concesse in luogo delle azioni penali contro l'erede* [1913], ivi, p. 305, e *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede* [1913], ivi, p. 394 s. – che, rifiutando soprattutto la classicità del passo in vista della trasmissibilità all'erede dell'*interdictum unde vi*, censura tra l'altro la sua considerazione in termini di *actio honoraria* e, anche in vista del ricorso alla voce verbale '*extorqueatur*', cassa l'inciso '*ut tamen ... et similibus*' –, BONFANTE, *Istituzioni*, cit. [nt. 56], p. 94 e nt. 13, P. DE FRANCISCI, *Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano, 1912, p. 16 s., Ch. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne*, cit. [nt. 215], II, p. 49 ss., E. LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, p. 8, 24, 92 nt. 1, p. 108 nt. 2, p. 112 nt. 7, nonché S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D. X, 3 Paulus III 'ad Plautium'*, in «AUPA», III-IV, 1917, p. 641, G. SEGRE, *Le obbligazioni e le azioni ex delicto (Corso di diritto romano, 1925-1926)*, Torino, 1926, II, p. 208 ss., H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, p. 227 s., F.

PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, in «ZSS.», LXV, 1932, p. 148, U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel «quod metus causa gestum erit»*, Greifswald, 1932, p. 164 s., G.H. MAIER, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin - Leipzig, 1932, p. 12, BESELER, *Textkritische Studien*, cit. [nt. 63], p. 41, S. SOLAZZI, *Mora del convenuto con le azioni adietizie e mora del fideiussore*, in «RISG.», LXI, 1919, p. 9 nt. 3, G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, p. 85 ss. e nt. 4, p. 91 s., 95 e 97 ss., BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae*, cit. [nt. 2], p. 190 ss., E. CARRELLI, *L'actio Publiciana rescissoria*, in «SDHI.», III, 1937, p. 20 ss. e in particolare p. 23 ss., P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 100 ss., P. BERETTA ANGUISSOLA, *L'annualità delle azioni pretorie nel diritto romano classico*, in «RISG.», LXXXV, 1948, p. 353 ss., e LXXX, 1949, p. 305 ss., e *Ancora sull'annualità delle azioni pretorie*, in «SSE.», LXX, 1958, p. 47 ss., F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 46 s., U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, 1957, p. 41 s. e 201, M. AMELOTI, 'Actiones perpetuae' e 'actiones temporales' nel processo, in «SDHI.», XXII, 1956, p. 187 ss. e specificamente p. 192 ss. (cfr. la recensione alla sua successiva monografia del 1958 di H.J. WOLFF, in «ZSS.», XC, 1960, p. 491 s.), 'Prescrizione (diritto romano)', in «ED.», XXXV, 1986, p. 38 s., e *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, p. 26 ss., 31 ss. e 95 ss. (sui rapporti tra *restitutio in integrum* e la sospensione della prescrizione in diritto postclassico e giustiniano, istituti che Edoardo Carrelli – *Sul «beneficium restitutionis»*, in «SDHI.», IV, 1938, p. 5 ss. e in particolare p. 54 ss. – considera invece coincidenti, in quanto la sospensione non sarebbe altro che una deformazione postclassica della *in integrum restitutio*: cfr. anche la recensione alla monografia di Mario Amelotti di J. GAUDEMET, in «Iura», X, 1959, p. 202 ss. e in particolare p. 203), WESENER, *Actiones ad exemplum*, cit. [nt. 14], p. 234 s., B. ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato*, in «Synteleia Arangio-Ruiz», cit. [nt. 3], I, p. 114 ss., e 'Illecito (storia)', in «ED.», XX, Milano, 1970, p. 73 ss., AICHER, *D. 44, 7, 37 pr.*, cit. [nt. 168], p. 368 e nt. 49 – sul rapporto tra 'actio' e 'interdictum' in relazione all'affermazione ulpiana di D. 44.7.37.pr. secondo cui 'interdicta quoque actionis verbo continentur' –, G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. 1. Le due formule classiche dell'actio depositi* [1908], in *Scritti giuridici*, cit. [nt. 66], II, p. 49, C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, p. 189 s., R. ROHLE, *Zum Beispiel D. 22.2.6*, in «SDHI.», XLV, 1979, p. 557 – a proposito della locuzione 'sed cum ... datur' –, H. ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical roman law*, in «BIDR.», LXXXV, 1982, p. 21 s., G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di 'struttura' e 'funzione' delle azioni penali private*, in «BIDR.», XCVI-XCVII, 1993-1994, p. 355 ss., J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Observaciones acerca de D. 44.7.35 pr.*, in «SDHI.», LXI, 1995, p. 821 ss., BETANCOURT, *Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos*, cit. [nt. 1], p. 48 e nt. 5, F. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, in «BIDR.», LXXIII, 1970, p. 181 nt. 164, A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam, 1971, p. 257 ss., LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia*, cit. [nt. 14], p. 204 s., QUADRATO, *Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio Carboniana*, cit. [nt. 37], p. 70 e nt. 39, L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in «ANRW.», II.14, Berlin - New York, 1982, p. 686 ss., R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town - Wetzlar - Johannesburg, 1990, p. 769 s. e nt. 147 e p. 919 e nt. 110, A. WACKE, *Sul concetto di «dolus» nell'actio de dolo*, in «Iura», XXVIII, 1977, p. 24 e nt. 31, e *Zum dolus-Begriff der actio de dolo*, in «RIDA.», 3ª s., XXVII, 1980, p. 366 nt. 46, W. WOŁODKIEWICZ, *La prescription de l'action penale a Rome: à propos de la constitution de Dioclétien de 293 (C.J. 9, 22, 12)*, in «RHD.», LXIII, 1985, p. 12 ss., R. EVANS-JONES, *The Penal Characteristics of the actio depositi in factum*, in «SDHI.», LII, 1986, p. 115 e nt. 43 – sulla parte iniziale del passo e sul problema del carattere penale di tali azioni, in riferimento a Giovanni Rotondi e a Carlo Alberto Maschi –, G. KLINGENBERG, *Das Edictum divi Marci de rebus alienis a fisco distractis*, in «RIDA.», 3ª s., XXXIV, 1987, p. 201 e nt. 59, C. FURIA, *Gai. 3, 84, 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto «de capite minutis»*, in «SDHI.», LIII, 1987, p. 124 e nt. 31 e p. 128 s. e nt. 43 – che rinvia a Edoardo Carrelli, peraltro sbagliandone le citazioni: cfr. nt. 39, dove non si comprende a quale delle due opere già citate si rimanda, e nt. 43 –, e, ancora nel senso dell'interpolazione del passo, richiamandosi specie ad Emilio Albertario, M. KASER, *Restituere als Prozeßgegenstand. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der in iudicium deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht*, München, 1932, p. 24 e nt. 3 – cfr. *Zur Geschichte des precarium*, cit. [nt. 168], p. 116 e nt. 66 –, 'Ius honorarium' und 'Ius civile', cit. [nt. 1], p. 81 nt. 278 – ove in relazione a D. 44.7.35.pr. si richiamano D. 35.2.32.pr.-1, D. 4.9.7.6 e D. 40.12.22.6 –, nonché *Das römische Privatrecht*, cit. [nt. 1], I, p. 600 e nt. 69, e J. MAIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier, 1991, p. 50: cfr. p. 30 ss., 48 ss. e 61 ss. (si veda altresì, in riferimento a P. FUENTESECA, *Investigaciones de derecho procesal romano*, Salamanca, 1969, p. 160, la recensione di O. BEHREND, in «ZSS.», CI, 1971, p. 464 e nt. 12). L'argomento non è né breve né facile, specie nell'incertezza che tuttora lo circonda, e non può ovviamente essere qui affrontato sino ad arrivare a risultati in qualche modo pur soddisfacenti: tuttavia, se si tiene presente che in D. 44.7.35.pr. (su tale fantomatica azione cfr. altresì *Iust. Inst.* 4.6.4-5) si riscontra, nella menzione dell'*interdictum unde vi*, la nota tendenza bizantina – cfr. *supra* nt. 7 – a trattare in maniera indifferenziata azioni ed interdetti (cfr. in tal senso BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 191), si può osservare che tale «actio Publiciana rescissoria» (sulla non classicità di tale denominazione cfr. in particolare G. von BESELER, *Romanistische Studien. Die Formel des iudicium rescissa usucapione*, in «T.», VIII, 1928, p. 315 ss.), ossia «contraria», che non avviene «ficta usucapione» bensì «rescissa usucapione», diventa nel sistema della Compilazione un rimedio parallelo alla Publiciana in senso proprio, cosicché le due forme di tutela si sommano in un sistema che compendia varie soluzioni che, dalla *fictio usucapionis* e dall'antica *exceptio rei venditae et traditae* che tutelavano l'acquirente della *res*, giungono sino ad ipotesi che nel diritto classico venivano risolte attraverso la normale *restitutio in integrum*, attuata mediante una *fictio* che considerava non decorso il periodo di tempo necessario all'usucapione, come in particolare avveniva nel caso dell'usucapione compiutosi a danno dell'*absens rei publicae causa*, ovvero a favore di quest'ultimo, mentre l'effettivo proprietaria-

compiuta²¹⁷, mentre, com'è ovvio, le servitù e l'usufrutto sono in quanto tali notoriamente inusucapibili nel diritto classico²¹⁸: né tali problemi sembrano in realtà aggirabili postulando, come si è tentato di fare, che il passo in questione non intendesse riferirsi ad una *fictio temporis* in senso stretto, ma più latamente ad una *fictio iuris* rappresentata dall'ordine al giudice, se l'usufrutto o la servitù sono stati *traditi ex iusta causa*, di giudicare come se sussistesse un modo di costituzione del diritto *iure civili*²¹⁹. In effetti, l' *actio Publiciana* ha una valenza provvisoria funzionale alla successiva prescrizione

rio, appunto a causa della sua assenza, non poteva reagire a tale acquisto prescrittivo della proprietà (cfr. soprattutto CARRELLI, *L'actio Publiciana rescissoria*, cit., p. 22 s.); per tal verso, se l'istituto della *restitutio in integrum* riguarda com'è noto anche le servitù prediali, dove si ritrova per reintegrare nell'esercizio del diritto chi l'ha perso per *non usus* o in ogni caso non dispone più dell'interdetto (cfr. *infra*, § 14), non sembra potersi escludere che il riferimento all' *actio Publiciana* recato da D. 6.2.11.1 possa essere spiegato – assai prima di concludere definitivamente nel senso di un'estensione della normale azione basata sulla *fictio usucapionis* all'usufruttuario e al titolare di una servitù – più semplicemente come riferimento alla concessione, per gli *iura in re aliena*, di rimedi fondati su di una *fictio* e rientranti nella più ampia nozione di *restitutio in integrum*. Tale ipotesi, d'altra parte, diviene altresì estensibile al contesto classico, e non solo a quello postclassico nonché giustiniano, se si segue chi, come tra l'altro Otto Lenel (*Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 120 ss.), ritiene, al contrario di Gerhard von Beseler, che la denominazione « *actio Publiciana rescissoria*» sia pur atecnicamente classica: in D. 6.2.11.1, Ulpiano, affermando « *si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur*», potrebbe per tal verso aver fatto riferimento non solo alla normale *actio Publiciana (directa)*, ma altresì a quella *rescissoria (contraria)* e ai rimedi legati a vari tipi di *fictio* ed alla *restitutio in integrum* che venivano concessi anche per gli *iura in re aliena* in relazione agli effetti che il decorso del tempo aveva, in positivo e in negativo, sulla situazione di fatto tutelata in via eminentemente interdittale; e a maggior ragione tale ipotesi diviene ancora più credibile (quantomeno nel senso della necessità di una più approfondita indagine in tal senso, cui, avendone il tempo, vorrei magari dedicarmi in futuro) se si considera come, di fronte alla sinteticità pressoché apodittica del riferimento ulpiano alla *Publiciana* in D. 6.2.11.1, si ritenga comunemente da non escludere qui un più o meno ampio intervento riassuntivo da parte dei giustiniani.

²¹⁷) Sull' *actio Publiciana*, oltre a HUSCHKE, *Das Recht der publicianischen Klage*, cit. [nt. 63], specie p. 113 ss., T. GIMMERTHAL, *Die publicianische Klage und die Mancipation. Ein römisch-rechtliche Abhandlung*, Bremen, 1872, p. 55 ss., CARUSI, *L'azione Publiciana*, cit. [nt. 215], p. 70 ss., Ch. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne*, cit. [nt. 215], I, p. 31 ss. e, dal punto di vista che qui interessa, specie p. 278 ss., e AUDIBERT, *Histoire de la propriété prétorienne*, cit. [nt. 215], p. 277 ss., si vedano in generale STURM, *Zum ursprünglichen Funktion des «actio Publiciana»*, cit. [nt. 199], p. 357 ss., DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit. [nt. 215], p. 68 ss., F. GALLO, « *Actio Publiciana (in rem)*», in « *NNDI.*», I.1, cit. [nt. 116], p. 267 ss., THÜR, *Justinians Publiciana und directa «in rem»*, cit. [nt. 215], p. 362 ss., BIANCHI, *Fictio iuris*, cit. [nt. 215], p. 294 ss., L. VACCA, *Il c.d. «duplex dominium» e l'actio Publiciana*, in « *La proprietà e le proprietà*», cit. [nt. 192], p. 39 ss., *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in « *Incontro con Giovanni Pugliese. 18.4.1991*», Milano, 1992, p. 56 ss., e « *Usucapione*», cit. [nt. 169], p. 999 ss. e 1003 ss. (cfr. EAD., *La riforma di Giustiniano in materia di «usucapio» e «longi temporis praescriptio» fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in « *BIDR.*», XCVI-XCVII, 1993-1994, p. 147 ss.), A. BURDESE, *Editto Publiciano*, cit. [nt. 199], p. 81 ss., e A. BIGNARDI: *Brevi considerazioni sulla funzione della buona fede nell' «usucapio»*, in particolare nel pensiero di Paolo, in « *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: Atti del Convegno Internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*», Padova, 2003, I, p. 221 ss. Sulla inapplicabilità di fondo al diritto di servitù delle ragioni che condussero invece alla tutela « *publiciana*» della proprietà si veda anche *supra*, nt. 199.

²¹⁸) Vincenzo Mannino tende in effetti a sorvolare sulla problematicità di tale aspetto, concentrandosi sull'elemento della *traditio* dell'usufrutto o della servitù, così da potere semplicemente sostenere – una volta salvato per tal verso il passo sulla falsariga delle argomentazioni di Biondo Biondo (cfr. *supra*, nt. 214) – che, in base all'analogia tra la *traditio* dell'usufrutto e la *traditio vel patientia* delle servitù rispetto alla *res vendita et tradita*, l' *actio Publiciana* venne estesa a queste ipotesi (*La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 30 ss., 33 ss. e 52 ss.).

²¹⁹) MANNINO, *op. ult. cit.*, p. 53 e nt. 81, partendo dall'assunto che qui la concessione dell' *actio Publiciana* non sarebbe correlata alla *fictio temporis*, bensì « *alla fictio iuris* rappresentata dall'ordine al giudice di giudicare come se esistesse un modo di costituzione del diritto *iure civili*» (cfr. anche LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 96 ss.), tenta in via ipotetica una ricostruzione di massima della formula in questione così concepita: « *si servitutum A^{us} A^{us} emit et ei usus traditus est, iure habesset, tum si id ius quo de agitur eius esse ex iure Quiritium esse oporteret ...*». Non è qui il caso di rimarcare come tale formula, e prima ancora la *fictio iuris* che per l'autore sembra costituire una sorta di colpo di genio risolutivo, sia in realtà un artificio alquanto problematico, dato che, semmai, la *fictio temporis* della normale *Publiciana* è un meccanismo cui si ricorre proprio perché il pretore non può né vuole fingere che sia equiparabile al *ius civile* ciò che invece non appartiene ai paradigmi di tale ordinamento, come avverrebbe invece se ordinasse *tout court* al giudice di giudicare come se la proprietà fosse da considerare trasferita *iure civili*: si veda in particolare E. BIANCHI, *Le «actiones, quae ad legis actionem exprimentur» in Gaio. Una nuova ipotesi sulla «catégorie d'actions négligée par les romanistes»*, in questa stessa raccolta di Atti, p. 26 [estr.] nt. 95 (cfr. ID., *Fictio iuris*, cit. [nt. 215], p. 294 ss. e soprattutto p. 300), che sottolinea come, nel caso dell' *actio Publiciana*, « *si finge decorso il tempus usucapionis («si anno possidisset»)*, non certo che l'attore sia il *dominus ex iure Quiritium*, supposizione che, a prescindere d'altro,

acquisitiva del diritto, che si consolida così *iure civili*²²⁰, mentre il diritto reale di godimento è classicamente inusucapibile, per cui si dovrebbe pensare, stando alla lettera del passo, che tale azione dovesse stranamente continuare ad essere concessa per tempi indeterminati e, per le servitù, potenzialmente infiniti²²¹; e non diversamente avverrebbe anche sostituendo alla *fictione usucapionis* una *fictione iuris*, ossia postulando che si ordinasse al giudice di decidere la causa come se sussistesse un modo di costituzione *iure civili*²²²; in tale prospettiva, sembra alquanto incongruo che si giungesse a tutelare

avrebbe configurato grave contrasto con il *ius civile*, allo stesso modo della concessione di un'azione con *formula in factum* con cui il pretore avesse tutelato il proprietario bonitario così come era tutelato il *dominus* con la *rei vindicatio*: cosa che appunto il pretore non fa, né lo avrebbe potuto, pur giungendo allo stesso risultato emulando il *ius civile* attraverso la *fictione*. In tale prospettiva, Ernesto Bianchi critica le congetture di M. BRETONE, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXI, 2001, p. 303 ss., relativa alla possibilità di *formulae* dell'*actio Publiciana* differenti da quella testimoniata da Gai., *inst.* 4.36 (su cui si vedano in particolare altresì C.A. CANNATA, *Introduzione a una rilettura di Gai 4.30-33*, in «Sodalitas. Scritti Guarino», cit. [nt. 42], IV, p. 1876 ss., e M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in «Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano», Napoli, 1999, p. 111 e nt. 193 s.): secondo Mario Bretone, infatti, il pretore, nel momento in cui decise di tutelare l'*in bonis habere*, anziché congegnare la formula che si ricostruisce sulla base del dettato gaiano, avrebbe potuto costruire sia una *formula in factum concepta* priva di *fictione* ('*Si paret A. A. hominem quo de agitur bona fide emisse et eum ei traditum esse, neque ea res arbitrio iudicis A. A. restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. N. A. A. condemnato; si non paret absolvo*': formula ovviamente «soltanto immaginaria», ma che in ogni caso, dal punto di vista che qui interessa, presenta decisive analogie con quella proposta, in tema di servitù, da Vincenzo Mannino), sia una formula con una *fictione* che giungesse, però, all'estrema conseguenza di supporre come sussistente il *dominium ex iure Quiritium* ('*Si A. A. hominem quo de agitur anno possidisset, tum si eum hominem ex iure Quiritium eius esse pareret, si ea res arbitrio iudicis A. A. non restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. N. A. A. condemnato; si non paret absolvo*'). Tuttavia, nota Ernesto Bianchi, la prima formula, per quanto recante la menzione della *bona fides* (cfr., in riferimento a D. 6.2.7.15-16, LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 171, e BURDESE, *Editto Publiciano*, cit. [nt. 199], p. 122 s.), «configurerebbe una sostanziale trasposizione di quella della *rei vindicatio*, concessa al solo *dominus ex iure Quiritium* e, in quanto tale, molto difficilmente la si sarebbe potuta concepire a favore di chi non era *dominus*, se non violando gravemente e apertamente il *ius civile*», mentre la seconda, «oltre che alle medesime difficoltà appena riferite, ... pare scontrarsi anche con il dato che l'essere *dominus ex iure Quiritium* viene fatto ingiustificatamente conseguire dalla supposizione dell'elemento fattuale del '*si anno possidisset*', elemento che, com'è noto, rappresenta solo uno di quelli occorrenti per il verificarsi dell'usucapione, ma che di per sé è insufficiente»: e d'altra parte, contro simili ipotesi formulari «sta, comunque, il dato storico costituito dalla formula che noi conosciamo». Se quindi il congetturare una formula in cui, in sostanza, il pretore ordina al giudice di giudicare come se la servitù *empta* in buona fede e *tradita* nel suo esercizio fosse uno *ius* di diritto civile, rappresenta un meccanismo che realizza proprio ciò che la *fictione temporis* della normale *actio Publiciana* era volto ad evitare, ossia il «parificare» di fatto lo *ius honorarium* allo *ius civile* – anche se non è qui il caso di approfondire, al di là di alcune notazioni minime, tale argomento, che condurrebbe troppo lontano – si può d'altra parte osservare come l'*intentio si servitutem A^{us} A^{us} emit et ei usus traditus est ...*», una volta che il pretore decida di procedere ad una tutela *in rem* delle servitù *emptae et traditae*, non abbia in ultima analisi neppure bisogno di alcuna *fictione* né di qualsivoglia parificazione del diritto così sorto alle servitù dello *ius civile*, essendo in tale ipotesi sufficiente, oltre che in ogni caso certo più rispettosa del rapporto tra pretore e *ius civile*, che si conceda semmai al titolare un'azione del tipo di quelle concesse dall'editto al titolare dell'*ager vectigalis* ('*si paret A^m A^m agrum q.d.a. a municipibus municipii Venusini in perpetuum fruentum conduxisse neque ea res arbitrio iudicis A^o A^o restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c. s.n.p.a*') o del *praedium stipendiarium vel tributarium* ('*si paret A^m A^m fundum q.d.a. habere possidere frui licere ...*': cfr. *supra*, nt. 215): in effetti, un'azione *in factum* più o meno così concepita – '*si servitutem*' (o altro termine, volto ad evitare ogni possibile confusione con gli *iura in re aliena* dello *ius civile*) '*A^{us} A^{us} emit et ei usus traditus est, neque ea res arbitrio iudicis A^o A^o restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c. s.n.p.a*' – avrebbe realizzato in tale estrema ipotesi questo scopo in maniera alquanto più semplice e lineare, senza fingere usucapioni impossibili e soprattutto senza porre ardue equiparazioni tra il diritto sorto *iure civili* e quello nato *iure honorario*. Anche per tal verso, dunque, il riferimento alla *Publiciana* rimane, molto più che problematico, soprattutto pleonastico ed inutile.

²²⁰) Si veda in particolare L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Proprietà in generale (diritto romano)*' in «ED.», XXXVII, Milano, 1988, p. 200 ss.

²²¹) Il fatto che questo tipo di *actio Publiciana* «là ove si muova dal riconoscimento dell'impossibilità di usucapire durante l'età classica, avrebbe finito con per essere tendenzialmente permanente», al contrario di quanto avveniva per la proprietà tutelata attraverso la *Publiciana* in senso proprio (cfr. ancora D. 6.2.1.1, Ulp. 16 *ad ed.*: '*merito praetor ait 'nondum usucapum': nam si usucapum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam*'), è riconosciuto anche dallo stesso MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 55.

²²²) Si veda MANNINO, *op. ult. cit.*, p. 53, secondo cui «il problema della inconfigurabilità di una *fictione temporis* potrebbe superarsi, ammettendo che, nell'ipotesi dell'esercizio tollerato della servitù *ex iusta causa*, la concessione della *Publiciana* venisse correlata non alla *fictione temporis*, bensì alla *fictione iuris* rappresentata dall'ordine al giudice di giu-

il diritto sorto «*iure praetorio*» partendo dalla *Publiciana*, stravolgendone lo strutturale significato e parificandolo ad uno *ius* costituito *iure civili*, mentre, se proprio si voleva procedere in via *lato sensu* analogica, vi era il referente sistematico assai più prossimo e logico costituito dalle azioni modellate sulla *reivindicatio* a tutela dell'*ager vectigalis* e del *praedium stipendiarius* o *tributarius*, dove il riferimento delle formule così ottenute al rapporto che aveva dato origine a tali diritti ('... *in perpetuum conduxisse* ...') ovvero al suo concreto contenuto ('... *habere possidere frui licere* ...')²²³ poteva senz'altro offrire spunti alquanto più perspicui e sistematicamente assai meno problematici per arrivare a costruire un'azione volta a tutelare le servitù e l'usufrutto sorti mediante *traditio* e *patientia* (e per tal verso risulta estremamente significativo che il passo non parli di '*pactio*' e '*stipulatio*', ossia del paradigmatico modo classico di costituzione di tali servitù)²²⁴.

Molto più conclusiva, in effetti, sembra invece l'osservazione che una simile prospettiva è del tutto consona al diritto giustiniano, dove, essendo le servitù e l'usufrutto usucapibili, ha perfettamente senso parlare, pur ormai al di fuori del contesto formulare ed in un senso invero più paradigmatico che concretamente effettivo, di un'*actio Publiciana* concessa – sul modello di quanto era avvenuto per il diritto di proprietà trasferito mediante un atto non idoneo in base allo *ius civile* – altresì al titolare di uno *ius in re aliena* costituito «*iure praetorio*» (modo che del resto diviene di applicazione generale nella normazione del *Corpus Iuris*)²²⁵, mentre nel diritto classico la inusucapibilità di servitù ed usufrutto doveva intrinsecamente rendere impraticabile tale soluzione: falsariga che con ogni probabilità condusse i compilatori ad accettare, nel caso accentuandole, le corruzioni postclassiche del passo, legate verosimilmente alla necessità, propria di tale contesto, di consentire una soddisfacente protezione delle servitù sorte al di fuori dei modi previsti dall'antico *ius civile*, ma ormai di

dicare come se esistesse un modo di costituzione del diritto *iure civili*: anche per tal verso, la scarsa coordinazione sistematica dell'indagine impedisce all'autore di vedere, quantomeno, come una simile ipotesi, già di per sé ardua e improbabile (cfr. in particolare *supra*, nt. 219), avrebbe in ogni caso reso assurdo che Ulpiano potesse poi proporre, come pur egli sostiene, mezzi giudiziari quali quelli adombrati in D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23, dove l'*usus servitutis* risulta tutelato non in base alla finzione della sua costituzione *iure civili*, bensì direttamente in quanto tale.

²²³ Oltre alla *reivindicaciones utiles* (cfr. Lenel, *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 186 ss.), di cui si è già detto (cfr. *supra*, nt. 219), è altresì per tal verso da richiamare la cosiddetta «formula (quasi) Serviana» o «*actio pignoratitia in rem*». (cfr. LENEL, *op. ult. cit.*, p. 494 s.): «C. Aquilius iudex esto. Si paret inter A. Agerium et L. Titium convenisse ut ea res qua de agitur A. Agerio pignori esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis L. Titii fuisse eamque pecuniam ne que solutam ne que eo nomine satisfactum esse ne que per A. Agerium stare quo minus solvatur neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolutum», in cui l'efficacia *erga omnes* del *pactum hypothecae* veniva appunto raggiunta attraverso una *formula in factum* (sull'esistenza di *actiones in rem* con *formulae in factum* e contro i dubbi avanzati contro la loro ammissibilità – cfr. F. LANFRANCHI, *Studi sull'«ager vectigalis»*, I, *La classicità dell'actio in rem vectigalis*, Faenza, 1938, p. 7 ss. e 21 ss., e, per la tesi di Alvaro D'Ors, *supra*, nt. 14 – si veda in particolare KASER, *Studien zur römischen Pfandrecht*, cit. [nt. 16], p. 240 ss.).

²²⁴ Sulla paradigmaticità di tale sistema e sulle verosimili origini della *patientia* si veda *supra*, rispettivamente § 3 e § 7: sulla generalizzazione giustiniana della *traditio* e *patientia* quale metodo di costituzione delle servitù si veda tra l'altro ancora PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 223 ss.

²²⁵ Nel senso della corruzione del passo depone altresì la sua collocazione palinogenetica (contrariamente a quanto tenta di sostenere MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 32 nt. 31, secondo cui esso si inserirebbe «nell'ambito di una serie di testi ... in cui il ragionamento ulpiano pare volto a limitare il principio generale enunciato in D. 6.2.9.5», in cui il giurista afferma che l'*actio Publiciana* 'in his quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet': cfr. *supra*, nt. 215); infatti, secondo la ricostruzione di Lenel, *Palinogenesia*, cit. [nt. 20], II, c. 513 s., a D. 6.2.9.5 è subito giustapposto, nel medesimo n. 571, D. 6.2.9.6, come si è visto (cfr. *supra*, nt. 215) relativo alle ipotesi del *servus hereditarius* e dei *municipes*, cui segue – n. 572 – la menzione del rescritto severiano (D. 6.2.11.pr.) in base al quale, '*si ego emi et mea voluntate alii res sit tradita*', la *Publiciana* è da accordare al terzo che l'ha ricevuta, mentre al n. 574 sarebbero da collocare D. 6.2.11.2, cui Otto Lenel unisce D. 41.3.10.2 (richiamando con esso D. 50.16.26: cfr. *supra*, nt. 213) e D. 6.2.11.2-10, tutti relativi ad ipotesi di *res furtivae* al pari del successivo n. 575 (D. 6.2.14); in tale contesto tematico, dunque, l'ipotesi della *Publiciana* accordata in tema di servitù ed usufrutto, di cui parla D. 6.2.11.1 (che, si noti, segue immediatamente la citazione del rescritto severiano), risulta del tutto estranea alla generale argomentazione svolta da Ulpiano, in cui si inserisce come una non chiara parentesi: tanto che Otto Lenel, nel medesimo n. 573, unisce a D. 6.2.11.1, introduttivamente, D. 41.3.10.1 ('*hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam [longo tempore] <usu> capi possint, cum aedificiis possint*'). Come Vincenzo Mannino possa mai rintracciare una riprova della propria ricostruzione nella struttura palinogenetica del sedicesimo libro *ad edictum* di Ulpiano rimane quindi piuttosto misterioso.

normale diffusione, con nuovi mezzi di tutela diversi dalla procedura interdittale, ormai tramontata ed in ogni caso non più consona alle esigenze del sistema giuridico del basso impero. E, come si è accennato²²⁶, lo stesso tenore del passo, e in particolare la necessità di dare una tutela a tali forme di diritti – che presuppone la loro differenziazione dagli analoghi rapporti previsti dal *ius civile* – sembra consentire di considerare per nulla improbabile un tenore classico del testo di segno esattamente opposto, alquanto agevole da rintracciare nella versione giustiniana del frammento ulpiano («*si de usu fructu agatur tradito, Publiciana <non> datur ...*»), volgendo parimenti in negativo le affermazioni contenute circa la servitù urbane e rustiche)²²⁷.

²²⁶) Cfr. *supra*, nt. 212. Sulla visuale bizantina, secondo cui, in assenza di una speciale azione creata specificamente per l'usufrutto e le servitù costituiti al di fuori dei modi dello *ius civile*, tali figure sarebbero rimaste prive di ogni tutela, si veda *supra*, nt. 214, lo *sch.* 10 di Stefano ad *Bas.* 15.2.11.1 (*ka...toi θ pra'twr tōn par' despōtou tradi-teuq̄snta oūsōūfroukton ful Ettein "pagḡsi I etai*).

²²⁷) Né è infine il caso di insistere su come, in D. 6.2.11.1, appaia alquanto sconnesso l'ordine argomentativo del passo (cfr. tra l'altro già GIMMERTHAL, *Die publicianische Klage*, cit. [nt. 217], p. 112 ss.), che, dopo aver iniziato col parlare dell'usufrutto ('*si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur*'), prima di parlare delle servitù rustiche ('*item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat*') richiama innanzitutto le servitù urbane ('*itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam*'), circa le quali, essendo esse perlopiù negative, la *traditio et patientia* non risulta avere alcun preciso significato giuridicamente rilevante (donde, probabilmente, la pur malaccorta glossa che, in ogni caso, si preoccupa di menzionare come esempio – '*forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci*' – una marginale ipotesi di servitù urbana ma invece positiva): ed in effetti, se qui *traditio et patientia* non sembrano facilmente configurabili in relazione a servitù che oggi si definirebbero non apparenti, non è un caso che Vincenzo Arangio-Ruiz, considerando giustiniano il modo di costituzione rappresentato dalla *quasi traditio* estrinsecantesi nella *patientia*, avvertisse (*Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 244) che «tale *patientia* non va però intesa come mera tolleranza», bensì come una «dichiarazione della volontà di sopportare quell'esercizio», dichiarazione incorporata in un documento che «rappresenta in questo campo il parallelo della *traditio ficta* giustiniana» (né risulta del resto che tale pur possibile parallelo tra gli sviluppi postclassici e giustiniani di quelle forme di *traditio* che verranno poi dette *ficticiae* e la *traditio et patientia* che si generalizza nell'ambito degli *iura in re aliena* sia stato soverchiamente indagato dalla dottrina: e per tal verso una consimile ipotesi appare tra l'altro corroborata dal fatto che, se nelle provincie orientali si instaura in età postclassica un sistema di pubblicità per i trasferimenti immobiliari che si fondava non sulla effettiva *traditio* ma sulle forme ellenistiche di trasferimento della proprietà e quindi in primo luogo sul documento che teneva luogo del negozio traslativo romano, anche la costituzione di diritti reali parziali di godimento sugli immobili avviene in tale ambito geografico mediante la redazione di un atto scritto che documenta l'accordo causale tra le parti: cfr. in breve TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 439 e 469). In questa direzione, per altro verso, depono ancora una volta lo strano andamento argomentativo del passo, che dopo aver affermato l'estensione della *Publiciana* all'usufrutto, non procede dicendo consequenzialmente che tale azione si applica anche alle servitù, ma dichiara – quasi in riferimento, più che alla *Publiciana*, alla peculiarità rappresentata dall'usufrutto *traditus* – prima che tale azione è concessa in relazione alle servitù urbane '*per traditionem constitutis vel per patientiam*', e quindi, in maniera invero più generica e alquanto meno perspicua, che anche per quanto riguarda le servitù rustiche il modo di costituzione rappresentato dalla *traditio et patientia* risulta in ogni caso da tutelare ('*item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat*': e si noti come qui *traditio et patientia* siano unite da '*et*' e non più dalla disgiuntiva '*vel*', come avveniva nel primo caso). In tale prospettiva, D. 6.2.11.1 sembrerebbe il risultato di un riassetto di affermazioni, forse in parte di origine ulpiana, in cui rispettivamente si negava la esperibilità della *Publiciana* a proposito dell'usufrutto così come nelle servitù urbane, ponendo invece il problema della tutela accordabile alla *traditio et patientia* in relazione alle servitù rustiche (per le quali, dato il loro carattere in linea di massima positivo, il problema si poneva più concretamente): frasi delle quali sarebbe poi stato mutato il senso, con risultato di segno opposto, eliminando il '*non*' iniziale che negava l'esperibilità della *Publiciana* in relazione all'usufrutto (cfr. *supra*, nt. 214 ss.) e operando una non perfetta cesura con il terzo elemento del discorso, attestata dallo sgangherato collegamento sintattico '*... item rusticorum, nam et hic ...*', che non riesce a nascondere come quest'ultima parte si collocasse su di un diverso piano logico rispetto alla precedenti, proseguendo verosimilmente nell'indicazione dei mezzi di tutela che riguardavano le servitù (rustiche) costituite tramite *traditio et patientia* ('*si de usu fructu agatur tradito, Publiciana <non> datur <...> Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam <...> Item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat <...>*'). La locuzione '*nam et hic*', in effetti, compare sovente, oltre che soprattutto in Ulpiano (D. 2.14.7.18, D. 3.5.3.11, D. 4.4.7.5, D. 4.6.21.1, D. 8.4.6.1, D. 8.5.8.pr., D. 9.2.49.1, D. 10.2.49, D. 12.2.13.5, D. 15.3.10.2, D. 16.1.8.3, D. 26.2.11.2, D. 27.9.3.3, D. 28.2.12.pr., D. 37.4.3.8, D. 37.4.3.16, D. 37.6.1.23, D. 38.17.1.10, D. 40.2.3, D. 40.4.12.3, D. 40.5.24.18, D. 43.3.1.6, D. 43.19.1.6, D. 44.2.7.4, D. 47.2.19.6, D. 47.10.13.pr., D. 47.10.13.7, D. 47.10.17.11 e D. 50.16.195.2), anche in altri giuristi tardoclassici come Paolo (D. 3.3.72, D. 5.3.22, D. 11.1.20.2, D. 19.1.42, D. 28.5.85.1, D. 28.5.85.2, D. 42.1.19.pr. e D. 47.2.21.39) e Trifonino (D. 23.2.67.4), talvolta altresì in unione a '*item*' (cfr. D. 5.3.13.1 e D. 24.3.7.9, entrambi di Ulpiano): essa non risulta quindi sospettabile in quanto tale, ma semplicemente perché qui non appare collegare in modo logico e

Nel complesso, dunque, anche al di là di tali più specifici motivi di perplessità, la ragione di fondo di un marcato scetticismo verso tali tentativi di salvataggio a tutti i costi di pretesi elementi di classicità, che si vorrebbero pur presenti tra i preponderanti indizi di corruzione dei testi in materia, sembra in effetti rappresentata dal fatto che non si riesce menomamente a scorgere perché mai i classici sarebbero dovuti andare ad applicare a degli *iura in re aliena*, di per sé inusucapibili, un'azione costruita sul modello dell'*actio Publiciana*, strutturalmente provvisoria ed imperniata proprio sulla *fictio* di una *usucapio* che qui era appunto inconfigurabile, scegliendo così la via che qui, nella sua paradossale provvisorietà definitiva, risultava tra tutte la meno consona per tutelare le servitù costituite «*iure praetorio*»; e tutto questo quando viceversa, se si guardano i metodi che lo *ius honorarium* aveva elaborato a tale tipo di scopo, le soluzioni possibili non erano certo limitate: se infatti, come si è accennato, gli adattamenti della *reivindicatio* proposti per tutelare l'*ager vectigalis* ovvero il *praedium stipendiarius vel tributarius* nelle provincie avrebbero nel caso, nel quadro del diritto classico, offerto modelli costruttivi ben più congrui, l'adattamento dell'*actio Publiciana* appare in effetti collocarsi in ambiti sistematici successivi, dove l'usucapibilità degli *iura in re aliena* impostasi di fatto nel tardo impero e poi sancita da Giustiniano rendeva per tal verso meno agevole giustificare logicamente la mancata estensione di tale rimedio a questi ultimi, classicamente invece ineccepibile.

Ma se le fonti non sembrano offrire, per quanto riguarda le servitù costituite '*pactionibus et stipulationibus*', tracce di una tendenza del pretore verso soluzioni modellate sulle estensioni della *reivindicatio* a diritti analoghi al *dominium ex iure Quiritium*, non è d'altra parte da dimenticare che nell'ambito dello *ius praetorium* le soluzioni per offrire adeguata tutela a ipotesi di inapplicabilità dello *ius civile* erano ancora più ampie e spiccatamente improntate ad una prospettiva di mera strumentalità, né si limitavano certo ad adattamenti delle *actiones* esistenti²²⁸: basti pensare a come risultati simili venissero ad esempio nell'ambito successorio raggiunti, prima in via provvisoria (*sine re*) e poi in maniera definitiva (*cum re*), con l'ordine '*restituas*' contenuto nell'*interdictum quorum bonorum*²²⁹ (men-

conseguenziale le due proposizioni, dato che la prima si preoccupa incongruamente di precisare l'applicabilità della *Publiciana* in primo luogo alle servitù urbane, mentre la seconda si volge poi a precisare che anche le servitù rustiche devono in qualche modo essere tutelate; tale costruzione argomentativa, atteso altresì il suo carattere anaforico ('... *item ... item ...*'), lascia dunque agevolmente sospettare che l'attuale stesura del frammento sia stata ottenuta giustapponendo, specie per quanto riguarda la frase finale, segmenti di un discorso forse ulpiano probabilmente più ampio e dal significato in origine alquanto diverso. Né a risultati sensibilmente diversi si perviene seguendo l'ipotesi palinogenetica di Otto Lenel, che come si è visto (cfr. *supra*, nt. 213 e 225) al n. 573 dei *libri ad edictum* ulpiane, unisce D. 41.3.10.1 ('*Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam [longo tempore] <usu> capi possint, cum aedificiis possint*') e D. 6.2.11.1 ('*Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam: item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat*): tale lettura, infatti, permetterebbe tutt'al più di salvare la perspicuità dell'affermazione relativa alle servitù – comunque costituite – acquisite attraverso l'usucapione del fondo o dell'edificio, cui per tal verso sarebbe indirettamente ed in via del tutto ipotetica applicabile per tal verso la *Publiciana*, ma renderebbe alquanto problematica in primo luogo la menzione dell'usufrutto, e in generale il riferimento alle servitù costituite attraverso *traditio* e *patientia*, che in tale prospettiva non avrebbe più senso alcuno. In generale, sulla '*quasi traditio*', tra l'altro si veda in breve E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1988, p. 343, che nota come con tale espressione, ad esempio in D. 39.5.6 (Ulp. 42 *ad Sab.*: '*... quasi traditio enim facta videtur ...*'), si indichi altresì nel *Corpus Iuris* l'acquisto da parte di terzi di pietre, sabbia e simili su di un fondo in base ad una concessione del proprietario, così come i pandettisti indicheranno l'acquisto dei frutti di un fondo da parte dell'affittuario o del colono sulla base del contratto di locazione intervenuto con il proprietario, mentre d'altra parte – cfr. p. 414 e 420 – si pone in diretta relazione il ricorso alla locuzione '*quasi traditio*' per indicare le servitù sorte tramite tolleranza o *patientia* con l'idea di servitù «usucapite» con la *longi temporis praescriptio* e quindi con la nozione giustiniana di '*quasi possessio*'.

²²⁸) Su come «per intendere come '*pactione et stipulatione*' si costituisca, *tuitio praetoris*, un rapporto giuridico analogo alla servitù civile, bisogna tener presente il metodo seguito dal pretore quando, prendendo a paradigma istituti del *ius civile*, eleva al grado di rapporti giuridici situazioni di fatto che quello non può riconoscere e non protegge», come avviene in particolare per il possesso qualificato tutelato dalla *Publiciana* e soprattutto nell' '*in bonis habere*', si veda BETTI, *Istituzioni*, I, cit. [nt. 3], p. 453 (che infatti, pur non escludendo la classicità di azioni utili in materia, insiste soprattutto sulla tutela interdittale fornita dal pretore).

²²⁹) La tutela del *bonorum possessor*, com'è noto, verrà compiutamente raggiunta in linea di massima accordandogli, contro l'erede civile rispetto al quale egli non abbia senz'altro ottenuto la *denegatio actionis*, una *exceptio doli* che lo mandi assolto nella *hereditatis petitio*, mentre alla controparte non rimane che il *nudum nomen hereditatis*: così come il

tre, per quanto riguarda ad esempio la posizione del *bonorum emptor*, lo scopo di fargli incassare i crediti del fallito può del pari essere raggiunto attraverso la trasposizione di soggetti propria dell'*actio Rutiliana* e mediante la *fictio hereditatis* a base dell'*actio Serviana*)²³⁰, e a come più in generale proprio per quanto riguarda gli *iura in re aliena* originariamente estranei ai modi di costituzione dello *ius civile* sia proprio la soluzione interdittale a prevalere, come mostrano in primo luogo l'*interdictum Salvianum*, che precede nel riconoscimento del *pactum pignoris* l'*actio quasi Serviana*²³¹, e l'*interdictum de superficialibus* per quanto riguarda la concessione di costruire sul suolo altrui accordata tra privati mediante *emptio-venditio* o *locatio-conductio*²³².

Nell'ambito di un ordinamento improntato, come si è soliti dire, al principio dell'economia dei mezzi giuridici – che dunque tende in linea di massima al raggiungimento del massimo risultato con il minimo impiego di nuovi strumenti negoziali e processuali, evitando soprattutto, per quanto possibile, soluzioni che possano avere effetti destabilizzanti sulla complessiva architettura sistematica dell'ordinamento²³³ –, gli interdetti sembrano in effetti consentire al pretore una maggiore libertà di azione (nonché una più lineare semplicità costruttiva rispetto ad architetture addirittura impernate su finzioni come quella dell'*actio Publiciana*) per perseguire direttamente e senza soverchie remore dogmatiche il risultato desiderato²³⁴.

10. Se dunque la soluzione interdittale poteva appariva al pretore – e in generale ai *prudentes* – affatto soddisfacente per quanto riguarda gli *iura in re aliena* (tanto di garanzia quanto di godimento, come anche per il diritto di superficie), specie se costituiti al di fuori dello *ius civile*, e d'altra parte il ricorso all'interdetto – accanto all'esperibilità dell'*actio in personam* – come si è visto risulta per vari versi del tutto sufficiente anche per quanto riguarda le servitù sorte '*pactionibus et stipulationibus*', sembra ancora una volta necessario chiedersi se non sia proprio questa la effettiva trattazione classica che si nasconde sotto i testi, manifestamente corrotti, che parlano di un'azione speciale fondata sul *diuturnus usus* e la *longa consuetudo* accordata al titolare di servitù di questo tipo.

In questa diversa prospettiva di fondo, si può dunque tornare a considerare i due testi che parlano di un'*actio utilis* concessa a tutela delle servitù – sembrerebbe – costituite «*iure praetorio*» e quindi i problemi della eventuale classicità del loro nucleo centrale su cui insiste parte della dottrina (anche se, a ben vedere, tale preteso nesso con le servitù «*iure praetorio*» sembra di per sé smentito,

bonorum possessor viene d'altra parte parificato all'erede attraverso una serie di adattamenti formulari che, mediante *actiones ficticiae*, estendono a lui le azioni che normalmente spettano all'erede e contro di esso (cfr. in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 518 ss., e TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 672 ss.). Sarebbe interessante, ai fini di queste pagine e quindi in vista del rapporto tra la protezione interdittale delle servitù pretorie e la loro tutela in via di *actio* adombrata da testi come D. 8.5.10.pr.-1, D. 39.3.1.23 e D. 6.2.11.1, esaminare il passaggio dall'*interdictum quorum bonorum* alla cd. *hereditatis petitio possessoria*, a lungo ritenuta postclassica ma ormai riferita dalla dottrina più recente al periodo severiano (cfr. di recente F. PULITANÒ, *Ricerche sulla bonorum possessio ab intestato nell'età tardo-romana*, Torino, 1999, specie p. 33 ss.): ma l'argomento può ovviamente venire qui soltanto accennato.

²³⁰ Su tali due azioni (Gai., *inst.* 4.35: cfr. LENEL, *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 427 ss. e p. 432 s.) si veda in breve TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 359 (cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit. [nt. 1], I, p. 645 nt. 14).

²³¹ Sulla «*formula (quasi) Serviana*» o «*actio pignoratitia in rem*», cfr. *supra*, nt. 223, e, sull'*interdictum Salvianum* e la sua forma *utilis* esperibile contro qualsiasi possessore, nt. 206 (si veda anche *infra*, nt. 476).

²³² Si veda (Ulp. 70 *ad ed.*) D. 43.18.1.pr. (cfr. LENEL, *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 476): '*uti ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini, vim fieri veto*'. In argomento, PASTORI, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, cit. [nt. 18], specie p. 214 ss., SITZIA, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, cit. [nt. 215], p. 18 s. e nt. 53 (in riferimento a D. 6.1.73-75), e RAINER, *Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht*, cit. [nt. 215], p. 331 s.

²³³ Cfr. in breve F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, trad. it. – *I principi del diritto romano* –, Firenze, 1946, rist. 1995, p. 59 ss.

²³⁴ Si pensi, ad esempio, alla *cautio damni infecti* e alla cd. *missio in possessionem ex secundo decreto*, con cui il *dominus* che rifiutasse di prestare la *cautio* anche dopo la prima *missio in possessionem* veniva com'è noto privato del possesso a favore del vicino che aveva agito per il danno temuto, che si ritrovava così possessore *ad usucapionem* dell'immobile ed era protetto dall'*actio Publiciana*, in una situazione in linea di massima irrevocabile salva soltanto, per gravi motivi, la possibilità – previa prestazione della *cautio* – di una *restitutio in integrum* (cfr. in breve TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 450 s.).

per quanto riguarda D. 8.5.10, da quel *'veluti ex legato'* che nel *principium* appare il lacerto di una originaria esemplificazione di modi di costituzione *iure civili*). E si può iniziare dal già esaminato finale di D. 39.3.1.23:

... si tamen lex non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur. non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro munimus: eritque ista quasi servitus, in quam <in> rem utilem actionem habemus vel interdictum.

Si sono in buona parte già sottolineati gli aspetti che portano a dubitare della configurabilità classica di una simile argomentazione²³⁵: anche lasciando da parte gli elementi più incongrui del passo (come innanzitutto la strana motivazione per cui *'non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro munimus'*, che sembra ribadire il principio *'servitus in faciendo consistere nequit'* in una prospettiva che può avere senso in riferimento alle precedenti affermazioni del § 23 circa gli *aggeres* e le *fossae* che si possono tenere nel fondo del vicino²³⁶, ma che non sembra avere alcun significato compiuto, quale

²³⁵ Cfr. *supra*, § 2 e nt. 71 ss.

²³⁶ Sulla concezione, in particolare labeoniana, di un *'servire'* allargato ai rapporti tra fondi al di là della presenza di una servitù in senso proprio, si veda soprattutto CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà*, cit. [nt. 64], II, p. 501 ss. e 516 ss. Pur non potendo certo affrontare in questa sede neppure di sfuggita le alquanto numerose implicazioni di tale nozione elaborata dalla giurisprudenza tardorepubblicana, e limitandosi a prendere atto di tale posizione di Labeone attestata dal passo in esame, sembra di potere in ogni caso notare che, nel discorso del giurista augustiniano riferito da Ulpiano (53 *ad ed.*) in D. 39.3.1.22-23, la frase relativa alle servitù in senso stretto (*'sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur'*) risulta in ogni caso inserirsi con difficoltà nell'argomentazione generale (come già notava PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 250 s.: cfr. *supra*, nt. 71), che viene spezzata dal riferimento della *vetustas* alle servitù (idriche) in generale, mentre il riferimento finale *'non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro munimus'*, che non sembra trovare alcun congruo rapporto logico con queste ultime, si riallaccia molto più facilmente appunto a tale più ampia nozione di *'servire'*, cosicché i §§ 22-23 si leggono in maniera molto più scorrevole e logica – ovviamente a parte i non pochi ulteriori problemi presentati dal testo – se si cassa la frase in questione: *'Sed et si vicinus opus tollat et sublato eo aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat, Labeo existimat aquae pluviae arcendae agi non posse: semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant. plane si propter id opus sublato vehementior aqua profluat vel corrivetur, aquae pluviae arcendae actione agi posse etiam Labeo confitetur. Denique ait condicionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut, quibus agris magna sint flumina, liceat mihi, scilicet in agro tuo, aggeres vel fossas habere: si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire atque hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore compensareque debere cum alio commodo: sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere: si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur [...]. non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro munimus: eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum'* (sul verosimile carattere non originale della frase finale, da *'non ergo'* in poi, cfr. in ogni caso *infra*, testo e nt. 236). Si vedano, oltre a Silvio Perozzi, SEGRE, *La clausola restitutiva nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitus oneris ferendi»*, cit. [nt. 9], p. 566 nt. 85 e *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 450 nt. 40 (che, oltre alla frase *'et semper inferiorem ... a superiore'*, del § 22 cassa nel successivo tutto il periodo *'ubi servitus ... videatur'*), e CIAPPELLONI, *Spunti critici*, cit. [nt. 71], p. 107 ss. (che, negando la classicità delle stesse concettualizzazioni relative al *'naturaliter servire'*, specie in relazione ai loro nessi con la nozione di «servitù legale», propone – p. 123 ss. – una ricostruzione ancora più riduttiva: *'denique ait condicionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut quibus agris magna sint flumina liceat aggeres vel fossas habere. si tamen non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro munimus: in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum'*). Su D. 39.3.1.22, specie nel suo rapporto con il successivo § 23, si vedano in generale BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], I, p. 501 ss. (che contro le più drastiche censure di Silvio Perozzi e Gino Segre circa il § 23, si limita a cassare la frase finale, da *'non ergo cogemus'* in poi, sospettando però, nel § 22, l'intero tratto *'plane si propter id ... Labeo confitetur'*), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 281 (secondo cui il testo da *'sane enim et in servitutibus'* a *'servitutem videatur'* «non si connette con quanto precede, ma fu innestato dai compilatori per inquadrare nel sistema delle servitutes taluni limiti della proprietà», anche se in ogni caso a suo avviso il passo presenterebbe alcuni elementi classici, come la *longa consuetudo* e il *'diu uti'*, pur qui volti a determinare l'usucapione del diritto, notando altresì come il testo classico non dovesse parlare in generale di servitù ma solo di acquedotto, cui infatti era applicabile la *vetustas*, come mostra in generale anche tutto l'andamento del passo: cfr. altresì *La categoria*, cit. [nt. 71], p. 143 ss. e 147 ss.), GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 215 ss. e 235 s. (secondo il quale si può «ritenere certo che il passo non si riferiva in generale alle servitù, ma doveva riguardare

giustificazione, in un contesto che vorrebbe riferirsi alle servitù in generale: *'sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur ...'*), il punto che sembra ostare definitivamente, comunque lo si voglia intendere, ad una pretesa classicità del passo così come formulato dai *Digesta* giustinianeî rimane la netta differenza concettuale tra la figura della *vetustas* (quale istituto dell'«immemoriale») e l'affermazione, che ne nega viceversa la sua valenza soltanto probatoria, secondo cui qui si considerano casi in cui *'servitus non invenitur imposita'*, ossia – a tutto concedere all'incongruità dell'affermazione in sé considerata – il diritto è da ritenere inesistente per lo *ius civile*: mentre, classicamente, il rapporto idrico dimostrato nella normale sede dell'*actio de servitute* attraverso la prova della sua immemorialità era invece da considerare accertato ad ogni effetto dalla sentenza e quindi una volta per tutte senz'altro esistente nello stesso ambito del *ius civile*. Per altro verso, se l'istituto della *vetustas* poteva classicamente giovare, attribuendo una definitiva valenza accertativa all'esercizio immemoriale, tanto alle servitù costituite *iure civili* quanto in ipotesi a quelle sorte *'pactionibus et stipulationibus'*, che di fatto così sarebbero state attraverso essa «trasformate» in normali servitù dello *ius civile*, è in ogni caso da osservare che così come si presenta nel suo tenore letterale il testo in esame si occupa in generale delle servitù, e quindi, innanzitutto, dei normali *iura in re aliena* dello *ius civile*: cosicché, se tale appendice alla trattazione dell'*actio aquae pluviae arcendae* dedicata ad uno *ius aquae ducendae*, che qui tende a confondersi con il mantenere *aggeres* nel fondo del vicino, è già di per sé certo non scevra di difficoltà anche al di là dei numerosi indizi di interpolazione presenti²³⁷, ancor più problematico risulta poi riferirla *tout court*, come si vorrebbe da parte di taluno, alle servitù costituite «*iure praetorio*», specie in quanto rimarrebbe del tutto senza risposta la questione del motivo per cui il passo, trattando della *vetustas*, oltre a riferirsi alle servitù in generale e non più esattamente a quelle idriche, cui soltanto tale istituto era applicabile, parli senz'altro della *'quasi servitus'* sorta *'longa consuetudine'* senza menomamente nominare quale elemento intermedio, come sarebbe stato più logico (trattando di una *vetustas* che *'vicem legis tenere'*), le normali servitù dello *ius civile* del pari dimostrabili attraverso la loro im-

quella specifica servitù la cui tutela nell'editto veniva nello stesso titolo dell'*actio aquae pluviae arcendae*, e cioè la servitù di acquedotto; oltretutto generalizzarlo alle servitù, i manipolatori del testo ne hanno mutato il contenuto, ché il giureconsulto doveva precisamente affermare che *qui diu usus est servitute habuisse velut iure impositam servitutum videtur; il neque vi neque precario neque clam* e il *longa consuetudine* spostano la visuale nel senso che la servitù è precisamente imposta dalla *longa consuetudo*, sospettando altresì la esplicazione *'et semper ... defluere'* e cassando la glossa *'semper enim ... excipiant'*, mentre a sua volta tutta la parte finale, da *'non ergo cogemus'* in poi, «parrebbe inserirsi in un più vasto rimaneggiamento del testo», SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, cit. [nt. 70], p. 65, 81 s., 84 ss. nonché p. 93 nt. 3 (sostanzialmente d'accordo con Biondo Biondi), e CAPOGROSSI, *op. ult. cit.*, II, p. 523 ss. (che pur non escludendo corruzioni del passo – in particolare i tratti *'compensareque debere ... defluere'* e *'neque vi neque precario neque clam'* nonché la chiusa da *'eritque'* in poi, considera sostanzialmente genuino il dettato dei §§ 22-23), SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*, cit. [nt. 70], in particolare p. 65 ss. (che segue Luigi Capogrossi Colognesi), DI PORTO, *La tutela della 'salubritas' fra editto e giurisprudenza*, cit. [nt. 72], p. 75 ss. (che si richiama per la classicità sostanziale del passo a Luigi Capogrossi Colognesi e a Francesco Sitzia), MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 116 ss. (che, pur dichiarando di aderire anch'egli alla lettura di questi ultimi due autori, in realtà va ben oltre ritenendo il testo sicuro in ogni sua affermazione), e RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit. [nt. 72], p. 127 s. (che solleva alcuni dubbi sull'accezione in cui nel § 23 è impiegata la locuzione *'si tamen lex non sit agro dicta'*). Cfr. altresì NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 48 nt. 8, HORAK, *Rationes decidendi*, cit. [nt. 72], p. 279 s. e 281 s., RODGER, *Roman Rain-Water*, cit. [nt. 72], p. 417 ss. e specificamente p. 421 s., e WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, cit. [nt. 72], p. 39 ss. Al di là delle leggerezze e degli eccessi «genuinistici» di chi accetta alla lettera ogni particolarità dell'attuale dettato del passo (giungendo a non voler rilevare neppure le oltremodo dubbie notizie processualistiche da esso recate, così da poter puntellare reciprocamente tra loro come classiche le notizie di tale tipo fornite da D. 39.3.1.23 e da D. 8.5.10.pr.: cfr. *supra*, nt. 57 e 74), nel complesso i §§ 22 e soprattutto 23 di D. 29.3.1 risultano alquanto corrotti, come è costretta ad ammettere anche la critica più lontana da ogni severità interpolazionistica, e in particolare, se nel § 23 i riferimenti alla *clausula vitii* interdittale e alla concessione di un'*actio utilis* o di un *interdictum* alla *quasi servitus* in questione appaiono scarsamente fidabili persino a Luigi Capogrossi Colognesi, sembra difficilmente contestabile che comunque nel discorso di Ulpiano, se si cassa del tutto la parte che va da *'sane et in servitutibus hoc idem sequimur'* a *'velut iure impositam servitutum videatur'* (ove appare del resto difficilmente dubitabile, in ogni caso, l'estensione ad ogni tipo di servitù di un aspetto riguardante le solo servitù di acquedotto), e si ricorregga direttamente alla menzione della *vetustas* e al discorso sull'assetto idrico dei fondi che la precede il riferimento finale agli *aggeres*, la logica generale del passo risulta alquanto più agevolmente comprensibile.

²³⁷) Cfr. altresì *supra*, nt. 71 s., 74 e 77.

memorialità²³⁸.

Per tal verso, la congettura secondo cui il frammento rifletterebbe una tendenza dell'ultima età classica a considerare la *vetustas* in termini acquisitivi non sembra per nulla conclusiva e convincente, dato che, se anche così fosse, questa nuova valenza dell'immemorabile non avrebbe recato alcun sensibile beneficio ulteriore al titolare, che altresì venendo considerato quale usucapiente del diritto si sarebbe alla fine comunque trovato nell'identica posizione che già conseguiva prima di tale pretesa «riforma» mediante la prova della *vetustas* in sede di *actio de servitute*: né, soprattutto, sarebbe ancora una volta comprensibile il motivo per cui tale nuova costruzione dell'immemorabile avrebbe dovuto portare alla creazione di una nuova *actio* specifica ('*in rem utilis*'), dato che in ogni caso la normale *vindicatio*, così come tutelava i modi di acquisto previsti dallo *ius civile*, avrebbe senza problema ricompreso il nuovo modo rappresentato da un'acquisizione prescrittiva, nella stessa maniera in cui, in ipotesi, avrebbe del pari tutelato nuovi modi sconosciuti al diritto romano quali la destinazione del *paterfamilias* o al limite, se fosse esistita una tale figura, una servitù coattiva ad esempio di passaggio nel caso di un fondo intercluso²³⁹, lasciando semplicemente accertare al giudice se sussistevano i

²³⁸ In effetti, se come sottolineavano in particolare Biondo Biondi e Giuseppe Grosso (cfr. *supra*, nt. 236) il tratto in questione parla in generale delle servitù e non propriamente di quelle idriche, cui soltanto era esteso l'istituto della *vetustas*, è da notare come ancora più strana risulti la volontà di ricollegare la *vetustas* – propriamente riguardante innanzitutto le servitù *iure civili* e quindi invocabile nella normale *reivindicatio* ovvero nella *negatoria*, nel cui ambito risultava appunto semplicemente una modalità probatoria – alle sole servitù viceversa nate grazie alla *longa consuetudo* e al *diuturnus usus*, secondo una visuale che appare senz'altro postclassica e si ricollega direttamente alla prudente qualifica di '*quasi servitus*' recata dalla chiusa (e come mostra altresì la preoccupazione di stabilire i peculiari mezzi di tutela da riconnettere al diritto così sorto).

²³⁹ In relazione alla cd. destinazione del padre di famiglia (cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 220 ss., e BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 286 ss.: per una prospettiva storica più ampia, cfr. ID., *Le servitù* [1967], cit. [nt. 50], p. 351 ss.), per quanto tale modo di costituzione tacita sia ormai unanimemente ritenuto non classico (cfr., in riferimento a G. SALA CONTARINI, *La destinazione del padre di famiglia come mezzo costitutivo di servitù prediali in diritto romano. Studio comparato al diritto civile italiano*, Girgenti, 1895 [n.v.], che contro l'opinione dominante ammetteva l'esistenza nell'ordinamento romano di tale modo di costituzione, S. RICCOBONO, *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.), è da osservare che i frammenti in materia, al di là di ogni problema circa la genuinità delle soluzioni recateci (si vedano di recente ZOZ, *La costituzione tacita della servitù*, cit. [nt. 21], p. 37 ss., e RANDAZZO, «*Servitus 'iure' imposita*», cit. [nt. 80], *passim*) risultano in ogni caso affrontare il problema della ammissibilità e sussistenza di simili servitù in stretti termini «civilistici»: cfr. ad esempio D. 8.2.41.pr. (Scaev. 1 *resp.*: '*... servitutum non esse ...*'), D. 8.4.3 (Gai. 7 *ad ed. prov.*: '*... iure imposita servitus intellegitur*'), D. 8.5.2.2 (Ulp. 17 *ad ed.*: '*... non esse servitutum ...*'), D. 8.5.20.pr. (Scaev. 4 *dig.*: '*... quaesitum est ... an iste fundus aliquam servitutum casis deberet ...*'), D. 30.81.3 (Iul. 32 *dig.*: '*... servitus ipso iure villae debetur ...*'), D. 33.2.15.1 (Marcell. 13 *dig.*: '*... an fructuario servitus debeatur ...*'), e D. 33.3.1 (Iul. 1 *ex Min.*: '*... respondit servitutum impositam videri ... si aut nominatim haec servitus imposita est ...*'): mentre l'estraneità di tali facoltà allo *ius civile* viene del pari sottolineata quando si tratti di ipotesi differenti quali ad esempio la tutela concessa *extra ordinem* da un rescritto imperiale all'*iter ad sepulchrum*, sino allora tradizionalmente concesso a titolo precario, che viene così formalizzato in un vero e proprio diritto (cfr. D. 11.7.12.pr. [Ulp. 15 *ad ed.*], dove peraltro si specifica che tale utilità '*... non tamen hoc rescriptum ... etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur praeses ...*': sul passo si vedano R. DANIELI, *In tema di iter ad sepulchrum*, in «Studi Albertario», II, cit. [nt. 41], p. 310 ss., e RANDAZZO, *op. ult. cit.*, p. 295, secondo cui «pur non potendosi certamente ... parlare di servitù vera e propria ... 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*», cosicché, «quando Giustiniano parla esplicitamente di servitù, non elabora un concetto diverso sol perché tramuta la provvisoria 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»). Per quanto riguarda le servitù cosiddette coattive, il vigente codice civile italiano (art. 1031 ss.) prevede com'è noto che in determinati casi previsti dalla legge il titolare di un fondo abbia l'obbligo di costituire una servitù a favore del vicino, e che nel caso una sentenza potrà tenere luogo dell'atto di costituzione cui egli si sia rifiutato di addivenire: ma, a parte questa particolarità, la servitù così sorta sarà in ogni caso una normale servitù di diritto privato (che il codice distingue appunto in volontarie e coattive), come tale tutelata dall'ordinamento senza alcun bisogno di soluzioni processuali particolari: per quanto nel mondo romano vi siano spunti in tal senso (come il testé ricordato caso dell'*iter ad sepul-*

requisiti per ritenere sussistente il diritto oggetto di causa²⁴⁰, ed evitando così i non pochi problemi

chrum tutelato *extra ordinem*), e questi si sviluppano notevolmente nel diritto giustiniano, a parte talune deprecabili eccezioni (cfr. CURSI, *Modus servitutis*, cit. [nt. 75], p. 268 s., su cui si veda ZUCCOTTI, *Ancora sui «modi servitutis»*, cit. [nt. 124], p. 29 s.), non è in ogni caso parso alla dottrina di poter parlare in base ad essi della presenza di un simile istituto nell'ordinamento romano nel suo complesso (cfr. GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 239 e nt. 8).

²⁴⁰ Altra figura, e ben distinta dalla servitù coattiva richiamata nella nota precedente, è quella delle servitù cosiddette legali, che nella storia del diritto romano, muovendo dagli arcaici «limiti legali» del dominio, si sviluppano notevolmente nel diritto più tardo a partire da una costituzione di Zenone (C.I. 8.10.12, su cui si veda di recente I. FARGNOLI, *Operis novi nuntiatio e inanes denuntiationes tra V e VI secolo d.C.*, in «SDHI.», LXIX, 2003, p. 587 ss.), in un processo che porta a parlare anche a tale proposito di «servitù» dando luogo alla nota elaborazione bizantina, medioevale e moderna di tale categoria (cfr. in breve BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 63 ss.). Questa figura, peraltro, non interesserebbe neppure di sfuggita il tema di queste pagine se non vi fosse l'autorevole sospetto, avanzato da Giuseppe Grosso (*Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 233 ss.) che le difficoltà presentate da D. 39.3.1.22-23 si inquadrino proprio in tale progressiva assimilazione alle servitù dei limiti legali della proprietà e dei rapporti di vicinato: secondo lo studioso torinese, infatti, il testo ha ad oggetto l'*actio aquae pluviae arcendae*, che sanziona un *opus* di origine umana e quindi non riguarda il naturale defluire delle acque, mentre qui si considera «il caso che nelle *condiciones agrorum*, là dove siano avvenute *divisiones e adsignationes*, gli autori di queste abbiano imposto delle *leges agli agri* (*leges dictae*) nel senso della facoltà di tenere argini o fosse (*aggeres vel fossas habere*) là dove vi siano *magna flumina*, allo scopo di difesa dalle piene» (p. 235); e anche non considerando i dubbi circa il probabile carattere glossatorio dell'inciso '*... mihi, scilicet in agro tuo, ...*', «che può rendere più elastico e oscillante il contenuto di quelle *leges dictae*», in ogni caso Ulpiano, «che alla *lex agri* equiparava la *vetustas*, e faceva in proposito un paragone col valore che aveva la *vetustas* nella servitù di acquedotto» (cfr. *supra*, nt. 236), non avrebbe neppure pensato di definire in termini di «servitù» quel *licere aggeres vel fossas habere* «stabilito da specifiche *leges* imposte all'*ager* nella divisione e assegnazione del terreno», e del resto, quand'anche l'avesse in ipotesi fatto, non si sarebbe in ogni caso trattato di una servitù cd. legale, «perché qui non si sarebbe trattato di una legge generale che stabilisse che in una data situazione esisteva una servitù, ma di una specifica imposizione fatta a un fondo dagli *auctores divisionum adsignationumque*, analoga ad una *lex rei suae dicta* che poteva fare un proprietario nel mancipare il proprio fondo»: mentre d'altra parte (p. 235 s.) il giurista parlava qui concretamente di '*condiciones agrorum*' e di '*lex agro dicta*', «e soltanto per la *vetustas* faceva un parallelo con ciò che avveniva nella servitù di acquedotto (un parallelo cioè tra i due diversi aspetti del regime delle acque, l'*arcerere aquam* e il procurarsi l'acqua), mostrando chiaramente di tener distinta quella *lex* circa la *condicio agrorum* (che investiva la situazione al di là della quale operava l'*actio aquae pluviae arcendae*) dalla individuata figura della servitù» (dove il verosimile carattere glossatorio della frase '*erit ista quasi servitus in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum*', che si connette a suo avviso con ogni probabilità alle alterazioni bizantine del regime dell'*actio aquae pluviae arcendae*). Ma quanto più rileva, al di là dell'uso atecnico di '*servire*', è la circostanza (p. 236) che comunque «la *quasi servitus* relativa agli *aggeres* (che *liceat mihi, scilicet in agro tuo, habere*) sarebbe in senso contrario alla configurazione di una servitù naturale, perché presuppone che lo stato di naturale soggezione rappresenti una posizione di libertà dei fondi, così che le opere per porvi rimedio costituiscano una servitù sul fondo superiore, non la liberazione del fondo inferiore dal naturale *servire*»; se dunque il '*servire natura*' ed il '*servire lege*' di simili testi porta «non poco all'ulteriore dottrina delle servitù legali, ma non fornisce alcuna testimonianza in tal senso per diritto romano, e forse neppure per diritto giustiniano» (p. 237), quanto qui interessa è che con ciò viene meno l'apparente naturalezza del passaggio logico implicato dalla frase '*si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere*', che in D. 39.3.1.23 vorrebbe invece collegare le precedenti considerazioni circa il '*naturaliter servire*' ('*si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire atque hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore compensareque debere cum alio commodo: sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere*') al discorso circa gli *aggeres* contenuto nel finale che giustifica, attraverso la *vetustas*, la presenza nel fondo del vicino di un'opera che, nel precedente § 22, era giustificata dalla *lex agri*: la *natura agri* implica che l'acqua defluisca dal fondo superiore su quello inferiore, gli *aggeres* mirano al contrario ad evitare tale fenomeno naturale. Il discorso ulpiano, che muove dalla duplice citazione di Labeone ('*existimat ... confitetur ...*', nel § 22, e '*denique ait ...*', nel § 23), sembra limitarsi, dopo aver parlato prima dell'*actio aquae pluviae arcendae* nel § 22 e quindi, nel successivo, della *lex agri* ('*condicionibus agrorum quasdam leges esse dictas*') – volte rispettivamente a sanzionare ovvero a consentire opere che modificano il naturale deflusso delle acque –, a ricordare che anche la *natura loci* e la *vetustas* possono a loro volta determinare in un senso o nell'altro il regime dei rapporti fondiari, la prima implicando che non si possa modificare il naturale deflusso delle acque, la seconda consentendo la presenza di opere che viceversa ne impediscono: che poi, allargando ulteriormente il discorso, Ulpiano procedesse a trattare delle applicazioni della *vetustas* nell'ambito delle servitù (anche se in relazione a quelle idriche e non certo in generale come accade ora nella versione giustiniana del passo) è certo possibile ('*sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur*'), ma certo senza trasformare tale mezzo probatorio in un modo di acquisto del diritto: la corruzione del passo, infatti, sembrerebbe agire proprio equivocando il nesso tra la servitù in senso proprio, di cui forse Ulpiano parlava, con il diritto, connesso alla *lex agri* ovvero alla *vetustas*, di mantenere nel fondo del vicino *aggeres* contrastanti con la *natura loci*, e quindi definendo tale situazione, susunta in linea di massima nella categoria delle servitù, nei termini più sfumati e pudichi di '*quasi servitus*' ('*longa consuetudine velut iure imposta*'), e subito sentendosi in dovere di giustificare tale costruzione, in riferimento al principio

che nascono dalle precisazioni processualistiche che il passo si sente in dovere di fornire fingendo, per di più, una curiosa terminologia formulare²⁴¹. Un analogo discorso, d'altra parte, si potrebbe fare anche al di fuori dell'*ordo iudiciorum*, dove anzi a maggior ragione l'informalità dell'azione tanto *extra ordinem* quanto postclassica avrebbe ricompreso senza problema tali casi nella normale confessoria, senza alcuna necessità di introdurre speciali mezzi di tutela creati in relazione al singolo modo di costituzione: il problema, infatti, non è tanto processuale quanto senz'altro sostanziale; ma, al di là della tendenza postclassica a trasformare gli interdetti in azioni e a subordinare la protezione della situazione di fatto vantata a più restrittivi requisiti altresì temporali, doveva qui giocare risolutivamente – quantomeno nei testi a noi pervenuti – l'abitudine postclassica a lavorare intervenendo su materiali già esistenti, trovandosi dunque di fronte a testi ove i giuristi classici affrontavano simili problemi più che altro da un punto di vista processuale, cosicché i loro epigoni del tardo impero si trovarono costretti ad interpolare tali soluzioni relative al *diuturnus usus* costitutivo del diritto in un contesto imperniato sui mezzi giudiziari idonei a far valere le pretese sostanziali che essi andavano introducendo: come mostra in particolare la formulazione di D. 8.5.10.pr. – '*si quis ... ius aquae duccendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure ... sed utilem habet actionem ...*' –, l'impostazione giuridica ereditata dai metodi della giurisprudenza classica era ancora quella di chiedersi innanzitutto, pragmaticamente, quale fosse il mezzo giudiziario per far valere una determinata posizione²⁴².

D'altra parte, è da ricordare che la formulazione di D. 39.3.1.23 non si riferisce propriamente ai requisiti dell'immemorabile²⁴³, ma parla in realtà di un *diuturnus usus* e di una *longa consuetudo* che in quanto tali sono valutabili nel loro arco temporale, come avviene per la normale usucapione, ossia

'servitutium non ea natura est ut aliquid facias quis ... sed ut aliquid patiatur aut non faciat' (D. 8.1.15.1, Pomp. 33 *ad Sab.*), attraverso la balorda osservazione – che ricorda assai da vicino quei criteri spiccioli di equilibrio equitativo che Emilio Albertario indicava come «empirismo della decadenza»: cfr. *infra*, nt. 248 – per cui '*non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro munitemus*' (quasi che solo per questo ogni '*non facere*' potesse in quanto tale essere susunto in termini di servitù), mentre quanto risultava da motivare era semmai la peculiarità della '*quasi servitus*' così sorta. Gli spunti offerti da Giuseppe Grosso in ordine a D. 39.3.1.22-23 non sono stati raccolti dalla dottrina successiva (si veda in particolare CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 525 s. nt. 31, che richiama in senso antinterpolatorio le osservazioni di GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 212 ss., per sostenere la classicità della frase da '*sane et in servitutibus hoc idem sequimur*' a '*velut iure impositam servitutem videatur*', trascurando i dubbi espressi in tal senso dallo studioso torinese e soprattutto ignorando quanto egli affermava nelle successive p. 235 ss., qui richiamate); anche le perplessità di Giuseppe Grosso, tuttavia, si aggiungono a quanto già osservato in ordine alla ultroneità della frase '*ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur*' rispetto alla logica argomentativa del passo (cfr. anche *supra*, nt. 236), rendendo anzi più che sospetta altresì la stessa parte finale del § 23 ('*non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro munitemus: eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum*'), che rispetto ad essa non costituisce altro che il consequenziale svolgersi dell'equivoco in cui il compilatore postclassico incorse confondendo la *vetustas* quale metodo di prova delle normali servitù con la *vetustas* che, nel quadro dell'*actio aquae pluviae arcendae*, giustifica la presenza nel fondo superiore di *aggeres* volti a contenere il deflusso dell'acqua su quello inferiore.

²⁴¹) Come si è visto – *supra*, nt. 73 –, mentre Luigi Capogrossi Colognesi, pur considerando, almeno da un punto di vista sostanziale, nel suo complesso il passo classico, non entra in ogni caso nei suoi aspetti processuali (che anzi riquadra nel ripostare il brano), Vincenzo Mannino fonda la propria ricostruzione appunto sulle affermazioni di D. 39.3.1.23 circa l'*actio utilis*, ritenendola per di più genuinamente ulpiana in vista della corrispondenza che essa trova in D. 8.1.5.10 pr. (cfr. *supra*, nt. 57, 74 e 236).

²⁴²) Si veda in breve, anche in riferimento all'età postclassica, SCHULZ, *I principii*, cit. [nt. 233], p. 36 s.

²⁴³) In realtà, tale impostazione dell'acquisto attraverso il *diuturnus usus* e la *longa consuetudo* appare, più esattamente, una sorta di compromesso tra la vera e propria usucapione ed un «possesso» della servitù di cui non interessa più il momento iniziale (anche se non è necessario che a memoria d'uomo nessuno ricordi più della sussistenza di una precedente situazione diversa, come avveniva nell'immemorabile), risultando verosimilmente sufficiente il fatto che da lungo tempo la servitù sia esercitata, come sottolineano sia D. 39.3.1.23 che D. 8.5.10.pr.-1, *non vi non clam non precario*, ossia in maniera non viziosa: un'impostazione in cui per un verso si manifesta la nota tendenza postclassica a tutelare prudenzialmente lo stato di fatto esistente, purché rispondente a taluni requisiti minimi che lo facciano presumere – cd. *iusta possessio* – conforme alla situazione di diritto (cfr. *supra*, nt. 61, ed *infra*, nt. 244, 271 e 295), ma che d'altra parte, più in generale, si inquadra con una pressoché assoluta valenza sanante del fattore temporale che nella mentalità popolare doveva ampiamente travalicare i ristretti limiti della *bona fides* e della *iusta causa* (nonché della idoneità della *res*) con cui il diritto ufficiale arginava le esplicazioni della *usucapio* in senso proprio (cfr. *supra*, nt. 72, e soprattutto *infra*, nt. 254 e 290): si veda tra l'altro VACCA, '*Usucapione*', cit. [nt. 217], p. 114 ss.

del tutto al di fuori di quella situazione esistente a memoria d'uomo che è alla base della *vetustas*: ed in effetti, mentre in quest'ultima il sorgere dello stato di fatto è per definizione non più accertabile (poiché, se lo fosse, verrebbe ovviamente meno il requisito stesso dell'immemoriale), qui si parla di una positiva valutazione del carattere '*non vi non clam non precario*' dell'*usus servitutis*, e quindi di un lasso temporale limitato del quale, per accertarne la qualità *recta* e non *vitiosa*, è possibile prendere in considerazione il momento iniziale²⁴⁴, così come nella normale usucapione (annuale, biennale o pluridecennale che sia) si può senza problema valutare la sussistenza di vari requisiti (*bona fides* e *titulus*) appunto in vista dell'atteggiarsi del suo sorgere²⁴⁵.

Questo avvicinarsi sia pur in maniera alquanto confusa delle prospettive di D. 39.3.1.23, attraverso il riferimento a *diuturnus usus e longa consuetudo*, piuttosto all'usucapione vera e propria che alla *vetustas* in senso tecnico – presentandosi la costruzione del passo in uno stretto nesso argomentativo con l'esercizio '*neque vi neque precario neque clam*', che come ovvio era classicamente quello richiesto per esperire vittoriosamente la tutela interdittale – sembra così fattore tale da suggerire che l'*actio in rem utilis* qui adombrata risalga piuttosto, nelle sue eventuali radici classiche, proprio a spunti relativi all'interdetto che tutelava l'*usus servitutis*, ossia quella situazione di fatto *sine vitio* relativa ad un determinato lasso temporale che propriamente aveva riguardato il ricorso alla procedura decretale, e che ora, attraverso una estensione diacronica dei suoi presupposti (da '*hoc anno*' ad un *diuturnus usus* o *longa consuetudo*) risulterebbe venire riadattata operando in un contesto che è ormai quello dell'*actio* – sia pur verosimilmente certo non più formulare – e con funzioni acquisitive del diritto²⁴⁶.

Che qui si abbia in mente un consolidato uso interdittale che viene trasformato in titolo (e quindi qualcosa che in ogni caso ha ben poco a che fare tanto con l'*usucapio* classica, regolata da precisi requisiti, quanto con la *vetustas* nel suo senso proprio di «immemoriale»), sembra in effetti implicato non solo dalla precisazione '*neque vi neque precario neque clam*', per quanto riguarda il diritto classico di chiaro contesto interdittale, ma soprattutto dalla chiusa ('*eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum*'), che sembra far dipendere la tutela decretale non tanto dall'esi-

²⁴⁴) Sui generali rapporti tra *iusta possessio* e possesso '*non vi non clam non precario*' e su come nell'ambito postclassico della *longi temporis praescriptio* si tenda a considerare – in una prospettiva alquanto lontana dall'articolata elaborazione della giurisprudenza classica in tema di *iusta causa usucapionis* nei suoi rapporti con la *bona fides* – una *possessio* non viziosa in cui, empiricamente e in maniera alquanto oscillante e generica, può rilevare di volta in volta l'assenza di mala fede o anche la presenza di una *iusta causa*, ma senza che tali fattori divengano requisiti in senso proprio del fenomeno prescrittivo, risultando anzi nozioni in sé fuorvianti in relazione a tale contesto giuridico, si vedano VACCA, *op. ult. cit.*, p. 114 s., e NORR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 79 ss. (su come anche il requisito della *res habilis* risulti talora superato e forse si ammetta la *longi temporis praescriptio* in ordine alle *res furtivae*, cfr. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, cit. [nt. 216], p. 185 ss. e nt. 231). Non è qui purtroppo possibile addentrarsi nel problema del requisito del *iustum initium* (**dika.a a.t.a**) su cui risulterebbe fondarsi in linea di massima la *longi temporis praescriptio* (cfr. SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 270, 349 e 364 s.) né soffermarsi sulle discussioni relative alla natura di tale nozione, che secondo una dottrina alquanto diffusa ricomprenderebbe la *bona fides* (si veda soprattutto KASER, *Das römische Privatrecht*, cit. [nt. 1], I, p. 397 s., nonché in generale p. 387 ss.: cfr. in generale VACCA, *op. ult. cit.*, p. 1013 s.), ma che secondo altri si limiterebbe alla *iusta causa* (cfr. PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 60], in particolare p. 7 ss. e 19 ss., nonché, dubitativamente, AMELOTI, *op. ult. cit.*, p. 186 e nt. 236), mentre BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], I, p. 287, riteneva che in origine il *iustum initium*, visto come alternativo alla *iusta causa*, si concretasse in un semplice possesso *nec vi nec clam nec precario*, essendo dubbio anche che occorresse la buona fede (si vedano in ogni caso le critiche di NORR, *op. ult. cit.*, p. 85 ss., con ulteriore bibliografia). D'altra parte, in relazione alle servitù, è da tenere che, essendo ormai generalizzata la *patientia* quale modo di costituzione, il fatto che il rapporto fondiario fosse iniziato '*sciente domino*' e quindi '*nec vi nec clam nec precario*' (come sottolineato in D. 8.5.10.pr. e in D. 39.3.1.23) concretava di per sé un '*iustum initium*' ed equivaleva dunque ad una *iusta causa*.

²⁴⁵) Come si è visto, tale contraddizione costituisce l'ineludibile nodo interpretativo del passo, che invano certa dottrina ha cercato di superare considerandola iniferente (cfr. *supra*, nt. 73). Si noti come del resto, in altri ambiti giuridici, non è impossibile che la presunzione fornita dall'immemoriale venga per così dire quantificata in un preciso periodo di tempo, per cui si finisce con il considerare quale tempo eccedente la memoria umana quello che superi tre generazioni (ossia il secolo) o almeno due (in un termine quindi grosso modo ottuagenale), come in effetti avviene nel diritto comune (cfr. in breve E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Milano, 1964, p. 190): ma si tratta ovviamente di visuali ancora una volta piuttosto difficili da riferire al diritto romano classico.

²⁴⁶) Cfr. tra l'altro H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], in particolare p. 62 ss.

stenza di un *usus servitutis* attuato '*hoc anno*' e '*sine vitio*', quanto dalla circostanza che, attraverso tale modo di acquisto rappresentato dalla *longa consuetudo*, si consegue la titolarità di una «*servitus velut iure imposita*» che, come tale, viene tutelata dall'ordinamento attraverso un'*actio* e un interdetto: il quale, stando alla lettera dell'attuale stesura del passo, verrebbe così a dipendere dal riconoscimento del diritto della *quasi servitus* e non piuttosto, com'era classicamente, dal mero elemento fattuale costituito dall'esercizio (annuale)²⁴⁷.

Più in generale, è infine da notare come il riferimento alla *longa consuetudo* e al *diuturnus usus*, se nella sua indeterminatezza può far pensare di primo acchito alla *vetustas* classica, in un contesto postclassico appare più latamente da porre in connessione, come si vedrà tra breve, alla tendenza propria di tale periodo di subordinare la tutela processuale, in determinate situazioni, ad un consolidato esercizio del diritto tale da creare una apparente legittimità e da far quindi presupporre la sua

²⁴⁷ Al di là delle perplessità destate dalla congiunzione '*vel*' che collega *actio utilis* e *interdictum*, cfr. *supra*, nt. 72 s. e 75, le critiche mosse al passo in particolare da Siro Solazzi e da Manlio Sargentini; ed anche ad essere più possibilisti su tale misterioso (cfr. tra l'altro *supra*, nt. 77) e non identificato interdetto (come vorrebbe Biondo Biondi), e lasciando quindi da parte le incongruità di fondo che come si è visto – *supra*, in particolare § 2 e nt. 72 ss. nonché nt. 236 ss. – risultano dimostrare il carattere interpolatorio dell'intera parte finale di D. 39.3.1.23, tale interdetto (privato) «*de aggere muniendo*» ('*non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus: eritque ista quasi servitus, in quam <in> rem utilem actionem habemus vel interdictum*'), pur potendo sembrare per qualche verso modellarsi sugli interdetti *de rivis* e *de fonte reficiendo* (ma il parallelo sarebbe improprio), sembra in ogni caso di difficile configurabilità se si vuole collegarlo direttamente alla '*quasi servitus*' descritta dal passo. Relativamente più agevole, semmai, riconnettersi al generale interdetto (pubblico) *de ripa munienda*, concesso a tutela di colui che compia opere di consolidamento delle rive del fiume, purché non ne comprometta la navigabilità e presti adeguata garanzia per gli eventuali danni ('*quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circum ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato satisfatum est aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato satisfatur, vim fieri veto*': cfr. A. BISCARDI, '*Interdictum de ripa munienda*', in «*NNDI*», VIII, Torino, 1962, p. 802 ss., e J.M. ALBUQUERQUE, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público. Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, Madrid, 2002, p. 42 s. e nt. 25), secondo una impostazione che, già a partire da Biagio Brugi (*Di una controversia intorno agli argini dei fiumi nell'età romana*, cit. [nt. 71] p. 409 ss. e specificamente p. 418) rintracciava anche in D. 39.3.1.23 una riprova del fatto che lo stato romano demandava altresì ai privati la manutenzione degli argini dei fiumi: si veda in tal senso, di recente, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003, p. 211 nt. 37, p. 228 s. e nt. 119 e p. 269 s., che a proposito dell'interdetto *de ripa munienda* richiama più volte al passo in questione, sia pure in maniera superficiale ed imprecisa, e soprattutto senza preoccuparsi di comprendere esegeticamente i problemi da esso presentati (si veda in particolare, a p. 269, il curioso riferimento ad un *agger* utilizzato – «in ambiente agrario» – non in modo viziato, secondo una delle *clausulae vitii* tipiche del possesso viziato», in un onnubilamento che non riesce neppure a rendersi conto che, semmai, la *clausula vitii* riguarderebbe qui l'*usus* pregresso che porta all'acquisto della '*quasi servitus*', e non certo l'attuale impiego dell'*agger* in quanto tale). In ogni caso, se l'interdetto cui vorrebbe alludere la chiusa di D. 39.3.1.23 fosse quello *de ripa munienda*, il senso dell'intera motivazione recata dal passo come *ratio* della tutela interdittale di tale '*quasi servitus*' verrebbe del tutto meno, in quanto l'interdetto è un interdetto pubblico concesso per un interesse pubblico che non avrebbe quindi nulla a che vedere né con la motivazione '*non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus*' né, soprattutto, con il rapporto acquistato mediante la *vetustas*, e costituirebbe per tal verso una forma di tutela generale e preesistente in cui la titolarità della '*quasi servitus*' non rileverebbe affatto (mentre del resto risulterebbe curioso altresì il riferimento del passo all'*uso nec vi nec clam nec precario* di fronte ad una tutela interdittale che qui non contemplerebbe per nulla nella sua formula – cosa ovvia in vista della sua struttura e dei suoi fini – la *clausula vitii*): in realtà l'estensore dell'attuale versione di D. 39.3.1.23 aveva piuttosto in mente una normale servitù di diritto privato, sia pur «sorta» attraverso l'uso immemorabile, e quindi uno dei normali interdetti privati che tutelano tali *iura in re aliena*, e soltanto il contesto lo porta a riallacciarsi agli *aggeres* del § 22 ('*denique ait condicionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut, quibus agris magna sint flumina, liceat mihi, scilicet in agro tuo, aggeres vel fossas habere*') e a recare tale balorda motivazione (cfr. *supra*, nt. 240). Per tal verso, se anzi si considera come tutto il § 23 oscilli tra la *natura agri* che porta a considerare come un '*servire natura*' il deflusso delle acque dal fondo superiore a quello inferiore e la *lex agri* e la *vetustas* che invece legittimano il mutamento di tale assetto idrografico, definendo quindi '*quasi servitus*' quello che è l'esatto contrario del concetto di '*natura servire*' (cfr. *supra*, nt. 240), non appare impossibile pensare ad una duplice interpolazione, in cui, in una chiusa già di per sé non ulpiana, si inserisce poi la glossa relativa alla motivazione equitativa di tale rapporto di servitù ('*... si tamen lex non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, [ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur. {non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus}: eritque ista quasi servitus, in quam <in> rem utilem actionem habemus vel interdictum*').

titolarità da parte dell'agente: sotto tale aspetto, anzi, l'indeterminatezza del lasso temporale necessario per ottenere tutela da parte dell'ordinamento (e quindi per conseguire una pronuncia favorevole che di fatto sanciva l'esistenza del diritto in base a tale prolungato *usus sine vitio*, confondendosi per vari versi questo, nel caso, con una usucapione di fatto) è elemento che nelle concezioni del tardo impero sembra non essere inconciliabile con una visione del fenomeno in latini termini di usucapione, e corrisponde in particolare ad una tendenza pragmatica – senza voler parlare *tout court* di «empirismo della decadenza»²⁴⁸ – a lasciare alla discrezionalità del giudice la valutazione della sufficienza del requisito temporale. Così, ad esempio, in D. 43.19.1.2 (Ulp. 70 *ad ed.*), in luogo della sufficienza di un singolo atto di esercizio '*hoc anno*' propria del diritto classico in relazione alla servitù di passaggio, si trova un contraddittorio riferimento ad un *modicum tempus*, subito quantificato in un '*id est non minus quam triginta diebus*'²⁴⁹: dove verosimilmente la genericità del *modicum tempus* risale alle prospettive postclassiche, in parte corrette dai giustinianeî nella giustapposizione del più preciso requisito minimo di trenta atti o giorni (il punto rimane non del tutto chiaro) di esercizio²⁵⁰; non molto diversamente – mentre per il diritto classico la *refectio* della servitù di passaggio risulta nell'interdetto, sempre legato all'esistenza di un solo atto di esercizio '*hoc anno*', subordinata dalla clausola '*ut tibi ius esset*' alle previsioni in tal senso dell'atto costitutivo, che possono limitare o escludere lo *ius reficiendi* del titolare²⁵¹ – in D. 43.19.5.3 la possibilità di procedere alla *refectio* verrà estesa interpolatoriamente a chiunque possa vantare una analoga *longa possessio* della servitù ('*si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest*')²⁵².

Per converso, se può forse apparire strana tale tendenza del tardo impero a sovrapporre aspetti processuali ed aspetti sostanziali e a confondere gli aspetti probatori di una *vetustas* immemorabile con la valenza acquisitiva di una *usucapio* legata ad più o meno breve lasso diacronico di cui è

²⁴⁸) Si veda E. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, I, Milano, 1935, p. 107 ss. Tale nozione viene in ogni caso introdotta dall'autore in relazione ai criteri equitativi di tipo quantitativo cui i postclassici ricorrono in relazione alla compravendita, come la rescissione per lesione enorme (che però si estende alla transazione e alla divisione) o l'obbligo del venditore, nelle obbligazioni generiche, di dare una cosa *mediae qualitatis*, ma riguarda un più vasto ambito di ipotesi, come ad esempio la regola per cui l'usufruttuario ha diritto di percepire frutti nei limiti dei propri bisogni familiari (di Emilio Albertario si veda altresì *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne* [1922], in *Scritti*, V, cit. [nt. 1], p. 293 ss.): per un uso più generale di tale nozione si veda del resto ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, cit. [nt. 24], 347 s., che lo indica come «un criterio pratico, che per le numerosissime applicazioni merita di essere inserito tra i fattori generali di sviluppo» del diritto romano tardoantico (cfr. tra l'altro G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano* [1943], in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, p. 1779 ss. e in particolare p. 1852 s.).

²⁴⁹) D. 43.19.1.2 (Ulp. 70 *ad ed.*): sull'interpolazione del passo (cfr. *supra*, nt. 123: si vedano in particolare SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 9], p. 54 ss., G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 300, e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 305 e nt. 6, che richiama appunto a tale proposito la nozione di «empirismo della decadenza») cfr. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], p. 330 nt. 77, con ulteriori riferimenti (cui si aggiunga FABI, *La protezione interdittale*, cit. [nt. 56], p. 129 ss.), e – contro i recenti tentativi di Luigi Capogrossi Colognesi di negare l'interpolazione del passo (*Uti hoc anno aquam duxisti*, cit. [nt. 123], p. 138 ss.) – ID., *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali*, cit. [nt. 60], p. 496 ss.

²⁵⁰) Cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 16 (Luigi Capogrossi Colognesi – *op. ult. cit.*, p. 47 – parla di «almeno trenta giorni di attività», ma il '*modicum tempus*' potrebbe pur far pensare ad un periodo continuativo: si vedano in FABI, *La protezione interdittale*, cit. [nt. 56], p. 130, le diverse interpretazioni che tale riferimento temporale ha ricevuto nella dottrina più antica). Sulla discrezionalità del giudice (cfr. in breve, per quanto riguarda le stesse sanzioni penali, B. SANTALUCIA, *Pena criminale* [1982], in *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, p. 241 s.) che caratterizza il tardo principato e per molti versi l'età postclassica, anche se già Costantino inizia a reagirvi, si veda dal punto di vista che qui interessa SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], specie p. 46 ss. Il Cuiacio (*In Digesta seu Pandectas Notae, ad D. 43.19.1.2*, in *Opera*, cit. [nt. 17], II, c. 645) spiega che il periodo di trenta giorni costituisce la abituale quantificazione giustiniana del modico tempo, richiamando qui a proposito del '*modicum tempus*' l'analogo termine recato da *Nov. 17.6* (¶n cr0n, summstr, ka' oUx Uperba.nonti triEkonta proqesm'an 'meri n: '*in tempore mediocri et non transcendente triginta dierum indutias*' [Schöll & Kroll]), ossia '*in tempus congruum et quod non excedat triginta dierum spatium*' [Auth.]; si veda anche ID., *De diversis temporum praescriptionibus et terminis*, 10 (ivi, VIII, c. 1181): '*id tempus Justinianus dicit esse modicum*'.

²⁵¹) Cfr. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit. [nt. 18], p. 643 ss.

²⁵²) Sul passo si veda *infra*, § 12 e nt. 308, § 16 nonché nt. 408.

viceversa proprio il momento iniziale a rilevare risolutivamente, è da notare come già in età classica la mentalità giuridica popolare fosse già portata a guardare indistintamente ai due fenomeni, unificati in una prospettiva empirica da una generale valenza sanante del fattore temporale: così, ad esempio, quando Domiziano mise fine alla situazione di incertezza creata dall'occupazione abusiva dei *subseciva* (porzioni di terreno escluse dalla centuriazione e come tali *res publicae* inusucapibili), forse si trattò propriamente, come notano gli agrimensori, di una donazione di tali terre (di proprietà statale) ai *possessores*, ma la prospettazione comune del fenomeno – che muoveva dalla considerazione della disponibilità immemoriale di tali terre in termini di una sorta di '*quasi hereditarium ius*'²⁵³, incardinando quindi le pur arbitrarie pretese dei *possessores* alla *vetustas* della situazione di fatto esistente – tese ad interpretare l'atto imperiale (con significativa incongruità da un punto di vista propriamente giuridico) come il riconoscimento di una vera e propria usucapione di tali terreni²⁵⁴ (ed in

²⁵³ Si veda, in relazione alle conseguenze della riforma graccana, la frase '*... relictas sibi a maioribus sede aetate quasi iure possidebant ...*' in Flor., *epit.* 2.1[3.13].7; cfr. App., *bell. civ.* 1.10.38-42 e in particolare 39: l'espressione '*quasi hereditarium ius*' è recata da BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, cit. [nt. 70], p. 265 ss. e specificamente p. 280 e nt. 10, che richiama a riprova dell'accoglimento altresì normativo di tale diffuso sentimento di legittimità del possesso i reiterati richiami alla *vetus possessio* recati da *lex agr.* 2, 13, 16, 17 e 21 («FIRA.», I² – ed. S. Riccobono – Firenze, 1968, n. 8, p. 102 ss.): cfr. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, cit. [nt. 192], p. 26 ss. e 49 ss., e P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita*, cit. [nt. 89], p. 72 ss. e in particolare p. 87 ss. e 111 s. Su come in ogni caso anche nel diritto italiano vigente si possano presentare analoghi problemi di usucapibilità dei beni pubblici, specie per quanto riguarda la categoria, intermedia tra i beni demaniali e quelli disponibili, costituita appunto dai beni patrimoniali indisponibili, si veda R. CATERINA, *Impium praesidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001, p. 223 ss.

²⁵⁴ In effetti, mentre alla mentalità giuridica sembra difficile, come è stato osservato, comprendere la pressoché risolutiva efficacia legittimante che il trascorrere del tempo risulta avere nella prospettazione comune (cfr. in generale SAVIGNY, *Sistema*, cit. [nt. 72], IV, p. 555 ss. e in particolare p. 556 s. e 563 s., BURCKHARDT, *De aqua et aquae pluviae arcendae*, cit. [nt. 71], p. 271 ss., BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, cit. [nt. 70], p. 279, e *Scopo e forme della servitù aquaeductus*, cit. [nt. 71], p. 201 ss., SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, cit. [nt. 70], p. 87 ss., SCHUPFER, '*Ab immemoriali*', cit. [nt. 116], in particolare p. 46 e 47 – che sottolinea preliminarmente come l'istituto non presenti «una configurazione netta e precisa» –, VISMARA, '*Immemoriale*', cit. [nt. 116], p. 157 s. e 158 s., e F. FABBRINI, '*Usucapione [diritto romano]*', in «NNDI.», XX, Torino, 1975, p. 281 s. e 289 s.), e tale fenomeno diacronico viene d'altra parte per lo più percepito in una prospettiva sistematica in base alle diverse sussunzioni – in particolare, sostanziali o probatorie – secondo cui vengono inquadrati i suoi effetti giuridici (e quindi anche la *vetustas* è vista non quale elemento sanante, ma piuttosto come presunzione di conformità a un titolo – e in particolare alla *lex agr* o, nel caso delle servitù, a un atto costitutivo –, di cui si presenta come sorta di «surrogato» e di «residuo» tangibile: cfr. SAVIGNY, *op. ult. cit.*, IV, p. 563 s., BRUGI, *Le dottrine*, cit., *passim* e in particolare p. 263 s., e SARGENTI, *op. ult. cit.*, p. 87 s.), nella pratica quotidiana il perdurare inalterato di una determinata situazione di fatto appare di per sé acquistare una valenza legittimante (si veda BRUGI, *op. ult. cit.*, *passim* e soprattutto p. 124 ss. e 279 s., e – in termini più cauti – SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*, cit. [nt. 70], p. 109 s. e nt. 124 ss.), specie in vista del sovrapporsi, alla prospettazione giuridica di tale stato di fatto, di ulteriori fattori *latu sensu* economici e sociali (cfr. altresì, in una prospettiva moderna e comparatistica, CATERINA, *Impium praesidium*, cit. [nt. 253], p. 28 ss.) che tendono a fare in ogni caso superare il rigore della norma di diritto (sul ruolo del fattore temporale nell'ordinamento giuridico, si vedano tra l'altro YARON, *Reflections on «usucapio»*, cit. [nt. 64], p. 195 ss., e M. LAURIA, *... usus auctoritas fundi biennium est ...*, in «De Iustitia et Iure», cit. [nt. 108], p. 280 ss.: cfr. altresì FABBRINI, *op. cit.*, p. 281 s.; né è qui il caso di addentrarsi nei più generali e vasti problemi che collegano tale aspetto alle ragioni di fondo della tutela del possesso: cfr. in breve la letteratura richiamata da CANNATA, '*Possessio*' '*possessor*' '*possidere*' *nelle fonti giuridiche del basso impero*, cit. [nt. 6], p. 29 ss., e tra l'altro da A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit. [nt. 137], p. 526 s., § 43.1 e nt. *ad h.l.*). Se in tale prospettiva si esamina ad esempio il valore che la *vetustas* assume riguardo alla *possessio* di terreni pubblici (sull'origine della nozione romana di '*possessio*', nei suoi primordi forse rimasta estranea allo stesso *ius Quiritium*, e regolata più che altro dai *mores maiorum*, e sugli sviluppi dell'istituto in età tardorepubblicana e classica, è qui sufficiente rinviare in generale a CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 9 s., e a LAURIA, *Possessiones*, cit. [nt. 1], p. 56 ss.: cfr. in ogni caso, oltre a ZUCCOTTI, *I glittodonti del diritto romano*, cit. [nt. 31], p. 412 ss., L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. [nt. 64], I, p. 349 ss. e soprattutto p. 371 ss. e 396 ss., e – sulle varie forme di *possessiones* – ID., *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi*, I [*Età arcaica*], Roma, s.d. [1981], in particolare p. 3 ss. e 47 ss.), è infatti facile notare come tale figura socio-giuridica – a lungo arma dei *possessores* contro le pur legittime rivendicazioni dello Stato circa le occupazioni abusive dei terreni pubblici – fosse comunemente percepita, come si è accennato, come una sorta di '*quasi hereditarium ius*', tale da giustificare in concreto l'idea che tali terreni in realtà non costituissero più suolo pubblico (cfr. in particolare Front., *contr. agr.* 1 [L. 53,16-54,14]): sul carattere «non stabilizzato» di tale figura cfr. NORR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 57 ss. Si veda in generale BRUGI, *Le dottrine*, cit., p. 265 ss. e, sui *subseciva*, p. 276 ss.: questi ultimi erano porzioni liminali di terreno correnti in margine, o

anche *in mediis centuriis*, al territorio oggetto di *adsignatio*, che non erano state attribuite in proprietà privata e risultavano quindi ancora suolo pubblico (sul valore giuridico dell'*adsignatio*, cfr. *ivi*, p. 252 ss.: si veda anche ID., *Studi sulla dottrina romana della proprietà*, I. *La occupazione abusiva del suolo pubblico*, in «AG.», XLII, 1889, p. 293 ss.), da porre dunque sullo stesso piano delle *vacuae centuriarum* (cfr. Front., *contr. agr.* 1 [L. p. 8,1 ss. e 22,2-6], e Sic. Fl., *cond. agr.* [L. p. 163,5-12]). Anche se talvolta di non trascurabile estensione (cfr. Hyg., *lim const.* [L. p. 171,12 s.] e persino riservati a nuove assegnazioni (cfr. *ivi* [L. p. 202,5-10]: si veda BRUGI, *Le dottrine*, cit., p. 256 s., e *La occupazione abusiva*, cit., p. 296 s.), i *subseciva* (che talvolta potevano altresì essere oggetto di autonome concessioni: cfr. ad esempio, in relazione alla *lex Manciana*, di età incerta e relativa all'Africa, P. ROMANELLI, *Le condizioni giuridiche del suolo in Africa*, in «Atti del Convegno Internazionale sul tema: I diritti locali nelle province romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo [Roma, 26-28.10.1971]», Roma, 1974, p. 194) risultavano per lo più da tempo occupati e coltivati dagli 'attigui' o 'proximi' *possessores* (cfr. Front., *contr. agr.* 2 [L. p. 53,22 ss., e per i 'loca vacua', p. 56,9 s.]), decisi a mantenere la propria usurpazione tentando altresì in qualche modo di giustificarla da un punto di vista giuridico invocando la *vetustas* della situazione di fatto: ovviamente, l'antigiuridicità di simili occupazioni viene qui data per scontata da un punto di vista soltanto storico, data la notorietà di tali abusi attestati dalle fonti, ma da un punto di vista propriamente giuridico (per la inusucapibilità del *limes* sin dalle XII Tavole – VII.4 – si veda in breve, anche in relazione alle trasformazioni storiche del concetto di '*res habilis*', C. LONGO, *Le cose*, cit. [nt. 62], p. 178 ss.), di fronte alla risalenza dello stato di fatto esistente, risultava il più delle volte alquanto difficile dimostrare l'illegittimità di tale possesso. Si tratta cioè di una prospettazione certo più sociale che giuridica (cfr. tra l'altro L. GERNET, *Le temps dans les formes archaïques du droit* [1956], in *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, 1968, rist. 1982, p. 121 ss. e in particolare p. 152 ss.), la quale, tuttavia, trova un suo puntuale fondamento logico se solo la si considera, al di là dell'astratto punto di vista della dogmatica giuridica, in una prospettiva concretamente probatoria, ove la «*auctoritas*» della *vetustas* si contrappone e può efficacemente contrastare, nel suo immediato corrispondere alla situazione di fatto instaurata, una pretesa statale che, tanto chiara e netta nei suoi presupposti teorici, in pratica poteva soltanto fondarsi sul dubbio valore di vecchi mappali che assegnano al dominio pubblico i terreni in questione: e questo nonostante lo Stato cercasse di rivendicare i *subseciva* per rivenderli o affittarli allo stesso occupante ovvero a terzi (cfr. Front., *contr. agr.* 2 [L. p. 52,7 s. e p. 54,1 s. e 6 s.]: si veda BRUGI, *Le dottrine*, cit., p. 276, 278 s., e 280 s.), cosa che risultava alquanto difficile, pur nei reiterati tentativi in tal senso (cfr. *ivi*, p. 281) avvenuti sotto Tito e Domiziano, poiché in Italia i confini dei fondi discrepavano ormai dai mappali (su questi ultimi si veda BRUGI, *op. ult. cit.*, p. 148 ss. e in particolare p. 152 s., p. 210 ss., 256 ss. e 281, e *La occupazione abusiva*, cit., p. 300 s.: cfr. in generale O.A.W. DILKE, *The Roman Land Surveyors*, 1971, trad. it. – *Gli agrimensori di Roma antica. Teoria e pratica della divisione e dell'organizzazione del territorio nel mondo antico* –, Bologna, 1979, p. 53 ss., e G. BROGGINI, '*Regolamento di confini [diritto romano]*', in «NNDI.», XV, Torino, 1968, p. 253 s.), in una discordanza ove la situazione di fatto risultava ormai sempre più legittimata da una '*longa possessio*' contro cui poco valeva, in assenza di veridiche mappe (cfr. BRUGI, *op. ult. cit.*, p. 210 ss. e 281, e, sulla rinuncia di Vespasiano a rivendicare i *subseciva* per evitare problemi peggiori, *La occupazione abusiva*, cit., 301), il riscontro del '*liber subsecivorum*' (cfr. *ivi*, p. 256 s. e 277 s.). Nell'incertezza derivantene circa l'effettiva situazione di diritto, diveniva inevitabile che la *vetustas*, pur nella sua valenza che rimane esclusivamente probatoria sul piano strettamente giuridico, finisse con il confondersi e il sovrapporsi al valore costitutivo dell'usucapione in senso proprio, specie in vista dei dubbi che circondavano la condizione giuridica delle situazioni di fatto da sussumere secondo i casi nell'una o nell'altra figura giuridica (e, come si vedrà meglio tra breve – nt. 256 –, non sembra solida la opposizione a tale visuale di Manlio Sargenti – *L. actio*, cit., p. 89 – secondo cui, in particolare in Frontino, «lo stato di fatto, che è costituito e caratterizzato da un'abusiva occupazione, resta sempre tale, malgrado il *longum tempus*; e Cicerone nettamente contrappone lo stato di fatto al *ius*» – in riferimento, oltre che a *leg. agr.* 2.21.57, a *Lael.* 19.68: '*... vetustas tamen suo loco conservanda: maxima est enim vis vetustatis et consuetudinis ...*' –, citando a conforto di tale interpretazione – *ivi*, nt. 2 – BRUGI, *Le dottrine*, cit., p. 279, la cui ricostruzione, tuttavia, come si è visto e si vedrà meglio tra breve risulta invece alquanto distante dalle falsarighe interpretative seguite da Manlio Sargenti). Nei *gramatici* (cfr. BRUGI, *La occupazione abusiva*, cit., p. 298 ss.), a proposito delle usurpazioni di terreni pubblici da parte dei *possessores*, si parla così di '*commalleare*' e di '*obtinere*' (cfr. in breve, sv. '*commalleo*' e sv. '*obtimeo*', «Oxford Latin Dictionary», Oxford, 1968-1980, rispettivamente II, p. 361 – «to weld on, attach», in riferimento ad Ag. Urb., *contr. agr.* [L. p. 81,19], corrispondente al passo di Frontino citato poco oltre –, e V, p. 1228, in particolare *sub* 6 e 7), rinviando cioè a un concetto di «appropriazione» che in una prospettiva giuridica appare immediatamente richiamare l'istituto dell'usucapione (cfr. Front., *contr. agr.* 2 [L. p. 53,22-24]: '*... per longum enim tempus attigui possessores vacantia loca quasi invitante otiosi soli opportunitate invaserunt, et per longum tempus impune commalleaverunt ...*'). Per tal verso, se si considera, oltre alla inusucapibilità dei beni demaniali (cfr. in breve FABBRINI, *op. cit.*, p. 285), il piano ricorso delle fonti alla nozione di «immemorabile» ('*longum tempus*', '*interventus longe oblivionis*': cfr. BRUGI, *Le dottrine*, cit., p. 279 ss.), non è difficile accertare come in realtà le pretese in questione dovessero fondarsi, da un punto di vista giuridico, sui principi della *vetustas*, pur percepiti dalla mentalità comune in stretta connessione (se non sovrapposizione) con la figura dell'*usus* acquisitivo (come mostra in particolare Suet., *Dom.* 9.3: '*ut usu capta concessit*') la cui potenzialità usurpativa si concretizzava, nella realtà processuale, nell'impossibilità di provare efficacemente la contrarietà della situazione di fatto alla situazione di diritto: come nota Frontino (*contr. agr.* 2 [L. p. 57, 6-8]), '*... haec plerumque interventu longae oblivionis casu a privatis obtinentur, quamquam in tabulariis forme eorum plurimae exstent ...*' (cfr. tra l'altro SARGENTI, *op. ult. cit.*, p. 88). Né risulta del resto difficile rinvenire ulteriori e puntuali conferme di tale confondersi dei due

concreti. In particolare, quando le occupazioni abusive dei *subseciva* furono alla fine legittimate, come si è accennato, da Domiziano (si veda Suet., *Dom.* 9.3: '*subseciva, quae divisis per veteranos agris carptim superfuerunt, veteribus possessoribus ut usu capta concessit*': cfr. BRUGI, *Le dottrine*, cit., p. 281 s., e – sul ricorso da parte di Svetonio all'espressione '*veteres possessores*' – nt. 29, nonché NORR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 57 ss.), ponendo così fine a una situazione di incertezza fortemente temuta dai *possessores* (Front., *contr. agr.* 2 [L. 54,1-13]: '*... ad hoc beneficium procurrit et uno edicto totius Italiae metum liberavit ...*': cfr. Hyg., *gen. contr.* [L. 133,9-16]), ecco che a proposito di tale editto (su cui si veda G. HAENEL, *Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Justinianum latarum, quae extra constitutionum Codices supersunt*, Leipzig, 1857, rist. Aalen, 1965, p. 62. b, e, in ordine ai ricordati provvedimenti di Vespasiano e Tito, p. 61. a e 62. a) gli agrimensori parlarono, in maniera giuridicamente più tecnica, di «donazione» dei *subseciva* ai *possessores* (cfr. Hyg., *gen. contr.* [L. 133,12-14], e Sic. Fl., *cond. agr.* [L. 163,10-14]: cfr. altresì il termine '*beneficium*' in Front., *contr. agr.* 2 [L. 54,11 s.], e, su precedenti più limitate donazioni di beni pubblici, Suet., *Aug.* 32.2), ma nella prospettazione comune il fondamento di tale provvedimento apparve perlopiù, come i gromatici registrano, il *longum tempus* trascorso, cosicché l'acquisto della proprietà di tali appezzamenti venne visto come un'usucapione (si veda indicativamente la locuzione '*... ut usu capta ...*' in Suet., *Dom.* 9.3: cfr. BRUGI, *Le dottrine*, cit., p. 281 s., nonché SARGENTI, *L'actio*, cit., p. 87 ss., che tuttavia tende a non distinguere sufficientemente la prospettazione comune del fenomeno dalla sua sussunzione giuridica), tanto che gli eventuali *subseciva* rimasti liberi vennero considerati una sorta di *res nullius* come tale senza problema usucapibile (cfr. in particolare «Agrorum quae sit inspectio» [L. 284,4-7]: '*... [subseciva] ... quae cum velut communis iuris aut publici essent, possessionibus vicinis tunc Domitianus imp. profudit, [hoc est] ut eis lineis arcifinalem vel occupatoriam licentiam tribueret*'; si veda BRUGI, *Le dottrine*, cit., p. 282 s. e p. 421 s., e *La occupazione abusiva*, cit., p. 291 s.). E' del resto chiaro come tale processo si accordi con quelli che saranno i noti sviluppi postclassici dell'istituto della *vetustas*, che tende sempre più ad avvicinarsi e a confondersi, anche su di un piano propriamente giuridico, con la figura della *usucapio* (cfr. in generale GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 212 ss., e BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 277 ss.), secondo impostazioni che, in particolare, condurranno sovente a corruzioni in tal senso dei testi classici che trattano della *vetustas*, sempre più scopertamente considerata un modo di acquisto del diritto (cfr. in particolare *supra*, § 2, e *infra*, § 18). Infatti, se già i *gromatici*, pur difendendo i principii giuridici che differenziavano i due istituti, non potevano non prendere atto di tale diffusa concezione atecnica in cui nozioni quali '*longum tempus*' o '*interventus longae oblivionis*' venivano impiegate del tutto indifferentemente a situazioni ove in pratica *vetustas* e *usucapio* – e a maggior ragione *vetustas* e *longi temporis praescriptio* – tendevano a sovrapporsi (cfr. BRUGI, *Le dottrine*, cit., p. 279 s., e SARGENTI, *L'actio*, cit., p. 89 ss.), questa tendenza atecnica della prassi non poteva infatti che rafforzarsi e prendere il sopravvento in un'epoca di decadenza giurisprudenziale (si vedano in generale BISCARDI, *Orientamenti e tendenze*, cit. [nt. 6], p. 279 ss. e 286 ss., e *La nuova proprietà*, cit. [nt. 6], p. 279 ss., E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 2 ss. e *passim*, CANNATA, '*Possessio*' '*possessor*' '*possidere*', cit., p. 3 ss. e *passim* – cfr. M. BRENONE, *Volgarismo e proprietà postclassica*, in «Labeo», XI, 1965, p. 192 ss., specie p. 198 s., p. 200 s. e 202 s. –, ed ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit. [nt. 1], p. 149 ss.), mentre alla decadenza giurisprudenziale è da aggiungere la sempre più diffusa normalità di simili abusi (cfr. ad esempio Hyg., *cond. agr.* [L. p. 116,1 ss.]) nonché l'incertezza, nell'età postclassica, circa la situazione di diritto sottesa allo stato di fatto possessorio, fattore che già in epoca tardorepubblicana era stato causa di un più ampio riconoscimento della *vetustas* (cfr. altresì SITZIA, *Ricerche*, cit., p. 109 s.: si veda tra l'altro J. DE MALEFOSSE, *L'interdictum momentariae possessionis*, cit. [nt. 6], p. 15 ss. e *passim*), in un contesto culturale e giuridico in cui, soprattutto, le stesse classificazioni sostanziali delle situazioni riconducibili al possesso tendevano a confondersi e a strutturarsi secondo impostazioni alquanto lontane dal diritto classico (cfr. per tutti CANNATA, '*Possessio*', cit., p. 4 ss. e *passim*). Non è quindi un caso che queste linee di tendenza risulteranno anzi accentuarsi nel tardo impero (sulla pratica degli spossessamenti e la reazione legislativa imperiale, specie con Costantino, si vedano in generale SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 1 ss. e *passim*, ed A. CHASTAGNOL, *La préfecture urbaine à Rome sous le Bas-Empire*, Paris, 1960, p. 91 ss.), data l'inerzia dello Stato nel difendere i beni pubblici dalle usurpazioni dei privati (cfr. tra l'altro B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 302 ss., e, in relazione ai latifondi imperiali, SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 106 ss.), tanto che il fenomeno si estenderà anche ai *loca sacra* di *ius divinum*: cfr. BRUGI, *Le dottrine*, cit., p. 283, e – in riferimento a Front., *contr. agr.* 2 [L. 56,19-24]: '*... in Italia autem densitas possessorum multum improve facit et lucos sacros occupat, quorum solum indubitate populi Romani est, etiam si in finibus coloniarum aut municipiorum. de his solet quaestio non exigua moveri inter rem publicam et privatos ...*' – G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose (parte prima)*, Milano, 1945, p. 43 s., nonché, in relazione alla legislazione imperiale in materia (cfr. in particolare C.Th. 16.2.10 = C.I. 1.2.5 [Hon. Theod., a. 412]: '*... illius usurpationis contumelia depellanda est, ne praedia usibus caelestis secretorum dedicata sordidorum munera faece vexentur ...*'), p. 45 ss.: cfr. altresì C.I. 1.11.5 (Iid., a. 415), richiamata da BRUGI, *op. ult. cit.*, p. 283 nt. 33 (Gaetano Scherillo – come del resto vari altri studiosi: cfr., a proposito di Friedrich Karl von Savigny, BRUGI, *op. ult. cit.*, p. 279, p. 280 e nt. 28 e p. 421 s. – tende a circoscrivere tale fenomeno ad una illegale situazione di fatto repressa dall'ordinamento, senza soffermarsi a sufficienza sulle specifiche conseguenze di ordine propriamente giuridico che simili aspetti illeciti possono in pratica assumere, condizionando la normazione in materia e con il tempo anche la costruzione stessa degli istituti). Per un inquadramento di tale diffusa percezione popolare dei *subseciva* in un processo storico che dalla risalente visione delle concessioni di *ager publicus* in termini di lato diritto di natura reale alle sempre più massicce distribuzioni, specie nella penisola italiana, di territorio statale come *ager divisus adsignatus*, conduce ad una tenace percezione dei diritti e delle pretese sull'*ager publicus*, concesso ma altresì illegalmente occupato, come situazione di fatto, se non come diritto,

effetti non sembra, più in generale, ancora una volta da trascurare il fatto che tali fenomeni di travisamento dei requisiti temporali degli istituti, al di là della loro diffusione *ab antiquo* nella mentalità popolare, non riguardino certo il tecnicismo dei *prudentes* classici o in ogni caso epiclassici, bensì l'empiria interpretativa e costruttiva dei loro epigoni postclassici, mentre i giustinianeî risultano per vari versi ritornare ad una relativa maggiore chiarezza di architetture sistematiche)²⁵⁵.

Questa congerie di dubbi e l'inverosimiglianza di fondo di tale tipo di soluzioni costruttive per quanto riguarda il diritto classico risultano confermati ed aggravati se si ritorna a D. 8.5.10.pr.-1, facendosi anzi qui alquanto più evidente la possibilità della trasformazione, in un contesto processuale postclassico che già di per sé tende a confondere i due mezzi di tutela, di un interdetto in un'azione²⁵⁶.

ormai irrevocabile, favorita anche dalla circostanza che nelle provincie il titolare dell'*ager stipendiarius* o *tributarius* veniva sempre più assimilato al *dominus ex iure Quiritium*, mentre a sua volta l'*in bonis habere* pretorio si risolveva altresì nel tutelare situazioni di fatto a rigore contrarie al *ius civile* – che non a caso tenderanno in età giustiniana ad essere talora percepite in termini di *dominium* –, così da intaccare il paradigma della proprietà quiritaria, si veda in breve G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 237 ss. (sulla situazione delle cose inusucapibili in vista del loro carattere *lato sensu* pubblico nel diritto giustiniano cfr. in breve C. LONGO, *Le cose*, cit., p. 178 s.)

²⁵⁵ Cfr. *infra*, § 18. Sul più vasto ambito di applicazione della *vetustas* nel diritto romano e in particolare sull'applicazione dell'istituto agli *itinerata publica*, cfr. in particolare SCHUPFER, '*Ab immemoriali*', cit. [nt. 116], p. 46. A proposito dell'esempio recato nel testo, è da notare che mentre Biagio Brugi esamina separatamente gli effetti della *vetustas* relativi ai rapporti idrici tra fondi – visti nel contesto delle controversie relative alle '*condiciones agrorum*' – e le ulteriori implicazioni dell'istituto che giustificavano, nella mentalità comune ma non in una prospettiva giuridica, l'occupazione abusiva di suolo pubblico (cfr. *Le dottrine*, cit. [nt. 70], rispettivamente p. 124 ss. e p. 273 ss.), in maniera non del tutto coincidente SARGENTI, *L'actio*, cit. [nt. 70], p. 86 ss., tende a vedere nella *vetustas* una regola in base alla quale «non si può attaccare una situazione che da sempre è esistita a memoria d'uomo, anche se è dannosa, anche se non si può dimostrare che sia fondata, in origine, su un fatto lecito, appunto perché, in dipendenza della sua immemorialità, nessuno potrebbe dimostrare che l'origine sia viziosa o, al contrario, legittima» (p. 87), insistendo su come «la *vetustas*, che è presentata dalle fonti come surrogato della *lex agri*, agisce in realtà anche se la *lex agri* non è mai esistita» (p. 87 s.): aspetto che, se è comunemente ammesso dalla dottrina (cfr. CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà*, cit. [nt. 64], II, p. 527 s., e SITZIA, *Ricerche*, cit. [nt. 70], p. 105 ss.), tende tuttavia in tale impostazione – più sostanziale che probatoria e processuale – a venire visto non come intrinseca conseguenza di fatto dell'istituto, ma come elemento strutturale della figura dell'immemoriale in sé considerato, giungendo a parlare di una «efficacia per così dire anti-giuridica della *vetustas*» (p. 88: su come la situazione di fatto immemoriale, appunto in quanto implicante la perdita di ogni memoria circa le sue origini, sfugga intrinsecamente a ogni giudizio di «giuridicità» o «anti-giuridicità», si veda *supra*, nt. 254); cosicché la *vetustas* viene spiegata nei suoi tratti caratterizzanti proprio in relazione al riferimento all'immemoriale invocato nella mentalità comune a giustificazione delle occupazioni abusive di suolo pubblico, enfatizzandone notevolmente la contrapposizione alla situazione di diritto, della quale si tende a porre in secondo piano la essenziale indimostrabilità (p. 88 s.: cfr. in particolare il richiamo a Cic., *leg. agr.* 2.21.57 – '*... qui agrum Recentoricum possident, vetustate possessionis se, non iure, misericordia Senatus, non agri condicione defendunt ...*' – dove la contrapposizione tra *ius* e *vetustas* sembra più cautamente da situare nel peculiare contesto politico della legge che dà luogo alle orazioni ciceroniane *de lege agraria*: cfr. in generale E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit. [nt. 66], I, p. 97 ss.). Questa prospettiva è stata criticata in particolare da SITZIA, *Ricerche*, cit., p. 109 s. e nt. 126, che insiste sulla necessità giuridica di ricorrere alla *vetustas*, soprattutto in un'epoca di disordini quale quella tardorepubblicana, per salvaguardare l'ordinamento agrario voluto dalle *leges agri*, delle quali con il trascorrere del tempo diveniva pressoché impossibile la prova, distinguendo quindi in maniera alquanto più netta tale funzione dell'immemoriale, propria del contesto privatistico e in particolare dell'*actio aquae pluviae arcendae*, dalle implicazioni che, in un ambito invece pubblicistico, l'istituto ebbe nella giustificazione delle pretese dei *possessores* abusivi dei *subseciva* (cfr. *ivi*, p. 110 nt. 126). Per quanto riguarda queste note, tali contrapposizioni, pur certo necessarie da un punto di vista dogmatico, interessano fino a un certo punto, poiché si vuole qui soprattutto richiamare il valore dell'immemoriale nella cosiddetta mentalità popolare, e, per tal via, i tratti generali dell'istituto nella sua *ratio* di fondo e per così dire pregiudiziale: è chiaro come su piani ulteriori ogni ordinamento giuridico possa riconoscere o meno i vari effetti che il trascorrere del tempo può assumere nei diversi rapporti giuridici, e che nel caso già assume nelle concezioni comuni, variando per di più tali suoi atteggiamenti in relazione all'evoluzione del diritto (basti pensare alle differenze tra i requisiti dell'*usus* acquisitivo arcaico e quelli dell'*usucapio* classica: cfr. VACCA, '*Usucapione*', cit. [nt. 169], p. 998 ss.), mentre in altri contesti storici può viceversa tornare ad essere maggiormente influenzato dalle concezioni comuni, come avviene in particolare in epoche di «decadenza giuridica».

²⁵⁶ Si veda soprattutto ALBERTARIO, *Actiones e interdita*, cit. [nt. 248], specie p. 153 s. e 159 ss. (cfr. *Il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 55], p. 353, e *supra*, nt. 7). Tale sovrapposizione postclassica tra *actiones* ed *interdicta*, com'è noto dovuta a ragioni tecnico-processualistiche e in primo luogo al nuovo sistema *extra ordinem*, oltre che a generali condizioni per così dire di minore raffinatezza giurisprudenziale, è ovviamente cosa diversa e non è contraddetta dal fatto che in alcuni testi classici si affermi che, rientrando tutti i mezzi processuali nel concetto di '*agere*', '*interdicta*

In effetti – se tale soluzione è intrinsecamente suggerita, ancora una volta, dall'insistenza sul carattere '*nec vi nec clam nec precario*' dell'esercizio, che al di là della sospetta locuzione '*... usum ... possedisse ...*' può per vari versi apparire un lacerto della stesura classica del passo – l'aspetto che appare più interessante e rivelatore è l'insistenza del § 1 sul carattere '*erga omnes*' di tale *actio utilis*, che appunto corrispondere all'esperibilità nei confronti di qualsiasi terzo che in età classica era specifica caratteristica strutturale dell'interdetto rispetto all'*actio de servitute*, che competeva invece *domino adver-*

quoque actionis verbo continentur' (D. 44.7.37.pr. [Ulp. 4 *ad ed.*], su cui si veda di recente STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit. [nt. 34], p. 79 ss.). Per quanto riguarda specificamente le sorti della *vetustas* in tale contesto, si è vista (cfr. *supra*, nt. 76) a proposito di D. 8.4.2 (Ulp. 17 *ad ed.*) la corrispondenza di fondo tra le parole '*licet servitus iure non valuit*' da esso recate ('*de aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutum castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent: sed rescripto imperatoris Antonini ad Tullianum adicitur, licet servitus iure non valuit, si tamen hac lege comparavit seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc ius adquisivit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit*') con locuzioni quali '*non necesse docere de iure*' di D. 8.5.10.pr., '*velut iure impositam servitutum*' di D. 39.2.1.23, e '*etsi iure deficiamus*' di D. 39.3.2.5, nonché come tale concettualizzazione si inserisca in una serie di passi (come in particolare, oltre a D. 8.5.10.pr., D. 43.19.5.3, D. 8.1.14.pr., D. 8.2.20.pr., D. 43.17.3.5) in passato ritenuti comunemente corrotti in vista della presenza in essi della visuale del cosiddetto possesso delle servitù: ma al di là di tali aspetti, la regolamentazione pubblicistica dei diritti di utilizzazione dell'acqua mediante *rota* o *castellum* testimoniata da D. 8.4.2 (cfr. in particolare CAPOGROSSI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, cit. [nt. 57], p. 33 s.), consente può darsi alcune illusioni circa il progressivo diffondersi di tali visuali possessorie ed acquisitive della servitù usata per un lungo periodo o senz'altro *ab immemoriale* (non si dimentichi, per tal verso, che nel diritto romano la *vetustas* risulta istituito essenzialmente *iuris publici*, nel caso connesso ad un'*aequitas* che permette di superare lo *strictum ius* specie nelle collisioni tra interessi pubblici e privati: cfr. in breve SCHUPFER, «*Ab immemoriali*», cit. [nt. 116], p. 47): tale '*privilegium*' di derivazione idrica poteva in effetti venire accordato al fondo o alla persona (e in questo caso almeno in teoria si estingueva alla morte del titolare e doveva nel caso essere rinnovato da chi gli succedeva nel fondo: cfr. D. 43.20.1.43, Ulp. 70 *ad ed.*: '*et datur interdum praediis, interdum personis. quod praediis datur, persona extincta non extinguitur: quod datur personis, cum personis amittitur ideoque neque ad alium dominum praediorum neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit. plane ei, ad quem dominium transit, impetrabile est: nam si docuerit praediis suis aquam debitam, etsi nomine eius fluxisse, a quo dominium ad se transit, indubitate impetrat ius aquae ducendae, nec est hoc beneficium, sed iniuria, si quis forte non impetraverit*'), ma poteva in realtà ben darsi il caso che per più generazioni si fosse continuato a derivare l'acqua da un acquedotto senza alcuna prova di tale diritto, cosa che con il tempo, e con il rilassamento della sorveglianza degli acquedotti, dovette farsi sempre più frequente (cfr. ancora SCHUPFER, *loc. ult. cit.*, nonché, con un sintetico ma esaustivo ragguaglio sulla dottrina romanistica meno recente in materia, G. ASTUTI, '*Acque [Storia]*', in «ED.», I, Milano, 1958, p. 361 ss. e p. 365 ss., specificamente p. 366 s., nonché di recente, ma di non soverchia utilità, FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit. [247], specie p. 139 ss.: cfr. altresì FRANCIOSI, *Regime delle acque*, cit. [nt. 71], specie p. 14 e 16): d'altra parte, la tendenza a preservare le derivazioni in atto e consolidate dall'esercizio contro le pretese di nuovi aspiranti alla concessione dell'uso dell'acqua condussero com'è noto a salvaguardare equitativamente le derivazioni esistenti anche quando, nella difficoltà della prova del titolo, l'unico fondamento della loro legittimità non fosse che l'immemorialità da esse vantata (si veda ad esempio C.I. 11.43[42].4, del 397: cfr. SCHUPFER, *loc. ult. cit.*, e ASTUTI, *op. cit.*, p. 367), anche se in teoria le costituzioni in materia (cfr. ad esempio C.I. 11.66.5, del 383-384) ribadivano ovviamente l'impossibilità dell'acquisto prescrittivo di derivazioni usurpate, magari con la connivenza di procuratori imperiali, ai danni del *princeps*. A questo punto, se si tiene presente come la *vetustas* abbia nel diritto romano, come si diceva, fondamenti soprattutto pubblicistici, e come d'altra parte l'interdetto '*de aqua ex castello*' (D. 43.20.1.38, Ulp. 70 *ad ed.*: '*quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita uti permissum est ducat, vim fieri veto*') risolva *extra ordinem* l'intera questione di fatto e di diritto relativa alla concessione senza alcuna ulteriore istanza *de iure* (D. 43.20.1.44: '*Meminisse autem debemus in hoc interdicto totam quaestionem finiri adsignationis: non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet ius adsignatum sibi aut non habet, et interdictum totum finitur*'), non sembra impossibile scorgere anche qui le verosimili iterazioni che tali fattori dovettero avere nello sviluppo di una sempre più generalizzata valenza della *vetustas* nell'età epiclassica e tardoimperiale, favorita dal carattere *lato sensu* equitativo di tale procedura ed ancor di più dalla progressiva indifferenziazione tra *actiones* ed *interdicta* nella *cognitio extra ordinem* (cfr. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I, cit. [nt. 1], in particolare p. 204 s., e per taluni aspetti PFERSCHÉ, *Die Interdicte des römischen Civilprocesses*, cit. [nt. 132], p. 22 ss.): mentre, più in generale, tali elementi di una *vetustas* che dal piano delle concessioni pubbliche proietta le sue conseguenze in ambiti più propriamente privatistici, specie in connessione al confondersi ed unificarsi dei vari tipi di processo classico, sembra altresì in sintonia con le visioni delle origini della *longi temporis praescriptio* incentrate sul combinarsi storico di una pluralità di fattori, dai precedenti greci ed ellenistici (forse da ridimensionare almeno in parte nella loro importanza) alla *vetustas* ed all'immemoriale ed alle aspettative dei *possessores* ad esempio sui *subseciva*, sino al ruolo in tale fenomeno assunto dal ragionare dei romani per via soprattutto topica, ed al successo avuto da tale istituto in vista del fatto che nelle provincie non si sarebbe applicata l'*usucapio* romana (cfr. in tal senso NORR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], *passim*).

ius dominum. Se si tiene innanzitutto presente la centralità di tale aspetto nell'attuale stesura del frammento, come in particolare enfatizza il finale, verosimilmente glossematico, del § 1 ('*et generaliter quicumque aquam ducere impediatur, hac actione cum eo experiri poterit*', probabilmente di matrice giustiniana, che si aggiunge inutilmente alle parole '*exemplo ceterarum servitutium*', come si vedrà tra breve forse considerabili al limite di origine classica una volta eliminato l'attuale riferimento all'*actio utilis*)²⁵⁷, non appare infatti difficile giungere a più puntuali illazioni sulle origini della corruzione del testo.

D. 8.5.10.pr. (Ulp. 53 *ad ed.*): Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario posseddisse.

L'azione così concepita, in effetti, sembra difficilmente coordinabile anche con il contesto giustiniano, dove per l'usucapione degli *ius in re aliena* sono comunque previsti precisi requisiti sia soggettivi che temporali²⁵⁸, e non è certo sufficiente ad integrarla il generico uso *sine vitio* della servitù '*per annos forte tot*' (locuzione dal significato alquanto diverso dall'usuale '*per constitutum tempus*' che i compilatori sostituiscono pedestremente al biennio classico nei testi che trattano di tali argomenti e in particolare della prescrizione per *non usus*)²⁵⁹; e d'altra parte, anche al di là di questi problemi, l'azione adombrata dal *principium* di D. 8.5.10 sembra trovare ancora maggiori ostacoli ad essere inserita in un contesto classico e formulare, a meno di pensare in ipotesi che, quantomeno in età tardoclassica, l'*usus servitutis* attuato '*nec vi nec clam nec precario*'²⁶⁰ tutelato interdittalmente conducesse, dopo un certo numero di anni ('*per annos forte tot*'), alla concessione di un'azione (*actio utilis*), che si sarebbe sostituita alla *vindicatio*, la quale – sempre in tale visuale – poteva nel caso mancare non essendovi né un titolo attestabile in giudizio né un uso propriamente immemorabile dello *ius aquae*. Ed è in effetti questa l'ipotesi che, prima di venire riscoperta dalla dottrina più recente, ha anche guidato chi, come Adolf Rudorff, in tempi meno prossimi ed in contesti interpretativi più strettamente dogmatici ha tentato una ricostruzione della formula di tale *actio utilis*²⁶¹:

²⁵⁷ Cfr. *infra*, § 11. Sul carattere difficilmente classico della locuzione '*et generaliter*' (e della generalizzazione della regola da essa implicata) è qui sufficiente rinviare a BONFANTE, *Storia del diritto romano*, cit. [nt. 63], II, p. 159 e 162 (cfr. ad esempio, in materia di servitù e di interdetti, D. 39.1.5.3 [Ulp. 52 *ad ed.*], D. 39.3.8 [Ulp. 63 *ad ed.*], D. 43.13.1.3 [Ulp. 68 *ad ed.*], D. 43.16.1.4 [Ulp. 69 *ad ed.*] e D. 4.3.19.3.10 [Ulp. 70 *ad ed.*]).

²⁵⁸ Cfr. *infra*, § 18.

²⁵⁹ Sulle verosimili origini di tale elastico riferimento temporale si veda *infra*, § 16.

²⁶⁰ Su tale requisito nella *praescriptio longi temporis* postclassica si veda *supra*, nt. 244.

²⁶¹ RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, cit. [nt. 8], § 178, p. 164 (cfr. tra l'altro PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 60], p. 95 ss.), seguito da L. JOUSSERANDOT, *L'Edit perpétuel*, II, Paris, 1883, p. 227. Otto Lenel (*Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 374), dopo aver presentato (*tit. XXX*, § 176b) la *vindicatio* e la *negatoria* della *servitus aquae ducendae*, critica la posizione di Adolf Rudorff in ordine alla accettazione di tale *actio utilis* come classica, osservando come questi perdipiù abbia negato che in tale titolo edittole fossero proposte «die actiones civiles de aquae ductu» per porre invece nella rubrica '*de aqua*' soltanto l'azione pretoria *in factum concepta* desunta da D. 8.5.10.pr.; lo studioso infatti non considera menomamente nella sua ricostruzione edittole la formula di tale *actio utilis*, reputando il testo in questione «senza dubbio ampiamente interpolato» (egli rinvia in particolare a Silvio Perozzi e a Gerhard von Beseler: cfr. *supra*, nt. 55 e 58), oltre che per il fatto che non è neanche credibile che Ulpiano abbia semplicemente detto '*utilem habet actionem*' (nt. 5), soprattutto in quanto l'«impreciso» '*ut ostendat per annos forte tot usum se ... posseddisse*' e il confronto con D. 39.3.26 (Scaev. 4 *resp.*) – '*Scaevola respondit solere eos, qui iure dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur*' – «rivelano che una tale *actio utilis* non era proposta nell'editto, ma si basava sulla pratica» (si veda tra l'altro BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 280, che peraltro, pur ritenendo anch'egli non genuino il riferimento ulpiano a tale azione, interpreta erroneamente tale notazione leneliana come un riconoscimento della classicità dell'*actio utilis*). Otto Lenel, inoltre, pur escludendo come si è detto che Ulpiano parlasse di un'*actio utilis*, si preoccupa di rifiutare esplicitamente – richiamandosi a RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 410, e alla ricordata [nt. 55] recensione di Adolf Berger, p. 308 – la tesi di Hugo Krüger, secondo cui il testo classico avrebbe parlato di un interdetto o di una ipotesi di *praescriptio longi temporis* (cfr. *supra*, nt. 55). Non interessa qui, infine, entrare nelle ipotesi che BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 85, avanza in ordine al contenuto di tale rubrica («*Agi autem hac actione ist trotz Krüger selbstverständlich echt. Es meint die actio de aqua, die im Edikte ihren Sitz vor der actio aquae pluviae arcendae hat*»: cfr. GROSSO, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici*, cit. [nt. 9], p. 9 nt. 2). Appare infine piuttosto ambigua la posizione su tale punto di Salvatore Riccobono (*Dies e condicio*

Iudex esto. Si paret A^m A^m usum aquae qua de agitur per annos forte tot non vi non clam non precario possedisse, nisi N^s N^s arbitrato tuo A^o A^o rem restituat, quanti ea res est, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o condemnato, si non paret absolvito.

Una simile azione²⁶², come si osservava, avrebbe avuto in ipotesi il vantaggio di poter soccorrere il «possessore» dello *ius aquae* qualora non avesse esercitato la servitù '*hoc anno*', rimanendo così privo di tutela interdittale, e non avesse d'altra parte la possibilità di agire *in personam* rifacendosi alla *stipulatio* di esercizio: e per tal verso la *restitutio* (diligentemente inserita in tale tentativo di ricostruzione edittale), risolvendosi in una *cautio* avente ad oggetto l'impegno a non turbare ulteriormente l'*usus servitutis*, avrebbe in fondo avuto la funzione di provvederlo di una *stipulatio* di esercizio di cui sarebbe in ipotesi stato privo. Ma, come si vedrà meglio tra breve, un simile risultato poteva classicamente venire raggiunto in maniera molto più semplice limitandosi a concedere, nei casi in cui fosse ritenuto equo, un interdetto che sostituisse al requisito '*hoc anno*' il riferimento al biennio precedente (se l'esercizio fosse mancato da un periodo più lungo la servitù sarebbe ovviamente stata da considerare comunque estinta per *non usus*). E d'altra parte, se oggi una dottrina tende a cercare di salvare una relativa classicità di tale azione riferendola alle servitù costituite «*tutione praetoris*»²⁶³, in cui sembra divenire più accettabile il suo far perno su di una mera situazione di fatto per pervenire ad un riconoscimento dello *ius aquae* che può del resto tradursi senza problema in una vera e propria usucapione del diritto ('*ius aquae ducendae nactus sit*'), in realtà tale *actio utilis*, stando al dettato di D. 8.5.10.pr., si riferisce indubbiamente a qualsiasi servitù di acquedotto, altresì sorta *iure civili*, di cui appunto non è qui più necessario riferirsi a un titolo, che viene infatti esemplificato innanzitutto in relazione a un modo di costituzione appunto *iure civili* ('*veluti ex legato vel alio modo*'): prospettazione generale della tutela delle servitù che, se può avere un senso in un contesto postclassico, dove si tende, in presenza di certe condizioni, a tutelare in quanto tale qualsiasi situazione di fatto perdurante nel tempo, diviene quindi per tal verso ancor più ardua da riferire al sistema formulare, dove senza dubbio l'*usus servitutis* poteva di per sé legittimare esclusivamente ad una tutela di fatto attuata in via interdittale.

nella costituzione delle servitù, cit. [nt. 81]: cfr. *supra*, nt. 81), che a p. 355 afferma che in D. 43.20.1.7, Ulpiano (70 *ad ed.*) escluderebbe l'applicabilità dell'*interdictum de aqua* alle servitù costituite *iure praetorio* in quanto esso esige la sussistenza del *ius* (in relazione a D. 43.20.9-10 e 19, peraltro da interpretare in maniera alquanto diversa: cfr. *supra*, nt. 169), e continua dicendo che «la tutela invece delle servitù pretorie di derivazione d'acqua avveniva con azioni in factum come si desume dai fr. 26, D. XXXIX, 3 e 10 D. VIII, 5», ma, come si è visto – cfr. *supra*, nt. 81 –, afferma poi (p. 358) che sarebbero stati i compilatori a far scomparire la tutela speciale delle servitù pretorie, riassumendola nella nozione ormai onnicomprensiva di '*actio*': la sua visuale, in effetti, appare sintetizzarsi in un'*actio in factum* in tutto e per tutto modellata sull'interdetto, come soprattutto si deduce (p. 355) dalla sua lettura di D. 8.5.10: «notevole in special modo mi sembra il pr., dove si dice: non necesse ei docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato (vel alio modo), e con evidente rilievo del contrapposto, cioè dell'esercizio di servitù pretorie, cui l'azione si riferiva; e il § 1 dove la funzione dell'*actio* si pareggia a quella dell'interdetto per le servitù iure constitutae» (ritenendo quindi giustiniana la formulazione '*exemplo ceterarum servitutum*').

²⁶² Si noti come anche la formula proposta da Adolf Rudorff costituisca in realtà niente altro che un sostanziale adattamento della tutela interdittale, che subordina la restituzione del ricorrente nella precedente situazione di esercizio al presupposto di un *usus servitutis* attuato *sine vitio* nel periodo precedente (cfr. *infra*, § 11).

²⁶³ Cfr. in particolare MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], soprattutto p. 145 ss. e specificamente p. 149. Sui problemi presentati dal punto di vista tecnico-costruttivo della scelta dello strumento processuale in tale ipotetica azione, che si limiterebbe a trasformare la servitù sorta «*iure praetorio*» in un diritto fondato ('*nactus*') sul *diuturnus usus*, senza giungere semmai a tutelarla in quanto tale, ossia in vista della sua peculiare costituzione, con un'azione *in factum*, si veda – anche in riferimento all'adattamento dell'*actio Publiciana* adombrato da D. 6.2.11.1 – *supra*, § 9 e nt. 223: soluzione costruttiva, quest'ultima, che appare ancora più insensata se, dall'*actio in factum* connessa al sistema formulare, ci si sposta sul versante della *cognitio extra ordinem* e delle sue varie esplicazioni di età tardoclassica, specie in relazione alla prassi provinciale, dove in vista della maggiore discrezionalità di intervento ad essa propria, avrebbe avuto ancor meno senso non ricorrere ad una forma di tutela direttamente fondata sulla costituzione «*iure praetorio*» della servitù (cfr. *supra*, § 9), senza fermarsi invece ad una costruzione che, tradotta in termini più o meno formulari, si fondasse sugli ambigui presupposti descritti da D. 8.5.10.pr. (cfr. *supra*, § 2).

A maggior ragione, poi, la radicale estraneità di una simile *actio utilis* al contesto classico appare evidente se si pone mente a come, a questa sorta di *vindicatio*, dovrebbe in qualche modo corrispondere una speculare *negatoria* volta a dimostrare la insussistenza di un diritto di servitù *nactus* dal *diuturnus usus* e dalla *longa quasi possessio*: non essendo in questione alcun diritto costituito *iure civili*, appare infatti di per sé esclusa la possibilità di usare l'usuale formula '*tibi non esse ius invito me*' – se non altro in quanto, se tale *conceptio verborum* fosse andata bene in negativo, sarebbe ovviamente andata altrettanto bene, nella confessoria, la corrispondente affermazione '*mihi esse ius*' della normale *vindicatio* –, e non rimarrebbe quindi che pensare ad una formula del tipo «*si paret usum ... per annos forte tot non vi non clam non precario non possedissee ...*», in cui il titolare del fondo preteso servente avrebbe sostenuto, in sintonia con l'affermazione di segno opposto contenuta nell'*actio utilis* esperita dal titolare dello *ius* secondo D. 8.5.10.pr., che non vi era un uso *sine vitio* caratterizzante il periodo preso in considerazione. Tuttavia, come si osservava, tale soluzione, per quanto apparentemente lineare, è senz'altro assurda nel diritto classico, dove, mancando un esercizio *rectus* del rapporto idrico, il *dominus* del fondo preteso servente si sarebbe limitato ad inibire al supposto titolare l'esercizio della servitù attraverso la *prohibitio*, attendendo che fosse quest'ultimo ad agire con l'interdetto o al limite in via di azione.

Non sembra quindi di poter congetturare in alcun modo una astratta configurabilità di una simile *actio negatoria*, che, oltre a tutto, avrebbe in linea di massima addossato all'attore l'arduo compito di dimostrare l'inesistenza, nel corso di un vasto numero di anni, di una serie di atti di esercizio posti in essere dalla controparte, o quantomeno, qualora tale onere fosse invece gravato su quest'ultima, di provare in ogni caso che tali atti non erano da considerarsi avvenuti in maniera *nec vi nec clam nec precario* (prova negativa in entrambe le ipotesi di fatto intrinsecamente pressoché impossibile)²⁶⁴; e d'altra parte, a differenza della normale *negatoria*, che avrebbe accertato in via definitiva l'inesistenza di qualsiasi diritto di acquedotto tra i due fondi, qui il giudicato avrebbe offerto all'attore, se vittorioso, la mera dichiarazione della insussistenza di un esercizio dell'acquedotto attutato in maniera non viziosa per un certo numero di anni, senza pronunciarsi per nulla sulla questione, per lui decisiva, della insussistenza di qualsivoglia *ius aquae ducendae* gravante sul suo fondo: ad un simile risultato, tutt'al più, si sarebbe potuti nel caso pervenire in via indiretta, deducendo dalla mancanza di qualsivoglia atto di esercizio negli ultimi due anni attestata da tale sentenza che in ogni caso qualsiasi servitù eventualmente posta in essere era da considerare estinta per *non usus*, ma questo non sarebbe propriamente stato possibile qualora, ad esempio, pur non riconoscendo la sussistenza del *diuturnus usus* verificatori '*per annos forte tot*' il giudice in ogni caso avesse in ipotesi riconosciuto anche un solo episodio di esercizio dello *ius aquae* nel corso degli ultimi due anni.

Particolarmente ardua da un punto di vista probatorio, tale ipotetica *actio contraria utilis* non avrebbe quindi neppure offerto all'attore una sentenza ed un giudicato di sensibile utilità da un punto di vista pratico, e non vi è dubbio che il *dominus* del fondo supposto servente avrebbe semmai agito, ancora una volta, con la normale *actio negatoria* per fare accertare l'inesistenza di qualsivoglia diritto di servitù della controparte, lasciando ad essa, nel caso, l'onere di dimostrare – nel caso si voglia per assurdo ammettere la classicità di tale ipotesi – che pur non esistendo una servitù *iure civili* vi era tuttavia una *quasi servitus* fondata sul *diuturnus usus*.

In effetti, l'*actio utilis* prospettata da D. 8.5.10.pr. sembra un mezzo giudiziario disegnato senza tenere affatto presente la complementarità sistematica e la specularità strutturale che caratterizza classicamente il rapporto tra *confessoria* e *negatoria*, e si rivela invece un'azione creata tenendo esclusivamente presente la sola posizione del titolare della servitù: prospettiva che nel sistema formulare era semmai propria dell'interdetto, appunto in vista del suo carattere di fatto, interlocutorio rispetto ad una ulteriore questione di diritto da decidere in sede di *actio* (ai cui effetti la procedura decretale serviva in particolare a determinare la posizione di attore e di convenuto da attribuire ai due con-

²⁶⁴) Cfr. in generale ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], specie p. 449 ss., e *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 192 e 205.

tendenti): e nel senso di una impostazione di tipo interdittale che nel frammento in questione viene tradotta in termini di *actio* depone, oltre alla difficile configurabilità di un'*actio negatoria* da giustapporre all'*actio utilis* del preteso titolare, anche il fatto che, sempre in un contesto classico, questi, vantando '*hoc anno*' un *usus servitutis* appunto *sine vitio*, non avrebbe certo sentito a sua volta l'urgenza di agire con un'*actio utilis* fondata sul *diuturnus usus* per far valere tale «*quasi servitus*», ma si sarebbe ovviamente accontentato di continuare ad usarne protetto da eventuali impedimenti della controparte dalla normale tutela interdittale.

11. Di fronte a questo sovrapporsi di ipotesi assurde cui inevitabilmente conduce la costruzione di tale *actio utilis*, viene così finalmente in luce l'incongruità di fondo di tutto il frammento: che sembra non accorgersi affatto di come qui si verta in una ipotesi in cui chi vanta un esercizio *sine vitio*, ed è quindi in una posizione *lato sensu* possessoria, si viene viceversa a trovare nel processo, attraverso una simile azione, appunto in una posizione invece attorea, di fronte ad un convenuto che non difende alcuno stato di fatto già esistente ma già ne subisce uno di segno per lui negativo, sopportando appunto il *diuturnus usus* della servitù: ed in effetti – come risulta dal § 1 di D. 8.5.10, dove le parole '*... quicumque aquam nos ducere impediunt ...*' si riferiscono ad un rapporto normalmente esercitato sino all'evento che giunge a impedire la fruizione della derivazione idrica, senza in ogni caso poter annullare la pregressa situazione *lato sensu* possessoria ormai consolidatasi – non sembra qui in alcun modo sussistere un venir meno della situazione di perdurante *usus servitutis* vantata dal titolare che giustifichi così la necessità di quest'ultimo di esperire una azione, sia pur *utilis* e fondata su peculiari presupposti di fatto come quella adombrata dal frammento.

A meno di voler pensare, paradossalmente, di essere qui di fronte al fantomatico «*unus casus*» in cui, stando alle *Institutiones* giustiniane, '*qui possidet nihilo minus actoris partes obtinet*'²⁶⁵, sembra in-

²⁶⁵) *Iust. inst.* 4.6.2: '*aeque si agat ius sibi esse fundo forte vel aedibus utendi fruendi vel per fundum vicini eundi agendi vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. eiusdem generis est actio de iure praediorum urbanorum, veluti si agat ius sibi esse altius aedes suas tollendi prospiciendive vel proiciendi aliquid vel immittendi in vicini aedes. contra quoque de usu fructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones, ut quis intendat ius non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi, item altius tollendi prospiciendi proiciendi immittendi: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est: nam in his is agit qui non possidet: ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit*'. Non è ovviamente qui possibile entrare nei tentativi di soluzione che la dottrina, a partire da Rudolf Henle (*Unus casus*, cit. [nt. 8], specie p. 176 ss.), ha avanzato circa il mistero dell'«*unus casus*» (cfr. tra l'altro SIBER, *Römisches Privatrecht*, cit. [nt. 216], p. 96 s. e nt. 6, che, in riferimento a D. 7.9.7.pr., pensa alla *vindicatio* della *res* da parte del *dominus*-possessore *finito usu fructu*): si veda in generale A.G. CHLOROS, *Unus casus und die Digesten*, in «ZSS.», LXXXVII, 1957, p. 373 ss., secondo cui il passo cui fanno riferimento le *Institutiones* non sarebbe poi stato inserito nei *Digesta* (cfr. poi J.H.A. LOKIN, *Sane uno casu*, in «Satura Feenstra», cit. [nt. 100], p. 251 ss. – cfr. la recensione di tale miscellanea di T. HONSELL, in «ZSS.», CXVIII, 1988, p. 972 –, nonché Id., *Scholion in Teophili Paraphrasin* 4, 6, 2, in «SCOLIA. Studia D. Holwerda», Groningen, 1985, p. 75 ss.: cfr. la recensione a tale miscellanea di J. KONIDARIS, in «ZSS.», CXVIII, 1988, p. 976 s.). Sul passo si veda MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, cit. [nt. 1], specie p. 127 s. (ove, nel quadro della sua tesi – cfr. *supra*, nt. 1 –, l'autore sostiene la classicità dei concetti espressi dal paragrafo – cfr. C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* [1901], in *Opere*, cit. [nt. 8], II, p. 405, secondo cui il testo riprodurrebbe un passo gaiano non pervenutoci, come mostrerebbero le locuzioni '*sane*', '*uno casu*' e '*partes obtinet*', proprie del latino gaiano ed estranee allo stile dei giustiniane, cui spetterebbero soltanto le parole '*sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit*' –, senza però preoccuparsi della chiarezza, ovviamente giustiniana, ricordata solo a p. 31 nt. 17 e p. 133 s. e nt. 6), e *La legittimazione passiva alla «rei vindicatio»*, cit. [nt. 60], p. 25, 143 ss. e soprattutto 184 ss. (ove, come già Heinrich Siber, Matteo Marrone opina che l'*unus casus* si risolve nella *vindicatio usus fructus*: cfr. la recensione di A. D'ORS, in «AHDE.», XL, 1970, p. 756: cfr. *infra*, nt. 381). Che non sia sensatamente il caso di pensare che davvero i compilatori giustiniane, nel finale di *inst.* 4.6.2, volessero alludere alla inverosimile *actio utilis* di D. 8.5.10, è del resto dimostrabile non tanto in vista della circostanza che la frase '*sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes obtinet*' è posta dal testo in relazione alla *reivindicatio*, sprovvista di un'*actio contraria* a differenza delle *actiones de servitute* e *de usu fructu*, circa le quali il discorso risulta nel testo ormai concluso (cfr. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit. [nt. 6], p. 46 ss.), quanto soprattutto in relazione al fatto che, se così fosse ed il misterioso «*unus casus*» si risolvesse in un'allusione ad un passo così lontano dal sistema classico delle azioni formulari e delle loro implicazioni sistematiche, tale enigma, inserito in un contesto che appare in linea di massima riferirsi a tale architettura, risulterebbe in ultima analisi alquanto stolido e gratuito:

negabile che nel sistema dell'*ordo iudiciorum* era l'interdetto a determinare chi si trovava in una posizione *lato sensu* possessoria (che negli *iura in re aliena* consisteva in una situazione di fatto favorevole fondata sul pregresso esercizio *sine vitio* del rapporto), e in base a tale dato era automaticamente stabilito chi in sede di *actio* doveva porsi in un ruolo attoreo, agendo, nel caso, con la *vindicatio* o *petitio* ovvero con la *negatoria*²⁶⁶, senza che fosse dunque configurabile (attesa soprattutto l'alternativa tra la

ed in effetti è altresì da considerare come nell'ordinamento giustiniano le servitù e l'usufrutto siano ormai usucapibili in una prescrizione acquisitiva che soggiace a requisiti alquanto diversi rispetto a quelli indicati dal frammento, e non avrebbe senso richiamare, quale pretesa eccezione alla regola per cui possiede è convenuto e non attore, un passo di impianto quantomeno tardoimperiale e come tale del tutto estraneo alla coeva logica dei rapporti reali ed alla attuale impostazione, che ritorna alle prospettive classiche, delle relative azioni; tuttavia, si potrebbe aggiungere, se D. 8.5.10 fosse da considerare classico, come certa dottrina sostiene, in questo caso ritenere che proprio in esso sia da rintracciare l'«*unus casus*» di cui parlano le *Institutiones* giustiniane paradossalmente non sarebbe più tanto assurdo, anche se com'è ovvio una simile *actio utilis* sconvolgerebbe sin dalle fondamenta il quadro generale delle *actiones in rem* appena prima tracciato dai compilatori, rendendo ancora una volta alquanto stolido e gratuito tale indovello che la logica del testo vorrebbe invece tanto arguto.

²⁶⁶ Cfr. in breve, anche in relazione al discusso *interdictum quam servitute* (cfr. *supra*, nt. 40), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 353 ss. e 355 s., e GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 293 s., il quale peraltro ammette che talora anche chi godeva di una situazione *lato sensu* possessoria potesse scegliere tra il ricorso all'interdetto e il diretto esperimento della *vindicatio servitutis*: ma tale possibilità, di per sé resa alquanto ardua dalla natura condemnatoria delle *actiones de servitutibus* e dall'alternativa tra *restitutio* e condanna del convenuto – in tal senso, infatti, D. 8.5.4.5 costituisce un'eccezione solo apparente a tale regola: cfr. la nota seguente –, non sembra giustificata sulla base dei due frammenti invocati dall'autore: in D. 8.5.4.7 (Ulp. 17 *ad ed.*: '*competit autem de servitute actio domino aedificii neganti servitute se vicino debere, cuius aedes non in totum liberae sunt, sed ei cum quo agitur servitute non debent. verbi gratia habeo aedes, quibus sunt vicinae Seianae et Sempronianae, Sempronianis servitute debeo, adversus dominum Seianarum volo experiri altius me tollere prohibentem: in rem actione experiar: licet enim serviant aedes meae, ei tamen cum quo agitur non serviunt: hoc igitur intendo habere me ius altius tollendi invito eo cum quo ago: quantum enim ad eum pertinet, liberas aedes habeo*'), il discorso – relativo alla possibilità di *altius tollere* rispetto all'*aedes Seianae* anche qualora il fondo sia gravato di una consimile servitù a favore delle *aedes Sempronianae* – appare infatti svolgersi sul piano delle formule dell'*actio de servitute* soltanto per illustrare, attraverso le implicazioni della *intentio 'mihī esse ius altius tollendi'*, la logica argomentativa di tale decisione, che riguarda in generale i rapporti tra fondi piuttosto che i mezzi processuali per farli valere, e questo proprio in vista della sottigliezza per cui, pur non potendo affermare nei confronti del primo vicino '*mihī esse ius altius tollendi*', può senza problema affermarlo (sulle implicazioni della formula '*invito te*' cfr. *supra*, nt. 171) nei confronti del secondo, dato che il proprietario del fondo non dovrà certo agire preventivamente, ma nel caso si limiterà semmai ad *altius tollere*, mentre in ipotesi a prendere l'iniziativa processuale saranno poi i vicini che si affermino titolari di una tale servitù (sul passo si vedano SEGRE, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 450 nt. 30 *in fine* [p. 459], p. 475 nt. 69 e p. 514 – che reputa il testo originario forse più breve e volto ad illustrare la *negatoria* della servitù *altius non tollendi* –, SOLAZZI, *La tutela e il possesso*, cit. [nt. 9], p. 44 s. e 168, che accetta in linea di massima, a parte contenute censure, il dettato del passo, RODGER, *Actio Confessoria and Actio Negatoria*, cit. [nt. 9], p. 191, 193 e 214, e *Owners and Neighbours*, cit. [nt. 14], p. 90 ss. – cfr. la recensione di G. GROSSO [1973], in *Scritti storico giuridici*, IV, cit. [nt. 8], p. 817, e quella già richiamata [nt. 41] di KASER, p. 437 –, RUSSO RUGGERI, *Brevi note in tema di «remissio servitutis»*, cit. [nt. 9], p. 70 – che, rifacendosi sempre a Giuseppe Grosso, reputa interpolata l'espressione '*neganti servitute se vicino debere*' –, RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit. [nt. 82], p. 201 s. – cfr. BURDESE, *Regime edilizio*, cit. [nt. 82], p. 361 –, e BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit. [nt. 9], p. 126); del pari, non sembra molto significativo nel senso voluto da Giuseppe Grosso D. 8.5.6.1 (Ulp. 17 *ad ed.*: '*sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam: idem et si lapilli iactu impedit. sed et si patiente eo aedificaverō, ego possessor ero effectus*'): cfr. in particolare DE SIMONE, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio*, cit. [nt. 171], p. 133 ss.), poiché, come egli stesso ammette (*Le servitù*, cit., 294) il testo risulta essere scorciato, e, mi sembra, l'accento alla «*civilis actio*», per di più inserito tra la possibilità di *prohibere* e la menzione del mezzo attraverso cui tale forma di autotutela privata si attua – ossia lo *iactus lapilli* dell'*operis novi nuntiatio* (per il dubbio riferimento all'*interdictum quod vi aut clam*, cfr. M. DAVID, *Etudes sur l'interdit quod vi aut clam*, in «*Annales de l'Université de Lyon*», III.10, 1947, p. 43 nt. 2, e MUSUMECI, *L'interdictum quod vi aut clam*, cit. [nt. 14], p. 514 e nt. 55) –, appare oltremodo sospetto, come è comunemente ammesso (cfr. in particolare ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie*, cit. [nt. 8], p. 126 nt. 2): sul passo si vedano PEROZZI, *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 234 s. (che esclude che esso ed altri consimili si riferiscano al possesso in senso proprio), E. ALBERTARIO, *Le ripercussioni processuali del domma della possessio iuris*, in *Studi*, cit. [nt. 1], II, p. 454 (che, alla luce della nuova concezione della *possessio iuris*, reputa interpolato in pratica l'intero testo, dal solenne avvertimento, tipicamente autoritativo, '*sciendum*' all'avversativa '*tamen*', che mal coordina il passo con quanto lo precede, e cassa '*possessor est: nam*', '*ille possidet et*' e '*et si patiente eo aedificaverō, ego possessor ero effectus*'), J.Ch. NABER, *Observatiunculae de iure Romano CXV: An semper probet actor*, in «*Mnemosyne*», n.s., XLIX, 1921, p. 147 s. e nt. 1, ora in *Observatiunculae selectae* – ed. J.E. Spruit –, Napoli, 1995, p. 28 s. – che ricostruisce (lex «*quam sit emendands*

restitutio o la condanna alla *aestimatio rei* cui conduceva la formula e la conseguente esclusione di azioni dichiarative)²⁶⁷ una vicenda processuale quale quella sottesa all'*actio utilis* di D. 8.5.10.pr., in cui chi vanta un uso '*nec vi nec clam nec precario*' della servitù deve non si sa perché agire – con un'azione che quindi sarebbe stata classicamente dichiarativa e non di condanna, come viceversa avveniva di norma nel sistema dell'*ordo iudiciorum* – per dimostrarne l'esistenza *de facto* in base al *diuturnus usus* ogni volta che si verifici – come ribadisce con incongrua insistenza il § 1 del frammento – un episodio di turbativa dell'*usus servitutis*²⁶⁸. Una fattispecie, questa, senza problema possibile invece nel diritto postclassico, ove l'interdetto tende a trasformarsi in un'azione, volta altresì a rimuovere, nel caso, contingenti impedimenti recati al mero esercizio del rapporto, e a fondarsi tuttavia, rispetto all'interdetto classico, su più restrittivi presupposti (qui temporali), data la valenza tendenzialmente definitiva che, in tale contesto di relativa insicurezza giudiziaria, dovevano in pratica assumere decisioni pur fondate sulla mera situazione di fatto²⁶⁹.

puto): «*sciendum tamen in his servitutibus (id est, altius tollendi vel non tollendi) possessorem esse iuris (eum) et petitoem [et]. si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam: idem et (id est) si lapilli iactu impederit. sed [et] si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus*» – P. BONFANTE, *Lo «ius prohibendi» nel condominio* (1913), in *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1921, p. 389 nt. 2, *Note a Windscheid*, cit. [nt. 56], V, p. 663, e *La proprietà*, cit. [nt. 14], I, p. 482 s., AUDIBERT, *Sur un fragment d'Ulpian*, cit. [nt. 8], p. 29 ss. [estr.] (che, interpretando le parole '*actione civili*' come riferimento all'*operis novi nuntiatio* ed espungendo la menzione dell'*interdictum quod vi aut clam*, come Vincenzo Arangio-Ruiz ed altri, specie in riferimento a D. 8.5.8.3, contesta lo spostamento mommseniano di '*eum*': cfr. «*Digesta Iustini Augusti*», cit. [nt. 99], I, p. 268 nt. 1, ove si propone '*possessorem esse iuris et eum petitoem*', ossia *qui et ipse petere possit*, spiegando che «*neque enim de ea re hoc quidem loco agit Ulpianus, an qui possidet et ipse agere possit*», considerando d'altra parte giustiniana la menzione dell'interdetto), S. RICCOBONO, *Dalla comunione del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in «*Essays in Legal History*», Oxford, 1913, p. 66 ss. e p. 69 nt. 2 (che considera il passo sconvolto dai compilatori per bandire ogni traccia della difesa privata di cui parlava Ulpiano), FABI, *La protezione interdittale*, cit. [nt. 56], p. 146 nt. 1 e p. 147 s., MALAFOSSE, *L'interdictum momentariae possessionis*, cit. [nt. 6], p. 75 e nt. 2, BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle actiones negativae*, cit. [nt. 75], p. 157 ss., e A. BERGER, '*Iactus*', in PAULY, WISSOWA, «*Real-Encyclopädie*», cit. [nt. 6], IX.1, Stuttgart, 1914, c. 552 (che considera interpolatoria la menzione dello '*iactus lapilli*'), nonché BIONDI, *La categoria*, cit. [nt. 71], p. 80 s. (secondo cui è giustiniana la menzione di '*his servitutibus*', dato che Ulpiano si sarebbe riferito soltanto alla *servitus altius non tollendi*), G. BRANCA, *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare*, in «*SDHI.*», VII, 1941, p. 353 s. (che in vista della *possessio iuris* giustiniana considera interpolata la frase iniziale – '*sciendum ... petitoem*' – e il tratto da '*possessor*' a '*possidet et*'), SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 87 e 120 ss., RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., *passim* e soprattutto p. 92 ss. – cfr. le ricordate recensioni di GROSSO, *loc. cit.*, e KASER, *loc. ult. cit.* –, CAPOGROSSI, *Appunti sulla «quasi possessio iuris»*, cit. [nt. 57], p. 245 nt. 11, e, anche in relazione a D. 8.5.8.3, e SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 308 ss.

²⁶⁷) Come si è visto (cfr. *supra*, nt. 18, 38 e 266), in D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 *ad ed.*: '*Si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiat, Pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum: nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter inivium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam ...*'), verosimilmente la *vindicatio* spetta contro il titolare del fondo servente che, pur non negando esplicitamente l'esistenza della servitù ('*... controversiam non faciat ...*'), di fatto si comporta come se essa non esistesse lasciando che il passaggio diventi impraticabile ('*... inivium vel inhabile ...*'), e soltanto in quanto, se il titolare della servitù non ha lo *lo ius reficiendi*, è escluso che possa provvedere direttamente alla *refectio* tutelato dall'interdetto, che richiede tale *ius* (cfr. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale*, cit. [nt. 18], p. 607 ss., e – in ordine alle affermazioni di STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit. [nt. 34], p. 357 ss., nonché sulle critiche mosse a tale ricostruzione da BURDESE, *Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, cit. [nt. 38], p. 70 ss. – *Ancora sullo «ius reficiendi» [Vivagni III]*, in «*RDR.*» III, 2003, p. 504 ss. e 510 ss.).

²⁶⁸) Sotto tale aspetto, appare in effetti alquanto incongrua la *clausula restitutoria* che Adolf Rudorff inserisce, come si è visto (§ 10 e nt. 261), nella ricostruzione dell'*actio utilis* di D. 8.5.10.pr.-1, che contrasta – alla luce di quanto recato dal § 1 – con il «possesso» della servitù vantato dall'attore, messo altresì in evidenza dalla formula proposta («*si paret ... usum aquae ... per annos forte tot non vi non clam non precario possedissee, nisi ... arbitrato tuo ... rem restituat, ... condemnato ...*»), specie in quanto, nel diritto classico, la situazione *lato sensu* possessoria in tema di servitù si conserva semplicemente in virtù di un atto di esercizio compiuto nell'ultimo anno – cfr. *supra*, nt. 123 – né si perde in seguito al semplice impedimento all'esercizio della servitù (cfr. *infra*, nt. 271).

²⁶⁹) Cfr. *supra*, nt. 7, ed *infra*, nt. 244, 254, 271 e 295. Per quanto riguarda il rapporto tra normale azione di rivendica del diritto e tutela possessoria nell'ambito complessivo della *cognitio extra ordinem* classica è noto come anche nelle provincie imperiali i governatori, nella loro discrezionalità, regolassero le liti fondiarie in maniera analoga a quanto avveniva nelle provincie senatorie con la tutela dell'*ager stipendiarius* basata su una formula corrispondente in linea di massima alla *reivindicatio* (cfr. in breve ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 219 s.), secondo una solu-

In D. 8.5.10.pr., in effetti, si nota chiaramente un netto mutamento di prospettive rispetto alle impostazioni classiche: qui, nella procedura interdittale, se al ricorrente è stato impedito di esercitare la servitù, ma tuttavia vanta *'hoc anno'* una situazione di fatto di *usus servitutis* regolare, gli si consente appunto il ricorso a questo mezzo di tutela per rimuovere tale impedimento (*'uti hoc anno aquam ... non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto'*), mentre se il preteso titolare non può vantare tale esercizio pregresso del diritto dovrà invece ricorrere alla *vindicatio* (*'si paret ... ius esse per fundum illum aquam ducere ...'*), cosicché l'interdetto – che è appunto proibitorio – mira semplicemente a tutelare una situazione di fatto rimuovendo l'illegittimo impedimento ad essa, ossia inibendo tale atteggiamento alla controparte; nella prospettiva del frammento, invece, l'impostazione è propriamente possessoria, e così come il pregresso stato di fatto – ossia il *'per annos forte tot usum se non vi non clam non precario posseddisse'* lo *ius aquae ducendae* – è visto in una valenza acquisitiva (*'... diuturno usu et longa quasi possessione nactus sit ...'*), allo stesso modo tale situazione ormai di tipo possessorio viene meno attraverso l'atto del terzo che ne impedisce l'esercizio e mette così fine all'*usus servitutis* vantato dal soggetto (senza cioè che si possa reintegrarlo, grazie all'interdetto, in base alla situazione di fatto sussistente *'hoc anno'*), non diversamente da come la *delectio* priva del possesso dell'immobile: cosicché, per riconseguire tale situazione, il titolare dello *ius aquae* così sorto deve normalmente ricorrere ad un'*actio*, sia pur *utilis*, in cui – al pari della normale *vindicatio* – si troverà in posizione attorea ed avrà quindi l'onere di dimostrare il fatto costitutivo (qui rappresentato dal *'per annos forte tot usum se non vi non clam non precario posseddisse'*)²⁷⁰. La situazione di chi è impedito nell'esercizio della servitù diviene per tal verso analoga a quella di colui che ha perso definitivamente il possesso e, per riconseguire la cosa, scomparsa la tutela interdittale in senso proprio, si trova a dover agire in sede di *actio* con la rivendica, ed è per tal verso smarrita ogni prospettiva classica in cui l'*usus servitutis* è tutelato in quanto tale, senza alcun bisogno di dimostrare il fatto costitutivo del diritto, sulla mera base dell'esercizio *non vi non clam non precario* avvenuto *'hoc anno'*: l'*usus servitutis*, anzi, diviene qui oggetto di un'*actio utilis* che a ben vedere non è neppure propriamente più modellata sull'interdetto proibitorio (quale era classicamente l'*interdictum de aqua cottidiana*), bensì – in una chiara analogia con la tutela del possesso in senso proprio – su di un interdetto in ultima analisi di tipo restitutorio²⁷¹.

zione che risulta tendenzialmente generale nella *cognitio extra ordinem* (cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 446): cosicché, anche nel non facile rapporto tra interdetti e risoluzione delle controversie *de iure* nel sistema delle *cognitiones extra ordinem* (si veda tra l'altro LUZZATTO, *Il problema d'origine*, cit. [nt. 1], p. 202 ss.), sembra del tutto verosimile che, al pari di quanto avveniva per le azioni, anche le preliminari implicazioni della situazione possessoria sulle posizioni processuali delle parti ricevesse un trattamento complessivamente analogo a quanto avveniva nell'*ordo iudiciorum* (sugli interdetti possessorii in età postclassica si veda in ogni caso FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit. [nt. 6], p. 58 ss.). Si tenga d'altra parte presente come nei diritti germanici (dove era spiccatissima la tendenza a considerare quanto consacrato dal tempo in assenza di contestazioni, altresì in vista dello scarso uso di scrittura e documenti, anche se il valore di tale fattore si risolveva non in un acquisto del diritto, come per i romani, bensì in una presunzione di legittimità: cfr. in breve SCHUPFER, *'Ab immemoriali'*, cit. [nt. 116], p. 47 s.) il vantaggio del possesso di lunga durata – a parte la perdita della *facultas loquendi* della controparte – si traduceva appunto, per il possessore, nella possibilità di continuare a tenere la cosa *firmiter* e *sine molestatione*, senza dovere quindi addurre, in una eventuale causa, il proprio *auctor* e quindi la prova del titolo, ma semplicemente negando con il giuramento la fondatezza delle ragioni avversarie (cfr. BESTA, *I diritti sulle cose*, cit. [nt. 245], p. 187 ss), cosicché, nell'azione *lato sensu* di rivendica intentata da colui che era stato spossessato, il giudizio verteva appunto sul giuramento di quest'ultimo, che era in tal modo esentato a dimostrare positivamente le origini della situazione di fatto da lui vantata, mentre, in generale, simili controversie erano appunto risolte (cfr. *infra*, nt. 295) preferendo tra i due litiganti chi potesse vantare un possesso più risalente (cfr. ancora SCHUPFER, *op. cit.*, p. 48 e nt. 3).

²⁷⁰) Cfr. tra l'altro ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali*, cit. [nt. 60], p. 494 ss.

²⁷¹) Come infatti avviene nell'impostazione ricostruttiva di Adolf Rudorff (cfr. *supra*, § 10 e nt. 261). Sulla nozione postclassica di *'possessio'* si veda tra l'altro – anche in relazione alla posizione di Rudolf von Jhering (*Der Besitzwille. Bugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889; cfr. la premessa costituita da *Ueber den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre von Besitz*, Jena, 1869², su cui tra l'altro, di recente, CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 205 ss.) – Emilio Albertario, in particolare *Actiones e interdicta*, cit. [nt. 248], p. 153 s. (cfr. BISCARDI, *Proprietà e possesso*, cit. [nt. 6], p. 116, che nota come l'idea jheringhiana del fondamento della tutela del possesso quale posizione avanzata della proprietà, difficile da accettare per quanto riguarda il diritto classico nonché, forse, la dogmatica

Se dunque non si tratta certo, come pur avverrebbe se si riferisse il passo ad un contesto classico, del famoso «*unus casus*» in cui il possessore riveste un ruolo attoreo, bensì di una diversa impostazione, del tutto postclassica, in cui la situazione di fatto costituita dall'*usus servitutis* viene reinterpretata in termini *tout court* possessorii, è per altro verso da notare come un più attento esame del § 1 di D. 8.5.10 confermi senz'altro come l'originario testo ulpiano trattasse qui di un caso di procedu-

bizantina, sembra invece in effetti corrispondere alla prospettazione del legislatore postclassico della *possessio*: cfr. SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 79 s. e nt. 40). Si veda in generale, anche in relazione all'idea del '*sine inquietudine possidere*' nei suoi rapporti con la *praescriptio longi temporis* (cfr. in particolare C.I. 7.33.7 [Diocl. Max., a. 293]: '*longi temporis praescriptione munitis, instrumentorum amissio nihil iuris aufert, nec diuturnitate possessionis partem maleficium alterius turbare potest*'), CANNATA, '*Possessio*' '*possessor*' '*possidere*', cit. [nt. 6], p. 51 ss. e 75 ss., nonché, anche sui rapporti tra '*possessio vitiosa*' e '*possessio iniusta*', ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit. [nt. 1], p. 21 ss. Sulla concezione del possesso affermatasi in età costantiniana (su C.Th. 11.39.1 cfr. *infra*, nt. 295) si veda in particolare SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 166 ss., che sottolinea come in tale contesto l'esigenza di accertamento della «verità» e il richiamo all'*'aequitas*' si traducano in precise tecniche giuridico-processuali ed accorgimenti di politica legislativa che conducono ad un processo privato di tipo inquisitorio, nel quale, in particolare, diviene inevitabile richiedere al convenuto (come avviene anche in C.Th. 11.39.12, su cui ancora *infra*, nt. 295) di '*edicere titulum*' (p. 188 ss.), ossia '*quo iure*' – '*iuste tenere*' – ha la cosa (p. 169 s., in riferimento a C.Th. 11.39.1: cfr. altresì CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 100 s. e 126 ss.): si tratta, in generale, di una situazione in cui il «possesso» designa ormai una situazione insieme di fatto e di diritto, di cui principalmente sono oggetto la proprietà quanto gli altri diritti reali (SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 244 ss., e, in relazione a C.Th. 2.26.1 – in cui '*dominium*' risulta indicare il «possesso»: cfr. anche E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 32 ss. – p. 216, nonché ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 15 e nt. 31): un contesto in cui anche l'esercizio della servitù viene quindi trattato in termini possessorii e va come tale giustificato nelle sue origini, senza che sia più sufficiente che l'ultimo atto di esercizio avvenga *nec vi nec clam nec precario*, poiché nella nuova concezione – in una estrema sintesi per la quale sembra qui sufficiente riferirsi in breve ai risultati della ricerca di Laura Solidoro Maruotti – la '*possessio iure*', cioè '*secundum ius*' (cfr. SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 248 ss. e 326 ss.), contrapposta al mero stato di fatto ingiustificato della '*possessio corpore*' (p. 278 ss., 293 ss. e 300 ss., nonché, sulla duplicità della nozione di '*possessio*' teorizzata da C.Th. 7.32.10 – Constantin., a. 314 –, p. 240 ss. e 331 ss.), finisce con il dover essere fondata su di un titolo ('*iusta causa*': p. 248 s.) collegato ad un '*iustum initium*' (p. 270, 305, 349 e 364 s.: cfr. *Paul sent.* 5.2.4 – '*Viginti annorum praescriptio etiam adversus rem publicam prodest ei, qui iustum initium possessionis habuit nec medio tempore interpellatus est*' –: cfr. E. LEVY, *op. ult. cit.*, p. 189 s., e NORR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 100 s.) che riporta inevitabilmente alla '*iusta causa acquirendi dominium*' (SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 272 ss. e 371 ss.), per cui – con l'eccezione della *longissimi temporis praescriptio* quarantennale introdotta nel 249 d.C. da Costantino con C.Th. 4.11.2 – diviene onere del convenuto dimostrare la legittimità del suo possesso e quindi in tal modo lo *ius possidendi*, ossia il diritto a proseguire nel possesso, mentre se fallirà in tale prova – sempre che l'attore non fornisca una dimostrazione ancora più insoddisfacente del suo titolo – a nulla gli varrà la risalenza della situazione di fatto, ridotta per tal verso a mero '*corpore possidere*' (cfr. *ivi*, specie p. 364 s., e CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 119 ss.); se quindi la prova del '*iustum initium*' risulta in linea di massima far conseguire al possessore «una tutela processuale talmente efficace verso gli attacchi di terzi da superare, vicariandola, la formale carenza della titolarità del diritto» (SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 276), d'altra parte tutto questo implica ovviamente l'inevitabile tramonto della tutela propriamente possessoria rappresentata dalla procedura interdittale: in particolare, la cosiddetta *exceptio vitiosae possessionis* – ancora ribadita da Diocleziano in C.I. 8.4.1 – viene da Costantino resa inutilizzabile nel rimedio possessorio di carattere penale corrispondente all'*interdictum unde vi*, com'è noto al fine di disingentivare l'autotutela privata (cfr. in breve *ivi*, p. 73 ss., 79 ss. e 103 s., e *supra* § 1 e nt. 3), mentre anche per quanto la provvisoria tutela della *momentaria possessio* l'ordine di restituzione alle vittime non può che prescindere del tutto da ogni accertamento di avvenimenti pregressi quali quelli indicati da tale clausola (SOLIDORO, *ult. op. cit.*, p. 73 s., 114 s. e 350 s.); per tal verso, vista ormai principalmente in relazione all'obbligo di restituire comunque la cosa alla vittima dello spoglio, la *clausula vitii* tende ad essere intesa in senso assoluto, senza alcun immediato riferimento alla reciproca posizione delle parti implicata classicamente dalle parole '*alter ab altero*' (cfr. – nonostante il perdurare degli schemi classici in *Paul sent.* 5.6.7 – C.Th. 4.22.5 ed *Ed. Th.* 76), e la *possessio non vitiosa* da essa una volta considerata tende quindi a venire ormai riassorbita nella *possessio secundum ius* fondata su di una *iusta causa possessionis* (tendenzialmente rapportabile alle *iustae causae usucapionis*: cfr. SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 256 ss.), mentre l'essere il possesso iniziato *vi*, *clam* o *precario* invece lo qualifica in assoluto come *vitiosus*, senza il limite soggettivo relativo degli effetti interdittali, trasformando dunque la *possessio non vitiosa* in una *iusta possessio* che tende a coincidere con la cd. *possessio ad usucapionem* (p. 256 ss. e 260 ss.). Questa prospettazione della clausola '*nec vi nec clam nec precario*' è per tal verso piuttosto evidente in testi come come D. 8.5.10.pr. e D. 39.3.1.23, dove tali parole evidentemente non rappresentano più una eccezione all'*usus* vantato dal ricorrente '*hoc anno*', che una volta tendevano in tal modo a rendere l'atto di esercizio ininferente agli effetti interdittali, ma una qualifica originaria e generale dell'esercizio – *diuturnus usus*, *longa quasi possessio*, *vetustas* – da cui la servitù (o meglio la *quasi servitus*) è appunto *nacta*, poggiando quindi su una visuale postclassica che sovrappone agli effetti della tutela processuale l'aspetto possessorio e la relativa titolarità del diritto corrispondente in tal modo conseguita (cfr. tra l'altro *supra*, nt. 63).

ra interdittale (confortando anche per tal verso l'assunto per cui, in generale, la «*tuitio praetoris*» delle servitù costituite *pactionibus et stipulationibus* fosse quindi in origine meramente interdittale – oltre che *in personam* – senza necessitare di alcuna ulteriore *actio in rem*, nel caso *utilis*, che giungesse a integrarla):

Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum cum omnibus agi poterit, quicumque aquam nos ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediatur, hac actione cum eo experiri poterit.

Se tale passo asserisce radicalmente – e in maniera curiosamente scontata, di fronte alle molteplici affermazioni ulpiane di segno diametralmente opposto²⁷² – l'esperibilità contro chiunque, anche se non possessore del fondo ('... *quicumque aquam nos ducere impediunt* ...'), non solo di tale *actio utilis* ('*hac actione*'), ma di tutte le *actiones de servitute* ('*exemplo ceterarum servitutium*')²⁷³, per poter riportare ad un significato verisimile l'assurdo dettato dell'attuale stesura è infatti da notare che risulta forse sufficiente a tal fine ricordare come l'esperibilità *erga omnes*, negata da Ulpiano e dalla più parte dei giuristi classici per le azioni relative alle servitù (anche Giuliano, che pur ammette attivamente l'usufruttuario e passivamente il possessore, in ogni caso non andava oltre)²⁷⁴, è invece caratteristica indiscussa e normale degli interdetti relativi alle servitù, nei quali, soprattutto, è normale la situazione possessoria di chi agisce, esclusa invece dalla struttura stessa dell'*actio in rem*:

D. 43.19.3.5 (Ulp. 70 *ad ed.*): ... nam et si quilibet prohibeat ire, interdictum adversus eum competit²⁷⁵.

²⁷² Cfr. *supra*, § 1.

²⁷³ Si vedano in particolare PEROZZI, *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 249, che cassa da '*exemplo*' alla fine (la frase è invece risparmiata da H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 72 e nt. 82, che cancella soltanto da '*et generaliter*' in poi, ma solo in quanto sostituisce all'inizio del § 1 '*hoc interdicto*' a '*hac actione*').

²⁷⁴ Cfr. *supra*, § 1. Si veda tra l'altro GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 285 ss., che richiama D. 8.5.10.1 per attestare la legittimazione passiva di qualsiasi possessore del fondo servente senza rilevare come in realtà il frammento, nella sua attuale stesura, vada molto oltre, ammettendo l'esperibilità di tale *actio utilis* nei confronti di chiunque, possessore o meno, impedisca di *aquam ducere*. Oltre che in D. 43.20.1.25, che verrà ripreso tra breve (cfr. altresì D. 43.18.1.9, Ulp. 70 *ad ed.*: '*servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petuntur: sed et interdictum de his utile competit*'), un'analoga interpolazione, anche se non senz'altro volta a dedurre scorrettamente la conseguenza maggiore (la legittimazione all'*actio de servitute*) da un fenomeno minore (in D. 43.20.1.25, la legittimazione all'interdetto), in ogni caso implicante discutibili paralleli costruttivi tra la spettanza della tutela possessoria e la legittimazione alla tutela *de iure*, è presente in D. 39.1.9 (Gaius *ad ed. urb. de op. novi nunt.*: '*Creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur, permittendum est de iure, id est de servitute, opus novum nuntiare: nam ei vindicatio servitutis datur*'), dove la chiusa ('*nam ... datur*') appare vistosamente interpolata (se infatti lo stesso Giuliano, e minoritariamente, in D. 8.1.16 – cfr. *supra*, nt. 79 – riconosce al creditore pignoratizio al massimo un'azione utile – cfr. altresì D. 43.25.1.5, Ulp. 71 *ad ed.*: '*Ei quoque, qui pignori fundum acceperit, scribit Iulianus non esse iniquum detentionem servitutis dari*' –, è del resto da notare che, se quest'ultimo fosse stato in assurda ipotesi legittimato alla *vindicatio servitutis*, il problema se accordargli o meno la tutela minore della *nuntiatio* non si sarebbe infatti neppure posto; del resto, come si è visto non è affatto un caso che tali passi si occupino sempre della *vindicatio* e mai della *negatoria servitutis*). Si vedano altresì i non troppo distanti problemi di logica argomentativa – cfr. *supra*, nt. 75 – per tal verso deSTATI da D. 39.1.3.3 (Ulp. 52 *ad ed.*): '*Si ego superficiarius sim et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? movet, quod quasi inquilinus sum: sed praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutium causa actio mihi dabitur et operis novi nuntiatio debet mihi concedi*'.

²⁷⁵ Sul passo, anche in riferimento alla prima parte ('*Idem Iulianus scribit, si meus usus fructus in fundo tuo, proprietas vero tua fuerit et uterque nostrum per vicini fundum ierit, utile interdictum de itinere nos habere: et sive forte ab extraneo fructuarius prohibeatur, sive etiam a domino, sed et si dominus a fructuario, competit: nam et si quilibet prohibeat ire, interdictum adversus eum competit*'), si vedano PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 778 nt. 4 (che ritiene, nonostante le alterazioni subite dal passo, tale impostazione del tutto classica, sottolineando come non vi sia alcuna parificazione tra la legittimazione passiva all'interdetto e all'*actio de servitute*), ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 171 ss. (che peraltro considera il passo dal punto di vista del problema della legittimazione attiva), e BERGER, '*Interdictum*', cit. [nt. 6], c. 1624 (che sostituirebbe '*competit*' con '*datur*': cfr. UBLOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 261 ss.); nella letteratura più recente, oltre a BIONDI, *Actio negativa ed actio prohibitoria*, cit. [nt. 9], p. 648 s. (che stranamente reputa impossibile che Ulpiano prospettasse che un terzo qualsiasi – '*quilibet*' – potesse proibire l'esercizio della servitù, cosa a suo giudizio configurabile solo se si ha il possesso del fondo servente: cfr. anche SOLAZZI, *La tutela e il possesso*, cit. [nt. 9], p. 21, secondo cui «questa affermazione, che prescinde anche dal possesso del fondo, non è classica»), cfr. GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 139 s. (che esamina il passo dal punto di vista della propria tesi relati-

Se le attestazioni delle fonti in tal senso sono inequivoche²⁷⁶, alcuni testi testimoniano altresì come

va alla legittimazione passiva dei terzi alla *vindicatio servitutis*), MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, cit. [nt. 1], p. 54 ss. (che, espunta la «innocua e sovrabbondante» glossa '*proprietas vero tua*', trova nell'esercizio comune della servitù da parte del *dominus* e del *fructuarius* una conferma alla sua tesi – cfr. *supra*, nt. 1 – ritenendo ininfluenza – p. 161 nt. 31 *in fine* – che al *dominus* l'interdetto venga qui accordato non in quanto possessore bensì in quanto ha esercitato *hoc anno* la servitù), e CORRÈA FATTORI, *La legittimazione attiva all'interdetto de itinere actuque privato*, cit. [nt. 123], p. 88.

²⁷⁶ Cfr. tra l'altro GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 307, e FABI, *La protezione interdittale*, cit. [nt. 56], p. 134. Il problema, in ogni caso, non risulta essere stato soverchiamente approfondito dalla romanistica. Per un verso, in effetti, risulta chiaro come, in una prima approssimazione, la legittimazione passiva negli interdetti *de servitute* debba determinarsi sulla base delle parole della formula '*ab illo usus est*' ovvero '*ab illo duxisti*', viste in relazione all'ordine pretorio '*vim fieri veto*' (cfr. per taluni aspetti BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit. [nt. 41], p. 36 ss.; si veda altresì, specie in relazione a D. 8.5.18 [Iul. 7 *dig.*], PFERSCHKE, *Die Interdicte des römischen Civilprocesses*, cit. [nt. 132], p. 151 ss.), mentre l'unica ulteriore sensibile preoccupazione relativa alla legittimazione passiva che emerge dalle fonti *in sede materiae* è semmai quella di estendere l'interdetto ai successori ed agli acquirenti dei due fondi (cfr. UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 284 ss.): e per tal verso non sembrano esservi problemi ad ammettere la legittimazione dei titolari o possessori dei fondi attraversati dal sentiero o dall'acquedotto qualora tali servitù insistano, com'è possibile, su di una pluralità di terreni. Tuttavia, si deve tenere presente che in effetti una considerazione più generale delle fonti a disposizione mostra come la materia della legittimazione passiva fosse in realtà soprattutto una questione concreta affrontata dai giuristi in maniera analiticamente casistica, senza procedere a generalizzazioni né a regole definitive, venendo risolta nel contesto processuale sia in sede di *causae cognitio* pretoria sia nella fase *apud iudicem*, a seconda dei risvolti *de iure* ovvero di ordine fattuale che essa poteva presentare, soprattutto in relazione alla possibilità di un effettivo collegamento tra la posizione dell'impetrato ed i presupposti interdittali ed il conseguente ordine magistratuale (cfr. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit. [nt. 41], p. 36 ss.): in tale più ampio contesto, la stessa natura proibitoria degli interdetti *de servitute* parrebbe di per sé escludere la sensatezza di una limitazione della loro legittimazione passiva al solo possessore, tale da negare la loro esperibilità contro chiunque, a qualsiasi titolo ed in qualsiasi modo, possa attuare una *vis* diretta ad impedire il normale esercizio *non vi non clam non precario* della servitù (si pensi, in primo luogo, al detentore del fondo): e se infatti «gli interdetti *prohibitori* fondano per se stessi un obbligo *negativo* dell'impetrato, cioè l'obbligo di non fare ciò che l'editto proibisce» (UBBELOHDE, *op. cit.*, p. 260), è da considerare, rispetto al problema della legittimazione passiva relativa in generale all'azione *in rem*, che qui non si chiede al convenuto di accettare un giudizio il cui fine è di porlo davanti all'alternativa tra la *restitutio* ed una condanna pecuniaria, per cui egli può giustamente sottrarsi a tale rapporto processuale in vista della sua qualità di non possessore, ma gli si chiede semplicemente di cessare in tale suo comportamento illegittimo: per cui, se anche egli non fosse possessore del fondo, a maggior ragione questo non farebbe venir meno il suo dovere di cessare tale comportamento, dato che fino a prova contraria non si vede il titolo in base al quale egli si frappone in tal caso nell'esercizio della servitù. Tale lata legittimazione passiva è del resto propria in generale degli interdetti proibitori, in cui il pretore si limita a vietare un '*vim facere*' (o in ogni caso un '*facere*' o un '*immittere*': cfr. ancora UBBELOHDE, *op. cit.*, p. 152 s.), cosicché negli interdetti di tale tipo il presupposto del possesso non può di per sé porsi quale requisito strutturale per la legittimazione passiva: ed è infatti noto come, anche per quanto riguarda l'interdetto *uti possidetis*, si ponga il problema delle turbative che non coinvolgono il problema del possesso, a proposito del quale parte della dottrina accoglie l'ipotesi adombrata da D. 43.17.1.5 (Ulp. 69 *ad ed.*: '*Perpetuo autem hoc interdicto insunt haec: quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides*'), ossia di un interdetto *simplex* che appunto sarebbe funzionale a tali ipotesi, mentre altri autori preferiscono postulare anche per il caso di semplici turbative il rilascio del normale interdetto *duplex* (cfr. per tutti FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit. [nt. 6], p. 121 ss.). Né il fatto che gli interdetti *de servitute* presentino la peculiarità di riguardare un rapporto coinvolgente due fondi, muta sostanzialmente sotto tale aspetto la questione, dato che l'esercizio della servitù risulta fornire all'intimante il diritto di essere tutelato da qualsiasi illegittimo impedimento, sia che esso provenga dal *dominus* o dal possessore del fondo servente sia che provenga da un mero detentore, da un vicino o anche da un qualsivoglia estraneo. E in effetti, se come si è accennato in una prima approssimazione la clausola '*nec vi nec clam nec precario ab illo usus est*' (ovvero '*ab illo duxisti*') appare porre un limite alla legittimazione passiva all'interdetto, tuttavia la funzione specifica di tale *exceptio* stabile rimane in ogni caso quella di consentire al convenuto di dimostrare l'irrelevanza nei propri confronti dell'atto di esercizio '*hoc anno*' vantato dall'attore, in quanto compiuto in maniera *vitiosa* ovvero, al limite, in relazione ad un fondo cui l'impetrato non sia ricorrenza, ma questo appunto allo scopo di dimostrare per tal verso la legittimità della propria *prohibitio*, ossia dell'atto con cui l'impetrato ha impedito l'*usus servitutis* e cui l'intimante ha reagito con l'interdetto: mentre non potrebbe per nulla giovargli, né la sua *prohibitio* potrebbe essere considerata per tal verso legittima e quindi tale da sottrarsi all'ordine pretorio '*vim fieri veto*', se egli tentasse di giustificarla sostenendo che, non essendo egli possessore di uno dei fondi coinvolti nel rapporto di servitù, non si può dire che il titolare eserciti quest'ultima in maniera regolare rispetto a lui, dato che tale atto di autotutela possessoria è ammesso entro certi limiti dall'ordinamento in quanto a protezione di una posizione possessoria contro intrusioni in ipotesi ingiustificate di terzi, ma risulta del tutto ingiustificabile se posto in essere al di fuori di ambito di applicazione (e in effetti la formula, contrapponendo la posizio-

proprio a tali enunciazioni dei giuristi classici gli interventi successivi tendono a riallacciare una parallela esperibilità *erga omnes* della *vindicatio servitutis*, intervenendo anche qui con vistose glosse²⁷⁷:

D. 43.20.1.25 (Ulp. 70 *ad ed.*): *competit hoc interdictum adversus eum qui prohibet me aquam ducere, et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non. [idcircoque is] <idcirco quis (?)> tenetur tenetur interdicto: nam et <si> servitus coepit adversus quemvis posse vindicari*²⁷⁸.

ne dell'impetrato espressa dalla clausola '*nec vi nec clam nec precario ab illo usus est*' – ovvero '*ab illo duxisti*' – alla pretesa dell'intimante delineata dalle parole '*quo itinere actuque ... hoc anno ... usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto*' – o '*uti hoc anno aquam ... duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto*' –, mostra chiaramente come la pretesa del ricorrente a non essere impedito nel regolare esercizio del rapporto fondiario possa essere superata soltanto se la controparte dimostri che si tratta in realtà di un *usus servitutis* attuato nei suoi confronti – '*ab illo*' – in modo violento, clandestino o precario). Se quindi la legittimità dell'impedimento all'esercizio della servitù può risultare soltanto dalla dimostrazione che esso è avvenuto rispetto all'impetrato *vi, clam* o *precario*, ne risulta che qualora il convenuto non sia in grado di fornire tale prova, deve ubbidire senza alternative all'ordine pretorio '*vim fieri veto*' e cessare nella turbativa: con il risultato che dunque a nulla potrebbe giovargli invocare il fatto di non essere possessore del fondo (né sarebbe possibile postulare, in ipotesi, che una limitazione di tale tipo possa derivare da qualsivoglia ulteriore fattore diverso dalla *clausula vitii* ed estraneo alla struttura formulare, dato che, se così fosse e l'interdetto fosse di per sé esperibile esclusivamente contro il possessore, in tal caso le parole della formula '*ab illo*' – '*usus est*' ovvero '*duxisti*' – non avrebbero più soverchio senso, almeno nella normalità dei casi in cui il rapporto di servitù coinvolge due soli fondi, e risulterebbero senza rimedio pleonastiche e ridondanti, dato che in tale ipotesi l'interdetto sarebbe appunto esperibile esclusivamente nei confronti del soggetto, ossia del possessore, rispetto al cui fondo – '*ab illo*' – la servitù è stata esercitata, e tale specificazione si rivelerebbe senz'altro inutile). Da un punto di vista empirico, il riscontro definitivo di tale impostazione ricostruttiva è ovviamente fornita dal fatto che la servitù, com'è noto, può spettare ad una pluralità di vicini che sfruttano il medesimo *fons* o lo stesso sentiero secondo *intervalla dierum vel horarum*, con la conseguente possibilità che tali soggetti pongano impedimenti di qualsiasi genere al titolare indipendentemente dal possesso del fondo servente, per quanto le fonti pervenuteci trattino di una simile controversia soltanto a proposito di un caso particolare (D. 43.20.1.26, Ulp. 70 *ad ed.*: '*Si inter rivales, id est qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utriusque competit*': cfr. anche *infra*, nt. 298 e 304), in cui entrambi i vicini sostengono di essere titolari della servitù e tale specularità di opposte posizioni viene tradotta processualmente in un *interdictum duplex* (cfr. per tutti ancora FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 130 ss.), anche se non è mancato chi ha postulato che in realtà si tratti semplicemente di un normale interdetto *de aqua* concesso ad entrambi (si veda in tal senso W.W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from August to Justinian*, Cambridge, 1963³, p. 740 nt. 2: prospettiva che conforterebbe la mia idea – cfr. *infra*, nt. 304 – che si tratti qui di un rimedio decretale e non editale). In tale contesto, sembra dunque inevitabile concludere che, se non vi sono ragioni per limitare l'esperibilità degli *interdicta de servitute* nei confronti del solo possessore e la lite da essi risolta può riguardare anche l'impedimento recato all'*usus servitutis* da un vicino che si pretenda titolare di una servitù in collisione, anche nel caso in cui in generale, a qualsiasi titolo, un terzo impedisse il normale esercizio del rapporto fondiario, il titolare avrebbe comunque potuto reagire con il normale interdetto, inibendo ogni ulteriore molestia nell'*usus servitutis*, senza dover essere limitato dall'assenza di possesso in capo all'impetrato riguardo al fondo servente (e, si potrebbe aggiungere, senza che a lui incombesse oneri probatori di qualsiasi tipo in ordine al rapporto tra la controparte ed il fondo su cui insisteva la servitù).

²⁷⁷ Cfr. *supra*, § 2 e nt. 54 ss.

²⁷⁸ Sul passo si vedano tra l'altro UBELOHDE, *op. cit.*, p. 152 ss. e p. 282 nt. 46, BESELER, *Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, cit. [nt. 164], p. 480 («Competit <mihi> – [quis] –. [idcircoque –:] nam et [si] (Mo) – [coepit] – <potest> [posse] – »), e *Textkritische Studien*, cit. [nt. 63], p. 10 («stärker verfälscht ... nam rell. ist sachlich unklassisch», rinviando al precedente lavoro), ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie*, cit. [nt. 8], p. 117 s. (ove si evidenziano i rapporti tra l'alterazione del finale di D. 8.5.10.1 e la corruzione della chiusa di D. 43.20.1.25), e *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 168 s. e 174 (ove si sottolinea la contrarietà della chiusa con quanto affermato più fidabilmente da Ulpiano in altri luoghi: cfr. *supra*, § 1), BIONDI, *Actio negativa ed actio prohibitoria*, cit. [nt. 9], p. 644 s. (che pur nella sua peculiare tesi, rifiuta il finale del paragrafo, ritenendolo, oltre che formalmente sconnesso, privo di un congruente rapporto con quanto precede ed in contrasto con quanto affermato da Ulpiano in D. 8.5.6.3), SOLAZZI, *La tutela*, cit. [nt. 9], p. 17 s. (che pur ammettendo le vastissime corruzioni del passo tenta di difendere, secondo la propria tesi, l'esperibilità della *vindicatio servitutis* nei confronti del possessore), FABI, *La protezione interdittale*, cit. [nt. 56], p. 134 (che anche qui tenta di ricollegare l'interdetto alle servitù sorte sull'*ager publicus*: ma, come osservava Siro Solazzi, «qui la fantasia ha troppa parte»), e GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 137 ss. (che, pur riconoscendo le corruzioni del finale indicate da Vincenzo Arangio-Ruiz, come del resto anche da Siro Solazzi, lo ritiene un riassunto giustiniano del parallelo classico tra la legittimazione all'interdetto ed alla *vindicatio servitutis*: cfr. altresì *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 309, e *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici*, cit. [nt. 9], p. 8 ss. e specificamente p. 11 nt. 1, dove si ipotizza un parallelo tra le corruzioni subite dal finale di D. 43.20.1.25 e l'attuale tenore di D. 8.5.10.1). L'elemento che risulta rendere la chiusa di D. 43.20.1.25 difficilmente salvabile nel suo

Il passo, in effetti, per tal verso si presenta significativamente in un perfetto parallelismo con D. 8.5.10.pr.-1: se infatti la locuzione '*si servitus coepit*' è sovrapponibile allo '*ius aquae ducendae nactus*' attraverso il *diuturnus usus* e la *longa quasi possessio* del *principium* di quest'ultimo²⁷⁹, le parole '*adversus quemvis posse vindicari*', estendendo incongruamente alla confessoria la regola della esperibilità *erga omnes* propria dell'interdetto²⁸⁰, sono del tutto analoghe alla doppia precisazione (in buona parte di

aspetto sostanziale, in effetti, è l'incongruità ('*idcircoque is – idcirco quis (?) – tenetur tenetur interdicto: nam et <si> servitus coepit adversus quemvis posse vindicari*') di argomentare, in un senso o nell'altro, la legittimazione passiva all'*interdictum de aqua cottidiana*, che per sua natura si basa su mere circostanze di fatto ed è diretto contro chiunque '*prohibet me aquam ducere*' – che questi coincida o meno con il soggetto rispetto al quale, come reca la formula, l'intimante ha derivato l'acqua nell'anno precedente ('*ab illo duxisti*': cfr. *supra*, nt. 276) –, partendo dalla legittimazione dell'*actio de servitute*, che riguardando invece la situazione di diritto che soggiace in ogni caso (anche qualora si vogliano accettare le tesi più concessive in ordine alla legittimazione passiva ad essa) a regole diverse e risulta da determinare, soprattutto, attraverso altre vie argomentative e sistematiche.

²⁷⁹ Non è poi il caso di insistere sulla difficile genuinità del ricorso al verbo '*coepere*' ('*nam et <si> servitus coepit*'), dove l'«avere inizio» della servitù visto come fenomeno empirico slegato dalla sua costituzione («*si servitus constituta sit*») mostra una visione empiricamente concreta e non giuridica di tale evento alquanto lontana dal tecnicismo classico, tanto più se si considera che il verbo '*coepio*', nel lessico giuridico, oltre ad avere il significato comune (ampiamente riscontrabile nel lungo stralcio del *liber singulari enchiridii* di Paolo riportato in D. 1.2.2.) di «iniziare» (cfr. «VIR.», I, Berlin, 1903, sv. '*coepi*', c. 772 ss., FORCELLINI, «Lexicon Totius Latinitatis», cit. [nt. 63], I, sv. '*coepio*', p. 669, e «T.L.L.», III.6, Leipzig, 1910, sv. '*coepi*', c. 1422, II. 20 ss.) e ad essere sovente riferito all'agire processuale (D. 4.3.33, D. 5.1.49.pr., D. 5.2.6.2, D. 5.2.12.1, D. 5.2.22.2, D. 5.3.5.pr., D. 6.1.17.1, D. 10.3.6.9, D. 14.4.12, D. 17.1.7, D. 17.2.64, D. 19.1.7, D. 19.2.54.1, D. 21.3.1.4, D. 23.3.69.pr., D. 24.3.31.1, D. 25.3.1.12, D. 26.7.5.6, D. 26.7.51, D. 33.7.28, D. 34.3.5.pr., D. 34.3.28.1, D. 36.2.28, D. 37.10.3.13, D. 39.1.1.7, D. 39.2.44.pr., D. 40.12.24.4, D. 40.15.1.3, D. 41.2.12.1, D. 41.6.2, D. 42.1.15.4, D. 44.2.15, D. 44.2.30.pr., D. 46.1.41.1, D. 46.8.8.1, D. 46.8.15), viene talvolta riferito alla detenzione (D. 33.6.9.3), alla materiale disponibilità di una *res* (D. 4.6.23.1, D. 5.3.25.7, D. 31.87.pr., D. 41.1.58, D. 41.3.4.9), all'acquisto di beni a titolo originario ('*tenere coepit iure dominii*': D. 41.1.63.4; '*dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse*': D. 41.2.1.1), e soprattutto al possesso (D. 2.8.15.7, D. 2.9.2.1, D. 3.3.43.6, D. 5.1.25, D. 5.3.4, D. 6.1.27.1, D. 8.2.32.1, D. 10.4.7.4 e 6, D. 10.4.8, D. 12.1.9.9, D. 12.2.11.3, D. 29.4.27.1, D. 30.82.2, D. 36.4.5.4, D. 37.11.2.9, D. 38.9.1.6, D. 39.2.18.15, D. 41.1.40, D. 41.2.18.2, D. 41.2.40.2, D. 41.2.47, D. 41.3.4.2 e 3, D. 41.3.44.4, D. 41.3.45.1, D. 41.4.2.11, D. 42.5.33.pr., D. 43.3.1.13 e 14, D. 43.16.1.46, D. 43.16.7, D. 43.26.6.3, D. 43.26.15.5, D. 44.2.9.pr., D. 44.2.17, D. 47.2.17.3, *Vat. fr.* 12, *Iust. inst.* 2.6.12), e può venire talora riferito alla titolarità, ma avendo semmai una posizione semplicemente appositiva e complementare in locuzioni quali '*alicuius esse*', '*suum esse*' o '*dominus esse*' (D. 8.1.8.1, D. 8.6.1, D. 8.6.19.1, D. 9.4.31, D. 13.7.41, D. 15.1.52.pr., D. 15.3.10.7, D. 20.6.8.7, D. 22.1.17.6, D. 29.2.98, D. 39.2.13.11, D. 40.12.42, D. 41.1.54.3.a, D. 44.2.11.5, D. 44.2.21.3, D. 45.1.38.4, D. 45.1.140.2; '*cuius ager esse coepit*': D. 39.3.6.4, D. 47.2.37, D. 47.2.65), e mai direttamente alla *res* in quanto tale, mentre nell'ambito delle servitù e degli istituti giuridici legati ai fenomeni idrici tale verbo è d'altra parte usato per indicare l'aspetto sensibile e concreto del fenomeno (*alveus derelictus*: D. 41.1.30.2, D. 41.1.56.1, D. 43.12.1.5, D. 43.20.3.2; '*fluere coepisse*': D. 8.3.35, D. 41.1.7.4 e 5, D. 43.12.1.7, *Iust. inst.* 2.1.23; '*aquam in fundum vicini immittere coepisse*': D. 39.3.3.pr.; cfr. altresì D. 39.3.3.2 e, in relazione all'usufrutto, D. 7.1.62.1, D. 7.9.3.1, D. 33.2.26.pr.): per cui, atteso altresì che '*coepere*' si ritrova spesso usato in riferimento al decorso di termini e al verificarsi di condizioni (D. 2.13.8.1, D. 12.1.19.pr., D. 13.7.2, D. 15.1.38.3, D. 20.1.28, D. 21.1.20, D. 26.7.37.2, D. 34.3.31.5, D. 35.2.15.6, D. 35.2.30.8, D. 35.2.30.8, D. 36.1.68.2, D. 36.2.24.pr., D. 37.7.1.7, D. 38.1.34, D. 40.5.53.pr., D. 41.1.23.1, D. 44.7.44.1, D. 45.1.113.pr., D. 45.1.115.1, D. 45.1.115.2, D. 45.1.124, D. 47.2.43.12, D. 49.14.1.2, D. 50.4.8, *Gai., inst.* 3.13, *Iust. inst.* 3.2.1, 3.2.6, 3.11.4) o comunque al sorgere o finire di situazioni giuridicamente rilevanti ('*furere coepere*': D. 1.5.20, D. 2.11.2.5, D. 4.8.47.1, D. 5.1.46, D. 12.1.12, D. 15.1.7.3, D. 19.2.14, D. 24.3.22.7, D. 25.7.2, D. 26.1.3.pr., D. 29.2.48, D. 37.1.16, D. 41.2.27, D. 41.3.31.3, 4 e 6, D. 43.26.6.pr., D. 44.7.24.1, D. 46.8.24.1, *Paul. sent.* 3.1a.1; '*suae mentis esse*': D. 26.1.11, D. 26.2.10.3; '*mutus aut surdus esse*': D. 28.1.6.1, *Iust. inst.* 2.12.3; '*sui iuris esse*': D. 2.14.21.3, *Gai., inst.* 4.77 e 78; '*alieni iuris esse*': D. 47.2.41.2, *Iust. inst.* 1.16.3; '*puber* o *viripotens*': D. 36.2.30, *Gai., inst.* 1.196, *Iust. inst.* 1.22.pr.; '*fari*': D. 45.1.141.2; '*soror esse*': *Gai., inst.* 1.61, *Iust. inst.* 1.10.2; '*liber esse*': D. 3.5.18.1, D. 36.2.27.1, D. 38.2.32; '*in libertate morari*': D. 40.12.12.1; '*malae fidei possessor esse*': D. 5.3.20.11; '*in potestate esse*': D. 25.7.1.3; '*in potestate habere coeperit servum*': D. 9.4.23, D. 40.12.44.pr., *Gai., inst.* 4.77, *Iust. inst.* 4.8.5 e 6; '*locare*': D. 19.2.61.pr.; '*societas*': D. 29.2.42.1) e quindi all'usucapione (D. 10.2.14.pr., D. 41.3.7, D. 41.3.17, D. 41.3.40, D. 41.3.44.2 e 3, D. 41.4.6.2, D. 41.6.5), non sembra soverchiamente arduo ritenere che qui '*si servitus coepit*' si riferisca ad un «inizio» dell'esercizio della servitù visto più o meno in termini di possesso acquisitivo (cfr. tra l'altro D. 8.2.20.3, *Paul. 15 ad Sab.*: '*... ubi cassitare coepisset stillicidium*'), non molto diversamente da quanto avveniva, in D. 8.5.10.pr., in ordine all'acquedotto '*nactus*' in virtù del *diuturnus usus* e della *longa quasi possessio* (cfr. *supra*, nt. 63). Sul lato significativo, altresì atecnico, di '*vindicare*' – '*nam et si servitus coepit adversus quemvis posse vindicari*' – in età postclassica si veda *infra*, nt. 381.

²⁸⁰ Si vedano ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie*, cit. [nt. 8], p. 117 s. e nt. 3 (che notando le analogie tra le

origine glossematica) '*exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediatur, hac actione cum eo experiri potero*' che conclude il § 1 del frammento (anche se, come si è accennato, la parte finale potrebbe anche rappresentare forse il residuo di una notazione del testo classico relativo alla esperibilità *erga omnes* dell'interdetto, del tipo '*<nam> quicumque <usum servitutis> impediatur, <interdicto> cum eo experiri potero*': ma in ogni caso appare inutile, ai fini che qui interessano, spingersi troppo oltre in tale congettura).

A proposito di questo paragrafo, anzi, si può a questo punto finalmente osservare in modo conclusivo come, una volta espunta tale parte finale, il senso di D. 8.5.10.1 risulta, nella maniera più agevole e piana, del tutto chiaro e consono ai principii del diritto classico, soltanto sostituendo alla menzione dell'*actio* ('*hac actione*') quella dell'*interdictum*, ed ottenendo così una regola del tutto analoga a quella affermata nella parte genuina di D. 43.20.1.25 (così come a quanto affermato dal ricordato dettato di D. 43.19.3.5):

Agi autem [*hac actione*] <hoc interdicto> poterit (*ovvero: competit hoc interdictum*) non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum cum omnibus agi poterit, quicumque aquam nos ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium[. *et generaliter quicumque aquam ducere impediatur, hac actione cum eo experiri potero*].

Tale agevole correzione, in effetti, elimina immediatamente l'assurdità rappresentata dal fatto che, di fronte a qualsiasi impedimento recato all'esercizio della servitù ('... *quicumque aquam nos ducere impediunt* ...'), il titolare debba intentare l'*actio*, pur essendo in una posizione *lato sensu* possessoria (agendo per di più anche contro chi non è possessore del fondo servente), e dà ragione della esperibilità *erga omnes*, nel quadro del diritto classico, del mezzo di tutela qui considerato, consentendo così di rintracciare al di là degli interventi interpolatori – per fortuna qui piuttosto facilmente individuabili – la verosimile stesura genuina del testo.

E poiché le parole '*hac actione*' rinviano ovviamente all'*actio utilis* delineata dal *principium* di D. 8.5.10 ('*si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est ..., sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse*'), viene anche sotto tale aspetto confermato il carattere essenzialmente interpolatorio anche di quest'ultimo, il cui odierno dettato – che non sembra inventato senz'altro *ex novo* da un compilatore postclassico per suffragare in un contesto pseudo-sistematico l'*actio utilis* introdotta nel *principium* – deriva verosimilmente da un canovaccio classico il cui tenore, pur non del tutto facile da ipotizzare²⁸¹, doveva nella stesura genuina con ogni probabilità vertere anch'esso sull'*interdictum de aqua* che si ritrova nel § 1. Per tal verso, tenendo altresì presente il tentativo di ricostruzione del passo proposto da Emilio Albertario²⁸², non sembra del tutto impossibile arrivare anche qui ad una ipotesi di massima circa il generale tenore ulpiano del passo, suffragata nelle sue direttrici di fondo dal fatto che, come il § 1, anche il *principium* di D. 8.5.10 risulta assumere un senso alquanto più conforme al sistema classico relativo alla tutela processuale delle servitù se solo si so-

alterazioni subite da D. 8.5.10.1 e da D. 43.20.1.25, evidenzia l'incongruità del verbo '*coepio*' in quest'ultimo, ritenendolo – cfr. *La struttura*, cit. [nt. 9], p. 169 – di evidente «sapore triboniano» al pari del '*nam et*' che introduce la preposizione finale), e PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 777 nt. 2 e p. 779 nt. 2, che individua due glosse in '*idcircoque ... interdicto*' e in '*nam ... vindicari*'), reputando peraltro genuina la parte precedente circa la legittimazione passiva all'interdetto.

²⁸¹ Si veda in particolare LENEL, *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 374 nt. 5 (cfr. *supra*, nt. 55). Per alcune congetture si veda in ogni caso *infra*, § 16.

²⁸² '*Si quis diuturno usu <aquam duxerit>, non est necesse ei docere de iure quo aqua <ducta> est, sed <sufficit> ut ostendat <diu> nec vi nec clam nec precario <aquam duxisse>*' (cfr. *supra*, nt. 59). Va da sé, peraltro, che una simile argomentazione per introdurre la tutela interdittale della servitù sembrerebbe – a meno di non postulare un fine particolare che ormai sfugge del tutto – piuttosto sconsolante in un giurista classico. Sulla commistione postclassica tra difesa pretoria e tutela possessoria (trasformata da interdittale in procedura sommaria: cfr. *supra*, nt. 7), che tende ad essere intesa come protezione provvisoria della proprietà (cfr. *infra*, nt. 271), si veda A. BURDESE, '*Possesso [diritto romano]*' in «ED.», XXXIV, Milano, 1985, p. 464 ss. (cfr. tra l'altro SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], specie p. 85 ss. e 385 s.).

stituisce, anche qui, il riferimento all'azione con il riferimento all'interdetto, espungendo consequenzialmente i riferimenti postclassici al *diuturnus usus* e alla *longa quasi possessio*:

Si quis [diuturno usu et longa quasi possessione]²⁸³ ius aquae ducendae²⁸⁴ [nactus] <usus> sit (ovvero si quis <acquam duxisset> oppure <aquam usus sit> o anche <solitus fuit ducere>²⁸⁵), non est ei necesse docere de < suo?>²⁸⁶ iure²⁸⁷, quo aqua constituta est [, veluti <ex in iure cessione vel> ex legato vel alio modo], sed [utilem]²⁸⁸ habet (?) [actionem] <interdictum>, ut ostendat (?)²⁸⁹ [per] <hoc> anno[s forte tot usum se] non vi non clam non precario [possedis] <duxisse>.

Anche se ovviamente si è ancora ben lontani dall'eliminare ogni farraginosità postclassica dal tenore del passo, ciò che importa è che i concetti di fondo che esso esprime, una volta riferiti non più alla fantomatica *actio utilis* bensì ad un normale interdetto, appaiano in effetti alquanto più lineari e di agevole collocazione sistematica: e una conferma di tale impostazione sembra per tal verso giungere, tra l'altro, da una riconsiderazione del passo nel contesto palinogenetico ulpiano da cui esso, come si vedrà tra breve, risulta escerpito.

Al di là, quindi, dell'ovvia congetturalità di tale tentativo provvisorio di una ricostruzione di massima dell'ipotetica stesura classica del testo, sembra in ogni caso di poter affermare che la prospettiva interdittale si accordi anche qui in maniera alquanto più logica e lineare alla necessità di difendere l'uso di una servitù sinora regolarmente esercitata, in ordine alla quale non si riesce comunque a scorgere, in una prospettiva classica e formulare, perché mai il titolare dovesse ricorrere invece a una tutela in via di *actio*, con tutti i ben maggiori oneri probatori che ne derivavano: in particolare, se come si è visto parte della dottrina ha preteso di salvare un preteso nucleo sostanziale genuino del passo richiamandosi all'istituto della *vetustas*, anche per tal verso è da ribadire che la necessità di dimostrare l'esistenza della servitù attraverso l'azione – sia si trattasse della normale *vindicatio*

²⁸³) Sulla possibilità di lasciare, nel caso, un riferimento al *diuturnus usus* circa la *ductio aquae*, cfr. la nota precedente: forse sarebbe meglio, pur nel carattere ipotetico del tale ricostruzione, pensare al consueto riferimento '*hoc anno*', sempre a meno di congetturare specifiche ragioni per ricorrere a tale più ampia misura temporale, nel caso legate ad una fattispecie concreta da cui si prendevano le mosse, che ormai non possono che sfuggire.

²⁸⁴) Anche qui, l'eventuale riferimento allo *ius*, e non allo stato di fatto considerato dall'interdetto, potrebbe essere messo in relazione al fatto che, nel prosieguo del passo, si afferma l'inutilità di ricorrere all'azione.

²⁸⁵) Cfr. D. 43.20.1.35 (Ulp. 70 *ad ed.*): '*si quis hieme tantum aquam solitus fuit ducere ...*'.

²⁸⁶) Cfr. D. 43.19.3.13 (Ulp. 70 *ad ed.*): '*... non debet de iure suo docere ...*'.

²⁸⁷) Cfr. D. 8.5.2.3 (Ulp. 17 *ad ed.*): '*Pomponius dicit fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est: alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur: quod et Iulianus libro quadragensimo octavo digestorum scribit ...*' (cfr. J. CUJAS, *Salvi Juliani Recitationes Solemnes, ad l. XLVIII dig. Iul., D. 8.5.2.3, in Opera*, cit. [nt. 17], IV, c. 1082: «quia in vindicatione quaeritur de iure, id est, an actoris competat jus servitutis, quod certe fructuario non competit: in interdicto de itinere quaeritur de usu, de possessione, de facto, an qui eo interdicto experitur, hoc anno itinere usus sit. proinde si eo usus sit fructuarius, facile ei dabitur interdictum»: cfr. anche *Recitationes Solemnes, in l. VIII, in tit. V, ad l. I, II, III, D. 8.5.1 ss., in Opera*, cit., III, c. 333 ss.). Oltre a PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, cit. [nt. 9], p. 145 e nt. 5 (che espunge da '*alibi enim de iure*' sino a '*interdicto quaeritur*': cfr. *supra*, nt. 18), si vedano SEGRE, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 520 ss. (che pur dubitando, come Muzio Pampaloni, dell'assoluta genuinità di tutto il tratto da '*alibi enim de iure*' a '*quaeritur*', si limita ad espungere '*id est in confessoria actione*'), F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, II, *L'antitesi «Ius-Factum» nelle fonti giustiniane* (1914), in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1960, p. 398, e RODGER, *Actio Confessoria*, cit. [nt. 9], p. 206 (si vedano altresì BETANCOURT, *So-bre la pretendida transmisibilidad de los interdictos*, cit. [nt. 1], p. 55 nt. 24, e KASER, '*Ius honorarium*' und '*Ius civile*', cit. [nt. 1], p. 97 nt. 438). Cfr. di recente CORREA FATTORI, *La legittimazione attiva all'interdetto de itinere actuque privato*, cit. [nt. 123], p. 79 nt. 12.

²⁸⁸) Sulla possibilità di ipotizzare in generale, per tal verso, un interdetto nel discorso recato da Ulpiano nel libro LIII *ad ed.*, donde il passo è tratto, si veda *infra*, § 12.

²⁸⁹) Sulle difficoltà di tale costruzione ('... *habet ... ut ...*'), cfr. *supra*, nt. 55 (nonché nt. 58 s.), le osservazioni di PEROZZI, *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 248 s., che proponeva di correggere ricorrendo a '*sufficit*' («se qualcuno ha esercitato lungamente il diritto di condurre l'acqua, non ha bisogno di dimostrare il modo con cui lo acquistò; ma '*sufficit ut ostendat per annos forte tot usum se esse [sc. servitute, aqua] non vi non clam non precario*»). Del resto, difficilmente classico risulta altresì il ricorso al verbo '*ostendo*' (si veda, in C.I. 3.34.7, la locuzione '*si manifeste doceri*': in relazione ad espressioni tipicamente triboniane di questo tipo, si veda in breve BONFANTE, *Storia del diritto romano*, cit. [nt. 63], II, p. 159 s.).

sia di un'*actio utilis* – non sarebbe sorto sinché la servitù fosse stata regolarmente esercitata, e si sarebbe semmai presentato quando il titolare non disponesse più di una situazione *lato sensu* possessoria da tutelare in via di fatto attraverso l'interdetto, risultando quindi costretto a dimostrare *de iure*, in sede appunto di azione, la sua esistenza. Per tal verso, è da considerare come, anche rispetto alla normale prova del diritto fornita mediante il titolo costitutivo, la dimostrazione della sua esistenza attraverso la immemorialità del suo esercizio si presenti di per sé in ogni caso pur sempre difficile ed aleatoria, dato che è sufficiente che qualcuno tra i testimoni ricordi che un proprio ascendente gli abbia riferito che una volta la situazione fondiaria era diversa e che allora la servitù non esisteva per fallire in tale dimostrazione e perdere la lite²⁹⁰; se quindi in un contesto relativamente ordinato ed

²⁹⁰ Si veda D. 22.3.28 (Lab. 7 *pith a Paul. epit.*): '*Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exstet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit id opus factum esse. PAULUS: immo cum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis exstet nec ne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit: et hoc ita, quod Graece dici solet "n pl Etei. enim potest hoc memoria non teneri: intra annum puta factum, cum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus consulibus id viderit, sed cum omnium haec est opinio nec audisse nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent: et hoc infinite similiter susum versum accidet, cum memoria operis facti non exstaret'*. Sul passo (cfr. tra l'altro il corrispondente *Bas.* 22.1.28 e il relativo *sch.* 1: HEIMBACH, II, cit. [nt. 8], p. 480), considerato specie dalla dottrina più antica assai corrotto nonché uno dei più difficili del titolo cui appartiene in vista della sua controversa lezione (per gli aspetti testuali cfr. l'*editio maior* Theodor Mommsen *ad h.l.* – «Digesta Iustiniani Augusti», cit. [nt. 99], I, p. 648 nt. 2 – e la ricordata [nt. 164] edizione «milanese», p. 514 nt. 8 ss., nonché P. PESCANI, *Origine delle lezioni della Littera Bononiensis superiori a quelle della Littera Florentina*, in «BIDR.», LXXXV, 1982, p. 276), si vedano GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], XXII.3, *De probationibus et praesumptionibus*, 1906 (cur. L. GIANTURCO), p. 340 ss. e – in relazione alla dottrina più antica – nt. 49 ss., BURCKHARDT, *De aqua et aquae pluviae arcendae*, cit. [nt. 71], p. 272 ss., BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], I, p. 497 e nt. 1 (che trova il passo una «legge diffusa e assai corrotta»), SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, cit. [nt. 70], p. 90 s. (che sottolinea il nesso tra il passo e i problemi connessi all'*actio aquae pluviae arcendae*, definendo peraltro «alquanto verboso» il commento di Paolo), G. LONGO, *Onus probandi*, in «AG.», CXLIX, 1955 p. 96 – che ritiene tutta la seconda parte del testo, da '*... et hoc ita ...*' alla fine, una «inserzione posteriore» che «verosimilmente si innesta su precedenti glossemi», quali in particolare il riferimento al modo di dire greco –, G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln - Graz, 1957, p. 168, G. PUGLIESE, *La preuve dans le procès romain classique* (1964), in *Scritti giuridici scelti*, I, cit. [nt. 30], p. 296 s., NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 49 ss. e nt. 18 e p. 52 s. (che individua nel passo elementi per rintracciare due diversi punti di vista della giurisprudenza in ordine ai requisiti dell'*opus* considerato dall'*actio aquae pluviae arcendae*: sulle tesi di Dieter Nörr circa i rapporti tra *lex agri* e *vetustas* cfr. SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*, cit. [nt. 70], p. 104 ss., che – p. 108 – ritiene invece che «la precisazione di Paolo appare [...] più come una puntualizzazione del pensiero di Labeone che come il frutto di una polemica con giuristi che sostenevano opinioni diverse»), J.A.C. THOMAS, *Pithanon Labeonis a Paulo epitomatorum libri VIII*, in «Daube noster. Essays D. Daube», Edimburgh - London, 1974, p. 320 (che vede un atteggiamento polemico nel commento di Paolo), M. TALAMANCA, *I «Pithana» di Labeone e la logica stoica*, in «Iura», XXVI, 1975, p. 36 s. e nt. 103, p. 37 e nt. 104 (per il quale si tratterebbe forse qui di uno dei rari casi in cui la critica di Paolo appare investire nel suo complesso la decisione di Labeone), SITZIA, *op. ult. cit.*, p. 11 e nt. 44 e 107 s. (che sottolinea anch'egli lo stretto rapporto del passo con l'*actio aquae pluviae arcendae*, ritenendo che Paolo si limiti a precisare la spiegazione di Labeone: cfr. la ricordata [nt. 73] recensione di R. VIGNERON, p. 291 e nt. 50, nonché, sempre di Francesco Sitzia, *Aqua pluvia*, cit. [nt. 70], p. 128 nt. 104), A. MAGDALAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Roma*, in «RIDA.», 3^a s., XXVII, 1980, p. 236 (sull'*arbiter* dell'*actio aquae pluviae arcendae*), V. GIUFFRÉ, «*Necessitas probandi*». *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli, 1984, p. 47 nt. 17 e p. 61 ss. (che, al pari di Francesco Sitzia, accetta senza soverchi problemi il dettato sostanziale del passo, ponendo a fuoco gli aspetti che distinguono il dettato laboeniano da quello di Paolo, senza che essi peraltro risultino in contrasto tra loro), W. FORMIGONI CANDINI, *Paolo e Labeone. Un contrasto apparente*, in «AUFE.», n.s., I, 1987, p. 179 ss., e *PIOANWIN a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Paolo*, Milano, 1996, p. 40 ss. (secondo la quale nulla fa ritenere che Paolo, pur precisando l'asserto laboeniano nella parte in cui si afferma '*an aliquis meminerit*', abbia espresso un giudizio negativo sul criterio seguito da Labeone nell'esprimere tale parere), RODGER, *The Palingenesia of Paul's Commentary*, cit. [nt. 72], p. 727 e nt. 10, e MANNINO, *La tolleranza dell' «usus iuris»*, cit. [nt. 57], p. 108 ss. e 126 ss. (che pretende di scorgere una netta differenziazione tra quanto affermato da Paolo in D. 22.3.28 rispetto a quanto egli [49 *ad ed.*] professa in D. 39.3.2.pr. – '*in summa tria sunt, per quae inferior locus superioris servit, lex, natura loci, vetustas: quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa*' – che lo porta a ritenere – p. 128 – quest'ultimo passo un «riassunto compilatorio di un più ampio ragionamento del giurista classico» in cui i giustinianeî avrebbero compiuto – p. 149 – «una generalizzazione» del suo pensiero originario, così da fare della *vetustas*, al pari della *lex agri* e della *natura loci*, «un elemento idoneo a giustificare in sé un certo assetto del suolo e la connessa legittimazione all'*actio aquae pluviae arcendae*»: circa tale curiosa tesi – il cui fine è quello di salvare nientedimeno che la classicità di quanto recato da Ulpiano nel come si è visto alquanto corrotto D. 39.3.2.23 in ordine alla *longa consuetudo* da cui sorge una *quasi servitus* da considerare *velut iure imposita* – è qui sufficiente rinviare

alle critiche recate, in relazione alla prima edizione di tale ricerca – *La tolleranza dell' «usus servitutis»*, cit. [nt. 57], p. 83 ss. e 103 – da SITZIA, *Aqua pluvia*, cit., p. 128 nt. 104). In ogni caso, in D. 22.3.28 (di cui l'inserimento nella rubrica '*de probationibus et praesuntionibus*' dei *Digesta* appare attestare il valore tecnicistico nel quadro dei criteri secondo cui valutare la sussistenza della *vetustas*: contro l'opinione negativa di G. LONGO, *op. ult. cit.*, p. 96 – che rifiutando tutta la seconda parte del passo non può in effetti ritenere il dettato risultante da tale ricostruzione appunto di argomento processuale –, si vedano PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 360 s., e GIUFFRÈ, *op. ult. cit.*, p. 47 ss. e p. 61 s., nonché in generale, in ordine al titolo D. 22.3, U. ZILLETTI, *Studi sulle prove nel diritto giustiniano*, in «BIDR.», LXVII, 1964, p. 167 ss. e in particolare p. 180 ss., e U. BRASIELLO, '*Istruzione del processo [diritto romano]*', in «ED.», XXIII, cit. [nt. 66], p. 134 s.), Paolo afferma, specificando la posizione di Labeone (cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], I, c. 534 e nt. 1, che intitola appunto «*de aqua pluvia arcenda*» il luogo in cui collocare il frammento labeoniano), che non si può parlare di *opus vetus* quando vi sia persona che, direttamente o per averlo sentito dire, possa ricordare il tempo in cui l'*opus* è stato fatto, e quindi – secondo prospettive che possono ritenersi comuni anche agli altri giuristi – quando se ne possa provare la conformità o meno a una *lex agri* (caso in cui non si sarebbe potuto parlare di immemorabile: si veda SITZIA, *Ricerche*, cit., p. 109 e nt. 122 – «non abbiamo diversi elementi sufficienti per ritenere che altri giuristi adottassero criteri diversi» –, e, in relazione a NÖRR, *Die Entstehung*, cit., p. 51, e al rapporto tra *opus vetus* ed *opus* legittimato dalla *lex agri* nel contesto dell'*actio aquae pluviae arcendae*, nt. 123): la *vetustas* sussiste soltanto qualora non vi sia nessun testimone che abbia visto o sentito nulla circa il compimento dell'opera, e neppure vi sia taluno che abbia parlato con persone che avessero visto o sentito dire di tale evento (cfr. GIUFFRÈ, *op. ult. cit.*, p. 64 s.). Anche se questo non toglie che, come si diceva nel testo, la posizione di chi ricorre alla prova dell'immemorialità del rapporto fondiario sia in ogni caso alquanto più ardua ed aleatoria non solo paragonata alla mera dimostrazione dell'esercizio avvenuto '*hoc anno*', com'è ovvio, ma altresì rispetto a quella di chi possa disporre della positiva prova della costituzione della servitù, il concetto di '*vetustas*', in linea di principio, non risulta dunque connesso ad alcuna precisa quantificazione temporale: è infatti chiaro come di un *opus* può non *exstare memoria* già a pochi anni dal suo compimento ('... *intra annum puta factum, cum interim nemo sit eorum, qui meminerit* ...'), mentre di un altro *opus* può invece conservarsi il ricordo per un tempo assai lungo e a distanza di varie generazioni (cfr. SARGENTI, *L'actio*, cit., p. 90; sulla prova per testimoni – cfr., per l'epoca più risalente, G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico* [1960], in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, in particolare p. 173 ss. – si veda in generale PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 360 s.: sul ruolo dei vicini nelle controversie agrimensorie si veda tra l'altro F. GALLO, '*Pubblicità [Diritto romano]*', in «ED.», XXXVII, cit. [nt. 220], p. 972 s., e *La pretesa pubblicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, in «SDHI.», XXIII, 1957, p. 208 ss. – in riferimento alle teorie di F. PRINGSHEIM, *Le Témoignage dans la Grèce et Rome archaïque*, in «RIDA.», 3^a s., VI, 1951, p. 161 ss., che enfatizza la funzione non solo testimoniale, ma altresì di garanti, propria dei *testes* –, p. 227 s. e nt. 143 – sulla nascita del principio della pubblicità dei diritti reali in senso proprio in epoca costantiniana – e p. 250 ss. – sul ruolo dei vicini nella riforma costantiniana dei trasferimenti immobiliari –, nonché PALMA, *Donazione e vendita «advocata vicinitate»*, cit. [nt. 63], p. 482 ss.: sulla funzione dei vicini, insieme con amici e servi, nello spoglio della *possessio* e la tutela da essi esercitata *nomine absentium* in C.Th. 4.22.1 [Constantin., a. 326] cfr. SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 107 ss.; sulla natura degli '*arbitri*' chiamati a dirimere tali liti – cfr., in relazione a D. 22.3.28, BROGGINI, *Judex arbiterve*, cit., p. 168 – si veda BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, cit. [nt. 70], p. 193 ss.: cfr. altresì, per alcuni aspetti, ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 229 ss.). Per tal verso, in relazione ai rapporti di tale figura con l'usucapione nonché con l'*usus servitutis*, si può tra l'altro notare altresì come la *vetustas* risulti così nozione alquanto relativa ed elastica, che non appare di per sé contrapposibile e in quanto tale estranea al *biennium* in origine preso in considerazione ai fini dell'acquisto per *usus* della servitù: e a tale proposito non appare ultroneo richiamare la relativa modestia delle *operae* sovente sufficienti all'esercizio di una servitù d'acqua (guardando, ovviamente, alle normali ipotesi di acquedotti posti in essere attraverso semplici canalizzazioni nel terreno o in ogni caso mediante impianti di relativa semplicità, e non certo alle più complesse opere talora impiegate a tale scopo nel mondo romano, su cui non è qui il caso di soffermarsi), che riduceva pressoché al minimo – specie se non vi era stata alcuna reazione alla loro installazione da parte del *dominus* del fondo servente – il tempo necessario a far perdere ogni sicuro ricordo del momento in cui esse erano state poste in essere, nel caso anche in relazione a precedenti episodi di esercizio irregolare di cui poteva non essere più possibile dimostrare il carattere *vi, clam* o *precario* (sul carattere relativamente continuo della *reflectio* e della *purgatio* nelle servitù idriche – specie rispetto alla manutenzione delle servitù di passaggio – cfr. in breve ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit. [nt. 18], p. 643 ss.), rendendo così, nella prassi quotidiana, la considerazione del fattore temporale non soverchiamente diversa sia che si trattasse di dimostrare l'esistenza della servitù tramite la *vetustas* delle *operae* sia che si vertesse dell'acquisto per *usus* del diritto attraverso il suo esercizio. Anche per quanto riguarda l'aspetto temporale, i due istituti non potevano così che tendere in buona parte a sovrapporsi se non a confondersi, ponendo in secondo piano l'apparentemente netta distinzione tra il criterio dell'immemoriale (*opus cuius memoria non exstat*) e quello del semplice biennio necessario all'acquisto per *usus* della servitù. A tale ultimo riguardo appare del resto chiaro che, potendolo fare, la parte avrebbe teso a dimostrare che l'esercizio si era protratto non solo per il biennio minimo ma per quanto più tempo possibile, dando così maggiore «*auctoritas*» alle proprie pretese circa l'avvenuta usucapione della servitù – così come, agendo con l'interdetto, l'intimante avrebbe teso a dimostrare, se possibile, non solo l'atto di esercizio avvenuto '*hoc anno*', pur sufficiente ai fini della formula, ma un esercizio quanto più possibile risalente della servitù –, mentre viceversa, anche per quanto riguarda la *vetustas* non era sempre imprescindibile che il tempo ri-

entro certi limiti giuridicamente sicuro la prova del diritto attraverso la *vetustas* doveva costituire l'*extrema ratio* di chi non poteva più attestare l'atto costitutivo e non aveva quindi altre vie a disposizione, soluzioni processuali quali quelle adombrate in D. 8.5.10 e in D. 39.3.1.23 dovettero apparire comunque non convenienti finché la *vetustas* rimase, quale alternativa alla prova del titolo, quella classica imperniata sul concetto di «immemoriale», e dovettero verosimilmente diventare utilmente percorribili soltanto quando, in un contesto molto più tardo, la *vetustas* in senso proprio venne sostituita da più elastiche e meno impegnative nozioni quali il '*diuturnus usus*' e la '*longa possessio*'²⁹¹: fenomeno che d'altra parte, anche dal punto di vista della ripartizione degli oneri probatorii nel processo, appare accompagnato nel mondo postclassico da più indistinte ripartizioni ispirate, piuttosto che alla linearità classica in linea di massima giocata, pur nella discrezionalità dell'organo giudicante, sulla distinzione tra fatto costitutivo ed elementi opposti in via di eccezione²⁹², ad empiriche pro-

chiesto dovesse in concreto spingersi molto indietro negli anni, secondo la comune nozione di «immemoriale». Sembra quindi verosimile che, prima della *lex Scribonia* (cfr. *supra*, nt. 66) nel dare la prova dell'acquisto per *usus* della servitù si tendesse, specie in materia di acque, a dimostrare quando possibile l'eventuale risalenza delle *operae* esistenti, oltre che l'esercizio almeno biennale del diritto: così come, nell'ambito della prova della *vetustas*, non doveva apparire inutile dimostrare, oltre alla risalenza immemoriale delle *operae*, l'effettivo esercizio del diritto per il maggior arco temporale possibile (si veda tra l'altro BRUGI, *Scopo e forme della servitù aquaeductus*, cit. [nt. 71], p. 192 ss.), al pari di quanto doveva avvenire, come si è accennato, nella procedura interdittale. Oltre a D. 22.3.28, si veda anche D. 39.3.2.8 (Paul. 49 *ad ed.*): '*Idem Labeo ait, cum quaeritur, an memoria exstet facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum esse, hoc est, si factum esse non ambigatur: nec utique necesse esse superesse qui meminerit, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint*' (sul passo si vedano, per la critica interpolazionistica – cfr. «VIR.», IV, cit. [nt. 37], sv. '*non*', c. 226, 13 – BESELER, *Romanistische Studien*, cit. [nt. 41], p. 29 – che propone di sostituire '*ad liquidum exquirendum*' con '*quaerendum*' –, e BEITRÄGE, II, cit. [nt. 63], p. 29 – ove, trattando di '*ambigere*', si espunge l'inciso '*hoc est, si factum esse non ambigatur*' –, e F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen* (II), in «ZSS.», XXIV, 1890, p. 12, a proposito del carattere interpolatorio ovvero postclassico e glossatorio della frase '*... hoc est ... ambigatur ...*'; nella letteratura più recente, cfr. SARGENTI, *L'actio*, cit., p. 90, THOMAS, *Pithanon Labeonis a Paulo epitomatorum libri VIII*, cit., p. 320 s., NÖRR, *Die Entstehung*, cit., p. 52, SITZIA, *Ricerche*, cit., p. 108 ss., TALAMANCA, *I «Pithana» di Labeone*, cit., p. 37 nt. 104, F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit. [nt. 56], p. 146, e RODGER, *The Palingenesia of Paul's Commentary*, cit., p. 727 e nt. 10).

²⁹¹ Si veda in particolare C.I. 3.34.7 (Diocl. Max., a. 286): '*si manifeste doceri possit ius aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis inrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque sollemnem morem innovetur, providebit*' (cfr. BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 468 e nt. 3, ALBERTARIO, *La protezione pretoria*, cit. [nt. 55], p. 484 e nt. 2, SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 177 s., BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 278, GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 191 s. e 213, U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra 'res nullius' e 'res nullius in bonis' e la distinzione delle 'res' pseudo-marciane*, I, Milano, 1979, p. 395 e 401, J. PLESCIA, *The Roman Law on Waters*, in «Index», XXI, 1993, p. 449 e nt. 75 – sul carattere pubblico e sulla regolamentazione mediante permessi delle acque qui considerate –, MANNINO, *La tolleranza dell' «usus iuris»*, cit. [nt. 57], p. 112 ss. e LAZARO GUILLAMON, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 101 s.). In ordine all'eventuale carattere giustiziano del riferimento alla '*vetus forma*' – che in ogni caso non inficerebbe l'impostazione generale della costituzione – si veda *infra*, nt. 322 (nulla a proposito di questa costituzione risulta segnalato, comunque, dall'«Index Interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur» [Köln - Wien, 1969, p. 68] curato da Gerardo Broggin).

²⁹² Oltre a GIUFFRÉ, «*Necessitas probandi*», cit. [nt. 290], p. 57 ss. e 169 ss., e a BISCARDI, *La nuova proprietà*, cit. [nt. 6], p. 311 s., si vedano in generale soprattutto G.G. ARCHI, *La prova nel diritto del Basso-Impero* (1961), in *Scritti di diritto romano*, III, cit. [nt. 248], p. 1856 s., e (contro le prospettive di LEVY, *Beweislast im klassischen Recht*, cit. [nt. 9], p. 155 ss. – che tende a riportare tale ripartizione dell'onere probatorio al sistema della *cognitio extra ordinem* –, e in maniera più sfumata, di M. KASER, *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß*, in «ZSS.», LXXXIV, 1954, p. 221 ss., secondo i quali, in linea di massima, il diritto classico non ebbe regole definitive in ordine alla ripartizione dell'onere della prova, mentre anche nel caso che questo venisse addossato ad una parte ciò non avrebbe dispensato l'altra, nel caso che la prima avesse fallito, dalla dimostrazione di tale fatto, potendo il giudice richiedere anche a lei la prova e nel caso pronunciare contro di essa) G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per «formulas»*, cit. [nt. 30], p. 179 ss., *Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano «per formulas»*, in «Studi G.M De Francesco», Milano, 1957, I, p. 535 ss., e *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, cit. [nt. 290], p. 342 s. e nt. 1 e *passim* (su tale *dissensio* si veda A. WACKE, *L'onere della prova nella procedura civile romana [secondo l'interpretazione di Giovanni Pugliese]*, in «Incontro con Giovanni Pugliese», cit. [nt. 217], p. 1 ss.). Contro le prospettive di Giovanni Pugliese, cfr. altresì già G. LONGO, *Onus probandi*, cit. [nt. 290], specie p. 98 s., *Nuovi contributi in tema di «onus probandi»*, in «Iura», VIII, 1957, p. 43 ss., *L'onere della prova nel processo civile romano*, in «Iura», XI, 1960, p. 149 ss., e *Postille e repliche critiche sull' «onus probandi»*, in «Scritti P.E. Bensa», Milano, 1969, p. 161 ss. (secondo il quale le fonti romane ignorano il criterio della distribuzione legale dell'onere della prova, e tutte quelle che affermano il contrario sarebbero inter-

spettive equitative in cui, di fronte alla dimostrazione non completa della propria pretesa fornita dall'attore, si tenderà tra l'altro a chiedere al convenuto una almeno parziale prova di segno contrario idonea a colmare tale vuoto istruttorio facendo superare ogni dubbio dell'organo giudicante e consentendo così di respingere l'azione contro di lui intentata, in un atteggiamento generale improntato alla necessità di raggiungere con ogni mezzo, anche al di là delle antiche regole in materia – ancora ribadite, in relazione al rapporto tra proprietà e possesso, da Caracalla e Diocleziano²⁹³ –, l'accertamento della verità²⁹⁴, come esemplarmente avviene in una costituzione di Costantino del 325 d.C. in cui si prescrive che nella rivendica, se l'attore non riesce a dare piena prova del suo diritto, egualmente il convenuto deve fornire una giustificazione del suo possesso²⁹⁵. Si tratta di pro-

plate), nonché J.Ph. LEVY, *La formation de la théorie romaine des preuves* (1949), in *Autour de la preuve dans le droites de l'antiquité*, Napoli, 1992, p. 3 (cfr. peraltro, circa il principio – Gell., *noct. Att.* 14.2.21 e 26 – per cui il giudice dovrebbe, in mancanza di prove, decidere a favore del 'vir melior', ID., *Cicéron et la preuve judiciaire* [1959], ivi, p. 32 s.). Sull'onere della prova specificamente in relazione alla *exceptio*, cfr. PALERMO, *Studi sulla exceptio nel diritto romano classico*, cit. [nt. 24], p. 97 ss. Si veda anche, in generale, H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Paris, 1964, p. 34 ss.

²⁹³ Cfr., in riferimento a C.I. 4.19.2 e a C.I. 8.1.3, FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit. [nt. 6], p. 104 e nt. 294 e p. 115 ss.

²⁹⁴ Si vedano soprattutto J.Ph. LEVY, *La formation de la théorie romaine des preuves*, cit. [nt. 292], p. 13 ss., ARCHI, *La prova nel diritto del Basso-Impero*, cit. [nt. 292], p. 1855 ss. e *passim* (cfr. ID., *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale*, cit. [nt. 248], p. 1798) e GIUFFRÈ, «*Necessitas probandi*», cit. [nt. 290], p. 160 ss.

²⁹⁵ C.Th. 11.39.1: '*Etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus, ut, si quando talis emerit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur*'. Sulla costituzione – definita «cosa da pazzi» da Pietro Bonfante (*L'equità* [1923], in *Scritti giuridici vari*, IV, Roma, 1925, p. 128) e non a caso, nota Vincenzo Giuffrè (*op. ult. cit.*, p. 163), non recepita dal Codice giustiniano – si vedano in generale (non è qui possibile entrare nei più puntuali problemi che essa pone) L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in dem östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, p. 499 ss. e specificamente p. 503 e nt. 1, E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, p. 163 s., G. LONGO, *L'onere della prova*, cit. [nt. 292], p. 180, e *Postille e repliche*, cit. [nt. 292], p. 171 s., che contro Giovanni Pugliese – *Per l'individuazione dell'onere della prova*, cit. [nt. 292], p. 553 ss. – ritiene che la costituzione non proverebbe affatto che prima di Costantino vigesse una *necessitas probandi* riformata da tale imperatore nel senso di un sistema di libertà di formazione del convincimento del giudice: cfr. *supra*, nt. 292), E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 232 ss., e *Beweislast im klassischen Recht*, cit. [nt. 9], p. 174 s. e 177 (secondo cui – cfr. ancora *supra*, nt. 292 – si tratterebbe di un'attenuazione dei principii sviluppatasi nella *cognitio extra ordinem*, poi superati da Giustiniano ritornando ai principii ribaditi da Arcadio in C.Th. 11.39.12 – cfr. C.I. 3.31.11 –, anche se a suo avviso già classicamente la ripartizione dell'onere della prova non sarebbe stato soverchiamente rigido), A. BISCARDI, *Processo civile e processo penale nella elaborazione dogmatica dei classici*, Siena, 1960-1961, II, p. 26 s., e *La nuova proprietà*, cit. [nt. 6], p. 311 ss. e 339 (secondo cui tale costituzione rispecchia lo sfaldamento della figura unitaria della proprietà: cfr. PUGLIESE, *loc. ult. cit.*), CANNATA, '*Possessio*' *possessor*' *possidere*', cit. [nt. 6], p. 100 s. e 124 ss. (secondo cui alla ripartizione dell'onere della prova posta da C.Th. 11.39.1 va in ogni caso riconosciuta una specifica funzione: cfr. tra l'altro BRETONNE, *Volgarismo e proprietà postclassica*, cit. [nt. 254], p. 203 e nt. 33), PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per «formulas»*, cit. [nt. 30], p. 186 e 245 ss., F. WIEACKER, *Volgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955, p. 36 s., B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, p. 102 s. (secondo cui l'imporre di accertare la legittimità del possesso mostra la volontà del legislatore di raggiungere «una giustizia più alta»), G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano* (1943), in *Scritti di diritto romano*, III, cit. [nt. 248], p. 1796 ss., *La prova nel diritto del Basso-Impero*, cit. [nt. 292], p. 1862 ss., *Milano capitale e la legislazione imperiale postclassica*, in «BIDR.», XCI, 1988, p. 102 e nt. 39 (con perplessità circa l'ambito di applicazione della costituzione), e *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, p. 51 ss. (cfr. le recensioni di J. GAUDEMET, in «SDHI.», XXXVI, 1970, p. 437, e di K.-H. SCHINDLER, in «ZSS.», CV, 1975, p. 388), H. KIEFNER, *Klassizität der 'probatio diabolica'?*, in «ZSS.», XCIV, 1964, p. 218 (sulla contrapposizione di tale regola al *ius vetus*), G. STÜHFF, *Volgarrecht im Kaiserrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung Konstantins des Grossen*, Weimar, 1966, p. 92 s., 101 s., 114 s. e 119 (che, tendendo a rintracciare le origini del «Volgarrecht» – p. 91 ss. – nell'epoca costantiniana e nei fattori operanti all'inizio del IV secolo nel mondo giuridico ed in particolare nella legislazione – dal cristianesimo all'ellenismo alla retorica – che tuttavia non sarebbero di per sé da considerare elementi determinanti in tal senso, contesta – p. 114 s. – l'idea di Ernst Levy secondo cui C.Th. 11.39.1 sarebbe il risultato della vittoria del volgarismo della prassi sulle barriere del tecnicismo giuridico e – p. 120 s. – tende invece a spiegare le caratteristiche di tale costituzione in vista del carattere innovativo della legislazione costantiniana, delle sue scarse preoccupazioni scientifiche e della scarsa preparazione giuridica dei membri della cancelleria imperiale: cfr., critica, la recensione di C.A. CANNATA, in «SDHI.», XXXII, 1966, specie p. 399, 400 e 403, nonché L. LABRUNA, *Il diritto volgare e Costantino*, in «Labeo», XV,

1969, p. 360), D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess*, München, 1969, p. 152 (cfr. la recensione di G. PROVERA, in «Iura», XXI, 1970, p. 217), LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*, cit. [nt. 62], p. 331 (che non sembra intendere fino in fondo la portata della costituzione), R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 81 nt. 56 (sul significato di 'iuris definitio' in C.Th. 11.39.1, da intendere nel senso di 'regula iuris'), P. STEIN, *Regulae iuris. From Juristic Rule to Legal Maxims*, Edimburgh, 1966, p. 113 s. (che rintraccia la *veteris iuris definitio* di cui parla il testo nella *regula iuris – generalis* – menzionata da Paolo in D. 22.3.25.2, 'ei incumbit probatio qui dicit'), G. SANTINI, *Ricerche sulle «exceptiones legum romanarum». Contributo alla storia dei «libri legales» e delle «scuole giuridiche» di età preirineriana.*, Milano, 1969, p. 30 s. e nt. 12 e p.147 s. (cfr. la recensione di J. GAUDEMET, in «RHD.», XLVIII, 1970, p. 651), C. DUPONT, *Constantin et les constitutions impériales*, in «Studi Volterra», cit. [nt. 82], I, p. 557, e *La procédure civile dans les constitutions de Constantin. Traits caractéristiques*, in «RIDA.», 3^a s., XXI, 1974, p. 201 s. (che si richiama ad Ernst Levy, pur sottolineando – nt. 66 – le implicazioni di rottura dell'inizio di C.Th. 11.39.1: 'etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus...'), E. VOLTERRA, *Sul contenuto del Codice Teodosiano*, in «BIDR.», LXXXIV, 1981, p. 108 s., P. SILLI, «Aequitas» ed «*pie-keia*» nella legislazione giustiniana, in «SDHI.», L, 1984, p. 337 e nt. 154, e *Mito e realtà dell' «aequitas christiana». Contributo alla determinazione del concetto di «aequitas» negli atti degli «scrinia» costantiniani*, Milano, 1980, p. 51 ss. (che, sulle orme di GODEFROY, *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis*, cit. [nt. 123], IV, p. 333, a.h.l., tenta di limitare l'ambito di applicazione della costituzione: cfr. le recensioni di P.C. KOP, in «T.», LII, 1984, p. 162, e di W. WALDSTEIN, in «ZSS.», CXV, 1985, p. 645 e nt. 6 e p. 648 e nt. 18), N. PALAZZOLO, *Crisi istituzionale e sistema delle fonti dai Severi a Costantino*, in «Società romana e impero tardoantico», I, «Istituzioni ceti economie», Roma - Bari, 1986, p. 67 s., F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto* (1988), in *Opuscola selecta*, cit. [nt. 199], p. 625 nt. 59, M. MARRONE, «Rivendicazione (diritto romano)», in «ED.», XLI, Milano, 1989, p. 27, SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 162 ss., e FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit. [nt. 6], p. 104 ss. (cfr. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. [nt. 1], p. 486 s. e nt. 21, e *Das römische Privatrecht*, cit. [nt. 1], II, p. 292 e nt. 8: cfr. la recensione a quest'ultima opera di M. TALAMANCA, in «BIDR.», LXXIX, 1976, p. 335 s.). Si veda anche C.Th.11.39.12 (Arc. Hon., a. 396[?]: 'Cogni possessorem ab eo qui expetit titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut, ratione praepostera petitor ab eo quem pulsat informari suas postulet actiones, cum omnem probationem exigere oporteat ab eo, qui vindicare nititur, non ab eo, qui se iuste tenere contendit? Intentanti namque, non suscipienti probationem necessitas imponenda est praeter eum, qui edicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat'; cfr. in ogni caso anche la relativa interpretatio: 'Lex ista hoc praecipit, ut probatio non a possessore, sed a petitoris partibus requiratur, quia omnem probationem ab eo quaeri debere dicit, qui petitam rem desiderat obtinere, non ab illo, qui se iuste tenere contendit; praeter illum tantum casum, ubi interrogari necesse est possidentem, utrum ex sua persona an ex successione coeperit possidere'): su tale costituzione ed il suo rapporto con C.Th. 11.39.1 (il dettato delle due costituzioni non risulta in effetti tanto pianamente contrapposto quanto può a prima vista sembrare) cfr. in particolare MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 499 ss., BISCARDI, *La nuova proprietà*, cit., p. 325 ss., E. LEVY, *The Law of Property*, cit., p. 232 ss., STÜHFF, *Vulgarrecht im Kaiserrecht*, cit., p. 102 s., TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla «hereditas petitio»*, cit. [nt. 24], p. 199 nt. 12, e SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit., p. 174 ss. e 194 ss.: mentre secondo taluni il rescritto di Arcadio (che in quanto tale, tuttavia, verosimilmente non avrebbe potuto abrogare la *lex generalis* di Costantino: cfr. GIUFFRÉ, «*Necessitas probandi*», cit. [nt. 290], p. 163) sarebbe intervenuto a ribadire i principi del diritto romano classico contro le prassi ellenistiche dei tribunali provinciali (come ritiene in particolare Ludwig Mitteis: cfr. E. LEVY, *op. ult. cit.*, p. 232 s., PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit. [nt. 30], p. 172 ss., ARCHI, *La prova nel diritto del Basso-Impero*, cit. [nt. 292], p. 1867 s., SIMON, *loc. ult. cit.*, e SILLI, *Mito e realtà dell' «aequitas christiana»*, cit., p. 51 nt. 115; più cauto MARRONE, *op. ult. cit.*, p. 27 nt. 157), secondo Arnaldo Biscardi (*op. ult. cit.*, specie p. 328 ss.) il rescritto di Arcadio non sarebbe altro che un'applicazione della *lex generalis* di Costantino, specie in quanto, tenendo presente la interpretatio di C.Th. 11.39.12, alle parole di Costantino 'unde possideat vel quo iure teneat' corrisponderebbero le parole 'utrum pro possessore an pro herede possideat' (oltre a GIUFFRÉ, *loc. ult. cit.*, e a FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 107 s. e nt. 304, cfr. TALAMANCA, *loc. ult. cit.*, e soprattutto SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 194 ss.). Tornando a C.Th. 11.39.1, Letizia Vacca (*La riforma di Giustiniano in materia di usucapio e longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 217], p. 160 ss.), rifacendosi in particolare a CANNATA, «*Possessio*», cit., p. 163 ss. e a CAPOGROSSI, «*Proprietà in generale*», cit. [nt. 220], p. 217 ss., sottolinea (p. 162) come, «già nella prima età postclassica», «il processo per la rivendica di un bene fosse sostanzialmente imperniato sul confronto delle posizioni possessorie dei contendenti, caricando anche il convenuto dell'onere di dichiarare il fondamento del suo possesso, ove volesse contestare la posizione fatta valere dall'attore», per cui il convenuto «se non avesse provato la sua *iusta causa possessionis* o l'intervenuta *praescriptio*, rischiava di perdere la lite anche se l'attore, pur non dando la prova di un dominio assoluto, avesse semplicemente provato di aver posseduto *ex iusta causa*», cosa che «trasformava profondamente il meccanismo dell'azione reale, che non tutelava più solo il *dominus*, ma anche il possessore *ex iusta causa*, sino al compiersi della *praescriptio*, vanificando anche la distinzione fra azione di rivendica e azione Publiciana» (aspetto che sembra poter venire facilmente collegato a estensioni della *Publiciana* a ipotesi ad essa estranee nel diritto classico); in una falsariga non dissimile si situano del resto, seguendo una prospettiva lato sensu comparatistica, le osservazioni di Arnaldo Biscardi (*Proprietà e possesso*, cit. [nt. 6], p. 118 s.) che muove dalla *diadikas*.a attica (cfr. *supra*, nt. 31: si veda altresì SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 159 s.) in cui il principio generale in materia di prove è quello per cui «ogni qual volta che vi sia contestazione sull'appartenenza di un fondo, il possessore ha l'onere di provare chi glielo ha dato in pegno o chi gliel'ha venduto o se gli è stato giudizialmente attribuito», secondo le parole di Iseo nell'orazione *Per l'eredità di Aristarco* (X.24: τῆν

blemi che non è certo qui il caso di approfondire, ma che in ogni caso – se si tengono presenti altresì le prospettive postclassiche relative alla legittimità della *possessio* tutelata – appaiono poter spiegare, tra l'altro, anche il contesto generale in cui si perviene ad una soluzione come quella prospettata da D. 8.5.10, in cui chi vanta il pacifico esercizio di una servitù deve, se impedito in tale attività, agire dimostrando la sussistenza del proprio diritto, sia pur attraverso la più facile prova del *diuturnus usus*.

¶mfisbhts.mwn cwr.wn de< tōn econta À q̄sten À pratÁra par̄scsqai À katadedikaom̄non fa.nesqai), per rapportare tale situazione di proprietà relativa del diritto greco – in cui la posizione di possessore non è alcun modo privilegiata ed anch'egli, al pari della controparte, non è esente dall'onere della prova – alla concezione della signoria quale *firma et inconcussa possessio* della legislazione postclassica (cfr. in particolare BISCARDI, *La nuova proprietà*, cit., p. 292 ss.) e alla nuova *reivindicatio* che la difende (cfr. *infra*, nt. 381), contesto in cui Costantino interviene per stabilire appunto una nuova ripartizione degli oneri probatori tra attore e convenuto consona alla nuova situazione: una somiglianza tanto notevole, conclude Arnaldo Biscardi, da far persino balenare, come ipotesi di lavoro, la possibilità di un'influenza provinciale sullo sviluppo del tardo diritto romano, anche se in effetti, senza la necessità di ipotizzare una diretta e precisa derivazione, la ragione di fondo di tale analogia parrebbe piuttosto da ricercare, su di un piano strutturale, nella mancanza di una netta differenziazione, comune ai due contesti giuridici, tra proprietà e possesso (tale impostazione è stata ripresa da Laura Solidoro Maruotti – *op. ult. cit.*, p. 147 ss. –, secondo la quale, dopo la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C., la concezione greca di una appartenenza «relativa» dei beni e la conseguente impostazione processuale, a suo avviso pianamente sopravvissute nelle prassi ellenistiche, in un primo momento sarebbero state contrastate dall'ordinamento romano – cfr. in particolare C.I. 4.19.2: '*possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum perseguere. nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat*', rescritto di Caracalla del 212 che secondo l'autrice sarebbe da identificare con i '*principum rescripta*' di C.Th. 11.39.1 –, mentre in seguito, appunto con Costantino, sarebbero prevalse le costumanze ellenistiche). E del resto sembra per tal verso da notare come una impostazione non dissimile da quella propria del diritto attico sia sotto certi aspetti presente anche in ordinamenti moderni come in particolare quello inglese, che, pur conoscendo l'istituto dell'usucapione, ammette che l'attore, attraverso azione di «ejectement» possa essere reintegrato nel possesso di un bene, pur senza attestarne la titolarità, dimostrando di avere un «better title» rispetto alla controparte, in particolare un possesso più antico e meglio qualificato, potendo d'altra parte il vincitore soccombere a sua volta di fronte ad un terzo che vanti un titolo migliore del suo: cfr. CATERINA, *Impium praesidium*, cit. [nt. 253], p. 82, che in tale prospettiva ipotizza la possibilità di una rivendica basata su tale sistema e nega così la tradizionale giustificazione della usucapione quale mezzo per evitare il problema della cd. *probatio diabolica* (si veda di recente, in riferimento a Gai. 3 *ad ed.*, D. 41.3.1 – '*Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent ...*' –, CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 213 e nt. 90); tuttavia, nel caso in esame, sembra piuttosto trattarsi di una prospettazione possessoria anziché proprietaria della controversia, che in ultima analisi conferma, agli effetti che qui interessano, come a sistemi giuridici di tipo appunto «proprietario» risulti più consono il metodo della ripartizione dell'onere probatorio – per cui, se l'attore fallisce nella dimostrazione della proprietà, vige la regola «*in pari causa melior est condicio possidentis*» –, mentre negli ordinamenti di tipo «possessorio» – quale era quello attico e quale risulta di fatto essere stato il contesto in cui opera Costantino – diviene inevitabile, non potendosi raggiungere l'assolutezza dell'accertamento del *dominium*, addivenire ad un giudizio comparativo delle situazioni vantate dai due contendenti (che nel diritto romano, altresì ove non sia esplicito e diretto come nell'*utrubi*, che guarda appunto a quale tra i due contendenti abbia posseduto per la maggior parte dell'anno, avviene in ogni caso anche nel rapporto tra il possesso attuale e la clausola '*nec vi nec clam nec precario*'). E non è forse un caso che i due metodi possano, specie in un contesto non troppo evoluto, risultare del tutto alternativi ed in linea di massima incompatibili tra loro, come ad esempio avviene nella *legis actio per sacramentum in rem* più antica, dove, com'è noto, dopo la *vindicatio* e la *contravindicatio* l'ordine magistratuale '*mittite ambo hominem*' ed il conseguente possesso interinale, che almeno nell'epoca più risalente sembrerebbe privare il convenuto della cosa, risultano, pur in una prospettiva di principio ed alquanto teorica (cfr. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit. [nt. 12], p. 115 e nt. 2 e p. 272), negare ogni rilevanza al possesso stesso agli effetti della controversia (cfr. per tutti PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit. [nt. 67], p. 283 ss. e 295 ss.: si veda altresì in generale, circa i meccanismi probatori del sistema costantiniano ed i problemi che sorgono in relazione ad esso, anche in riferimento alla teoria della cd. «proprietà relativa», SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 202 ss. e 207 ss.). Qualcosa di non del tutto dissimile, del resto, sembra avvenire nel diritto inglese, dove, per ragioni storiche, un rimedio di tipo possessorio quale il cd. «ejectement» ha prevalso, in vista della sua duttilità e semplicità, nella difesa della proprietà (se ne veda in breve la storia in C.A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino, 1984, p. 56 ss.), forse soppiantando e ponendo in desuetudine un antico rimedio di tipo invece rivendicatorio (su cui FERRERI, *Le azioni reipersecutorie in diritto comparato*, cit. [nt. 50], p. 11 ss.: cfr. A. GAMBARO, *Presentazione*, ivi, p. VII; si veda in breve anche S. FERRERI, '*Azioni possessorie*', in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», II, Torino, 1988, p. 54 s.), dal quale in ogni caso risulta rimanere concettualmente distinto, restando appunto, come in particolare mostra il giudizio comparativo sulle posizioni delle parti rispetto alla cosa, un rimedio di tipo sempre possessorio.

12. Per quanto riguarda la collocazione palinogenetica di D. 8.5.10.pr.-1 – benché i pochi frammenti conservati del libro LIII *ad edictum* di Ulpiano, riguardanti la sezione dedicata alle azioni relative alla servitù di acquedotto («*de aqua*»), non siano certo sufficienti a consentire conclusive ipotesi²⁹⁶ – sembra infatti di potere in ogni caso notare come le affermazioni di D. 8.5.10.1 (nell'ordine palinogenetico di Otto Lenel posto al n. 1283, e separato dal *principium*, posto al n. 1282) possano – nella loro premura di estendere la tutela interdittale a chiunque impedisca di trarre l'acqua, in riferimento sia al fondo in cui essa sorge sia a quelli attraversati dall'acquedotto – venire agevolmente accostate alle notazioni recate dai frammenti che li precedono (uniti nella *Palingenesia* nel n. 1281)²⁹⁷.

Nel primo si afferma che, potendo il proprietario di un fondo costituire secondo i principi generali tutte le servitù che desidera, con il solo limite che queste non siano incompatibili con l'esercizio di quelle già costituite, qualora venga invece diminuita l'utilità di queste ultime occorre altresì che i loro titolari prestino il loro preventivo consenso alla costituzione della nuova servitù²⁹⁸:

²⁹⁶ Si veda LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], II, c. 752 s., che vi ricomprende D. 50.17.165 (n. 1280), D. 39.3.8 (n. 1281), D. 39.3.10.pr.-1 (n. 1282), D. 8.5.10.pr. e 1 (n. 1282 e 1283), e D. 39.3.10.2 (n. 1284). Per comodità dell'eventuale lettore, si riporta qui lo schema leneliano della sottosezione «*de aqua*» del libro LIII *ad edictum* di Ulpiano, che, unita a quella «*de aquae pluviae arcendae*», è contenuta nella sezione «*de aqua et aquae pluviae arcendae*», che segue quella «*de damno infecto*»:

1280. Cum quis possit alienare, poterit et con- [(50.17)165] sentire alienationi. cui autem donare non conceditur, probandum erit nec, si donationis causa consenserit, ratam eius voluntatem habendam.

1281. In concedendo iure aquae ducendae non tan- [(39.3)8] tum eorum, in quorum loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus servitus aquae debebatur, nec immerito: cum enim minuitur ius eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant. et generaliter sive in corpore sive in iure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis ius, voluntatem eius esse spectandam placet.

Si autem plures sint eiusdem loci domini, [(39.3)10 pr. §1] unde aqua ducitur, omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur: iniquum enim visum est voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praeiudicium sociis facere. An ta-

1) *Ad fr.* 1280. 1281 *cf. C.* (3.34) 4.

Desta peraltro talune perplessità la scelta di scindere il frammento D. 8.5.10 in due distinte sezioni, presentandolo diviso nei n. 1282 (*pr.*) e 1283 (§ 1), anche in quanto, come già ricordato (cfr. *supra*, nt. 55), Otto Lenel ritiene non classico tale passo nella ricostruzione dell'editto perpetuo e non procede quindi, come invece fa Adolf Rudorff, alla ricostruzione formulare dell'azione ivi adombrata (cfr. *supra*, § 10 e nt. 261): a meno di volere presupporre – ma non se ne scorgerebbero le ragioni – ad una duplice ma convergente alterazione, dunque, il carattere non classico del frammento semmai dovrebbe forse condurre a tenere unite le due parti, appunto in quanto fino a prova contraria frutto di un medesimo intervento interpolatorio.

²⁹⁷ Si veda in particolare GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 287.

²⁹⁸ Si vedano in generale BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 235 ss., e GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 232 s.: il principio generale per cui il proprietario può costituire tutte le servitù che vuole (D. 8.4.15, Paul. 1 *ep. Alf. dig.*) è temperato dalla necessità di richiedere, se la nuova servitù non sia del tutto compatibile con quelle già costituite a favore di terzi, il consenso di questi ultimi (cfr. D. 8.3.14 [Pomp. 32 *ad Q. Muc.*], e C.1. 3.34.4 [Alex., a. 223], che farebbe risalire tale norma all'editto pretorio: ma si veda *infra*, nt. 303 e 444); la coesistenza delle diverse servitù è peraltro sempre possibile se l'esercizio è regolato da *intervalla dierum vel horarum* – cfr. D. 8.3.2.1-2 (Ner. 4 *reg.*) –, mentre, se coesistevano più servitù senza che il loro uso fosse ripartito in modo da evitare sovrapposizioni, i titolari, stando a D. 43.20.4 (Iul. 41 *dig.*), potevano ricorrere, per stabilire dei turni, ad un '*iudicium utile*' paragonato alla concessione, sempre in via utile, dell'*actio communi dividundo* a più usufruttuari per disciplinare l'esercizio del diritto ('*Lucio Titio ex fonte meo ut aquam duceret, cessi: quaesitum est, an et Maevio cedere possim, ut per eundem aquae ductum aquam ducat: et si putaveris posse cedi per eundem aquae ductum duobus, quemadmodum uti debeant. respondit: sicut iter actus via pluribus cedi vel simul vel separatim potest, ita aquae ducendae ius recte cedetur. sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum utile iudicium reddi, sicut inter eos, ad quos usus fructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi plerisque placuit*): ma il passo, specie nel finale, risulta alquanto dubbio nella sua genuinità – cfr., oltre alle perplessità di BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 236, «Index Interpolationum» *ad h.l.* (III, cit. [nt. 164], c. 304) –, né è forse da escludere –

D. 39.3.8: In concedendo iure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus servitus aquae debebatur, nec immerito: cum enim minuitur ius eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant. [et generaliter sive in corpore sive in iure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis ius, voluntatem eius esse spectandam placet]²⁹⁹.

soprattutto in quanto D. 43.20.1.26 accorda per la stessa fattispecie un *interdictum duplex*: cfr. *infra*, nt. 304 – che Giuliano parlasse può darsi qui di un interdetto, atteso anche il fatto che – se il frammento risulta escerpito dalla trattazione giuliana *'de aqua'*: cfr. LENEL, *Palingeneia*, cit., I, c. 439 n. 582, e *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 373 (§ 176, tit. XXX *'de aqua et aquae pluviae aecendae'*) – in ogni caso, forse non senza ragioni o quantomeno spunti in tal senso, i compilatori lo collocano nel titolo D. 43.20, relativo agli interdetti *'de aqua cottidiana et aestiva'*; e questo soprattutto se si considera come Giuliano non dica assolutamente che ai titolari delle servitù vada concesso un *'utile communi dividundo iudicium'*, ma soltanto che si deve loro accordare un giudizio utile per la medesima *ratio* – *'sicut'* – in base alla quale, tra più usufruttuari, *'utile communi dividundo iudicium reddi plerisque placuit'*, cosicché non è difficile ipotizzare una preterizione giustiniana delle parole con cui il giurista specificava appunto di quale *iudicium utile* – verosimilmente, un interdetto – si trattasse (cfr. D. 43.17.4 in relazione all'interdetto utile, sembrerebbe, all'*uti possidetis* che Ulpiano accorda *inter fructuarios* nonché tra *fructuarius* e possessore: si veda altresì *Vat. fr.* 90, su cui *supra*, nt. 1; cfr. altresì CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 389 s.); sul passo (cfr. E. ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts*, Berlin, 1870, p. 126 ss.) si vedano in ogni caso, nella letteratura più recente, R. REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano (II)*, in «SPR.», III, 1953, p. 492 s., WESENER, *Julians Lehre vom ususfructus*, cit. [nt. 14], p. 101 s. (che dalle corrispondenze tra D. 7.1.13.3 e D. 43.20.4 trae argomento per l'autenticità di entrambi tali frammenti), A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La «actio communi dividundo utilis»*, in «Estudios Santa Cruz Teijeiro», I, Valencia, 1974, p. 267 ss., e *Procedimientos técnicos para la creación jurisprudencial del derecho en Roma*, in «AHDE.», XLIV, 1974, p. 720 ss. (secondo cui «la idea de la vindicatio sirve de punto de referencia suficiente en la época post-clásica para extender la actio communi dividundo utilis in supuestos de cotitularidad en el derecho de usufructo [D. 10.3.7.5], de servidumbre [D. 43.20.4], de uso [D. 10.3.10.1] y de la superficie [D. 48.18.1.8]», mentre nel diritto classico tale soluzione era circoscritta a situazioni di tipo più propriamente possessorio come quella del vettigalista, del creditore pignoratizio e del *missus in possessionem «rei retinendae gratia»*), SELB, *Formulare Analogien in «actiones utiles» und «actiones in factum» am Beispiel Julians*, cit. [nt. 79], p. 342 ss., T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in «BIDR.», XC, 1987, p. 29, e *«De ponte» oder «de monte»? Banalitäten in der römischen Jurisprudenz*, in «Labeo», XXXVI, 1990, p. 208 e nt. 108, SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza*, cit. [nt. 199], p. 124 s. (su come in molti casi il ricorso all'equità assumesse in Giuliano un tono «analogista»: cfr. la recensione di A. CARCATERA, in «SDHI.», LIV, 1988, p. 443 s. e nt. 5), PLESCIA, *The Roman Law on Waters*, cit. [nt. 291], p. 450 e nt. 78, e F. BALDESSARELLI, *La ricostruzione giuridica italiana del concetto romano di ususfructus*, cit. [nt. 9], p. 71 s.; cfr. *infra*, nt. 304.

²⁹⁹ Sul passo si vedano tra l'altro G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit. [nt. 41], p. 29, e *Beiträge*, II, cit. [nt. 63], p. 87 (ove si vuole sostituire *'exquiritur'* con *'requiritur'*), EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen* (II), cit. [nt. 290], p. 12 s., E. ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici* (1930), in *Studi*, cit. [nt. 1], II, p. 74 s. (secondo cui il discorso ulpiano recato da D. 39.3.8 e da D. 39.3.10, che vanno riaccostati per essere ben compresi, avrebbe riguardato le derivazioni di acque private e di acque pubbliche se navigabili, tacendo in ordine alle acque pubbliche non navigabili, che non avrebbero invece bisogno né di concessioni né di concessioni già esistenti), ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 175 s. («tutto il periodo finale ... è insitico»), nonché S. SOLAZZI, *Un editto pretorio sulla servitù di acquedotto?* (1951), in *Scritti*, cit. [nt. 1], V, p. 353 ss. (ove, contro BIONDI, *La categoria romana delle «servitutes»*, cit. [nt. 71], p. 613 s. – che deduce dal passo la regola per cui il proprietario del fondo servente non può compiere attività che nuociano alla servitù di cui questo è gravato e quindi non può costituire una nuova servitù d'acqua se non con il consenso del titolare dello *ius aquae* già esistente – viene attaccata la chiusa e si considera un glossema o un'interpolazione, in vista della discordanza di tempi verbali tra *'pertinet'* e *'debeatur'*, tutta la frase da *'id est'* a *'debeatur'*, ritenendo che i titolari delle altre servitù, potranno semmai semplicemente agire con la *vindicatio servitutis* nel caso ricevano un detrimento dalla nuova servitù, ma risulta assolutamente inconfigurabile una loro partecipazione alla *mancipatio* o alla *in iure cessio* di quest'ultima, cosicché – specie in riferimento a C.I. 3.34.4 – l'intero passo viene riconosciuto, invece che alle acque private, a quelle pubbliche: cfr., su quest'ultimo aspetto, anche *Usus proprius*, cit. [nt. 82], p. 225, nonché *'Servitutes debere'* [1951], in *Scritti*, cit., V, p. 331 s., ove si ribadisce il carattere glossematico dell'inciso *'id est eorum, quibus servitus aquae debebatur'*: per l'interpolazione del passo cfr. anche G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 318, secondo il quale, anche al di là del finale *'et generaliter ... placet'*, la stesura classica avrebbe nella più concessiva delle ipotesi potuto parlare della necessità o dell'opportunità che intervenissero alla conclusione dell'atto anche coloro che già vantavano servitù di acquedotto in collisione; anche GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 265 s., e *Servitù*, cit. [nt. 3], p. 232, ammette la corruzione della chiusa, da *'et generaliter'* in poi. Nella letteratura più recente si vedano GIOFFREDI, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo*, cit. [nt. 9], p. 233 e 235 (che ammette il carattere sospetto del testo), U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in «ZSS.», XCVIII, 1968, p. 132 nt. 119, W. WALDSTEIN, *Konsequenz als Argument klassischer Juristen*, in «ZSS.», CV, 1975, p. 47 nt. 84, M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, cit. [nt.

Nel secondo frammento, guardando sempre alla pluralità di persone che possono essere interessate dall'atto costitutivo, si precisa, in vista del principio di indivisibilità delle servitù³⁰⁰, che qualora il fondo servente sia oggetto di comproprietà occorrerà il consenso di tutti i contitolari di esso, con il solo temperamento che le *in iure cessiones* possano essere fatte in momenti successivi, esplicando in ogni caso il loro effetto reale solo al momento del verificarsi dell'ultima³⁰¹:

D. 39.3.10.pr.-1: Si autem plures sint eiusdem loci domini, unde aqua ducitur, omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur: iniquum enim visum est voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praeiudicium sociis facere. An tamen subsequi voluntas possit, videamus. et placet nihil interesse, utrum praecedat voluntas aquae ductionem an subsequatur, quia et posteriorem voluntatem praetor tueri debet³⁰².

Anche senza quindi volere entrare nei più specifici problemi che il testo ed in particolare il § 1 di D. 39.3.10 hanno sollevato nella dottrina, dal punto di vista che qui interessa è sufficiente notare come la stessa pluralità di soggetti interessati all'atto costitutivo si rifletteva, in relazione all'esercizio della

16], p. 254 s. e nt. 137, F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra res corporales e res incorporeales nel diritto romano classico*, in «RIDA.», 3^a s., XXXVII, 1990, p. 74 e 102 s., W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn - München - Wien - Zürich, 1990, p.164 s. (cfr. C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in «SDHI.», LVII, 1991, p. 377 nt. 169), e PLESCIA, *The Roman Law on Waters*, cit. [nt. 291], p. 450 e nt. 77 (che si limita a richiamare il passo il riferimento al carattere privato delle acque ivi considerate).

³⁰⁰) Si veda per tutti GROSSO, *Servitù*, cit. [nt. 3], p.151 ss. e p. 153 nt. 2

³⁰¹) Si veda in breve BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 161 ss., anche in riferimento a D. 8.3.34 (Pap. 7 quaet.: 'Unus ex sociis fundi communis permittendo ius esse ire agere nihil agit ...') e al temperamento recato da D. 8.4.18 (Paul 1 man.: 'Receptum est, ut plures domini et non pariter cedentes servitutes imponant vel adquirant, ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmantur perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. et ideo si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur: cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent: igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. idem iuris est et si uni ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit. ergo et ex diverso si ei, qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt: tantum enim tempus eis remissum est, quo dare facere possunt, vel diversis temporibus possint, et ideo non potest uni vel unus cedere. idemque dicendum est et si alter cedat, alter leget servitutes. nam si omnes socii legent servitutes et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici utile esse legatum: si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit: nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est'): cfr. altresì MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, cit. [nt. 55], p. 301 e 303 ss., secondo il quale il pretore poteva in tali casi accordare un'*exceptio doli*: ipotesi che GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 153 nt. 5, ritiene verosimile.

³⁰²) Oltre a BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 165 (che pur ammettendone varie corruzioni tenta di difendere il dettato sostanziale del passo), su D. 39.3.10.pr.-1 si vedano SIBER, *Römisches Privatrecht*, cit. [nt. 216], p. 72, BESELER, *Beiträge*, II, cit. [nt. 63], p. 29 (secondo cui, in relazione all'uso di 'ambigere', la parte genuina del passo finisce con 'esse sequendam', e tutto il resto, da 'non ambigitur' alla fine, è giustiniano), F. EISELE, *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, in «ZSS.», XLIII, 1909, p. 133 ss. (che cancella, come farà anche Siro Solazzi, da 'iniquum' a 'facere' e da 'et placet' a 'debet'), PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 746 nt. 1 e p. 761 nt. 2 (che inquadra le interpolazioni nel contesto delle innovazioni giustiniane in materia), E. ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua*, cit. [nt. 299], p. 75 (cfr. *supra*, nt. 299), RICCOBONO, *Dalla communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, cit. [nt. 266], p. 97 ss. (che ritiene spuria la frase 'iniquum ... facere' e la parte finale da 'et placet' in poi: cfr. anche *Cristianesimo e diritto privato*, cit. [nt. 71], p. 52, sulla frase 'iniquum enim visum est voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praeiudicium sociis facere'), SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 72 s. (che, richiamandosi a D. 8.6.6.1a-c [Cels. 5 dig.] oltre che D. 8.3.11 [Cels. 27 dig.] e al ricordato D. 8.4.18, cassa praticamente tutto il passo da 'iniquum' a 'facere' e da 'et placet' a 'debet', affermando che il diritto classico, in vista del principio dell'indivisibilità delle servitù, esige la simultaneità dell'atto, ammettendo tutt'al più la costituzione attraverso consensi successivi, ma non certo che la servitù costituita da un solo condomino fosse comunque tutelata in attesa che l'atto si perfezionasse con il consenso degli altri condomini), e GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 152 ss. (che pur ammettendo la corruzione del passo critica – p. 153 e nt. 5 – Siro Solazzi, sostenendo che non è da escludere la possibile classicità della decisione, ispirata alla *benignitas*, per cui i comproprietari che avessero già fatto l'*in iure cessio* non potessero *prohibere* la conduzione dell'acqua: ma tale interpretazione, come del resto quella come si è visto implicata da Siro Solazzi, è resa in ogni caso alquanto incerta dall'oscurità del finale del passo: d'altra parte Giuseppe Grosso sembra travisare la posizione di quest'ultimo – ivi, nt. 2 – ritenendo che egli neghi del tutto la classicità della costituzione progressiva della servitù). Cfr. anche TAFARO, *Il giurista e l'«ambiguità»*, cit. [nt. 207], p. 148 s., che in ogni caso non si sofferma sulle complesse implicazioni del passo.

servitù, in una analoga pluralità di persone che ne potevano ostacolare l'uso in vista dei loro interessi confliggenti con quello del titolare: e poiché la *vindicatio* può essere esperita soltanto tra i titolari dei due fondi, ossia (D. 8.5.6.3) '*non alii competit quam domino ... et adversus dominum*' (si ricordino, in particolare, le parole di Ulpiano in D. 8.5.8.1: '*competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem ...*'), specie per quanto riguarda i terzi titolari di analoghe servitù gravanti sullo stesso fondo e le turbative che da essi potevano provenire risulta senza problema verosimile che trattando qui delle servitù in collisione Ulpiano, dopo aver richiamato le *actiones de servitute* e della loro più ristretta esperibilità³⁰³, si preoccupasse di avvertire che in ogni caso il titolare era tutelato nei confronti di chiunque

³⁰³) Sotto questo aspetto, secondo la visuale di Giuseppe Grosso, il problema della pluralità di servitù insistenti sul medesimo fondo servente si collega immediatamente alla tutela *de iure* di tale diritto e in primo luogo all'ambito della legittimazione passiva alla *vindicatio*, dato che per tale autore (*Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 286 s.), se i titolari delle servitù in collisione «dovevano partecipare alla costituzione della servitù, è naturale che la loro legittimazione passiva nella *vindicatio servitutis* stesse sullo stesso piano di quella del *dominus*» e che, «come questo, essi fossero legittimati attivi all'azione negatoria della servitù» (cfr. altresì anche *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, cit. [nt. 5], p. 124 ss., e *Appunti sulle derivazioni*, cit. [nt. 9], p. 4 ss.). L'argomentazione sembra lasciare alquanto perplessi, soprattutto in quanto, se pur è vero che le fonti testimoniano che i titolari di servitù gravanti sullo stesso fondo devono dare il proprio assenso, o più esattamente che si deve considerare anche la loro *voluntas* ('*aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate eius, ad quem usus eiusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere*' reca la stessa C.I. 3.34.4, fondamentale nella ricostruzione condotta da tale autore – cfr. peraltro *infra*, nt. 444 –, e allo stesso termine ricorre il ricordato D. 39.3.8: '*voluntas exquiritur*'), questo non implica certo, come si vorrebbe, che essi debbano «partecipare alla costituzione della servitù» al pari del *dominus*, ossia ad esempio alla *in iure cessio* (GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 286, afferma infatti esplicitamente che dovevano «partecipare all'atto costitutivo, oltre il proprietario del luogo *inde aqua oritur*, anche coloro *ad quos usus eius pertinet*, cioè i titolari di una servitù di presa d'acqua dalla stessa fonte»), ipotizzando cioè una *in iure cessio* plurima cui questi «compartecipino» (cfr. *ivi*, p. 107 nt. 7): e in effetti, se le fonti non permettono certo di ipotizzare una simile eclatante soluzione (alquanto difficile da coordinare con la struttura stessa di tale negozio), anche sul versante processuale, come si vedrà meglio tra breve, esse affermano che la lite tra i titolari di servitù gravanti sullo stesso fondo vada semmai risolta, al contrario, in via interdittale. Né sarebbe certo possibile pretendere di trovare una conferma di una tale tesi in D. 39.3.9.2 (Paul. 49 *ad ed.*: '*Non autem solius eius, ad quem ius aquae pertinebit, voluntas exigitur in aquae cessione, sed etiam domini locorum, etsi dominus uti ea aqua non possit, quia recidere ius solidum ad eum potest*'), passo che – come ammette lo stesso Giuseppe Grosso (*loc. ult. cit.*) – è senz'altro interpolato, rovesciando i principii classici in materia ed ammettendo la cessione della servitù, così da legittimare a tale atto traslativo il titolare chiedendo semplicemente l'assenso del proprietario del fondo servente (sulla non classicità di simili impostazioni cfr. PEROZZI, *Fructus servitutis esse non potest*, cit. [nt. 87], p. 167 ss., e, sull'interpolazione del passo, si vedano ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 176, 179 e p. 180 s. e nt. 3 – cfr. G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 280 s. –, F. WIEACKER, *Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin, 1932, p. 65 s., BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 149 s., S. SOLAZZI, *Un editto del pretore sulla servitù di acquedotto?*, in *Scritti*, cit. [nt. 1], V, p. 355 s., ove il passo, sempre riferito alle acque pubbliche – cfr., per quanto riguarda D. 39.3.8, *supra*, nt. 299 – viene censurato specie in relazione a '*locorum*' ed al riferimento alla '*voluntas domini*', congetturando che le alterazioni siano state provocate dal desiderio di armonizzare i due passi): cfr. altresì FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit. [nt. 299], p. 164, F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln - Wien, 1973, p. 160 s. e 218 ss. (sulla realtà della risoluzione adombrata nel *principium* di D. 39.3.9: cfr. – anche in relazione al nesso scorto da WESEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte*, cit. [nt. 299], p. 169, tra tale aspetto e il riferirsi del passo a *traditiones de res mancipi* – la recensione alla monografia di Frank Peters pubblicata da Mario Talamanca in «lura», XXIV, 1973, p. 386 s. e 390 s. e nt. 77). La necessità di *exquirere voluntatem* non solo del *dominus fundi*, ma altresì *eorum quibus servitutis aquae debebatur*, posta da D. 39.3.8, del resto, di per sé non porta necessariamente, come vorrebbe Giuseppe Grosso, alla partecipazione di questi ultimi alla *in iure cessio* del nuovo *ius aquae ducendae*, potendo essere sufficiente non soltanto la prestazione da parte loro di una semplice stipulazione di esercizio, in cui appunto i titolari delle servitù in collisione si impegnino a non ostacolare l'esercizio di quest'ultima, ma persino la mera loro presenza all'atto, tale da tradursi implicitamente, nel loro silenzio, in un assenso informale che in ogni caso sarebbe stato poi sufficiente, in ipotesi, per paralizzare con una *exceptio*, in particolare *doli*, una loro opposizione al normale esercizio della servitù, tanto in sede interdittale quanto in una – inverosimile – azione vertente sull'aspetto *de iure* della servitù in cui sia parte un titolare di servitù in collisione. Per converso, non sembra configurabile, nel diritto classico, una qualsivoglia partecipazione di quest'ultimo alla *in iure cessio* della nuova servitù, specie in quanto non si vedrebbe quale mai diritto il nuovo titolare avrebbe potuto affermare nei confronti di chi non sia *dominus* del fondo servente, mentre d'altra parte tale legittimazione alla *in iure cessio* avrebbe implicato, nella partecipazione a tale finto processo petitorio, una parallela legittimazione passiva nella normale *vindicatio* del diritto stesso intentata dal titolare della nuova servitù, nonché, ancor peggio, una legittimazione attiva alla *negatoria* nei suoi confronti, in una costruzione inverosimile nei limiti di esperibilità che Ulpiano ed i giuristi classici ponevano restrittivamente a tali azioni, come si è visto esperibili esclusivamente tra i rispetti-

lo ostacolasse nell'esercizio del suo diritto dall'*interdictum* (nel caso in questione, *de aqua cottidiana*)³⁰⁴.

Per tal verso, quindi, la preoccupazione di specificare che il titolare dello *ius aquae ducendae* era tutelato sia nei confronti di colui '*in cuius agro aqua oritur*' sia di coloro '*per cuius fundum ducitur*' nonché in generale, guardando soprattutto ai titolari di altri fondi che vantavano analoghi diritti sulla sorgente, *adversus omnes* ('... *quicumque aquam ducere impediatur* ...'), era precisazione perfettamente con-

vi *domini* dei due fondi su cui intercorreva il diritto di servitù (e si noti l'ulteriore absurdità che, in tal caso, sarebbe stata rappresentata dal fatto che i titolari delle servitù in collisione precedentemente costituite avrebbero avuto nei confronti dei titolari di quelle successive facoltà processuali che viceversa questi ultimi, data la loro non partecipazione ai precedenti atti di costituzione, non avrebbero avuto nei loro confronti, così da scardinare fin dalle fondamenta le corrispondenze tra legittimazione attiva e passiva alle servitù su cui si imperniava la costruzione classica di queste ultime). Una tale costruzione sarebbe stata viceversa pianamente possibile nel diritto postclassico e giustiniano, dove si tende a considerare l'acqua oggetto della servitù di proprietà del titolare di questa (cfr. *infra*, nt. 444), e si arriva non solo a implicare che questi possa costituire nuove servitù su tale acqua, ma si sente addirittura il bisogno di avvertire che all'atto costitutivo deve partecipare altresì il *dominus* del fondo servente, come avviene nel testé ricordato D. 39.3.9.2.

³⁰⁴) Tale forma di tutela, in particolare, risulta risolvere anche le liti che potevano sorgere tra i titolari di servitù in collisione: si veda in tal senso D. 43.20.1.26 (Ulp. 70 ad ed.): '*Si inter rivales, id est qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utriusque competit*' (cfr. in SCHMIDT, *Das Interdictenverfahren der Römer*, cit. [nt. 1], p. 187 s., un tentativo di ricostruzione della relativa formula, non considerata né dalle ricostruzioni edittali di Adolf Rudorff e di Otto Lenel: «*uti hoc anno aquam, q.d.a, non vi non clam non precario alter ab altero duxisti, quominus ita ducatis, vim fieri veto*»; alcune censure in P. KRÜGER, *Kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts*, Berlin, 1870, p. 95 ss., e in UBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 215): sul passo, oltre a ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen*, cit. [nt. 298], p. 28 ss. e nt. 104 (che ipotizza analoghi *interdicta duplicia* per gli interdetti *de fonte* e gli altri per tal verso simili), e a BESELER, *Beiträge*, III, cit. [nt. 71], p. 61 (che cassa l'inciso '*utroque ... contendente*' e vuole sostituire il '*competit*' finale con '*dabitur*': ma su quest'ultimo punto cfr. in senso contrario già UBELOHDE, *op. cit.*, p. 216), si vedano DORE, *Studi sugli interdetti*, cit. [nt. 1], p. 108 ss. (che contesta la tesi secondo cui l'interdetto in questione sarebbe servito a determinare chi tra i due *rivales* avesse il «quasi possesso» della servitù di acquedotto e fosse quindi preparatorio all'esperienza di una successiva azione confessoria – cfr. SCHMIDT, *loc. ult. cit.* –, ritenendo che esso riguardasse appunto i contrasti che potevano sorgere tra due soggetti che avevano già entrambi l'uso dell'acqua in quanto titolari di servitù in collisione in un contesto di natura *lato sensu* possessoria, servendo nel caso alla preparazione di un eventuale giudizio petitorio), ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, cit. [nt. 9], p. 174 ss. e 262 (che rifiuta la classicità di tale interdetto in quanto lo collega con le nuove concezioni giustiniane del diritto di acquedotto, ormai visto in termini di proprietà dell'*usus aquae*, ricollegando per tal verso il passo – p. 180 ss. – all' '*usum possidisse*' di D. 8.5.10.pr.: ma tale rifiuto deriva dalla convinzione che all'interdetto seguisse l'esperibilità, *inter rivales*, della *vindicatio servitutis*, da intendere come *actio utilis* fondata sul possesso della servitù, il che non è affatto così scontato, né, soprattutto, affermato dal passo: si vedano in generale P. KRÜGER, *loc. ult. cit.*, e UBELOHDE, *op. cit.*, p. 212 ss. – altresì in riferimento a D. 43.17.4 – e p. 758 ss., anche per quanto riguarda le differenze tra la procedura classica e quella giustiniana in materia), GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 138 s., *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici*, cit. [nt. 9], p. 11 nt. 2, e '*Acquedotto (diritto romano)*' [1958], in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], II, p. 624 (secondo cui ciò che qui viene in questione non è il diritto, ma il fatto dell'uso dell'acqua), SOLAZZI, *La tutela e il possesso*, cit. [nt. 9], p. 19 s. (che pur accettando le censure formali di Vincenzo Arangio-Ruiz al passo, e in particolare quella relativa all'uso, «isolato ... e notoriamente decadente», di '*rivalis*' – da sostituire con '*si inter <eos>, qui ...*' –, e la natura glossematica dell'inciso '*utroque ... contendente*', si dichiara «più mite e cauto», e interpreta la '*contentio de aquae usu*' come relativa all'uso e non alla titolarità dell'acqua – peraltro da lui intesa come «acqua pubblica» – in cui i contendenti non godono di alcun diritto di servitù in senso proprio e quindi non dispongono di alcuna *vindicatio servitutis* da intentare), FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit. [nt. 6], p. 131 s. (che esamina il passo dal punto di vista della esistenza nel diritto classico – sostenuta da alcuni studiosi dell' '800 – di una formula *duplex* e di una versione *simplex* dell'*interdictum uti possidetis*), e ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], p. 455 nt. 272 (nel senso di un interdetto volto a dirimere la lite sulle modalità di esercizio dell'acquedotto tra due titolari di servitù gravanti sullo stesso *fons*, specie in riferimento agli intervalli temporali che riguardano i rispettivi esercizi; tra l'altro, affermando che Ulpiano «concede» tale interdetto, usavo tale espressione semplicemente in senso descrittivo, e non volevo affatto implicare – come deduce acriticamente FALCONE, *op. cit.*, p. 131 e nt. 50 – che si trattasse di un interdetto non codificato ma di una «soluzione personale del giurista severiano», cosa che per Giuseppe Falcone sarebbe smentita dal «reciso uso di '*competit*'»: su come d'altra parte '*competit*' venga sovente usato anche in relazione ad interdetti non stabili nell'editto ma adattati a singoli casi si veda UBELOHDE, *op. cit.*, p. 215 e nt. 26a; su come del resto anche l'ipotesi di William Warwick Buckland, postulando un *interdictum simplex* accordato sia all'uno che all'altro litigante, converga nel confortare la mia ipotesi di un rimedio decretale e non editale, pur senza per questo dover pensare ad una isolata opinione personale di Ulpiano, cfr. *supra*, nt. 276). Su D. 43.20.1.26 si veda altresì, tra l'altro, O. ROBINSON, *The Water Supply of Rome*, in «SDHI.», XLVI, 1980, p. 76 s. e nt. 203. Su D. 43.20.4, dove forse Giuliano alludeva a tale tipo di *interdictum duplex*, cfr. *supra*, nt. 298.

sona ai problemi sollevati nel loro insieme dai due precedenti passi in ordine alla pluralità di soggetti coinvolti a vario titolo nel rapporto di servitù (e riportato a tale contesto, il presumibile dettato originario di D. 8.5.10.pr. perde altresì la stranezza di quella ipotetica esperibilità esperibilità contro chiunque, anche se non possessore di un fondo servente, che nell'attuale stesura sembra assumere l'*actio utilis* da esso adombrata)³⁰⁵.

D'altra parte, si sono viste le precise ragioni che portano invece ad accostare D. 8.5.10.pr. al finale di D. 39.3.1.23 ('*sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutum videatur. ... eritque ista quasi servitus, in quam <in> rem utilem actionem habemus vel interdictum*'), che nella ricostruzione leneliana viene posto, nella sezione «*de aquae pluviae arcendae*», al n. 1285 (ricomprendente D. 39.3.1.pr.-23 e D. 39.3.3.pr.-2)³⁰⁶; e, in riferimento al canovaccio di spiegazione palinogenetica qui proposto, si può notare come, parallelamente alle parole che in D. 39.3.1.23 pongono la soluzione presentata (e verosimilmente interpolata) in sottordine al caso della servitù che invece *invenitur imposita*, ossia venga accertata attraverso la normale *actio* e quindi sussista *iure civili*, nel testo pur corrotto di D. 8.5.10.pr., le parole '*... non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo ...*' lascino forse intravedere come nell'originario testo ulpiano il giurista dovesse occuparsi della *vindicatio servitutis* classica nei consueti termini restrittivi, forse sottolineando quindi come in questa andasse comunque dimostrata la costituzione *iure civili* del diritto e come quindi essa non potesse esperita se non *domino adversus dominum*; anche per tal verso, quindi, non appare strano che a tale più esclusivo ambito di tutela seguisse un accenno alla protezione invece *erga omnes* garantita su un piano *de facto* dall'interdetto (anche se, come si osserverà più avanti, una ipotetica origine della locuzione '*per annos forte tot*' possa essere forse rinvenuta in tutt'altro ambito tematico).

Considerata tale congerie di indizi testuali e di argomenti dogmatici sembra dunque di poter concludere che la creazione di un'*actio utilis* volta a dimostrare di avere usato per un certo numero di anni ('*per annos forte tot*'), '*non vi non clam non precario*' una servitù di cui non rileva dimostrare l'esistenza in diritto ('*... non est ei necesse docere de iure ...*'), essendo sufficiente all'attore dimostrare l'esercizio *rectus* per un lungo periodo che avrebbe in tale prospettiva dato origine al rapporto così tutelato ('*... diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit ...*'), appaia una costruzione non ulpiana bensì postclassica, nata dall'esigenza di subordinare a più saldi presupposti specie temporali la

³⁰⁵ Per quanto non sia qui possibile entrare nel merito del suo dettato, si veda altresì D. 8.5.3 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*Sed et si partem fundi quis emerit, idem dicendum est*', tratto dalla trattazione ulpiana relativa appunto alla materia interdittale), specie in relazione a D. 8.5.2.2 (Ulp. 17 *ad ed.*: '*Recte Neratius scribit, si medii loci usus fructus legetur, iter quoque sequi [per ea scilicet loca fundi, per quae qui usum fructum cessit constitueret] quatenus est ad fruendum necessarium: namque sciendum est iter, quod fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutum, neque enim potest soli fructuario servitus deberi: sed si fundo debeat, et ipse fructuarius ea utetur*'), su cui cfr. SEGRE, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit. [nt. 9], p. 507 nt. 131 (che critica in particolare il finale '*sed si ... utetur*', che gli sembra una digressione poco opportuna), SOLAZZI, *La tutela e il possesso*, cit. [nt. 9], p. 167 (per il quale, sempre nella prospettiva di fondo per cui l'espressione '*servitutum deberi*' può riferirsi a fondi ma non a persone, detta critica deve estendersi alla proposizione '*neque enim potest soli fructuario servitus deberi*'), GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 95, 96 e 222, BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, II, cit. [nt. 1], p. 39 ss. (cfr. le recensioni di M. KASER, in «Labeo», XIV, 1968, p. 289, e di D. MEDICUS, in ZSS., XCVIII, 1968, p. 526), RODGER, *Actio Confessoria and Actio Negatoria*, cit. [nt. 9], p. 202, ASTOLFI, *Costituzione di servitù e destinazione del padre di famiglia*, cit. [nt. 16], p. 187 s., F. LAMBERTI, *Nominatim imponenda servitus*, in Labeo, XLII, 1996, p. 45 ss., DE FILIPPI, *Fragmenta vaticana*, cit. [nt. 1], p. 125 ss. (in relazione a *Vat. fr.* 54). Si veda altresì, in parallelo alla sottorubrica '*de aqua*' del LIII libro *ad edictum* di Ulpiano (LENEL, *Palinogenesi*, cit. [nt. 20], II, c. 752 s.), la corrispondente sottorubrica del XLIX libro *ad edictum* di Paolo (ivi, I, c. 1057 s.), dove, se D. 8.3.10 (n. 628) si occupa della possibilità di costituire una servitù '*ut aquam quaerere et inventam ducere liceat*' e D. 50.17.167.pr. (n. 631) di una *stipulatio* di '*aquam dari*' (cfr. LENEL, *op. ult. cit.*, I, c. 1058 nt. 1), in ogni caso D. 39.3.11.pr. (n. 630) prende in considerazione una possibile «collisione» tra una servitù d'acqua ed una di passaggio, mentre anche D. 39.3.9.pr.-2 (n. 629) nel § 2 (cfr. *supra*, nt. 306, ed *infra*, nt. 444), pur come si è visto interpolato, considerava forse anche nella versione classica i riflessi della costituzione della servitù nei confronti di terzi.

³⁰⁶ Si veda altresì, al precedente n. 1284 della ricostruzione palinogenetica leneliana e quindi sempre tratto dal LIII libro *ad edictum* di Ulpiano, D. 39.3.10.2, anch'esso relativo ad una fattispecie interdittale (cfr. di recente FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit. [nt. 247], p. 237 s.).

tutela offerta classicamente dall'interdetto sulla base del requisito 'hoc anno', in un contesto ove d'altra parte, tramontato l'*ordo iudiciorum* formulare, non si distingueva più, se non per la maggior celerità delle azioni derivanti dai primi, tra *interdicta* e *actiones*, e dove l'incertezza generale dei rapporti giuridici portava da una parte a privilegiare la situazione di fatto esistente, dall'altra appunto a subordinarla ad un incontestato perdurare nel tempo che (in parallelo alla *facies* di conformità a diritto fornita dal carattere 'non vi non clam non precario') ne attestasse almeno una parvenza di legittimità di fondo³⁰⁷.

Di tale tendenza postclassica, come si è accennato, sono in particolare testimonianza le analoghe corruzioni subite dalla trattazione relativa all'*interdictum de itinere reficiendo* in D. 43.19.5.3, sempre tratto da Ulpiano ('*si quis servitutum iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest*')³⁰⁸: nel trascolorare dei modi di costituzione

³⁰⁷) Cfr. in particolare *supra*, nt. 244, 254, 271 e 295.

³⁰⁸) Accanto alla serie più numerosa ed omogenea dei testi ulpiane che, su di un piano *de iure*, incardinano la possibilità di ricorrere all'interdetto *de itinere actuque reficiendo* (D. 43.19.3.11 [Ulp. 70 *ad ed.*]: '*Ait praetor: quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto*') alla titolarità dello *ius reficiendi* (D. 43.19.3.12-16), vi è infatti nella stessa rubrica dei *Digesta* un passo del medesimo giurista che, nella stesura conservataci, risulta attribuire tale mezzo di tutela a chiunque possa di fatto vantare un pregresso esercizio della servitù di passaggio sufficientemente risalente nel tempo da legittimare in ogni caso alle attività di ripristino: si tratta appunto di D. 43.19.5.3 [Ulp. 20 [70] *ad ed.*: per la correzione, cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], II, c. 827 e nt. 1). Già nel secolo scorso il passo era stato considerato un'aggiunta al testo ulpiano (cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 772 nt. 1, e *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 249 s.) di matrice verosimilmente postclassica connesso alle nuove visuali tardoimperiali relative all'acquisto della servitù attraverso il *diuturnus usus* e la *longa possessio* (cfr. in breve E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 200 s. e nt. 502, nonché CAPOGROSSI, *Il deperimento*, cit. [nt. 57], p. 171 s., e *Appunti sulla «quasi possessio iuris»*, cit. [nt. 57], p. 255), rintracciando la prova della sua corruzione appunto nella presenza, nella formula editale, della clausola '*ut tibi ius esset*' cui stando ad Ulpiano – D. 43.19.3.11 –, era subordinato l'*interdictum de itinere actuque reficiendo*, in maniera tale da rendere inconcepibile la sua concessione a colui che '*servitutum iure impositam non habeat*' (cfr. PEROZZI, *I modi pretorii*, cit., p. 250). Tuttavia in seguito la stessa critica interpolazionistica – con l'eccezione di BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 86, che, dopo aver analizzato D. 39.3.1.23 (cfr. *supra*, nt. 71), aggiungeva: «Interpoliert sind natürlich auch (43.19) 5³ ... , C (3.34) 1 ... , C eod 2 ...» – tese a scorgere e a salvare una sottostante versione ulpiana che sembrava rintracciabile al di là delle incrostazioni successive, ed Emilio Albertario, reputando che Ulpiano avrebbe accordato l'*interdictum de itinere actuque reficiendo* anche a chi, pur non essendo in grado di provare l'esistenza della servitù, potesse tuttavia vantare una presunzione in tal senso grazie al pregresso esercizio della servitù stessa, riteneva che il dettato classico fosse «agevolmente ricostruibile» in questo modo: «*si quis servitutum iure impositam non <probet>, ex eo diu quod usus est servitute, interdicto hoc uti potest*» (cfr. *Il possesso delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 354), fondandosi su di una pretesa estensione alle servitù di passaggio della *vetustas* che per converso non avrebbe potuto in ogni caso superare il dettato della formula interdittale, né spiegare la contrarietà del frammento in esame al discorso complessivo recato in precedenza dal giurista severiano (cfr. anche BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 452, che pur ritenendo che l'*interdictum de itinere actuque reficiendo* «richiede un requisito che palesa evidentemente quanto siamo fuori dai rimedi possessori, cioè precisamente la prova del diritto, oltre a quella dell'uso *nec vi nec clam nec precario*», ritiene che egualmente «in via benigna fu fatta l'estensione a chi non ha un diritto di servitù costituito nei modi legittimi» – cfr. *supra*, nt. 56 –, limitandosi a sostituire la locuzione '*longae possessionis*' recata da D. 43.19.5.3 con '*longae consuetudinis*': cfr. *Note* a WINDSCHEID, cit. [nt. 56], p. 664, *La «longi temporis praescriptio» delle servitù*, cit. [nt. 56], p. 959, e *Istituzioni*, cit. [nt. 81], p. 279 nt. 21). L'alveo fondamentale in cui era operato tale salvataggio era in particolare rappresentato dall'idea che D. 43.19.5.3 non trattasse dell'*interdictum de itinere actuque reficiendo* di cui Ulpiano parla in D. 43.19.3.12-16 (e che richiede lo *ius reficiendi*), bensì di un diverso interdetto, *utile* rispetto al primo (cfr. LENEL *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 479 nt. 6, e SOLAZZI, *Requisiti*, cit. [nt. 56], p. 166 s. – ove l'autore si limita a ritenere «soppressa per l'interdetto la qualifica di *utile*» e «aggiunta la frase '*velut longae possessionis*' ... che ... rinserta il '*diu uti*' sullo spazio della *longi temporis possessio*» –, e *La tutela*, cit. [nt. 9], p. 65 s. e p. 133 e nt. 78, dove si sospetta la precisazione '*iure impositam*', in quanto superflua, e si dubita della genuinità dell'antitesi tra la '*servitutum iure imposita*' e la '*praerogativa longae possessionis*', ritenendo in ogni caso il passo in generale «rimaneggiato» ed accettando altresì – ivi, p. 133 nt. 78 – le censure circa il termine '*praerogativa*' già avanzate – in riferimento a R. ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in diritto romano. Contributo storico-dogmatico* [II], in «AUMA.», XII-XIII, 1939, p. 29 ss. – da A. GUARNERI CITATI, *Supplemento II all'Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, in «Festschrift P. Koschaker», I, cit. [nt. 1], p. 147: sul carattere non classico di tale termine, cfr. altresì H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 70 nt. 80, e, in senso contrario – cfr. *supra*, nt. 55 –, RABEL, *Zu den sogenannten prätorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 408 nt. 2; si veda anche ARNO, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, cit. [nt. 66], p. 239 e nt. 1 ss.). In effetti il termine '*praerogativa*', nel vocabolario giuridico romano, risulta innanzitutto indicare in linea di massima una condizione personale, la «dignità», spesso connessa al «privilegio», e in genere una «previsione particolare» del soggetto (ad esempio in riferimento a ecclesiastici e a militari), altresì per concessione imperiale (cfr. tra l'altro C.Th. 4.6.3 [= C.I. 5.27.1.pr.] e C.Th.

11.30.18): si vedano in generale C.Th. 2.10.6, C.Th. 6.2.26, C.Th. 6.4.1, C.Th. 6.5.1, C.Th. 6.6.1, C.Th. 6.22.8.pr., C.Th. 6.35.7, C.Th. 6.35.14.2, C.Th. 7.2.2, C.Th. 7.13.18, C.Th. 7.20.13, C.Th. 8.4.11, C.Th. 8.9.1, C.Th. 9.7.9, C.Th. 10.22.6, C.Th. 11.16.13, C.Th. 12.1.4, 5, 37, 40, 61, 67, 74.2, 77, 116, 122 e 184, C.Th. 14.1.4, C.Th. 16.8.24, *Nov. Theod.* 15.1.1, C.I. 1.2.6 (e C.I. 11.21.1 = C.Th. 16.2.45), C.I. 1.2.10.pr., C.I. 1.2.16.pr., C.I. 1.2.22.pr., C.I. 1.3.2.4 (= C.Th. 16.2.14.4), C.I. 1.3.50.pr., C.I. 2.3.29.pr., C.I. 2.7.22.2 (e C.I. 2.7.24.2), C.I. 3.1.10 (= C.Th. 2.18.3), C.I. 3.13.7.1, C.I. 3.24.3.2, C.I. 6.21.7.1, C.I. 7.37.3.1a e 4, C.I. 7.51.6, C.I. 10.32.28, C.I. 10.48.10, C.I. 10.48.12.1, C.I. 10.48.12.5 (= C.Th. 11.16.15), C.I. 10.53.3 e 11.pr. (= C.Th. 13.3.16), C.I. 11.4.2.pr., C.I. 11.10.4.1, C.I. 11.14.2.1, C.I. 12.19.11 e 12.4, C.I. 12.20.4.1 e 2, C.I. 12.23.13, C.I. 12.57.3, *Const. D. auct.* 5, *Const. Tant.* 20a. In tale contesto, il termine indica sovente anche la situazione personale di taluni soggetti che per le loro peculiarità la normazione ('*edicti praerogativa*': C.I. 2.21.2) pone in una posizione giuridica vantaggiosa rispetto alla normalità, come in tema di minori (C.I. 2.30.4), di diritti dotali (C.I. 5.12.30.pr. [e C.I. 5.29.5], C.I. 8.17.12.1, C.I. 8.17.12.7), di posizioni negoziali (C.Th. 5.16.33) o in particolare creditorie (C.I. 6.30.22.9), ovvero nella fideiussione (C.I. 8.40.27.2), nelle situazioni successorie (C.Th. 5.1.9, C.I. 6.58.14.2, C.I. 6.58.14.4, C.I. 6.58.15.3, *Iust. inst.* 3.2.3b), o ancora in tema di manumissioni (C.I. 7.2.15.4a); talora poi, '*praerogativa*' assume altresì una connotazione negativa, specie nel senso di «pretesa ingiusta» (C.I. 1.14.5.pr. [= *Nov. Theod.* 9.pr.], C.I. 1.17.1.5, C.I. 1.17.2.20a). Nei testi giurisprudenziali – ove il termine compare solo nove volte sui centocinque casi in cui (calcolando tuttavia le duplicazioni tra Teodosiano e Giustiniano nonché alcune geminazioni) esso è presente nelle fonti giuridiche secondo il ricordato [nt. 62] CD.ROM. «BIA.» – oltre che l'accezione più lata e generica (cfr. D. 1.16.4.5, Ulp. 1 *off. proc.*: '*Munera, quae patrimonii iniunguntur, vel intributiones talia sunt, ut neque aetas ea excuset neque numerus liberorum nec alia praerogativa, quae solet a personalibus muneribus exuere*'; D. 49.18.1, Men. 3 *r. mil.*: '*Veteranorum privilegium inter cetera etiam in delictis habet praerogativam* ...'; D. 50.4.18.25, Char. *l.s. mun. civ.*: '*... civitates praerogativam* ...'), mentre d'altra parte non mancano casi in cui il ricorso a '*praerogativa*' si situa in contesti alquanto facilmente sospettabili di interpolazioni o di interventi glossatorii (cfr. in particolare D. 37.10.3.13, Ulp. 41 *ad ed.*: '*Missum autem ex Carboniano in possessionem student praetores possessorem constituere. quod si coeperit aut hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus aut singulas res, rectissime Iulianus libro vicensimo quarto digestorum scribit exceptione eum summoventum: contentus enim esse debet hac praerogativa, quod possessorem eum praetor tantisper constituit. si igitur vult hereditatem aut singulas res petere, petat, inquit, directa actione quasi heres, ut ea petitione iudicari possit, an quasi ex liberis heres sit, ne praesumptio Carbonianae bonorum possessionis iniuriam adversariis afferat: quae sententia habet rationem et aequitatem*'). Per quanto riguarda il caso che qui interessa, ossia il riferimento di tale termine alla *longa possessio*, la fattispecie da cui sembra muovere il processo semantico che vi conduce risulta incentrarsi, nelle fonti pervenute, sullo *ius emphyteuticarium*, circa il quale si trovano due costituzioni che riferiscono a tale istituto la nozione di '*praerogativa*': C.Th. 3.30.5 (Constantinus, a. 333: '*quoniam per negligentiam seu proditionem tutorum et curatorum possessiones iuris emphyteutici, vitio intercedente commissi, e minorum fortunis avelluntur, placet, ut tutor curatorque, cuius officio manente possessio minoris iuris emphyteutici praerogativam, commissi offensam, perdiderit, tantum de facultatibus propriis, censura imminente, minoribus restituat, quanto rem valere potuisse constabit*') e C.Th. 5.12.2 (a. 415: '*... futuras prohibere ... improbas petitiones arcemus, ut a principio nec suscipi nec instrui eas generali sanctione mandemus, quo praediorum labor emphyteuticarius per orientem propriam praerogativam retineat nec novus possessor iura aliena perturbet*'); in tale contesto, altresì attraverso una diffusa relazione tra '*praerogativa*' e '*tempus*' (cfr. le già ricordate C.Th. 6.22.8.pr., C.Th. 6.35.14.2, C.Th. 7.2.2, C.Th. 10.22.6, C.Th. 12.1.37, C.Th. 12.1.74.2, C.Th. 12.1.184 e C.I. 6.30.22.9, C.I. 7.2.15.4a, C.I. 8.17.12.7, C.I. 11.10.4.1) si arriva a casi in cui si ricorre a '*praerogativa*' (cfr. anche C.Th. 14.4.4.3, Valent. Valens, a. 367 [?]: '*... cum possessore, cui commodioris pretii beneficia indulta a veteribus principibus praerogativa providit* ...') in specifica relazione a fenomeni pre-scrittivi, come il *diuturnum silentium* (C.I. 4.52.1, Gord.: '*si nulla usucapionis praerogativa vel diuturni silentii praescriptio emptorem possessionis, quam a coheredibus patri tui distractam suggeris, pro portione tua munit, in rem actio incolumis perseverat: aut si receptum ius securitatem emptori praestitit, est arbitrium tibi liberum conveniendi eos, qui pro portione satis illicitam venditionem celebraverunt*'), e quindi in diretto riferimento all'usucapione (C.I. 7.39.2.pr., Valent. Valens, a. 365: '*male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex constantiniana iubeat ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt, eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem*'). Anche in D. 43.19.5.3 (Ulp. 20 *ad ed.*: '*Si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdictum hoc uti potest*') risulta quindi per tal verso chiaro, attesi altresì i massicci indizi di interpolazione presentati dal frammento, come qui si ricorra al termine '*praerogativa*' in un senso non solo alquanto lato, ma altresì volutamente generico, proprio in vista della particolarità e della stranezza di tale modo di acquisizione di una servitù di passo attraverso la *longa possessio*, da cui si deduce che il soggetto, avendo usato '*diu*' della servitù, può ricorrere non solo all'*interdictum de itinere* ma altresì a quello relativo alla *refectio*, in una visuale in cui, evidentemente, tali procedimenti decretali non si fondano più sull'esercizio '*hoc anno*' così come avveniva nel diritto classico: un ricorso al termine '*praerogativa*' che dunque sembra proprio scelto per evitare alla radice ogni problema di esatta sussunzione *lato sensu* dogmatica della fattispecie, e che per vari versi ricorda la terminologia impennata sul

termine '*licentia*' (del resto usato già dagli agrimensori forse proprio in vista della difficile classificabilità del provvedimento di Domiziano: cfr. «Agrorum quae sit inspectio» [L. 284,4-7], su cui *supra*, nt. 254), al quale, proprio per la sua generica atecnicità, ricorreranno gli atti costitutivi di rapporti fondiari nell'alto Medioevo (cfr. *infra*, nt. 476). In ogni caso, tale *interdictum utile* che sarebbe appunto stato accordato sulla mera base dell'esercizio di fatto della servitù di passaggio consolidatosi nel tempo (Siro Solazzi – in *La tutela*, cit., p. 58 ss. e soprattutto p. 63 s. – arriva anzi a rinnegare quanto affermato nel precedente *Requisiti*, cit., p. 166 s., affermando, con argomentazione piuttosto sbrigativa, che la prova della sussistenza della servitù, implicata secondo la comune dottrina dalla clausola '*ut tibi ius esset*', non sarebbe stato altro che un «ulteriore requisito» non ulpiano, ossia «una novità del diritto postclassico e giustiniano» che «sarebbe infatti servita a consentire all'intimito di sollevare eccezioni circa l'esclusione o la limitazione convenzionali dello *ius reficiendi*» – p. 63 –, mentre classicamente, si sostiene, il pretore avrebbe inserito tali parole nella formula editale «perché non voleva permettere la *refectio* oltre i limiti che sarebbero stati leciti se la servitù fosse stata imposta legittimamente», senza peraltro precludere che anche in assenza di un atto di costituzione positivamente dimostrabile in giudizio si potesse egualmente procedere alla *refectio* deducendone empiricamente i limiti dal pregresso esercizio delle attività di passaggio e dalle modalità con cui in concreto si era svolto '*hoc anno*': cfr. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit. [nt. 18], p. 628 nt. 25); in questa meno severa prospettiva interpolazionistica, si tendeva così ad accettare la classicità di una tutela interdittale della *refectio* accordata – in virtù di una più o meno esplicita relazione rintracciata tra il *diuturnus usus* della servitù di passaggio e l'istituto della *vetustas* – sulla mera base dell'esercizio di fatto dello *ius eundi agendi*, limitandosi quindi ad individuare in maniera più circoscritta le tracce degli specifici interventi compilatori sull'originario testo ulpiano, che in ogni caso non sembravano alterarne più di tanto la stesura genuina (cfr. altresì BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], che commenta D. 43.19.5.3 in riferimento a D. 43.19.3.13, scorgendo in esso un'applicazione dell'istituto della *vetustas* ed affermando che «anche qui il giurista ammette che la prerogativa temporis possa sostituire la servitù, ai fini dell'esercizio dell'interdetto»). Tale irrisolta oscillazione tra incompatibilità di D. 43.19.5.3 con i principi esposti da Ulpiano in ordine all'*interdictum de itinere actuque reficiendo* e l'opposta tendenza a rifiutare soluzioni interpolatorie nette ed estreme e a salvare così almeno in parte il dettato del passo, è perdurata anche nella successiva dottrina, ove, se da una parte si censurano come postclassici i riferimenti del testo alla *longa possessio* come modo di acquisto della servitù, riconoscendo gli ampi interventi verificatisi in tale materia, per altro verso si osserva che tale '*praerogativa*' originata dal *diuturnus usus* non costituisca in ogni caso un surrogato ad ogni effetto della costituzione della servitù, venendo a rigore invocata ai soli fini dell'interdetto relativo alla *refectio*, così da giungere a sostenere *tout court* che sotto tale specifico aspetto alla esistenza della servitù era equiparato il perdurante esercizio dello *ius eundi agendi* ('... *velut longae possessionis praerogativam* ...': cfr. in particolare GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 181 s., 217 e 307 s., nonché già CORNIL, *Traité de la possession*, cit. [nt. 100], p. 112 ss.: del resto, su piani diversi ma non incommensurabili, la stessa Glossa, in relazione a D. 43.19.5.3 – gl. '*Apparet. Casus*' ad D. 43.18.5 (*op. cit.* [nt. 17], V, p. 495) –, affermava che il diritto alla *refectio* compete sia che la servitù spettasse «iure pacti» sia che fosse sorta «iure praescriptionis longissimae»). Nella letteratura più recente, d'altra parte, l'interesse verso la tutela interdittale della *refectio* nella servitù di passaggio si concentra più che altro, nelle ricerche sulla struttura degli *interdicta de servitutibus*, sulla formula riferita e commentata da Ulpiano in D. 43.19.3.12-16 (cfr. in particolare CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 58 nt. 64, p. 316 nt. 68, p. 393 s. e nt. 68, p. 415 ss. – e in particolare p. 427 s. e nt. 117 –, p. 431 s. e nt. 121 s., p. 490 ss. e nt. 65, e '*Interdetti*', cit. [nt. 6], p. 909, dove in effetti l'inclusione dell'*interdictum de itinere actuque reficiendo* tra gli *interdicta quae proprietatis causam continent* – cfr. UBELLOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 76 s. – risulta impostazione dogmatica, per quanto forse eccessiva, non certo priva di conseguenze nella valutazione, e *contrario*, della classicità di D. 43.19.5.3), mentre anche negli studi specifici sulla *refectio* nelle servitù di passaggio D. 43.19.5.3 non ha destato soverchi interessi, dato che il tema essenziale alla ricostruzione del regime di tale istituto è parso piuttosto quello dei rapporti tra la tutela offerta in questo senso dalla *vindicatio servitutis* (così come indicato da D. 8.5.4.5: cfr. *supra*, nt. 18 e 38) e i vantaggi e i limiti relativi alla protezione interdittale delle attività di ripristino della strada, quale descritta dal commentario ulpiano nel riferimento strutturale alla clausola '*ut tibi ius esset*' (cfr. in tale prospettiva PISTOLESI, *Le attività di ripristino*, cit. [nt. 38], p. 281 ss.). Tuttavia, la visuale che accetta come classico il dettato sostanziale di D. 43.19.5.3 non smette in ogni caso di interagire egualmente con il generale quadro di riferimento in cui si colloca la ricostruzione del sistema di tutela delle servitù, essendo strettamente legata, come si è visto, alle tesi che propugnano la classicità della più estesa legittimazione in primo luogo passiva alla *vindicatio servitutis* (cfr. GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 124 ss., *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 253 ss. e 397 ss., e *Le servitù*, cit., p. 281 ss. e 285 ss.: cfr. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit. [nt. 54], p. 483 – che considera classica nella sua sostanza l'*actio utilis* adombrata da D. 8.5.10.pr. –, nonché MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 16 nt. 8, dove D. 43.19.5.3 è richiamato ad attestare la classicità della nozione di '*quasi possessio*'; si veda del resto ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit. [nt. 1], p. 149 s. e nt. 564, secondo il quale tale nozione sarebbe classica e «di conseguenza non si può dubitare della classicità del cenno alla '*velut longa possessio*' in D. 43, 19, 5, 3 [...] in relazione a chi, pur senza regolare titolo, ha a lungo esercitato una servitù di passaggio, e che, pertanto, può esperire l'interdetto»: cfr. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 77 s. e 102 s.; sul punto, ma in senso contrario, si veda altresì CARCATERRA, *Il possesso dei diritti*, cit. [nt. 1], p. 134, che oltre a cassare tutto l'inciso '*habeat ... praerogativam*', in riferimento a D. 8.5.10.pr.-1 ritiene in generale D. 43.19.5.3 un «testo legislativo giustiniano»; si veda altresì FABI, *La protezione interdittale*, cit. [nt. 56], p. 127 s. e p. 172 nt.1, la cui particolarissima tesi in argomento, secondo cui tale interdetto sarebbe più antico di quello indicato da D.

43.19.3.11, e riguarderebbe non le servitù dello *ius civile*, ma i rapporti fondiari sorti in relazione all'*ager publicus*, non può qui essere discussa: cfr. *supra*, nt. 56 e 278). Per tal verso, non è dunque inutile ribadire come nell'ambito della trattazione ulpiana relativa all'*interdictum de itinere de itinere actuque reficiendo* il peculiare interdetto – nel caso «utile» – proposto da D. 43.19.5.3 risulti nella sua costruzione in ogni caso incompatibile con la formula proposta dall'editto (in presenza di un tale *interdictum utile*, infatti, la restrizione rappresentata nell'interdetto dalla clausola '*ut tibi ius esset*' sarebbe infatti vanificata), ma altresì e soprattutto è smentito dalla circostanza che la semplice esistenza di un interdetto autorizzante alla *refectio* sulla mera base del pregresso esercizio di fatto della servitù di passaggio risulterebbe di per sé fenomeno non coordinabile con le stesse ragioni logico-giuridiche di fondo recate da Ulpiano per spiegare la *ratio* e le funzioni di tale clausola (mostrando quindi come i tentativi di salvare la classicità di D. 43.19.5.3 siano intrinsecamente viziati da una considerazione isolata del dettato di tale passo che non tiene a sufficienza conto della complessiva logica costruttiva della materia della *refectio* delle servitù di passaggio): infatti, in D. 43.19.3.12-14 il giurista giustifica questo ulteriore onere probatorio imposto all'intimante sia in vista del fatto che erano normali nei negozi di costituzione di servitù di passaggio clausole volte a limitare o a escludere senz'altro lo *ius reficiendi* del titolare, sia soprattutto in base all'intrinseca circostanza che – al contrario di quanto avviene per il semplice transito per il fondo altrui, tutelato dal relativo interdetto in connessione a presupposti soltanto di fatto – le attività di *refectio* della strada rappresentano alcunché di strutturalmente diverso dal mero esercizio '*hoc anno*' di un'attività di transito, costituendo rispetto a quest'ultima un '*aliquid novi*' che non trova giustificazione nella pregressa situazione di fatto vantata dall'intimante e che, d'altra parte, incide in maniera alquanto più sensibile nella sfera giuridica del *dominus* del supposto fondo servente: e per tal verso, sembra in effetti intrinsecamente da escludere che Ulpiano potesse giustificare la presenza della clausola '*ut tibi ius esset*' nella formula interdittale attraverso una simile motivazione logico-giuridica qualora già nel diritto classico vi fosse stato un interdetto che permettesse di procedere alla *refectio* sulla base del semplice esercizio di fatto della servitù di passaggio (si veda in generale ZUCCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 625 ss.: cfr. tra l'altro CAPOGROSSI, *Il deperimento*, cit. [nt. 57], p. 171 nt. 39). Se quindi D. 43.19.5.3 appare decisamente improntato a visuali bassoimperiali che rinunciano all'accertamento della situazione *de iure* in vista della necessità di tutelare lo stato di fatto esistente da ogni illegittimo comportamento volto a mutarlo, per quanto riguarda il diritto classico il regime della *refectio* della *servitus eundi agendi* risulta strutturarsi sulla contrapposizione tra ipotesi in cui in base al titolo sussiste lo *ius reficiendi* ed ipotesi in cui esso non è invece previsto (esso può infatti essere limitato solo parzialmente, ammettendolo ad esempio solo nella ordinaria manutenzione, per cui la questione è da risolvere caso per caso: cfr. ZUCCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 641 s.): se esso manca, ed il proprietario del fondo servente si è riservato tale attività di ripristino, è escluso che il titolare della servitù possa provvedervi direttamente, rimanendogli solo la possibilità, nel caso che il primo lasci diventare la strada impraticabile, di ricorrere alla *vindicatio servitutis* per ottenere in sede di *restitutio*, mediante una *cautio*, l'impegno da parte del convenuto a provvedere alla *refectio* (cfr. D. 8.5.4.5, su cui *supra*, nt. 18 e 38); se invece il titolare dispone dello *ius reficiendi*, potrà provvedere direttamente alla manutenzione della strada protetto dall'interdetto, in cui il giudice accerterà appunto la sussistenza di tale *ius reficiendi* (anche se parrebbe eccessivo ritenere per tal verso che l'intimante debba sempre rifarsi al titolo costitutivo della servitù, rendendo così tale interdetto da annoverare strettamente tra quelli che *proprietatis causam continent*, poiché non sembra da escludere che ad attestare lo *ius reficiendi* in tale procedimento potesse essere sufficiente, ad esempio, la prova di precedenti operazioni di *refectio* senza problema accettate dalla controparte: e in tale prospettiva parrebbe rivalutabile il tentativo di ricostruzione di Emilio Albertario già ricordato, secondo cui «*si quis servitatem iure impositam*» – o *ius reficiendi* – «*non <probet>*, *ex eo diu quod usus est servitute* – o meglio ha provveduto alla *refectio* –, *interdicto hoc uti potest*). Va infine osservato che tale interdetto, fondandosi su di una situazione di fatto cui si aggiunge il requisito della sussistenza dello *ius reficiendi* (D. 43.19.3.11: '*... quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto*'), doveva verosimilmente riguardare non solo la servitù di transito costituita *iure civili*, ma altresì quella sorta '*tuitio praetoris*', dato che, vantando *hoc anno* un esercizio *sine vitio*, anche in caso di costituzione mediante *pactio et stipulatio* ovvero mediante *patientia*, era comunque possibile risalire al titolo che dava origine al rapporto (*pactio* o anche *instrumentum* dell'*emptio-venditio*) e quindi alle sue previsioni in materia, ovvero accertare dal precedente comportamento delle parti se dai loro rapporti erano escluse o meno determinate attività di *refectio*, mentre, nel caso che esso risultasse escluso e il proprietario del fondo servente lasciasse diventare impraticabile la strada, al titolare era sempre possibile ricorrere, nel caso disponesse e potesse provare tale tutela negoziale, all'*actio ex stipulatu*, con la minaccia di far valere la *cautio* e la relativa *poena* (ma il problema, se la servitù era di costituzione molto risalente, si presentava analogamente nella *vindicatio* di una servitù *iure civili*). Nel complesso, la corruzione del testo sembra quindi potersi pianamente spiegare in vista della ricordata pratica, già propria del diritto classico, consistente nel dimostrare di fatto lo *ius reficiendi*, specie quando il molto tempo trascorso dalla costituzione della servitù rendesse malagevole la diretta prova del titolo, attraverso i pregressi atti di *refectio* avvenuti senza protesta alcuna del titolare del fondo servente, in una dimostrazione in cui d'altra parte il ricorrente tendeva a provare la presenza incontrastata della servitù e della relative attività di manutenzione per un periodo quanto più lungo possibile, al fine di avvalersi, nel convincimento del giudice, dell'*auctoritas* per tal verso fornita dal lungo tempo da cui la servitù era esercitata (cfr. *infra*, § 16): nel diritto postclassico, tramontato il tecnicismo della procedura interdittale, non appare strano che la pratica, procedendo empiricamente in base alla concreta prova che il ricorrente dava del proprio diritto alla *refectio*, abbia finito per impigliarsi lo stesso strumento processuale, ormai non più propriamente interdittale, proprio su tale aspetto di fatto in cui è la *longa possessio* a dare la prova dello *ius reficiendi*, e quindi, in ulti-

delle servitù propri dello *ius civile* e nella sempre maggiore difficoltà di risalire probatoriamente al negozio che vi aveva dato origine, il *diuturnus usus* e la *longa possessio* del rapporto fondiario apparivano ormai, purché legittimati da una certa parvenza di conformità a diritto, i referenti più fidabili per costruire un nuovo sistema di tutela di *iura* e di corrispondenti situazioni di fatto rientranti, in particolare, nell'ambito delle servitù prediali.

13. Sembra così di potere pianamente dedurre da tale insieme di dati che i passi che, al di là delle evidenti corruzioni, lascerebbero secondo parte della dottrina intravedere che già in epoca classica o tardoclassica le servitù costituite «*iure praetorio*» sarebbero state tutelate da azioni particolari fondate innanzitutto sull'elemento temporale (dall'adattamento dell'*actio Publiciana* di D. 6.2.11.1 all'*actio utilis* fondata sul *diuturnus usus* attuato *sine vitio* di D. 8.5.10.pr.), si rivelino in realtà alquanto indifendibili in tale loro preteso genuino nucleo ulpiano, e di matrice postclassica non solo nell'enunciazione presentata dall'attuale stesura dei testi, ma altresì e soprattutto nella costruzione giuridica che vi è sottesa.

Per altro verso, come si è visto, l'assenza nel diritto classico di azioni di questo tipo non si presenta per nulla nei termini alquanto problematici in cui sembrano invece intenderla taluni, le cui ricerche si sono mosse proprio dalla pretesa intrinseca necessità, nel sistema del diritto classico o epiclassico (ma in ogni caso sempre in un ambito almeno teoricamente formulare), di un'*actio* volta a tutelare l'*usus servitutis* e quindi a rendere per tal via possibile un adeguato riconoscimento delle servitù costituite «*iure praetorio*», altrimenti in tale visuale affatto carente: problema che in realtà non sussiste affatto, poiché, se non risulta eccezionale che diritti reali di recenziere introduzione risultino tutelati dall'ordinamento romano pur in assenza di una specifica *actio in rem*, per quanto riguarda le servitù costituite '*pactionibus et stipulationibus*' l'*actio in personam* nascente dalla *stipulatio* di esercizio e il meccanismo interdittale fornivano una complessiva protezione del tutto sufficiente a garantire il normale godimento del diritto così sorto.

In particolare, per quanto riguarda il principale aspetto che tale assenza di una tutela *in rem* potrebbe sembrare lasciare scoperto, ossia il problema della posizione dei terzi acquirenti del fondo a cui vantaggio la servitù è stata costituita, è da ricordare ancora una volta come gli *interdicta de servitutibus*, che in linea di massima tutelano chi '*hoc anno*' vanta un esercizio *sine vitio*, siano estesi dall'editto pretorio ai successori ed agli *emptores* nonché ai *bonorum possessores* del fondo dominante così come a quelli del fondo servente, in particolare sia nelle servitù di passaggio³⁰⁹ sia in quelle

ma analisi, a fornire la '*praerogativa*' di provvedere alla *refectio*, secondo prospettive in cui del resto il fattore del *diuturnus usus* si accordava perfettamente, com'è ovvio, alle nuove costruzioni tardoimperiali in materia.

³⁰⁹ Si veda, in relazione all'*interdictum de itinere actuque privato*, D. 43.19.3.6-10 (Ulp. 70 ad ed.): '*Hoc interdictum et ei competit, qui donationis causa fundi vacuum possessionem adeptus est. Si quis ex mandatu meo fundum emerit, aequissimum est mihi hoc interdictum dari 'ut ille usus est' qui mandatu meo emit. Sed et si quis usum fructum emit vel usum vel cui legatus est et traditus, uti hoc interdicto poterit. Hoc aequius et his, cui dotis causa fundus traditus est, experiri hoc interdicto poterit. Et generaliter ex omnibus causis, quae instar habent venditionis vel alterius contractus, dicendum est hoc interdictum locum fore*', e, in relazione all'*interdictum de itinere actuque reficiendo*, D. 43.19.5.2 (Ulp. 20 [70] ad ed.): '*Hoc interdictum non solum ipsi, verum successoribus quoque esse dandum non est ambigendum: emptori quoque dabitur et in emptorem*'. Nonostante varie mende formali, come in particolare il vistoso tribonianesimo '*et generaliter*' del § 10 di D. 43.19.3, ed alcuni problemi ricostruttivi – cfr. «Index Interpolationum» ad h.l. (III, cit. [nt. 164], c. 300 s.) – non sembra in ogni caso da rifiutare (cfr. BETANCOURT, *Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos*, cit. [nt. 1], p. 52 ss. e nt. 24) la classicità del principio per cui tali interdetti, al pari di quelli *de aqua* (cfr. *supra*, nt. 207, e *infra*, nt. 310), si tramettessero sia ai successori sia agli acquirenti a titolo particolare: oltre a BETANCOURT, *op. ult. cit.*, p. 52 ss. (interdetti *de itinere*: D. 43.19.5.2 e – nt. 24 – D. 43.19.3.6-10 e D. 8.5.2.3), p. 56 ss. e nt. 28 (interdetti *de aqua*: D. 43.20.1.29 e 37), p. 58 (interdetto *de rivis*: D. 43.21.3.7) e p. 59 (interdetti *de fonte*: D. 43.22.1.3 e 11), si vedano SCHMIDT, *Das Interdictenverfahren der Römer*, cit. [nt. 1], p. 170 s. (che reca altresì le formule adattate, sul lato passivo, sostituendo ad '*ab illo usus es*' rispettivamente le parole '*ab eo, cuius heres est, usus es*' e '*ab eo, a quo ille emit, usus es*'), UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 56 ss. e 65 ss., e BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit. [nt. 41], p. 79. Su D. 43.19.3.6-10 nonché su D. 43.19.3.2 (Ulp. 70 ad ed.): '*Si quis ab auctore meo vi aut clam aut precario usus est, recte a me via uti prohibetur et interdictum ei inutile est, quia a me videtur vi vel clam vel precario possidere, qui ab auctore meo vitiose possidet. nam et Pedius scribit, si vi aut clam aut precario ab eo sit usus, in cuius locum hereditate vel emptione aliove quo iure successi, idem esse dicendum: cum enim successerit quis in locum eorum, aequum non est nos noceri hoc, quod adversus*

eum non nocuit, in cuius locum successimus') si veda altresì CORRÊA FATTORI, *La legittimazione attiva all'interdetto de itinere actusque privato*, cit. [nt. 123], rispettivamente p. 92 ss. e 94 s. D'altra parte Giuseppe Grosso (*Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 307) ritiene che in D. 43.19.3.6-10, sarebbe giustiniana l'estensione dell'*accessio possessionis* a qualsiasi successore a titolo particolare. Tale posizione contraria alla comune dottrina in materia risulta ricavata dall'autore estendendo alla tutela interdittale i risultati che in ordine a tale istituto egli individua in relazione al diverso problema della *accessio possessionis* nell'estinzione per *non usus* della servitù (*op. ult. cit.*, p. 253 s.), ambito in cui, mentre sembra potersi tranquillamente dedurre la vigenza della *successio possessionis* da D. 8.6.18.1 (Paul. 15 *ad Sab.*: '*tempus, quo non est usus praecedens fundi dominus, cui servitus debetur, imputatur ei, qui in eius loco successit*'), il parallelo fenomeno dell'*accessio possessionis* sembra escluso da D. 8.2.32.1 (Iul. 7 *dig.*: '*Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur: quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est. is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. natura enim servitutium ea est, ut possideri non possint, sed intellegatur possessionem earum habere, qui aedes possidet*'), dove il giurista del II secolo a.C. nega che, se il precedente titolare ha costruito in violazione della *servitus altius non tollendi*, ma senza che sia trascorso il biennio necessario alla *usucapio libertatis*, il periodo precedente possa giovare al successivo possessore delle *aedes*, che quindi dovrà a sua volta attendere il compiersi dell'intero periodo prescritto per liberarsi della servitù gravante sull'edificio (anche se a rigore il passo di Giuliano parla semplicemente di un possessore che subentra ad un precedente possessore, senza menomamente affermare che tale passaggio sia dovuto a uno di quei fenomeni, come in particolare la vendita, che giustificano l'*accessio possessionis*): oltre a GROSSO, *loc. ult. cit.*, si vedano BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 143 (ove si richiama il testo tra quelli «genuini») che smentiscono la *quasi traditio* delle servitù e la *patientia*, nonché la Publiciana di D. 6.2.11.1), p. 238 (sulla impossibilità di *possessio* degli *iura*) e p. 460 (dove contro Silvio Perozzi e Gerhard von Beseler si difende il finale affermando che esso «doveva esser a un dipresso così concepito: *natura enim servitutium ea est ut possideri non possint, sed intellegatur aedium possessione retineri donec vicinus non aedificaverit*»), nonché BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 313 s. e 320 s., e LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 304; anche Siro Solazzi (*Specie ed estinzione*, cit. [nt. 8], p. 167 s.), convinto del carattere interpolatorio della chiusa (da '*natura enim*' alla fine: cfr. altresì BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 81 s.), che non spiega il motivo per cui non sarebbe ammessa l'*accessio possessionis*, che in ogni caso, aggiunge, non ha nulla a che vedere con il problema del possesso delle servitù (*op. ult. cit.*, p. 168: cfr. ivi, p. 197 ss., nonché *Requisiti e modi*, cit. [nt. 56], p. 20, e *La tutela e il possesso*, cit. [nt. 9], p. 115 s.), afferma che in ogni caso «sono classiche la necessità del possesso e la riunione del possesso con quello del predecessore» (*Specie ed estinzione*, cit., p. 168 e nt. 25: «l'uso nel tempo residuo evita l'estinzione della servitù; il non uso, congiungendo i due tratti di tempo, la perfeziona»), ma comunque, nel più recente *La tutela e il possesso*, cit., p. 116, ammette che, al di là della chiusa e della *possessio servitutis*, «l'interruzione dell'*usucapio*, se chi ha costruito l'edificio cessa di possederlo, era pienamente giustificata con la regola '*libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur*'» (sul passo si vedano anche C.St. TOMULESCU, *Mélanges des droit romain*, in «BIDR.», LXXXI, 1978, p. 309 s. e nt. 28, e *Sur la loi Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 334 e nt. 24 e p. 337 nt. 36, LAURIA, *Possessionis*, cit. [nt. 1], p. 193 s., A. CARCATERA, *Dialettica e giurisprudenza (a proposito di un'opera di G. Otte)*, in «SDHI.», XXVIII, 1972, p. 316, CAPOGROSSI, *Appunti sulla «quasi possessio iuris» nell'opera dei giuristi medievali*, cit. [nt. 57], p. 241 s. e nt. 4 e LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 72). In ogni caso, anche senza volere qui entrare più di tanto nel problema della *accessio possessionis* né tantomeno in quello dell'estensione per tal verso dell'*actio Publiciana* (sull'*accessio possessionis* si vedano tra l'altro in generale P.P. ZANZUCCHI, *La successio e l'accessio possessionis*, in «AG.», LXXII, 1904, p. 177 ss. e 353 ss., e *Sulla storia dell'accessio possessionis nell'usucapione*, ivi, LXXVI, 1906, p. 3 ss. – cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 657 e nt. 2 –, BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], II, p. 301 ss., P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà [Corso di diritto romano]*, Milano, 1952, p. 222 ss., e di recente C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *La 'accessio possessionis' en el derecho romano clásico. Contribución al estudio de la 'accessio possessionis' en la usucapion*, in «BIDR.», LXXXVIII-LXXXIX, 1995-1996, p. 455 ss.: cfr. altresì AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, cit. [nt. 216], p. 193 e nt. 259, con ulteriore bibliografia, e, in relazione alle servitù, LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 108 ss.), è noto come da *Iust. inst.* 2.6.12-13 ('*diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum: quodsi ille initium iustum non habuit, heredi et bonorum possessori licet ignorantibus possessio non prodest. quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continentur. inter venditorem quoque et emptorem coniungi tempora divus Severus et Antoninus rescripserunt*': cfr. altresì C.I. 7.31.1.3, *Iust. a.* 531: '*hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et continueretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium, quod in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepa est*') risulti che alla *successio possessionis* si sarebbe affiancata l'*accessio possessionis* a partire da una costituzione di Severo e Caracalla (oltre agli autori già richiamati – e in particolare SÁNCHEZ-MORENO, *op. cit.*, p. 462 ss. – si vedano NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 85 s., ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit. [nt. 1], p. 114 e nt. 434, G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, p. 139 ss., nonché Th. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der Usucapio*, Graz - Köln, 1962, p. 20 s. e 101 ss., P. APATHY, *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer*, cit. [nt. 197], p. 181 e nt. 113, e *Iul. D.* 13.7.29. *Verpfändung durch einen Nichteigentümer*, in «Iura», XXXV, 1984, p. 13 s. e nt. 42), anche se per alcuni studiosi, come già

d'acqua³¹⁰: ne consegue, come si è visto, che il terzo acquirente che continuasse ad esercitare normalmente la servitù sarebbe stato sempre e comunque tutelato dalla procedura decretale³¹¹, e in concreto – nonostante il carattere *de facto* e non *de iure* di tale modalità di protezione – in maniera del tutto sufficiente, poiché se l'atto di esercizio annuale può a prima vista sembrare un onere in qualche modo gravoso, è d'altra parte da ricordare che le stesse servitù sorte *iure civili* si estinguono per *non usus* dopo due anni, cosicché anche una sorta di prescrizione di fatto annuale delle servitù di origine pretoria, come si è accennato, non sarebbe dopotutto stata un fenomeno tanto strano come può sembrare ad una mentalità moderna abituata a ben più lunghi termini di prescrizione, corrispondendo anzi alla necessità di liberare i terreni da gravami che non più consoni all'attuale realtà fondiaria³¹².

In tale prospettiva, non sembrerebbe dunque un reale ostacolo alla congruità ed esaustività del sistema di tutela delle servitù sorte '*pactionibus et stipulationibus*' il fatto che – mentre negli analoghi diritti propri dello *ius civile*, se non vi era un atto di esercizio *sine vitio* nell'ultimo anno e non era quindi più esperibile l'interdetto, rimaneva in ogni caso la *vindicatio servitutis* – invece in questo caso il rapporto, specie se di lunga data, in pratica rischiava fortemente di estinguersi: in primo luogo, tale

Pier Paolo Zanzucchi, l'introduzione di tale figura nella *usucapio* in senso proprio si avrebbe soltanto a partire appunto da Giustiniano (cfr. tra l'altro *infra*, nt 451). Ma al di là della regolamentazione della *successio* e della *accessio possessionis* nell'ambito della *usucapio* e quindi della *usucapio libertatis*, è da notare come nell'ambito interdittale il principio della ricongiungibilità dell'esercizio della servitù con quello del proprio dante causa a titolo particolare non solo risulti pianamente da una serie di testi (D. 43.19.3.6-10, D. 43.19.5.2 e, per quanto riguarda le servitù d'acqua – cfr. la nota seguente – D. 43.20.1.29 e D. 43.20.1.37) che, se anche alcuni di essi presi singolarmente potrebbero al limite essere sospettabili di non rispecchiare formalmente il testo classico, appaiono difficilmente sospettabili nel loro complessivo valore probatorio (cfr. infatti la piana registrazione di tali interdetti utili da parte di LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 478 ss.), ma altresì, indirettamente, da un passo delle stesse istituzioni di Gaio (4.151), secondo cui '*in utrubus interdico non solum sua cuique possessio predest, sed etiam alterius, quam iustum est ei accedere, velut eius cui heres extiterit, eiusque a quo emerit vel ex donatione aut dotis nomine acceperit. itaque si nostrae possessioni iuncta alterius iusta possessio exsuperat adversarii possessionem, nos eo interdico vincimus. ...*': sul passo, oltre a SCHMIDT, *Das Interdictenverfahren*, cit., p. 145 e nt. 17, e UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 61 e nt. 100, si vedano in generale LUZZATTO, *Il problema d'origine*, cit. [nt. 1], p. 133 s., BONFANTE, *Diritti reali*, cit., p. 438 s., F.P. MAGLIOCCA, *Per la formula dell' 'interdictum utrubus'*, in «SDHI.», XXXIII, 1967, p. 227 ss., ZAMORANI, *Preclaro habere*, cit. [nt. 3], p. 205 e 295 e nt. 13, S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, p. 22 (sulle successive parole '*nam ei quod nullum est nihil accedere potest*'), G. MACCORMACK, *Iusta and iniusta possessio*, in «T.» XLII, 1974, p. 75, KASER, *Zur Geschichte des precarium*, cit. [nt. 168], p. 124 e nt. 94 e p. 131 nt. 120, WESEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte*, cit. [nt. 299], p. 140 e nt. 149, A. MEINHART, *Dogmengeschichtliches und Dogmatisches zum Eigentumsvorbehalt*, in «ZSS.», CXVIII, 1988., p. 730 s. e nt. 12, e soprattutto SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *op. cit.*, p. 454 ss. e in particolare p. 493 ss.). In tale situazione, anche senza entrare in ulteriori questioni quali la tesi che vorrebbe considerare senz'alto classica l'*accessio possessionis* anche in riferimento alla *usucapio*, come recentemente ha fatto Carlos Sánchez-Moreno Ellart, sembra di poter pianamente considerare genuini i passi che parlano di un'estensione utile degli interdetti *de itinere* e *de aqua* all'acquirente del fondo (cfr. tra l'altro BONFANTE, *Diritti reali*, cit., p. 438, che sottolinea come, al riferimento editale al caso del venditore, la giurisprudenza avrebbe estensivamente aggiunto il possesso di qualsiasi dante causa a titolo particolare), attesa altresì la particolare risaleza dell'*interdictum utrubus*, il più antico dopo l'*uti possidetis* (si veda in generale FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit. [nt. 6], specie p. 79 ss., 157 ss. – cfr. p. 160 e nt. 47 s., con ulteriore bibliografia – e p. 229 ss., ed in breve BURDESE, '*Possesso*', cit. [nt. 282], p. 462), così da ritenere conclusivamente che, al di là della posizione di Giuseppe Grosso (che potrebbe del resto essere semplicemente frutto di un attimo di distrazione), la *accessio possessionis* interdittale – o più esattamente l'*accessio* nell'esercizio della servitù – sia cosa diversa dall'*accessio possessionis* relativa all'*usucapio*, e abbia quindi un regime ed una storia diversa da quest'ultima (cfr. tra l'altro BONFANTE, *Diritti reali*, cit., p. 439, che nota come, agli effetti dell'*utrubus*, «si poteva fruire del possesso del creditore pignoratizio e del precarista, giacché per gli interdetti non si richiedevano le qualifiche necessarie per usucapire»).

³¹⁰) Si veda – in riferimento a D. 43.20.1.29, in cui dopo aver dato la formula dell'*interdictum de aqua aestiva* il pretore aggiunge '*inter heredes emptores et bonorum possessores interdico*' – D. 43.20.1.37 (Ulp. 70 *ad ed.*): '*Ait praetor: 'inter heredes et emptores et bonorum possessores interdico': haec verba non solum ad aestivam aquam, verum etiam ad cottidianam quoque referenda esse sciendum est: nam sicuti de itinere actusque et successoribus dantur interdicta et emptori, ita haec quoque danda praetor putavit*': sul passo – cfr. «Index Interpolationum» *ad h.l.* (III, cit. [nt. 164], c. 302.) – si veda tra l'altro ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali*, cit. [nt. 60], p. 517.

³¹¹) Cfr. *supra*, § 8.

³¹²) Cfr. *supra*, § 8 e nt. 205.

aspetto era facilmente accettabile da parte dell'ordinamento così come dai contraenti, e d'altra parte è verosimile che il problema potesse essere in parte risolto in via negoziale, estendendo attraverso clausole particolari agli acquirenti a titolo particolare del fondo gli obblighi derivanti dalla stipulazione di esercizio, attraverso modalità che dovevano essere previste sin dalla costituzione del diritto, secondo prospettive del resto normali allo stesso contratto di compravendita, così da rendere sovente possibile agire con l'*actio ex stipulatu* anche quando, mancando un esercizio '*hoc anno*', non fosse più possibile ricorrere alla tutela interdittale³¹³.

Se quindi nel contesto del processo formulare la tutela dei terzi acquirenti del fondo poteva essere soddisfatta in maniera pressoché compiuta, oltre da che simili accorgimenti, dal sistema interdittale e dalla estensione del ricorso a tale procedura a questi ultimi, le fonti a disposizione, pur nella loro inevitabile incompletezza, sembrano in ogni caso lasciare intendere come il problema dovesse essere maggiormente sentito nell'ambito della *cognitio extra ordinem* proprie delle provincie imperiali, dove anzi sembra di poter scorgere i germi di quei mutamenti che condurranno il diritto postclassico a far leva sul *diuturnus usus* della servitù per dare a queste ultime un tipo di tutela più consono alle nuove coordinate dell'ordinamento del tardo impero.

In particolare, è interessante in tal senso un rescritto di Alessandro Severo del 223 d.C., può darsi non poco rimaneggiato dai compilatori, in cui comunque si afferma, pur ribadendo il principio secondo cui l'atto contrattuale ha efficacia soltanto '*inter contrahentes*'³¹⁴, che l'obbligo di rispettare la servitù, se essa era stata regolarmente costituita, poteva essere esteso ai successivi acquirenti del fondo servente³¹⁵:

C.I. 3.34.3: Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt, si ea praecesserint, quae servitutum constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent. quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse³¹⁶.

³¹³) Sulle clausole particolari che estendessero all'acquirente l'obbligo consistente nel '*per te non fieri, quo minus utar*', nonché sull'obbligo del venditore del fondo di intervenire contro il terzo che ostacolasse l'esercizio dell'acquirente, si vedano in generale TALAMANCA, '*Vendita*', cit. [nt. 100], p. 359, CORBINO, '*Servitù*', cit. [nt. 85], p. 256 s., e PROVERA, '*Servitù prediali*', cit. [nt. 82], p. 16 nt. 5, p. 23 ss., 32 ss. e 43 ss. Sui «cartelli» epigrafici che dichiarano la sussistenza di una servitù di passaggio («CIL.» V.2547, 8 e IX.4792) cfr. CAPOGROSSI, '*La struttura*', cit. [nt. 64], p. 197 ss.

³¹⁴) Cfr. BIONDI, '*Le servitù prediali*', cit. [nt. 21], p. 250 s. e 261 s. (che tra l'altro corregge '*onere perferendae servitutis*' in '*onere perferendae aquae*').

³¹⁵) Cfr. GROSSO, '*Le servitù prediali*', cit. [nt. 3], p. 201 e nt. 20.

³¹⁶) Sulla costituzione si vedano anche H. KRÜGER, '*Die prätorische Servitut*', cit. [nt. 55], p. 80, BESELER, '*Beiträge*', IV, cit. [nt. 37], p. 83 («[Et] in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes <nisi pactionibus et stipulationibus non> possunt [si ea praecesserint, quae servitutum constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent]. quare non ignorabis <daß du unmittelbar gegen den Käufer nur dann vorgehen kannst, wenn der Verkäufer den Käufer pflichtmäßig zu eigener Promission veranlaßt hat> [si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse]»; «Die Glosse tueri - debent beweist, daß Alexander von nur obligatorisch wirkender Servitutenbestellung gesprochen hatte»), S. RICCOBONO, '*Stipulatio et instrumentum* [II], cit. [nt. 87], p. 271, '*Le applicazioni della stipulatio*', cit. [nt. 104], p. 254 ss., e '*Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali*', cit. [nt. 81], p. 340 nt. 1 (ove del pari si ritiene scomparsa dalla costituzione l'originaria menzione delle servitù costituite *pactionibus et stipulationibus*), SOLAZZI, '*Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*', cit. [nt. 56], p. 113 s. (che, rimarcando in ogni caso il riferimento del rescritto ad una valenza meramente obbligatoria del rapporto, considera l'attuale stesura, oltre che di una banalità insopportabile, pressoché totalmente tribonianea, specie nella frase '*si ea praecesserint ...*', che non avrebbe mai potuto uscire da una cancelleria su cui vegliava Ulpiano, ed in quella finale, ove del resto la locuzione '*transire ... posse*' afferma una possibilità e non, come dovrebbe, una realtà ineludibile: critiche che verosimilmente non colgono i problemi pratici cui rispondeva l'imperatore), MASCHI, '*Contributi allo studio delle servitù pretorie*', cit. [nt. 55], p. 287 s. e 294, GROSSO, '*Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto «pactionibus et stipulationibus» sui fondi provinciali*', cit. [nt. 100], p. 711 s., PROVERA, '*Servitù prediali*', cit. [nt. 82], p. 41 s. (che difende il passo dalle critiche di Siro Solazzi e legge la frase '*si ea praecesserint, quae servitutum constituunt*' – in vista della tesi che vede nelle servitù pretorie delle obbligazioni '*propter rem*' – come riferimento alla volontà delle parti di rendere la servitù trasmissibile in caso di alienazione del fondo e, in consonanza con la tesi di fondo da lui sostenuta, parla di «obbligazione a soggetto variabile» sia sul lato passivo che attivo, riferendo quindi la costituzione allo strumento dell'*actio ex stipulatu*), P. DE FRANCISCI, '*Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti in-*

La costituzione è stata studiata dalla dottrina più che altro nei suoi soli aspetti sostanziali, ma quanto soprattutto qui interessa sono invece i suoi risvolti processuali, ed in primo luogo la locuzione *'duci per praedia prohibere iure non potuerunt'*: in effetti, in linea di massima si è qui ormai al di fuori del sistema dell'*ordo iudiciorum* (*'in provinciali praedio'*), e quindi dalla prospettazione strettamente interdittale della controversia, in cui il titolare del fondo servente (fosse esso il costituente della servitù o il suo successore a titolo universale o particolare) poteva dimostrare la legittimità della propria *prohibitio* verso l'atto di esercizio della controparte in relazione all'assenza di un episodio di esercizio *sine vitio* nell'anno precedente ovvero dimostrando che l'atto ora impedito era attuato secondo modalità differenti e quindi da considerare compiuto *vi, clam* o *precario* e quindi *vitiosus*³¹⁷: qui – anche se l'impostazione interdittale, come mostra l'accenno alla *prohibitio* nonché il meccanismo della trasmissione agli acquirenti a titolo particolare, sembra in ogni caso continuare a costituire un implicito referente argomentativo –, con *«iure prohibere non posse»* si intende semplicemente riferirsi al fatto che, costituendo la servitù, il proprietario del fondo si è privato della facoltà di impedire al vicino di svolgere sul proprio fondo la attività di transito, di derivazione idrica e così via oggetto della servitù, in una impostazione che, nella generale ostilità specie del tardo impero verso un atto di autotutela privata quale la *prohibitio* stragiudiziale³¹⁸, tende a identificare in linea di massima la esistenza stessa del rapporto in tale assenza di *«ius prohibendi»*, in un contesto ove più generale ci si preoccupa soprattutto che da simili atti di autotutela stragiudiziale non debbano nascere motivi di lite e disordine, come varie costituzioni in materia si preoccupano di sottolineare ribadendo la necessità di ricorrere invece ai competenti organi giudiziari³¹⁹.

Tale impostazione, d'altra parte, mostra altresì come nel contesto della *cognitio extra ordinem* non sia certo possibile rinvenire quella rigorosità di principii e regole relativi agli rapporti tra fondi che è propria del sistema dell'*ordo iudiciorum* e del diritto classico³²⁰, prevalendo su ogni altro aspetto una

nominati, II, Pavia, 1916, p. 449 ss. (sull'uso generico del verbo *'contrahere'* nella costituzione in esame), A. D'ORS, *Sobra las pretendidas acciones reales «in factum»*, cit. [nt. 14], p. 65 nt. 40 (che segue SOLAZZI, *Alla ricerca dei «fundi stipendiarii vel tributarii»*, cit. [nt. 215], p. 396 s., nel riferire C.I. 3.34.2 e 3 – cfr. *infra*, nt. 395, 444 e 469 – a fondi provinciali), KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, cit. [nt. 84], p. 102 (ove, muovendo dall'analogia tra *lex privata* o *contractus*, come *'lex rei suae dicta'*, e la *lex publica*, da cui si ricava per l'età più risalente uno stretto rapporto tra l'atto giuridico e le fonti del diritto e quindi, per il primo elemento, un valore – *'ita ius esto', 'uti lingua non cupassit'* – di statuizione vincolante per il caso singolo, si arriva a postulare una efficacia reale riconosciuta a talune *leges contractus* consistenti in divieti negoziali di disposizione, fenomeno cui viene ricollegata l'efficacia reale connessa, in testi come C.I. 3.34.3 e D. 8.14.13.pr., a *leges* o *placita venditionis* che impongono oneri reali a carico di fondi in sede di vendita: cfr. la recensione a quest'ultima opera di A. BURDESE, in «SDHI.», LIII, 1987, p. 406), e HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny*, cit. [nt. 82], p. 43 e nt. 20 e p. 47 s. e nt. 37.

³¹⁷) Cfr. *supra*, § 5 e nt. 128 ss.

³¹⁸) Cfr. *supra*, § 1 e nt. 3. In tale prospettiva «possessoria», come si è in parte visto, la clausola *'nec vi nec clam nec precario'* viene infatti riferita, sul modello degli interdetti possessorii in senso stretto, all'origine dell'esercizio della servitù, e non più, com'era classicamente, al *ducere aquam* o all'*itinere uti* appunto *'hoc anno'*, ossia in relazione all'atto di esercizio compiuto *'non vi non clam non precario'* fatto valere per ottenere la tutela interdittale in relazione alla controversia *de facto* attuale: la cosiddetta *exceptio vitiosae possessionis* viene quindi intesa in una prospettiva generale come condizione qualificante in quanto tale il *ducere aquam* o l'*itinere uti*, quale presupposto della legittimità del possesso per ottenere la protezione dell'*usus servitutis*, ed appare dunque non poter più servire, in relazione al singolo atto e così alle contingenze di quanto avvenuto *'hoc anno'*, per regolare semplicemente il mero esercizio della servitù (cfr. *supra*, § 11 e nt. 271).

³¹⁹) Si vedano eloquentemente, in C.I. 3.34 (*'de servitutibus et de aqua'*), le costituzioni 1 (*'si quas actiones adversus eum ... competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui iudex erit ...'*), 3 (*'... tueri ... debent ...'*), 5 (*'si ... iniuriose extruxit, praeses provinciae revocare ad pristinam formam ...'*), 6 (*'praeses provinciae ... te non permittet ...'*), 7 (*'si manifeste doceri possit iuis aquae ... procurator noster ... providebit'*), 8 (*'... dominus eius minime prohibetur. ... restituere compellitur'*), 9 (*'novum opus ... per praesidem provinciae tollere compellitur ...'*) e 10 (*'si tibi servitutum aquae deberi praeses animadverterit ... uti te iure proprio providebit ...'*). Si veda in generale SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 1 ss. e, in relazione a C.Th. 9.10.3 (Constantin., a. 319) p. 50 ss. (cfr. tra l'altro PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit. [nt. 6], p. 451 ss. e 467 ss.).

³²⁰) Cfr. *supra*, nt. 53 e 256. Contro le prospettive che tendono a rintracciare una relativa unitarietà di sviluppo della *cognitio extra ordinem* rispetto all'*ordo iudiciorum*, ed in particolare con la sua fase in *iure* (cfr. in particolare G.

competenza equitativa dell'organo giudicante che tende a contemperare in maniera più empirica le opposte esigenze³²¹ basandosi soprattutto, come si vedrà meglio tra breve, su elementi di convinzione fondati innanzitutto sulla garanzia estrinseca fornita dal perdurare da quanto più tempo possibile di una determinata situazione di fatto³²², mentre d'altra parte sembrerebbe di assistere allo

SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla «cognitio extra ordinem»*, Milano, 1960, specie p. 196 ss., che tra l'altro sosteneva, per meglio riavvicinare i due fenomeni, il carattere pubblicistico della procedura formulare: cfr. in particolare L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965, p. 32 ss.), si veda LUZZATTO, *Il problema d'origine*, cit. [nt. 1], specie p. 18 ss., che collega appunto le origini della *cognitio extra ordinem* alle attività giurisdizionali del magistrato estranee alla *iurisdictio* del processo formulare, intendendo quindi questa come procedura sottratta ai principii ed alle regole dell'*ordo iudiciorum*, nonché a lungo restia all'enunciazione di principii e regole definiti nel suo stesso ambito (p. 22: cfr. la *nota di lettura* di Paolo Garbarino alla ristampa di tale opera, p. 8, e, sempre di Giuseppe Ignazio Luzzatto, anche in relazione alla dottrina precedente, *In tema di origine nel processo 'extra ordinem' (lineamenti critici e ricostruttivi)*, in «Studi Volterra», cit. [nt. 82], II, p. 665 ss. e soprattutto p. 576 ss.).

³²¹ Si veda in particolare C.I. 3.34.10 (Diocl. Max., a. 294): '*Si tibi servitutum aquae deberi praeses animadverterit nec hactenus non utentem spatium temporis amisisse perspexerit, uti te iure proprio providebit. nam si hoc minime probetur, loco proprio facto opere dominus fundi continere aquam et facere, quominus ager tuus rigari possit, non prohibetur*': cfr. SOLAZZI, '*Servitutum debere*', cit. [nt. 299], p. 335 (che evita di attaccare più di tanto come interpolato '*tibi*' – presente altresì in C.I. 3.34.9 –, concludendo che in ogni caso «il testo attuale dei due rescritti non fa troppo onore alla cancelleria imperiale»), e BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit. [nt. 14], p. 227 ss.

³²² Si veda in particolare la già ricordata (cfr. *supra*, nt. 62, 65 e 75) C.I. 3.34.1 ('*si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet*'), su cui si vedano H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 66 s., WLASSAK, *Der Judicationsbefehl*, cit. [nt. 37], p. 105 nt. 55 (su '*pulsare*'), ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit. [nt. 54], p. 219 ss., PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 632 e nt. 5, e *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 252 ss., ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 355 e 356 nt. 2 (ove, rilevando come qui la *longi temporis consuetudo* divenga «lo spazio concreto di tempo necessario per usucapire» si insiste sul carattere giustiniano delle forme '*is qui pulsatur*', '*modo si*' e '*sciet*', sottolineando poi i nessi che la *longi temporis consuetudo* della costituzione presenta, oltre che con C.I. 3.34.2, con D. 8.5.10 e con D. 43.19.5.3: cfr. *La protezione pretoria*, cit. [nt. 55], p. 486), BONFANTE, *La «longi temporis praescriptio» delle servitù*, cit. [nt. 56], p. 959 (che, in vista della sua falsariga ricostruttiva – cfr. *supra*, nt. 56 – accetta senza problema le parole '*longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet*': cfr. ID., *Note a WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, cit. [nt. 56], V, p. 664), BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 86 (cfr. *supra*, nt. 308), S. RICCOBONO, *Prospectus montium. La citazione della L. III quaest. di Papiniano in Armenopulo* [1906], in *Scritti di diritto romano*, I, Palermo, 1957, p. 358 – per il quale le parole '*contra veterem formam*', insitice, sono forse state sostituite ad un originario '*ita*' –, RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 410 s. (che espungerebbe la frase finale, la quale, egli nota – p. 410 nt. 3 –, inverte il ruolo delle parti e costituisce un'insulsa appendice), P. JÖRS, W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1935², p. 149, W.W. BUCKLAND, *The Main Institutions of the Roman Private Law*, Cambridge, 1931, p. 157 s. e nt. 1 («much suspected»), BRANCA, *Considerazioni sulla «servitus altius tollendi»*, cit. [nt. 82], p. 114 ss. (che accetta la genuinità del passo riferendolo però a un contesto provinciale), E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 200 e nt. 502, SOLAZZI, *Requisiti e modi*, cit. [nt. 56], p. 163, BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 282 s., e *La categoria*, cit. [nt. 71], p. 51 e 115 s. (che riconosce i ritocchi al testo), GROSSO, *Sulle servitù «altius tollendi» e «stillicidii non avertendi»*, cit. [nt. 9], p. 54 s. e nt. 11, e *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 217 s., RODGER, *Owners and Neighbours*, cit. [nt. 14], p. 27 ss. e 116 ss. (che, tendendo a ampliare e ad antedatate le limitazioni all'assolutezza del diritto di proprietà ed in particolare sostenendo – p. 14, 18 s., 34 ss. – che sarebbero stati i giustiniani a stabilire il principio secondo cui il *dominus* sarebbe stato libero di costruire *in suo*, tende a considerare interpolate le fonti che testimoniano il contrario, e a proposito di C.I. 3.34.1 e del finale '*modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet*' ritiene che tale frase non costituisca una precisazione dei limiti entro cui deve valere la risposta dell'imperatore, dato che in tal caso ci si troverebbe di fronte ad un uso alquanto marginale di '*pulsatur*' – cfr. p. 121 nt. 1 –, e che soprattutto – a meno di pensare che si voglia qui alludere ad un possesso dell'edificio, cosa che comunque non avrebbe molto senso – «only in the most complicated way can one conceive of a servitude *altius non tollendi* being exercised *vi, clam* or *precario*» [p. 118]: cfr. le recensioni di KASER, cit. [nt. 41], p. 437, e di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, in «Iura», XXIII, 1972, p. 244, secondo cui l'interpretazione del passo proposta da Alan Rodger risulta in ogni caso assai meno convincente di quelle avanzate dalla dottrina precedente), J.P. CORIAT, *La technique du rescrit à la fin du Principat*, in «SDHI», LI, 1985, p. 331 s. (che sottolinea come l'uso del verbo '*scire*' denoti il tono autoritativo della disposizione), CAPOGROSSI, *Il deperimento di alcuni actus legitimi*, cit. [nt. 57], p. 172, e *Appunti sulla «quasi possessio iuris»*, cit. [nt. 57], p. 258 nt. 27 e p. 272 nt. 42, R. DOMINGO, *Teoría de la «auctoritas»*, Pamplona, 1987, p. 102 (che riconosce il carattere postclassico dell'estensione della *possessio* alle servitù: cfr. la recensione di Th. MAYER-MALY, in «ZSS», CXXII, 1992, p. 630), RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit. [nt. 82] p. 264 ss. (cfr. la recensione di B.W. FRIER, in «T.», LXI, 1993, p. 125, e BURDESE, *Regime edilizio e rapporti di vicinato*, cit. [nt. 82], p. 365 s.), e ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit.

[nt. 3], p. 182 nt. 116 (cfr., in relazione alla Glossa, LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 151, 157, 158 e 166). Anche non considerando dettagliatamente le svariate incongruenze presentate dal testo ('*actiones*' al plurale, '*existimas*', '*non prohiberis*', '*nec vi nec clam nec precario possidere*) nonché il fatto che la costituzione appare difficilmente riferibile ad una esplicazione classica della *vetustas*, trattando di un rapporto che se anche costituisse una servitù – *ne luminibus officiat* – sarebbe una servitù negativa in cui sarebbe arduo configurare una qualsiasi valenza probatoria dell'immemoriale (cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 283, e CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 453; sui rapporti tra prescrizione – acquisitiva ed estintiva – e servitù negative, si vedano BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 311 ss., BRANCA, *Non uso e prescrizione*, cit. [nt. 66], p. 173 ss., e GROSSO, *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù*, cit. [nt. 66], p. 226 ss., e *Le servitù*, cit., p. 244 ss.: cfr. CAPOGROSSI, *op. ult. cit.*, II, p. 437 ss. e in particolare p. 451 ss.), le tracce di interventi successivi alla stesura classica della costituzione risultano in realtà andare ben oltre a una semplice sostituzione dell'istituto della *vetustas* con quello dell'usucapione di fatto della servitù mediante la '*longi temporis consuetudo*': se infatti è noto come la difesa dei *lumina* inerisca a una materia quale il regolamento delle costruzioni urbane, che subì profonde modificazioni in età postclassica (cfr. per tutti GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 217 s.), la costituzione si dimostra per tal verso positivamente interpolata in quanto, nella frase iniziale, le parole '*... contra veterem formam extruxit ...*' si rifanno pressoché alla lettera a una costituzione del quinto secolo dell'imperatore Zenone, C.I. 8.10.12.1 (cfr. *Bas.* 58.11.10 [G.E. HEIMBACH, C.G.E. HEIMBACH, «Basilicorum Libri LX», V, Leipzig, 1850, p. 210]): *prostēttomen toŷv t;v ,d.a.v o,k..av čnaneoàtav tō črcaon scÁma mhdamı v parexišnai, i ste mĀ toŷv o,kdomàtav čfair<sqai fī ta Ā ŷpoyin tī n geitōnwn par; tō pEl ai kaqesthkōv. oŷ mĀn prosq>sw, ō ti đpote dōoi kraten, oŷon đ tī o,kodom.α crēmenov d.kaion ecoi pros>kon alūtū ĩk sumfēnou Ā ĩperwt>sewv. ĩpitrspon čne.bein. e., boul hqe.h, tō pal aiōn scÁma* («*cognovimus igitur ex iis, quae a magnificentia tua ad nos relata sunt, divinam legem immortalis memoriae patris nostri Leonis, quam posuit de iis, qui in hac inclusa urbe aedificare vellent, ambiguum esse videri in nonnullis partibus propter male interpretantium commenta, cum praecipiat, ut qui aedes suas renovant nequaquam veterem formam excedant, ne aedificantes lumina vel prospectum vicinorum contra priorem statum auferant, nec tamen addiderit, quid debeat obtinere, si aedificator ius habeat competens ipsi ex pacto vel stipulatione, quo antiquam formam, si velit, mutare permittatur*» [P. KRÜGER]: oltre a PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 207 s., si veda in particolare RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., p. 34 ss., 43 s., 78 s., 116 ss. e 122 s., nonché la ricordata recensione di KASER, p. 437): una costituzione che del resto i compilatori interpolano anche in un passo di Ulpiano, D. 8.2.11.pr. (Ulp. 1 *off. cons.*): '*qui luminibus vicinorum officere aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere*' (sull'interpolazione del passo si vedano in breve RICCOBONO, *Prospectus montium*, cit., p. 357 s., e *La destinazione del padre di famiglia*, cit. [nt. 299], p. 396 s., BONFANTE, *Istituzioni*, cit. [nt. 56], p. 259 ss. e nt. 77, e *La proprietà*, cit. [nt. 14], I, p. 336 ss. e p. 338 nt. 2, nonché GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 217 s.: sulla posizione palinogenetica del frammento e sul successivo § 1 cfr. tra l'altro ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit., p. 215 ss.). La '*antiqua forma*' in questione non risulta quindi avere nulla a che fare con la figura classica della *vetustas*, ma si riallaccia direttamente – nel contesto dell'inquadramento giustiniano dei limiti del dominio tra le *servitutes* in senso proprio (cfr. BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 63 ss. e 100 ss., RAINER, *op. ult. cit.*, p. 28 ss. e 242 ss., e RODGER, *op. ult. cit.*, p. 38 ss. e 122 s., nonché *supra*, nt. 71 e 240) – al principio postclassico secondo cui nelle costruzioni urbane è vietato edificare *contra priorem statum*, mentre la situazione esistente viene parificata a un rapporto di servitù tra gli edifici ('*vicem servitutem obtinere*': cfr. in breve PUGLIESE, *Istituzioni*, cit. [nt. 54], p. 852), principio generalizzato nel diritto della Compilazione con C.I. 3.34.13 [Iust., a. 531]: '*Cum dubitabatur, utrum constitutio Zenonis divae memoriae ad Adamantium praefectum urbis scripta, quae de servitutibus loquitur, localis est et huic florentissimae urbi dedicata et debent illius quidem iura in hac observari, antiqua vero, quae contraria sunt, locum habere in provinciis: indignum esse nostro tempore putantes aliud ius in hac regia civitate de huiusmodi observari, aliud apud nostros esse provinciales, sancimus eandem constitutionem in omnibus urbibus Romani imperii obtinere et secundum eius definitionem omnia procedere et, si quid ius ex ea lege innovatum est a vetere dispositione, et hoc in provinciis a praesidibus earum observari: ceteris videlicet omnibus, quae non per Zenonianam legem innovata sunt, sed veteribus legibus comprehensa, in sua firmitate in omni loco manentibus*': si vedano in particolare BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 311 ss., e *La categoria*, cit., p. 51, e PLESCIA, *The Development of the Exercise*, cit. [nt. 16], p. 196 s. e 201 s.). Se quindi la prima parte di C.I. 3.34.1 ('*si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis*') appare di conio giustiniano, e del pari il suo finale ('*modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet*') appare una limitazione che come si è visto risponde a visuali postclassiche (cfr. in generale *supra*, § 1 e nt. 3, e in relazione al passo GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 218), quello che nella costituzione si può salvare sarebbe forse la parte centrale ('*is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet*'), e quindi, secondo una lettura di recente propugnata in particolare da Giuseppe Grosso e poi da Luigi Capogrossi Colognesi, il richiamo alla *longa consuetudo*, visto in tale prospettiva come presidio dell'equilibrio esistente tra gli edifici già in età severiana, almeno per quanto riguarda l'ambito delle costruzioni urbane e quindi al di fuori delle servitù in senso proprio, come in particolare mostrerebbero nei loro aspetti fondamentali C.I. 3.34.7 e D. 39.3.26: in primo luogo, infatti, la già ricordata C.I. 3.34.7 del 286 ('*si manifeste doceri possit ius aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis inrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque sollemnem morem innovetur, providebit*'), se da un lato verte ancora propriamente in tema di servitù, d'altra parte risulta trattare dell'immemorialità della situazione di fatto esistente in termini sostanzialmente non troppo diversi da quanto avviene nella parte centrale di C.I. 3.34.1 (cfr. del resto ad esempio C.Th. 15.2.7, del 397 d.C.: '*Usus aquae veterem longoque dominio constitutum singulis civibus manere censemus nec ulla innovatione turbari ...*'); in C.I. 3.34.7, in effetti, al di là del pur dubbio riferimento alla '*vetus forma*' e di

smarrimento anche dei più ovvi principii in materia di servitù ed alla conseguente necessità da parte della cancelleria imperiale di ribadire anche le norme più banali³²³.

In tale situazione, quello che sembra risultare particolarmente incerto, con il conseguente intervento già dei giuristi classici, è la posizione dei terzi acquirenti nei fondi specie non italici, e la tutela che nel caso ad essi compete per tutelare il rapporto di servitù, come si nota soprattutto in taluni passi che, pur nelle corruzioni che li caratterizzano, mostrano soprattutto come qui ci si muova in un contesto provinciale ed in un ambito processuale *extra ordinem* che, se è lontano non solo dall'*ordo iudiciorum* ma anche dai principii del diritto classico regolanti tale materia, per altro verso appare precludere nella maniera più diretta al trattamento postclassico di tali problemi: così, in D. 8.3.36 (Paul 2 *resp.*)³²⁴, si ribadisce il carattere personale della *stipulatio poenae*, riconnettendo semmai l'effetto *lato sensu* reale alla *pactio* che forse, nella minore distinzione qui sentita tra negozio ad effetti reali e mero contratto, poteva avere sui fondi provinciali la soluzione di impegnare al suo rispetto

talune ridondanze tipiche dello stile legislativo di tale epoca (la costituzione non risulta in ogni caso segnalata nell'«Index Interpolationum», cit. [nt. 291], p. 68: si veda comunque la lettura alquanto limitativa del valore delle testimonianze da essa offerte recata da SOLAZZI, *Requisiti e modi*, cit., p. 173 nt. 100 e p. 177 s.), è notevole come la figura della *vetustas* sia tendenzialmente considerata nei limiti esclusivamente probatori che le erano propri nel diritto classico (cfr. BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 468 e nt. 3, BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 278, e GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 213, nonché PLESCIA, *The Roman Law of Water*, cit. [nt. 291], p. 449 e nt. 75), e per altro verso venga strettamente collegata alle servitù d'acqua: nesso cui in effetti le specificazioni circa lo *ius aquae* su cui insiste il testo – richiamandosi al *locus servitutis*, alla *utilitas fundi* e alla *causa irrigandi* – non sembrano dare un carattere soltanto contingente, risultando invece deporre per una ancora attuale connessione esclusiva della *vetustas* con i rapporti idrici (sulla costituzione cfr. altresì MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 112 ss.); in D. 39.3.26 (Scaev. 4 *resp.*: «*Scaevola respondit solere eos qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur*»), per quanto ci si trovi qui in un contesto ancora classico, si evidenzia in ogni caso una prassi costante (cfr. tra l'altro *supra*, nt. 56, 76 e 261) che doveva essere diffusa anche sul suolo provinciale e nel cui alveo si svilupperanno, secondo la linea dottrinale testé richiamata, le nuove prospettive postclassiche della *longa consuetudo* (sulle frequenti usurpazioni che costituiscono la *ratio* di tale impostazione cfr. ad esempio C.I. 11.66[65].5, del 383/4): sul passo – oltre a BRUGI, *Le dottrine giuridiche*, cit. [nt. 70], p. 125 ss., a BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 278, e a GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 191 s. e 213 –, si vedano A. MAGDELAIN, *Auctoritas rerum*, in «RIDA.», 3^a s., V, 1950, p. 141 s. («Malgré l'impossibilité d'usucaper les servitudes en droit classique, celle d'aqueduc jouit d'un traitement privilégié. La *vetustas* ou usage immémorial rend inutile la preuve de la constitution du *ius aquae ducendae*. On retrouve ici une dispense de preuve analogue à celle qu'établit l'usucapion. Scaevola reprend la fiction d'après laquelle le long usage tient lieu de titre. La *vetustas* vaut *auctoritas*. Le système de l'usucapion est ainsi transposé, avec le principe d'une *auctoritas* fictive, en matière d'*aquaeductus*», richiamando – nt. 28 – D. 8.5.10, che chiarirebbe il testo di Scaevola riprendendo l'idea della dispensa dalla prova), e L'acte per aes et libram et l'auctoritas, ivi, XXVIII, 1981, p. 144 e nt. 36 (anche in relazione a Cic., *Caec.* 26.74: cfr. *infra*, nt. 392), F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit. [nt. 56], p. 150, F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale* (1982), in *Opuscola selecta*, cit. [nt. 199], p. 296, J.M. RAINER, *Zur locatio conductio: der Bauvertrag*, in «ZSS.», CXXII, 1992, p. 518 s., PLESCIA, *The Roman Law on Waters*, cit., p. 451 e nt. 101 e LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 101: per la visuale di Pietro Bonfante, cfr. *supra*, nt. 56.

³²³ Cfr. soprattutto C.I. 3.34.11 (Diocl. Max., a. 294): «*per agrum quidem alienum, qui servitutum non debet, ire vel agere vicino minime licet: uti autem via publica nemo recte prohibetur*» (cfr. R. TAUBENSCHLAG, *Das römische Recht zur Zeit Diokletians* [1920], in *Opera minora*, Warszawa, 1959, I, p. 122 ss. e specificamente p. 133, nonché E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 105).

³²⁴ «*Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus destructum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est*»: oltre a O. LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], I, c. 1185 nt. 1 (n. 1288), che nell'*inscriptio* corregge «*responsorum*» in «*questionum*» (cfr. ID., *Textkritische Miscellen*, in «ZSS.», LII, 1918, p. 168, ove viene cassato «*si ei forte frui non licuisset*»), sul testo si vedano SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 126 s. (secondo cui il passo, da riferire alle servitù sorte *iure civili*, mostrerebbe che la *stipulatio poenae* accompagnava talora anche le servitù così costituite, mentre, per quanto possa sembrare banale che la servitù passi al compratore del fondo, egualmente i classici tenevano a ribadire e a inculcare tale principio, mentre non sono in ogni caso improbabili alterazioni giustiziane: in particolare, «*emptor*» potrebbe essere stato sostituito a «*mancipato*», e il tratto «*si ... licuisset*», già censurato da Otto Lenel, può essere un glossema o il riassunto compilatorio di una più larga esposizione del testo originale), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 230 (che riferisce anch'egli il testo alle servitù sorte *iure civili*), e GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 196 e 202, e *Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto «pactionibus et stipulationibus» sui fondi provinciali*, cit. [nt. 100], p. 711 s. (che vede invece qui un riferimento alle servitù sui fondi provinciali, circa i quali, se la *stipulatio* di esercizio aveva un effetto soltanto personale, al contrario la *pactio* aveva invece la conseguenza di incardinare il diritto sul fondo in quanto tale: cfr. *supra*, § 3 e nt. 84 e 92).

anche i successivi titolari del fondo³²⁵; per converso, in D. 8.3.37 (Paul 3 *resp.*)³²⁶, il giurista sente del pari la necessità di ribadire come una concessione d'acqua personale non si trasmetta appunto in quanto tale all'erede. Analogamente, nella ricordata C.I. 3.34.3, l'eventualità che l'obbligo di rispettare la servitù possa venire esteso al successivo 'possessor' (senza alcuna specificazione del titolo in base al quale esso subentra al precedente), non solo è considerata in maniera alquanto generica ('*posse'*) e senza spiegare le modalità tecniche attraverso cui ciò si può realizzare, ma per di più non viene posta in relazione semmai a un meccanismo contrattuale che la preveda e la regoli, bensì è fatta di-

³²⁵ Cfr. GROSSO, *loc. ult. cit.*

³²⁶ 'Λούκιον Τ.τίου Γαί, Σεί, τὸ ἐδελ φῦ πλεῖστα κα.ρεῖν. Ὀδατον τοῦ πατρὸν ε,ν τῆν κρῶν τῆν κατασκευασθεσαν τῆν, σῆμῦ ὀπὸ τοῦ πατρὸν μου δ.δωμι κα' car.zoma...soi dEktul on e,v tḥn o,k.an sou tḥn τῆν τὸ „sqmῦ, Ἄ ὀπου δ' ἔν βοῦίV (Lucius Titius Gaius Seio fratri salutem plurimam. aquae, quae fluit in lacum a patre meo factum in isthmo, digitum tibi do donoque in domum tuam in isthmo vel quocunque velis [Th. Mommsen, P. Krüger]). *quaero, an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Gaii Seii pertineat. Paulus respondit usum aquae personalem ad heredem Seii quasi usuarii transmitti non oportere*': sul passo, oltre a P. PESCANI, *La scoperta del 'Bononiensis'. Sue forme*, in «BIDR.», LXXXVIII, 1985, p. 396 (sulla tradizione manoscritta del testo greco), si vedano BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 83 (che critica la parte da 'usum' alla fine: «Die subjektiv-persönliche Servitut ist einer Schöpfung Justinians. *Sei quasi usuarii* statt *Sei* oder *quasi usuarii* oder *Sei, qui quasi usuarius erat* ist ganz ungewöhnlich. *Quasi usuarius* klingt unklassisch. *Transmitti non oportere* statt *non transmitti*. Paulus wird gesagt haben, selbst wenn das *pactum* durch Stipulation bekräftigt worden sei, könne der Erbe des Seius nicht aus der Stipulation klagen, weil Titius nur seiner Bruder Seius selber habe begünstigen wollen»), BONFANTE, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 133 (che sottolinea come Paolo non ponga il carattere personale del rapporto in antitesi con il carattere reale della servitù, dato che nella sua epoca la categoria delle *servitutes personarum* non era ancora conosciuta, e, rifiutando le critiche di Gerhard von Beseler, si limita a considerare triboniano il ravvicinamento del concessionario all'usuario), CIAPESSONI, *Servitus personae et usus personae*, cit. [nt. 75], p. 991 ss. (che, richiamandosi soprattutto a Gerhard von Beseler nonché a Pietro Bonfante, restituisce '... *usum aquae Seio datum* ... *heredibus eius praestari non oportere* ...'), SOLAZZI, *Requisiti*, cit. [nt. 56], p. 125 (secondo cui la servitù prediale sarebbe stata in ogni caso da escludere per l'indeterminatezza del fondo dominante, domandandosi poi come mai, anche se si tratta qui solo di un rapporto obbligatorio, Lucio Tizio fosse ritenuto obbligato semplicemente in base al chirografo, e scorgendo quindi nel passo una situazione provinciale di ambiente ellenistico), U. LEPTIEN, '*Utilitatis causa*': *Zweckmäßigkeitentscheidungen im römischen Recht*, in «SDHI.», XXXV, 1969, p. 53 s. e nt. 12, e HALLEBEEK, *Legal Problems*, cit. [nt. 82], p. 46 e nt. 33. Si veda altresì, ad esempio, C.I. 3.34.4 (a. 223), in cui – cfr. *infra*, nt. 444 – Alessandro Severo chiarisce che '*aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate eius, ad quem usum eiusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere*': cfr. RICCOBONO, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù*, cit. [nt. 81], p. 345 nt. 1 (secondo cui la chiusa è compilatoria), R. TAUBENSCHLAG, *Le droit local dans les constitutions praedictiennes* (1926), in *Opera minora*, cit. [nt. 323], I, p. 524, E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Recht* (1934), in *Gesammelte Schriften*, II, cit. [nt. 66], p. 270 s. (dove la costituzione è esaminata in relazione a D. 39.3.8, su cui *supra*, § 12 e nt. 298), F. PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als edictum perpetuum* (1931), in *Gesammelte Abhandlungen*, Heidelberg, 1961, I, p. 128 s., M. LAURIA, *Le derivazioni di acque pubbliche* (1932), in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, p. 193 ss. (cfr. la recensione di G. GROSSO [1934], in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], IV, p. 25 s.), BIONDI, *La categoria*, cit. [nt. 71], p. 613 e nt. 1 (cfr. la recensione di G. GROSSO [1939], in *op. ult. cit.*, IV, p. 81 nt. 13), GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit. [nt. 5], p. 127 s., *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici*, cit. [nt. 9], p. 5 ss., *Sulla servitù di «aquae haustus»*, cit. [nt. 66], p. 6 e p. 13 nt. 28, e *Miscellanea critica*, cit. [nt. 42], p. 578 s. (che enfatizza l'accento all'*edictum praetoris* per congetturare nel testo originale un riferimento all'inciso '*invito me*' contenuto nell'*intentio* dell'*actio negativa*'), DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo*, cit. [nt. 8], p. 319 ss. e, in specifica relazione a C.I. 3.34.3, p. 326 (secondo il quale la costituzione mostrerebbe come, già al principio del III secolo d.C., l'*edictum perpetuum* fosse adottato come guida della giurisdizione anche al di fuori dell'*ordo iudiciorum*, ossia nella *cognitio*, in una considerazione di ordine latamente sostanziale che tendeva a superare lo specifico tecnicismo delle *formulae*), SOLAZZI, *Un editto del pretore sulla servitù di acquedotto?*, cit. [nt. 303], p. 353 ss. (ove, in riferimento a passi come D. 39.3.8 e D. 39.3.9.2 – cfr. *supra*, nt. 299 e 303 – e ad altri consimilmente alterati, si considera corrotta anche la costituzione in esame, specie in riferimento alla locuzione '*quae in alieno loco oritur*' – forse in origine '*in publico loco*' –, dato che essa non risulterebbe aver senso, poiché sotto tale aspetto non si scorge la differenza rispetto all'acqua che nasca nel fondo proprio di colui che la vuole *ducere*: dimostrando quindi, specie in riferimento a Front., *aq. 7* – '*datum est a Senatu negotium Marcio, qui tum praetor inter cives ius dicebat, eorum ductum reficiendorum ad vindicandorum*' –, a D. 39.3.10.2, D. 8.3.17, D. 43.20.4, nonché ad altri testi riguardanti l'esercizio della servitù di acquedotto, che la costituzione in esame riguardava appunto le acque pubbliche: cfr. la recensione di Giuseppe Grosso (1952) ai «Festschrift Schulz», cit. [nt. 215], in cui lo scritto di Siro Solazzi era originariamente contenuto, in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], IV, p. 320), FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit. [nt. 299], p. 164 s. (cfr. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit. [nt. 299], p. 377 nt. 169), WESEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte*, cit. [nt. 299], p. 131 s., e PLESCIA, *The Roman Law on Waters*, cit. [nt. 291], p. 450 e nt. 77 (che si limita a richiamare il passo in relazione al carattere privato delle acque qui considerate e alla conseguente possibilità di costituire su di esse servitù).

rettamente discendere dai '*placita*' intervenuti tra i contraenti.

Per tal verso, queste difficoltà sembrano nascere dal fatto che, se i classici dovevano risolvere in maniera abbastanza lineare e soddisfacente il problema della permanenza della servitù anche nel caso di trasmissione a titolo particolare del fondo servente, ciò tuttavia avvenne, come si vedrà meglio tra breve, nell'alveo tecnicistico della *stipulatio*, con la quale il costituente si doveva verosimilmente obbligare, nel caso con la promessa di una *poena*, ad impegnare l'eventuale futuro acquirente a titolo particolare, sempre attraverso una *stipulatio*, al rispetto della servitù: ma proprio la estrema raffinatezza di tale strumento e delle formule a tale scopo impiegate, nonché i giochi di collegamenti obbligatori, che legavano per tal via tra loro una serie di soggetti, ed in generale il carattere formale del contratto solenne compiuto *verbis*, tipicamente romano, dovettero in effetti essere di ostacolo definitivo alla esportazione anche solo dei principii di fondo di tale sistema negoziale ai vari diritti locali, né, anche dopo la *constitutio Antoniniana*, dovette risultare possibile riportare in tale alveo, sia pur in maniera semplificata e parziale, i modi di costituzione e di tutela delle servitù in uso nelle varie provincie (donde, in particolare, la sempre più assorbente importanza assunta nella sua flessibilità fattuale dal metodo della cosiddetta *patientia*): e sembra dunque da porre in relazione a tali fattori la continua necessità della cancelleria imperiale di ribadire quantomeno gli irrinunciabili aspetti fondamentali del regime dei rapporti fondiari, e d'altra parte la relativa genericità con cui – come ad esempio avviene in C.I. 3.34.3 – tali interventi imperiali tentavano di realizzare tali fini pur minimali, quasi in una traduzione delle regole più elementari del diritto romano in termini accessibili – ed accettabili – al contesto provinciale ed ai suoi ordinamenti locali.

In ogni caso, se in C.I. 3.34.3, del 223 d.C., l'obbligo dei terzi acquirenti di rispettare l'esercizio della servitù viene presentato come eventualità da porre in relazione ai '*placita inter contrahentes*', come si è visto in C.I. 3.34.1 e 2, rispettivamente del 221 e del 215, tale risultato sembrerebbe invece riconnettersi in maniera automatica ad una *longi temporis consuetudo* che *vicem servitutis obtinet* e ad un esercizio che protraendosi nel tempo conduce di fatto all'acquisto della servitù: elemento che – a meno di voler seguire anche qui una forse troppo drastica diffidenza interpolazionistica – sembrerebbe in effetti implicare che, nella stessa cancelleria imperiale, le vie seguite a tale scopo, forse in riferimento altresì alle varie diverse situazioni locali, non dovettero essere certo univoche né prive di ripensamenti, anche se talune di queste soluzioni – ed, ovviamente, quella connessa al fattore temporale – erano in ogni caso destinate a prevalere nella loro empiricità incontrando l'incondizionato favore della cultura giuridica del tardo impero.

Se dunque nel diritto classico e nella linearità delle architetture dell'*ordo iudiciorum* e del sistema interdittale tali questioni dovevano risultare piuttosto chiare e di agevole soluzione in conformità ai principii generali, nell'ambito provinciale e nel quadro della *cognitio extra ordinem*, invece, l'assenza di una regolamentazione definitivamente stabilizzata in conformità alle linee sistematiche del diritto romano ed in particolare la mancanza di una netta distinzione tra negozio reale e contratto obbligatorio portano di per sé ad un intorbidimento interpretativo che condurrà inevitabilmente il diritto postclassico, nella incertezza giuridica che gli è propria, a far leva, piuttosto che su norme stabilite una volta per tutte a priori, sulla tutela della situazione di fatto esistente e sugli ampi poteri equitativi dell'organo giudicante altresì in relazione alla trasmissibilità dell'attuale condizione dei fondi anche ai loro acquirenti a titolo particolare.

In ogni caso, per quanto riguarda le azioni utili adombrate da D. 8.5.10 e da D. 39.3.1.23 così come l'adattamento dell'*actio Publiciana* di D. 6.2.11.1, si può anche per tal verso notare come le cautele di C.I. 3.34.3 nel prospettare il passaggio dell'obbligo di rispettare la servitù al terzo acquirente soltanto come eventualità da porre in relazione ai *placita* intervenuti tra le parti risulti ancora una volta escludere che al tempo di Alessandro Severo e del suo prefetto del pretorio Ulpiano, nonostante i parziali riscontri pur sotto certi aspetti rinvenibili nelle due ricordate costituzioni di Caracalla, si fosse già affermate in maniera ormai certa e definitiva una prassi fondata sull'automatico riconoscimento della servitù in base al suo esercizio di fatto, considerato, in particolare, idoneo ad imporla in quanto tale ai successivi titolari del fondo: anche in tale prospettiva – tenendo altresì pre-

sente che il rescritto del 223 d.C. si preoccupa ancora di specificare, circa le modalità di costituzione della servitù, '... si ea praecesserint, quae servitutum constituunt ...' – un esame più completo delle fonti a disposizione appare quindi per vari versi smentire i tentativi di parte della dottrina di riferire quantomeno al contesto tardoclassico i mezzi di tutela riferiti da tali frammenti dei *Digesta*.

14. Tornando quindi al diritto classico e ai problemi della tutela, realizzata innanzitutto in via interdittale, delle servitù cosiddette pretorie, si è visto come – pur nell'accettabilità di fondo di una «prescrizione» annuale di fatto di tale mezzo giudiziario e quindi, nel caso, delle servitù sorte «iure praetorio» anche in vista del loro carattere per così dire «minore» rispetto ai paradigmatici *iura in re aliena* previsti dallo *ius civile* – sia nondimeno ipotizzabile, tra le varie congetture prospettabili circa tali problemi, che almeno in alcuni determinati casi nel sistema dell'*ordo iudiciorum* si potesse ovviare a tale inconveniente attraverso una maggiore estensione temporale della protezione offerta dell'interdetto, concedendo caso per caso un *decretum* che prevedesse, anziché l'usuale limite '*hoc anno*'³²⁷, un lasso di tempo biennale³²⁸. Ma anche tale ipotesi appare in realtà da rifiutare.

In effetti, è noto come fosse normale che il pretore, qualora vi fossero congrui motivi, anche trascorso l'anno potesse accordare un interdetto '*repetita die*':

D. 43.19.1.9 (Ulp. 70 ad ed.): Si quis propter inundationem usus non sit itinere actaque hoc anno, cum superiore usus sit, potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte 'si qua mihi iusta causa esse videbitur'. sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere Marcellus probat. praeterea et aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare solet³²⁹.

In questo passo, il cui esame verrà ripreso tra breve, si considera una fattispecie in cui la servitù non è estinta per *non usus*, poiché a causa dell'inondazione l'*iter* è risultato impossibile da esercitare non per un biennio, ma soltanto '*hoc anno*', per cui, sussistendo sempre il diritto, quella che è venuta meno è solo la possibilità di ricorrere all'interdetto, il quale – trattandosi qui di ipotesi in cui il mancato *usus* annuale non è dovuto a colpa – viene quindi concesso grazie alla clausola editale '*si qua mihi iusta causa esse videtur*', in via straordinaria, '*repetita die*'³³⁰.

³²⁷) Sugli aspetti generali dell'annualità degli interdetti e sulle sue implicazioni procedurali, si veda soprattutto UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 139 ss., 346 ss., 366 ss., 378 ss., 389 ss. e 393 ss.

³²⁸) Sull'*interdictum de aqua aestiva* – D. 43.20.1.29 (Ulp. 70 ad ed.) –, che prende invece in considerazione un periodo – D. 43.20.1.32 – di diciotto mesi (cfr. Lenel, *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 479: sull'interdetto concesso in via utile a colui che '*hac aestate duxit, non superiore*', cfr. D. 43.20.1.36), si veda per tutti CAPOGROSSI, *Ricerche*, cit. [nt. 57], p. 138 ss. p. 148 s., e *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 427 nt. 116: cfr. tra l'altro ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], p. 307 ss., 432 ss. e 467 ss.

³²⁹) Sul passo si vedano G. CERVENCA, *Di un particolare caso di innovazione imperiale in tema di «in integrum restitutio» di una servitù*, in «Labeo», VII, 1961, p. 207 s., e *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milano, 1965 (rist. 1990), p. 69 s. (cfr. la nota seguente), nonché G. BUIGUES OLIVER, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en derecho romano. Premisas para un estudio de la Restitutio in integrum*, Valencia, 1992, p. 89 s. (cfr. M. BRETONE, «Interpretatio» e «constitutio» in D. 1.3.11, in «Iura», XXIV, 1973, p. 212 nt. 12, e M. KASER, *Studi sulla «in integrum restitutio»*, in «Labeo», XII, 1966, p. 239). Cfr. di recente anche CORRÉA FATTORI, *La legittimazione attiva all'interdetto de itinere actaque privato*, cit. [nt. 123], p. 74 ss.

³³⁰) A proposito di tale previsione residuale (*clausula generalis*) delle ipotesi di *in integrum restitutio* (cfr. LENEL, *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 109 ss.), si vedano – tutti tratti dal XII libro *ad edictum* di Ulpiano – il finale di D. 4.6.1.1 ('*item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituiam, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit*'), D. 4.6.26.9 ('*Item, inquit praetor, si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituiam. haec clausula edicto inserta est necessario: multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singillatim enumerari poterunt, ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum. ut puta legatione quis pro civitate functus est: aequissimum est eum restitui, licet rei publicae causa non absit: et saepissime constitutum est adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non. idem puto, et si testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia vel in urbem vel ad principem: nam et huic saepissime est rescriptum subveniri. sed et his, qui cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt, similiter subventum. et generaliter quotienscumque quis ex necessitate, non ex voluntate a fuit. dici oportet ei subveniendum*') e D. 4.6.28.2 ('*Quod eius, inquit praetor, per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit. quae clausula non illud pollicetur restitutum, si leges permittant, sed si leges non prohibeant*'): si veda in particolare altresì RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, cit. [nt. 8], § 42, p. 60 s. e nt.

16 s. Su tali passi, e più latamente su questa clausola generale e sulle *in integrum restitutiones* specificamente previste dall'editto, oltre che sull'istituto in quanto tale (che negli ultimi trent'anni del secolo scorso ha subito una radicale revisione che ha condotto a rivalutarne di non poco l'importanza quale fattore per così dire evolutivo del diritto romano), si vedano M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer* (1856-1875), rist. Aalen, 1966, I, p. 345 ss. e specificamente p. 376 s., III.1, p. 168 e 682 ss., e III.2, p. 822 ss., 928 s. e 1040 ss., PERNICE, *Labeo*, cit. [nt. 71], II.1, p. 157 nt. 3, HUSCHKE, *Zur Pandektenkritik*, cit. [nt. 169], p. 102 ss., e (M. WLISSAK) *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik aus Ed. Huschkes Nachlass*, in «ZSS.», XXII, 1888, p. 357, F. KLINGMÜLLER, 'Restitutio', in PAULY, WISSOWA, «Real-Encyclopädie», cit. [nt. 6], I.A.1, Stuttgart, 1914, c. 676 ss., L. CHARVET, *Evolution de la restitution des majeurs en droit privé romain*, Grenoble, 1920, p. 76 s., 80 s. e 84, F. PRINGSHEIM, *Jus aequum und jus strictum*, in «ZSS.», LV, 1921, p. 645 e nt. 8, A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, in «AUPA.», IX, 1921, p. 137 nt. 1 (secondo cui il richiamo all'equità è sovente compilatorio, come avverrebbe appunto nel testo in esame), E. ALBERTARIO, *Sulla revoca tacita dei legati e dei fedecommissi nel diritto romano* (1919), in *Studi*, cit. [nt. 1], IV, p. 60, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana* (1926), ivi, III, p. 132 nt. 7, e *Tituli ex corpore Ulpiani* (1922), ivi, V, p. 530 nt. 2 (sull'interpolazione specie della parte finale di D. 4.6.26.9), e, in generale, *Il possesso dell'usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 312 ss., L. ARU, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma, 1934, p. 51 ss., BORTOLUCCI, *Studi sull'«actio de peculio»*, cit. [nt. 71], p. 36 ss. (che reputa anch'egli interpolato, in vista del riferimento all'«*aequitas*», il periodo «*multi enim casus ... ad hanc clausulam erit descendendum*» di D. 4.6.26.9), E. LEVY, *Zu D. 6,1,63 und 70*, in «ZSS.», LVI, 1922, p. 530 ss. e specificamente p. 533 nt. 2 (secondo cui la *in integrum restitutio* avrebbe conservato anche nel sistema della *cognitio extra ordinem* le caratteristiche di un procedimento speciale, come tale nettamente distinto dal novero delle azioni, e d'altra parte arriva a sostenere che ad una completa equivalenza tra il concetto di *in integrum restitutio* e quello di *actio* si sarebbe arrivati soltanto nel V secolo d.C.: cfr. le critiche di G. CERVENCA, *Per lo studio della restitutio in integrum [problematiche e prospettive]*, in «Studi B. Biondi», I, Milano, 1965, p. 625 ss.; di Ernst Levy, cfr. altresì *Zur nachklassischen «in integrum restitutio»*, in «ZSS.», LXXXI, 1951, p. 360 ss.), E. CARRELLI, *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, in «AUBA.», n.s., I, 1938, p. 129 ss., e *Sul «beneficium restitutionis»*, in «SDHI.», IV, 1938, p. 5 ss. (sul concetto di «*auxilium restitutionis*» – «*extraordinarium auxilium*», che viene «concesso» dal pretore – e la sua evoluzione postclassica in quello di «*beneficium restitutionis*», che «*competit*» al soggetto), M. LEMOSSE, *Cognitio. Etude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Paris, 1944, p. 202 s. e nt. 1, BERETTA ANGUISSOLA, *L'annualità delle azioni pretorie nel diritto romano classico*, cit. [nt. 216], LXXXV, p. 357 ss. e in particolare p. 378 s. (sul termine annuale per richiedere, classicamente, la *in integrum restitutio*), e LXXX, p. 305 ss., nonché, in polemica con Mario Amelotti, *Ancora sulla annualità delle azioni pretorie*, cit. [nt. 216], p. 47 ss., AMELOTI, «*Actiones perpetuae*» e «*actiones temporales*» nel processo, cit. [nt. 216], p. 216 s., e *La prescrizione delle azioni*, cit. [nt. 216], p. 60 s., R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, p. 71 ss. e nt. 8, e «*Aequitas*» nell'editto del pretore, in «Apollinaris», LXIII, 1990, p. 248 ss., G. CERVENCA, *Osservazioni sui rapporti fra il «praetor» e la cancelleria imperiale in tema di «restitutio in integrum»*, in «Studi E. Betti», II, Milano, 1962, p. 216 ss., *Per lo studio*, cit., p. 599 ss., e *Studi vari*, cit. [nt. 329], p. 66 ss. (cfr. la recensione di J. GAUDEMET, in «RHD.», XLIII, 1965, p. 661 s.), M. LAURIA, *Ius*, cit. [nt. 37], p. 151 s., RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, cit. [nt. 320], p. 327 e nt. 109 (sui rapporti tra *aequitas* pretoria ed *aequitas* imperiale: cfr. in generale le recensioni di M. KASER – *Studi sulla «in integrum restitutio»*, cit. [nt. 329] –, p. 235 ss. e in particolare p. 239 e 248, e di J. GAUDEMET, in «RHD.», XLIV, 1966, p. 613), W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, in «RIDA.», 3ª s., XII, 1965, p. 413 nt. 141, M. SARGENTI, *Studi sulla «restitutio in integrum»*, in «BIDR.», LXIX, 1966, p. 193 ss., e *Premesse ad una ricerca sulla «discrezionalità» del magistrato*, in «Studi G. Scherillo», I, Milano, 1972, p. 41 ss., MAYER-MALY, *Obligamur necessitate*, cit. [nt. 169], p. 66 nt. 64, e *Probleme der negotiorum gestio*, cit. [nt. 169], p. 423 nt. 29, F. FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»*, in «Labeo», XIII, 1967, p. 208 nt. 33 (sugli studi di Giuliano Cervenca, Manlio Sargenti e Luigi Raggi), A. BISCARDI, *Le papyrus de la «prokētarxiv»*, in «SDHI.», XXXIII, 1967, p. 326 e nt. 30 (sul diritto di *evocatio* del titolare della giurisdizione), J.L. MURGA GENER, *Los negocios «pietatis causa» en las constituciones imperiales postclásicas*, in «AHDE.», XXXVII, 1967, p. 323 e nt. 201, e *Derecho romano clásico*, II, *El proceso*, Zaragoza, 1980, p. 360 ss. e in particolare p. 362, DE FRANCISCI, *Per la storia della legislazione imperiale durante il principato*, in «BIDR.», LXX, 1967, p. 199 e p. 204 e nt. 47, G. CRIFO, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in «BIDR.», LXXI, 1968, p. 74 nt. 181, H.P. BENÖHR, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1972, p. 113 s. e nt. 24, A. WACKE, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, in «ZSS.», CI, 1971, p. 124 e nt. 80 (a proposito di D. 4.6.26.9 e delle parole «*quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum*»), A. ALBANESE, «*Agere*» «*gerere*» e «*contrahere*» in D. 50.16.19. *Congetture su una definizione di Labeone*, in «SDHI.», XXXVIII, 1972, p. 215 (sul problema della domiciliazione ed il *ius domum revocandi*), M. BRETONNE, «*Interpretatio*» e «*constitutio*», cit. [nt. 329], p. 212 s., e *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982, p. 322, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, p. 175 ss. (per il quale – cfr. altresì *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*², Torino, 1991, p. 158 ss. –, in seguito ai rescritti in materia, il pretore, per le nuove fattispecie rientranti in ipotesi nella previsione generale in base a cui egli si riservava di ammettere discrezionalmente *aliae iustae causae* di *restitutiones*, non avrebbe più usato di tale suo potere ma avrebbe preferito attendere il parere imperiale, pur mantenendo ed integrando nella collaborazione con la cancelleria le sue prerogative giurisdizionali: cfr. le recensioni di F. DE MARINI AVONZO, in «Iura», XXV, 1974, p. 206, e di K.-H. ZIEGLER, in «T.», XLIX, 1981, p. 179), A. HARTKAMP, *Die Drittwirkung der in integrum restitutio*, in «Daube noster», cit. [nt. 290], p.

Ma la figura della *restitutio in integrum* ha ovviamente, anche in ordine alle servitù prediali, confini più ampi: e anche se non è intenzione di queste pagine entrare più di tanto nella complessa problematica di tale istituto sia pur solo in relazione a questo tema³³¹, è in ogni caso noto – nonostante taluni drastici tentativi di rifiuto di tali testi come del tutto interpolati da parte della dottrina meno recente³³² – come a partire, sembra, da Augusto si sia ammesso che, qualora la servitù si fosse estinta per *non usus* per fattori esterni indipendenti dalla *negligentia* del titolare³³³, potesse venire discrezionalmente concesso dal magistrato³³⁴ un provvedimento che, in concreto, conduceva al perdurare del rapporto di servitù nonostante la sua estinzione secondo i principii generali dello *ius civile*³³⁵. Ciò sembra essere avvenuto in seguito a un rescritto imperiale poi esteso in via *lato sensu* analo-

131 ss., B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin - New York, 1974, p. 14 ss. e *passim* (cfr. A. D'ORS, *La acción del menor restituido [crítica a Kupisch]*, in «AHDE.», XLIX, 1979, p. 297 ss.), S. TAFARO, «Causa timoris» e «migratio inquilinorum» in un responso serviano, in «Index», V, 1974-1975, p. 58 e nt. 32, F. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in «Iura» XXVII, 1976, p. 31 e nt. 38 (sull'espressione 'saepissime constitutum' di D. 4.6.26.9, in relazione alle esigenze di certezza dell'ordinamento), A. D'ORS, *Tres ejemplos de problemática textual romanística*, in «RIDA.», 3ª s., XXIII, 1976, p. 112 e nt. 2, e *Rescriptos y cognición extraordinaria*, in «AHDE.», XLVII, 1977, p. 11 (che osserva come in D. 4.6.26.9 'rescriptum' abbia un significato generico e sia sinonimico, essendo usato per pura *variatio* stilistica, a 'constitutum est', potendosi trattare di rescritti o di appelli ovvero di *epistulae*), M. KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, in «ZSS.», CVII, 1977, p. 101 ss. e in particolare p. 104 ss., 151 s., 168 ss., 178 ss., e 'ius publicum' und 'ius privatum', cit. [nt. 199], p. 25 e nt. 88, p. 34 s. e p. 39 e nt. 150, G.G. ARCHI, *Dal formalismo negoziale repubblicano al principio giustiniano «cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspiceret» (C.I. 8, 16 [17], 9) (1980)*, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, p. 450 ss., e *Ait Praetor: 'pacta conventa servabo'. Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola nell'Edictum perpetuum* (1980), ivi, p. 501 nt. 43 e p. 606 ss., RASTATTER, *Marcelli Notae*, cit. [nt. 14], p. 60 ss. (cfr. p. 289 s.), F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, p. 103 ss., A. TORRENT, *La «ordinatio edicti» en la política jurídica de Adriano*, in «BIDR.», LXXXVI-LXXXVII, 1984, p. 46 nt. 51 (su come in D. 4.6.1.1 venga «incorporata» nell'editto pretorio una costituzione imperiale), A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano*, Santiago de Compostela, 1984, p. 34 ss. e 157 ss., CORIAT, *La technique du rescrit a la fin du Principat*, cit. [nt. 322], p. 328 (secondo cui, in D. 4.6.1.1, si nota come la tecnica del rescritto implichi la perdita da parte del magistrato del potere discrezionale a favore dell'autorità del principe e della cancelleria imperiale), A.J.B. SIRKS, *La laesio enormis en droit romain et byzantin*, in «T.», LIII, 1985, p. 299 ss., GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit*, cit. [nt. 298], p. 25 e nt. 78, W. SELB, *Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zu Norm*, in «Iuris professio. Festgabe M. Kaser», Wien - Köln - Graz, 1986, p. 270 s. (cfr. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*⁴, Roma - Bari, 1991, p. 458), J.A. GODDARD, *Palingenesia de PS. 1,7: De integri restitutione*, in «Estudios A. D'Ors», Pamplona, 1987, I, p. 98 ss., C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di «diritto classico»*, in «BIDR.», XC, 1987, p. 498 s. nt. 86 s. (che, contro Giuliano Cervenca, ritiene che il pretore non sia stato mai privato della sua notevole discrezionalità a favore delle statuizioni della cancelleria imperiale), R. DOMINGO, *Sobre las supuestas rúbricas edictales en el Edicto del Pretor*, in «ZSS.», CXXI, 1991, p. 303, e A. GUARINO, «De albo corrupto», in «Index», XVIII, 1990, p. 278 s. e nt. 54 (sul rapporto leggi, costituzioni e senatoconsulti ed editto, ove quest'ultimo considera in linea di massima i primi estranei a se stesso), BUIGUES OLIVER, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en derecho romano*, cit. [nt. 329], p. 88 ss. (cfr. tra l'altro S. SERANGELI, *Diritto romano e Rota Provinciae Marchiae*, I, Torino, 1992, p. 74 s). Su quanto di tale letteratura può interessare agli effetti di queste note, si veda *infra*, nt. 338. Cfr. altresì – circa l'uso del termine 'necessitas' in D. 4.6.26.9, in riferimento a W. WALDSTEIN, *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht: abolitio - indulgentia - venia*, Innsbruck, 1964, p. 65, 101 s. e 186 – la recensione a quest'ultimo di Th. MAYER-MALY, in «ZSS.», XCVI, 1966, p. 494 s.

³³¹ Si vedano in generale BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 334 ss., e GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 274 ss.

³³² Cfr., in polemica con le «esegesi conservative» – e in particolare con BIONDI, *La categoria*, cit. [nt. 71], p. 279 s. e 282 ss.: si veda anche *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 334 ss. e soprattutto p. 336 – SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit. [nt. 8], p. 183 ss., che giudica D. 8.3.35, anche in relazione al precedente frammento 34, alquanto corrotto e frutto nel suo significato attuale di interventi giustiniane, mentre Paolo a suo avviso si sarebbe qui occupato, in relazione al rescritto imperiale, di beni pubblici e di regole non estensibili al diritto privato.

³³³ Oltre a GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 274 ss., si veda in particolare CERVENCA, *Di un particolare caso*, cit. [nt. 329], p. 201 ss. e soprattutto p. 208, e *Studi vari*, cit. [nt. 329], p. 69.

³³⁴ Si veda in breve MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, cit. [nt. 330], p. 3 ss. e 27 ss. (cfr. CERVENCA, *Osservazioni sui rapporti fra il «praetor» e la cancelleria imperiale*, cit. [nt. 330], p. 219 ss., nonché in generale SARGENTI, *Premesse ad una ricerca sulla «discrezionalità» del magistrato*, cit. [nt. 330], p. 43 s.).

³³⁵ In effetti, come si vedrà tra breve, la letteratura in argomento tende a concentrarsi più che altro sui presupposti della *restitutio in integrum* e sulla procedura di fronte al pretore per ottenere tale risultato, lasciando in secondo piano il problema del mezzo attraverso cui il magistrato fa sì che la parte possa pervenirvi.

gica dalla giurisprudenza:

D. 8.3.35 (Paul. 15 *ad Plaut.*): et Atilicinus ait Caesarem Statilio Tauro rescripsisse in haec verba: 'Hi, qui ex fundo Sutrinum aquam ducere soliti sunt, adierunt me proposueruntque aquam, qua per aliquot annos usi sunt ex fonte, qui est in fundo Sutrinum, ducere non potuisse, quod fons exaruisset, et postea ex eo fonte 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'³³⁶.

In questo caso la servitù appare essersi senz'altro estinta ('... ius ... amiserant ...'), ma il fatto che tale *non usus*, causato dall'inaridirsi della fonte che poi ha ripreso a scorrere, non sia dovuto a '*negligentia aut culpa*' dei titolari e che la loro *postulatio* non appaia dunque *iniqua*, porta la *benignitas imperiale* a istruire il magistrato nel senso di una *restitutio* ('*id eis restitui placet*')³³⁷.

In maniera piuttosto diversa, nel precedente D. 43.19.1.9, il venir meno della tutelabilità interdittale della servitù di passaggio è dovuto ad un'inondazione che nell'ultimo anno ne ha impedito l'esercizio, ma anche in questo caso, in base alla sussistenza di una *iusta causa*³³⁸, l'interdetto viene

³³⁶ Sul passo, piuttosto trascurato dalla critica interpolazionistica più antica (cfr. «Index Interpolationum», I, cit. [nt. 95], c. 107, e relativo «Supplementum I», cit. [nt. 95], c. 139), oltre a Siro Solazzi (cfr. *supra*, nt. 332) si vedano anche, nella sua peculiare tesi (cfr. *infra*, nt. 340), A. GUARNERI CITATI, *Note critiche ed esegetiche sulle servitù prediali in diritto romano*, cit. [nt. 75], p. 58 s., 69 e 108, e *Reviviscenza e quiescenza nel diritto (appunti e frammenti)*, in «AUME.», I, 1927, p. 79 ss., nonché M. SARGENTI, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, in «BIDR.», LXVIII, 1965, p. 250, e *Studi sulla «restitutio in integrum»*, cit. [nt. 330], p. 198, KASER, *Studi sulla «in integrum restitutio»*, cit. [nt. 329], p. 239, DE FRANCISCI, *Per la storia della legislazione imperiale durante il principato*, cit. [nt. 330], p. 192 e 205 nt. 55 (secondo cui si tratterebbe non di un *rescriptum* ma di un *mandatum*), FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»*, cit. [nt. 330], p. 217 s. (sull'inserirsi della soluzione nei nuovi casi di *in integrum restitutio* di introduzione imperiale), R. RÖHLE, *Digestorum Editio Maior und Theodor Mommsen*, in «BIDR.», LXXIII, 1970, p. 26 s., e *Zur Bedeutung der lex locationis in CIL. 6, 33840, l. 2-4*, in «ZSS.», CXVII, 1987, p. 458 s. e nt. 70 s. (sulla locuzione '*per aliquot annos*'), G. MACCORMACK, *Culpa*, in «SDHI.», XXXVIII, 1972, p. 133 (sui concetti di '*culpa*' e '*negligentia*'), ARCHI, *Ait Praetor: 'pacta conventa servabo'*, cit. [nt. 330], p. 512 nt. 62, BRETONE, «*Interpretatio*» e «*constitutio*» in D. 1.3.11, cit. [nt. 329], p. 212 nt. 12, V. GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, p. 87 ss. (sulla collocazione storico-geografica del provvedimento e sul problema del carattere privato ovvero pubblico – cfr. SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit. [nt. 8], p. 184 ss. – del fondo su cui gravava la servitù o concessione), nonché MILLAR, *The Emperor in the Roman World*, cit. [nt. 62], p. 465 ss.

³³⁷ Al di là delle critiche di Siro Solazzi (cfr. *supra*, nt. 322), si vedano BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 334 s., GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 265, 272 e 275 s., e CERVENCA, *Di un particolare caso*, cit. [nt. 329], p. 207 s. (cfr. *Studi vari*, cit. [nt. 329], p. 69 s.). Si veda, anche se non immune da corruzioni e forse da innovazioni giustiniane, D. 8.6.14.pr. (lav. 10 *ex Cass.*): '*Si locus, per quem via aut iter aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur: quod si id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est*' (cfr. SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit. [nt. 8], p. 189 ss. – contrario alla classicità di tale principio – e BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 324 s. nonché p. 334 ss. e specificamente p. 339).

³³⁸ La singolarità di tale soluzione risulta venire trascurato dalla letteratura sulla *restitutio in integrum* (cfr. *supra*, nt. 330): per la letteratura relativa alle servitù prediali, si veda *infra*, nt. 339), incentrata su aspetti specifici dell'istituto quali in primo luogo – si veda in particolare la descrizione dello stato della dottrina tracciato da FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»*, cit. [nt. 330], p. 200 ss. – le origini e l'evoluzione dell'*in integrum restitutio*, specie nel passaggio dal processo formulare alla *cognitio extra ordinem*, la sua natura giuridica, e quindi il suo situarsi tra *iurisdictio* ed *imperium* e la sua dimensione più o meno processuale, nonché le modalità tecniche secondo cui si attuava nel procedimento magistratuale, i suoi rapporti con istituti quali quello della nullità o come l'*appellatio*, e così via (cfr. ad esempio GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza*, cit. [nt. 336], p. 78 s., che sembra intendere il passo come una concessione dell'interdetto – in alternativa al ricorso agli atti solenni necessari per ricostituire la servitù in senso proprio – per far rivivere la servitù estinta, senza accorgersi che in D. 43.19.1.9 la servitù non è affatto estinta): ed appare per tal verso sintomatica la distrazione di Giuliano Cervenca – *Studi vari*, cit. [nt. 329], p. 69 – che, richiamando D. 43.19.1.9, rintraccia la differenza tra esso e D. 8.3.35 nel fatto che quest'ultimo parla di una servitù di acquedotto, il primo di passaggio, affermando a sua volta erroneamente che anche qui si sarebbe di fronte ad una servitù estinta per non uso: del resto, anche nel precedente articolo del 1961 – *Di un particolare caso*, cit. [nt. 329], p. 207 s. –, che pur muoveva *ex professo* da D. 8.3.35 per contrastare le tesi di Siro Solazzi (*Specie ed estinzione*, cit. [nt. 8], p. 183 ss.) circa il carattere non classico della possibilità stessa di ricostituire servitù estinte, l'autore triestino, a proposito di D. 43.19.1.9, qui pur correttamente interpretato, si limitava a ribaltare il ragionamento di Siro Solazzi (secondo

do cui – p. 189 – la concessione di un interdetto *repetita die* non ha nulla a che vedere con la ricostituzione di servitù estinte) affermando – p. 208 – che se la *restitutio in integrum* veniva concessa per concedere la tutela interdittale di un diritto comunque di per sé non estinto, a maggior ragione tale figura doveva poter servire per ripristinare il diritto stesso, quando venuto meno per case analoghe a quelle che avevano fatto venir meno la tutela interdittale, come appunto in D. 8.3.35 (ragionamento, peraltro, forse non troppo conclusivo). Anche in *Osservazioni sui rapporti fra il «praetor» e la cancelleria imperiale*, cit. [nt. 330], p. 220 s., Giuliano Cervenca pone in relazione il § 9 di D. 43.19.1 (al cui proposito richiama appunto le previsioni *lato sensu* residuali di D. 4.6.26.9) con il successivo § 10 (*'praeterea sciendum est, si dilatione data adversario futurum est, ut causa interdicti mei deterior fiat, aequissimum esse repetita die reddi interdictum'*), dove la restituzione *repetita die* viene concessa poiché, a causa di una dilazione concessa dal magistrato al destinatario dell'interdetto, il richiedente si è venuto a trovare in una condizione più sfavorevole di quella in cui sarebbe stato se l'interdetto fosse stato concesso immediatamente: pur nel ritorno del criterio dell'*aequitas*, la *in integrum restitutio* viene qui in effetti concessa in base all'esplicita previsione della *clausula generalis* di D. 4.6.1.1 (cfr. infatti D. 4.6.26.4, Ulp. 12 *ad ed.*: *'Ait praetor: 'sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur'. hoc quo? ut si per dilationes iudicis effectum sit, ut actio eximatur, fiat restitutio. sed et si magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem faciendam ...'*), per cui lascia perplessi l'affermazione dell'autore (p. 221 nt. 26) secondo cui le fattispecie recate dai §§ 9 e 10 di 43.19.1 sarebbero per tal verso da parificare. La scarsa attenzione prestata per tal verso dalla dottrina ai problemi costruttivi implicati da una *restitutio in integrum* concessa dove la servitù non è estinta, ma si è soltanto persa la possibilità di tutelarla in via interdittale (si noti che, mentre D. 8.3.35 parla più genericamente di *'restitui'*, D. 43.19.1.9 reca esplicitamente *'in integrum restitutionem'*) lascia in effetti perplessi, dato che il passo forse avrebbe dovuto destare una maggiore attenzione nel suo riguardare un'ipotesi evidentemente minore rispetto ai casi estremi che sono normali presupposti di tale figura, in cui l'intervento restitutorio del magistrato risulta l'*extrema ratio* per evitare una situazione che è considerata di ingiustizia sostanziale. In effetti, per tal verso si deve considerare come il ricorso in un caso per così dire minimale e dunque l'uso qui persino ultroneo della *restitutio in integrum* presentato da D. 43.19.1.9 parrebbe stonare irrimediabilmente con le architetture di un istituto riguardante invece ipotesi estreme come i minori di venticinque anni, la *capitis deminutio*, le conseguenze pregiudizievoli dell'*absentia* giustificata, il *metus*, il dolo, l'effetto estintivo della *litis contestatio*, l'ingiustizia di una sentenza definitiva, taluni casi che saranno poi ricompresi nella cd. *actio Pauliana*, la perdita irrimediabile del diritto di adire l'eredità o ancora ad esempio l'*alienatio* della *res* fatta *iudicii mutandi causa* o una formula in cui l'importo della *condemnatio* sia assurdamente superiore a quello indicato nell'*intentio*: tutte ipotesi che, in generale, risultano *ictu oculi* di tutt'altro genere rispetto alla mera perdita della protezione interdittale in riferimento ad una servitù che, non essendo ancora estinta, risulterebbe di per sé, in linea di massima, comunque tutelabile in via di azione: ed anche considerando l'ampliarsi dei casi in cui si concede la *in integrum restitutio* in età imperiale (l'ipotesi contemplata da D. 8.3.35 risale agli inizi del principato, e probabilmente allo stesso Augusto), risulta da tenere presente come anche le ipotesi in cui ciò avviene – come ad esempio, con Claudio, la *restitutio in integrum* accordata all'attore in caso di *pluris petitio* o, con Adriano, la *restitutio* concessa non più soltanto a chi abbia accettato l'eredità *metus causa*, ma anche a chi abbia fatto l'adizione ignorando l'esistenza di ingenti debiti – presentino in ogni caso un carattere di definitività del pregiudizio che parrebbe invece mancare del tutto in D. 43.19.1.9 (né tali problemi vengono del resto sollevati dalla dottrina anche in relazione a casi – come ad esempio quello di C.I. 2.12.4, del 207 d.C., in cui sembrano ampliarsi i presupposti della *restitutio* concessa all'*absens* – che la letteratura in materia tende invece a inquadrare – cfr. in particolare CERVENCA, *Studi vari*, cit., p. 72 ss. – nel problema del sostituirsi del *princeps* al pretore nella concessione di nuovi casi di *restitutio in integrum*). Se dunque, allo stato della dottrina, la concessione di una *in integrum restitutio* per accordare un interdetto *repetita die* dove, non essendo la servitù estinta, sarebbe in astratto sempre esperibile l'*actio de servitute*, appare piuttosto strana (e ciò vale ovviamente anche per il caso considerato nella parte finale del passo da Marcello, in cui l'impedimento non dipende da una inondazione ma dall'uso della *vis*: *'sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere Marcellus probat'*), e soprattutto difficilmente coordinabile con le strutture portanti dell'istituto ed in primo luogo con la *iusta causa* appunto richiesta da D. 4.6.26.9 (*'... si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituiam': haec clausula edicto inserta est necessario: multi enim casus evenire poterunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singillatim enumerari poterunt, ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum ...'*), ecco che nell'impostazione qui seguita tale iato costruttivo scompare facilmente, e la *restitutio in integrum* relativa all'interdetto concesso *repetita die* riacquista una sua perfetta coerenza architettonica nell'ambito dell'istituto in generale, poiché, data l'assenza di un'*actio in rem* destinata a tutelare le servitù cosiddette pretorie, ed essendo per tal verso l'interdetto l'unica forma di tutela a disposizione del titolare, è ovvio che il non uso annuale della servitù, pur non provocandone l'estinzione la rendeva, qualora non si potesse in concreto ricorrere all'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio*, in ogni caso non più tutelabile giudizialmente, creando quindi una situazione in cui, non disponendo più il titolare di alcuna forma di protezione giudiziaria, il diritto risultava senz'altro destinato ad estinguersi per *non usus*, cosicché risulta pienamente giustificato la concessione in tale ipotesi di una *in integrum restitutio*. È sotto questo aspetto il dettato di D. 43.19.1.9 inficia altresì per tal verso le ipotesi che, muovendo dal postulato acritico di una assoluta imprescindibilità di un'*actio in rem* in tali casi, cercano di rintracciarla in testi che si imperniano sulla *factio usucapionis* come D. 6.2.11.1 o che adombrano un'*actio utilis* fondata sul *diuturnus usus* come D. 8.5.10: infatti, per tal verso sembra difficilmente contestabile che, se l'attore avesse avuto a disposizione azioni di questo tipo, non vi sarebbe stata alcuna ragione per concedergli qui, attraverso l'istituto estremo della *in integrum restitutio*, un interdetto esperibile *repetita die*. Risultano per altro verso interessanti,

concesso '*repetita die*', ossia in relazione al biennio precedente e non al termine '*hoc anno*', dato che nei dodici mesi precedenti all'ultimo anno la servitù era pur stata usata ('... *cum superiore usus sit* ...'), cosicché il frammento ulpiano parla di *in integrum restitutio* solo agli effetti interdittali ('... *potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem* ...'), poiché appunto lo *ius eundi agendi* non risulta qui affatto estinto³³⁹.

Per quanto riguarda il particolare problema che qui interessa, ad una prima considerazione si potrebbe forse pensare, come si diceva, che, se tale tutela era accordata quando la servitù in base allo *ius civile* era ormai del tutto estinta, un interdetto di questo tipo potesse a maggior ragione venire concesso nel caso in cui, mancando un atto di esercizio '*hoc anno*', pur non essendo venuto meno per *non usus* il diritto non potesse venire difeso dal titolare se non attraverso l'interdetto, come appunto doveva avvenire nel caso delle servitù «*iure praetorio*». Ma una simile logica argomentativa sarebbe fuorviante ed erronea.

Infatti, è da notare, in senso contrario, come in entrambi i casi la concessione del provvedimento si impervi su di una *iusta causa* che ha impedito di esercitare la servitù, ed appare per tal verso senz'altro improbabile che, qualora il mancato *usus servitutis* fosse dipeso da fatti imputabili al titolare, l'interdetto potesse venire concesso '*repetita die*' solo perché il titolare di una servitù costituita «*iure praetorio*», perdendo tale forma di tutela, non avrebbe potuto ricorrere alla *vindicatio* per ottenere il riconoscimento del diritto e venire quindi riammesso al suo esercizio. In effetti, se si considera come d'altra parte anche nelle servitù di questo tipo si potesse in ogni caso di regola disporre, mancando l'interdetto, dell'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio* di esercizio, in pratica la situazione del titolare non appare poi sostanzialmente troppo diversa da quella di chi vantasse una servitù *iure civili*, poiché in entrambi i casi, in determinate circostanze (come in primo luogo il troppo tempo trascorso dalla costituzione del diritto), poteva di fatto divenire impossibile la prova tanto del negozio solenne che vi aveva dato origine così come della *stipulatio* intervenuta tra le parti: cosicché la servitù tanto dell'uno quanto dell'altro tipo, pur non estinta, non avrebbe più potuto venire fatta valere giudizialmente una volta che, non essendo stata esercitata colpevolmente per un anno, fosse con ciò

dal punto di vista della tutela delle servitù prediali di tipo *lato sensu* pretorio, le ipotesi avanzate da una parte della dottrina circa una origine provinciale dell'istituto della *in integrum restitutio* (cfr. in particolare J. DUQUESNE, *Ciceron, «pro Flacco», chap. 30-32 et l'«in integrum restitutio»*, in «Annales de l'Université de Grenoble», XX, 1908, p. 285 ss. e soprattutto p. 297 ss., – cfr. ID., *L'«in integrum restitutio ob dolum»*, in «Mélanges P. Fournier», Paris, 1929, p. 185 ss. – e CHARVET, *Evolution de la restitution de majeurs*, cit. [nt. 330], p. 8 ss., nonché in generale L. GALLET, *Essai sur le Sénatus-consulte «de Asclepiade sociisque»*, in «RHD.», XVI, 1937, p. 242 ss. [I] e soprattutto p. 387 ss. [II], in particolare p. 407 ss.) e in particolare il fatto che risulta in ogni caso pressoché unanime nella letteratura il riconoscimento di come le prime applicazioni di tale risalente figura di cui si ha notizia consistano perlopiù in concessioni di magistrati provinciali ovvero di magistrati statuali ma comunque in favore di peregrini (cfr. CERVENCA, *Per lo studio*, cit. [nt. 330], p. 604 s. e nt. 10 s., nonché FABBRINI, *Per la storia*, cit., p. 309: più cauta, ma sostanzialmente analoga, la prospettiva di SARGENTI, *Studi*, cit. [nt. 330], p. 230 e 256): aspetto che, pur essendo qui impossibili ulteriori approfondimenti, sembra perfettamente concordare con il contesto provinciale in cui soprattutto si situano le servitù cosiddette pretorie, e quindi con la tutela interdittale su cui esse, secondo l'ipotesi qui sostenuta, si fondano, e così con la necessità di «prolungare» nel caso tale tipo di protezione per un ulteriore anno, per evitare appunto che, almeno in determinati casi, il mancato esercizio nell'ultimo anno conducesse – a differenza di quanto avveniva per le servitù costituite *iure civili* – alla perdita del diritto stesso.

³³⁹) L'aspetto sembra per lo più trascurato altresì dalla letteratura sulle servitù prediali in relazione a tale argomento, anche in vista degli schemi dogmatici che portano le trattazioni generali ad occuparsi del fenomeno della *restitutio* trattando della estinzione del diritto e della sua eventuale «ricostituzione legale», cosicché il passo in questione, vertendo su di una *restitutio* relativa alla tutela interdittale, non viene esaminato in tale sede, né trattando della tutela processuale, costituendo per tal verso un fenomeno troppo particolare se non marginale (cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 323 ss. – «mutamento dello stato dei luoghi» –, p. 331 ss. – «ricostituzione legale di servitù estinte» – e p. 335 ss. – «tutela interdittale e possesso delle servitù» –, nonché GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], che richiama incidentalmente D. 43.19.1.9 occupandosi di D. 8.3.35 – p. 275 nt. 3 – e a proposito della tutela interdittale – p. 307 –, ma senza trarre alcuna ulteriore conseguenza costruttiva dalla concessione di un interdetto *repetita die* in virtù della *in integrum restitutio*): cfr. anche UBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 429 s., ove i passi relativi alla *restitutio in integrum* in ambito interdittale (D. 43.19.1.9-10) vengono esaminati dal solo punto di vista della tecnica procedurale (cfr. p. 178 nt. 6). Si veda altresì, in una prospettiva storica più ampia, BIONDI, *Le servitù* (1967), cit. [nt. 50], p. 548 ss.

venuta meno la possibilità di ricorrere all'interdetto (e, si noti, in tal caso, almeno per quanto riguarda le servitù idriche, la prova del diritto tramite l'immemorialità del suo esercizio avrebbe potuto giovare tanto se la servitù fosse stata costituita *iure civili* quanto se fosse invece sorta «*iure praetorio*», con l'ulteriore vantaggio, per le ipotesi del secondo tipo, di poter essere in tal caso venire riconosciute in una normale *vindicatio* e con effetti, quindi, *iure civili*: paradosso del resto solo apparente, dato che, com'è ovvio, l'immemorialità dell'esercizio avrebbe com'è ovvio messo fuori causa qualsiasi questione relativa alle origini di questo, per definizione cadute nel più completo oblio).

Più in generale, poi, la configurabilità di una generalizzata concessione di un interdetto che facesse riferimento al biennio piuttosto che all'anno precedente in relazione alle servitù pretorie appare in linea di massima esclusa dal carattere eccezionale dei casi in cui un simile interdetto veniva concesso dal pretore, in relazione ad una clausola residuale e relativa a singoli casi del tutto particolari come quella '*si qua mihi iusta causa esse videbitur*', fondandosi tale provvedimento su precisi elementi (*iusta causa*) e in primo luogo sulla non imputabilità al soggetto ('*non negligentia aut culpa sua*', in D. 8.3.35) del mancato uso, che doveva essere dovuto ad impossibilità oggettiva o addirittura ad una violenza esterna ('*ducere non poterant*'), mentre per di più l'istituto appare in concreto improntato nelle sue origini ad una *benignitas* legata a un concreto esame discrezionale della fattispecie (nel rescritto, '*quorum mihi postulatio cum non iniqua visa sit, succurrendum his putavi*')³⁴⁰.

³⁴⁰ Cfr. *supra*, nt. 330. Il carattere innovativo della decisione risulta in particolare confermato dal fatto che, in D. 41.3.4.26[27], Paolo (54 *ad ed.*: '*Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intellegitur ius incorporale nec de via quis [id est mero iure] detruditur*': per l'inciso cassato, cfr. F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen* [III], in «ZSS.», XXVI, 1892, p. 142) contrappone lo spoglio violento del fondo a quello di un *merum ius*, per cui, trattandosi di cosa incorporale, nel secondo caso non si ammette la reintegrazione (cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 360, che peraltro non rileva la contraddizione rispetto a D. 8.3.35, dello stesso Paolo [15 *ad Plaut.*] e a D. 43.19.1.9 [Ulp. 70 *ad ed.*], e in particolare alla citazione di Marcello – 19 *ad ed.* secondo la ricostruzione di LENEL, *Palingenesia*, cit. [nt. 20], I, c. 622, n. 208 [«*de interdictus, unde vi*», «*de itinere actuque privato*»] – secondo cui '*sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere Marcellus probat*': cfr. anche GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 250 e 307): sul passo si vedano anche, pur soprattutto in relazione alla contrapposizione tra cose corporali e incorporali, G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 305, U. ROBBE, *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*, I, Milano, 1965, p. 26 ss. e specificamente p. 57 s., WESENER, *Zur Frage der Ersitzbarkeit des usufructus*, cit. [nt. 64], p. 218 s., FRANCIOSI, *Usucapio pro herede*, cit. [nt. 64], p. 38 s. (cfr. la recensione di Th. MAYER-MALY, in *Labeo XIV*, 1968, p. 211 e nt. 9), T. GIARO, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, in «ZSS.», CXVIII, 1988, p. 205 nt. 90, e CAPOGROSSI, *Appunti sulla «quasi possessio iuris*», cit. [nt. 57], p. 241 s. e nt. 4 e p. 260. Per tal verso, anche senza addentrarsi nelle dottrine relative alla quiescenza delle servitù di Andrea Guarneri Citati (*Note critiche ed esegetiche sulle servitù prediali in diritto romano*, cit. [nt. 336], p. 170 ss.), una prospettiva storica che coordini le due posizioni come l'una successiva all'altra, affermandosi quella più favorevole al titolare della servitù in seguito al dilatarsi delle *iustae causae* della *in integrum restitutio*, appare più agevole nelle sue coordinate di massima, anche se rimangono in ogni caso non facili da spiegare sino in fondo le tappe di tale ribaltamento di prospettive, dato che, se Paolo sembra come si è visto contraddirsi tra i *libri ad Plautium* ed il commento editale, per un verso già Marcello sembrerebbe accettare la soluzione più benigna, mentre ancora Papiniano (7 *quaest.*) sembrerebbe a tale proposito dubbioso (cfr. D. 8.3.34.1 – '*si fons exaruerit, ex quo ductum aquae habeo isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, an aquae ductus amissus erit, quaeritur*' –, immediatamente precedente a D. 8.3.35 sul fondo Sutrinum, che fornisce appunto la soluzione a tale interrogativo): si veda BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 335 s. («Il testo fu stroncato dai compilatori, i quali hanno soppresso il ragionamento e la decisione di Papiniano, facendo seguire invece nelle Pandette il testo di Paolo, che riferiva il decreto di Augusto sopra riferito. La questione impiantata da Papiniano conferma anzitutto che il rescritto non restò limitato alla fattispecie decisa da Augusto. In quel riferimento non si tratta infatti del fondo Sutrinum, ma si pone in generale la questione *si fons exaruerit*. In secondo luogo dimostra che la giurisprudenza cerca di inquadrare il rescritto nel sistema. La questione papiniana fu troncata dai compilatori, i quali hanno creduto bastasse far seguire il testo del rescritto, appiccicando alla *quaestio* di Papiniano il passo di Paolo che lo riferiva. Il giurista aveva presente il nostro rescritto, di cui discuteva appunto la portata e l'applicazione. Altrimenti il quesito neppure era proponibile: se la servitù non è stata esercitata per il tempo della prescrizione, quale dubbio poteva affacciarsi a Papiniano che la servitù fosse estinta? E come poteva quel grande giurista porre con tanta gravità *an aquae ductus amissus erit* di fronte ad un caso banalissimo e indubbio di non usus? Alla soglia del diritto classico troviamo dunque un ardito rescritto di Augusto, che ammette la ricostituzione legale di una servitù estinta. Molte incertezze si hanno intorno alle vicende successive ed al suo inquadramento nel sistema. Due cose sono però sicure, perchè risultano testualmente: la esistenza del rescritto, e che esso non restò limitato alla fattispecie per cui fu emanato»: sulle critiche di Siro Solazzi si veda *supra*, nt. 332). In ogni caso, per quanto riguarda il differente trattamento della *vis* in D. 43.19.1.9 ('*sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui*

Se quindi dai frammenti in questione sembra di potere definitivamente escludere in generale l'ampiamiento del periodo preso in considerazione dall'interdetto per quanto riguarda in generale le servitù costituite al di fuori dello *ius civile*, come si è visto una simile soluzione non risulta per nulla iniqua: sia in quanto, se gli *iura in re aliena* sorti *iure civili* per non estinguersi dovevano essere usati almeno una volta nel biennio, non è di per sé incongruo che la loro versione per così dire «minore» sorta «*tuitio praetoris*» dovesse, per conservarsi inalterata, venire esercitata invece ogni anno, soprattutto in quanto in realtà, così come in un caso vi era la possibilità di ricorrere alla *vindicatio*, anche nell'altro poteva essere disponibile con analoghi risultati l'*actio in personam*, mentre per converso, se la *stipulatio* di esercizio poteva mancare o non essere più dimostrabile, anche per le servitù di diritto civile il troppo tempo trascorso o altri fattori potevano rendere del pari rendere impossibile da dimostrare il titolo vanificando così il vantaggio di disporre della *vindicatio*, e costringendo del pari il titolare di una servitù sorta *iure civili* ad esercitarla almeno una volta all'anno per non perdere la possibilità di ricorrere alla tutela interdittale.

Tale risultato, d'altra parte, sembra rendere alquanto minore l'importanza dell'ulteriore problema come si è visto strettamente connesso a tale questione, ossia quello delle sorti della servitù nel caso di trasferimento a titolo particolare del fondo servente così come del fondo dominante: se infatti la servitù sorta «*tuitio praetoris*» andava esercitata almeno una volta all'anno – ossia, in pratica, in maniera continuativa – per non perdere la fondamentale tutela offerta dall'interdetto, ed essendo d'altra parte l'interdetto tranquillamente intentabile da parte di tali soggetti e contro di essi, ne consegue che, trascorso un certo tempo dalla sua costituzione, anche nel caso di trasferimento a titolo particolare di uno dei due fondi la servitù rimaneva comunque inalterata se esercitata almeno una volta all'anno, mentre, se tale esercizio annuale mancava, ne erano pregiudicati pressoché in modo eguale tanto il costituente quanto il suo avente causa, dato che entrambi, rimanendo privi della possibilità di ricorrere all'interdetto, perdevano la fondamentale e talvolta unica forma di tutela di cui disponevano. Per tal verso, dunque, la situazione dell'acquirente a titolo particolare non differiva quindi sensibilmente da quella del titolare originario.

Certo, rimaneva sempre aperto il problema costituito dal fatto che l'*actio in personam* – sempre subordinata alla possibilità di dimostrare l'avvenuta *stipulatio* di esercizio – oltre che il costituente poteva tutelare l'acquirente a titolo particolare, conformemente alla sua natura personale, soltanto nel caso che vi fossero stati idonei accorgimenti contrattuali, sia nella costituzione della servitù sia poi nel trasferimento dell'uno o dell'altro fondo, appunto per estendere obbligatoriamente a quest'ultimo onere di non impedire l'esercizio della servitù e corrispondentemente al nuovo proprietario del fondo dominante la possibilità di agire contro di lui *ex stipulatu*: ma è anche da tenere presente – oltre alla verosimile eventualità che in una situazione di ordinata convivenza civile e di relativa certezza del diritto simili accorgimenti tecnici dovessero tendere a costituire delle usuali clausole pressoché stereotipe nei formulari negoziali – che, nel perdurare dell'esercizio della servitù protetto dall'eventuale ricorso all'interdetto, il ricorso a quest'ultimo in relazione a qualsiasi controversia legata alle modalità di esercizio della servitù avrebbe condotto, in caso di vittoria del titolare, alla prestazione di una *cautio* del tipo di quella '*de amplius non turbando*' che gli avrebbe assicurato una tutela *in personam* in linea di massima non troppo differente rispetto a quella di cui avrebbe goduto qualora acquistando il fondo il venditore avesse provveduto ad estendergli i diritti derivanti dalla *stipulatio* originaria conclusa in sede di costituzione della servitù, e presentando anzi addirittura il vantaggio di poter essere per così dire rinnovata nel tempo e di presentare quindi minori problemi circa la sua dimostrabilità³⁴¹.

oportere Marcellus probat' ed in D. 41.3.4.26[27], l'antinomia potrebbe rivelarsi soltanto apparente, dato che Marcello potrebbe aver avuto presente una ipotesi in cui una *vis* perdurante impedisse per tutto l'anno utile di usare la servitù come di ricorrere all'interdetto, mentre Paolo parrebbe invece considerare una mera ipotesi di *vis* istantanea dopo la quale è comunque possibile adire il magistrato, mentre invece il soggetto non reagisce e lascia inutilmente trascorrere il tempo necessario alla prescrizione estintiva (su D. 43.16.10 cfr. *supra*, nt. 60).

³⁴¹) Come si è in parte visto, Alessandro Corbino ('*Servitù*', cit. [nt. 64], p. 257) ipotizza un sistema in primo

luogo di *stipulationes (poenales)* volte ad estendere ai terzi acquirenti del fondo servente il rispetto del diritto in questione (cfr. *supra*, nt. 85, 202 e 313, ed *infra*, nt. 415 e 437): tuttavia tale tematica non è stata particolarmente approfondita dalla dottrina, e d'altra parte è da tenere presente come, pur risultando tale ipotesi costruttiva alquanto verosimile, non vi sono soverchie fonti a disposizione che possano positivamente provarla. Si vedano in particolare, al massimo in relazione con l'erede, D. 45.1.75.7 (Ulp. 22 *ad ed.*: '*Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti 'fossam fodiri' domum aedificari' 'vacuam possessionem tradi': in non faciendo, veluti 'per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat' ...*'), su cui, oltre a DERNBURG, *Pandette*, cit. [nt. 40], I.2, p. 359 nt. 19, cfr. in generale RICCOBONO, *Le applicazioni della stipulatio*, cit. [nt. 104], p. 245 ss., e FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione*, cit. [nt. 55], p. 275 ss.), D. 45.1.131.pr. (Scaev. 13 *quaest.*: '*Iulianus scripsit, si 'neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat' stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius*', in riferimento a D. 45.1.137.8 – Venul. 1 *stip.*: '*Praeterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse nos uni ex heredibus adquiri, sed necesse esse omnibus adquiri: at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendit*' –: cfr. FREZZA, *op. ult. cit.*, p. 277 s., RICCOBONO, *op. ult. cit.*, p. 248 s., e in particolare SCHERILLO, *La trasmissibilità della stipulatio in faciendo*, cit. [nt. 201], p. 388), D. 45.1.2.5 (Paul. 12 *ad Sab.*: '*Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: 'per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?' et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae eriscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. hoc et Iulianus et Pomponius probant*': cfr. RICCOBONO, *op. ult. cit.*, p. 246, e FREZZA, *La clausola penale*, cit. [nt. 108], p. 375 s.: si veda anche il § 6 del frammento), D. 45.1.38.6 (Ulp. 49 *ad Sab.*: '*... cum vero stipulatur per promissorem non fieri, quo minus sibi ire agere liceat, non ius stipulationis, [Iulianus] inquit, sed factum versatur ...*': cfr. DERNBURG, *loc. ult. cit.*), nonché D. 45.1.133 (Scaev. 13 *quaest.*: '*Si sic stipulatus sim: 'neque per te neque per heredem tuum vim fieri spondes?' et egi, quod mihi vim feceris, recte remanere factum heredis in stipulatione. nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio: non enim ad unam vim pertinet. nam sicut et ipsius et heredis caput, ita ipsius vis vel saepius facta complectitur, ut condemnetur quanti interest. aut si sic volumus factam esse stipulationem: 'neque per te neque per heredem tuum fieri?', ut ad unam vim primam teneat: si vim fecerit, amplius ex heredis committi non poterit: ergo si actum sit quasi ex ipsius vi, tota consumpta sit: quod non est verum*', su cui, contro le ipotesi interpolazionistiche di GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, cit. [nt. 330], p. 206 ss. e in particolare p. 210, seguito da SCHERILLO, *op. ult. cit.*, p. 375 s. e nt. 104, cfr. la difesa del passo argomentata da MASIELLO. *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, cit. [nt. 24], p. 152 ss.). Si veda in ogni caso – già esaminato *supra*, nt. 324 – anche D. 8.3.36 (Paul. 2 *resp.*: '*Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est*'), che come si è visto viene riferito ad una servitù *iure civili* da Siro Solazzi (*Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 100 s. e 126 s., che pensa che si debba ritenere con sicurezza che del *praedium* venduto si fosse compiuta la *mancipatio* – «altrimenti la proprietà non sarebbe passata al compratore» – e che nella *mancipatio* si fosse menzionata la servitù, «altrimenti il compratore non l'avrebbe acquistata malgrado la riserva espressa nel contratto di vendita»: circostanze che Paolo avrebbe sottointeso come ovvie) nonché da Biondo Biondi (*Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 230, secondo cui, in passi come questo, la soppressione della menzione della *mancipatio* consecutiva alla vendita può dare l'impressione che la vendita sia costitutiva della servitù, mentre, anche se nel testo si parla di '*servitus imposita*' e di '*quaesita servitute*', non risulta che ciò sia la conseguenza della vendita) ed invece ad una servitù costituita *pactionibus* e *stipulationibus* da Giuseppe Grosso, (*Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 94, 196 e 202), dato che un simile quesito ha a suo avviso senso solo rispetto a tale tipo di *ius in re*. Un altro passo che, sia pure in maniera più generica può a tal fine venire richiamato è D. 8.3.33.pr.-1 (Afr. 9 *quaest.*: '*Cum essent mihi et tibi fundi duo communes Titianus et Seianus et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret: recte esse servitute impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit. Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsequuta est, neque eorum cuiusvis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest*'), già anch'esso considerato *supra*, nt. 87: un testo, come si è visto, alquanto difficile nell'interpretazione e quindi nell'individuazione di quanto in esso è genuinamente classica, ma ove in ogni caso, a proposito delle parole '*maxime si pacto stipulatio subdita sit*', è da tenere presente come sia comunemente ammesso (cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 223) che esse costituiscano non tanto un'interpolazione, quanto piuttosto «una glossa di un pedante maestro, il quale, per maggior sicurezza, suggerisce che la convenzione sia rivestita dalla stipulatio, in guisa che la servitù risulti costituita dal generale modo di costituzione, che è la *pactio* e *stipulatio*, piuttosto che da semplice riserva»: prospettiva in cui la diffusione di simili stipulazioni troverebbe quindi un'ulteriore relativa conferma. In ogni caso, tali temi, come afferma Giustiniano, che interviene a troncarli ammettendo la trasmissibilità di tutte le stipulazioni, erano oggetto di molti dubbi e discussioni nella giurisprudenza classica, poiché se era pienamente ammessa la trasmissibilità della *stipulatio 'in dando'*, molto dibattuta era invece quella della *stipulatio 'in faciendo'* (C.I. 8.37.13, del 530, su cui si veda in particolare SCHERILLO, *op. ult. cit.*, p. 337 ss.): sul normale ricorso, per quanto riguarda l'*usus servitutis*, alla *stipulatio poenae* (quindi '*in dando*') cfr. in ogni caso anche *infra*, § 15. Si tratta, beninteso, di un sistema di costituzione di rapporti fondiari che nella sua linearità costruttiva presenta difetti pratici non secondari per quanto riguarda il coinvolgimento giuridico dei terzi acquirenti a titolo particolare, affidato all'onere e quindi in certo modo alla buona volontà del costituente di coinvolgerli in tali previsioni contrattuali nonché in ordine alla necessità di un esercizio regolare volto a mantenere sempre in vita la possibilità della tutela interdittale, problemi che in effetti diverranno evidenti quando, nella temperie tardoantica, la minor sicurezza sociale, l'incertezza proba-

Pur non risolvendo del tutto la questione della tutela dell'acquirente a titolo particolare del fondo dominante, quindi, tali fattori risultano rendere la questione alquanto meno problematica di quanto potrebbe a prima vista sembrare, ed anzi accettabile se si considera ancora una volta il carattere «minore» e le origini *lato sensu 'in personam'* di tale tipo di servitù: una situazione non tale, in ogni caso, da condurre a postulare in termini di assoluta necessità l'introduzione di una specifica *actio in rem* idonea a tutelare tali diritti, come ha invece fatto parte della dottrina, individuando per di più tale azione in frammenti che *ictu oculi* hanno ben poco di classico, oltre che nello stile e nella terminologia, anche nelle costruzioni argomentative così come negli strumenti costruttivi di cui si avvalgono per arrivare a tale risultato. E per tal verso l'analisi delle questioni relative alla *restitutio in integrum* dell'interdetto relativo a servitù non estinte sembra ovviamente recare una smentita definitiva alla possibilità che già nel diritto classico o tardoclassico vi fosse un'azione utile *in rem* a tutelare le servitù cosiddette pretorie.

In effetti, l'ulteriore aspetto che, dal punto di vista di queste note, appare ancor più notevole in D. 43.19.1.9 – dove la servitù è stata esercitata nel penultimo anno, ma non nell'ultimo ('... *usus non sit ... hoc anno, cum superiore usus sit ...*') e quindi risulta tuttora sussistente anche se non tutelabile in via interdittale³⁴² – è la circostanza per cui, secondo le visuali ormai proprie della dogmatica moderna, l'argomentazione di Ulpiano come di Marcello avrebbe dovuto essere non poco diversa, dato che in base ai principii generali, per ottenere un provvedimento straordinario come la *restitutio in integrum*, sarebbe dovuta altresì mancare la possibilità di ricorrere ad una *vindicatio servitutis*, ovvero l'*actio ex stipulatu* relativa alla clausola d'esercizio, per tutelare lo *ius eundi agendi*: per tal verso, quindi, se nella fattispecie concreta questo non era possibile, l'argomentazione avrebbe comunque dovuto darne atto sia pur incidentalmente ed in maniera almeno implicita, mentre, se pur non disponendo più dell'interdetto si fosse invece potuto tuttavia agire con la confessoria o di altra azione utile per difendere il diritto di servitù, non si riuscirebbe a comprendere perché mai si sarebbe dovuto richiedere – e soprattutto perché mai si sarebbe dovuto concedere – un provvedimento estremo e

toria ed in generale la lata decadenza giuridica faranno per così dire saltare tale delicato sistema, e non vi sarà dunque soluzione migliore di considerare stabilita una volta per tutte e ad ogni effetto la servitù attestata attraverso il suo lungo ('*diuturnus*') esercizio: ma per tal verso emerge altresì l'alternatività tra i due sistemi, per cui, quando non è più possibile ricorrere al complesso gioco delle *stipulationes* e alla costanza dell'*usus servitutis* che ne consente la tutela, sarà gioco forza ricorrere alla *vetustas*, all'*usucapio* ed in genere alle figure intermedie tra tali due istituti che acquistano così una funzione di acquisto prescrittivo del diritto (sul nesso strutturale tra proprietà provinciale, servitù costituite '*pactionibus et stipulationibus*' e *praescriptio longi temporis* si veda sotto certi aspetti CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 166 s.); e una riprova di tale prospettiva ricostruttiva è altresì rinvenibile nel contesto altomedioevale, in cui, per un verso, gli atti costitutivi di servitù o di rapporti *lato sensu* personali analoghi rinunciano a qualsiasi coinvolgimento dei terzi acquirenti a titolo particolare del fondo servente, mezionando solo le parti ed i loro successori (cfr. CARVALE, *Ricerche sulle servitù prediali*, cit. [nt. 71], p. 19 s. e *passim*, in particolare p. 50), conformemente ad una realtà in cui lo scriba si limitava a raccogliere la volontà delle parti senza preoccupazioni di ordine sistematico-dogmatico (cfr. la recensione allo studio di Mario Caravale di P. LIVER, in «T.», XLII, 1974, p. 136), mentre ad assicurare la permanenza del diritto così acquistato indipendentemente dalla originaria titolarità dei fondi (esigenza verosimilmente meno sentita in un contesto di scarsa mobilità economico-commerciale) provvedeva appunto l'usucapione (si veda in tal senso P. FREZZA, *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia* (1974), in *Scritti*, cit. [nt. 55], III, p. 65 ss. e in particolare p. 150 ss., che sottolinea appunto come *pactiones et stipulationes* rimangano in uso nel Medioevo anche se creano un'obbligazione che non coinvolge i successori a titolo particolare proprio in quanto a rendere tali servitù effettivamente «reali» provvedeva appunto la prescrizione acquisitiva – *vetustas* –, facendo risalire tale soluzione al diritto romano e ponendola in relazione alla circostanza che la tutela interdittale prescinde dall'accertamento della titolarità dello *ius in re aliena*, accontentandosi della situazione di fatto costituita dall'*usus servitutis*: cfr. in breve, oltre a CARVALE, *op. cit.*, specie p. 32 s., 86 e 96, BIOCCHI, LAMPIS, '*Servitù [diritto intermedio]*', cit. [nt. 71], p. 264). Per tal verso, se si è abituati a vedere il fenomeno dal punto di vista del diritto classico percependolo quindi in termini «degenerativi», l'acquisto prescrittivo delle servitù che caratterizza per tal verso l'età tardoantica sembra in effetti presentarsi, pur nel non eccelso livello scientifico-dogmatico del diritto di tale periodo, come una giusta ed inevitabile risposta all'esigenza di assicurare, tramontata la concreta possibilità di provvedervi attraverso il sistema delle *stipulationes* e la tutela interdittale, la permanenza e la sicurezza del diritto di servitù.

³⁴² Il passo è come si è visto (nt. 338) equivocato, oltre che da Andrea Guarneri Citati, da Giuliano Cervenca: anche Venanzia Giodice-Sabbatelli (*La tutela giuridica*, cit. [nt. 336], p. 94 nt. 54) cade nell'equivoco di ritenere che D. 43.19.1.9 verta sulla ricostituzione di una servitù estinta per non uso.

fondato sulla condizione *'si qua mihi iusta causa esse videbitur'* (ricomprensivo ipotesi del tutto eccezionali: *'sed et si per vim hoc ei contigerit'*) che doveva quindi avere un carattere appunto straordinario e residuale³⁴³.

Tuttavia, se per superare questo problema taluno volesse in ipotesi concludere che la *vindicatio servitutis* (o *l'actio ex stipulatu*) non doveva qui risultare in concreto esperibile, in particolare per l'impossibilità di provare tale *ius in re aliena*, poiché altrimenti la *restitutio in integrum* non sarebbe stata né richiesta né a maggior ragione concessa, neppure tale ipotesi supererebbe tuttavia ogni problema, dato che qui tale provvedimento si risolve nella mera concessione di un *'interdictum repetita die'* (*'... hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ...'*) senza che venga menomamente affrontato il problema della sussistenza *de iure* dello *ius eundi agendi* e quindi della sua tutelabilità attraverso la normale *actio de servitute*: infatti, se esso non può essere dimostrato in sede di *vindicatio*, non può neppure esserlo agli effetti della richiesta di *in integrum restitutio*, e sarebbe invero strano che nella emanazione di un provvedimento straordinario concesso discrezionalmente *causa cognita* tale questione non dovesse venire in esame, tanto più che non si può certo postulare qui che la controparte dovesse ammettere la sussistenza del diritto, dato che la richiesta del ricorrente presuppone invece che questa si opponga senz'altro al suo esercizio, poiché altrimenti non vi sarebbe stato bisogno di richiedere alcun provvedimento e, dopo l'inondazione, l'*usus servitutis* sarebbe tranquillamente ripreso ritornando così ad essere tutelabile in via interdittale³⁴⁴. Eppure, in D. 43.19.1.9, non si fa assolutamente questione della *quaestio de iure* circa la sussistenza dell'*iter*, e a ristabilire la posizione che i ricorrenti avevano prima dell'inondazione, che nell'ultimo anno ha loro impedito l'esercizio del diritto, viene senz'altro considerata sufficiente la concessione, *repetita die*, dell'interdetto, secondo una prassi che il passo si preoccupa di descrivere (e qui, dato l'argomento, sarebbe difficile sostenere un'interpolazione) come alquanto diffusa e del tutto normale (*'praeterea et aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare solet'*).

Di fronte alla eccezionalità del provvedimento della *restitutio in integrum*, da un lato sembra cioè inverosimile la possibilità del ricorrente di agire normalmente con la *vindicatio* o al limite *l'actio ex stipulatu*, cosa che avrebbe escluso tale forma straordinaria di tutela: ma se d'altra parte si presuppone che quest'ultima non fosse esperibile per la impossibilità nel caso in esame di dimostrare la costituzione della servitù, e che quindi il ricorrente avesse a disposizione, prima dell'inondazione, la sola protezione interdittale, appunto volta in quanto tale a tutelare una situazione di fatto, questo implicherebbe senz'altro che per l'ordinamento quello che sussiste è semplicemente un mero esercizio di un rapporto di transito senza alcuna giustificazione *iure civili* (dato che in concreto manca un titolo, e per lo *ius eundi agendi* non si può neppure ricorrere alla prova dell'immemorabile) e neppure *iure praetorio* (sempre in vista dell'impossibilità di risalire al suo momento costitutivo), e che quindi oggetto della *restitutio in integrum* fosse non tanto lo *ius eundi agendi* in sé considerato, quanto piuttosto la situazione di fatto costituita dal suo esercizio (e sono per tal verso ovvi gli sviluppi tardoimperiali che tale tutela del rapporto imperniata sull'esercizio di fatto e non sulla sua astratta esistenza *de iure* assumerà nell'evoluzione della protezione processuale delle servitù).

Questa soluzione, pur non avendo alternative, risulterà può darsi di per sé contraria a radicate convinzioni dottrinali abituate a considerare gli istituti romani e in particolare gli *iura in re aliena* in una prospettiva sostanziale che tende a relegare in una dimensione meramente strumentale l'aspetto della loro tutela processuale, soprattutto per quanto riguarda il mezzo interdittale, visto più che altro in inscindibile relazione con *l'actio de servitute*, rispetto alla quale svolgerebbe più che altro una funzione preparatoria; ma tali difficoltà vengono senza problema superate, restituendo al tenore di D. 43.19.1.9 la sua piana logicità, se si segue viceversa la tesi qui sostenuta, secondo cui le servitù co-

³⁴³) Sulla natura eccezionale della *restitutio in integrum* nell'amministrazione della giustizia, si vedano per tutti FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»*, cit. [nt. 330], p. 201 ss., e RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, cit. [nt. 320], p. 46 ss.

³⁴⁴) Dopo un solo atto di esercizio compiuto *sine vitio*, infatti, l'interdetto avrebbe ovviamente ripreso ad essere normalmente esperibile nonostante la precedente cesura annuale (cfr. tra l'altro UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 348).

stituite '*pactionibus et stipulationibus*' erano appunto prive di una tutela in sede di *actio (in rem)* e, a parte che dall'*actio ex stipulatu*, potevano essere tutelate soltanto in via interdittale, mentre anche nelle servitù sorte *iure civili* tale forma di protezione fattuale doveva in ogni caso assumere una valenza fondamentale ed irrinunciabile; in tale falsariga, infatti, risulta perfettamente comprensibile il motivo per cui, se la tutelabilità interdittale dell'*iter* veniva meno senza colpa del titolare, la reale questione era innanzitutto, se non esclusivamente, quella di restituire a quest'ultimo tale strumento, che di fatto lo reintegrava in maniera del tutto completa nella situazione esistente prima della inondazione, poiché il vero problema non era tanto la servitù in quanto tale e la sua perseguibilità in sede di *actio*, quanto piuttosto l'essere venuto meno della sua normale forma di tutela, cioè dell'esperibilità dell'interdetto, ed era quest'ultimo che costituiva dunque direttamente l'oggetto della *restitutio in integrum* richiesta dai ricorrenti: ponendosi in una prospettiva processuale quale appunto quella romana, in cui ciò che conta non è tanto il diritto in sé considerato, quanto piuttosto la possibilità di farlo effettivamente (ed efficacemente) valere in sede contenziosa, la perdita della normale e quotidiana tutela dell'esercizio della servitù fornita dall'interdetto doveva in effetti costituire una perdita pressoché irrimediabile, mentre l'eventuale ricorso alla *vindicatio* doveva risultare eventualità del tutto remota oltre che aleatoria nel rimettere in gioco la stessa sussistenza della servitù e d'altra parte non sempre possibile nei suoi oneri probatori, tanto che, come avviene nel caso in esame, quand'anche fosse in ipotesi agire con essa si preferiva in ogni caso richiedere una *restitutio in integrum*, avente direttamente ad oggetto l'interdetto da concedere '*repetita die*', in base all'oggettiva impossibilità di servirsi della servitù '*hoc anno*'.

Se considerato in questa prospettiva, dunque, D. 43.19.1.9 risulta fornire una ulteriore prova alla tesi qui sostenuta in ordine alla concreta esplicazione della tutela delle servitù prediali: il ricorso all'*actio confessoria*, che si risolveva attraverso la *restitutio* in una *cautio de amplius non turbando* molte volte mero doppione di quella già prestata dal titolare del fondo servente in sede di costituzione ovvero in sede di condanna interdittale, doveva essere non soltanto evento alquanto raro, ma soprattutto percepito quale strumento processuale del tutto secondario nei suoi effetti pratici, mentre il perno della tutela della servitù si concretizzava – oltre che nell'*actio ex stipulatu* nascente dall'eventuale stipulazione di esercizio tanto nelle servitù «civili» che in quelle «pretorie» – essenzialmente nella protezione offerta, pur su un mero piano di fatto, dal sistema interdittale, idoneo nella sua lineare duttilità a soddisfare pienamente le esigenze del titolare di una servitù regolarmente esercitata: e il fatto che in D. 43.19.1.9 Marcello ed Ulpiano risultino non porsi neppure il problema dell'esperibilità della *vindicatio servitutis* e si concentrino invece sulla concessione di un *interdictum* che superi il limite del requisito '*hoc anno*' mostra ancora una volta la perfetta configurabilità, per quanto riguarda le servitù sorte '*pactionibus et stipulationibus*', di un istituto che rinunciava strutturalmente alla difesa *de iure* in sede di *actio in rem* per accontentarsi, in maniera pur del tutto esaustiva da un punto di vista pratico, della tutela offerta dall'*actio ex stipulatu* e dall'*interdictum*, senza che dunque la mancanza della confessoria o di un'azione ad essa analoga fosse di per sé sentita, per quanto riguarda il diritto classico, come un vuoto intollerabile da colmare attraverso pretese *actiones utiles* fondate su requisiti di tutt'altro genere quale in primo luogo il decorso del tempo e i suoi effetti probatori o acquisitivi (azioni la cui sussistenza in età classica risulta del resto positivamente esclusa, non è inutile ripetere, altresì dal dettato stesso di D. 43.19.1.9).

15. Infine, sempre nella prospettiva del ruolo decisivo svolto dalla tutela interdittale in tema di servitù costituite '*pactionibus et stipulationibus*', può non essere inutile considerare, sia pur brevemente, un ulteriore testo, che pur a prima vista potrebbe sembrare non avere pressoché nulla a che fare con tale problema:

D. 45.1.56.4 (Iul. 52 *dig.*): Qui ita stipulatur: 'decem, quoad vivam, dari spondes?', confestim decem recte dari petit: sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. nam et heres eius, cui servitus praedii ita

concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur³⁴⁵.

³⁴⁵) Sul passo – oltre a L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, p. 191 ss., che ne nega radicalmente la classicità: cfr., specie in relazione all'assunto che il diritto classico avrebbe considerato pura la stipulazione a termine finale e nulla l'analogia costituzione di servitù, FERRINI, *Pandette*, cit. [nt. 8], p. 135 e nt. 3 p. 175 e 502 – si vedano G. VON BESELER, *Beiträge*, III, cit. [nt. 71], p. 103 (che, trattando della locuzione *'id [hoc] agere, ut [ne]'*, considera sospetta, oltre a *'confestim'* e a *'dari'*, la frase *'nam stipulatorem ... palam est'*: cfr. anche *Miszellen*, in «ZSS.», LX, 1927, p. 358, dove si dubita dell'intera parte da *'confestim'* alla fine, ritenendo classicamente nulla altresì la stipulazione *ad tempus*, dato che si ammette a tal fine soltanto un *pactum de non petendo*, nonché *Confestim - Continuo*, in «ZSS.», LXIV, 1931, p. 194 s.), P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni* (1930), Milano, 1974, p. 153 nt. 2, e *Istituzioni*, cit. [nt. 56], p. 70 e nt. 9 e p. 281 e nt. 25 (che, in linea di massima su posizioni analoghe a quelle di Contardo Ferrini, ritiene interpolata tutta la parte da *'sed heres eius'* alla fine, in particolare da *'nam'* a *'summovebitur'*, attribuendo l'intero principio al diritto giustiniano, poiché in diritto classico non si sarebbe potuto stabilire a tempo né un diritto reale né un diritto di credito: cfr. anche S. DI MARZO, *Postille critiche ed esegetiche*, in «AG.», LXX, 1903, p. 530 s.), CIAPESSONI, *Servitus personae et usus personae*, cit. [nt. 75], 947 ss. (che – argomentando dal fatto che «il dire che fu validamente costituita una servitù prediale per la durata della vita del titolare equivale a dire, in definitiva, che essa fu costituita a favore diretto non d'un predio, ma di una persona: equivale cioè a rinnegare il principio fondamentale che la *'servitus'* è un *'ius praedii'*», per cui Giuliano si riferisce qui non a un diritto reale ma ad un rapporto obbligatorio costituito mediante *stipulatio* – giunge a sostituire *'qui stipulatus'* a *'cui servitus praedii ita concessa est'*), PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 168 nt. 5, e soprattutto p. 171 nt. 2, nonché II, p. 432 s. e nt. 2 (che reputa anch'egli tale principio, contrario alla regola classica *'placet ad tempus obligatio constitui non posse'* – D. 44.7.44.1, Paul 74 *ad ed.* –, del tutto giustiniano), RICCOBONO, *Dies et condicio nella costituzione delle servitù*, cit. [nt. 91], p. 341 s. (che, nella sua visuale – cfr. *supra*, nt. 81 –, riferisce tali architetture al diritto pretorio e alla costruzione in tal senso elaborata da Giuliano, mentre sarebbe giustiniana la loro elevazione a principio generale – cfr., in relazione a D. 44.7.44.1-2, p. 346 s. –, così da ricondurre la prevalente dottrina, come si vedrà meglio tra breve – nt. 373 –, a posizioni alquanto più caute sul passo), MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, cit. [nt. 55], p. 282 s. (che – nella sua convinzione secondo cui il pretore avrebbe smantellato il regime classico delle servitù prediali: cfr. *supra*, nt. 100 –, sottolinea il perfetto parallelismo tra la stipulazione di dare e la stipulazione costitutiva di servitù), SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit. [nt. 56], p. 75 s. (che riferisce il passo, pur ormai corretto, alle servitù *iure civili*, ritenendo *'concessa est'* interpolato in luogo della menzione della *in iure cessio*, e per arrivare a tale risultato postula che la *in iure cessio* tollerasse l'apposizione di un termine finale), B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954, p. 108, e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 190 (che, richiamandosi in particolare a Carlo Alberto Maschi, nota come il pretore, introducendo la costituzione delle servitù *'pactionibus et stipulationibus'*, avrebbe altresì travolto il principio civilistico della perpetuità di tale diritto), H.E. TROJE, *'Ambiguitas contra stipulatorem'*, in «SDHI.», XXVII, 1961, p. 135 ss. (che esamina il passo del punto di vista ricostruttivo secondo cui il principio dell'interpretazione *contra venditorem*, se ebbe vigore nel periodo più risalente della giurisprudenza, perdette valore nell'età classica e ancora di più nel diritto postclassico e giustiniano, vedendo in D. 45.1.56.4 un caso in cui una clausola ambigua viene interpretata a favore dello stipulatore, in un contesto ricostruttivo in cui la massima *'ambiguitas contra stipulatorem'* sarebbe quindi soltanto una esortazione di massima alla chiarezza, senza definitive applicazioni interpretative sul contratto), G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, p. 133 e nt. 328, in riferimento alle tesi di Fritz Pringsheim (*Animus in Roman Law* [1933], in *Gesammelte Abhandlungen*, cit. [nt. 326], I, specie p. 321 ss., secondo il quale tale soluzione si fonda su una interpretazione tipica dell'*'id quod actum'*, senza tuttavia tenere conto, a giudizio dell'autore italiano, dell'*exceptio pacti conventi* e quindi del carattere pretorio della soluzione, dato che *iure civili* la stipulazione sarebbe nulla), e, sulle tesi di Hans Erich Troje (rifiutate in quanto lo studioso non si renderebbe conto di come il principio dell'interpretazione *contra stipulatorem* fosse appunto sussidiario ed anzi di carattere estremo), p. 396 e nt. 555 (cfr. la recensione di F. WIEACKER, in «ZSS.», XLVI, 1966, p. 441 nt. 20), V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante «conversione» in diritto romano*, Napoli, 1965, p. 213 ss. (cfr. le recensioni di G. GANDOLFI, in «Iura», XVII, 1966, p. 427, di J. MACQUERON – *I problemi della conversione* –, in «Labeo», XIV, 1968, p. 315, e di G. WESENER, in «ZSS.», XCVIII, 1968, p. 506, nonché, critico, P. CORNIOLEY, *La conversion des actes nuls en droit romain: réalité ou fiction?*, in «T.», XXXVII, 1969, p. 85 s. e 92 s.), P. VOCI, *Per la storia della novazione*, cit. [nt. 101], p. 160 nt. 37, e *Diritto ereditario romano*, I², Milano, 1967, p. 210 s. (cfr. *infra*, nt. 373), G. GROSSO, *Servitù ad tempus e concezione economica liberistica della proprietà* (1969), in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], II, p. 714, *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica: lo sviluppo e la elaborazione dei diritti limitati sulle cose* (1972), ivi, II, p. 738 s., *L'efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia»* (1927), ivi, III, p. 46 s., *Prospettive in tema di termine iniziale e finale e spunti sistematici di Paolo* (1965), ivi, III, p. 704 s., e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 116 ss. (che, pur non escludendo corruzioni riguardanti in particolare la frase *'... plane ... poterit ...'*, ritiene che sul termine finale delle servitù dovesse esservi una *dissensio prudentium* che contrapponeva Giuliano e Paolo – cfr. D. 44.7.44.1 – a Papiniano, che in D. 50.17.77 stabiliva la nullità dell'atto), PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni «propter rem»*, cit. [nt. 82], p. 35 ss. (secondo cui, in riferimento alle servitù costituite *'pactionibus et stipulationibus'*, Giuliano arriverebbe qui a una sorta di compromesso tra il rispetto della volontà delle parti e l'opposta soluzione di non attribuire rilevanza a previsioni contrarie al principio civilistico della perpetuità della servitù, come sarebbe avvenuto attribuendo effetti estintivi *ipso iure* al termine finale, riconoscendo semplicemente, grazie all'*exceptio*

Anche senza volere qui addentrarsi nelle complesse tematiche sollevate dal passo né tantomeno sulle implicazioni che la loro ricostruzione può avere sulla critica testuale della sua versione pervenuta attraverso i *Digesta*, verosimilmente non del tutto genuina e soprattutto scorciata, è sufficiente soffermarsi, ai fini che interessano queste pagine, sulla chiusa del passo ('*nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur*'), della quale, in effetti, non è del tutto chiaro il rapporto né con la *stipulatio* '*decem, quoad vivam, dari spondes?*', da cui Paolo, forse in contrasto con altri *prudentes*, prende le mosse, né con l'esempio di chi '*usque in kalendas dari stipulatur*' che dovrebbe spiegare la soluzione cui il giurista perviene nella prima ipotesi. Per tal verso, anzi, l'illazione secondo cui, anche in relazione allo '*ius eundi*' costituito '*quoad viveret*' (da intendere con ogni probabilità come una servitù pretoria³⁴⁶, date le insuperabili difficoltà che altrimenti si incontrano riferendo il dettato di D. 45.1.56.4 alle normali servitù *iure civili*³⁴⁷ o anche solo a quelle costituite mediante *in iure cessio*³⁴⁸), Paolo intenda qui riferirsi senz'altro ad un'*actio ex stipulatu*, contro cui verrebbe appunto sollevata l'*exceptio pacti conventi*, è una congettura certo legittimata ed anzi per vari versi anche suggerita dal passo stesso, ma non una certezza definitiva e soprattutto

pacti, l'efficacia estintiva dell'accordo senza intaccare direttamente il requisito della perpetuità), M. AMELOTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia* (1953), in *Scritti giuridici*, Torino, 1996, p. 475 ss. (che, in relazione a D. 45.1.56.4 così come agli analoghi D. 8.1.4.pr. e D. 44.7.44.1, si richiama a Salvatore Riccobono e alla dottrina dominante che l'ha seguito), M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973, II, p. 665 ss. (che come Siro Solazzi parte anch'egli dall'assunto secondo cui il testo recasse, al posto di '*concessa*', un riferimento alla *in iure cessio*, e tenta di coordinare il passo con il principio generale secondo cui agli *actus legitimi* non sono opponibili termini considerando appunto la *in iure cessio* estranea a tale categoria), F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in «ZSS.», XCI, 1961, p. 54 ss., M. TALAMANCA, «*Conventio*» e «*stipulatio*» nel sistema dei contratti romani, in «Le droit romain et sa réception en Europe», Varsovie, 1978, p. 240 ss. (che, dal punto di vista che qui interessa, sottolinea l'equivalenza, per Giuliano, delle fattispecie considerate dal passo, e richiama D. 8.1.4.pr. – cfr. *infra*, nt. 373 –, in cui Papiniano avrebbe con ogni probabilità derivato la soluzione dell'*exceptio pacti* appunto da Giuliano), ANKUM, VANGESSEL-DE-ROO, POOL, *Die Verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse / in bonis habere im klassischen römischen Recht*, cit. [nt. 87], p. 272 nt. 125, FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit. [nt. 299], p. 151 (cfr. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit. [nt. 299], p. 374), E. CAIAZZO, *In tema di servitù «ad tempus»*, in «Index», XXV, 1997, p. 333 s. e nt. 3, ed in generale G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989 (cfr. in ogni caso la recensione di W. LITEWSKI, in «SDHI.», LVI, 1990, p. 544 s.).

³⁴⁶ Si vedano in tal senso, in particolare, le posizioni di Salvatore Riccobono, Pietro Ciapessoni, Biondo Biondi, Carlo Alberto Maschi (cfr. la nota precedente).

³⁴⁷ Si noti tra l'altro come Giuseppe Grosso, riferendo invece il problema del termine finale, di cui in D. 45.1.56.4 e in D. 8.1.4.pr. (che verrà esaminato tra breve), alle servitù costituite *iure civili*, sia poi portato ad affermare (*Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], ad esempio p. 274) che «l'*exceptio pacti* significava conversione dell'apposizione di un termine in un patto di remissione della servitù a partire da quel termine, o da quella condizione, patto di remissione che aveva appunto efficacia attraverso l'*exceptio*»: prospettazione che, nonostante i riferimenti che essa può trovare nel panorama dottrinario (cfr. *supra*, nt. 345), sembra in ogni caso lasciare alquanto perplessi, dato che nel caso in esame sembra semplicemente trattarsi di una costituzione della servitù non conforme ai principii generali che, concretando un diritto costituito non *iure civili* ma semplicemente '*pactionibus et stipulationibus*', viene egualmente tutelato, quantomeno nella prospettiva di Giuliano e come si vedrà di Papiniano, mediante una *exceptio pacti* (o *doli*), paralizzando così l'interdetto o l'*actio ex stipulatu* mossi dal titolare di tale diritto: ma, trattandosi in ogni caso di una tutela realizzata esclusivamente in via di *exceptio*, risulta impossibile scorgere qualsivoglia azione concessa al titolare del fondo servente con cui costringere la controparte, nel caso attraverso la coazione indiretta della minaccia di una condanna pecuniaria, ad adempiere a tale preteso obbligo di remissione, né risulta quindi agevole scorgere lo scopo pratico per cui il termine finale verrebbe convertito in un obbligo di remissione, in quanto tale qui non azionabile dall'interessato. Si veda tra l'altro J. CUJAS, *In Digesta seu Pandectas Notae, ad D. 45.1.56.4* (in *Opera*, cit. [nt. 17], II, c. 654 s.), che in riferimento a '*pacti conventi exceptione*' spiega «vel doli»: cfr. altresì ID., *Commentarius ad Titulos Digestorum, ad tit. De verborum Obligationibus*, D. 45.1.56 (ivi, c. 967 s.) e *Ad libros CX Digestorum Salvi Juliani Recitationes Solemnes, ad l. LII dig. lul., l. LVII de verb. obl., § 4*, D. 45.1.56 (in *Opera*, cit., IV, c. 1097 s.). Si tenga del resto presente, anche se l'argomento può qui soltanto venire accennato, come tale tipo di rimedi potesse risultare risolutivo anche quando in ipotesi la pattuizione non potesse dare luogo a nessun rapporto di servitù, come in particolare mostra il ricordato (cfr. *supra*, nt. 82 e 84) D. 8.4.13.pr., relativo alla *piscatio thynnaria* (Ulp. 6 *opin.*: '*... quamvis ... servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur*').

³⁴⁸ Come vorrebbe, al pari di Siro Solazzi, Massimo Brutti (*loc. cit.*).

tale da escludere ogni altra concomitante possibilità di estrinsecazione del rapporto contenzioso tra le parti: se per tal verso è infatti arduo dubitare che difficilmente i compilatori, che nelle *Institutiones* proclamano essere le *pactiones et stipulationes* il modo di costituzione generale delle servitù, avrebbero cancellato la menzione della *stipulatio*³⁴⁹, è peraltro chiaro che, in effetti, se anche la *stipulatio* è dal punto di vista dell'ordinamento onorario l'atto attraverso cui si perfeziona e per così dire si ufficializza, sia pur in riferimento alla *pactio*, la servitù così costituita, non è per questo vero che l'*actio ex stipulatu* esaurisse ogni tutela del titolare in ordine a tale diritto, poiché com'è ovvio prima di arrivare ad essa vi è il fondamentale momento della tutela interdittale della servitù.

D'altra parte, come è stato osservato, non è neppure agevole determinare a quale tipo di *stipulatio* dovesse riferirsi D. 45.1.56.4. In effetti, è noto come la *stipulatio* tanto '*in faciendo*' quanto anche '*in non faciendo*' non fosse trasmissibile agli eredi a meno di una esplicita loro menzione nell'atto³⁵⁰, cosicché risulta qui senz'altro da escludere una *stipulatio* del tipo '*per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat*', dato che, come è stato notato, giustapporre la clausola '*quoad vivam*' alla *mentio heredum* avrebbe costituito una *contradictio in adiecto* in cui il riferimento alla vita del titolare e al suo erede si sarebbero esclusi a vicenda (*per te non fieri quo minus mihi heredique meo quod vivam ire agere liceat*), mentre per converso, una volta eliminato il riferimento agli eredi, la clausola in questione sarebbe risultata *supervacua*, dato che la *stipulatio in non faciendo* non aveva in quanto tale valore oltre la vita dello stipulante³⁵¹. Ma l'impossibilità, nel caso in esame, del ricorso a una *stipulatio* consistente in un '*non facere*' non comporta affatto³⁵² che dovesse qui invece trattarsi di una *stipulatio* che desse origine, con efficacia reale, ad una servitù provinciale costituita in forma di obbligazione a soggetti variabili, ossia ad una obbligazione *propter rem*, come pur è stato sostenuto³⁵³: se infatti sono '*in non faciendo*' le *stipulationes* esemplificate da D. 8.1.20 e da D. 19.1.3.2³⁵⁴ agli effetti della cosiddetta *traditio possessionis*, non è peraltro da dimenticare come tale stipulazione di esercizio si dovesse normalmente tradurre in una *stipulatio poenae*, e quindi, come avviene in particolare in Teoph., *paraphr.* 2.3.4³⁵⁵, in stipulazioni '*in dando*', in cui la posizione degli eredi dello stipulante segue regole alquanto diverse. Pur nella complessità della materia, si può osservare infatti che nelle stipulazioni «*mixtae ex dando et faciendo*», la trasmissibilità agli eredi sembra senz'altro implicata da quella «*quae non a condicione coepit*», ossia del tipo menzionato da Teofilo ('*spondesne cessa servitutem servare? sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum?*'), mentre anche per quanto riguarda la forma, meno attestata in materia di servitù, «*quae a condicione coepit*», ossia del tipo «*si servitutem non servabis, centum dari spondes?*», se le poche fonti a disposizione risultano sovente menzionare comunque l'erede (anche se più che altro del promittente piuttosto che dello stipulante), è però da notare come si tratti in ogni caso di formulari della prassi, in cui non deve in ogni caso stupire una certa ridondanza di forme e previsioni³⁵⁶; e per tal verso, se si considera come il punto di partenza ed il referente costruttivo anche nelle servitù costi-

³⁴⁹ Anche se paradossalmente tale osservazione – come notava Siro Solazzi (*Requisiti e modi*, cit. [nt. 56], p. 75) – può essere reversibile, e venire applicata anche nel caso che il testo sia invece da riferire, come qui si ritiene, alle servitù pretorie.

³⁵⁰ Si veda SCHERILLO, *La trasmissibilità della stipulatio in faciendo*, cit. [nt. 201], p. 338 ss. (cfr. anche *Di alcune formule bizantine in tema di exceptio pacti e di exceptio doli* [1928], in *Scritti giuridici*, II.2, cit. [nt. 1], p. 323 ss.). Su D. 2.14.7.8 (Ulp. 4 *ad ed.*) e sulla distinzione tra *pacta in rem* e *pacta in personam* si veda altresì G. MELILLO, «*Pacta in rem, pacta in personam: una «divisio» classica?*», in «*Sodalitas. Studi Guarino*», cit. [nt. 42], III, p. 1459 ss.

³⁵¹ Così PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni 'propter rem'*, cit. [nt. 82], p. 36 s.

³⁵² Come invece deduce Giuseppe Provera (*op. ult. cit.*, p. 37 s.).

³⁵³ E' questa, nella particolare visuale seguita dall'autore (cfr. *supra*, nt. 84), la prospettiva di Giuseppe Provera.

³⁵⁴ Cfr. *supra*, § 4: ma ovviamente nulla autorizza a d escludere, nella estrema sinteticità su tale punto dei due testi, che a tale *stipulatio* se ne aggiungesse decisamente una seconda di carattere penale, tantopiù che D. 8.1.20 e D. 19.1.3.2 parlano della necessità di '*cavere*' senza entrare nelle modalità in cui si esplicava in concreto l'assunzione dell'obbligo di non ostacolare l'esercizio della servitù.

³⁵⁵ Cfr. *supra*, § 3 e nt. 91: «*spondesne cessa servitutem servare? sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum?*».

³⁵⁶ Si vedano gli esempi e le notazioni recate da SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit. [nt. 201], p. 345 ss. (cfr. VOCI, *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, cit. [nt. 108], p. 322 ss.).

tuite «*tuitioe praetoris*» fosse il principio della perpetuità della servitù proprio dello *ius civile*, non è da certo da credere che nel diritto onorario la regola generale potesse essere che – pur trattandosi di stipulazioni '*mixtae*', ossia '*in dando*' per quanto riguarda la clausola penale ma sostanzialmente '*in non faciendo*' – il diritto così costituito, in mancanza della esplicita menzione dell'erede, dovesse assurdamente avere termine con la morte del costituente³⁵⁷, mentre d'altra parte l'eventuale temporaneità della servitù nel caso divisata dai contraenti poteva tutt'al più essere riconosciuta quale eccezione a tale perpetuità soltanto se esplicitamente prevista dall'atto costitutivo, come in particolare avviene nel caso della clausola '*quoad vivam*'³⁵⁸.

Se quindi la stipulazione d'esercizio, ed in particolare la *stipulatio poenae* che la seguiva o la sostituiva, potevano contenere tale termine finale in quanto necessario a realizzare la volontà delle parti volta a «costituire» la servitù solo per la durata della vita del titolare, si può finalmente esaminare la chiusa di D. 45.1.56.4 in relazione alla concreta realtà processuale da esso presupposta, guardando alle effettive modalità con cui tale situazione contenziosa sarebbe potuta sorgere: infatti, in base a tale atto costitutivo, alla morte del costituente il suo erede, titolare del fondo su cui insiste la servitù, pur nel venire meno di tale diritto, poteva di fatto vantare uno *ius eundi* da tempo normalmente esercitato, e quindi di per sé tutelabile in via interdittale; è quindi perfettamente verosimile che normalmente una simile controversia dovesse innanzitutto concretizzarsi nel momento in cui, di fronte alla pretesa del titolare di continuare ad avvalersi della servitù, la controparte glielo impedisse con la *prohibitio* in base al fatto che la servitù era costituita fino alla morte del suo dante causa e non oltre, e il titolare facesse quindi ricorso all'interdetto '*de itinere actuque privato*' per tutelare in ogni caso la situazione di fatto esistente³⁵⁹. Per tal verso, di fronte alla corrispondenza tra l'uso avvenuto '*hoc anno*' e l'atto di esercizio ora impedito ('*quo itinere actuque ... hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto*'), il ricorrente avrebbe potuto avere *prima facie* ragione, ma si deve ritenere che l'intimato potesse già in questa sede far valere il venir meno della servitù in seguito alla morte del costituente attraverso una *exceptio* tale da escludere in concreto l'efficacia dell'interdetto, e riconducibile, se non senz'altro consistente, all'*exceptio pacti* (o *doli*).

In effetti, anche se le eccezioni ammissibili in tale sede procedurale appaiono nel complesso ristrette a quelle immediatamente connesse agli elementi su cui si struttura l'ordine interdittale e lasciare poco spazio alle normali eccezioni previste in via generale dal pretore³⁶⁰, non mancano dei casi relativamente assimilabili all'ipotesi che qui la clausola '*quoad vivam*' si rifletterebbe in una *exceptio* del tipo '*pacti*': si veda in particolare l'*exceptio 'si permiserit'* che consente di proseguire l'*opus* nell'*interdictum quod vi aut clam* in D. 43.24.3.2-4 (Ulp. 71 *ad ed.*)³⁶¹, ovvero la fattispecie considerata da D. 39.1.1.10 (Ulp. 52 *ad ed.*), ove si ammette, motivandola, la possibilità di una '*conventionis exceptio*', sia pur sempre immediatamente relativa alla controversia interdittale³⁶², mentre per tal verso non sem-

³⁵⁷) Cfr. in particolare BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 189 ss.

³⁵⁸) Cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 120 (sulla cd. «permanenza» delle servitù e la storia di tale principio, che muove dalla «perpetuità romana», cfr. BIONDI, *Le servitù* [1967], cit. [nt. 50], p. 194 s.): si veda altresì, di recente, CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 257 s.

³⁵⁹) Si veda in particolare, tra i tanti testi a disposizione, il chiaro riferimento che in sempre in relazione alla *stipulatio* di esercizio Giuliano fa alla *prohibitio* in D. 45.1.131.pr. (Scaev. 1 *quaest.*: *Iulianus scripsit, si 'neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat' stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius*): in effetti, l'obbligazione di «tollerare» o «non impedire» l'esercizio della servitù consisteva nell'obbligo di non '*prohibere*' l'*usus servitutis*, cosicché la *prohibitio* era per tal verso da considerare illegittima (a meno che, ovviamente, nel caso particolare fosse legittimata da ulteriori fattori, come in primo luogo dal carattere contrario alle modalità di esercizio previste dell'episodio di *usus servitutis* in questione).

³⁶⁰) Cfr. UBBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 352 ss.

³⁶¹) Sul passo si veda di recente, con alcune indicazioni bibliografiche, I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, 1998, p. 92 ss. e nt. 278 ss.

³⁶²) '*Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debent id ratum habere*': sul passo – al di là della correzione leneliana di '*duodecimo*' in '*vigesimo secundo*' e delle non decisive censu-

bra per nulla ostare a tale prospettiva il dettato di D. 43.26.12.pr. (Cels. 25 *dig.*), relativo al precario³⁶³, dove si rifiuta esplicitamente la praticabilità della *exceptio* basata su di una *pactio* relativa al termine finale, questa volta a favore non del concedente ma del concessionario, ma solo in quanto la soluzione negativa risulta qui dettata dal fatto che in tale ipotesi la precarietà del possesso riguarda in quanto tale la situazione dell'intimato indipendentemente dal termine previsto a suo favore dalla *pactio*³⁶⁴, cosicché il passo, prendendola senza problema in considerazione e negandone l'ammissibilità solo nel caso particolare, mostra semmai in maniera pressoché definitiva che una tale *exceptio* era in generale sollevabile anche nell'ambito della procedura interdittale. D'altra parte, se in generale il problema dei limiti di ammissibilità di simili elementi nella procedura decretale ha destato notevoli discussioni specie nella romanistica più antica³⁶⁵, la dottrina più recente, pur superando talune posizioni troppo estreme³⁶⁶, tende in ogni caso a riconoscere al pretore, in sede di '*causae cognitio*', un relativo esame di merito della questione, in cui, se si poteva giungere senz'altro alla *denegatio interdicti*, appare senz'altro da ricomprendere la possibilità di subordinare l'obbligatorietà dell'interdetto a determinate circostanze fatte valere in via di eccezione³⁶⁷.

Per tal verso, nell'ipotesi prospettata da D. 45.1.56.4, la possibilità di opporre all'*interdictum de itinere actuque privato* un'eccezione del tipo dell'*exceptio pacti* sembrerebbe in effetti essere resa verosimile altresì dal fatto che l'interdetto in tale ipotesi richiesto era, in relazione alle parole '*ab illo*', un interdetto utile, mutando qui la persona dell'intimato in vista del succedere dell'erede al dante causa³⁶⁸: in tale prospettiva – dati i problemi che riguardano in generale la trasmissibilità degli interdetti proibitorii all'erede e dell'acquirente a titolo particolare, che appaiono in realtà rispondere non tanto come successori del dante causa, quanto piuttosto in proprio, quali possessori del fondo³⁶⁹ – sembra anche per tal verso da ritenere che, in sede di '*causae cognitio*' pretoria, il problema della clausola '*quoad vivam*' e del conseguente venir meno della servitù con la morte del costituente avrebbe naturalmente costituito il perno di ogni discussione tra le parti in ordine alla *editio interdicti*, né il magistrato – stante l'ammissibilità di massima di una simile *exceptio* che sembra potersi dedurre dai testi

re mosse da Gerhard von Beseler e da Silvio Perozzi alla parte finale: cfr. «Index Interpolationum», III, cit. [nt. 164], *ad h.l.*, c. 75 – si vedano BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit. [nt. 82], p. 187 ss., BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo*, cit. [nt. 41], p. 51, G. MELILLO, «*Interdicta*» e «*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*», in «*Labeo*», XII, 1966, p. 203, J.A. ARIAS BONET, *Sobre la denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico*, in «*AHDE.*», XLII, 1972, p. 304, F. STURM, *Stipulatio Aquiliana. Textgestalt und Tragweite der Aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München, 1972, p. 249 e nt. 510, C.St. TOMULESCU, *Sur la legis actio damni infecti*, in «*RIDA.*», 3^a s., XIX, 1972, p. 445 nt. 35. Sull'*exceptio* cfr. altresì D. 8.3.13.pr. (Iav. 10 *ex Cass.*: '*... sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria*'), dove tale rimedio appare in effetti riferirsi in generale tanto alla tutela in via di *actio* quanto a quella interdittale.

³⁶³ '*Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat*'.

³⁶⁴ Oltre a ALBERTARIO, *Il possesso*, cit. [nt. 60], p. 131 nt. 2 – che reputa la decisione «certamente spuria» – e a M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in «*Iura*», XXXIX, 1988, p. 48 s., si veda in breve ZAMORANI, *Precario habere*, cit. [nt. 3], p. 170 s. e nt. 17, che, escludendo la possibilità nel diritto classico così come in quello giustiniano di un *precarium ad tempus* e riferendo quindi all'età postclassica i frammenti in tal senso, sospetta la parte finale da '*sed*' in poi, dato che a suo avviso, classicamente, «il vizio di precarietà, che inficia il possesso del precarista, rileva sia *ante kalendas Iulias* sia *post kalendas Iulias*» (cfr. le recensioni di G. PROVERA, in «*Index*», I, 1970, p. 385 s. – che accetta l'interpolazione della frase circa la nullità di qualsiasi patto relativo alla durata della concessione ma non quella della parte iniziale, in cui Celso si poneva l'interrogativo se, essendo stato previsto un termine finale, spettasse al precarista una *exceptio* per farlo valere –, e di VAN WARMELO, cit. [nt. 168], p. 113), nonché – nel senso di una sostanziale genuinità del dettato del passo, pur formalmente corrotto – M. KASER, *Besitzpfand una 'Besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht II)*, in «*SDHI.*», XLV, 1979, p. 42 ss. e nt. 155, e *Zur Geschichte des precarium*, cit. [nt. 168], p. 114 e 116.

³⁶⁵ Si vedano, oltre a UBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 342 ss., SCHMIDT, *Das Interdictenverfahren der Römer*, cit. [nt. 1], p. 95 ss., nonché PFERSCHKE, *Die Interdicte des römischen Civilprocesses.*, cit. [nt. 132], specie p. 93 ss.

³⁶⁶ Si ricordi per tal verso la prospettiva di GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, cit. [nt. 168], soprattutto p. 66 ss. (si veda la recensione di A. BISCARDI in «*Iura*», VII, 1956, p. 352 ss.).

³⁶⁷ Si veda BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo*, cit. [nt. 41], p. 36 ss., soprattutto p. 48 ss.

³⁶⁸ Cfr. in breve LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit. [nt. 1], p. 478 nt. 13.

³⁶⁹ Si veda in particolare UBELOHDE, *op. cit.* [nt. 6], p. 290 ss. e soprattutto p. 300 ss.

testé richiamati ed in particolare da D. 43.26.12.pr. – avrebbe rifiutato di concedere all'impetrato tale forma di tutela: e questo a maggior ragione se si considera come, in base a D. 45.1.56.4, risulti che il riconoscimento della validità di clausole che ponessero un termine all'obbligazione di rispettare l'esercizio della servitù sia stato una innovazione appunto pretoria rispetto ai principii civilistici tanto della perpetuità delle servitù quanto della trasmissione agli eredi della *obligatio*, per cui sarebbe anche sotto tale aspetto arduo da credere in una prospettiva sistematica che lo *ius honorarium*, introducendo tale principio e tutelandolo con l'*exceptio* di fronte all'*actio ex stipulatu*, rinunciasse poi a tradurre tale impostazione in una parallela e coerente versione interdittale, negando invece qui l'efficacia di tale clausola e facendo prevalere, in sede di procedura decretale e quindi su di un piano di fatto, colui che era destinato a perdere la lite nella azione relativa alla questione per così dire di diritto.

Se quindi tali argomenti portano a ritenere che già nella procedura interdittale la *exceptio* avrebbe fatto valere la clausola '*quoad vivam*', ci si può finalmente chiedere, tornando alla chiusa di D. 45.1.56.4, in quale rapporto stesse con l'interdetto l'*actio ex stipulatu* di cui sembra qui trattare Giuliano. Infatti, se l'ipotesi che a questo punto appare più naturale è senza dubbio che il titolare della servitù, pur sconfitto in sede interdittale, tentasse di far valere con tale azione l'irrelevanza di tale termine, conformemente ai principii generali dello *ius civile*, ed ottenere quanto meno o il risarcimento del danno o la corresponsione della *poena* (come si è accennato, l'affermarsi di tale regola pretoria, che andava contro lo *ius civile*, non fu senza contrasti, e sembrerebbe anzi che altri *prudentes* professassero un'opinione opposta a quella di Giuliano), appaiono per converso potersi scartare facilmente due ulteriori ipotesi, ossia, in primo luogo, quella secondo cui il titolare, in ipotesi vittorioso nella procedura interdittale, agisse poi con l'azione per far comminare alla controparte la *poena* prevista per il singolo atto di impedimento all'esercizio della servitù e fosse quindi sconfitto tramite l'*exceptio*: se infatti tale tipo di *cautio*, di fronte al ripetersi di analoghi comportamenti ostruzionistici, potrebbe anche considerarsi reiterabile, nonostante i dubbi avanzati dalla dottrina³⁷⁰, nondimeno nel caso in esame le ragioni sistematiche testé richiamate portano ancora una volta ad dubitare fortemente che, se il titolare fosse risultato vincitore in sede interdittale, gli si sarebbe poi negata la vittoria, tramite l'*exceptio pacti*, in sede di azione, per cui, al fine di evitare tale soluzione assurda, risulta alquanto più logico e lineare ritenere che già anche nell'interdetto egli sarebbe stato subito sconfitto in base a tale *exceptio*; e del pari si può scartare facilmente, in secondo luogo, l'ulteriore possibilità che D. 45.1.56.4 considerasse il caso di chi, non potendo vantare un esercizio '*hoc anno*', e quindi non potendo ricorrere all'interdetto, agisse direttamente con l'*actio ex stipulatu* per ottenere quantomeno la condanna del possessore del fondo servente, che gli aveva impedito l'esercizio, al risarcimento dei danni o alla *poena* prevista: se infatti il testo in esame, dopo aver parlato dell'*actio ex stipulatu* relativa alla promessa '*decem, quoad vivam, dari spondes?*' e al caso di chi '*usque in kalendas dari stipulatur*', richiama a conferma della soluzione costituita in essi dalla *exceptio pacti conventi* l'ipotesi

³⁷⁰) Si veda in breve – in relazione a D. 7.9.1.5-6 e all'affermazione secondo cui nella *cautio fructuaria* '... *saepius committitur* ...' la *poena* prevista in relazione alla clausola '*boni viri arbitratu usurum fruiturum*' – ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 236 nt. 353, con alcune indicazioni bibliografiche (in relazione alla formula '*per te non fieri quo minus ire agere liceat*', cfr. tra l'altro PROVERA, *Servitù prediali*, cit. [nt. 82], p. 40 nt. 45, secondo cui l'*actio ex stipulatu*, la cui *intentio* sarebbe stata concepita nei termini di un '*quidquid alterum alteri dare facere oportet*', avrebbe dedotto in giudizio e consumato l'intero rapporto sostanziale, e per evitare tale conseguenza l'attore sarebbe dovuto ricorrere ad una *praescriptio* ovvero ricorrere ad una *stipulatio* penale accessoria, suscettibile di essere perseguita dopo ogni singola violazione del rapporto principale; e in effetti, come si è visto, doveva essere quest'ultima l'ipotesi normale: ma il discorso è appunto relativo ad una *stipulatio in faciendo*, e non invece, come doveva in realtà accadere, ad una *stipulatio poenae*, ossia *in dando*). In ogni caso, anche se si volesse ritenere che l'esperimento dell'*actio ex stipulatu* e la conseguente comminazione della *poena* consumassero anche in questo caso l'intero rapporto (come fa chi, pensando non alla *stipulatio poenae* ma ad una *stipulatio incerti*), è da tenere presente come la violazione dell'obbligo di non ostacolare l'esercizio della servitù, oltre che a tale conseguenza risarcitoria, avrebbe comunque condotto altresì all'esperimento dell'interdetto, volto appunto a rimuovere tale impedimento all'*usus servitutis*: contesto in cui, in sede di condanna, sarebbe stata normalmente la prestazione di una nuova *cautio* del tipo '*de amplius non turbando*', cosicché in ogni caso il titolare del rapporto di servitù sarebbe stato in ogni caso sempre tutelato contro gli impedimenti relativi all'esercizio di questa (cfr. in ogni caso *supra*, nt. 341).

analoga della servitù costituita *'quoad viveret'*, sarebbe alquanto arduo ritenere che tale riferimento, dall'evidente funzione esplicativa ed anzi tale da fungere da pressoché definitiva riprova argomentativa (*'... nam et ...'*), prendesse in realtà in considerazione un'ipotesi alquanto rara e marginale come quella di chi, non potendo per ragioni contingenti avvalersi della normale protezione prevista per tale fattispecie, ossia dell'interdetto, ricorresse in maniera per così dire residuale alla tutela offerta, su di un piano personale e in relazione al solo risarcimento dei danni, dalla *stipulatio* costitutiva del diritto. In effetti, se Giuliano afferma *'nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur'*, l'assolutezza di tale affermazione – *'nam ... exceptione submovebitur'* – risulta implicare che la tutela offerta dalla *exceptio* bloccasse in ogni caso la pretesa dello stipulante, e non soltanto in taluni casi pressoché eccezionali.

Ma forse si può procedere oltre, e ritenere che qui Giuliano non pensasse propriamente al caso di chi, sconfitto nell'interdetto, agisse con l'*actio ex stipulatu* per ottenere almeno il risarcimento del danno o la corresponsione della *poena*, ma guardasse a tale fattispecie in termini più generali, richiamando, a proposito delle stipulazioni *'decem, quoad vivam, dari spondes?'* e *'usque in kalendas dari stipulatur'*, la circostanza che anche nelle servitù costituite *'quoad viveret'* la pretesa di continuare ad esercitare tale diritto dopo la morte del costituente era in ogni caso paralizzata da tale *exceptio* sia per quanto riguarda l'interdetto che l'*actio ex stipulatu*, considerando cioè non tanto le contingenti esplicazioni processuali di tale regola, quanto piuttosto al fenomeno sostanziale in sé considerato, ossia al fatto che l'eccezione fondata su tale patto bloccava in ogni caso la pretesa dello stipulante, e quindi altresì nella *stipulatio* presa in esame dal passo; ed in effetti, se si tiene presente come il passo richiami il caso della servitù costituita *'quoad viveret'* non in una prospettiva casistica bensì a titolo esemplificativo, sembra che questa sia senz'altro da ritenere l'ipotesi più probabile.

In ogni caso, tornando all'argomento che interessa queste pagine, dal dettato di D. 45.1.56.4 sembra potersi ricavare che la difesa *de iure* della servitù costituita tramite *stipulatio* era essenzialmente costituita dall'*actio in personam* relativa a tale contratto, senza che in tale ipotesi entrassero memomamente in questione le varie azioni utili che i *Digesta* giustiniani tramandano in relazione alle servitù costituite *«tutione praetoris»*: infatti, a ben vedere, la fattispecie qui presa in esame corrisponde ad una ipotesi – la sussistenza o meno della servitù – che sul piano dello *ius civile* sarebbe stata ovviamente oggetto, dopo l'esperimento dell'interdetto, della normale *actio de iure*, ossia, secondo i casi, della *vindicatio servitutis* o della *negatoria*, in cui sarebbe stata appunto considerata la questione del perdurare o meno della servitù; qui invece Giuliano non solo si riferisce all'*actio ex stipulatu*, in cui la questione della costituzione a termine del diritto veniva risolta in base all'*exceptio pacti conventi*, ma soprattutto presenta in maniera implicita ma del tutto scontata questa soluzione come di generale applicazione e senza alternative: se infatti, dopo la procedura interdittale, cui per prima cosa sarebbe ricorso il titolare per mantenere inalterato lo stato di fatto esistente che lo vedeva nel perdurare esercizio della servitù, fosse stato possibile ricorrere ad una azione di qualsiasi tipo diversa da quella *ex stipulatu*, non importa ora se di carattere reale o meno, direttamente relativa alla servitù in sé considerata e quindi al suo accertamento, non avrebbe avuto senso porre il problema della estinzione di questa per lo scadere del termine nell'ambito dell'*actio ex stipulatu*, né l'esempio, così posto, avrebbe avuto alcun effettivo valore argomentativo in ordine ai casi della *stipulatio* di *'decem dari'* sottoposta alla condizione *'quoad vivam'* o *'usque in kalendas'*.

Se quindi sembra pianamente attestato anche per tal verso che sino all'epoca di Giuliano la tutela delle servitù cosiddette pretorie fosse senz'altro attuata attraverso la procedura interdittale e l'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio*, senza che sussistessero altre azioni, si potrebbe tuttavia pensare che questo risultato, pur in sé notevole, lasci in ogni caso impregiudicata la possibilità che, in età tardoclassica, si sia nondimeno giunti, come sostiene la dottrina qui avversata, a «completare» tale protezione processuale attraverso azioni del tipo di quelle adombrate in D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23 (*actio utilis*) ovvero in D. 6.2.11.1 (*Publiciana*). Ma non sembra che, altresì sotto tale aspetto, quanto ricavabile da D. 45.1.56.4 sia tanto trascurabile anche per quanto riguarda le età successive a Giuliano.

Infatti, al di là delle parallele riprove di una analoga impostazione, fondata sul binomio *actio ex stipulatu* ed *interdictum*, che anche per Ulpiano si sono viste rinvenibili in D. 43.19.1.9 in relazione alla *restitutio in integrum*, è da notare come in realtà la dottrina qui avversata faccia sovente risalire implicitamente anche azioni come quella analoga alla *Publiciana* prevista per servitù ed usufrutto da D. 6.2.11.1 all'editto del pretore³⁷¹: impostazione che, anche senza volere qui addentrarsi sulle discussioni che circondano la questione della cosiddetta codificazione dell'editto da parte di Giuliano³⁷² e quindi sulla difficile coordinabilità che per tal verso si riscontra tra le dominanti posizioni in materia e la concessione edittale di simili nuove azioni circa le servitù costituite '*pactionibus et stipulationibus*', appare in ogni caso destare non poche perplessità in relazione al fatto che tale dottrina – pur professando, quando ne deve difendere *ex professo* la classicità, il carattere epiclassico di simili rimedi al fine di rendere più facilmente accettabile la pretesa genuinità di fondo di testi che si presentano di per sé alquanto corrotti e dubbi – ha nondimeno di simili rimedi una percezione temporale per così dire istintivamente alquanto più antedatata in riferimento all'arco storico del diritto romano, e, pur difendendo i passi in questione da una trincea collocabile nel terzo secolo, da un punto di vista sistematico, specie nel presupporre interventi edittali in materia, riferisce in sostanza le conclusioni deducibili da essi ad età ben più risalenti (e per tal verso il testo di Giuliano riportato in D. 45.1.56.4 tende senza appello a smentire pianamente tale impostazione dottrinale proprio in riferimento a tale giurista adrianeo, pur da essa sovente invocato, come si è visto, altresì in vista delle soluzioni più aperte che taluni testi gli attribuiscono circa le questioni di legittimazione attiva e passiva a svariate azioni formulari).

Ma soprattutto, se si confrontano con quello di Giuliano testi più recenti sempre relativi, come D. 45.1.56.4, al termine finale relativo alla costituzione della servitù, non sembra che da un punto di vista processuale la situazione sia sostanzialmente mutata, e che nella trattazione di tale tema si dia spazio alcuno a nuove azioni utili introdotte a tutela delle servitù costituite «*tuitioe praetoris*», come in particolare mostra un testo di epoca severiana di non molto precedente l'età di Ulpiano:

D. 8.1.4.pr. (Pap. 7 *quaest.*): *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub conditione neque ad certam condicionem (verbi gratia 'quamdiu volam') constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere*³⁷³.

³⁷¹ Si veda ad esempio GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 281: analogamente MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 61 ss., riporta tale azione ai mezzi di tutela genericamente indicati da Giuliano in D. 8.5.16 (cfr. *supra*, § 7 e nt. 197).

³⁷² Non è ovviamente qui il caso di entrare nella notissima disputa che su tale argomento contrappone alla dottrina più diffusa Antonio Guarino (cfr. di recente *L'Editto in casa Cupiello*, in «Labeo», XXXVI, 1990, p. 50 ss.: si veda, per una sommaria descrizione dello stato degli studi in argomento, STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit. [nt. 34], p. 72 nt. 5).

³⁷³ RICCOBONO, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù*, cit. [nt. 81], p. 334 ss., che come si è visto prende proprio da tale passo le mosse per la sua ricostruzione della vicenda delle cd. servitù pretorie, ritiene che Giuliano, riconoscendo *iure honorario* le servitù costituite *ad tempus*, avrebbe aperto la via alla tutela pretoria degli *iura in re aliena* costituiti *pactionibus et stipulationibus* (cfr. *supra*, nt. 81) e supera la contraddizione sia interna al passo sia tra questo e D. 50.17.77 ('Pap. 28 *quaest.*: '*actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem ...*') appunto in vista della totale contrapposizione postulata in tale ambito tra diritto civile e *ius honorarium*, ritenendo in particolare compilatorie, in D. 8.1.4.pr., le parole '*ipso quidem iure*', che tendono a invertire il contenuto della decisione, dato che Papiniano non avrebbe detto '*constitui non possunt*', ma intendeva sottolineare la differenza che per tal verso si riscontrava tra *ius civile* e *ius praetorium* (p. 337), riferendosi l'*exceptio* in questione appunto a servitù costituite su fondi provinciali (p. 342), mentre a suo avviso il riferimento a Sabino e a Cassio dimostrerebbe come verosimilmente Papiniano compisse qui un *excursus* storico ricollegandosi in particolare alla innovazione di Giuliano (p. 343). In tale prospettiva, rifacendosi in particolare a Gai., *inst.* 2.31 e a D. 45.1.56.4, Iul. 52 *dig.* (cfr. *supra*, rispettivamente al § 3 e all'inizio di questo paragrafo), egli ricostruisce il generale andamento classico di D. 8.1.4.pr. e di D. 50.17.77 e la forma che il testo – a suo avviso unitario – doveva avere nelle *quaestiones* di Papiniano secondo questo schema (p. 345):

<p>fr. 4 [<i>Servitutes ipso quidem iure</i>] neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia quamdiu volam) constitui possunt sed [<i>tamen si haec</i>] adiciantur, pacti vel per doli exceptionem oc- curreret contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.</p>	<p>PAPIN. Mancipatione vel in iure cessione iura praediorum quia in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem, [77 D. R. J] In provinciis ..., [Gaio, III, 31] [cfr. Julian. 56 § 4 D. XLV, 1]</p>
--	---

Si noti tra l'altro come il *principium* di D. 8.1.4, occupandosi di *dies* e *condictio*, sembri sotto vari aspetti ricollegarsi ai §§ 1-2 del passo, che trattano dei *modi servitutis* e degli *intervalla dierum et horarum* (sulla relatività di tale nesso, in cui evidentemente il termine '*modus*' assume accezioni alquanto diverse, si vedano in ogni caso – in riferimento a CURSI, *Modus servitutis*, cit. [nt. 75] p. 3 ss. e 322 ss. – la recensione di G. FRANCIOSI, in «SDHI.», LXVII, 2001, p. 556, e ZUCCOTTI, *Ancora sui «modi servitutis»*, cit. [nt. 124], p. 2 ss. [estr.]). Sul passo – per la dottrina più antica cfr. anche VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung*, cit. [nt. 8], p. 185, e BRUGI, nt. e a GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], VIII, cit. [nt. 9], p. 67 ss. – si vedano quindi K.A. VON WÄNGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, Marburg - Leipzig, 1865-1867⁷, I, p. 711 s., DI MARZO, *Postille critiche ed esegetiche*, cit. [nt. 345], p. 530 s. (che come farà poi Salvatore Riccobono giudica interpolate le parole '*ipso quidem iure*'), BESELER, *Miszellen*, cit. [nt. 345], p. 358, FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit. [nt. 8], p. 375 e nt. 5 (che, in vista della impossibilità di costituire la servitù *ad tempus* – cfr. D. 8.2.28, Paul 15 *ad Sab.*: '*... omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent ...*' –, reputa «malamente interpolate» le parole '*sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti*'), S. PEROZZI, *Perpetua causa nelle servitù prediali romane*, cit. [nt. 76], p. 136 ss., e *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 760 s. e nt. 2, e II, p. 373 e nt. 2 (che, considerando il passo in una particolare prospettiva e distinguendo d'altra parte tra durevolezza della servitù e sua «perpetuità» – aspetti a suo avviso tra loro per nulla coincidenti –, riferisce in ogni caso il testo a modi particolari di costituzione come il legato *per vindicationem*, che avrebbe tollerato tali elementi accidentali, ma, contro Salvatore Riccobono, esclude ogni riferimento alle servitù pretorie, ritenendo d'altra parte interpolata l'*exceptio pacti*: cfr. *op. ult. cit.*, I, p. 167 s. e nt. 1), CIAPESSONI, *Servitus personae et usus personae*, cit. [nt. 75], p. 937 ss. (che si richiama in linea di massima a Salvatore Riccobono), G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 284 s. (che, nonostante «le acute congetture» di Salvatore Riccobono e di Biondo Biondi, ritiene la parte centrale del passo «da ascrivere indubitabilmente a opera dei compilatori»), RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, cit. [nt. 87], p. 11 s., PERNICE, *Parerga*, III, cit. [nt. 193], p. 197 nt. 2, P. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del «contractus»* (1907), in *Scritti giuridici*, III, cit. [nt. 266], p. 109 nt. 2, e *Istituzioni*, cit. [nt. 56], p. 271 s. e nt. 8 (che ritiene il testo interpolato sempre in quanto classicamente le servitù non potevano essere che perpetue), DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini*, cit. [nt. 1], p. 65 (che richiama D. 8.1.4.pr. a proposito di D. 7.1.4, Paul 2 *ad ed.* – '*usus fructus in multis casibus pars domini est, et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest*' –, rifiutandone la parte che ammette la costituzione di servitù *ad tempus* o *sub condicione* e la relativa tutela in via di *exceptio*), P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Paris, 1947, p. 515 s. (che sottolinea la stranezza dell'espressione '*pacti vel per doli exceptionem*'), SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit. [nt. 56], p. 73 ss. (che, come per D. 45.1.56.1, sostiene che il testo classico parlasse qui di *in iure cessio*: cfr. *supra*, nt. 345), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 188 s. (che seguendo Salvatore Riccobono riferisce anche la seconda parte del passo, in cui si ammette la rilevanza di tali elementi, non alle servitù *iure civili* bensì a quelle costituite «*iure praetorio*», e tra l'altro rileva la stranezza del fatto che, come unico esempio di clausola risolutiva, il testo porti la fattispecie '*quamdiu volam*'), GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante «conversione»*, cit. [nt. 345], p. 213 ss. e 333 ss. (cfr. la ricordata [nt. 345] recensione di GANDOLFI, p. 427, e CORNIOLEY, *La conversion des actes nuls en droit romain: réalité ou fiction?*, cit. [nt. 345], p. 87 e 94), GROSSO, *Servitù ad tempus e concezione economica liberistica della proprietà*, cit. [nt. 345], p. 714 s., e *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 116 ss. (che pur non rifiutando del tutto l'opinione secondo cui la seconda parte del passo sia da riferire alle servitù pretorie e non a quelle sorte *iure civili*, preferisce in ogni caso pensare che la spiegazione della contraddizione presentata dal testo vada ricercata in una evoluzione storica e in prospettive diverse seguite dai vari giuristi: cfr. R. VILLERS, *Monde Romain. Droit privé. Droit des obligations*, in «RHD.», XLIX, 1971, p. 525), CHIAZZESE, *Confronti testuali*, cit. [nt. 82], p. 550 nt. 1 (che contro la tendenza a svalutare l'attività pretoria difende la classicità dell'*exceptio doli*), H.J. LEGIER, *Tacita condicio*, in «RHD.», XLIV, 1966, p. 24 nt. 125 (che stranamente ritiene che Salvatore Riccobono ritenesse *tout court* interpolato il finale di D. 8.1.4.pr.), R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in «ZSS.», XCVII, 1967, p. 156 nt. 104 (secondo cui sarebbero i giuristi più tardi ad affiancare l'*exceptio doli* all'*exceptio pacti*), GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali*, cit. [nt. 345], p. 303 e nt. 209, F. MILONE, *La exceptio doli (generalis)*, *Studio di diritto romano*, Napoli, 1882, p. 115, A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum*, I, cit. [nt. 191], p. 227 ss. e nt. 39 e 76a e p. 253 e nt. 149, CAPOGROSSI, *La struttura della proprietà*, cit. [nt. 64], II, p. 140 s. (che sembra non cogliere i problemi sottesi al passo, riguardante appunto la possibilità di un termine finale o di una condizione estintiva del diritto di servitù in quanto tale, confondendola con la diversa questione dell'esercizio della servitù, per tal verso costituibile in relazione al solo periodo estivo ovvero o a *intermissiones temporis* – *intervalla dierum et horarum* –, e ritenendo che il principio enunciato in D. 8.1.4.pr. – '*neque ad tempus*', ma senza accorgersi del successivo '*neque sub condicione*' – ostasse alla introduzione di tali *modi* – cfr. *La struttura*, cit., II, p. 141 nt. 59 e il rinvio a *Ricerche sulla*

Il testo può essere interpretato, secondo alcuni autori, riferendolo nella sua interezza alle servitù costituite *iure civili* (e quindi, implicitamente, anche a quelle sorte «*iure praetorio*»), ritenendo che la seconda parte di esso, in cui si parla della pattuizione di un termine o di una condizione, non sia in contraddizione con la prima, ove si afferma *tout court* che la servitù non può essere costituita né sotto condizione né a termine: e questo in quanto, pur vigendo tale principio generale, si sarebbe comunque arrivati – almeno a partire da una certa epoca e forse soltanto da parte di alcuni giuristi – a tutelare in via di eccezione, in entrambe le ipotesi, tale *pactum*³⁷⁴. Secondo altra parte della dottrina, invece, il passo si sarebbe riferito, nel suo tenore classico, nella prima parte alle servitù costituite *iure civili*, nella seconda a quelle sorte '*pactionibus et stipulationis*', cosicché esclusivamente per queste ultime sarebbe stato possibile far valere il patto relativo a tali elementi accidentali grazie all'*exceptio* (non interessa qui se *pacti* ovvero *doli*) accordata dal pretore³⁷⁵.

Quest'ultima ipotesi, in effetti, parrebbe risultare preferibile, sia in quanto si accorda con quanto desumibile da Giuliano (che in D. 45.1.56.4 appare considerare a tali effetti, nel riferimento

struttura delle servitù d'acqua cit. [nt. 57], p. 141 ss. –, per cui, con Sabino, tale regola sarebbe stata superata per esigenze di carattere pratico con l'ammissione di tali *intervalla*, cui curiosamente viene parificato il '*tempus*', inteso invece dal passo nel senso di «termine»: dell'equivoco non si accorge del resto neppure la ricordata [nt. 167] recensione di BURDESE, p. 387), TALAMANCA, '*Conventio*' e '*stipulatio*' nel sistema dei contratti romani, cit. [nt. 345], p. 240 s. (per la ricordata derivazione della soluzione dell'*exceptio pacti* da Giuliano: cfr. *supra*, nt. 345), e *Per la storia della giurisprudenza romana*, cit. [nt. 1], p. 217 nt. 32 (ove Mario Talamanca contesta l'idea secondo cui il passo, al pari di altri testi papiniani, conterrebbe «enunciazioni generali e astratte», come invece a suo giudizio ritiene V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione e innovazione*, in «ANRW.», II.15, cit. [nt. 72], p. 648 e nt. 68: ma le affermazioni dell'autore in tale direzione parrebbero alquanto più blande di quanto vorrebbe la critica del recensore), AMELOTTI, *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, cit. [nt. 345], p. 475 ss. (che segue anche qui Salvatore Riccobono e la dottrina tenedente a salvare la classicità sostanziale del passo: cfr. *supra*, nt. 345), MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, cit. [nt. 164], p. 85 s. (cfr. la recensione di R. BACKHAUS, in «ZSS.», CXIII, 1983, p. 618 e nt. 22), KASER, '*Ius honorarium*' und '*Ius civile*', cit. [nt. 1], p. 105 nt. 483, G. MAC CORMACK, *Dolus in the Law of the Early Classical Period (Labeo-Celsus)*, in «SDHI.», LII, 1986, p. 254 s. e 262 (sulla costruzione dell'*exceptio doli* in Sabino e Cassio), ANKUM, VANGESSEL-DE ROO, POOL, *Die Verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse*, cit. [nt. 87], p. 272 e nt. 127, VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit. [nt. 345], p. 204 e nt. 2 e p. 208 ss. (secondo cui alla servitù *iure civili* costituita validamente come perpetua poteva essere aggiunto un patto che sarebbe stato tutelato dal pretore, tra i contraenti, con l'*exceptio pacti*, e anche nei confronti dei terzi con l'*exceptio doli*: cfr. la recensione di G. GROSSO [1967], in *Scritti storico giuridici*, cit. [nt. 8], IV, p. 635), e *Per la storia della novazione*, cit. [nt. 101], p. 160 nt. 36, e CAIAZZO, *In tema di servitù «ad tempus»*, cit. [nt. 345], p. 333 ss. e in particolare p. 336 s., la quale, rifacendosi tra l'altro ad alcuni spunti di Giuseppe Grosso, conclude che il testo, sia pur in seguito epitomato, mostrerebbe come sia stato Papiniano a prevedere la diversità di regime tra *Ius civile*, in cui la previsione di un termine finale è nulla, e lo *Ius praetorium*, in cui sarebbe concessa a difesa di tale clausola un'*exceptio*, in un superamento della regola civilistica della inapplicabilità di termini accidentali che sarebbe stata altresì caratterizzata da *dissensiones* tra i *prudentes*. Cfr. altresì LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 70 e, in riferimento alla Glossa, p. 150 s. 152 e 158, nonché CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 341 ss., che non tenendo conto della possibilità di riferire la seconda parte di D. 8.1.4.pr. alle servitù cosiddette pretorie esamina il passo soltanto in riferimento allo *Ius civile*, concludendo quindi che sul piano meramente obbligatorio il ricorso a tali eccezioni è cosa pressoché ovvia.

³⁷⁴ Si veda in tal senso soprattutto GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 116 ss.

³⁷⁵ Contro la posizione di Siro Solazzi (*Requisiti*, cit. [nt. 56], p. 75 ss., che postula che la *in iure cessio*, a differenza degli *actus legitimi*, tollerasse un termine finale) e di coloro che lo seguono (cfr. *supra*, nt. 345, in riferimento a D. 45.1.56.4), si vedano BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 186 ss. (cfr. RICCOBONO, *Dies e condicio*, cit. [nt. 81], p. 338 ss.: si veda *supra*, nt. 81), e PROVERA, *Servitù prediali*, cit. [nt. 82], p. 36 nt. 39. Nella letteratura più antica, che non appare essere riuscita ad avere ragione dell'aporia presentata dal passo – cfr in particolare gloss. '*servitutes ipso quidm iure. Casus*' a D. 8.1.4 (*op. cit.* [nt. 17], I, p. 637), secondo cui l'apposizione di termini e condizioni sarebbe nulla per il *rigor iuris*, ma valida *ex equitate* –, si vedano ad esempio le peculiari posizioni di ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit. [nt. 8], p. 176 ss., secondo cui termini e condizioni sarebbero state validamente apponibili alla *mancipatio* ed alla *in iure cessio*, ma sarebbero in ogni caso risultate inutili, e di H.J. ROBY, *De Usufructu: Iustiniani Digestorum lib. VII tit. I, Edited with a Legal and Philological Commentary*, Cambridge, 1886, rist. London, s.d., p. 196, secondo cui sarebbe stato Sabino ad ammettere le servitù *ad tempus*. Cfr. altresì J. CUJAS, *Recitationes Solemnnes in libros XXXVI Digestorum*, in I. VIII, ad D. 8.1.4, *principium* (in *Opera*, cit. [nt. 17], IV, c. 285): «*Servitutes ipso jure, id est, civili et mero jure, non recipiunt diem vel conditionem: nam jure praetorio recte servitutibus adjicitur dies: quod non potest fieri jure civili, fit per praetorem aequitatis magistrum*»; cfr. anche *Commentaria in libros Quaestionum Aemilii Papiniani, in I. VII, ad I. IV de servitutibus* (in *Opera*, cit., V, c. 362 ss.).

all'*actio ex stipulatu*, le sole servitù pretorie), sia in quanto sembra difficile ritenere che Paolo, in presenza di un'ammissione della rilevanza di simili patti in ipotesi anche per le servitù costituite *iure civili* recata per di più dal suo maestro Papiniano, potesse negare nella maniera più recisa e come cosa in sé assurda la costituzione *ad tempus* delle servitù³⁷⁶. D'altra parte, in D. 8.1.4.pr., le parole '*occurreretur contra placita servitutem vindicanti*'³⁷⁷ sembrano recare innegabilmente vari sospetti di una interpolazione (peraltro forse solo riassuntiva) che ha reso l'argomentazione di Papiniano piuttosto oscura specie per quanto riguarda il rapporto tra la prima e la seconda parte del passo: in particolare, il ricorso al termine '*placitum*' è relativamente raro nel lessico giuridico classico, e anche senza essere solo per questo da ritenere interpolato appare in ogni caso appartenere ad un linguaggio per così dire curiale proprio dello stile delle costituzioni imperiali³⁷⁸ (dove tra l'altro si riscontra sovente il ricorso ad esso anche per quanto riguarda proprio la tutela del patto in via di eccezione)³⁷⁹; per tal verso, in un contesto che sembra riflettere lo stile burocratico della cancellaria imperiale³⁸⁰, anche il ricorso al segno '*vindicare*' non sembra qui immune da sospetti, e qui esso parrebbe in effetti, più che rimandare ad un uso tecnico e riferirsi quindi alla confessoria, riflettere un uso generico (prossimo ad «agire in giudizio») ed improprio di tale verbo (non molto distante dall'odierna lata accezione comune e non giuridica di «rivendicare»), che diventerà preponderante nella legislazione imperiale postclassica e giustiniana, ma che risulta sotto vari aspetti cominciare ad essere già presente già nella normazione di età severiana³⁸¹.

³⁷⁶ Si veda D. 8.2.28 (Paul 15 *ad Sab.*), su cui *supra*, nt. 373, nonché ad esempio, D. 43.22.1.4 (Ulp. 70 *ad ed.*): sul principio della '*perpetua causa*' richiesta per le servitù prediali ed i problemi connessi (cfr. *supra*, nt. 358) e su come tale regola di massima, nonostante le corruzioni riscontrabili nei vari testi, appaia in ogni caso riflettere prospettive classiche, si veda per tutti GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 3], p. 112 ss., 116 ss., 121 ss. e 124 ss.

³⁷⁷ Sul riferimento '*pacti vel per doli exceptionem*' ed i dubbi circa la sua classicità, quantomeno formale, si veda *supra*, nt. 373.

³⁷⁸ Stando al ricordato [nt. 62] CD.ROM. «BIA.», sono solo undici i casi in cui il termine '*placitum*' (cfr. HEUMANN, SECKEL, *Handlexicon*, cit. [nt. 96], s.v. '*placere*', p. 432) viene usato dai *prudentes*, e tutti risalenti all'epoca severiana o al periodo successivo: esso compare quattro volte in Papiniano (D. 17.1.7, 3 *resp.*; D. 23.4.26.4, 4 *resp.*; D. 46.3.96.2, 11 *resp.*; D. 8.1.4.pr., 7 *quaest.*), due in Ulpiano (D. 2.14.1.2, 4 *ad ed.* e D. 10.2.20.3, 19 *ad ed.*, ove è citato Papiniano), una in Modestino (D. 22.1.41.2, 3 *resp.*) e quattro in Ermogeniano (D. 2.15.16 e D. 5.1.53, 1 *iur. epit.*; D. 2.14.45 e D. 21.2.74.pr., 2 *iur. epit.*). Tale termine compare invece ben centoundici volte (su un totale di quindi centoventidue casi, cui peraltro sono da sottrarre le duplicazioni tra i due Codici) nella successiva normazione imperiale e nelle compilazioni postclassiche di *iura*, per lo più nella medesima accezione relativamente tecnica ma talora con significati più lati se non traslati (ad esempio, '*Dei placitum*'): sulla corrispondenza postclassica di '*placitum*' a '*pactio*', cfr. tra l'altro E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 96 e nt. 451.

³⁷⁹ Oltre a D. 8.1.4.pr., nonché ai ricordati D. 2.15.16 (Herm.), D. 46.3.96.2 e D. 23.4.26.4 (Pap.), cfr. C.I. 2.3.21 (a. 293), C.I. 2.4.17 (a. 293), C.I. 4.30.9 (a. 293), C.I. 2.4.28.1 (a. 294) e C.I. 2.4.36 (a. 294): si vedano tra l'altro, in generale, PALERMO, *Studi sulla exceptio nel diritto romano classico*, cit. [nt. 24], p. 131 ss., 133 s. e 147 ss., A. BURDESE, '*Exceptio doli (diritto romano)*', in «NNDI.», VI, Torino, 1960, p. 1074, A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum. I*, cit. [nt. 191], p. 220 ss., *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht. II*, in «ZSS.», XCI, 1974, p. 251 ss., e *La «exceptio doli» en el derecho romano clásico y la «Verwirkung» en el derecho alemán moderno*, in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 977 ss.

³⁸⁰ Sullo stile burocratico della cancellaria imperiale si vedano in breve SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit. [nt. 24], p. 474 ss. e BRETONE, *Storia del diritto romano*, cit. [nt. 330], specie p. 363 s. (cfr. in generale E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in «Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana del Diritto. Venezia, 18-22 settembre 1967», Firenze 1971, p. 842 ss.).

³⁸¹ Da una pur veloce lettura dei 1235 casi (esattamente 1239, ma da cui sono quantomeno da togliere le quattro costituzioni di cui *Vindicianus* è il destinatario nonché le duplicazioni tra i due Codici) in cui, stando al ricordato [nt. 62] CD.ROM. «BIA.», compare la radice «*vindic*», si ricava che nelle fonti classiche non sembrano esservi vistosi casi di uso improprio del verbo '*vindico*' oltre al ricordato (cfr. *supra*, § 11 e nt. 278) D. 43.20.1.25 ('*nam et si servitus coepit adversus quemvis posse vindicari*): si veda tuttavia D. 43.27.1.5 (Ulp. 71 *ad ed.*: '*Praeterea probandum est, si arbor communibus aedibus impendeat, singulos dominos habere hoc interdictum et quidem in solidum, quia et servitutium vindicationem singuli habeant*'): dove ancora una volta il finale, come spesso avviene, sembra frutto di un intervento generalizzatore giustiniano, dato che non è agevole comprendere a quale *actio de servitute* possa essere preparatorio l'*interdictum de arboribus caedendis*: si veda per taluni aspetti RODGER, *Actio Confessoria and Actio Negatoria*, cit. [nt. 9], p. 191 e 194 nt. 33, che a proposito dell'uso della locuzione '*servitutium vindicationem ... habere*' richiama D. 8.5.6.pr. [Ulp. 17 *ad ed.*], D. 39.1.1.20 [Ulp. 52 *ad ed.*] e D. 39.1.9 [Gai. *ad ed. urb. tit. de op. nov. nunt.*]; cfr. in ogni caso PALMA, *Iura vicinitatis*,

cit. [nt. 74], p. 78 ss., KOUWENBERG, *Servitude et copropriété*, cit. [nt. 53], p. 292, e WIELING, *Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht*, cit. [nt. 41], p. 322 e nt. 134; sulla confessoria di una servitù a vantaggio o gravante un fondo in condominio si veda in generale J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, p. 471). Nelle fonti imperiali, e soprattutto in quelle postclassiche, si assiste com'è noto (cfr. in particolare BISCARDI, *Orientamenti e tendenze*, cit. [nt. 6], p. 317 ss., *La nuova proprietà*, cit. [nt. 6], p. 297 ss., e *Proprietà e possesso*, cit. [nt. 6], p. 115: si veda in generale *supra*, nt. 6) allo sviluppo di una nuova concezione, di segno più ampio, della (*rei*) *vindicatio* (su come la *reivindicatio* venga indicata in età tardoantica come '*vindicatio*' si veda in breve CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 170), che in effetti risulta accompagnato dal parallelo uso sempre più lato ed impreciso di tale verbo, in cui '*vindicatio*' e '*actio in rem*' finiscono con l'indicare qualsiasi azione volta alla restituzione della cosa, anche se di natura contrattuale (cfr. SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 173 s.): così, innanzitutto, se già nelle fonti classiche si usava il verbo in senso traslato in relazione a prerogative, facoltà, cariche (cfr. Pomp. D. 1.2.2.16, Pap. D. 50.7.8, Paul. D. 48.19.43.1, Ulp. 1.16.7.pr., D. 1.18.6.6 e D. 37.13.1.pr., Call. D. 50.1.37.pr.), ovvero in relazione alla tutela e alla relativa *excusatio* (Ulp. D. 27.8.1.10 e D. 50.5.1.pr.), tale impiego di '*vindicare*' diviene pressoché preponderante nelle fonti postclassiche e giustiniane, dove anzi gli usi traslati ed atecnici del verbo si moltiplicano, ed esso viene riferito anche a cariche, funzioni, onori, dignità, *privilegia*, *obsequia*; in secondo luogo, se i *prudentes* parlano sovente, in relazione alla *vindicatio caducorum*, di '*fisco vindicari*' (così come di '*rei publicae causa vindicare*' e di '*in publicum vindicare*'), nelle fonti imperiali ed in generale successive si assiste, oltre che al continuo ritornare della locuzione '*viribus fisci vindicare*', all'uso di tale verbo in relazione a qualsivoglia pubblicazione ('*in usum publicum vindicare*') e soprattutto confisca di un bene (anche se a favore non dello Stato ma della Chiesa), tanto che si arriva ad usarlo (C.Th. 16.7.3) anche in relazione alla *testandi licentia* tolta agli apostati; parallelamente, se il riferimento alla *vindicatio in libertatem* si amplia, specie in relazione alla possibilità del servo di ricorrere *extra ordinem* per far valere la *libertas fideicommissaria* ed all'acquisto della libertà per usucapione, in un '*vindicare libertatem*' dalle implicazioni alquanto meno tecnicistiche, anche il concetto classico di '*vindicare hereditatem*' (o i relativi '*bona*'), si dilata in impieghi ove tale verbo viene riferito, in maniera sempre più approssimativa, ai '*lucra*' e alla '*substantia*' dell'eredità, e quindi, direttamente, alla *successio* in quanto tale o ai '*successionis iura*' ('*successionem vindicare*'). In tale contesto, sembra qui sufficiente richiamare cursoriamente alcuni degli esempi più vistosi in cui '*vindicare*' viene usato in contesti impropri o comunque lontani dal tecnicismo classico: *Coll.* 8.4.1 (a. 234): '*... in rem vindicatio competit ...*'; C.I. 3.32.8 (a. 246): '*... praeses provinciae utilem vindicationem ... non negabit ...*'; C.I. 5.17.8.4b-5 (a. 449): '*... lucro habere aut legibus vindicare ... sibi habere seu vindicare ...*'; C.I. 6.17.1 (a. 293): '*... vindicat possideri ...*'; C.I. 8.54.[55].5 (a. 294): '*... firmiter habere vel vindicare ...*'; C.I. 2.53.5 (a. 294): '*... exemplo utilis actionis ... vindicare non prohiberis ...*'; C.I. 3.31.7.1 (a. 294): '*... specialibus in rem actionibus vindicari ...*'; C.I. 7.35.6 (a. 294): '*... actione in rem directa vel qualibet alia dominium vindicando ...*'; C.Th. 11.39.12 (a. 239 [?]): '*... suas postulat actiones ... qui vindicare nititur ...*'; C.Th. 9.30.4 (a. 399): '*... usus animalium vindicatur ...*'; C.Th. 10.8.5 (a. 435): '*... iure possidere vel vindicare ...*'; C.I. 10.10.5.1 (a. 435): '*... possidere vel vindicare ...*'; C.I. 1.3.31.pr. (a. 472): '*... defendere ac vindicare ...*'; C.I. 1.3.33 (a. 472): '*... tamquam bona propria vindicent ...*'; C.I. 12.16.5.pr. (a. 497): '*... vindicare vel auferre ...*'; C.I. 7.39.8.pr. (a. 528): '*... posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus ...*'; C.I. 1.4.24 (a. 529): '*... in suum dominium vindicare ...*'; C.I. 6.43.1.1 (a. 529): '*... vindicare in rem actionem instituenda ...*'; C.I. 7.33.12.3a (a. 530): '*... ius vindicationis ...*'; si vedano altresì *interp.* a *Paul. sent.* 5.2.1 ('*... animo vero ea possidemus, quae in longinquo posita sunt et in nostro iure consistunt et ea proprietati nostrae possessionem vindicare*') e C.I. 4.27.1.1. (a. 290): '*si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio adquisita est. servis autem res traditae dominis adquiruntur*'. A tutto questo si aggiunga il fatto che con il termine '*possessio*' si indica in quanto tale la *res*, giustapponendo quindi '*possessio*' a '*vindicare*': C.I. 2.50.3 (a. 223): '*... possessionem vindicare ...*'; C.I. 8.13.9 (a. 239): '*... dominium eius possessionis ... vindica ...*'; C.Th. 14.15.4.1 (a. 398): '*... tamquam possessio privata ... vindicare ...*'; C.I. 10.19.8 (a. 468): '*... possessiones eorum publico vindicetur ...*'; C.Th. 4.21.1.pr. (a. 395): '*... possessio vindicasset ...*' (in particolare, per le affinità presentate con D. 8.5.10 anche in relazione all'uso del verbo '*docere*' – cfr. anche C.I. 3.34.7 – si veda C.I. 8.54[55].1.pr.-1, del 258 d.C.: '*Si doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta praerberet, vindicationem etiam hoc casu utilem eo. quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi. Nam conditio quidem hoc casu [id est in personam actio] iure procedit: verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt*'). Circa l'espressione '*cetera fisci viribus vindicentur*' in C.Th. 9.10.3 e il fenomeno per cui, in generale, l'*actio in rem* viene indicata, nell'attrazione costantiniana dell'interdetto restitutorio in ambito criminale, come '*negotium principale*' (ovvero '*principalis causa*' o '*quaestio*'), rispetto alla quale diviene accessoria ('*minor causa*') l'istanza possessoria, cfr. SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit., p. 89 ss. e 91 ss. Su tali fenomeni, si veda in generale soprattutto E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 210 ss. Per quanto il discorso porterebbe queste note troppo lontane, non sembra possibile evitare del tutto di ricordare il noto passo ulpiano (16 ad ed.) trasmesso ci in D. 6.1.9 ('*Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obicit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse*'), ove il giurista severiano supererebbe la regola classica secondo cui locatore e deponente disponevano esclusivamente dall'azione contrattuale, dato che la diversità della *causa petendi* precludeva loro la *reivindicatio*,

Pur non essendo certo tali dubbi di per sé conclusivi, la congettura di un uso generico del verbo 'vindicare' – e quindi di un lato rinvio della frase, in tal caso non genuina o comunque appartenente al linguaggio burocratico della cancelleria imperiale, a qualsivoglia mezzo giudiziario mirante a reclamare il rispetto della servitù, non esclusi quindi l'*actio ex stipulatu* e la tutela interdittale, nonché magari, in provvisoria ed estrema ipotesi, le eventuali *actiones utiles* prospettate da testi come D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23 o da D. 6.2.11.1 – appare acquistare maggiore spessore se si considera un ulteriore fattore, che sembra ancora una volta rendere poco verosimile che, dicendo '*pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti*', Papiniano (o comunque l'estensore dell'attuale versione del passo) potesse davvero intendere riferirsi alle servitù costituite *iure civili* e quindi alla normale *vindicatio servitutis*.

Se si considerano le servitù costituite '*pactionibus et stipulationibus*', infatti, il ruolo della *exceptio pacti* (ovvero *doli*) risulta sufficientemente chiaro, in quanto, trattandosi non di un diritto costituito attraverso un negozio reale, tale eccezione ha senza dubbio la capacità di paralizzare l'esercizio del diritto (e in primo luogo la sua tutelabilità in via interdittale) ed ogni altro effetto nascente da esso, come la *poena* stipulata per il suo mancato rispetto: una volta venuto meno il rapporto fondiario in virtù dell'elemento accidentale apposto al negozio, con tale eccezione, quindi, si paralizza la pretesa del titolare e per tal via la protezione stessa del diritto, ossia l'aspetto processuale in cui questo tende in ultima analisi a risolversi, e si pone sotto ogni aspetto fine a qualsiasi conseguenza del contratto attraverso cui esso è sorto. Ben diversamente, la servitù costituita *iure civili* ha una effettiva natura reale, e quindi, una volta sorta nei modi previsti, essa esiste come rapporto tra i fondi indipendentemente dalle effettive possibilità di tutela del suo titolare: cosicché, quand'anche il pretore paralizzasse con l'*exceptio* tanto l'interdetto quanto la *vindicatio*, essa non potrebbe considerarsi come del tutto venuta meno finché non fosse trascorso il tempo necessario alla sua estinzione per *non usus*.

Tutto questo potrebbe egualmente considerarsi magari soddisfacente, anche in quanto il titolare del fondo servente, accettando di tradurre la sua volontà, ad esempio consistente nel porre un termine finale alla servitù costituita *iure civili*, in un semplice *pactum*, non può alla fine che aspettarsi

concedendo loro appunto quest'ultima (cfr. CANNATA, *Corso*, cit., p. 417 ss.): il passo è stato perlopiù ritenuto interpolato (si veda, oltre a H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der reivindicatio*, Leipzig, 1907, p. 30 s. – cfr. ID., *Römisches Privatrecht*, cit. [nt. 216], p. 101 s. –, E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 228 ss. e nt. 137), ma più recentemente è stato difeso da Matteo Marrone (*La 'facultas restituendi' di D. 6.1.9 [Ulp. 16 ad edictum]: brevi note in tema di legittimazione passiva alla rivendica*, in «Studi G. Scaduto», III, Padova, 1970, p. 535 ss., e *Contributi in tema di legittimazione passiva alla «reivindicatio»*, in «Studi Scherillo», I, cit. [nt. 330], p. 341 ss. e specificamente p. 354 ss.), secondo cui Ulpiano avrebbe sostituito all'idea tenuta ferma da Pegaso, che faceva corrispondere la legittimazione passiva alla *reivindicatio* ai soggetti considerati agli effetti degli interdetti *retinendae possessionis*, una nuova via secondo cui tale azione era esperibile contro coloro che avessero una *facultas restituendi*, almeno qualora né altri terzi potessero derivare dalla restituzione un pregiudizio apprezzabile (cfr. G. PROVERA, *Indefensio e legittimazione passiva alla rei vindicatio*, in «Studi G. Grosso», VI, Torino, 1974, p. 207 ss.); anche se in ogni caso il passo appare meglio inserirsi in un contesto postclassico, se pur si ammette che sin dall'età dei Severi, nel superamento dell'*agere per formulas*, si sia giunti a tale più duttile impiego dei mezzi processuali (cfr. in tel senso SOLIDORO, *La tutela del possesso*, cit. [nt. 3], p. 204 ss.), rimane in ogni caso il fatto che tale apertura ulpiana si proietta naturalmente nelle sue coordinate sistematiche in una dimensione processuale postclassica ove, in particolare, se Ulpiano (75 *ad ed.*) poteva risultare riconoscere la possibilità di agire con la *reivindicatio* contro il *filius familias suo nomine*, contro la regola che gli negava il possesso (D. 44.2.11.8, su cui si veda M. MARRONE, *La rivendica contro i filii familias*, in «Studi Grosso», VI, cit., p. 175 ss.), si ammette ormai la rivendica del terzo contro il depositario che abbia pattuito con il deponente non proprietario la restituzione della cosa al terzo proprietario (C.I. 3.42.8.pr., Diocl. Max., a. 293), e Trifonino (9 *disp.*, D. 16.3.31.1) consente di esperire tale azione contro il depositario cui la cosa fosse stata consegnata da un deponente in mala fede ('*utrum latroni an mihi restituere Seius debeat?*): si veda in breve MARRONE, '*Rivendicazione*', cit. [nt. 295], p. 18, che da tale nuova impostazione trae alcune conseguenze in ordine al problema dell'*'unus casus'*: cfr. *supra*, nt. 265); in particolare, la regola della '*facultas restituendi*' verrà ripresa da Costantino (C.I. 3.19.2) nel quadro della nuova visione del possesso (cfr. *supra*, nt. 271), imponendo al convenuto, che in ipotesi non abbia tale facoltà in quanto detentore a nome di un terzo, di indicare immediatamente la persona da cui derivi la detenzione ('*debet statim in iudicio domino nominare*': cfr. MARRONE, *op. ult. cit.*, p. 27 s.). Sugli sviluppi altomedioevali di tale impostazione della *reivindicatio*, che dal lato attivo spetterà oltre che al proprietario all'enfiteuta, al superficiario nonché al conduttore *ad longum tempus* (dove, nei glossatori, la formula '*peto ratione domini vel quasi*'), si veda in breve A. SCIUMÈ, '*Rivendicazione (diritto intermedio)*' in «ED.», XLI, cit. [nt. 295], p. 29 ss.

una tutela di tale previsione alquanto limitata, conformemente alla clausola edittale che tutela i *pacta* soltanto in via di eccezione³⁸².

Tuttavia rimarrebbe egualmente aperto un non lieve problema, che sconvolgerebbe la strutturale corrispondenza che l'*ordo iudiciorum* postula tra la *vindicatio servitutis* e l'*actio negatoria*: se infatti l'esperienza della confessoria ha la conseguenza di paralizzare, per così dire, la servitù grazie alla *exceptio* in attesa della sua estinzione per *non usus*, e quindi risolve entro questi limiti ogni questione, qualora invece sia il titolare del fondo servente ad agire con la negatoria il problema risulta viceversa divenire senz'altro insolubile, cosicché (pur nella rarità di una simile ipotesi, che però in linea di

³⁸² Si veda D. 2.14.7.7 (Ulp. 4 ad ed.): '*Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*' (cfr. LENEL, *Das Edictum*, cit. [nt. 1], p. 64 s.). Sul passo e la complessa questione delle implicazioni della clausola pretoria, si vedano in generale VOIGT, *Das jus naturale*, cit. [nt. 330], III, p. 908 ss., S. CONDANARI-MICHLER, '*Pactum*', in PAULY, WISSOWA, *Real-Encyclopädie*, cit. [nt. 6], XVIII.2, Stuttgart, 1942, c. 2127 e specificamente c. 2131 ss., BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit. [nt. 82], p. 144 ss., F. MAYER MARTINEZ, *Los pactos. Su eficacia jurídica en el derecho romano*, Montevideo, 1958, p. 33 ss. e *passim*, A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958, p. 39 ss. e in particolare p. 44 s., G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, p. 171 ss., A. BURDESE, '*Patto (Diritto romano)*', in «NNDI.», XII, Torino, 1965, p. 709 s., *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in «SC.», V, 1993, p. 41 ss., *Ius consuetudine, pactum, ius e res*, cit. [nt. 91], p. 707 ss., e *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in «BIDR.», XCI, 1988, p. 193 (sulla risalenza della clausola di salvaguardia contro la *fraus legi*), DIOSDI, *Pacta nuda servabo?*, cit. [nt. 87], p. 89 ss., A. D'ORS, *Replicas Panormitanas III. «Conventiones» y «contractus»*, in «AHDE.», XLVI, 1976, p. 125 ss. e in particolare p. 128 s. (in riferimento a P. CERAMI, *D. 2. 14. 5 [Ulp. 4 ad ed.]. Congetture sulle «tres species conventionum»*, in «ANA.», LXXXV, 1974, p. 269 ss.), PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali*, cit. [nt. 330], p. 23 ss. (sul fatto che la clausola edittale menzioni soltanto *edicta* e *decreta*: cfr. la ricordata [nt. 330] recensione di ZIEGLER, p. 179), H. ANKUM, *Verbotsgesetze und Ius Publicum*, in «ZSS.», CX, 1980, specie p. 309 e 315, ARCHI, *Dal formalismo negoziale repubblicano*, cit. [nt. 330], p. 447 nt. 4 e p. 452 ss., e *Ait Praetor*, cit. [nt. 330], p. 481 ss., L. FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica*, Milano, 1983, p. 166 ss. (che, notando come nel testo non venga menzionata la frode all'editto, congettura che nel testo edittale delle origini si menzionassero anche gli *edicta magistratum*: cfr. le recensioni di A. CARCATERA, in «SDHI.», L, 1984, p. 528 nt. 8, e di C.A. CANNATA, in «T.», LIII, 1985, p. 170), KASER, '*Ius publicum*' und '*ius privatum*', cit. [nt. 199], p. 81 s. (cfr. in generale *Das römische Privatrecht*, cit. [nt. 1], II, p. 364 s.), TORRENT, *La «ordinatio edicti»*, cit. [nt. 330], p. 46 nt. 51 (su come anche in D. 2.14.7.7 venga «incorporata» nell'editto pretorio una costituzione imperiale), CRIFÒ, *Attività normativa del senato*, cit. [nt. 330], p. 74 e nt. 179, G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, p. 226 s. (cfr. '*Patto [Storia]*' in «ED.», XXXII, Milano, 1982, p. 490 s.), M. TALAMANCA, '*Contratto e patto nel sistema romano*', in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», IV, 1989, Torino, 1993, p. 72 s. e nt. 102, F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, in «Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza giuridica romana», Napoli, 1990, in particolare p. 162 s. (secondo cui in origine il valore della clausola '*pacta conventa servabo*' avrebbe significato che il pretore si sarebbe rifiutato di esercitare la propria giurisdizione nelle materie così regolate dalle parti, privando di efficacia l'eventuale *editio actionis* e ricorrendo quindi alla *denegatio actionis*), P. FREZZA, *A proposito di «fides» e «bona fides» come valore normativo in roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale* (1991), in *Scritti*, cit. [nt. 55], III, p. 301, F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano*, I, Torino, 1992, p. 42 ss., e II, Torino, 1995, p. 206 ss. (secondo cui in origine la clausola tutelava sia i patti negativi, in via d'*exceptio*, sia quelli di contenuto positivo, per i quali era necessario concedere un'*actio*, mentre l'esclusione di questi ultimi sarebbe il risultato di una limitazione successiva), Z. VEGH, *Meditatio de edicto de pactis*, in «Ars boni et aequi. Festschrift W. Waldstein», Stuttgart, 1993, p. 345 ss. (cfr. ID., *Ex pacto ius. Studien zum Vertrag als Rechtsquelle bei den Rhetoren*, in «ZSS.», CXXIII, 1993, p. 184 ss. e in particolare p. 226 s.), J. VÉLISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Pacta conventa servabo et Aristote*, in «RDH.», LXXIV, 1996, p. 185 ss., R. SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, in «Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica», Torino, 1997, p. 85 ss., R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, ivi, p. 131 ss., nonché B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, p. 443 ss. Per quanto vastissima, la letteratura in argomento non risulta occuparsi in maniera sensibile del *pacta* che intervengono, piuttosto che in un rapporto obbligatorio, sul piano dei diritti reali e, in particolare, negli *iura in re aliena* (per quanto riguarda le implicite pattuizioni che regolano l'*usus servitutis* e su come esse, se stabilizzatesi ormai da tempo, prevalgano nel caso sulle previsioni relative ai *modi* dello stesso atto costitutivo, cfr. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], specie p. 200 s. e 205 s.): per tal verso, l'efficacia pretoria dei *pacta* relativi all'estinzione della servitù risulta studiata più che altro negli studi relativi agli *iura in re aliena* ovvero dal punto di vista delle *exceptiones* con cui simili accordi possono essere tutelati, mentre d'altra parte, quando nelle trattazioni generali ci si occupa dell'efficacia dei *pacta* e diritti reali, ci si concentra sui problemi della loro efficacia costitutiva (*conventio pignoris* e *pactio* e *stipulatio*: cfr. ad esempio MELILLO, '*Patto*', cit., p. 489 s.) senza procedere ad esaminare altresì la tale loro efficacia estintiva nell'ambito degli *iura in re aliena*.

principio rimane sempre possibile) tutta la costruzione sinora tratteggiata diviene nel suo complesso insostenibile. Infatti, una volta si fosse ricorso all'*actio negatoria*, si potrebbe innanzitutto pensare che di fronte all'accertamento della sussistenza della servitù³⁸³ il titolare del fondo servente potesse in ogni caso far valere il *pactum* relativo alla sua estinzione in seguito allo scadere del termine: tuttavia non si vede, essendo attore ed intentando egli stesso tale azione, come egli potrebbe fare inserire nella formula una eccezione in tal senso, così come invece avverrebbe quando è convenuto nella *vindicatio*, né come il giudice sarebbe nel caso in grado di tenere conto di un simile elemento che, in ogni caso, costituisce un fatto estintivo *ope exceptionis* (o meglio *per exceptionem*)³⁸⁴. D'altra parte, anche qualora tale non facile problema venisse in ipotesi superato, la questione non sarebbe egualmente risolta, dato che in ogni caso si arriverebbe ad una sentenza per così dire impossibile: se si suppone infatti che il giudice dovesse dare ragione all'attore, dichiarando l'inesistenza ad esempio della *ius eundi agendi*, si dovrebbe ammettere che il patto relativo al termine finale acquistasse efficacia reale, estinguendo automaticamente la servitù, in contrasto con quanto affermato dalle numerose fonti in materia ed in particolare dallo stesso Papiniano nella prima parte di D. 8.1.4.pr. ('*servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem ... constitui possunt*'), con un risultato del tutto assurdo da un punto di vista sistematico e soprattutto in contrasto con la stessa premessa da cui muoveva tale ipotesi ricostruttiva. Ma se per evitare tale soluzione insostenibile si pensasse che il giudice dovesse nell'*actio negatoria* dare torto all'attore, riconoscendo la sussistenza del diritto, non per questo si supererebbe il problema giungendo ad un risultato viceversa più congruo, dato che in tal caso si arriverebbe non solo ad una ingiustificabile contrapposizione, sia pur virtuale, di giudicati tra una *vindicatio* ed una negatoria vertenti sul medesimo oggetto, ma d'altra parte si riconoscerebbe al titolare della servitù, in sede di negatoria, un diritto che egli di fatto non potrebbe neppure esercitare, dato che come si è visto egli non potrebbe tutelarne né con l'interdetto né pretendendo la *poena* nel caso prevista attraverso l'*actio ex stipulatu* – entrambi paralizzati, come si è visto, dalla *exceptio* – né per altro verso potrebbe far valere in qualche modo lo *ius* così riconosciuto in sede di negatoria attraverso la *vindicatio*, nell'ipotesi qui considerata anch'essa vanificata dalla *exceptio*.

Per evitare tale aporia, non resta quindi che rinunciare ad interpretare la seconda parte di D. 8.1.4.pr. ('*pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti*') in riferimento alle servitù costituite *iure civili*, riconoscendo il valore degli indizi già visti circa la non genuinità formale di tale frase e ritenendo che qui, non diversamente da Giuliano in D. 45.1.56.4, Papiniano, dopo aver escluso l'apponibilità di termini e condizioni alle servitù *iure civili*, con il successivo periodo ('... *sed tamen si haec adiciantur ...*') si riferisse esclusivamente alle servitù sorte invece «*tutione praetoris*»³⁸⁵.

³⁸³ Sul come al *dominus* del fondo servente appaia per tal verso risultare sufficiente la prova del *dominium*, in attesa che la controparte dimostri il proprio diritto, cfr. *supra*, nt. 9.

³⁸⁴ Su tale figura, ovviamente in ordine ai diritti relativi, si vedano in generale, M. TALAMANCA, '*Obbligazioni (storia)*', in «ED.», XXIX, 1979, p. 67 s., U. BRASIELLO, '*Obbligazione (Diritto Romano)*', in «NNDI.», XI, Torino, 1965, p. 566 s., G.I. LUZZATTO, '*Eccezione (Diritto romano)*', in «ED.», XIV, Milano, 1965, p. 135 ss., nonché F. HERNÁNDEZ-TEJERO, '*Extinción de las obligaciones*', in «Derecho romano de obligaciones», cit. [nt. 379], p. 221 s. Né, ovviamente, sembrerebbe più in generale di poter postulare una *replicatio* dell'attore ad una *exceptio* del convenuto, dato che in un'*actio de servitute* il titolare poteva solo sostenere la sussistenza del diritto, senza certo poterlo «*eccepire*» di fronte alla negazione del *dominus* del fondo servente.

³⁸⁵ Sul necessario collegamento logico tra D. 45.1.56.4 di Giuliano e D. 8.1.4.pr. di Papiniano si veda in particolare RICCOBONO, '*Dies e condicio nella costituzione delle servitù*', cit. [nt. 81], p. 341 ss., che, espunto dal primo l'inciso '*nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est*', sulla falsariga di Gerhard von Beseler (cfr. *supra*, nt. 345), nota in particolare (p. 342) come «Entrambi i passi danno *exceptio pacti* (vel *doli*) contro colui che vuol vendicare la servitù oltre il limite di tempo convenuto. Nei due testi la servitù è costituita validamente. Il testo di Giuliano perciò illumina quello di Papiniano; e se è innegabile che la *exceptio* si dirige contro la pretesa dell'attore che vuol vendicare o esercitare una servitù illimitata contro la convenzione stabilita dalle parti nell'atto costitutivo, ne dobbiamo necessariamente inferire che, come nel fr. 56 § 4 di Giuliano così nel fr. 4 pr. di Papiniano la *exceptio* si riferisca a servitù prediali costituite mediante stipulazioni, su fondi italici o provinciali», rapportando quindi la forma della *stipulatio* riferita da Giuliano a Gai., *inst.* 2.31 ('*ius eundi agendi ... constituere velit*') e notando come siano stati i giustiniani (cfr. *supra*, nt. 81) a cancellare il riferimento al diritto provinciale: cosicché – egli conclude – chi volesse ancora rife-

Gli insuperabili problemi che si incontrerebbero ritenendo che la *exceptio pacti* (o *doli*) fosse applicabile anche alle servitù costituite *iure civili*, del resto, testimoniano ancora una volta come molte delle ricostruzioni in cui la dottrina più recente ha proceduto muovendo da frammenti relativi alla tutela processuale degli *iura in re aliena*, ed in particolare le illazioni connesse alle *actiones utiles* relative alla tutela *in rem* delle servitù sorte '*pactionibus et stipulationibus*', siano in ultima analisi il frutto di una considerazione piuttosto affrettata di tali problemi che si accontenta in linea di massima di un esame di tipo soltanto sostanziale dei problemi in materia, senza per nulla verificarne l'effettiva rispondenza al sistema classico degli *iura in re aliena* attraverso il risolutivo riscontro del concreto funzionamento processuale di tali soluzioni particolari. In effetti, una lettura di D. 8.1.4.pr. che si limiti a considerare i vari nessi che esso presenta con gli istituti collegati a tali questioni, può senza troppi problemi accettare che esso si riferisse, in relazione alla *exceptio pacti* (o *doli*) alle servitù in generale, comprese quelle sorte *iure civili*, ma una simile soluzione non sembra poter reggere il «collaudo» di una sua concreta collocazione operativa nella realtà dei meccanismi processuali romani, mentre d'altra parte i pur non secondari indizi di non completa genuinità della versione del passo di Papiniano tramandataci dai *Digesta* giustinianeï, che nella lettura sostanziale oggi imperante appaiono di scarso rilievo e frutto più che altro di maniacali acribie interpolazionistiche ormai del tutto superate, si rivelano viceversa in tale riscontro pressoché decisive in una realtà processuale i cui meccanismi, del resto, costituiscono in non poca parte, com'è noto, le ragioni stesse della paradigmaticità dello studio del diritto romano.

In tale prospettiva, ben diversamente, il testo in esame sembra confermare come, nell'epoca di Papiniano, al pari di quanto si è visto avvenire per Giuliano in D. 45.1.56.4, si tendesse ancora, nel quadro del sistema formulare, a presupporre delle servitù, pretorie come civili, nascenti in ogni caso da un atto – negozio reale o contratto – in cui esse trovavano la ragione della loro origine, in maniera tale che, se mancava la *vindicatio*, vi era comunque un'*actio ex stipulatu* idonea, sempre in riferimento all'atto che vi aveva dato origine, a far valere l'esistenza della servitù e nel caso le previsioni delle parti ad esempio in ordine alle sue modalità di esercizio, nonché le pattuizioni relative ad un eventuale termine finale o condizione estintiva del diritto stesso, cosicché quest'ultimo elemento, inapplicabile alle servitù costituite *iure civili* ma relativo soltanto a quelle costituite '*pactionibus et stipulationibus*', fu riconosciuto accordando al titolare del fondo servente appunto una *exceptio* volta a paralizzare le pretese dell'avversario nell'*actio ex stipulatu* così come nell'interdetto.

Le azioni speciali, previste in ordine alle servitù cosiddette pretorie da alcuni pur dubbi frammenti, sono invece azioni che in ogni caso si limitano a prendere in considerazione lo stato di fatto esistente in ordine all'esercizio della servitù, senza fare menomamente riferimento ad un atto, sia pur contrattuale, che dia origine alla servitù, ed anzi tendono ad escluderne esplicitamente ogni rilevanza: così, nell'azione modellata sulla *Publiciana* riferita da D. 6.2.11.1, si fa comunque riferimento – al di là della impossibilità di comprendere l'effettiva formulazione ed il concreto funzionamento di una simile formula³⁸⁶ – ad un mezzo di tutela del diritto fondato sulla *fictio usucapionis* in una situazione ove tuttavia non è possibile, come avviene in ordine alla *res vendita et tradita*, fare riferimento ad un titolo sulla cui base valutare la *bona fides* dell'accipiente³⁸⁷ (impostazione fattuale che infatti conduce i pur dubbi testi in materia, come D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23, a dare semmai ri-

rire l'*exceptio* del testo genuino di Papiniano in D. 8.1.4.pr. a servitù costituite nelle forme solenni della *mancipatio* e della *in iure cessio*, avrebbe contro la sua tesi non solo il D. 50.17.77 dello stesso Papiniano, ma inoltre quello di Giuliano, che indubbiamente considera una servitù costituita per mezzo della stipulazione (p. 343).

³⁸⁶ Cfr. *supra*, § 9.

³⁸⁷ Cfr. *supra*, nt. 199: com'è noto, infatti, nell'*actio Publiciana* «la *fictio iuris* consisteva appunto nell'ordinare al giudice di accertare se la cosa fosse stata trasferita all'attore *ex iusta causa* ed in buona fede e, in caso positivo, di considerare trascorso il periodo di tempo occorrente per l'usucapione» (TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 447): non si vede quindi come potesse sempre essere pianamente possibile un simile accertamento, in relazione alla *iusta causa* e alla *bona fides*, nel caso di una servitù (o di un usufrutto) costituiti tramite *patientia*, così come enfaticamente reiteratamente D. 6.2.11.1 ('*itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam ... item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat*').

salto alle modalità di esercizio della servitù, che deve essere appunto *'nec vi nec clam nec precario'*), poiché il passo non prende in considerazione le normali servitù pretorie costituite *'pactionibus et stipulationibus'*, bensì a quelle sorte in virtù di *traditio* e *patientia*, e quindi secondo modalità che presuppongono in quanto tali l'assenza, quantomeno, della *stipulatio* relativa all'esercizio così come di qualsiasi altro atto formale idoneo a «costituire» la servitù, non essendo come si è visto tale una *traditio* che si risolve nella mera tolleranza dell'*usus servitutis* (*'si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam ...: item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat'*). Non molto diversamente, in D. 8.5.10.pr.-1, l'*actio utilis* descritta muove proprio dalla opportunità di evitare di rifarsi all'atto costitutivo della servitù (o *'quasi servitus'*) così tutelata (*'non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est'*), fondando invece la pretesa sul *diuturnus usus* e la *longa quasi possessio* da cui il diritto è sorto (*'nactus sit'*), in maniera tale che all'attore basti dimostrare *'per annos forte tot usum se non vi non clam non precario posseddisse'*: se possibile ancora più esplicitamente, in D. 39.3.1.23, la tutela riguarda i casi *'ubi servitus non invenitur imposita'*, e si afferma che in ogni caso chi potrà vantare un esercizio protrattosi sufficientemente lungo (*'qui diu usus est'*), sempre in maniera non viziosa (*'neque vi neque precario neque clam'*), sarà da considerare solo in base a tale elemento di fatto titolare di una *'quasi servitus'* sorta grazie alla *longa consuetudo* (*'habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur'*); anche questa «azione», dunque, non sembra nella sua struttura essere stata concepita per una situazione in cui le pattuizioni private in ordine all'esercizio della servitù assumevano una sensibile importanza (impostazione come si è visto tenuta ferma nelle costituzioni imperiali epiclassiche, come in particolare C.I. 3.34.3), ed in cui, quindi, ci fosse necessità di far valere tramite una *exceptio placita* intervenuti tra i contraenti.

Se tali azioni risultano dunque contrastare con l'esigenza classica di tutelare, nell'ambito processuale, non solo la servitù in quanto tale, ma anche le disposizioni che in base all'atto costitutivo ovvero nelle pattuizioni delle parti la regolavano, simili soluzioni fattuali sembrano invece accordarsi agevolmente, ancora una volta, con un contesto postclassico (e in parte forse, già prima, provinciale), ossia con un sistema giuridico estraneo alle architetture dell'*ordo iudiciorum* nonché ai principi generali su cui lo *ius civile* romano aveva elaborato l'istituto delle servitù, nel quale, soprattutto, l'incertezza giuridica nonché la differente situazione socio-economica portava inevitabilmente a proteggere in quanto tale lo stato di fatto esistente anche per ciò che riguarda i rapporti tra i fondi, tutelando quindi innanzitutto l'esercizio del transito o dell'acquedotto – altresì sulla base di alcuni precedenti classici in tal senso, quali in primo luogo la *vetustas* – qualora esso si fosse protratto per un tempo sufficiente a farlo considerare presuntivamente legittimo (prospettiva che del resto non sembra ovviamente del tutto estranea al riconoscimento da parte di Giustiniano della usucapibilità delle servitù)³⁸⁸.

In effetti, se tale modello si impone in tutta la sua latezza nel mondo tardoimperiale, forse soprattutto sulla scia della situazione già presente nelle provincie, la nuova impostazione sembra con ogni probabilità portare a riconoscere una valenza decisiva alla *patientia* in quanto tale, che anzi giunge a sostituirsi alle *pactiones* e *stipulationes* cui anche nelle provincie ricorreva, tentando di salvare in qualche modo la prospettiva romana, il diritto classico: si è visto infatti, esaminando l'opinione di Giavoleno in D. 8.1.20, come appaia verosimile che la cosiddetta *traditio et patientia servitutium* sorga in età classica non come istituto in quanto tale, bensì come mero rimedio fattuale ad un *usus servitutis* che risultasse iniziato senza alcuna *stipulatio* di esercizio che fungesse da «*traditio possessionis*» del diritto in questione, fornendo egualmente una tutela interdittale a un esercizio che pur, a rigore, non sarebbe dovuto venire considerato un *usus servitutis* in senso tecnico³⁸⁹; e per tal verso, mentre nel mondo postclassico e provinciale un simile modo di costituzione della servitù, del resto ormai tutelato secondo modalità estranee alle formalità dell'*ordo iudiciorum*, doveva quindi incontrare un notevole successo proprio in vista della sua semplicità, nell'ambito classico esso risultava peraltro inido-

³⁸⁸) Sulla usucapibilità giustiniana delle servitù e sulle sue verosimili modalità cfr. *infra*, § 15 e nt. 463 ss.

³⁸⁹) Cfr. *supra*, § 4.

neo ad inserirsi soddisfacentemente nelle coordinate della tutela di simili rapporti fondiari, dato che, se per un verso sarebbe del tutto mancata (a parte nel caso quella *empti*) un'*actio*, sia pure *in personam* come quella *ex stipulatu*, idonea a risolvere le questioni *de iure*, d'altra parte la stessa tutela interdittale, pur alla fine applicata quasi in via di sanatoria a tali rapporti, a rigore prevedeva specifici requisiti circa le modalità iniziali dell'*usus servitutis*, che invece propriamente mancavano nella cosiddetta '*pa-tientia*'.

Questa più severa impostazione classica, dunque, appare accordarsi con il trattamento del termine finale della servitù costituita «*iure praetorio*» che si riscontra tanto in Giuliano (D. 45.1.56.4) quanto in Papiniano (D. 8.1.4.pr.), entrambi accordanti l'*exceptio pacti* (ovvero *doli*) al titolare del fondo servente appunto nella presupposizione di un'*actio* (come si è visto, l'*actio ex stipulatu*) in cui egli sia convenuto, senza menomamente avere in ciò presenti soluzioni invece fondate su di un esercizio della servitù tutelato in quanto tale o dal solo interdetto o, come avverrà in realtà solo in seguito, da azioni fondate del pari sulla situazione di fatto protetta in quanto tale in base ad un carattere non vizioso e ad un suo sufficiente protrarsi nel tempo. E quanto sin qui detto a proposito di tali due frammenti sembra aggiungersi a ciò che sinora si è già argomentato per escludere una volta ancora che a consimili soluzioni si potesse giungere, solo a pochi anni di distanza, con Ulpiano, cui risalirebbero appunto, stando all'*inscriptio* giustiniana, D. 6.2.11.1 come D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23³⁹⁰.

16. A proposito delle ragioni sottese alle interpolazioni subite da D. 8.5.10.pr. e ai referenti concreti sulla cui base esse vennero operate, si può infine tornare ad un aspetto testuale del pur discusso D. 8.3.35, ossia alla locuzione '*per aliquot annos usi sunt ex fonte*' ('... *aquam, qua per aliquot annos usi sunt ex fonte, qui est in fundo Sutrino, ducere non potuisse, quod fons exaruisset, et postea ex eo fonte aquam fluere coepisse* ...'). Tale locuzione, pur risalendo probabilmente, nella sua atecnicità, piuttosto che alla risposta della cancelleria imperiale (che al massimo sembra limitarsi a riprenderla in modo generico), alla prospettazione del caso preso in considerazione dal rescritto e quindi alla «*postulatio*» dei titolari della servitù³⁹¹, in ogni caso risulta assai prossima alle parole '*... ut ostendat per annos forte tot usum se ... posseddisse* ...' di D. 8.5.10.pr.: in effetti, se il generico riferimento ad un indeterminato – ma comunque in linea di principio calcolabile – numero di anni non raggiunge l'immemorialità della *vetustas* e d'altra parte supera il periodo biennale cui si fermavano i classici per quanto riguarda tanto l'estinzione per non *usus* quanto, in generale, l'usucapione degli immobili, si è visto come dovesse nondimeno risultare normale che chi faceva valere il proprio *usus servitutis*, descrivendo empiricamente la situazione di fatto da lui vantata (si veda, sempre in D. 8.3.35, l'espressione '*... aquam ducere soliti sunt* ...'), tendesse ad avvalorarne la legittimità anche mediante il riferimento al più o meno lungo periodo da cui essa si protraeva inalterata ed incontestata; se tale aspetto non aveva comunque alcuna precisa valenza da un punto di vista strettamente giuridico, esso poteva egualmente essere utile nell'istruttoria, altresì in sede interdittale, per tentare di conformare a proprio vantaggio, grazie all'*auctoritas* attribuita in generale al fattore temporale, la decisione del giudice³⁹², e a maggior ra-

³⁹⁰) Su come, anche in vista del dettato di D. 45.1.56.4 e D. 8.1.4.pr., la situazione complessiva del regime degli *iura in re aliena* sarebbe stata alquanto diversa da quella a noi nota se già nel diritto classico fossero state concesse a tutela delle cosiddette servitù pretorie speciali azioni *in rem*, si veda in particolare PROVERA, *Servitù prediali*, cit. [nt. 82], p. 37 nt. 40.

³⁹¹) Cfr. *supra*, § 14 e nt. 336.

³⁹²) Cfr. *supra*, nt. 330. Si veda tra l'altro Cic., *Caec.* 26.74 ('... *fundus a patre relinqui potest, at usucapione fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus: aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur*'); sul passo e sui rapporti tra l'*usucapio* menzionata nella prima parte e il verosimilmente non coincidente ricorso successivo al termine '*auctoritas*', oltre a VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung*, cit. [nt. 8], p. 166 e 180 ss., si vedano in particolare SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 107 nt. 67, MAGDELAIN, '*Auctoritas rerum*'; cit. [nt. 322], p. 142 (secondo cui si tratterebbe anche qui, come in D. 39.3.26 – cfr. *supra*, nt. 322 –, di «une fiction contenue dans l'adage *usus auctoritas*»), FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit. [nt. 64], p. 49 s., GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 29 e nt. 7, e – specie per un ragguglio sulla

gione risultare non del tutto iniferente in casi ove, come parrebbe avvenire nella *restitutio in integrum*, il provvedimento veniva emanato, come ricorda D. 43.19.1.9, in base ad una valutazione discrezionale dei fatti da parte del magistrato (*'si qua mihi iusta causa esse videbitur'*)³⁹³.

In questa prospettiva, non sembra inverosimile ritenere che anche dall'impiego forense di simili formulazioni empiriche, via via consolidatosi nella prassi, nonché soprattutto dalla concezione comune che vi era sottesa³⁹⁴, sia col tempo sorto il principio, ampiamente sviluppato dal diritto postclassico, secondo cui chi vantava un normale uso pregresso della servitù sufficientemente stabilizzatosi nel tempo poteva far leva su tale elemento per ottenere il riconoscimento di fatto della servitù esercitata, tutelandola in tal modo davanti al giudice: fenomeno che in effetti appare in particolare accordarsi – oltre che con la tendenza, come si è visto forse in parte provinciale ancor prima che postclassica³⁹⁵, di tutelare in quanto tale lo stato di fatto esistente – con l'affermarsi sempre più generalizzato della *patientia* quale normale modo di «costituzione» delle servitù, sistema che in quanto tale richiedeva appunto, per concretizzare risolutivamente un simile atteggiamento di tolleranza da parte del titolare del fondo servente, il trascorrere di un più o meno sensibile lasso temporale. Tale impostazione, d'altra parte, consentiva altresì di superare una volta per tutte in maniera soddisfacente e relativamente stabile il problema, risolto solo in parte dal metodo della *stipulatio* così come dal sistema interdittale pretorio, della tutela dei terzi acquirenti a titolo particolare del fondo dominante³⁹⁶: riconnettendo infatti la sussistenza della servitù al suo perdurante esercizio posto a fondamento della *patientia* e non più al suo atto costitutivo, ossia alla *pactio* e alla *stipulatio*, diveniva infatti agevole rendere permanente, nella tutela dello stato di fatto esistente, l'obbligo di rispettare l'*usus servitutis* indipendentemente dall'attuale titolare dell'uno o dell'altro fondo: come infatti si vede

dottrina, anche più antica, in argomento – CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 446 nt. 9 (cfr. B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto antico. Saggi*, in «AUPA.», XX, 1949, specie p. 368 ss., ed in generale, in relazione a Cic., *Caec.* 19.54, I D., *Usus auctoritas fundi in XII Tab. 6,3 secondo le testimonianze di Cicerone*, ivi, XLV, 1998, e BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit. [nt. 14], p. 26 ss. e nt. 11, 16 e 24, nonché H. LEVY-BRUHL, *Auctoritas et usucapio*, in *Deux études: addicere et auctoritas*, Paris, 1942, p. 27 ss. e in particolare p. 40 s., P. NOAILLES, *L'auctoritas dans la loi des douze Tables*, in *Fas et jus. Etudes de droit romain*, Paris, 1948, p. 267 ss., L. AMIRANTE, *Il concetto unitario dell'«auctoritas»*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 375 ss., F. DE VISSCHER, «Auctoritas», «res mancipi» et «usucapio» (1956), in *Etudes de droit romain public et privé*, Milano, 1966, p. 249 ss., M. HORVAT, *Reflexions sur l'usucapion et l'auctoritas*, in «RIDA.», 3^a s., III, 1956, p. 297 ss. (secondo cui molti autori vorrebbero far dire al testo molto più di quanto era nelle intenzioni di Cicerone, che qui si limita invece a mostrare che senza leggi e *ius civile* non ci sarebbe sicurezza per quanto riguarda la proprietà), e RAINER, *Nachmals zu den Gründen und der Datierung der lex Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 635, nonché, per la letteratura più antica, GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], VII, cit. [nt. 166], p. 86 ss. e nt. 91, Th. MÜLLER, *Die Ersitzung der Servituten*, Erlangen, 1852, p. 1 ss. nt. 2, e ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit. [nt. 54], p. 57 ss. (cfr. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 70 s.).

³⁹³) Cfr. *supra*, nt. 330 e 338.

³⁹⁴) Cfr. *supra*, in particolare nt. 254.

³⁹⁵) Cfr. soprattutto le ricordate (cfr. *supra*, nt. 75 e 322, nonché *infra*, nt. 444 e 469) C.I. 3.34.1, del 211 d.C. (*'si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet'*) e C.I. 3.34.2, del 215 d.C. (*'si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutum exemplo rerum <im>mobiliu tempore quaesisti. quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cuius est possessio'*): si veda in particolare CAPOGROSSI, *Il deperimento di alcuni actus legitimi*, cit. [nt. 57], p. 172 (secondo cui la prima costituzione afferma – o meglio, nella prospettiva di tale autore, «ribadisce» – il principio per cui '*longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere*', «una formula che ancora non identifica il decorso del tempo con l'acquisto della servitù, restando piuttosto nell'ambito dei mezzi succedanei per far valere una posizione giuridica in tribunale» mentre nella seconda «l'esercizio dell'acquedotto appare garantito in base all'uso e indipendentemente dal titolo originario»), e MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris nell'esperienza giuridica romana*, cit. [nt. 57], p. 115 e nt. 34 (per il quale, aderendo alla posizione di Luigi Capogrossi Colognesi, in tali ipotesi «era sufficiente la *vetustas* a dare '*auctoritatem*' all'azione»: peraltro tale autore, pur datando esattamente C.I. 3.34.1 e C.I. 3.34.2 rispettivamente nel 211 e nel 215, le attribuisce stranamente a Diocleziano; CAPOGROSSI, *loc. ult. cit.*, le riferisce entrambe a Caracalla: e in effetti anche la prima di esse, pur essendo nel 211 succeduti a Settimio Severo Caracalla e Geta, peraltro ucciso dal fratello nel 212, risulterebbe da attribuire, stando a Paul Krüger – *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus*, nella editio minor del «Codex Iustinianus»¹², Berlin, 1959, p. 490 –, a Caracalla).

³⁹⁶) Cfr. *supra*, nt. 309, 313, 341 e 369, ed *infra*, nt. 451.

avvenire, nonostante i dubbi che si possono avanzare circa la loro assoluta genuinità, già nelle due le ricordate costituzioni di Caracalla (C.I. 3.34.1 e 2), dove in particolare sembra affermarsi il principio per cui, in tale tipo di rapporto, *'longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere'*³⁹⁷.

Per tal verso l'*actio utilis* adombrata da D. 8.10.5.pr., fondata appunto sulla dimostrazione di un tale esercizio (*'... ut ostendat per annos forte tot ...'*), non sembra dunque affatto incommensurabile rispetto al provvedimento che, sia pur in altro ambito processuale, in D. 8.3.35 richiedevano i titolari della derivazione idrica gravante sul fondo Sutrinum³⁹⁸, anch'essi facenti leva sull'uso dell'acquedotto *'per aliquot annos'* per ottenere di continuare ad esercitare uno *ius aquae ducendae* pur a rigore da considerare estinto (*'amiserant'*) per *non usus* in seguito al temporaneo inaridirsi del *fons*: e sembra in effetti di poter notare come il riferimento ad un simile criterio diacronico – che non si basa, com'è normale nel diritto classico, su di un prestabilito numero di giorni, di mesi o di anni, bensì si limita a richiedere genericamente il trascorrere di un periodo sufficientemente lungo senza ulteriori specificazioni – costituisca un elemento di valutazione che ha poco senso da parte del legislatore o comunque da parte di una fonte autoritativa che prescriva specifici requisiti per conseguire un determinato risultato giuridico, mentre acquista invece una funzione sufficientemente precisa quando invece ci si riferisca agli elementi fattuali da cui il giudice possa trarre la propria convinzione, o in ogni caso quando il legislatore rinvii equitativamente al «prudente apprezzamento» di quest'ultimo.

In effetti, già nella procedura interdittale dell'epoca classica vi sono sufficienti riprove sia pur induttive di come sovente i litiganti, ad esempio per dimostrare la legittimità di una modalità di esercizio della servitù contraria a quanto previsto dall'atto costitutivo del diritto, ma ormai stabilizzatosi nel tempo e quindi da presumere oggetto di un tacito nuovo accordo tra le parti, dovessero giocoforza fare riferimento ad un lasso di tempo maggiore dell'anno considerato in generale dalla formula interdittale³⁹⁹, mentre d'altra parte, quando vi fossero motivi di incertezza circa la sussistenza di un episodio di *usus servitutis* attuato *sine vitio* nei dodici o diciotto mesi precedenti (ossia *'hoc anno'* o *'priore aestate'*), doveva essere prudente, per convincere il giudice della legittimità della propria pretesa, tendere a risalire quanto più possibile indietro nel tempo per rafforzare indirettamente la prova della sussistenza in tali concreti termini e modalità dell'*usus servitutis* richiesto dalla procedura decretale⁴⁰⁰: egualmente, in D. 8.3.35, i titolari della derivazione idrica gravante sul fondo Sutrinum, per ottenere la *restitutio in integrum* attraverso la concessione di un interdetto *'repetita die'*, dovevano appunto tendere a dimostrare quanto più possibile risalente negli anni la derivazione idrica da essi vantata.

Quando – forse già in epoca tardoclassica in relazione al suolo provinciale, e soprattutto in età postclassica – si tese a tutelare di per sé lo stato di fatto esistente, non potendosi stabilire a priori il lasso di tempo necessario affinché una situazione *lato sensu* possessoria potesse considerarsi sufficientemente stabilizzata per venire in quanto tale riconosciuta e protetta, fu dunque inevitabile rinviare al giudizio concreto di chi doveva decidere la causa in base alle risultanze istruttorie⁴⁰¹: e di ciò è possibile ritrovare una precisa traccia nel ricordato D. 43.19.1.2, ove l'*interdictum de itinere actuque privato*, classicamente concesso, al pari degli *interdicta de aqua*, a chi potesse vantare *'hoc anno'* anche un solo atto di esercizio *'non vi non clam non precario'*, è invece accordato *'si modo anno usus est vel modicum tempore, id est non minus quam triginta diebus'*, in una formulazione dove, nel non chiaro rapporto tra i due criteri temporali, la genericità del *modicum tempus* appare verosimilmente risalire alle prospettive postclassiche, più proclivi a demandare alla valutazione del giudice l'accertamento concreto della sufficienza dell'*usus servitutis*, mentre la relativa precisione del termine di trenta giorni risulta invece

³⁹⁷) Cfr. *supra*, nt. 56, 62, 75 e 322, ed *infra*, § 18.

³⁹⁸) Cfr. *supra*, § 14 e nt. 337.

³⁹⁹) Si veda ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], soprattutto p. 462 s.

⁴⁰⁰) Cfr. in generale ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 456 ss., specie p. 460 s. e 465 ss., nonché *Il locus servitutis*, cit. [nt. 3], p. 168 s., 192 ss. e 199 ss., in particolare p. 206 s. e nt. 214.

⁴⁰¹) Si vedano *supra*, nt. 316, i rinvii alla concreta attività del giudice recati dalle costituzioni contenute in C.I. 3.34.3 (*'De servitutibus et de aqua'*) già a partire dal 211 d.C. (cfr. in generale *supra*, § 13 e nt. 320 ss.).

da riconnettere con ogni probabilità alla rivisitazione giustiniana del testo nonché all'esigenza, ormai predominante, di stabilire autoritativamente simili elementi evitando ogni possibilità di arbitrio dell'organo giudicante⁴⁰².

I più empirici e descrittivi rinvii al *modicum tempus* e, in una prospettiva più ampia, ad un certo numero di anni ('*per aliquot annos*', '*per annos forte tot*') dovettero quindi in linea di massima generalizzarsi nella formula, apparentemente più tecnica, del '*diuturnus usus*' e della *longa (quasi) possessio* o *consuetudo*, cui fanno riferimento, oltre a D. 8.5.10.pr., testi come D. 39.3.1.23 ('*qui diu usus est servitute ... , habuisse longa consuetudine*') e D. 43.19.5.3, dove come si è visto l'*interdictum de itinere actuque reficiendo*, che classicamente richiedeva, oltre all'atto di esercizio dell'*iter* o dell'*actus* avvenuto '*hoc anno*', la prova dello *ius reficiendi* derivante dal titolo ('*ut tibi ius est*'), viene invece concesso – si noti: anche se la servitù risulta positivamente non costituita ('*non habeat*') – a chiunque possa vantare esercizio di fatto della servitù sufficientemente risalente nel tempo ('*si quis servitute iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest*')⁴⁰³. Muovendo da tale riferimento fattuale al *diuturnus usus*, poi, le empiriche teorizzazioni postclassiche dovettero quindi procedere ad una sua considerazione in termini di '*praerogativa*', nel quadro di una non troppo tecnicistica e tuttavia incontestabile prospettazione del fenomeno ove, se l'*usus servitutis* otteneva in quanto tale tutela da parte dell'ordinamento, l'azione che sorgeva da tale *longa consuetudo* o *possessio* era da ritenere in qualche modo una '*praerogativa*' derivante dal tempo trascorso (come implica D. 43.19.5.3), mentre, da un punto di vista sostanziale, si faceva conseguentemente sorgere la (*quasi*) *servitus* dal *diuturnus usus* (D. 39.3.1.23: '*habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitute videatur*') e dalla (*quasi*) *possessio* (D. 8.5.10.pr.: '*si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit*').

Sotto tale aspetto, e in generale nella struttura argomentativa ad essi sottesi, i tre frammenti appaiono presentare decisivi parallelismi, e nel complesso attestare una prospettazione unica ed eguale del problema della tutela in quanto tale dell'esercizio della servitù:

D. 8.5.10.pr.: Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est ..., sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse.

D. 39.3.1.23: sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitute videatur.

D. 43.19.5.3: si quis servitute iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.

Si noti, infatti, come alla locuzione '*diuturnus usus*' del primo testo corrispondano nel secondo e nel terzo le pressoché identiche parole '*diu usus est servitute*', come in tutti si ritrovino i riferimenti '*longa quasi possessione*', '*longa consuetudine*' e '*velut longae possessionis*', come al «sorgere» della servitù in base al trascorrere del tempo recata dal primo ('*ius aquae ducendae nactus est*') facciano eco la frase '*ubi servitus non invenitur imposita*' nel secondo e la frase '*si quis servitute iure impositam non habeat*' nel terzo, come l'*actio utilis* del primo, volta al riconoscimento delle servitù sulla base di meri elementi di fatto ('*non est ei necesse docere de iure*') si traduca nel secondo, in una prospettiva sostanziale, in una sorta di servitù di fatto tutelata dall'ordinamento ('*velut iure impositam*') e nel terzo nella '*praerogativa*', sempre originata da elementi di fatto, che tiene luogo dello *ius reficiendi* richiesto in tale ipotesi dal diritto classico, e come infine – se il primo fa riferimento all'*actio utilis* che richiede la sola prova dell'esercizio protratto nel tempo ('*utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum ... possedisse*'), e nel ter-

⁴⁰² Cfr. *supra*, nt. 123 e 249. Sull'ampliarsi dei poteri del giudice in età postclassica e sui limiti che la legislazione imperiale tende a porre ad ogni suo eccesso discrezionale, sovente legato altresì a fenomeni di corruzione, si veda in breve PUGLIESE, *Istituzioni*, cit. [nt. 54], p. 768 ss. (sulle riforme giustiniane in materia cfr. tra l'altro U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, p. 264 ss., soprattutto p. 268 ss.).

⁴⁰³ Cfr. *supra*, nt. 308, ed *infra*, nt. 408.

zo si dice che, pur non avendo la servitù, il soggetto gode (*habeat*) di una situazione analoga e può quindi agire con l'interdetto (che non a caso la dottrina ha definito «utile») ⁴⁰⁴ – nel secondo si guarda direttamente al risultato di tale fattore, affermando che il soggetto '*habuisse ... servitutem videatur*' (aggiungendo ancora una volta riferimento al carattere «utile» dei mezzi di tutela di tale '*quasi servitus*': '*in quam <in> rem utilem actionem habemus vel interdictum*')

D. 8.5.10.pr.: diuturno usu longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit non est ei necesse docere de iure utilem habet actionem, ut ostendat	D. 39.3.1.23: diu usus est servitute longa consuetudine ubi servitus non invenitur imposita velut iure impositam servitutem habuisse ... servitutem videatur	D. 43.19.5.3: diu usus est servitute longae possessionis servitutem iure impositam non habeat praerogativam (<i>ius reficiendi</i>) habeat ... (interdicto ... uti potest)
---	---	---

Per tal verso, la piana ed innegabile manipolazione di D. 43.19.5.3, che accorda a chi usi da lungo tempo dell'*iter* una facoltà di *refectio* concessa classicamente solo a chi potesse dimostrare il relativo *ius*, giunge definitivamente ad attestare non solo la analoga interpolazione degli altri due passi, ma altresì il referente interdittale da cui presero le mosse gli estensori postclassici di essi per costruire l'*actio utilis* prospettata da di D. 8.5.10.pr. ed adombrata da D. 39.3.1.23: interdetto che come si è visto lascia trasparire, ed in maniera piuttosto evidente, il dettato del § 1 di D. 8.5.10 ⁴⁰⁵.

Tale analisi, d'altra parte, mostra non solo come simili testi non possano riflettere nel loro dettato genuine impostazioni ulpianee, ma altresì come tali costruzioni, nella loro relativa linearità logico-costruttiva, offrano non secondari spunti di ricerca in ordine al regime delle situazioni di tipo possessorio nel diritto del tardo impero ed in particolare in relazione alle coordinate generali della tutela dei rapporti fondiari: cosicché tali elementi, semplicemente intorbidanti e alquanto grossolani se inseriti, come certa dottrina pretenderebbe, nelle architetture del diritto classico, risultano invece di fondamentale valore euristico una volta collocati nel loro naturale ambito postclassico, dove si inquadrano con compiutezza in un sia pur non raffinatissimo contesto sistematico che è loro con-naturale e dove quindi le soluzioni da essi offerte risultano potersi correlare alle coeve impostazioni generali di tali istituti e agli specifici strumenti di tutela elaborati in ordine ad essi in tale temperie (dove in particolare la forma interdittale di tutela dello stato di fatto esistente – di cui si è vista la centralità già classica esaminando D. 43.19.1.9, dove il mancato esercizio della servitù per cause di forza maggiore nell'anno precedente conduce alla concessione di un interdetto *repetita die* in sede di *restitutio in integrum* senza neppure guardare all'eventuale possibilità di esperire *de iure* la *vindicatio servitutis* o l'*actio ex stipulatu* – si evolve, per così dire, in una nuova forma di tutela fattuale del rapporto fondiario, non più basata su di un atto di esercizio annuale *non vi, non clam* e *non precario*, bensì consistente in un'azione che trova i suoi presupposti in uno stato di fatto *lato sensu* possessorio che, se per un verso fa riferimento alla *patientia* della controparte, d'altro lato si concreta in ultima analisi in una *longa consuetudo* che, se su di un piano sostanziale finisce con l'essere parificabile ad un modo di acquisto prescrittivo del diritto, si colloca nondimeno in una prospettiva innanzitutto processuale volta, secondo una impostazione tipicamente bassoimperiale, a proteggere in quanto tale lo stato di fatto esistente fino ad una eventuale azione di diritto e dunque sino ad una ormai sempre più improbabile prova ventura della sua ipotetica illegittimità).

Una simile indagine, ovviamente, travalicherebbe i fini di queste già fin troppo lunghe note, ma in ogni caso non sembra possa essere considerato un progresso della ricerca romanistica il de-

⁴⁰⁴ Cfr. *supra*, nt. 308 s.

⁴⁰⁵ Cfr. *supra*, § 11. Sulle analogie, in particolare lessicali, presentate da D. 8.5.10, D. 39.3.1.23 e D. 43.19.5.3, nonché da C. I. 3.34.1 e 2 (cfr. già DERNBURG, *Pandette*, cit. [nt. 40], I.2, p. 362 nt. 3, e RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 408 s.) si veda tra l'altro NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 55 e nt. 33 e p. 58 e nt. 6 (cfr. altresì KASER, *Das römische Privatrecht*, cit. [nt. 1], I, p. 301 e nt. 36, e, su come secondo Gerhard von Beseler ed Ernst Rabel il dettato di D. 8.5.10 appaia di per sé di «intonazione» interdittale, *supra*, rispettivamente nt. 55 e 71).

privare il diritto postclassico di materiali di per sé non poco interessanti, negando implicitamente la loro riferibilità alla attività della giurisprudenza di tale periodo, per la aprioristica tendenza a riferire ai giuristi classici, quantomeno nel loro preteso «nucleo sostanziale», ogni e qualsiasi affermazione, per quanto problematica, contenuta nei *Digesta* giustiniani⁴⁰⁶.

17. Giunti quasi al termine di queste note, che hanno preferito seguire effettivi percorsi di ricerca, per quanto talora un po' tortuosi, piuttosto che limitarsi ad una ordinata ma in qualche modo anodina esposizione dei risultati dell'indagine, restano a questo punto da esaminare – prima di sintetizzare in una sorta di conclusione i risultati cui si è pervenuti per quanto riguarda la tetela delle servitù nelle varie fasi storiche del diritto romano – i verosimili motivi di fondo per cui la dottrina romanistica, ormai da molto tempo, sia portata ad affrontare tali temi secondo prospettive volte più che altro a smussare se non senz'altro a negare le antinomie presentate dai vari testi in materia, in un contesto che quindi tende inevitabilmente – piuttosto che a ordinare per tal via le varie testimonianze delle fonti in relazione alle diverse epoche cui sono da riferire (prospettiva in cui dunque le interpolazioni ed in genere le corruzioni testuali non sarebbero più una iattura bensì una ricchezza ermeneutica) – a giustapporre su di un medesimo piano sistematico elementi tra loro incompatibili, riferendo tutto e il contrario di tutto, quantomeno nel suo nucleo essenziale, alle elaborazioni dei giuristi classici, con il risultato di tracciare per tal via un quadro di insieme alquanto poco chiaro ed anzi irto di contraddizioni.

In effetti, dopo il tramonto delle posizioni interpolazionistiche – e così, con quelli che si è usi qualificare come i loro eccessi, anche della serrata critica esegetica che ne era per lo più alla base – da tempo la metodologia di fondo seguita dalla romanistica, specie nell'affrontare tali temi, sembra ormai improntata ad una sorta di «buonismo interpretativo» che, vedendo quasi nei termini di una scorrettezza ermeneutica il non riuscire a rintracciare pressoché in qualsivoglia testo e in qualsiasi impostazione giuridica un preteso nucleo sostanziale classico, declassando così quanto venisse in ipotesi rifiutato a una condizione «postclassica» vista soltanto in negativo, tende in tal modo a salvare nelle fonti ogni elemento come il suo esatto opposto, sorvolando sulla più parte delle contraddizioni anche se intrinseche al testo in sé stesso o a testi di analogo argomento appartenenti allo stesso giurista (non pochi degli studi in materia, rendendo tale autore degno, piuttosto che di studi sulla sua logica argomentativa, di indagini di psichiatrico sulla sindrome di sdoppiamento della personalità di cui egli sembrerebbe in tali visuali soffrire, potrebbero recare come sottotitolo qualcosa come «sulla schizofrenia di Ulpiano»). L'illusione di giungere per tal via ad una appagante concordia delle fonti e così alla ricostruzione di un ordinamento più duttilmente variegato ed idoneo a rispecchiare, conglobandole, ogni esigenza ed ogni soluzione prospettabile, porta quindi allo sforzo di superare ogni antinomia, senza sfruttarla per riordinare diacronicamente le diverse impostazioni (per tal verso, anzi, l'esigenza di considerare sino ad assoluta prova del contrario la classicità di un testo, come si sente sovente affermare, non fa che confermare un alquanto superato atteggiamento in cui il diritto delle età successive viene considerato una sorta di immondezzaio di quanto non è attribuibile ai *prudentes*, senza pensare che i materiali che ci offre il Digesto, come pur sembrerebbe ovvio, vanno riordinati in base a quanto ci possono dire non solo del diritto appunto classico, ma altresì, in

⁴⁰⁶ In riferimento ai famosi passi delle costituzioni *Tanta-Disdoken* e *Deo auctore* in cui Giustiniano ordina di conformare i passi dei giuristi classici al diritto vigente e alle finalità della propria compilazione (cfr. *tant.* 10: '*... hoc tantummodo a nobis effecto, ut, si quid in legibus eorum vel supervacuum vel imperfectum aut minus idoneum visum est, vel adiectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis. et ex multis similibus vel contrariis quod rectius habere apparebat, hoc pro aliis omnibus positum est unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum ...*'; *deo auct.* 4: '*... libros ad ius Romanum pertinentes et legere et elimare ...*'; 7: '*... volumus, ut, si quid in veteribus non bene positum libris inveniatis vel aliquod superfluum vel minus perfectum, supervacua longitudine semota et quod imperfectum est repleatis et omne opus moderatum et quam pulcherrimum ostendatis ...*'; 10: '*... sed et si quae leges in veteribus libris positae iam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus ...*') e agli eccessi «genuinisti» di non poca parte della dottrina corrente, si veda recente GALLO, *Synallagma e conventio*, I, cit. [nt. 382], p. 134 ss. (sull' «oltranzismo antinterpolazionista» si veda altresì A. GUARINO, *Giusromanistica elementare*, Napoli, 1989, p. 176 ss.).

certa parte, di quello tardoantico e giustiniano): e questo, soprattutto, avviene nell'alveo di una analisi del testo che, per giungere ad una visuale atta a coordinare prospettive tra loro incompatibili e ad ignorare ogni incongruenza, tende inevitabilmente a divenire sovente piuttosto generica se non superficiale⁴⁰⁷, mentre d'altra parte, anche nelle opere di maggior respiro su tali temi, non è raro che i testi in questione vengano per lo più affrontati soltanto in relazione ai singoli temi cui si riferiscono, in una indagine parziale e sempre relativa allo specifico contesto in cui essi vengono di volta in volta esaminati, con conseguenze che non di rado si traducono in osservazioni meramente episodiche in cui sovente lo stesso passo, a seconda di quanto di volta in volta risulta proficuo allo studio, è visto talora come sostanzialmente genuino, in altri casi come corrotto⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Per quanto riguarda, in particolare, la posizione di Luigi Capogrossi Colognesi in ordine a D. 8.5.10, cfr. *supra*, nt. 57. A tale proposito, del resto, potrebbero tornare in mente le parole già che Biagio Brugi (nt. *d* a GLÜCK, *op. cit.* [nt. 6], VIII, cit. [nt. 9], p. 67) riservava a simili tentativi di rifiuto aprioristico di ogni antinomia testuale: «Quanti sforzi ridicoli ed illogici, quanti gretti mezzucci, quante ipotesi strane per conciliare talora due frammenti realmente contraddittori! E il peggio si è che questo non di rado forma il miraggio di giovani e forti ingegni, cui poi da un lato i pochi ammiratori delle suddette conciliazioni forzate impartiscono il battesimo d'acuti, mentre la massa dei giuristi di buon senso non che considerare come parenti i suddetti conciliatori, non li vuol neppure come affini». D'altra parte, la inconsapevole malafede sottesa agli atteggiamenti genuinisti oggi ancora in voga si manifesta in particolare nel fatto che letture interpolazionistiche vengono oggi più facilmente praticate ed accettate quando, studiando tali età successive del diritto romano, si tratti di attribuire positivamente determinati aspetti dei testi all'età postclassica o giustiniana, mentre risulta molto più difficile, trattando del diritto classico, che si accetti di espungere da una fonte quanto semplicemente non appare genuino, dando con ciò l'impressione di sottrarre ai testi alcunché che venga in tal modo posto fuori dall'ambito dell'indagine, ed urtando per tal via quel «buonismo» interpretativo che implicitamente tende a considerare una colpa, in uno studio sul diritto classico, privare una qualsivoglia affermazione della dignità appunto di «classica».

⁴⁰⁸ Si vedano ad esempio, in relazione a D. 43.19.5.3, le non coincidenti posizioni di Giuseppe Grosso riscontrabili in *Le Servitù prediali nel diritto romano*, cit. [nt. 3]: a p. 181 s., nel paragrafo intitolato «la possessio o quasi possessio delle servitù», si accenna al rimaneggiamento del passo in relazione all'idea di acquisto del diritto in virtù della *longa possessio*, e a p. 217, nelle pagine dedicate a «vetustas e longi temporis praescriptio», si afferma che «una estensione della *vetustas* all'*iter* parrebbe risultare da D. 43.19.5.3», aggiungendo che peraltro il testo è «sospettato di alterazioni», e quindi, dopo aver affermato, in maniera non del tutto esatta, che nel normale *interdictum de itinere actuque reficiendo* (sulla verosimile sufficienza a tal fine di precedenti incontestate operazioni di *refectio* cfr. *supra*, nt. 308) «non basta mostrare di aver esercitato il passaggio nell'anno, ma anche di avere il diritto di passaggio», si aggiunge che «comunque, anche prendendo tutto per buono, quando D. 43.19.5.3 ci dice che, anche se uno non ha la servitù *iure imposita*, ma ha *velut longae possessionis praerogativa ex eo quod diu usus est servitute*, può usare dell'interdetto, si potrebbe sempre dire che si tratta di un surrogato agli effetti dell'interdetto *de itinere reficiendo*, non della costituzione della servitù», precisando come tuttavia il passo certo si esprime male, a partire da quella *velut longae possessionis praerogativa*: tuttavia, a p. 307 s., parlando specificamente dell'*interdictum de itinere actuque reficiendo*, dopo aver ricordato come l'interdetto richiedeva, oltre all'uso annuale, la prova dello *ius reficiendi*, ossia del fatto che esso non fosse escluso dal titolo si aggiunge: «abbiamo però già visto che alla esistenza della servitù era equiparata *velut longae possessionis praerogativa*», non solo rinviando proprio a p. 217, dove, al pari di quanto avveniva a p. 181 s., come si è visto si era affermato il contrario, ma altresì ammettendo quindi la classicità di D. 43.19.5.3, pur non nominato esplicitamente, nonostante i forti dubbi prima espressi, e senza neppure ricorrere all'*escamotage* di considerarlo «un surrogato» o in ogni caso un interdetto utile (cfr. *supra*, nt. 308 s.: neppure la locuzione '*servitute[m] impositam non habeat*', del resto, doveva in sé sospettare Giuseppe Grosso, che anzi, in *La condizione del suolo provinciale*, cit. [nt. 82], p. 763, a proposito di D. 4.7.1.pr. e *Vat. fr.* 61 – cfr. *supra*, nt. * al titolo –, dopo aver cassato '*tuitio praetoris*', considera '*non iure constitutis*' come espressione classica equivalente a «costituzione pretoria», in contrapposizione a quella civile implicata dalla locuzione '*iure constitutus*'). D'altra parte, il discorso di Giuseppe Grosso in ordine alla *refectio* della servitù di passaggio desta perplessità anche in ordine all'esame di D. 8.5.4.5 (cfr. *supra*, nt. 18, 38 e 266 s.), che, in relazione all'obbligo di togliere l'*arbor impendens*, viene esaminato (anche in riferimento a D. 7.1.19.1, Pomp. 5 *ad Sab.*) trattando della *servitus oneris ferendi* e degli eventuali obblighi positivi del titolare del fondo servente (p. 85 s.) e in relazione al rapporto tra tale particolare uso della *vindicatio servitutis* ed il normale *interdictum de itinere actuque reficiendo* (p. 164, 294 e 298), ma mai in relazione a D. 43.19.5.3, che, ammettendo la *refectio* della servitù in base al mero uso pregresso dell'*iter* e non in base al requisito della prova dello *ius reficiendi*, generalizza la possibilità della *refectio* al di là delle previsioni in tal senso del titolo, così da potere interagire in maniera non trascurabile – quantomeno in modo potenziale: cfr. peraltro *supra*, nt. 267 e 308 – nel rapporto tra *actio* e normale *interdictum* (ovviamente, nell'ipotesi che si consideri sostanzialmente classico D. 43.19.5.3, come fa Giuseppe Grosso: ipotesi come si è visto invece da rifiutare). Né è qui il caso di entrare nelle ulteriori perplessità (cfr. F. ZUCCOTTI, *Ancora sullo «ius reficiendi»*, cit. [nt. 267], p. 499 ss. e 507 ss.) destinate dalle conseguenze cui conducono le affermazioni del maestro torinese in relazione a D. 8.5.4.5 (cfr. *Le servitù*, cit., p. 298): «E si noti che la questione circa il diritto o meno di riparare l'*iter* o l'*actus* poteva avere un suo

Tale tendenza a coordinare e a conciliare sempre ed in ogni caso le affermazioni dei testi, accettandone di fatto ogni contraddizione, per altro verso, non sembra fare altro che spostare i problemi presenti nella materia delle servitù su altri e ulteriori piani, rendendoli ancor più difficilmente risolvibili quando si tratti di approfondire, in concreto, il funzionamento degli istituti ed il loro interagire nella ricostruzione del (relativo) sistema di fondo ad essi sotteso: quadro generale che anzi, in tale crogiuolo di elementi incompatibili, diviene il più delle volte alquanto evanescente e di per sé inutile.

In effetti, la considerazione non raramente isolata dei vari passi e delle varie questioni non può procedere se non in una svalutazione più o meno conscia di tali aspetti sistematici, nel quadro di una prospettiva metodologica dove è giocoforza accontentarsi di soluzioni in cui si rinuncia programmaticamente a verificare i risultati di volta in volta raggiunti confrontandoli ai cardini paradigmatici della generale architettura giuridica in cui vanno inseriti, così da saggiare in questo modo la validità di tali risultati nella loro effettiva corrispondenza alle coordinate di fondo dell'ordinamento: non è un caso, per tal verso, che i problemi sollevati già all'inizio dello scorso secolo da Vincenzo Arangio-Ruiz in ordine alle implicazioni del giudicato derivante dalle *actiones de servitute* e alla conseguente inconfigurabilità di un loro esperimento, in particolare, *adversus quemvis possessorem*, vengano in linea di massima ignorati dalla dottrina dell'ultimo cinquantennio, che procede in senso opposto senza tuttavia essere mai arrivata, al di là di qualche obiezione empirica piuttosto inconcludente, non solo ad una loro reale confutazione, ma neppure ad un loro vero e proprio tentativo di riesame critico⁴⁰⁹ (in particolare, non risulta neppure essere stato azzardato un coordinamento tra i problemi derivanti dall'opponibilità al *dominus* di una ipotetica sentenza derivante da una causa *de servitute* cui egli sia rimasto estraneo ed i rimedi pur previsti dal sistema formulare, come in primo luogo la *exceptio 'quod praedictum fundo partive eius non fit'*, per evitare consimili problemi di contrasto di giudicati)⁴¹⁰.

A tale proposito, anzi, è facile notare come i problemi connessi a tali questioni di giudicato siano stati ignorati in quanto, ancora una volta, la dottrina ha per lo più affrontato i temi ad essi riconducibili in maniera partita ed isolata, senza preoccuparsi di giungere ad una effettiva *reductio ad unum* che consentisse di rintracciare, attraverso il confronto tra tali elementi, i concreti meccanismi di funzionamento delle azioni relative agli *iura in re aliena*, come in primo luogo sarebbe stato necessario in ordine allo *ius vindicandarum servitutum* può darsi attribuito da Giuliano, contro tutti gli altri *prudentes*, all'usufruttuario, ovvero in relazione alla legittimazione passiva alla *vindicatio servitutis* ed alla *petitio usus fructus* riconosciuta da taluni testi nella loro stesura giustiniana ad ogni terzo possessore. In tale prospettiva, si è così guardato alla possibilità del *fructuarius* di perseguire la servitù con la confessoria senza porsi il problema (forse non a caso ignorato dalle testimonianze testuali in materia conservatici dai giustiniane) della sua corrispondente legittimazione passiva alla *negatoria servitutis*, dove tale ampliamento della legittimazione a tali azioni diventerebbe alquanto più arduo da giustifi-

fondamento distinto, in quanto, come abbiamo visto (...), nel costituire tali servitù si poteva statuire che il titolare non avesse il *ius reficiendi* (o questo fosse limitato) (Ulp. D. 43,19,3,14). L'*interdictum de itinere actuque reficiendo*, che spettava a tutela della facoltà di *reficere*, era formulato in modo da adeguarsi alle varie ipotesi con riferimento diretto alla *refectio*; però anche se il titolare della servitù avesse intentato la *vindicatio servitutis* (poteva p. es. essere passato un anno di *non usus* così che l'*interdictum* non era più proponibile), ponendo così il fulcro sull'esistenza della servitù, il convenuto, ove il diritto di *reficere* (o di fare quella *refectio*) fosse stato escluso nell'atto costitutivo, sarebbe stato assolto, se non altro per il venir meno della legittimazione passiva e di una corrispondente possibilità di individuare una *restitutio*; il che poteva circoscrivere gli effetti della decisione. Ma non possiamo ulteriormente analizzare i problemi sorgenti da D. 8,5,4,5». Frase dove non si comprende perché mai, se era escluso o limitato lo *ius reficiendi* – da intendere, secondo la formula interdittale, come diritto di provvedere direttamente alla *refectio*: '*... quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto*' – dovesse per questo essere altresì escluso il diritto di pretendere che la servitù fosse agibile (cfr. ancora *supra*, nt. 267), ma dove soprattutto non si tiene affatto conto dell'interdetto (utile) accordato da Ulpiano in D. 43.19.3.5, che, se in ipotesi fosse davvero classico come sostenuto appunto da Giuseppe Grosso, muterebbe pressoché alle radici i presupposti del discorso fatto dall'autore torinese, senza tenerne conto, su D. 8.5.4.5.

⁴⁰⁹) Cfr. *supra*, nt. 34, 37 e 38.

⁴¹⁰) Cfr. *supra*, § 1 e nt. 23 ss.

care e dove i conseguenti problemi di giudicato sarebbero per vari versi ben più evidenti⁴¹¹; né risulta essere stato posto il problema di come le stesse fonti in materia, se per quanto riguarda l'usufruttuario gli attribuiscono *tout court* la *vindicatio servitutis* già a partire da Giuliano, per altro verso ancora nella compilazione giustiniana si fanno scrupolo a concedere, a tal fine, soltanto un'*actio utilis* a possessori qualificati come il superficiario, il creditore pignoratizio e il vettigalista, secondo una soluzione che, per gli ultimi due, risale direttamente a Giuliano (D. 8.1.16)⁴¹²; fattore che avrebbe in effetti avrebbe dovuto quantomeno condurre a sollevare il problema dei motivi per cui il giurista attribuisse invece la normale *vindicatio servitutis* ad un semplice detentore quale l'usufruttuario, e a tentare quindi per questa via di giungere ad un miglior inquadramento sistematico di tutta tale problematica processualistica (prospettiva in cui, del resto, sarebbe possibile rilevare non poche ulteriori incongruenze, a partire dalla difficile congetturabilità di una concessione, da parte di Giuliano, dell'*actio legis Aquiliae* al *fructuarius*: aspetto che a sua volta contribuirebbe forse a rendere ulteriormente più problematica l'attribuzione a questi, da parte del giurista adrianeo, di un'*actio in rem* quale la *vindicatio servitutis*)⁴¹³.

⁴¹¹) Cfr. *supra*, nt. 75, 166 e § 10 *in fine*.

⁴¹²) Cfr. *supra*, nt. 79.

⁴¹³) Cfr. D. 9.2.11.10 (Ulp. 18 *ad ed.*: '*An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum*') e D. 9.2.12 (Paul. 10 *ad Sab.*: '*Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit*'), su cui, nella letteratura più antica, C. FERRINI, *Postille esegetiche ai frammenti del commentario di Ulpiano alle formule edituali ad legem Aquiliam* (1886), in *Opere*, cit. [nt. 8], II, p. 104 s., e *La legittimazione attiva nell' «actio legis Aquiliae»* (1891), *ivi*, V, p. 207, BAVIERA, *La legittimazione passiva nell'actio aquae pluviae arcendae*, cit. [nt. 14], p. 174 nt. 1 (che contro la visuale di Contardo Ferrini, per il quale l'*actio utilis legis Aquiliae*, su cui Giuliano risulterebbe ancora dubbioso, sarebbe stata concessa al *fructuarius* «senza esitanza ai tempi di Ulpiano», reputa interpolate in D. 9.2.11.10 le parole '*et ego puto ... dandum*' per ragioni non solo formali, ma soprattutto per il fatto che in D. 43.24.13.pr. Ulpiano – 71 *ad ed.* – concede all'usufruttuario non solo l'*interdictum quod vi aut clam*, ma altresì l'*actio legis Aquiliae – tout court*, senza limitarsi all'*actio utilis* –, mentre anche l'affermazione di Paolo in D. 9.2.12, relativa all'azione data '*ad exemplum legis Aquiliae actio*', contrasta con il fatto che lo stesso Paolo – 9 *ad Sab.* – in D. 47.7.5.2 negava all'usufruttuario persino l'*actio arborum furti caesarum*), e A. DE MEDIO, *La legittimazione attiva nell' «actio legis Aquiliae» in diritto romano classico*, in «Studi V. Scialoja», I, cit. [nt. 109], p. 65 ss. (che con Giovanni Baviera reputa interpolata anche la concessione della sola azione utile all'usufruttuario e all'usuario); nella letteratura più recente si vedano, dal punto vista soprattutto dell'usufrutto, GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 256 s., WESENER, *Iulians Lehre vom usufructus*, cit. [nt. 14], p. 100 (secondo cui Giuliano avrebbe dato direttamente all'usufruttuario l'*actio legis Aquiliae*, mentre Paolo e Ulpiano gli avrebbe concesso solo *actiones utiles*), e *Actiones ad exemplum*, cit. [nt. 14], p. 225 s., e J. ILIFFE, *The Usufructuary as Plaintiff under the Lex Aquilia according to the Classical Jurists*, in «RIDA», 3^a s., XII, 1965 p. 325 e nt. 2, p. 326, 330 s., 332 ss. e 341 ss. (cfr. soprattutto, in relazione alle conclusioni di Edoardo Carrelli e di Bernardo Albanese ed ai dubbi dell'autore, p. 345 s.), e, nella prospettiva della *lex Aquilia* e del processo nonché in generale, E. CARRELLI, *La legittimazione attiva all' «actio legis Aquiliae»*, in «RISG», IX, 1934, p. 367 ss. e 371 ss., M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, p. 178 s., ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, cit. [nt. 14], p. 251 e 260 ss., P. VOCI, *Risarcimento e pena privata*, cit. [nt. 216], p. 74 s. e nt. 6, J.A.C. THOMAS, *An Aquilian Couplet*, in «Studi Biondi», II, cit. [nt. 1], p. 178 nt. 32, S. SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problema della «culpa»*, Torino, 1969, p. 408 e 409 (sulla collocazione pallogenetica del passo: cfr. tra l'altro la recensione di A. D'ORS, in «AHDE», XL, 1970, p. 798, e C.A. CANNATA, *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, in «Labeo», XVII, 1971, p. 64 ss.), M. BRETONE, *Il giureconsulto interprete della legge*, in «Labeo», XV, 1969, p. 306 (a proposito delle osservazioni su tale tema di U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1967, p. 82 ss.), LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, cit. [nt. 14], p. 170 (secondo cui, qui e in generale, l'estensione la concessione di azioni utili o *in factum* a soggetti diversi dal *dominus*, così come di *actiones ad exemplum legis Aquiliae* – destinate a divenire *actiones utiles* nella legislazione giustiniana –, costituirebbe non un abbandono dei principii in materia ma una più duttile applicazione di essi: cfr. la recensione di L. LABRUNA, in «Iura», XXIII, 1972, p. 193 e nt. 78), VALIÑO, *Actiones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia*, cit. [nt. 14], p. 85 s. (che reputa il testo accordato dai compilatori, avanzando sospetti circa la menzione dell'*usuarius*, ma accetta come genuina l'opinione di Giuliano, più concessiva rispetto a quella ulpiana, in vista dell'atteggiamento del primo volto ad estendere i poteri dell'usufruttuario: cfr. le recensioni di A. FERNÁNDEZ BARREIRO, in «AHDE», XLIII, 1973, p. 623, e di W. SELB, in «ZSS», CVIII, 1978, p. 494), e *Actiones utiles*, cit. [nt. 79], p. 65 s., J.M. THOMSON, *Who Could Sue on the Lex Aquilia?*, in «LOR», XCI, 1975, p. 207 ss., G. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, in «SDHI», XLI, 1975, p. 41 (che collega D. 9.2.12 al principio generale enunciato da Pomponio – 39 *ad Q. Muc.* – in D. 19.5.11), R. SOTTY, *Recherche sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977, p. 80 s. e 389 s., e *Les actions qualifiées d'*

A questi aspetti si aggiunge poi la tendenza della dottrina, come si è accennato, a limitarsi più che altro al solo aspetto sostanziale e per così dire statico dei passi relativi, in particolare, ad azioni utili concesse al titolare di una servitù cosiddetta pretoria, prospettando tali mezzi di tutela in un ambito metodologico improntato a canoni dogmatici, sia pur lasciati sullo sfondo, di tipo essenzialmente moderno⁴¹⁴: e per tal verso è notevole come, non appena si esca da tali impostazioni per

«*utiles*» en droit classique, in «Labeo», XXV, 1979, p. 147 s., D. PUGSLEY, *On the Lex Aquilia and Culpa*, in «T.», L, 1982, p. 8 s. e nt. 41 (sul carattere «utile» dell'azione), P. BIRKS, *A Point of Aquilian Pleading*, in «Iura», XXXVI, 1985, p. 105 e nt. 35 (sulla distinzione tra 'vulneratus' e 'occisus'), SELB, *Formulare analogien in «actiones utiles» und «actiones in factum» am Beispiel Julians*, cit. [nt. 79], p. 319 s., BALDESSARELLI, *La ricostruzione giuridica italiana del concetto romano di usufructus*, cit. [nt. 9], p. 71 s., VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, cit. [nt. 14], p. 211 ss. e 447 ss., e M.S. DEL CASTILLO SANTANA, *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1994, p. 61 (cfr. p. 98). Dai due passi (cfr. anche D. 7.1.17.3 [Ulp. 28 *ad Sab.*], che accorda all'usufruttuario, in caso di uccisione del *servus fructuarius*, un *utilis actio exemplo Aquiliae legis*), in cui Paolo e Ulpiano concordano nel riconoscere all'usufruttuario – analogamente a quanto avviene per l'*actio furti*: cfr. in particolare D. 47.2.46.1 (Ulp. 42 *ad Sab.*) – un *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae* in cui egli agisce 'pro portione usus fructus' (cfr. CARRELLI, *op. ult. cit.*, p. 367 ss., ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 268, e WESENER, *Actiones ad exemplum*, cit. [nt. 14], p. 226), non è chiara la posizione in materia di Giuliano (in D. 9.2.11.10 ci si limita a dire che 'Iulianus tractat' del problema, senza neppure affermare esplicitamente che egli proponesse una precisa soluzione in proposito: cfr. ILIFFE, *op. cit.*, p. 327), ma soprattutto dall' 'et' che introduce la posizione ulpiana (cfr. ILIFFE, *op. cit.*, p. 330 s., e VALDITARA, *op. cit.*, p. 451 ss.) si può ipotizzare che Giuliano si limitasse a negare comunque la possibilità che il *fructuarius* agisse con una azione di danno aquiliano (cfr. CARRELLI, *op. ult. cit.*, p. 369, e ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 239: *contra*, VALDITARA, *op. cit.*, p. 450 e nt. 499), o che gli accordasse anch'egli l'*actio utilis* (cosa che peraltro sembra esclusa dal 'puto melius' che introduce la posizione di Ulpiano: cfr. CARRELLI, *op. ult. cit.*, p. 369 ss., e ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 239 nt. 2; più possibilisti, intendendo tale espressione nel senso di «anch'io ritengo più opportuno», ILIFFE, *op. cit.*, p. 328 ss., VALIÑO, *Actiones pretorias complementarias*, cit., p. 85 s. e nt. 127, e la ricordata recensione di SELB, p. 493 s.), ovvero che non gli riconoscesse alcun mezzo processuale (cfr. soprattutto VALDITARA, *op. cit.*, p. 458), ma quello che sembra davvero difficile, nonostante le autorevoli opinioni espresse in tal senso (si vedano ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 237 ss. – cfr. *supra*, nt. 14 –, WESENER, *Iulians Lehre*, cit., p. 100 s., LUBTOW, *op. ult. cit.*, p. 170, e, con qualche esitazione, VALIÑO, *loc. ult. cit.*), è che Giuliano accordasse qui al *fructuarius* senz'altro l'azione diretta *ex lege Aquilia* (contro tale ipotesi, oltre a Giuseppe Valditarà, cfr. tra l'altro FERRINI, *loc. ult. cit.* – che trova la cosa «già di per sé troppo evidente» –, CARRELLI, *op. ult. cit.*, p. 369 ss., ILIFFE, *op. cit.*, p. 327 ss., e THOMAS, *loc. ult. cit.*): si veda in particolare VALDITARA, *op. cit.*, p. 460 ss. – che come si è visto opina che al massimo Giuliano concedesse all'usufruttuario un'azione utile rispetto alla *vindicatio servitutis*: cfr. *supra*, nt. 14 e 79 –, secondo il quale, in primo luogo, se Giuliano avesse già in ipotesi esteso l'*actio legis Aquiliae* al *fructuarius*, sarebbe inspiegabile la ritrosia ad estendere tale azione a persone diverse dal *dominus* riscontrabile invece in Ulpiano e nell'intera «scuola papiniana» in materia (su tale espressione e sull'atteggiamento unitario in tema di legittimazione ad agire dell'usufruttuario di Papiniano, Paolo e Ulpiano, si vedano FERRINI, *op. ult. cit.*, p. 198, e CARRELLI, *op. ult. cit.*, p. 370), mentre in senso contrario, oltre alla circostanza che Giuliano in D. 9.2.11.9 (Ulp. 18 *ad ed.*) nega tale legittimazione al commodatario (cfr. VALDITARA, *op. cit.*, p. 480 ss.), e in D. 9.2.5.3 (Ulp. 18 *ad ed.*) si mostra alquanto dubbioso circa la concessione in via utile del rimedio aquiliano (cfr. *ibid.* p. 422 ss. e 501 ss.: si veda tra l'altro M. MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*». *Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis'*; Napoli, 2001, p. 65 e nt. 136), sembra decisivo il fatto che la *lex Aquilia* attribuiva la legittimazione all'azione solo che a colui che fosse *erus*, ossia *dominus*, mentre, in generale, non sembrano esservi elementi sufficienti per seguire la tesi di Bernardo Albanese – cfr. *supra*, nt. 14 – secondo cui Giuliano avrebbe inquadrato il *fructuarius* nella sfera dei *domini* cui la *lex Aquilia* concedeva una tutela diretta (cfr., anche in relazione ai convergenti argomenti desumibili da *Vat. fr.* 83, VALDITARA, *op. cit.*, p. 463 s.). Si tenga infine presente che, tra l'altro, ad un *actio utilis* si ricorreva, per quanto riguarda l'usufruttuario, anche in ordine all'*actio de servo corrupto* (cfr. GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 257, in relazione a D. 11.3.9.1 [Ulp. 23 *ad ed.*], su cui si veda di recente B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, Milano, 1998, p. 89 ss., 103 s. e 105 ss.), mentre sempre soltanto un'estensione in via utile dell'*actio aquae pluviae arcendae* era concessa al *fructuarius* (cfr. per tutti GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 254 ss.). Anche in questo caso, dunque, appare evidente come non sia possibile giungere a soluzioni effettivamente convincenti se non attraverso un serrato raffronto sistematico dei vari passi in materia e delle loro implicazioni costruttive sulla generale architettura degli istituti in questione.

⁴¹⁴) In effetti, il disinvolto impiego euristico della categoria dell' «*usus iuris*» compiuto da Vincenzo Mannino (*La tolleranza dell'usus iuris nell'esperienza giuridica romana*, cit. [nt. 57]) si impernia su di una indebita «sostanzializzazione» di tale nozione che, mirando soprattutto all'accettazione della configurabilità classica di azioni a tutela di questo quali quelle prospettate da D. 6.2.11.1, D. 39.3.1.23 e D. 8.5.10.pr., trascura inevitabilmente e si potrebbe anzi dire programmaticamente – altrimenti, come si è visto, la fallacità di tali risultati sarebbe stata subito evidente – la presenza e la rilevanza nell'ordinamento romano, ed in particolare nell'*ordo iudiciorum* classico, della tutela rappresentata, su un piano fattuale e non *de iure*, dalla procedura interdittale. Infatti l'indagine di Vincenzo Mannino, che già nella «Premessa» muove da una aprioristica rivalutazione della *quasi possessio*, rifiutando le ipotesi interpolazionistiche in

guardare invece alla concreta realtà e alla immediata utilità dei vari istituti in relazione ai fini di tutela processuale delle diverse posizioni per cui essi sono stati introdotti dalla giurisprudenza, il quadro globale così offerto muti sensibilmente ed appaia subito fornire, già in prospettive pur ancora limitate ad una generale visione d'insieme, possibilità di soluzione e di riordinamento sistematico alquanto più promettenti⁴¹⁵.

nome di una più duttile e per così dire «democratica» prospettiva di *ius controversum* e di pluralità di opinioni consona al metodo casistico dei *prudentes* (p. 1 ss.), sin dall'esame di D. 8.1.20, con cui inizia il primo capitolo («La 'patientia'», p. 11 ss.), non si domanda per nulla a quali effetti rilevasse la *vacua traditio* consistente nella prestazione della *cautio* e quindi l'*usus iuris* che Giavoleno richiede in alternativa alla prima (che l'autore, con notevole balzo diacronico – cfr. *supra* nt. § 7 e nt. 177 s., 185 e 190 –, identifica *tout court* con la *patientia*: p. 14), e quindi, lasciando del tutto in secondo piano la sua valenza interdittale (ricordata soltanto a p. 18 s.), che pur viene evidenziata esplicitamente dal passo («*ideoque et interdicta ... constituti sunt*»), considera la *traditio* senz'altro come modo di costituzione della servitù al di là di ogni rilevanza della *pactio et stipulatio* cui pur risulta direttamente rinviare la *cautio* stessa (a p. 16 s. si dice che tale *traditio* dà luogo ad una situazione *quasi possessoria* analoga a quella che si aveva nell'ipotesi di vendita di un bene corporale e di trasferimento del suo possesso tramite *traditio*), e in tale prospettiva la stessa *cautio* viene considerata – p. 19 – semplicemente nei termini di una mera garanzia): cosicché l'analisi di D. 8.1.20 si conclude con l'incredibile assunto – cfr. *supra*, nt. 194 – secondo cui per Labeone «la *cautio* da parte del venditore avrebbe rappresentato lo strumento idoneo a garantire al compratore, sul piano obbligatorio, l'esercizio pieno del *ius fundi*» (p. 20: cfr. altresì p. 79 ss.) – quasi che il giurista non accordasse normalmente a chi esercitava di fatto una servitù la relativa tutela possessoria –, mentre con Giavoleno, in un «superamento del sistema della garanzia già enucleato da Labeone (p. 19)», «la previsione della tutela interdittale possessoria avrebbe invece garantito *erga omnes* chi avesse l'*usus* del diritto» (p. 20). Ed infatti, dopo aver esaminato D. 19.1.3.2, in cui inopinatamente si scorge una «riaffermazione da parte di Pomponio dell'obbligo del venditore di una servitù di garantire all'acquirente di non impedirne l'*usus*» (p. 21 s.: cfr. *supra*, nt. 185), l'indagine di Vincenzo Mannino muove decisamente verso la necessità di rinvenire una tutela in via di azione di tale *usus iuris*, cosicché dopo l'esame di D. 8.5.16 (p. 26 ss.), dove come si è visto il problema verte sull'individuazione di una tutela in via di *actio* e di *exceptio* (cfr. *supra*, nt. 75, 151, 191, 195 e 197), si arriva direttamente a considerare l'*actio* modellata sulla Publiciana di cui parla D. 6.2.11.1 (cfr. *supra*, nt. 188, 205 e 214 s.) e, insistendo sulla tutela accordata all'usufrutto *traditus* (p. 33 ss. e 38 ss.) si ritorna a tale frammento, dopo una analisi di D. 8.6.25, interpretato nientemeno che in termini di *usus servitutis* di buona fede (p. 47 ss.: cfr. *supra*, nt. 168), in una costruzione ove il passo sulla *Publiciana* viene stupefacentemente visto come connesso nella maniera più stretta e necessaria a D. 8.6.25 ed a D. 8.5.16 (frammenti tanto eterogenei tra loro quanto entrambi rispetto a D. 6.2.11.1), basandosi sull'assurda affermazione che in D. 8.6.5 si richiederebbe la *bona fides* per la tutela interdittale, in una trasformazione per cui, a partire «almeno» dall'epoca di Traiano, la giurisprudenza si «sforzò» per porre la buona fede quale requisito della tutela interdittale (p. 65 s.: cfr. *supra*, nt. 168): un vertiginoso mutamento di prospettiva rispetto ad ogni teoria ricostruttiva sinora conosciuta che, come si è visto, si fonda sull'incomprensione del requisito della convinzione di esercitare secondo diritto proprio degli interdetti *de aqua* posto da D. 43.20.1.9-10. 19 e 39, su cui *supra*, nt. 77, 167 e 169: p. 67 ss.) e sul travisamento di D. 43.19.1.11 (p. 69 ss.), in cui si ignora del tutto il significato della previsione '*neq. precario*' nell'*interdictum de itinere* (cfr. *supra*, nt. 168), e dove persino D. 43.19.7 (p. 73) viene equivocato scorgendo, nella necessità di avvalersi la servitù con la convinzione di esercitare una propria prerogativa, nientedimeno che una esplicazione dell'*usus servitutis* di buona fede (cfr. *supra*, nt. 168). Una rivoluzione epocale della procedura decretale in cui non ci si rende affatto conto di snaturare del tutto la tutela dello stato di fatto che è propria degli interdetti per subordinarli invece ad accertamenti incompatibili con il loro carattere veloce e provvisorio ed incardinarli ben diversamente (come infatti avverrà in età postclassica: ma l'autore non sembra rendersi conto di tale incongruità) all'accertamento di elementi riguardanti non più il carattere fattualmente *rectus* dell'esercizio, ma la sua legittimità in vista del momento costitutivo della servitù che ha dato luogo a tale *usus servitutis* (cfr. *supra*, § 11): e tutto questo al fine di parificare l'esercizio della servitù tutelato interdittalmente alla *possessio* del diritto considerata dalla Publiciana di cui in D. 6.2.11.1 (p. 74: «insomma, la tutela interdittale della *quasi possessio servitutis* restava subordinata all'*usus* in buona fede del *ius*, al pari di quanto del resto accadeva per la tutela mediante *actio Publiciana*»). Per questa inconsulta via, e coinvolgendo, secondo modalità inconclusive su cui non è qui il caso di soffermarsi (cfr. in ogni caso *supra*, nt. 168 s., nonché nt. 63, 74, 86, 218 s., 222, 225 e 395), altresì le affermazioni di Pomponio sulla *vetustas* in D. 43.20.3.4 (cfr. *supra*, nt. 76), Vincenzo Mannino può dunque giungere a considerare risolutivamente nella sua inverosimile visuale ricostruttiva D. 39.3.1.23 e D. 8.5.10.pr. (il § 1 di quest'ultimo, che *ictu oculi* palesa la sua originaria natura interdittale, non è infatti preso da lui in considerazione: cfr. a p. 156 l'indice delle fonti) e, sostenendo le affermazioni dell'uno con quelle parimenti improbabili dell'altro (cfr. *supra*, nt. 57), affermare la classicità dell'azione da essi adombrata (cfr. altresì p. 152 ss.).

⁴¹⁵ Si allude ancora una volta (si veda *supra*, nt. 83, 85, 172 e 341, ed *infra*, nt. 437) ad Alessandro Corbino (che in particolare – '*Servitù*', cit. [nt. 85], p. 254 s. – a proposito degli interventi pretorii in materia di servitù gravanti su fondi estranei al *dominium ex iure Quiritium*, tende a scartare che il pretore accordasse una tutela di tipo «reale», data la difficoltà rappresentata dalla inusucapibilità delle servitù, «che toglie analogia tra il caso in oggetto e quello della corrispondente tutela pretoria della proprietà», preferendo insistere sulla tutela interdittale via via perfe-

Senza il concreto riscontro probatorio conseguibile attraverso il «collaudo» dell'effettivo funzionamento di tali istituti nella realtà processuale, l'indagine dei mezzi di tutela in questione rimane quindi monca e priva di ogni valida verifica, e la conoscenza dell'istituto che ne deriva, mancando di ogni riferimento al suo inserimento nel gioco dei meccanismi contenziosi, appare in ogni caso, oltre che sospetta, parziale e inconclusiva; così, ad esempio, da D. 8.1.20, si è ricavato che – se Labeone richiede, per la *traditio possessionis* della servitù oggetto di *emptio-venditio*, la *stipulatio 'per te non fieri, quo minus eo iure uti possit'* – al contrario Giavolendo, affermando *'ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt'*, debba per forza contraddire il primo in una nuova visione sostanziale degli elementi necessari per far sorgere una simile servitù, senza neppure prendere in considerazione che, da un punto di vista concretamente processuale, il giurista possa qui semplicemente mantenere, in base al pregresso *usus servitutis*, la tutela interdittale al titolare di una servitù cosiddetta pretoria, anche se qui manca il requisito della *traditio*, al solo fine di evitare che la sua posizione venga definitivamente compromessa dall'inadempimento contrattuale del venditore: e soprattutto senza neppure porsi il problema di come soltanto con il passare del tempo una simile soluzione meramente processuale potesse venire generalizzata come normale e quindi teorizzata in termini di «modo di costituzione» della servitù (*patientia*)⁴¹⁶; non diversamente, in D. 8.1.4.pr., il fatto che Papiniano, a proposito delle clausole relative a termini finali e condizioni risolutive della servitù, ammetta che, *'si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutum vindicanti'*, è stato visto da non poca parte della letteratura romanistica come una ammissione della rilevanza di tali elementi accidentali nell'ambito della normale *vindicatio* e quindi nel quadro delle servitù costituite *iure civili*, senza verificare tale eventualità guardando la configurabilità di una simile eccezione, oltre che nella confessoria, nella corrispondente negatoria, dove invece essa diviene, come si è visto, chiaramente impossibile, così da mostrare in maniera definitiva la chiara erroneità di una simile congettura⁴¹⁷.

In effetti, mancando in simili ricostruzioni ogni riscontro di ordine tecnico-processuale, risulta alquanto agevole considerare classici rimedi processuali in realtà risalenti con ogni verosimiglianza al tardo impero: se infatti (come avverte il ricordato – e certo non genuino – D. 3.5.46[47].1, Paul. 1 sent.) negli «*extraordinaria iudicia*» non rileva, al pari della differenziazione tra *'actio utilis'* ed *'actio directa'*, il fatto che si tratti di una confessoria o di una negatoria, risultando del tutto ininferenti ed inutili simili sottigliezze (*'nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum'*)⁴¹⁸, è agevole spiegare come in D. 8.5.10.pr. parte della dottrina possa rintracciare un'*actio utilis* da attribuire al contesto classico, poiché (non diversamente da quando accade per D. 6.2.11.1, relativo alla azione modellata sulla *Publiciana*) è appunto nella verifica consistente nel tentare di risalire alla corrispondente *negatoria* che, come si è visto, emergono gli insuperabili ostacoli a inserire una tale costruzione processuale nel sistema dell'*ordo iudiciorum*⁴¹⁹; non molto diversamente, tenendo presente come nella *cognitio extra ordinem* simili *actiones utiles* tendano a sostituirsi alla tutela interdittale⁴²⁰, il non trascurare di leggere il § 1 di D. 8.5.10 in una prospettiva tecnico-formulare può rendere affatto decisivi i pur pressoché evidenti aspetti che di per sé dovreb-

zionata dall'editto e, per quanto riguarda specificamente le servitù costituite *'pactionibus et stipulationibus'*, sul ruolo dell'*exceptio*, specie *'doli'*). Su tali impostazioni cfr. tra l'altro BURDESE, *Ius consuetudine, pactum, ius e res*, cit. [nt. 91], p. 415 s. e nt. 54.

⁴¹⁶) Cfr. *supra*, § 7 e nt. 195 ss.

⁴¹⁷) Cfr. *supra*, § 15.

⁴¹⁸) Cfr. *supra*, nt. 76. Com'è ovvio non è qui il caso di insistere sul carattere non classico di D. 3.5.46[47].1 – cfr. indicativamente «Index Interpolationum» (I, cit. [nt. 95], c. 42) e relativo «Supplementum» (I, cit. [nt. 95], c. 51) *ad h.l.* –, dato che è appunto proprio tale prospettiva postclassica a renderlo significativo ai fini che qui interessano.

⁴¹⁹) Cfr. *supra*, § 1.

⁴²⁰) Si veda in particolare D. 43.18.1.9 (Ulp. 70 *ad ed.*): *'servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur: sed et interdictum de his utile competit'* (il passo, pur nella sua corruzione – cfr. *supra*, nt. 75, 77, 79, 82 e 122 –, risulta in ogni caso testimoniare tale tendenza).

bero condurre a sospettare che sotto l'attuale stesura si nasconda, ed in maniera neppure troppo dissimulata, una trattazione classica relativa all'*interdictum de aqua*⁴²¹.

Non è certo il caso di insistere ancora sulla tante volte sottolineata diversità della prospettiva romana, che piuttosto di essere frenata da statiche contrapposizioni tra diritti reali e relativi proprie della dogmatica moderna e delle sue classificazioni sistematiche, tende semmai ad affrontare direttamente – pur nel rispetto di principii generali quali in particolare la contrapposizione delle *actiones in rem* a quelle *in personam* – il problema della concreta tutela che si può fornire a situazioni per così dire anomale come quella delle servitù estranee allo *ius civile*⁴²², trovando proprio in tale ricerca la reale sintassi della propria scienza giuridica⁴²³; ma in effetti non sembra per tal verso da sottovalutare il fatto che la dottrina moderna, incentrandosi sul problema astratto della realtà o meno di tali servitù, ha teso, quando propendesse per la soluzione affermativa, a trovare la riprova definitiva di tale sussunzione appunto nell'individuazione di un'*actio in rem*, giungendo così a ritenersi paga di individuare nel preteso nucleo sostanziale genuino di testi come D. 8.5.10, D. 39.3.1.23 nonché D. 6.2.11.1 – che pur nessuno avrebbe certo potuto considerare incorrotti nel dettato ulpiano riferito dai *Digesta* – la dimostrazione dell'esistenza, nel diritto classico, di una simile tutela reale in ordine alle servitù pretorie: e questo senza troppo badare alla circostanza che altre fonti risultino contraddire pianamente una simile eventualità, né agli ulteriori problemi connessi al fatto che in vari *iura in re aliena* la tutela sia rimasta a lungo limitata al semplice piano interdittale, mentre d'altra parte, se i testi in questione parlano di tale *actio utilis* in un ambito concettuale che rinvia senz'altro alla tutela *lato sensu* possessoria fornita dall'interdetto, l'opposta prospettiva risulta ancora paradigmatica nella stessa normazione imperiale dell'ultima età classica, come in particolare si è visto avvenire nella ricordata C.I. 3.34.3 di Alessandro Severo (del 223 d.C.), che in relazione all'ambito provinciale indica ancora l'obbligo di rispettare la servitù, nel caso estensibile ai successivi titolari dei fondi in base ai *placita* intervenuti tra i *contrahentes*, con la locuzione «*aquam duci per praedia prohibere iure non posse*», appunto rinviante, attraverso la menzione della *prohibitio*, ad una soluzione contenziosa di tipo interdittale⁴²⁴.

Questo misconoscimento della centralità dell'interdetto nel sistema romano degli *iura in re aliena* sembra così aver condotto a dimenticare non solo la sua insostituibile funzione nel garantire il corretto esercizio quotidiano della servitù, che non potrebbe evidentemente essere fornito dall'*actio*, ma altresì la funzione preparatoria che esso svolge in relazione alla *quaestio de iure* risolta da quest'ultima, determinando quale tra le parti dovrà essere attore e quale convenuto e quindi decidendo se la questione circa la sussistenza del diritto verrà risolta ricorrendo alla *vindicatio* ovvero alla *negatoria*. Il trascurare questa prospettiva ermeneutica, quindi, conduceva inevitabilmente a limitarsi, con metodologia erronea prima ancora che parziale, ad accontentarsi di rintracciare nelle fonti i lacerti di un'*actio utilis* esperibile *erga omnes*, quale quella adombrata da D. 8.5.10, senza procedere oltre e ricercare, consequenzialmente, la corrispondente *negatoria*, ossia quel «pendant» simmetrico della *vindicatio*, senza cui la presenza una qualsivoglia azione di tipo confessorio, quand'anche «utile», nel sistema dell'*ordo iudiciorum* non risulta dato per nulla definitivo, poiché la realtà dell'onere imposto al fondo non risulta soltanto dalla possibilità del titolare di perseguire il diritto *erga omnes*, ma altresì

⁴²¹) Cfr. *supra*, § 11, nonché nt. 414.

⁴²²) Si veda ancora CORBINO, 'Servitù', cit. [nt. 85], p. 256 s.

⁴²³) Approfondire le ragioni, in buona parte già intuitive, per cui i diritti temporanei di terzi come l'usufrutto o facoltà reali limitate del vicino sulla *res* quali le servitù, interferendo con il regime normale della proprietà, spingano tale regolamentazione sino alle sue estreme possibilità sistematiche, mettendone così fino in fondo in luce l'essenza ultima, porterebbe queste pagine troppo lontane: ma si può almeno rinviare, in ordine a tale aspetto paradigmatico degli *iura in re aliena*, alle osservazioni recate da Giuseppe Grosso nella *Prefazione* al suo corso su *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. XIII ss., anche se esse, conformemente alle visuali di fondo di tale studioso, inclinano a sottolineare, piuttosto che i risvolti sistematici generali intrinseci a tali diritti, soprattutto i loro rapporti con il *dominium* nei suoi aspetti storico-evolutivi e socioeconomici (si veda, infatti, altresì la recensione [1963] – ora in *Scritti storico giuridici*, IV, cit. [nt. 8], p. 548 – del romanista torinese al primo volume – citato *supra*, nt. 14 – del saggio di Mario Bretone sulla nozione romana di usufrutto).

⁴²⁴) Cfr. *supra*, § 13 e nt. 316 e 326.

nella corrispondente possibilità del titolare del fondo preteso servente di negarne l'esistenza nei confronti di chiunque lo accampi⁴²⁵.

Se dunque, come si è visto, il fatto che risultasse inconfigurabile un'azione contraria all'*actio utilis* proposta da D. 8.5.10 non sembra aver preoccupato affatto le ricostruzioni in esame, che senza neppure avvertire tale problema si ritenevano paghe di aver individuato un mezzo di tutela di tipo in qualche modo reale a favore di una sola delle due parti, si può infine osservare come a monte di tutto ciò vi sia altresì stata una generale metodologia ricostruttiva che, nell'ansia di arrivare ai risultati sperati, sembrerebbe aver dimenticato non poche delle normali prudenze che dovrebbero governare l'indagine romanistica, ed anzi le rifiuta senz'altro quando si tratti di impiegare accorgimenti che, per quanto banali, possano in qualche modo risultare in odore di interpolazionismo: un atteggiamento, questo, riscontrabile non solo per quanto riguarda l'attività volta ad emendare i testi da ciò che possa risultare non conforme ai canoni del diritto classico – cosa oggi perlopiù considerata «*politically incorrect*» prima ancora che ormai del tutto superata –, ma altresì in ordine alla più contenuta esigenza di giungere anche attraverso il decisivo ausilio di indizi di questo tipo, come nel caso in esame, ad una ordinata visione diacronica dei problemi in materia, guardando a come nelle varie epoche e nei vari ambiti giuridici e soprattutto processuali siano stati via via risolti i problemi relativi alle servitù cosiddette pretorie e, quindi, alle tracce che tali diverse impostazioni, ed in particolare quelle postclassiche, possono aver lasciato nelle fonti pervenute.

In tale rifiuto di ogni criterio ermeneutico che rinviasse in qualche modo alla detestabile metodologia interpolazionistica, sono stati programmaticamente ignorati indizi pur non secondari, sia a livello di singoli aspetti lessicografici (quale, tra i tanti esempi possibili, la rilevanza che il ricorso alla parola '*placitum*' può assumere nel dettato di D. 8.1.4.pr., o, tra l'altro, la improbabile classicità dei termini stessi con cui si esprimono passi come D. 8.5.10.pr., D. 39.3.1.23 e D. 43.19.5.3)⁴²⁶, sia più conglobanti elementi fraseologici e concettuali (come in primo luogo le pur chiare se non macroscopiche implicazioni di tipo interdittale presentate dai passi relativi alle speciali azioni in materia): per arrivare così a trascurare i precisi fattori sistematici che, in una considerazione più ampia dei testi pervenuti su tali argomenti, avrebbe verosimilmente condotto ad una maggior cautela nel valutare l'affidabilità delle singole testimonianze recate da alcuni di essi (si pensi, in particolare, alla prospettiva che ritiene sufficienti le corrispondenze rinvenibili tra D. 8.5.10.pr. e D. 39.3.1.23 per giungere a ritenere classico il dettato di questi, senza preoccuparsi di spingere lo sguardo più in là e confrontare con essi anche i molti, troppi testi viceversa incompatibili con le impostazioni da essi seguiti)⁴²⁷. Seguendo tale falsariga, non è quindi stato difficile giungere a disinvolture interpretative ove la dottrina più recente non si è fatta problema di affermare che i rilievi interpolazionistici su di una determinata fonte possono tranquillamente essere ignorati in quanto connessi a teorie interpretative che, in ogni caso, si escludono a vicenda (senza cioè neppure porsi il problema se l'una o l'altra di esse potesse in qualche modo essere nel giusto)⁴²⁸, ovvero di considerare irrilevante persino le contraddizioni di un passo ulpiano che parla in maniera indistinta della valenza probatorio della *vetustas* e degli effetti invece acquisitivi della usucapione, e quindi di ignorare volutamente i pericoli di non classicità del passo, sulla base della ineffabile considerazione di come, in qualsiasi modo fosse, il passo dimostrerebbe comunque che all'epoca del giurista il trascorrere del tempo acquistava un pacifico valore ai fini della titolarità della servitù o quantomeno ai fini della prova della sua esistenza⁴²⁹.

Ben diversamente, superando tale agglutinante «buonismo interpretativo» e la sottesa tendenza

⁴²⁵) Si veda *supra*, § 10 e nt. 261 ss. (cfr. altresì nt. 75 e 166).

⁴²⁶) Cfr. *supra*, § 14 e in particolare nt. 378.

⁴²⁷) Cfr. *supra*, nt. 57.

⁴²⁸) Cfr. *supra*, nt. 73. Ed è inutile insistere ancora una volta su come tale ingenua visione della letteratura interpolazionistica non si accorga di ignorare, insieme alle censure testuali, altresì le esegesi dei grandi studiosi che operarono in tale periodo della romanistica.

⁴²⁹) Cfr. *supra*, nt. 57.

a porre ogni elemento testuale su di uno stesso piano di pretesa «classicità sostanziale», si sono viste le implicazioni, verosimilmente decisive, assunte ad esempio dall'addensarsi, in passi già di per sé sospettabili per altre ragioni, di concettualizzazioni connesse alla *longa possessio* ed al *diuturnus usus*, al cosiddetto «quasi-istituto» e, soprattutto, al carattere «utile» dell'azione in essi proposta come soluzione⁴³⁰, ovvero rappresentate dal riferimento, piuttosto che a parametri discretivi stabiliti una volta per tutti e in generale dalla norma giuridica, alla prudente valutazione del giudice, secondo una prospettiva – ampiamente riscontrabile soprattutto nella legislazione postclassica in materia – che preferisce lasciare a quest'ultimo il concreto accertamento della sufficiente consolidazione diacronica della situazione di fatto esistente per tutelarla quindi come conforme a diritto (dove, appunto, l'empirico riferimento ai «*tot anni*» cui incongruamente ricorre l'*actio utilis* adombrata da D. 8.5.10).

Tali complesso di fattori, dunque, conduce inevitabilmente a rinvenire un risolutivo parametro ermeneutico, oltre che nelle peculiarità in primo luogo concettuali presentate dai vari passi, soprattutto nella considerazione sistematica del più ampio numero possibile di testi in materia, e in particolare di quelli relativi alla legittimazione processuale alle *actiones de usu fructu e de servitutibus*, per procedere, su tali più fidabili basi, ad un riordino sistematico delle differenti posizioni rintracciabili nelle fonti a proposito della tutela delle servitù cosiddette pretorie, e tentare quindi di verificare, in una più corretta metodologia, non solo la classicità in quanto tale dei vari passi, ma soprattutto l'epoca e il tipo di ordinamento processuale cui essi si riferiscono, così da giungere per tal via ad una più sicura ricostruzione cronologica delle vicende di tale istituto nella storia del diritto romano, classico, tardoantico e giustiniano.

18. Tornando quindi ai problemi posti in primo luogo da D. 8.5.10, da cui queste note hanno preso le mosse, quello che in ogni caso sembra poter essere escluso con una relativa sicurezza è che tale *actio utilis* potesse avere a che fare con evoluzioni tardoclassiche della *vetustas*, che se intesa in senso tecnico rimane anche in tale periodo sempre e comunque un istituto probatorio legato all'immemorialità di ciò che esiste a memoria d'uomo, senza che sia possibile postulare, anche a voler ipotizzare qualsivoglia acrobatica trasformazione, che già nel contesto della giurisprudenza severiana essa potesse essersi trasformata, sia pur nella prassi provinciale, in un semplice *diuturnus usus* valutabile nel suo momento iniziale – come accade invece per l'*usucapio* – per deciderne il carattere *rectus* o *vitiatus* ('... *non vi non clam non precario* ...'): se infatti, come si è visto, l'affermarsi sin dal tempo di Caracalla, in relazione al suolo extraitalico, del principio secondo cui '*longis temporis consuetudinem vicem servitutem obtinere*'⁴³¹ appare fortemente dubitabile specie in vista della ben diversa prospettiva ancora presente nella ricordata costituzione di Alessandro Severo conservata in C.I. 3.34.3, è soprattutto da tenere presente che la valenza probatoria della *vetustas* è per vari versi tenuta ferma, con relativo tecnicismo, ancora dalla cancelleria di Diocleziano⁴³², cosicché, se anche fosse da ammettere che nelle provincie il *diuturnus usus* potesse essere considerato senza problema fattore decisivo nella tutela processuale della servitù, non risulta in ogni caso possibile postulare che già in epoca tardoclassica un giurista come Domizio Ulpiano potesse nei suoi *libri ad edictum* parlare di uno *ius aquae ducendae* «*nactus*» attraverso il *diuturnus usus* e la *longa quasi possessio*, e tutelabile attraverso un'*actio utilis* in cui non è necessario *docere de iure*, ma solo dimostrare di aver «posseduto» *non vi non clam non precario* l'uso della servitù *per annos forte tot*.

Viceversa, in una impostazione postclassica di tipo per così dire più empirico, risultando ormai di fatto più o meno superata la regola della inusucapibilità delle servitù prediali⁴³³, non è certo stra-

⁴³⁰) Cfr. *supra*, specialmente nt. 74.

⁴³¹) C.I. 3.34.1: cfr. *supra*, nt. 56, 62, 75 e 322, e, su C.I. 3.34.3, § 13 e nt. 316.

⁴³²) C.I. 3.34.7: cfr. *supra*, nt. 291 e 322.

⁴³³) In un contesto ove tali risultati sono quindi raggiunti non attraverso la *interpretatio* o la cosiddetta «riflessione» giurisprudenziale (terminologia oggi tanto di moda quanto pernicioso nelle sue implicazioni ermeneutiche), come risultano postulare Luigi Capogrossi Colognesi e Vincenzo Mannino, ma semmai per l'imporsi di una prassi a malapena filtrata dalla empiria della scienza diritto coeva tramite sussunzioni *lato sensu* dogmatiche alquanto abbor-

no che, nella difficoltà di ritornare probatoriamente sempre al titolo costitutivo, si sia teso a dare valore risolutivo all'*usus servitutis* protrattosi *sine vitio* e in maniera incontestata per un sensibile periodo di tempo, per giungere così a forme di tutela che, nel trascolorare della contrapposizione tra *actio* ed *interdictum* seguita alla scomparsa del sistema dell'*ordo iudiciorum*, si fondassero appunto sull'ampio periodo dell'esercizio della servitù per riconoscere senz'altro al titolare, in caso di contestazioni, la «*quasi servitus*» (come si esprime la stesura giustiniana di D. 39.3.1.23) in tal modo attestata, come avviene nell'*actio utilis* descritta da D. 8.10.5.pr.⁴³⁴. Ma questo è un fenomeno che, in ogni caso, riguarderebbe tanto le servitù che nella distinzione classica erano costituite *iure civili* quanto quelle sorte '*tuitio praetoris*', secondo una classificazione che del resto, nel tardo impero, aveva perduto ogni effettivo valore pratico sia in vista della scomparsa dei negozi solenni che contrapponevano le prime alle seconde, sia in relazione al tramonto della separazione del regime delle *res Mancipi* (tra cui appunto i fondi italici) dalle *res nec Mancipi*⁴³⁵.

In ordine alle servitù costituite «*iure praetorio*», del resto, nel quadro del diritto classico non doveva come si è visto sussistere alcuna esigenza di «completare» la loro tutela, come invece postula parte della dottrina, attraverso l'introduzione di un'*actio in rem* che le parificasse in qualche modo agli analoghi diritti sorti *iure civili*, né tantomeno, quindi, alcuna necessità di piegare attraverso contorsionistici adattamenti un istituto quale quello della *vetustas* alla loro specifica regolamentazione: esse risultavano infatti sufficientemente protette nella loro esistenza e nel loro godimento, oltre che dalla tutela interdittale che era conseguenza intrinseca dell'*usus servitutis*, dall'*actio in personam* nascente dalla *stipulatio* di esercizio (analoga del resto alla *cautio* che, quale risultato massimo della normale *vindicatio*, si sarebbe ottenuta in sede di *restitutio*); e se la loro tutela rimaneva purtuttavia per alcuni versi inferiore rispetto alle servitù costituite *iure civili*, questo non doveva in ogni caso risultare una lacuna inaccettabile all'ordinamento bensì una naturale conseguenza della loro diversità e del loro carattere per così dire «minore» rispetto al paradigma degli *iura in re aliena* del diritto quiritario (e si è per tal verso visto come, se da un lato non mancano *iura in re aliena* che, come la superficie e l'ipoteca, rimangono a lungo protetti essenzialmente in via interdittale, d'altra parte, volendo dotare le servitù costituite «*iure praetorio*» di una tutela in via di azione, il referente più immediato e sistematicamente accettabile non sarebbe stata certo la costruzione fondata sul loro esercizio di fatto, ma semmai le cosiddette *reivindicaciones utiles* concesse, in base al diritto che immetteva nel possesso del fondo, nei casi dell'*ager vectigalis* e del *praedium stipendiarium vel tributarium*)⁴³⁶.

Per quanto riguarda quindi la fase classica ed il contesto formulare dell'*ordo iudiciorum* si può quindi ritenere che la costituzione '*pactionibus et stipulationibus*' delle servitù desse luogo semplicemente, in sede di *actio*, a una tutela *in personam*, attuata appunto essenzialmente attraverso l'*actio ex stipulatu*, mentre per quanto riguarda l'opponibilità della servitù ai futuri titolari dei fondi ci si dovesse verosimilmente accontentare delle ulteriori clausole che, nelle pattuizioni delle parti, potevano in certo modo garantire l'obbligo di estendere ai terzi acquirenti gli accordi che legavano le parti costituenti al rispetto dell'esercizio della servitù (con la possibilità di concretizzare in certi casi tali pattuizioni – ma forse sarebbe bastata anche la mera conoscenza dell'esistenza del rapporto fondiario da parte dell'acquirente – in una *exceptio* che avrebbe paralizzato l'esercizio dell'*actio negatoria*)⁴³⁷:

racciate e senza soverchie preoccupazioni sistematiche.

⁴³⁴ Cfr. *supra*, § 2. Sulla nozione di '*quasi servitus*' fondata su di uno stato di fatto '*rectus*' – ossia, in termini risalenti alla procedura interdittale, non '*viciosus*' (in riferimento alla clausola '*non vi non clam non precario*' che un tempo definiva l'esercizio della servitù in tal modo tutelata) – si veda *supra*, § 11.

⁴³⁵ E' qui sufficiente rinviare in breve a E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 55 ss.

⁴³⁶ Cfr. *supra*, § 8 e nt. 206, § 9 e nt. 223 e 231 s., nonché nt. 14, 17, 50, 75, 79, 214 s., 219 e 254 (cfr. altresì *infra*, nt. 476).

⁴³⁷ Cfr. *supra*, nt. 85, 341 e 415: Alessandro Corbino ('*Servitù*', cit. [nt. 85], p. 257), postulando una pluralità di '*pactiones et stipulationes*', ritiene che in linea di massima «l'efficacia 'reale' fosse conseguita solo di fatto, attraverso il combinarsi complementare di vari accordi (*pactiones*) e di diversi impegni (*stipulationes*)»: per cui, in primo luogo, «la resistibilità ad un'azione negatoria successivamente intentata dal 'costituente' (o dai suoi eredi) potrebbe aver trovato fondamento in un'apposita *pactio*, generatrice di una *exceptio* (che la *stipulatio* per sé non avrebbe legittimato

un sistema del resto, nell'ambito di una società ordinata e giuridicamente non sprovveduta, doveva per vari versi risultare non del tutto insoddisfacente. A sua volta, la tutela *erga omnes* della servitù così costituita si doveva esplicare soltanto in un ambito interdittale, ossia su di un semplice piano di fatto, specie grazie all'estensione pretoria ai successori e ai terzi acquirenti della facoltà di esercitare il rapporto fondiario ovvero dell'obbligo di non impedire, a chi nell'anno precedente si fosse avvalso *nec vi nec clam nec precario* del passaggio o dell'acquedotto, di continuarne ad usarne nello stesso modo: forma di tutela che, richiedendo la continuità dell'esercizio, presentava ovviamente taluni problemi, specie nei casi in cui, qualora si perdesse la possibilità di ricorrere all'interdetto per il mancato uso '*hoc anno*', non fosse più dimostrabile per il lungo tempo trascorso l'avvenuta *pactio* e la connessa *cautio*, e non fosse quindi più possibile agire neppure *ex stipulatu* per tutelare su tale piano la servitù. D'altra parte, come si è visto, i testi relativi alla *restitutio in integrum* della servitù incolpevolmente non esercitata dal titolare risultano mettere su di un piano analogo il caso della servitù non esercitata per un biennio, e dunque estinta per *non usus*, e quello della servitù non esercitata nell'ultimo anno, e quindi semplicemente priva di tutela interdittale, dimostrando così il carattere decisivo e per vari versi esaustivo di tale soluzione processuale⁴³⁸, cosicché, prima di ritenere aprioristicamente che per rendere soddisfacente la tutela delle servitù pretorie si debba per forza postulare l'esistenza di un'*actio in rem* quantomeno *utilis*, come ha fatto non poca parte della dottrina, sembra in ogni caso altresì da considerare come una simile prospettiva ricostruttiva sia intrinsecamente contraddetta dal fatto che, nell'ambito generale degli *iura in re aliena*, la soluzione interdittale risulti essere stata in non pochi casi ritenuta perfettamente confacente alle esigenze del diritto soggettivo, e che essa abbia il più delle volte preceduto la tutela *de iure* fornita dall'*actio*, rimanendo a lungo la sola via di protezione processuale praticabile⁴³⁹: prospettiva che in effetti rende la soluzione qui seguita per le servitù cosiddette pretorie alquanto meno strana e isolata, in relazione sistema dell'*ordo iudiciorum*, di quanto non pochi autori tendano implicitamente a postulare nel loro ignorare pressoché del tutto tali aspetti.

In effetti, sembra probabile che tale modo di costituzione delle servitù, praticato sin dalle origini non solo sul suolo provinciale ma altresì su quello italico qualora fosse impraticabile il ricorso agli atti costitutivi del diritto quiritario, sia legato al fatto che, anche quando la servitù era nata in virtù della *in iure cessio* o degli altri negozi civilistici, normalmente si doveva in ogni caso ricorrere ad

ad opporre) in quanto «la pretesa che si sarebbe fatta valere (la *negatoria*, cioè, *servitutis*) trovava fondamento in un fatto (il diritto di proprietà) diverso e indipendente in sé dalla *stipulatio*»; analogamente, «un'ulteriore *pactio* avrebbe potuto impegnare a rendere noto il gravame agli eventuali aventi causa *inter vivos*, legittimando così nei confronti di una loro negatoria (ove risultassero in fatto informati) un'eventuale *exceptio doli*», mentre per converso, «accanto alla *stipulatio*, con la quale il 'costituente' promette che permetterà l'esercizio» – ad esempio «rispondendo impegnativamente alla domanda '*per te non fieri quo minus aquam a me ducatur spondes?*'» –, «altre *stipulationes* avrebbero consentito di assumere l'obbligazione che il terzo acquirente si sarebbe a sua volta obbligato» (poiché infatti era impossibile l'obbligazione per il fatto del terzo, non quella di procurarla), «ovvero quella di garantire, comunque, anche attraverso una *poena*» (rinviando in particolare a Teoph., *par.* 2.3.4) «il fatto del terzo» (D. 45.1.38.2). In conclusione, a suo avviso, anche se «tali *stipulationes* non facevano nascere un'azione 'reale', esse tuttavia, «concorrendo con idonee *pactiones*, facevano nascere un complesso di strumenti di tutela che rendevano il proprietario del fondo avvantaggiato e i suoi eredi ed aventi causa titolari di una situazione complessiva in pratica molto simile a quella del titolare di una situazione reale», cosicché essi «avrebbero potuto opporsi efficacemente, il che era in fondo l'esigenza prima» (come attesta in particolare C.I. 3.34.3), «all'eventuale negatoria del promittente o dei suoi eredi e aventi causa e avrebbero potuto, se ostacolati in fatto, far valere la loro responsabilità», atteso il fatto che «il promittente obbligato avrà avuto cura, infatti, normalmente, di imporre all'acquirente a titolo particolare di aderire alle *pactiones* originariamente intervenute e di obbligarsi inoltre a sua volta» (idee analoghe circa la similarità di una tale situazione al diritto reale vero e proprio erano del resto già state espresse – egli avverte – da Alvaro D'Ors: cfr. *Derecho privado romano*⁸, Pamplona, 1991, 254 nt. 4, ove si parla di «un efecto 'real', pero negativo» ottenuto grazie all'*exceptio*). Ed è ovvio come tali prospettive ricostruttive risultino a maggior ragione confermate e per così dire completate se si considera altresì la parallela protezione interdittale delle servitù, estesa dal pretore agli acquirenti a titolo particolare, che consentiva di raggiungere, anche se su un piano di fatto, una indubbia tutela *erga omnes* del rapporto di servitù.

⁴³⁸) Cfr. *supra*, § 14.

⁴³⁹) Oltre i rinvii recati *supra*, nt. 436, cfr. *infra*, nt. 476.

una stipulazione di esercizio sia per rendere più completa ed agevole attraverso la previsione di una *poena* la tutela del titolare, sia per rendere indirettamente coercibili attraverso tale contratto le modalità previste per l'*usus servitutis* dalle parti in pattuizioni che rimanevano normalmente estranee alle statuizioni dell'atto costitutivo⁴⁴⁰: quando in determinate ipotesi fu dunque impossibile ricorrere alla *in iure cessio* o agli altri negozi civilistici, dovette quindi risultare immediato che, anche senza di essi e perciò senza la tutela *de iure* offerta dall'*actio de servitute*, il sistema *pactio* e della *stipulatio* di esercizio, e per tal via la protezione offerta su di un piano contenzioso dall'*actio ex stipulatu* nonché dall'interdetto, risultava in ogni caso tale da assicurare ai contraenti, sia pur su di un piano più limitato, un diritto analogo alle normali servitù e tale da vincolare le parti, i loro successori e per certi versi anche gli acquirenti a titolo particolare del fondo servente, senza che l'assenza della *vindicatio* (il cui esperimento, in ogni caso, si traduceva del resto, in sede di *restitutio*, nella prestazione di una *cautio* del tipo '*de amplius non turbando*' analoga a quella di cui il titolare disponeva già in base alla *stipulatio*) creasse in concreto problemi davvero insuperabili.

Infatti, se la costituzione di servitù '*pactionibus et stipulationibus*' dovette sorgere non come mezzo sostitutivo di modi di costituzione *iure civili*, quanto piuttosto rinunciando al negozio formale e accontentandosi semplicemente della *pactio* e della *cautio* di esercizio che lo accompagnava (appunto in vista del fatto che l'*actio ex stipulatu* che ne derivava, unitamente alla protezione interdittale, risultava sufficiente a realizzare e a tutelare il fine concreto propostosi dai contraenti), per tal verso sembra di poter ritenere, contrariamente a quanto tende a fare non poca parte della dottrina, che né la prassi quotidiana né tantomeno la giurisprudenza dovettero sentire alcuna necessità di introdurre una qualsivoglia azione *in rem* a tutela di tali diritti: né di simili ulteriori forme di tutela si dovette sentire la menoma mancanza sino a che una ben organizzata situazione socio-economica ed il corrispondente contesto di relativa certezza giuridica permisero in generale un ordinato esercizio di tale tipo di servitù e quindi una agevole soluzione dei problemi in materia attraverso l'*actio in personam* e l'esperimento dell'interdetto, mentre a loro volta anche i problemi derivanti dall'estensione dei vincoli relativi ai terzi acquirenti a titolo particolare del fondo servente dovettero del pari trovare una soddisfacente soluzione, oltre che nella perdurante tutela interdittale, estendendo ad essi in via contrattuale, secondo gli impegni assunti in tal senso già dal costituente, l'obbligo di continuare a non impedire il normale esercizio della servitù stessa, o in ogni caso prevedendo pattiziamente l'obbligo di informarli della sussistenza del rapporto di servitù, in maniera tale che all'*actio negatoria* fosse così opponibile una risolutiva *exceptio doli*. D'altra parte, nonostante sovente la dottrina tenda in maniera non del tutto cosciente a seguire la strada opposta, è da sottolineare come le servitù cosiddette pretorie non siano nate in base ad una aprioristica scelta autoritativa volta ad ammettere tale modo di costituzione accanto a quelli antichi, quanto piuttosto dal riconoscimento normativo di un istituto già diffusosi nella pratica per ovviare alla impossibilità di ricorrere in determinati casi ai consueti negozi dello *ius civile* per far sorgere dei normali rapporti di servitù: prospettiva che in concreto rende alquanto più agevole comprendere il motivo dell'assimilazione dei due pur diversi fenomeni da parte della giurisprudenza e quindi dell'ordinamento, specie in quanto, come si è accennato, la prima preoccupazione non sembra essere stata quella di valutare l'astratta ammissibilità dogmatica delle figure analoghe agli *iura in re aliena* così poste in essere, ma semmai quella di estendere anche a queste ultime, entro certi limiti, il regime ed innanzitutto le regole ed i limiti già previsti per i corrispondenti istituti dello *ius civile*: e si è infatti visto come in realtà le servitù tutelate («*iure praetorio*») soltanto dall'interdetto e dall'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio* di esercizio non siano tanto da porre in diretta relazione, come sovente si ripete, con i rapporti fondiari sul suolo provinciale, ma innanzitutto – e molto prima – con il problema, intrinseco allo stesso sistema processuale dello *ius civile*, del pagamento della *litis aestimatio* di uno *ius in re aliena*, che, quantomeno nel caso di *iudicia quae imperio continentur*, doveva normalmente condurre ad una protezione processuale del diritto così acqui-

⁴⁴⁰) Cfr. *supra*, § 4 e nt. 110 ss.

sito attraverso tali due mezzi contenziosi, esclusa quindi qualsiasi tutela sul piano dell'*actio in rem*⁴⁴¹.

Sempre per quanto riguarda la fase formulare e classica, è infine da sottolineare come il modo normale di costituzione delle servitù pretorie rimanga quello rappresentato dalla *pactio* e dalla *stipulatio*, in cui, soprattutto, la *cautio* relativa all'esercizio del diritto risulta concretizzare, nella prospettiva di Labeone, di Giavoleno ed ancora di Paolo, quella *traditio possessionis* necessaria, in particolare, per legittimare il sorgere della tutela interdittale, che appare in tale prospettiva presupporre appunto un *usus servitutis* attuabile anche in opposizione al volere del titolare del fondo servente⁴⁴²: per altro verso, il fatto che anche mancando una simile stipulazione di esercizio il soggetto potesse venire egualmente immesso nell'esercizio del diritto acquistato, spiega come, pur in assenza della prestazione di tale *cautio*, costituente in quanto tale un obbligo del venditore, Giavoleno ammettesse che, trascorso un certo tempo, l'*usus servitutis* pur iniziato in tale maniera difettosa dovesse purtuttavia venire comunque tutelato in via interdittale, onde non danneggiare il compratore, oltre che con la mancanza della pur dovuta *stipulatio* di esercizio, con la perdita della situazione di fatto così sorta e della relativa protezione decretale⁴⁴³. Se fu una simile soluzione pratica a dare con tutta probabilità origine a quella che sarebbe diventata la figura della *patientia servitutium*, nondimeno essa si risolse in origine in un semplice rimedio concreto alla inadempienza del costituente e ai conseguenti difetti genetici della situazione di fatto sorta in tal modo, riconoscendo tutela interdittale all'esercizio della servitù ormai stabilizzatosi, mentre soltanto molto più tardi dovette essere teorizzato nonché impiegato quale metodo per far sorgere un diritto di tale tipo: come in particolare risulterebbe mostrare il più volte ricordato rescritto di Alessandro Severo del 223 d.C. (C.I. 3.34.3)⁴⁴⁴, dove, ancora sul

⁴⁴¹) Cfr. *supra*, nt. 122, e, sull'ultima notazione, § 5 e nt. 136.

⁴⁴²) Cfr. *supra*, §§ 4 e 7.

⁴⁴³) Cfr. *supra*, § 4 e nt. 178 ss.

⁴⁴⁴) Cfr. *supra*, § 13 e nt. 316. Forse si potrebbe richiamare in tal senso anche la già ricordata C.I. 3.34.4, emanata sempre nel 223 dallo stesso Alessandro Severo (*'aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate eius, ad quem usum eiusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere'*: cfr. *Bas.* 58.7.4 [HEIMBACH, V, cit. [nt. 322], p. 200]). Si è visto infatti – cfr. *supra*, nt. 298 s. e 326 – come essa tenda ad essere letta, in particolare da Giuseppe Grosso (*Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici*, cit. [nt. 9], p. 5 ss., *Sulla servitù di «aquae haustus»*, cit. [nt. 66], p. 6 e p. 13 nt. 28, e *Miscellanea critica*, cit. [nt. 42], p. 578 s.), ponendola in relazione con il ricordato (*supra*, nt. 308) D. 39.3.8 (*'in concedendo iure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus servitus aquae debebatur ...'*) e, in polemica con Emilio Alberario (*Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici*, cit. [nt. 299], p. 74 s.: cfr. *supra*, nt. 299), con D. 39.3.10.2 (Ulp. 53 *ad ed.*: *'si flumen navigabile sit, non oportere praetorem concedere ductionem ex eo fieri Labeo ait ...'*): tuttavia tale coordinamento interpretativo non appare definitivo né del tutto convincente, specie in vista del fatto che un conto è parlare di *'concedere ius aquae ducendae'* o di *'concedere ductionem'* – ossia di far sorgere una posizione giuridica –, come fanno i due passi del Digesto, mentre altra cosa è parlare semplicemente di *'aquam ... ducere'*, per di più come cosa vietata: terminologia che fa piuttosto pensare, in maniera molto più immediata e congrua, ad una mera attività di fatto, che appunto non è concesso porre in essere; per tal verso, appare quindi estremamente arduo intendere *'aquam ducere'* nel senso di «costituzione di una servitù di acquedotto». D'altra parte, come ammette lo stesso Giuseppe Grosso (*Appunti*, cit., p. 6), in tale lettura il riferimento all'editto del pretore è alquanto strano (tanto che l'autore tenta – invero poco convincentemente, dato che in ogni caso il riferimento alla tutela processuale avrebbe qui poco senso – di spiegarlo – ivi, p. 8 – in relazione all'*actio de servitute*, scorgendo quindi nelle parole *'praetoris edictum'* un intervento giustiniano). Per superare le aporie cui tale lettura inevitabilmente conduce, si potrebbe pensare ad un altro tipo di intervento giustiniano, che riguardi invece le parole *'ad quem usum eiusdem aquae pertinet'*, e che, operato in maniera automatica e distratta come correzione di poco conto, avrebbe in realtà mutato alle radici il significato della costituzione rendendone pressoché incomprensibile l'originario significato: si è infatti visto (cfr. *supra*, nt. 303) come infatti nel diritto romano più tardo vi sia la tendenza a considerare il diritto di acquedotto in termini di proprietà dell'*usus aquae*, per cui il *dominus* del fondo non viene più visto come «proprietario» dell'acqua che pur scorre dal *fons* in esso posto, ma questa appartiene al titolare della servitù su di essa gravante, tanto che come si è ricordato i compilatori invertono il principio posto da D. 39.3.8 – secondo cui, non entrando qui nelle interpolazioni sospettabili anche in questo testo, per costituire la servitù si deve guardare alla *voluntas* non solo *'eorum, in quorum loco aqua oritur'* ma altresì *'eorum ... , ad quos eius aquae usus pertinet'* – scrivendo in D. 39.3.9.2 *'non autem solius eius, ad quem ius aquae pertinebit, voluntas exigitur in aquae cessione, sed etiam domini locorum, etsi dominus uti ea aqua non possit, quia recidere ius solidum ad eum potest'*; se si guarda a come tale nuova visione venga normalmente introdotta dai giustiniani seguendo una perifrasi già classica in cui si contrappone «colui che è titolare della servitù» a «colui, al quale compete l'uso dell'acqua», visto ormai come il vero proprietario di quest'ultima, non sembra infatti difficile sospettare che l'attuale stesura di C.I. 3.34.4 (cfr. infatti il corrispon-

finire dell'età severiana, si presuppone, ai fini della tutela del diritto, che la servitù sia stata costituita regolarmente, ricorrendo ad una locuzione ('... si ea praecesserint, quae servitutem constituunt ...') che appare senz'altro presupporre un atto costitutivo ed escludere quindi chiaramente il valore a tali effetti di una mera tolleranza dell'*usus servitutis* da parte del titolare del fondo servente.

Il quadro generale delle servitù costituite «*tuitioe praetoris*» dovette incominciare a mutare sensibilmente forse a partire dall'ultima età classica in relazione al suolo provinciale, anche se con ogni verosimiglianza tale fenomeno non è da generalizzare, ed anzi risulta da porre in diretta relazione non solo con i diversi costumi giuridici dei vari territori, ma altresì con il grado di più o meno ordinata vita sociale e quindi di certezza giuridica che essi conservano in tale epoca⁴⁴⁵, come risulta mostrare – pur nell'impossibilità di approfondire qui tali argomenti – il diverso tenore e la minore o maggiore distanza dai principii del diritto classico delle costituzioni conservateci della prima parte di C.I. 3.34 ('*de servitutibus et de aqua*'). La tendenza di fondo che sembra in generale potersi dedurre da esse, in ogni caso, appare forse sin dall'età dei Severi quella di un sempre più ampio e scontato riconoscimento del valore della *patientia*⁴⁴⁶ e, quindi, di una più o meno diretta tutela dello stato di fatto esistente in quanto tale, che inizia lentamente a generalizzarsi, pur con notevoli resistenze (si pensi ancora una volta alla ricordata C.I. 3.34.3 di Alessandro Severo), per poi imporsi quale lato criterio di massima: cosicché, mentre con Caracalla risulterebbe affermarsi, pur con i dubbi già richiamati, il principio per cui '*longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere*' (C.I. 3.34.1), l'incipiente superamento – non solo procedurale ma altresì sul piano delle sue implicazioni costruttive – della procedura interdittale risulta forse già preludere al sorgere di *actiones utiles* in cui si tenderà a risolvere empiricamente i vari problemi nell'ambito di una *cognitio extra ordinem* ormai sempre più dimentica del referente delle strutture sistematiche del sistema formulare. In un contesto processuale dove anzi tali *actiones utiles* sanciscono altresì il progressivo superamento di ogni contrapposizione tra tutela *de iure* fornita dall'*actio* e tutela *de facto* attuata in via interdittale⁴⁴⁷, i problemi che erano stati risolti in maniera relativamente agevole nell'ambito del sistema formulare anche in vista della più ordinata convivenza civile dei secoli precedenti dovevano in effetti presentarsi con relativa gravità, e i concreti provvedimenti *extra ordinem* cui si ricorse in tale epoca dovettero probabilmente già incominciare a tracciare una nuova via per fornire una soluzione empirica ma in ogni caso non del tutto

dente Bas. 58.7.4: οὐδεὶς δύναιτο ἰκεῖν ὕδωρ ἢ κτάνει ἰοτράβη παρὶ γνῆμην τοῦ δεπῶτου τοῦ ἄγροῦ: HEIMBACH, V, cit. [nt. 322], p. 200 [«Aquam nemo ducere potest ex alieno fonte citra voluntatem eius, qui fundi dominus est»]), nella parte in cui reca '*sine voluntate eius, ad quem usum eiusdem aquae pertinet*', derivi anch'essa da tale nuova concezione giustiniana, che sostituisce al *dominus fundi*, quale proprietario dell'acqua, il titolare della servitù di derivazione idrica: e in effetti, leggendo '*aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate <domini> praetoris edictum non permittit ducere*', il passo sembra poter assumere un significato più soddisfacente, limitandosi a ribadire la regola (cfr. *supra*, nt. § 7) secondo cui, perché l'*usus aquae* ottenga una tutela pretoria in termini di '*patientia*' (intendendo '*praetoris edictum*' nel senso – antico – di '*praetoris tuitio*', con riferimento – cfr. *supra*, nt. * al titolo – alla tutela interdittale), occorre che esso avvenga appunto con la '*voluntas*' (o '*scientia*') del titolare del fondo (si veda tra l'altro, pur con tutti i problemi di genuinità che presenta – cfr. *infra*, nt. 469 –, C.I. 3.34.2: '*si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum <im>mobiliium tempore quaesiisti* ...'), non rilevando in alcun modo, a tali effetti, la mera attività concreta consistente nell'*aquam ducere*'; tale regola, in effetti, permane ovviamente inalterata nel diritto giustiniano, ove tuttavia, data la nuova concezione dell'*usus aquae* in termini di proprietà dell'acqua, per costituire una nuova servitù non si deve guardare alla sola volontà del *dominus fundi*, ma innanzitutto a quella di colui '*ad quem usum eiusdem aquae pertinet*'. Si tratta, beninteso, di una congettura difficile da provare conclusivamente anche se non poco verosimile, e del resto estranea all'argomento di queste note, ma che in ogni caso appare confortata dalla versione dei Basilici di C.I. 3.34.4 e che soprattutto sembra poter rendere il complessivo dettato della costituzione in esame più facilmente comprensibile e di senso più compiuto.

⁴⁴⁵) Tra l'altro, anche in relazione all'epoca precedente, sembra arduo condurre uno studio sistematico sulla localizzazione dei destinatari delle costituzioni imperiali, e quindi delle peculiari condizioni provinciali cui esse facevano riferimento, specie in quanto la *inscriptio* ed il dispositivo non sono tali da fornire dati sufficienti in tal senso: cfr. già G.I. LUZZATTO, *Sul regime del suolo nelle province romane. Spunti critici e problematica*, in «I diritti locali nelle province romane», cit. [nt. 254], p. 12 s. e nt. 11 s. (si vedano tra l'altro gli elementi in tale direzione rinvenuti da Alberto Burdese in *Studi sull'ager publicus*, cit. [nt. 192], specie p. 111 ss.).

⁴⁴⁶) Cfr. *supra*, § 7.

⁴⁴⁷) Su D. 43.18.1.9 e gli altri testi per tal verso analoghi si veda *supra*, nt. 75, 77, 79, 82 e 122.

inadeguata anche a questioni che, come in particolare quella della tutela della servitù in relazione ai trasferimenti a titolo particolare del fondo servente, il diritto classico aveva potuto risolvere in maniera come si è visto soltanto indiretta⁴⁴⁸.

Nel tardo impero, com'è noto, i problemi relativi alla certezza del diritto tesero ulteriormente ad acuirsi sempre più, così da condurre, pur con alcuni limiti, a tutelare senz'altro lo stato di fatto esistente in quanto tale, ricorrendo a criteri empirici quali innanzitutto il '*diuturnus usus*', e all'affermarsi di una impostazione fattuale che, affidata in concreto al discrezionale accertamento dell'organo giudicante, su di un piano teorico portò in ogni caso all'imporsi di una nuova concezione della *vetustas*, vista non più come prova del diritto ottenuta attraverso la immemorialità del suo esercizio ma come fattore idoneo a farne in pratica conseguire la titolarità attraverso il suo esercizio (o «posse»), e quindi nei termini di una '*longa consuetudo*' ormai sovrapposta alla *usucapio* in senso proprio⁴⁴⁹: fenomeno cui non dovette essere estranea, anche se qui non è certo possibile approfondire tali tematiche, la teorizzazione di un '*diuturnus silentium*' a sua volta posto a base della *longi temporis praescriptio*⁴⁵⁰, che del resto viene talora posto sul medesimo piano della '*usucapionis praerogativa*'⁴⁵¹. In tale temperie, il valore acquisitivo del *diuturnus usus* condusse come si è visto ad impostazioni che tendono, più che a confondere, a sovrapporre come sostanzialmente analoghi – data la prospettiva di tutela dello stato di fatto esistente in cui si pongono – fenomeni quali la valenza probatoria dell'immemorialità dell'*usus servitutis* e l'acquisto per tal via del diritto, come avviene in D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23, mentre non dovette verosimilmente apparire per nulla strano (anche se qui non si può escludere un più cosciente intervento giustiniano) correggere la negazione classica della applicabilità dell'*actio Publiciana* a servitù ed usufrutto in una affermazione di segno opposto, come verosimilmente accade in D. 6.2.11.1 ('*si de usu fructu agatur tradito, Publiciana <non> datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum ...: item rusticorum ...*'), appunto in vista del fatto che – se questa azione tutelava la *res empti et tradita* in virtù di una *fictio usucapionis*, e tale prescrizione acquisitiva era ormai pienamente applicabile agli *iura in re aliena* che del resto si costituivano, come sottolinea il passo, mediante una *traditio* seguita da una *patientia* perdurante nel tempo ('*nam et hic traditionem et patientiam tuendam*

⁴⁴⁸ Cfr. *supra*, nt. 7, 244, 254, 271 e 295.

⁴⁴⁹ Cfr. *supra*, in particolare § 16, e, in ordine al rapporto tra *diuturna consuetudo* o *possessio*, *usucapio* e *longi temporis praescriptio*, *infra*, in questo paragrafo (sul periodo di dieci o venti anni, che nel caso il giudice può contenere al di sotto di tale misura, implicato dalla *longa possessio*, cfr. *supra*, nt. 62).

⁴⁵⁰ Si veda in generale D. NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 74 ss. (su cui cfr. CORNIOLEY, *De l'origine de la longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 123 ss. e 128 s., e la ricordata [nt. 56] recensione di GROSSO, p. 697 ss.), nonché ID., *Time and the Acquisition of Ownership in the Law of the Roman Empire*, in «The Irish Jurist», III, 1968, p. 352 ss. (cfr. altresì PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 60], specie p. 3 ss. e 147 ss., R. TAUBENSCHLAG, *Das römische Recht zur Zeit Diokletians*, cit. [nt. 323], p. 42 ss., ed E. LEVY, *Die nachklassische Ersitzung*, in «BIDR.», LI-LII, 1948, p. 352 ss., e *The Law of Property*, cit. [nt. 3], specie p. 180 s.). Si veda anche BISCARDI, *Orientamenti e tendenze*, cit. [nt. 6], p. 319 ss., nonché in generale ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit. [nt. 1], p. 153 ss. (sull'istituto cfr. altresì *supra*, nt. 56, 62 ss., 123, 227, 244, 254, 256, 295).

⁴⁵¹ Cfr. le ricordate costituzioni di Gordiano trasmesse da C.I. 7.36.1 ('*diuturnum silentium longi temporis praescriptione corroboratum creditoribus pignus persequentibus inefficacem actionem constituit, praeterquam si debitores vel qui in iura eorum successerunt obligatae rei possessioni incumbant. ubi autem creditori a possessore longi temporis praescriptio obicitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit*') e da C.I. 4.52.1 ('*si nulla usucapionis praerogativa vel diuturni silentii praescriptio emptorem possessionis, quam a coheredibus patris tui distractam suggeris, pro portione tua munit, in rem actio incolumis perseverat: aut si receptum ius securitatem emptori praestitit, est arbitrium tibi liberum conveniendi eos, qui pro portione satis illicitam venditionem celebraverunt*'), nonché il «Rescriptum Severi et Caracallae de longa possessionis praescriptione» (199 d.C.), a («BGU.», I, 267), in S. RICCOBONO, «FIRA.», I², n. 84, p. 437 ss.: **makr^ov nomAv paragraf% to v dika.an a,t.an "schk0sew ka' Yneu tin0v Cmfisbht»sew "n t f nomí genomšnoiv pr0v mèn toYv "n C I I otr.α p0l ei diatre.bontav "t i n eikosi Cricm0 bebaioatai, toYv dè "p tAv aUtAv "t i n dška** («longae possessionis praescriptio iis, qui iustam causam habuerunt et sine ulla controversia in possessione fuerunt, adversus eos qui in alia civitate morantur annorum viginti spatio confirmatur, adversus eos autem qui in edem annorum decem» [Riccobono]; cfr. altresì, in parte diverso nella parte richiamata e più esteso nel riferire anche una causa trattata nel 207 davanti al prefetto d'Egitto *Subatianus Aquila*, «FIRA.», I, n. 85 b [«P. Strassb.» 22]); su tale rescripto, si veda in particolare NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 45 s., 74 ss., 79 ss. e *passim*. Sui rapporti tra *accessio possessionis* ed *exceptio diutinae possessionis* (si veda in breve VACCA, '*Usucapione*', cit. [nt. 169], p. 1013) cfr. tra l'altro in generale *supra*, nt. 309.

constat')⁴⁵² – non vi era in effetti ormai alcuna ragione, per di più in un contesto processuale ormai estraneo al sistema formulare, per negare la configurabilità di una simile tutela all'usufrutto ed alle servitù prediali. Più in generale, poi, in questa empirica generalizzazione postclassica di *actiones utiles* fondate su *diuturnus usus* o *longa consuetudo* nonché sulla *praerogativa* che ne derivava su di un piano in primo luogo processuale, le teorizzazioni tardoimperiali dovettero trovare sovente comodo, specie quando la contraddizione rispetto ai principii classici doveva in qualche modo risultare troppo evidente, ricorrere alla figura del «quasi istituto»⁴⁵³, preferendo così non parlare, per quanto riguarda il tema di queste note, di una «servitù» *tout court*, bensì (può darsi altresì in lato riferimento alla situazione di fatto tutelata classicamente dall'interdetto) di una '*quasi servitus*' (D. 39.3.1.23) che del resto, se pur si acquistava attraverso il trascorrere del tempo, non si osava dire senz'altro usucapita, ma si riteneva per tal via più genericamente '*nacta*' (D. 8.5.10.pr.): prudenze verbali che del resto potrebbero essere dovute, ancora più che al rispetto delle architetture classiche di tali istituti, soprattutto ad una imprecisione terminologica ormai diffusa e ad una incertezza concettuale che forse doveva di per sé condurre a prediligere il termine meno tecnico ed impegnativo, ma che in ogni caso non impedirono che, nel mondo postclassico, la tutela della situazione di fatto esistente e la difficoltà di verificare il titolo in base al quale essa era sorta conducessero, come mostrano conclusivamente i riferimenti a tale modo di acquisto recati dalle leggi dell'Occidente romano-barbarico, a riconoscere piena efficacia acquisitiva alla *longa quasi possessio* delle servitù⁴⁵⁴, accontentandosi, tra l'altro, di una '*iusta possessio*' che risulta ormai lontanissima dal requisito classico della *iusta causa usucapionis*, e semmai in qualche modo prossima al carattere '*nec vi nec clam nec precario*' una volta richiesto in sede di tutela interdittale⁴⁵⁵, sul quale si sono visti infatti insistere tanto D. 8.5.10.pr.-1 quanto D. 39.3.1.23 nel legittimare l'acquisto della '*quasi servitus*' tramite il *diuturnus usus* e la *longa consuetudo*.

In tale situazione, – in cui del resto sia la *usucapio* in senso proprio che la *longi temporis praescriptio* tecnicamente intesa tendono a venire oblite in una prassi dove in concreto prevale una nozione consuetudinaria di inattaccabilità del possesso pluridecennale, indipendentemente da qualsiasi requisito specifico⁴⁵⁶ – il tentativo giustiniano di risolvere tale sovrapposizione di prospettive tardoimperiali⁴⁵⁷ alle falsarighe classiche circa la inusucapibilità delle servitù⁴⁵⁸, d'altra parte, non poteva es-

⁴⁵² Cfr. *supra*, § 9 e nt. 213 ss., 225 e 227, nonché nt. 85, 198, 205, 309, 338, 387 e 414.

⁴⁵³ Cfr. *supra*, nt. 4, 60, 71 s., 74 s., 78, 85, 100, 214 e 240.

⁴⁵⁴ Cfr. in particolare *lex Rom. Burg.* 17.2-3 ('*aquae cursum et adquiri et amitti biennio constat; viam iter ... similiter biennio et adquiri et amitti posse*') e *lex Rom. Rhet. Cur.* 23.23 ('*ille qui per duos annos aqueductum aut via privata dimiserit, postea eos requirere non potest: et qui eos per duos annos quieto ordine possiderit, alter homo ille postea tollere non potest*'); cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 283.

⁴⁵⁵ Cfr. in breve VACCA, '*Usucapione*', cit. [nt. 169], p. 1014 s. Su come in effetti, classicamente, l'espressione '*iusta possessio*' (o, corrispondentemente, '*iniusta*') fosse altresì intesa in particolare riferimento alla *exceptio vitiosae possessionis*, cfr. di recente CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 231.

⁴⁵⁶ Si vedo in particolare LEVY, *Die nachklassische Ersitzung*, cit. [nt. 450], p. 354 ss. (cfr. VACCA, *op. ult. cit.*, p. 1015 e nt. 129).

⁴⁵⁷ In tale processo, è ovviamente da segnalare la tappa rappresentata da C.Th. 4.14.1.pr.-1 (= C.I. 7.39.3.pr.-3: cfr. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni*, cit. [nt. 216], p. 6 e nt. 13, p. 206 nt. 300, p. 214 nt. 7 e p. 241 s.), del 442 d.C., con cui Teodosio II, recependo una prassi ormai largamente diffusa nelle provincie (cfr. E. LEVY, *op. ult. cit.*, p. 352 ss., e *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 184 ss.) introduce in particolare una presunzione trentennale generale nei riguardi di ogni azione (reale o personale), stabilendo (cfr. GODEFROY, *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis*, cit. [nt. 123], I, p. 427 ss., *a.h.l.*) che '*Sicut in rem speciales, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. sed si qua res vel ius aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda: eodem etiam in elus valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio possidente nititur vindicare. nam petitio finium regundorum in eo scilicet, quo nunc est, iure durabit. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem nec sufficiat precibus oblati speciale quoddam, licet per annotationem, meruisse responsum vel etiam iudiciis allegasse, nisi, allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsequuta conventio. in eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam, in iudicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur*': si vedano, nei vari aspetti implicati, BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], II, p. 285 ss., E. ALBERTARIO, *Actio de universitate e actio specialis in rem* (1919), in *Studi*, cit. [nt. 1], IV, p. 66 s., 68 s. e 78, *La critica della critica* (1934), ivi, V, p. 336 nt. 1, e *Oriente e Occidente nel diritto romano del basso impero* (1942), ivi,

sere tale da ottenere risultati per ogni vero soddisfacenti, e non poche delle incongruenze dovute alle impostazioni postclassiche risultano riflettersi non solo nelle fonti tramandate dal *Corpus Iuris*, ma nella stessa architettura di fondo della riforma della prescrizione acquisitiva compiuta dall'imperatore nel 528 in C.I. 7.39.8⁴⁵⁹.

In effetti, già per quanto riguarda l'usucapione della proprietà, se per un verso si tenta un riavvicinamento ai principii classici trasformando la *praescriptio longi temporis* da *exceptio* a modo di acquisto della proprietà e soprattutto subordinandola all'antico requisito della *iusta causa*, nondimeno si conforma un sistema ove, se il possessore di buona fede dotato di un titolo può usucapire in dieci o vent'anni a seconda che l'usucapione avvenga *inter praesentes* ovvero *absentes*, il possessore di mala fede, pur non acquistando la proprietà (dato che non può agire contro del proprietario che abbia recuperato senza violenza il possesso), per altro verso non solo appare tutelato nei confronti del *dominus* se questi abbia ottenuto il possesso con la violenza, ma prevale altresì nei confronti di esso se soltanto mantiene il possesso⁴⁶⁰, e nel primo dei due casi è anzi legittimato a reagire alla *vis* della controparte direttamente con l'azione di rivendica (tanto che si è parlato, a tale proposito, di una sorta di «usucapione straordinaria») ⁴⁶¹. La riforma giustiniana – come mostra ulteriormente il fatto che essa prevede, oltre alla prescrizione acquisitiva in dieci o vent'anni a favore di chi vanta buona fede e titolo, altresì una prescrizione generale estintiva che si compie comunque in trent'anni a favore di chi possa vantare soltanto un possesso continuato – risulta dunque fondarsi su concezioni alquanto ibride, informate in parte al diritto classico e tuttavia per altro verso direttamente ricollegate alle concezioni empiriche relative alla tutela dello stato di fatto non viziato che i compilatori ereditano senza alternativa dal mondo tardoimperiale⁴⁶².

VI, p. 400 s., J. PARTSCH, *Neue Urkunden zum justinianischen Reskriptenprozesse* [1911], in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931, p. 232 s. e nt. 2, PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit. [nt. 6], p. 371 s. (ove si sottolinea il mutamento di prospettive, per cui non si tratterebbe più di soddisfare l'esigenza della certezza del dominio, ma di indurre il titolare di diritti soggettivi in generale a esercitarli entro un ragionevole lasso di tempo), ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, cit. [nt. 402], p. 57 ss., A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, p. 297 s. e 355 ss., N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III sec. d.C.)*, in «Iura», XXVIII, 1977, p. 89 s. (sul significato della locuzione «*allegato sacro rescripto*» in relazione alle – sinonimiche – espressioni «*allegare*» o «*insinuare rescriptum*»), L. MAGGIO, *Note critiche sui rescritti postclassici. I. Il c.d. processo per rescriptum*, in «SDHI.», LXI, 1995, p. 295 s. (sui requisiti di ordine procedurale per ottenere l'interruzione della prescrizione), G. KLINGENBERG, *Das Edictum divi Marci de rebus alienis a fisco distractis*, cit. [nt. 216], p. 206 s., nonché, dal punto di vista della *praescriptio longi temporis*, LEVY, *Die nachklassische Ersitzung*, cit. [nt. 450], in particolare p. 361, e *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 180 ss. e specificamente p. 188 ss., NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 73, 84 e 103 s., e *Time and the Acquisition of Ownership*, cit. [nt. 450], p. 357 ss., CORNIOLEY, *De l'origine de la longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 124 s., ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit. [nt. 1], p. 123 s. e nt. 471 s., VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit. [nt. 309], p. 222 s., e AMELOTI, *La prescrizione delle azioni*, cit., p. 247, 248, 253 e nt. 108 e in generale p. 197 ss.

⁴⁵⁹ La riforma di Giustiniano, in ogni caso, come è noto si conclude nel 531 con la definitiva fusione di *usucapio* e *longi temporis praescriptio*: cfr. C.I. 7.31.1 (a. 531) e *Iust. inst.* 2.6.pr. (si veda in breve L. VACCA, «*Usucapione*», cit. [nt. 169], p. 1016 s. e nt. 132: cfr. EAD., *La riforma di Giustiniano in materia di «usucapio» e «longi temporis praescriptio» fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, cit. [nt. 217], p. 145 ss. e soprattutto p. 149 ss., nonché in generale G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 161 s. (cfr. più ampiamente p. 158 ss. e 183), BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], II, p. 288 ss., VOCI, *Modi di acquisto*, cit. [nt. 457], p. 223, NÖRR, *Die Entstehung*, cit. [nt. 56], p. 84 e *passim* (cfr. la recensione di Th. MAYER-MALY, in «ZSS.», C, 1970, p. 530 ss.), AMELOTI, *La prescrizione delle azioni*, cit. [nt. 216], p. 205 ss., e LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit. [nt. 309], p. 139 ss.).

⁴⁵⁹ Si vedano in generale BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], II, p. 284 ss. e 365 ss., G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 159, VOCI, *Modi di acquisto*, cit. [nt. 457], p. 222 ss., NÖRR, *Die Entstehung*, cit. [nt. 56], in particolare p. 98, CORNIOLEY, *De l'origine de la longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 56], p. 127 e nt. 28 e p. 129 (cfr. MAYER-MALY, *op. ult. cit.*, p. 533), e AMELOTI, *La prescrizione delle azioni*, cit. [nt. 216], p. 206 ss.

⁴⁶⁰ Cfr. AMELOTI, *op. ult. cit.*, p. 208 (che sottolinea come la complessità della costruzione giustiniana derivi dal suo fondarsi su concezioni ibride, in cui la prescrizione estintiva può divenire in determinati casi una prescrizione acquisitiva), e VACCA, «*Usucapione*», cit. [nt. 169], p. 1016 e nt. 131. Sulle variegate soluzioni relative al tempo necessario per l'usucapione di mobili e immobili in Italia e nelle provincie che Giustiniano si trovò di fronte si veda in breve C. LONGO, *Le cose*, cit. [nt. 62], p. 153 s.

⁴⁶¹ Si veda BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], II, p. 365 s.

⁴⁶² Cfr. ancora AMELOTI, *op. ult. cit.*, p. 205 ss., e in breve VACCA, *loc. ult. cit.*

Anche per quanto riguarda l'usucapibilità delle *res incorporales*, sancita in C.I. 7.33.12.4 (*'eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes'*)⁴⁶³, tale riforma – che per le servitù dovrebbe in certo modo rappresentare un ritorno agli antichi principii dello *ius Quiritium* – viene formulata in maniera affatto generica, senza specificare menomamente i requisiti richiesti per l'acquisto prescrittivo, e per di più inserendola in un discorso che sino a quel momento si è svolto (C.I. 7.33.12.pr.-3b)⁴⁶⁴ più che altro in relazione ai casi in cui la *longi temporis praescriptio* debba ritenersi *inter praesentes* o *inter absentes*, così da far a lungo discutere la dottrina romanistica sulla questione se fossero necessari titolo e buona fede, conformemente alle prescrizioni giustiniane in tema di acquisto prescrittivo della proprietà⁴⁶⁵, o se bastassero invece un esercizio non vizioso, ossia attuato *nec vi nec clam nec precario* nei confronti del *dominus*⁴⁶⁶. In realtà, non sembra che in effetti tale problema debba essere risolto ricorrendo ad argomentazioni sistematiche fondate sulla struttura della usucapione nel diritto giustiniano; molto più di tali costruzioni dogmatiche, infatti, sembra qui rivelatore della impostazione sottesa alla estensione di tale riforma agli *iura in re aliena* il disinteresse dell'imperatore verso tali questioni: disinteresse che non rimane isolato alla *sedes materiae* (dove ci si limita a prescrivere il teorico duplice termine di dieci anni *inter praesentes* e di vent'anni *inter absentes*), ma si riverbera nella maniera più diretta nello stato dei testi relativi a tali questioni tramandatici dai *Digesta* e dal *Codex Repetitae Praelectionis*⁴⁶⁷, nei quali alle visuali classiche si giustappongono, senza possibilità di alcun ordine neppure provvisorio, prospettive incentrate su «*quasi servitutes*» ottenute mediante una *longa consuetudo* attuata *'neque vi neque precario neque clam'* in ipotesi ove peraltro una servitù vera e propria *'non invenitur imposita'* (D. 39.3.1.23), e per altro verso servitù

⁴⁶³ Si vedano tra l'altro PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, cit. [nt. 55], p. 252, BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 279 s., GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 212 e 218, TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 330 e nt. 5, e CAPOGROSSI, *Appunti sulla «quasi possessio iuris»*, cit. [nt. 57], p. 243 e 254.

⁴⁶⁴ Il carattere quasi di mera appendice del § 4 rispetto a C.I. 7.33.12 risalterà meglio riportando l'intera costituzione: '[pr.] *Cum in longi temporis praescriptione tres emergent veteribus ambiguitates, prima propter res, ubi positae sunt, secunda propter personas, sive utriusque sive alterutrius praesentiam exigimus, et tertiae, si in eadem provincia vel si in eadem civitate debent esse personae tam petentis quam possidentis et res, pro quibus certatur: omnes praesentis legis amplectimur definitione, ut nihil citra eam relinquatur.* [1] *Sancimus itaque debere in huiusmodi specie utriusque personae tam petentis quam possidentis spectari domicilium, ut tam is qui domini vel hypothecae quaestionem inducit quam is qui res possidet domicilium in uno habeant loco, id est in una provincia. hoc etenim nobis magis eligendum videtur, ut non civitate concludatur domicilium, sed magis provincia, et si uterque domicilium in eadem habet provincia, causam inter praesentes esse videri et decennio agentem excludi.* [2] *De rebus autem, de quibus dubitatio est, nulla erit differentia, sive in eadem provincia sint sive in vicina vel trans mare positae et longo spatio separatae.* [3] *Sin autem non in eadem provincia uterque domicilium habeat, sed alter in alia, alius in altera, tunc ut inter absentes causam disceptari et locum esse viginti annorum exceptioni. nihil enim prohibet, sive in eadem provincia res constitutae sint sive in alia, super his controversiam in iudicio provinciali moveri et multo magis in hac florentissima civitate.* [3a] *Quid enim prodest in ipsa provincia esse possessionem an in alia, cum ius vindicationis incorporale est et, ubicumque res positae sunt, et dominium earum et vinculum ad dominum vel creditorem possit reverti? ideo enim nostri maiores subtilissimo animo et divino quodam motu ad actiones et earum iura pervenerunt, ut incorporales constitutae possint ubicumque ius suum et effectum corporalem extendere.* [3b] *Sit igitur secundum hanc definitionem causa perfectissime composita et nemo posthac dubitet, neque inter praesentes neque inter absentes quid statuendum sit, ut bono initio et possessione tenentis et utriusque partis domicilio requisito sit expedita quaestio pro rebus ubicumque positae, nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.* [4] *Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes'* (si vedano BONFANTE, *La «longi temporis praescriptio» delle servitù*, cit. [nt. 56], p. 964, e *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 143 ss., PEROZZI, *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 242 ss., e *Istituzioni*, cit. [nt. 14], p. 772 s., PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio*, cit. [nt. 60], p. 49 ss. e 163 s., ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù prediali*, cit. [nt. 55] p. 351 ss., SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. [nt. 56], p. 161 ss., BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 279 ss., K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln - Graz, 1966, p. 282 s. – secondo cui si ha qui un'errata descrizione delle prospettive classiche: cfr. la recensione di R. BONINI, in «SDHI.», XXXIII, 1967, p. 464 s. –, TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 330 e nt. 5, PLESCIA, *The Development of the Exercise*, cit. [nt.16], p. 198, nonché in generale AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, cit. [nt. 216], p. 190 nt. 249, PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit. [nt. 6], p. 367 ss., e VACCA, *'Usucapione'*, cit. [nt. 169], p. 1016 s. (cfr. EAD., *La riforma di Giustiniano*, cit. [nt. 217], p. 185 s.).

⁴⁶⁵ Cfr. in tal senso in particolare BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 284.

⁴⁶⁶ Cfr. già FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit. [nt. 8], p. 381.

⁴⁶⁷ Si veda in tale impostazione GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], specie p. 218 ss., che pur senza distinguere troppo gli elementi giustiniane da quelli postclassici, tende a rintracciare il concreto regime dell'acquisto prescrittivo delle servitù attraverso l'esame dei testi riportati dalla Compilazione.

tout court che si riconoscono *nactae* in seguito ad un possesso *sine vitio* protrattosi non per dieci o venti o magari trent'anni⁴⁶⁸ bensì '*per annos forte tot*' (D. 8.5.10.pr.), e ad esse si contrappongono a loro volta fattispecie in cui, al posto di essere usucapita, la servitù esercitata sufficientemente a lungo verrebbe tutelata mediante un'azione modellata sulla *Publiciana*, e quindi parificata mediante la *fiction usucapionis* – se ne dovrebbe dedurre – alle servitù regolarmente costituite (D. 6.2.11.1), mentre per altro verso nel *Codex*, a fianco di rescritti già severiani che parlano, verosimilmente in vista di interventi interpolatorii, di servitù *quaesitae* attraverso l'esercizio protrattosi per un tempo analogo a quello previsto per l'usucapione delle cose immobili (C.I. 3.34.2)⁴⁶⁹, si affiancano costituzioni in cui

⁴⁶⁸ Cfr. C.I. 3.34.13 (Iust., a. 531): '*Sicut usum fructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus deminuebatur, non passim sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus adnexae sunt, sed decennio contra praesentes vel viginti annorum spatio contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis differentiis explosis*' (oltre a BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 313 s., e GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 212 e 254 s. e nt. 25, e *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù*, cit. [nt. 66], p. 244 nt. 27, sulla costituzione si vedano in particolare TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 334 s. e nt. 26, WESENER, *Zur Frage der Ersitzbarkeit des 'ususfructus'*, cit. [nt. 65], p. 221 s., e SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit. [nt. 464], p. 119 nt. 19 e p. 184 s., che tende forse a sottovalutare il peso delle visuali bizantine: cfr. la recensione di G. GROSSO, *Giustiniano e i classici* [1970], in *Scritti*, cit. [nt. 8], IV, p. 677). Cfr. *infra*, nt. 474.

⁴⁶⁹ '*Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum <im>mobiliu[m] tempore quaesisti, quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cuius est possessio*' (su tale costituzione di Caracalla cfr. *supra*, nt. 75, 322, 395, 444 e 469). Quanto alla integrazione di '*mobiliu[m]*', presente in quattro manoscritti, in '*immobiliu[m]*', presente in altri due, dei quali però a rigore uno reca '*mobiliu[m]*' (si confrontino l'*editio maior* di Paul Krüger – «Codex Iustinianus», Berlin, 1877, rist. Goldbach, 1998, p. 282, che scrive senz'altro '*immobiliu[m]*' ponendo le varie versioni in nota, e l'edizione emendata dello stesso in «Corpus Iuris Civilis» – II, «Codex Iustinianus», Berlin, 1959¹², p. 140 e nt. 10 – che nel testo pone invece '*mobiliu[m]*' aggiungendo in nota l'altra possibilità): in effetti, già K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, curando *Af Ropa* in «Ius Graecoromanum», III, rist. Aalen, 1962², p. 316 nt. 26 (in relazione a XXVI, *per triū n niautū n*: [I] 'O >I kwn ōdwr 'p' tr.a eth di' ¶I I otr.ou ¶groā 'n e,d>sei toā despōtou toā kt>matov kt>tai oūk oāsān alūtū doul e.an: cfr. F. SITZIA, *Le Rhopai*, Napoli, 1984, p. 141), osservava – nel quadro di fondo di una collocazione di tale opera alla fine del VI secolo d.C., contrariamente ad una diffusa dottrina che sino allora tendeva a posporle al X secolo (cfr. SITZIA, *op. ult. cit.*, p. 72 ss.) – come la sostituzione di '*immobiliu[m]*' a '*mobiliu[m]*', risalente al Cuiacio (J. CUJAS, *Notae in Codicem D. Justiniani, in l. III, De servitutibus et aqua tit. XXXIV, ad C.I. 3.34.2* – in *Opera*, cit. [nt. 17], VII, c. 470 –, che in relazione a '*exemplo rerum*' glossa «Male Graeci ex hoc colligunt servitutem aquae acquiri triennio: et hic legisse videntur mobiliu[m], sed rectius immobiliu[m], ut illis servitutes comparentur, ut et paenes civiles ...»), era probabilmente dovuta ad una errata lettura, e che se com'è noto Giustiniano (C.I. 7.31.1.2) aveva fissato per le cose mobili una usucapione triennale, era verosimile che C.I. 3.34.2 facesse riferimento a tale termine, come in effetti avviene anche nel corrispondente *Bas.* 58.7.2 (HEIMBACH, V, cit. [nt. 322], p. 200: k'n m% ēice tiv doul e.an toā >I kein ōdwr, ēil kuse dē ¶necomšnou toā depōtou toā ¶groā 'p' triētā qrdnon, dūnatai kt>sqai t'n doul e.an. e., dē m% ¶cr>sato triēt.an, kwI ōetai: m% dūnamšnou medē t; dapan>mata toā ¶I koā I ambēnein par; toā despōtou toā ¶groā [«licet quis servitutem ducendi aquam non habuerit, tamen si patiente domino fundi per triennium duxerit, servitutem acquirere potest. si vero per triennium non usuceperit, prohibeatur: nec sumtus in ducendo factos a fundi domino repetere potest»]: cfr. anche le fonti richiamate ivi, nt. 1) nonché in *rop.* 26.1 (p. 316), il cui autore, è stato sostenuto, si rifaceva direttamente al testo autentico del *Codex repetitae praelectionis* (nel senso che il termine triennale sarebbe già giustiniano e non invece una successiva innovazione bizantina, si veda G.S. MARIKADIS, *O crōnov 'p' tāv di' cresisths.av sustēsewv tī n douleīf n 'n tū buziantiakū ka' ,skūonti dikaiū*, in «'Efemer.v tāv 'EI I hnikāv ka' Gal I ikāv nomol og.av», XXXV, 1915, p. 189 ss. [n.v.], citato da CARVALE, *Ricerche sulle servitù prediali nel Medio Evo*, cit. [nt. 71], p. 58 e nt. 28): ma tale impostazione, per quanto in effetti sistematicamente piuttosto ardua (cfr. infatti C.I. 3.34.13, Iust., a. 531), non sembra aver ricevuto soverchia attenzione dalla dottrina, che in linea di massima insegna tranquillamente che in seguito alla riforma giustiniana le servitù divennero usucapibili in dieci anni tra presenti ed in vent'anni tra assenti (cfr. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 284, e GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 219 e 229). Su C.I. 3.34.2, oltre a BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 281 s. e nt. 1 (che riferisce erroneamente l'emendazione del Cuiacio al testo dei Basilici, e nel merito giudica insitice le proposizioni '*servitutem ... quaesisti*', seguendo Silvio Perozzi, e '*ante id spatium*', dato che il testo riguardava non l'esistenza o l'acquisto della servitù, bensì le spese relative alle opere sul fondo altrui *sciente domino*, e ritiene che probabilmente Caracalla si riferisse alla *vetustas*, ammettendo con esattezza che le spese gravassero su colui che aveva esercitato la derivazione) e p. 282 s. (ove si insiste su come le parti che implicano il carattere acquisitivo della *consuetudo* siano interpolate, mentre il testo originario non riguardava affatto l'esistenza o l'acquisto di servitù, ma appunto il rimborso delle spese a favore di chi avesse compiuto opere sul fondo altrui *sciente domino*), nonché – su posizioni analoghe – GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 218 s., si vedano in ogni caso PEROZZI, *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 251 s., e *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 772 e nt.

si afferma che '*longi temporis consuetudinem vicem servitutem obtinere*' (C.I. 3.34.1) o che la servitù possa essere dimostrata '*ex vetere more atque observatione*' (C.I. 3.34.8): mentre non diversamente i *Digesta* riportano⁴⁷⁰, senza che i commissari intervengano inserendo un '*non*' che corregga tali affermazioni ormai contrarie al diritto vigente, passi di giuristi classici incompatibili con la riforma giustiniana negando la usucapibilità delle servitù così come la loro *traditio* (D. 41.1.43.1, Gai. 7 *ad ed. prov.*: '*incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*') o che la ammettono solo come conseguenza dell'usucapione degli edifici (D. 41.3.10.1, Ulp. 16 *ad ed.*: '*hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam [longo tempore] capi possint, cum aedificiis possint*') o ancora sembrano negarla anche in questa particolare ipotesi (D. 8.1.14.pr., Paul.15 *ad Sab.*: '*servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur*')⁴⁷¹. Nel complesso, sembra dunque trattarsi di una re-

3 (che, partendo dal presupposto che ai tempi d'Antonino non esisteva la *longi temporis praescriptio*, reputa che all'ipotesi considerata dal rescritto, vertente sulla *scientia domini*, sia stata incongruamente giustapposta la precisazione giustiniana '*servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti*')³, P. BONFANTE, *La proprietà*, cit. [nt. 14], I, p. 99 nt. 2, *Diritti reali*, cit. [nt. 1], p. 144, e *Istituzioni*, cit. [nt. 56], p. 204 e nt. 17 e p. 279 nt. 21 (cfr. *La «longi temporis praescriptio» delle servitù*, cit. [nt. 56], p. 958 ss., e *Facoltà e decadenza del pretore romano* [1898], in *Scritti*, III, cit. [nt. 266], p. 252 e nt. 3: cfr. *supra*, nt. 56), RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, cit. [nt. 55], p. 410 nt. 3, B. KÜBLER, *Res mobiles und immobiles*, in «Studi Bonfante», II, cit. [nt. 24], p. 348, L.V. BERLIRI, *Sulla distinzione delle servitù in continue e discontinue*, in «AG.», CVI, 1931, p. 132 e nt. 3 (secondo cui la costituzione riflette la necessità postclassica e giustiniana di tutelare più efficacemente lo stato di fatto esistente, cui si riconetterebbe in particolare l'estensione a tutte le *res incorporales* della *longi temporis praescriptio*), BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 86 (cfr. *supra*, nt. 308), SOLAZZI, *Requisiti e modi*, cit. [nt. 56], p. 161 (che giudica il passo rimaneggiato), F. PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes*, cit. [nt. 326], p. 114 s. e nt. 74, A. SCHILLER, *Res mobiles, immobiles and se moventes*, in «Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano. Bologna e Roma 17-27 aprile 1933», («Roma») II, Roma, 1935, p. 433 s. e nt. 20 (secondo cui il riferimento a '*res immobiles*' sarebbe qui interpolato al pari di quanto avverrebbe in tutte le fonti classiche, dato che tale concetto risalirebbe all'epoca di Teodosio II), C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, I, Villa S. Giovanni, 1981, p. 38 s. (che ammette le alterazioni del testo, seguendo in particolare Biondo Biondi), CAPOGROSSI, *Il deperimento di alcuni actus legitimi*, cit. [nt. 57], p. 172, A. D'ORS, *Sobra las pretendidas acciones reales «in factum»*, cit. [nt. 14], p. 65 nt. 40 (cfr. SOLAZZI, *Alla ricerca dei «fundi stipendiarii vel tributarii»*, cit. [nt. 215], p. 396 s.: si veda *supra*, nt. 316), BRETONE, *Volgarismo e proprietà postclassica*, cit. [nt. 295], p. 195 s., A. WATSON, *Private Law in the Rescripts of Carus, Carinus and Numerianus*, in «T.», XLI, 1973, p. 25 s. e nt. 52 (sui casi in cui '*possessio*' viene usata nel senso di «proprietà»), e, in relazione alla Glossa, LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 159 e 161.

⁴⁷⁰ Cfr. anche, in relazione alla *lex Scribonia*, D. 41.3.4.28[29] (Paul 54 *ad ed.*): '*libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. itaque si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus*'. Si vedano GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, cit. [nt. 63], p. 56 (a proposito di '*per statutum tempus*'), ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, cit. [nt. 66], p. 233 ss., PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], p. 769 nt. 4 (secondo il quale il passo è «di incerta interpretazione» e «non dà in ogni caso diritto romano»), BESELER, *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 78, SOLAZZI, '*Servitutum debere*', cit. [nt. 299], p. 332 (che, a parte la incerta ricostruzione, già segnalata dall'*editio maior* mommseniana *ad h.l.* – «*Digesta Iustiniani Augusti*», cit. [nt. 99], II, p. 519 nt. 1 –, del tratto '*et per statutum tempus altius aedificatum habuero*', sottolinea tra le varie «magagne» che provano il rimaneggiamento del passo come: «l'espressione *servitutem debere* ne liceret altius aedificare è prolissa e insolita», «l'opposizione *tibi-mihi* sa di artificio e tutto il pensiero 'io debbo a te la servitù, affinché non mi sia lecito di sopraelevare' è sbilenco») e *Requisiti e modi*, cit. [nt. 56], p. 107 s. (cfr. *Specie ed estinzione*, cit. [nt. 8], p. 159 ss., e *Saggi di critica romantica* [1947], in *Scritti*, cit. [nt. 1], IV, p. 676), E. LEVY, *Usureceptio servitutis*, cit. [nt. 66], p. 149 ss., BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 276, BRANCA, *Non uso e prescrizione*, cit. [nt. 66], p. 175, F. DE VISSCHER, *De la défense d'usucaper les choses volées* (1958), in *Etudes de droit romain*, cit. [nt. 392], p. 269 s. e nt. 16, G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 295 s., FRANCIOSI, *Usucapio pro herede*, cit. [nt. 64], p. 171 ss. e nt. 112, GROSSO, *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù*, cit. [nt. 66], p. 234 e 241, e *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 18, 189 e 246, YARON, *Reflections on Usucapio*, cit. [nt. 64], p. 226 e 229, F. PETERS, *Das «patientiam praestare»*, cit. [nt. 56], p. 149 e nt. 77, WESENER, *Zur Frage der Ersitzbarkeit des «ususfructus»*, cit. [nt. 64], p. 211, PLESCIA, *The Development of the Exercise*, cit. [nt.16], p. 190, TOMULESCU, *Melanges des droit romain*, cit. [nt. 309], p. 305 s. e 312 s. (secondo cui, sembrerebbe, la *usucapio* riguarderebbe il terreno su cui insiste la servitù, mentre la *libertas* da questa ne sarebbe una semplice conseguenza), e *Sur la loi Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 329 s. e nt. 1 (ove si sottolinea l'incidentalità del richiamo alla *lex Scribonia* in un testo imperniato sulla *usucapio libertatis*) e p. 333 e 337, RAINER, *Nochmals zu den Gründen und der Datierung der Lex Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 631, CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 455 s. e nt. 17, *Ancora sulla lex Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 212, e *Appunti sulla «quasi possessio iuris»*, cit. [nt. 57], p. 243, LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 65 ss. nonché, in riferimento alla Glossa, p. 153 e 158, e CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 412 s. (cfr. tra l'altro *supra*, nt. 66).

⁴⁷¹ '*Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo,*

golamentazione della *usucapio servitutis* che non venne portata alle proprie effettive conseguenze costruttive⁴⁷², in una indifferenza verso la sua nuova regolamentazione che lascia agevolmente pensare

quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur (cfr. *Bas.* 58.1.14: HEIMBACH, V, cit. [nt. 322], p. 192): si vedano L. COVIELLO, *Della usucapione delle servitù prediali nel diritto civile*, in «RISG.», X, 1890, p. 161 ss., ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, cit. [nt. 66], p. 240 ss., PEROZZI, *I modi pretorii*, cit. [nt. 55], p. 224 s. e 246, SCHNEIDER, *Die Romanistik in Italien*, cit. [nt. 87], p. 248, BESELER, *Et (atque) ideo*, cit. [nt. 164], p. 460, e *Beiträge*, IV, cit. [nt. 37], p. 81 (che in particolare corregge '... *incorporales tamen sunt et [ideo] <possideri non possunt, usucapi vero olim solebant, sed nunc propter legem Scriboniam> usu non capiuntur ...*' e nel tratto successivo cassa tutta la parte da 'vel ideo' a 'interpellari videatur'), BONFANTE, *Note a WINDSCHEID*, cit. [nt. 56], V, p. 662 (che con Schneider, Perozzi e Beseler ritiene interpolata tutta la parte da 'vel ideo' a 'videatur'), BERLILI, *Sulla distinzione*, cit. [nt. 469], p. 129 ss., SOLAZZI, *Requisiti e modi*, cit. [nt. 56], p. 108 e nt. 71 (che non ha obiezioni sulla classicità del passo sino a 'et ideo usu non capiuntur'), LAURIA, *Possessiones*, cit. [nt. 1], p. 188, MAYER-MALY, *Studien zur Elementarliteratur über die usucapio*, cit. [nt. 64], p. 496, ROBBE, *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio locum*, cit. [nt. 340], p. 57 s., WESENER, *Zur Frage*, cit. [nt. 64], p. 211 ss. e 217 ss., VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit. [nt. 345], p. 161 (secondo cui – mentre Ulpiano preferirebbe parlare di 'corpora' e 'iura' – Paolo avrebbe derivato la nozione di 'res incorporales' da Sabino: oltre che SCHULZ, *Sabinus-Fragmente*, cit. [nt. 21], p. 272, cfr. adesivamente R. ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche» nel mondo romano*, Torino, 1968, p. 148 e nt. 84), BIONDI, *Le servitù prediali*, cit. [nt. 21], p. 273 s. e 285 (che ammette l'interpolazione già segnalata), GROSSO, *Le servitù*, cit. [nt. 3], p. 18 s. e nt. 13, p. 174 s., 183, 188 s. e 228 ss. (secondo cui – p. 175 – la motivazione 'vel ideo ... videatur' «risente della mano bizantina» – ma a p. 183 si parla a tale proposito di «elaborazione postclassica» – e «forse fu aggiunta proprio per antitesi col rilievo contenuto in D. 8.2.20.pr., anch'esso alterato», passo [Paul. 15 *ad Sab.*] che, dopo aver affermato che 'servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur' parla a proposito dell'ipotesi di *tignum immisum habere di possideri habendi consuetudinem*: cfr. la ricordata [nt. 72] recensione di Luigi Capogrossi Colognesi, p. 654, e quella di G. WESENER, in «ZSS.», CI, 1971, p. 439), TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 337 nt. 36 (secondo cui il testo sembra essere stato «beaucoup corrigé», ma in epoca postclassica, prima di Giustiniano, dato che per i compilatori la *lex Scribonia* non presentava alcuna utilità, e ha del resto un contenuto illogico, cominciando a parlare delle servitù rustiche e della loro inusucapibilità in quanto *res incorporales* per poi continuare richiamando l'impossibilità della *continua possessio* e finire quindi tornando alle servitù urbane: se Paolo avesse voluto riferirsi ad entrambi i tipi di servitù, avrebbe subito parlato in generale di 'servitutes praediorum rusticorum vel urbanorum', mentre a sua volta la spiegazione successiva è inutile e contraddittoria – il riferimento alla *continua possessio* sembrerebbe infatti implicare *e contrario* che le servitù rustiche possono essere «possedute» ma che la *possessio* non è continua –, ed infine le parole 'etiamsi corporibus accedunt' appaiono una glossa relativa a un contesto ormai scomparso nell'età di Paolo; il testo primitivo, ad avviso di Constantin Tomulascu, doveva quindi semplicemente suonare 'Servitutes praediorum rusticorum incorporales sunt et ideo usu non capiuntur'), P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione «res corporales» «res incorporales»*, in «Labeo», XX, 1974, p. 362 e nt. 6 (sul ristretto numero dei giuristi che seguirono Gaio in tale distinzione), F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni «res corporales» - «res incorporales» e «res mancipi - res nec mancipi» nella sistematica gaiana* (1976), in *Lectio sua*, cit. [nt. 82], II, p. 1105 s. (che dubita della posizione di Pasquale Voci ritenendo altresì possibile che Paolo abbia derivato la nozione di 'res incorporales' dallo stesso substrato culturale o forse dallo stesso patrimonio di scuola da cui la derivò Gaio: cfr. in senso analogo anche ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit. [nt. 21], p. 54 s.), CAPOGROSSI, *La struttura*, cit. [nt. 64], II, p. 437 ss. nt. 4, 7, 9, 17 e 34, *Ancora sulla «lex Scribonia»*, cit. [nt. 66], p. 212, ed *Appunti sulla «quasi possessio iuris»*, cit. [nt. 57], p. 243 s., PLESCIA, *The Development*, cit. [nt. 16], p. 190, RAINER, *Nochmals zu den Gründen und der Datierung der lex Scribonia*, cit. [nt. 66], p. 631, e MANNINO, *La tolleranza dell'usus iuris*, cit. [nt. 57], p. 56 ss. (il quale, pur ammettendo che la parte finale del passo – p. 59 s. – abbia «tutta l'aria di un'aggiunta, o di una maldestra sintesi postclassica del ragionamento originario del giurista severiano», subito si affretta a precisare che tale «sintesi» – la quale, si noti, non è la stessa cosa di un' «aggiunta» –, riguardante l'affermazione della impossibilità e preclusione di acquisire la servitù «quando la *possessio* non risultasse qualificata dalla certezza e dalla continuità», sarebbe appunto «una sintesi postclassica dell'equivalenza fra usus tollerato della servitù e *traditio possessionis*, riconosciuta da parte di alcuni *prudentes*»: prospettazione della inusucapibilità delle servitù negative che sembra lasciare alquanto perplessi). Sul passo, oltre a G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 320, cfr. anche D. PUGSLEY, *The Misinterpretation of the Lex Atinia*, in «RIDA.», 3^a s., XVII, 1970, p. 266 s. e nt. 20, K. MISERA, *Akzesion und Surrogation zufolge einer adiudicatio*, in «ZSS.», CXVI, 1986, p. 402 s. e nt. 99 (su 'accedere'), R. MENTXAKA, *Praedia rustica - praedia urbana. Consideraciones sobre los criterios distintivos en el derecho romano clásico*, in «RIDA.», 3^a s., XXXIII, 1986, p. 149 ss., T. GIARO, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, cit. [nt. 340], p. 204 s. nt. 90, e ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum»*, cit. [nt. 3], p. 430 nt. 225 (a proposito dell'uso della nozione di 'possessio'). Cfr. di recente CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 247 s. e nt. 220 e p. 340 s., che avanza anch'egli dubbi sulla seconda motivazione ('... *vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem ...*'), la quale, ammettendo in qualche modo il possesso della servitù, contraddice la prima motivazione ('... *incorporales ... sunt et ideo usu non capiuntur ...*'). Su D. 41.3.10.1 cfr. *supra*, nt. 66, 88 e 214.

⁴⁷² Sembra per tal verso piuttosto debole l'argomento recato da Giuseppe Grosso (*Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 376), secondo cui non si tratterebbe in realtà di una contraddizione, dato che la permanenza delle enunciazioni circa

ad una sua scarsa applicazione pratica, come mostra, in particolare, l'estensione della prescrizione acquisitiva, per ragioni di coerenza costruttiva, non solo alle servitù prediali, dove tale figura aveva una precisa rilevanza pratica, ma a tutte le *servitutes* nella nuova accezione giustiniana, e quindi anche all'usufrutto, la cui possibile usucapione, se in ipotesi sarebbe stata più teorica che pratica già per quanto riguarda l'età repubblicana e classica, ove peraltro i tempi di acquisto molto erano ben più brevi⁴⁷³, doveva di fatto diventare ancor più difficilmente configurabile, specie in relazione alle persone fisiche, in vista dei decenni previsti per la *longi temporis praescriptio*⁴⁷⁴.

la inusucapibilità nei *Digesta* sarebbe giocato sul nome di '*usucapio*', che è di principio cosa diversa dalla *praescriptio longi temporis* (si veda ad esempio, in senso contrario, l'interpolazione del ricordato D. 41.3.10.1 [cfr. *supra*, nt. 66, 88, 214], dove – con un intervento verosimilmente meccanico che guarda alla terminologia ma non al contenuto e che sembrerebbe quindi da ricondurre non tanto ai postclassici quanto ai commissari triboniani – si inserisce la nuova locuzione '*longo tempore*' lasciando tuttavia la regola della inusucapibilità: '*... nusquam ... capi possint ...*').

⁴⁷³ Cfr. in tal senso ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. [nt. 12], p. 244 s. Sul termine previsto da Giustiniano per l'usucapione delle *servitutes* si veda in ogni caso *supra*, nt. 469 (cfr. tra l'altro SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit. [nt. 464], p. 183 ss.): l'incertezza che in effetti presenta da un punto di vista concretamente normativo l'estensione giustiniana della prescrizione acquisitiva alle *servitutes* (cfr. in particolare E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], p. 76 s., che insiste sull'eclittismo di Giustiniano nella regolamentazione delle servitù, specie in relazione alle provincie, in un combinarsi non sempre ordinato di elementi classici e di visuali elaborate dalle scuole orientali) sembra venire offerto dagli stessi Basilici, ove per un verso si rinviene un tempo triennale per l'acquisto delle servitù per usucapione (*Bas. 58.7.2*; cfr. *supra*, nt. 469), e d'altro lato sopravvive in ogni caso il termine di dieci e vent'anni per la loro estinzione per non uso (*sch. a Bas. 58.7.10: doul e.a fqe.retai tl ccrhs.α "p" dška A etkosin "niantoUv* – «servitus non utendo decem vel viginti annis extinguitur»: cfr. HEIMBACH, V, cit. [nt. 322], p. 201 e le fonti richiamate nella nt. q –, corrispondente a C.I. 3.34.13, ove Giustiniano, nel novembre del 531, e quindi un mese prima, stando alle *subscriptions*, della riforma relativa all'acquisto prescrittivo delle servitù del dicembre del 531 di cui in C.I. 7.33.12.4, introduce tali termini in un discorso che tuttavia risulta riferirsi – cfr. anche C.I. 3.33.16.pr., dell'ottobre del 530 – all'originario periodo biennale, o annuale per l'usufrutto di cose mobili, come tuttora vigente): mentre a sua volta la prassi non sembra farsi soverchi problemi in tal senso, e applicare piuttosto all'usucapione ed all'estinzione per non uso delle servitù termini consuetudinari alquanto diversi, come ad esempio avverrà nell'Italia meridionale nel *Prochiron Legum*, che da una parte richiama, oltre che la prescrizione triennale di *Bas. 58.7.2 (proch. leg. 33.40*: BRANDILEONE, PUNTONI, *op. cit.* [nt. 71], p. 225 s.), la norma giustiniana e poi bizantina dell'estinzione della servitù in dieci o vent'anni (*proch. leg. 33.32*: p. 220), ma tuttavia, in relazione all'*usucapio libertatis* relativa ad una servitù di non edificare, stabilisce (33.28 [p. 217]: *toutsstin ti n I/ "ti n*) un periodo invece trentennale (si veda CARVALE, *Ricerche sulle servitù prediali nel Medio Evo*, cit. [nt. 71], p. 55 ss. e 62), mentre nelle coevi documenti processuali dell'Italia meridionale bizantina del X ed XI secolo si rinvencono altresì termini acquisitivi di quarant'anni ma pure trentennali (cfr. CARVALE, *Ricerche*, cit., p. 67 s. e 83 s.). Anche se ovviamente tali indizi avrebbero bisogno di un ben maggiore approfondimento (si veda ad esempio come la *Summa Perusina* – cfr. *Adnotationes codicum domini Justiniani [Summa Perusina]*, a cura di F. PATETTA, in «BIDR.», XII, 1900, p. 85 – equivochi il dettato giustiniano affermando – 3.34.13 e 14 – che l'usucapione si compie '*decem et viginti annos inter praesentes personas*': cfr. CARVALE, *Ricerche*, cit., p. 18), sembrerebbe in ogni caso confermata la legittimità del sospetto che la riforma giustiniana de *praescriptio longi temporis* si accontentò, per quanto riguarda le *servitutes*, di fornire alla materia un inquadramento generale che, pur tentando di salvare le generali categorie del diritto classico, si limitava in sostanza a riconoscere la legittimità delle pratiche già stabilmente diffuse in età postclassica, lasciando in buona parte alla prassi e alle consuetudini altresì locali la regolamentazione pratica dell'acquisto prescrittivo delle servitù prediali, specie in relazione ai tempi necessari (su come del resto il Medioevo sia restio ad ammettere la prescrizione estintiva delle servitù discontinue si veda in breve BIOCCHI, LAMPIS, '*Servitù (diritto intermedio)*', cit. [nt. 71], p. 268 e nt. 51).

⁴⁷⁴ Il discorso è ovviamente diverso (e vale la pena di seguirlo con una breve digressione, dato che esso conferma anche sotto tale aspetto l'incertezza dei termini temporali che caratterizza gli *iura in re aliena* nel diritto giustiniano) per quanto riguarda le persone giuridiche, per le quali, com'è noto, vale per l'estinzione un periodo centennale (cfr. in generale GROSSO, *Usufrutto*, cit. [nt. 1], p. 297 ss.), termine che peraltro non è ritenuto dalla dottrina classico, ma è attribuito ai giustiniani (cfr. ad esempio BURDESE, *Diritto privato romano*, cit. [nt. 214], p. 164) ovvero, con una tesi che ormai tende a prevalere, ad un compilatore postclassico, in una lettura che si fonda innanzitutto su D. 7.1.56 (Gal. 17 *ad ed. prov.*): '*An usus fructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte nec facile capitis deminutione periturus est, qua ratione proprietatis inutilis esset futura semper abscedente usu fructu. sed tamen placuit dandam esse actionem. unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipes: et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est*'; sul passo, alquanto censurato, come si usa dire, dalla critica interpolazionista ma anche da quella successiva, si vedano KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.2, cit. [nt. 33], p. 546 s. (che dalle parole '*danda ... actionem*' e '*tuendos*' desume che il riconoscimento non sarebbe avvenuto *iure civili*, ma soltanto attraverso mezzi pretorii), H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, cit. [nt. 55], p. 77 e nt. 87 (che vuole sostituire '*interdictum*' ad '*actio*' e critica le parole '*hominis est*': cfr. a quest'ultimo proposito anche S. DI MARZO, *Sull'usufrutto delle persone giuridiche nel diritto romano classico*, in «BIDR.», XIV, 1901, p. 123 ss., che

che da tali interpolazioni compilatorie deduce altresì l'esclusione gaiana dei *municipes* dall'usufrutto), G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1920, p. 143 nt. 299, RABEL, *Grundzüge*, cit. [nt. 16], p. 41 nt. 3 (che reputa il testo genuino nella sostanza se non anche forse nella forma: cfr. altresì MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, cit. [nt. 235], p. 377 e nt. 5; *contra* C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Napoli, 1949, p. 188 ss., e *Il limite di tempo all'usufrutto delle persone giuridiche*, in «Atti della Reale Accademia di Napoli», XXXIV, 1903, p. 53 ss. e in particolare p. 14 ss. e 20 s. [estr.], che ritiene interpolato l'intero periodo '*periculum ... usufructu*', cosicché il limite centennale è a suo avviso da far risalire ai giustinianeî, o magari a un precedente manipolatore; cfr. adesivamente G. LONGO, *I diritti reali*, cit. [nt. 8], p. 316), U. COLI, *Capitis deminutio* (1922), in *Scritti di diritto romano*, Milano, 1973, p. 211 (che, in linea di massima d'accordo con Carlo Fadda, oltre che rifiutare la parte da '*sed tamen*' in poi, sostituisce '*videbatur*' con '*videtur*', '*fieret*' con '*fiat*' e '*nec facile*' con '*neque*', sottolineando, forse un po' troppo acriticamente, che i compilatori mostrano qui di credere che la *capitis deminutio* possa riguardare anche un municipio), F. PRINGSHEIM, *Beyt und Bologna* (1921), in *Gesammelte Abhandlungen*, cit. [nt. 326], p. 397 (a proposito di '*dubitatio*'), BONFANTE, *Istituzioni*, cit. [nt. 56], p. 275 nt. 13 (secondo cui il limite secolare «è probabilmente giustiniano»), MESSINA VITRANO, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, cit. [nt. 82], p. 61 ss. (per il quale la regola non è in ogni caso gaiana), V. ARANGIO RUIZ, *Ancora sulle «res cottidianae»*. *Studio di giurisprudenza postclassica* (1929), in *Scritti di diritto romano*, II, cit. [nt. 75], p. 224 (secondo cui il limite di cento anni – che non si trova negli altri passi che, come D. 31.66.7, D. 35.2.68.pr. e D. 7.4.21, parlano dell'usufrutto a favore di persone giuridiche – non è stato verosimilmente interpolato dai giustinianeî, che nel caso l'avrebbero fatto anche negli altri passi, e pensa che debba piuttosto trattarsi «di un limite introdotto dalla prassi, forse in certe provincie orientali solamente, e segnato in margine agli esemplari delle opere gaiane, che più di tutte le altre facevano testo nelle scuole postclassiche»), SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica*, cit. [nt. 470], p. 685 nt. 165 (che pensa, anche in relazione a D. 7.1.3.2 e a D. 33.2.8, ad un'alterazione pregiustiniana, frutto del paziente lavoro di un glossatore), GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 298 s. (che, ricordando l'opinione di Otto Karlowa e notando come D. 7.1.56 sia tratto dal commento all'*edictum provinciale* di Gaio, ritiene «probabile che qui si trattasse del particolare usufrutto tutelato sui fondi provinciali», ambito in cui si sarebbe incominciato a risolvere in senso affermativo il problema dell'usufrutto a favore di persone giuridiche: cfr. altresì TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. [nt. 60], p. 465, secondo cui la soluzione sarebbe classica, soprattutto in quanto tale limitazione temporale opererebbe sul piano del diritto pretorio), F. DE MARINI AVONZO, *Giustiniano e le vicende della praescriptio centum annorum*, in «Studi Betti», III, cit. [nt. 64], p. 114 ss. (secondo la quale il limite centennale sarebbe stato introdotto da una costituzione a noi sconosciuta o comunque da compilatori pregiustinianeî, ritenendo meno probabile un intervento giustiniano in tal senso), P. STEIN, *Generations, Life-spans and Usufructs*, in «RIDA.», 3^a s., IX, 1962, p. 335 ss. ed in particolare p. 347 ss. e 351 ss. (che, non tenendo conto di ulteriori fattori, come in primo luogo il tenore generale dell'argomentazione di Papiniano in D. 31.66.7, ritiene che il limite di cento anni valesse già nel diritto classico), L. BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, in «RDH.», XLIII, 1965, p. 367 s. e nt. 29, SANTALUCIA, *L'opera di Gaio «ad edictum praetoris urbani»*, cit. [nt. 60], p. 120 ss. (che nota, come già Franca De Marini Avonzo e Peter Stein, che in realtà «l'idea dei cent'anni non è certamente bizantina, poiché si trova menzionata già in Varrone e in Plinio il Vecchio», oltre che in altri testi del II secolo d.C., e segue Siro Solazzi e Vincenzo Arangio-Ruiz nel ritenere, con quest'ultimo, che tale limite sia stato introdotto dalla prassi postclassica), e D. DALLA, *I due saecula* (1984), in *Ricerche di diritto delle persone*, Torino, 1995, p. 54 (in riferimento al *saeculum* generazionale, di trent'anni, e al *saeculum* della vita umana, di cent'anni). Analogo per tal verso a D. 7.1.56 è poi D. 33.2.8 (Gai. 3 *leg ad ed. praet.*): '*Si usus fructus municipibus legatus erit, quaeritur, quousque in eo usu fructu tuendi sint: nam si quis eos perpetuo tuetur, nulla utilitas erit nuda proprietatis semper abscedente usu fructu. unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitae longissimus esset*': sul passo si vedano FADDA, *Il limite di tempo*, cit., p. 14 ss. [estr.], che non ritiene classico neppure il motivo '*...ne in perpetuo...*' (cfr. il richiamo di BONFANTE, *loc. ult. cit.*), MITTEIS, *loc. ult. cit.*, H. KRÜGER, *loc. ult. cit.*, MESSINA VITRANO, *op. cit.*, p. 64 s., PEROZZI, *Istituzioni*, cit. [nt. 14], I, p. 795 nt. 3 (secondo cui l'usufrutto a favore di persone giuridiche sarebbe stato ammesso solo dopo Gaio, mentre il limite centennale sarebbe triboniano), PACCHIONI, *loc. ult. cit.*, SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 684 s. e nt. 165, SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit. [nt. 216], p. 94 (che trova anch'egli tale periodo di introduzione giustiniana), DE MARINI AVONZO, *op. ult. cit.*, p. 112 s. e nt. 21, STEIN, *op. ult. cit.*, p. 348 s., SANTALUCIA, *op. ult. cit.*, p. 117 ss. (che in ogni caso, come si è visto, rifiuta la classicità di tale spazio temporale), e DALLA, *op. cit.*, p. 55, nonché BOYER, *op. cit.*, p. 368 e nt. 31. Oltre a D. 7.1.56 e a D. 33.2.8 sono poi da considerare: D. 31.66.7 (Pap. 17 *ad ed.*): '*A municipibus heredibus scriptis detracto usu fructu legari proprietates potest, quia non utendo possunt usum fructum amittere*' (cfr. SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 686 – che non avanza dubbi circa la classicità della decisione –, GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 298, STEIN, *op. ult. cit.*, p. 351 s., e BOYER, *op. ult. cit.*, p. 368 e nt. 33); D. 7.1.3.2 (Gai. 2 *r. cott. = lust. inst.* 2.4.1): '*ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu, placuit certis modis extinguere usum fructum et ad proprietatem reverti*' (cfr. FADDA, *Il limite di tempo*, cit., p. 15 s. [estr.] – che ritiene l'intero passo triboniano – e BONFANTE, *op. ult. cit.*, p. 275 nt. 12, che si richiama ad esso in relazione al diritto giustiniano, nonché ARANGIO-RUIZ, *loc. ult. cit.*, che osserva, contro le critiche del primo, che i compilatori non avrebbero avuto ragione di accennare ai modi di estinzione dell'usufrutto – oggetto di un autonomo titolo, D. 7.4 – «in testa al D. 7.1», mentre vi avevano interesse i compilatori delle *res cottidianae*, «i quali, avendo costruito sui ruderi di Gai II 30-32 un abbozzo di dottrina generale dell'usufrutto, erano in traccia di qualche altro spunto che permettesse di completarlo meglio»: cfr. altresì SANTALUCIA, *op. ult. cit.*, p. 120); è infine anche da considerare *Ulp. ep.* 22.5: '*nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt*,

heredes fiant: senatus consulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint. sed fideicommissaria hereditas municipibus restitui potest: denique hoc senatus consulto prospectum est, su cui si vedano RABEL, *Grundzüge*, cit., p. 44, BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit. [nt. 345], p. 198, F. GUIZZI, *Miti e politica nella capacità successoria del «populus romanus»*, in «Labeo», VIII, 1962, p. 169ss. e specificamente p. 173 ss. (il quale, quantomeno sino alla fine della repubblica e agli inizi del principato, segue la tesi di V. SCIALOJA, *Il testamento di Acca Laurentia* [1905], in *Studi giuridici*, II.2, Roma, 1934, p. 226 ss, e *Diritto ereditario romano*, Roma, 1905, p. 306 ss., che nega la capacità del popolo romano di essere istituito erede, ma è in ogni caso restio ad estendere la qualifica di «*incerta persona*» al *populus Romanus*), R. ORESTANO, *Gli editti imperiali. Contributo alla teoria della loro validità ed efficacia nel diritto romano classico*, in «BIDR.», XLIV, 1936-1937, p. 295, M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*, I [cur. R. MARTINI], Torino, 1966, p. 128 ss., DE FRANCISCI, *Per la storia della legislazione imperiale durante il principato*, cit. [nt. 330], p. 193, F. SAMPER POLO, *La disposición «mortis causa» en el derecho romano vulgar*, in «AHDE.», XXXVIII, 1968, p. 208 s., F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, Bari, 1971, II, p. 301 ss. e in particolare p. 313 ss. (che circoscrive la nozione di «*incertum corpus*» ai *municipia*, escludendo da essa i *collegia*, parificati alla *res publica*: cfr. la recensione di O. ROBLEDA, in «BIDR.», LXXVI, 1973, p. 353 s.), A.J.B. SIRX, *The Lex Junia and the Effects of Informal Manumission and Iteration*, in «RIDA.», 3^a s., XXX, 1983, p. 280 s., J.W. TELLEGEN, *Pline le jeune et le legs pour Côme dans Ep. 5,7*, in «BIDR.», XCII-XCIII, 1989-1990, p. 84 s. (sulla eccezionalità del senatoconsulto che permette ai liberti di un municipio di istituire erede quest'ultimo), D. JOHNSTON, *Munificence and Municipia: Bequest to Towns in Classical Roman Law*, in «JRS.», LXXV, 1985, p. 106 ss. (sulle *incertae personae*, tuttavia «neglette» da tale autore in *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988, p. 36 s.: cfr. la recensione di M. TALAMANCA, in «BIDR.», XCII-XCIII, 1989-1990, p. 750), Th. MAYER-MALLY, *Das Testament des Saturninus*, in «lura», XXXIX, 1988, p. 103 s., e F. MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*». *Storia di un testo*, Napoli, 1997, p. 97 (che rinvia a D. 38.3.1.1, Ulp. 49 ad ed.: cfr. ID., *Un'ipotesi sulla formazione del «Tituli ex corpore Ulpiani»*, in «Index», XVIII, 1990, p. 192 e nt. 198). D'altra parte, come è stato sottolineato (cfr. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni*, cit. [nt. 216], p. 269, DE MARINI AVONZO, *op. ult. cit.*, p. 116, 117 e 126 s., e SANTALUCIA, *op. ult. cit.*, p. 118 s.), se lo stabilire limiti precisi risponde all'indole del diritto giustiniano (cfr. già FADDA, *Il limite*, cit., p. 13 ss. [estr.]: ma si vedano in generale i termini indistinti propri dell'età postclassica sinora considerati specie in relazione alla *possessio* in senso lato e alla sua tutela), da un punto di vista giuridico la considerazione del *saeculum* quale durata massima della vita umana è tipicamente bizantina, cosicché la si ritrova ad esempio in C.I. 1.2.23.2-4 (dove, così come in D. 33.2.29 reca «*qui finis vitae longissimus esset*», nel § 2 compaiono le parole «*longissimum vitae hominum tempus*»), in Nov. 9.1 («*vitae longevi hominis ... finis*»), entrambe relative al termine di prescrizione, appunto centennale, per chiese ed opere pie; mentre per converso, se il tempo di cento anni per l'estinzione dell'usufrutto a favore delle persone giuridiche fosse stato classico, come pur è stato autorevolmente sostenuto, non sarebbe spiegabile perché mai Papiniano (17 *quaest.*), in D. 31.66.7, chiedendosi se si possa costituire un usufrutto non a termine a favore di un municipio, si richiami alla possibilità, del tutto aleatoria, che esso si estingua comunque per non uso, ovvero perché mai Modestino (3 *diff.*) in D. 7.4.21 pensi come causa di estinzione di un analogo usufrutto ad un venir meno della città su un piano fisico (nonché giuridico: così risulta da intendere la *exaratio* della *divitas*, come appunto avvenne nel caso di Cartagine, richiamato da Modestino: oltre a FADDA, *Il limite di tempo*, cit., p. 36 [estr.], cfr. R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, p. 47 s., e soprattutto *Il problema delle fondazioni in diritto romano. Appunti dalle lezioni tenute nell'Università di Genova*, I, Torino, 1959, p. 74 ss. – si veda, in appendice, F. DE MARINI AVONZO, *La delimitazione territoriale nel mondo romano. Significato religioso ed effetti giuridici*, p. LI ss. – nonché SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 386, STEIN, *Generations*, cit., p. 353 s., e BOYER, *op. cit.*, p. 368 e nt. 34), o ancora per quale motivo Emilio Macro (2 *leg. vig. her.*) in D. 35.2.68.pr., per calcolare il valore del legato di usufrutto a favore di una *respublica* agli effetti della *vigesima hereditatis* (anche se qui, in effetti, ciò cui si deve fare riferimento non è la durata massima dell'esistenza, bensì quella media che può rimanere da vivere ad un adulto, ma dal punto di vista che qui interessa il discorso ovviamente non muta), proponga il termine di trent'anni, senza neppure mostrare di aver presente, sia pure semplicemente quale referente di massima da cui partire, tale diverso periodo secolare. Se tali fattori portano ad escludere che il termine centennale potesse essere classico, anche la congettura di una sua origine tardoimperiale, ad una più attenta considerazione, si rivela alquanto meno convincente di quanto potrebbe a prima vista sembrare: così, in primo luogo, sostenere – come fa in particolare Vincenzo Arangio-Ruiz, seguito da Bernardo Santalucia – che, se i giustinianeî avessero interpolato tale termine in D. 7.1.56 e in D. 33.2.8, l'avrebbero fatto anche negli altri luoghi in cui si parla dell'usufrutto a favore di persone giuridiche, è affermazione agevolmente falsificabile ponendo semplicemente mente a come essi, ad esempio, non si preoccupino menomamente di adeguare in generale alla riforma in tema di usucapione delle servitù e dell'usufrutto, come si è appena visto, i testi classici e postclassici che connettono il fenomeno ad altri requisiti e soprattutto a termini temporali affatto diversi; anche l'altro argomento di Vincenzo Arangio-Ruiz, secondo cui i giustinianeî non avrebbero avuto ragione di accennare ai modi di estinzione dell'usufrutto in apertura di D. 7.1, mentre vi avrebbero avuto interesse i compilatori delle *res cottidianae*, si rivela alquanto debole se solo si considera come D. 7.1.3 (Gai. 2 *r. cott.*) – che come i due passi precedente è fuori sede rispetto all'ordine bluhmiano delle masse (cfr. P. KRÜGER, «*Corpus Iuris Civilis*», I, cit. [nt. 37], p. 127 nt. 1) – sia stato posto in posizione predominante nel libro dedicato all'usufrutto in quanto tratta compendiosamente di tale istituto, tanto che essi se ne servono altresì all'inizio del titolo (2.4) delle *Institutiones* dedicato a tale istituto: ma soprattutto, anche se questo può contrastare la posizione di Carlo Fadda, che vedeva un'interpolazione nella frase, considerata stereotipa, «*ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper absc-*

Se si tiene presente come i compilatori possano talora pur intervenire correggendo i generici riferimenti temporali propri dell'impostazione postclassica (si pensi in particolare alla precisazione *'id est non minus quam triginta diebus'*, che in D. 43.19.1.2 si giustappone all'affermazione per cui l'interdetto spetterebbe *'si modo anno usus est vel modico tempore'*)⁴⁷⁵, questa indifferenza sistematica dei commissari giustiniani non solo verso le enunciazioni dei giuristi classici contrarie alla reintrodotta usucapibilità delle servitù, ma altresì in ordine alla stessa regolamentazione dei requisiti dell'istituto e quindi alla sua applicazione concreta, sembra dunque lasciare intravedere come nella pratica giudiziaria dell'impero bizantino il regime delle servitù e la tutela processuale di esse dovettero continuare a svolgersi, in linea di massima, secondo i sistemi empirici già tracciati dai testi postclassici in materia, in un ambito *extra ordinem* ove del resto tali problemi non dovevano creare soverchie difficoltà né pratiche né tantomeno dogmatiche⁴⁷⁶: per tal verso, sembrerebbe che in ogni caso la co-

dente usu fructu, placuit certis modis extinguere usum fructum et ad proprietatem reverti', si può notare come tale passo non contenga per nulla il termine centennale in questione, per cui – anche se i compilatori delle *res cottidianae* avessero avuto forti ragioni, come pretendeva Vincenzo Arangio-Ruiz, per ampliare e completare meglio con ulteriori spunti l'abbozzo di dottrina generale che avevano «costruito sui ruderi di Gai II 30-32» – il fatto che proprio essi, pur in tale ricerca di nuovi elementi, non parlassero affatto di tale estinzione centennale dimostrerebbe semmai che il termine non si era ancora affermato nel diritto postclassico (questo, ovviamente, seguendo la critica più antica, che tendeva, al contrario della prevalente dottrina moderna, a rifiutare ogni classicità della *res cottidianae*). Infine, l'argomento più recente, secondo cui il riferimento al *saeculum* quale paradigma massimo della vita umana sarebbe già stato conosciuto ai tempi di Varrone e di Plinio il Vecchio, prova anche troppo, dato che in realtà tale concezione, del resto conosciutissima nel mondo classico, risale a molto prima dei Romani e si riconnette direttamente agli Etruschi, da cui i primi lo derivano (cfr. per tutti, senza potere qui entrare nelle complesse implicazioni religiose di tale teoria, L. LANTELLA, «*Finem fore nominis Etrusci*», in «Sodalitas. Scritti Guarino», cit. [nt. 42], V, p. 2155 ss., e DALLA, *I due saecula*, cit., p. 46 ss.): il che rende, viceversa, ancora più significativo il fatto che il diritto classico non vi sia ricorso in ordine all'usufrutto a favore di persone giuridiche, mentre per converso, se come si è visto i postclassici risultano rifuggire in generale da simili precise misure temporali (cfr. *supra*, § 16 e nt. 402), sono proprio i giustiniani che se ne avvalgono in generale nonché in casi specifici come quello, ricordato, della prescrizione a danno di chiese ed opere pie. Del resto, più latamente, la previsione di un termine centennale da parte di Giustiniano sembra accordarsi con la sua volontà di rendere più sicuro e stabile l'usufrutto, come si nota dallo stesso delle due costituzioni relative alla prescrizione per non uso (C.I. 3.33.16.pr.-1 e C.I. 3.34.13: si veda in particolare ELVERS, *Die römische Servitutenehre*, cit. [nt. 8], p. 779 ss.), in cui si nota un certo sfavore verso il termine annuale o biennale classico, cui si preferisce, troncando ogni incertezza (cfr. *supra*, nt. 473), il tempo di dieci o vent'anni (cfr. in breve GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 389 e nt. 1): atteggiamento cui corrisponde, in C.I. 3.34.14.pr. ss. (lust., a 530), lo stesso fastidio per i problemi relativi all'estinzione dell'usufrutto per *capitis deminutio minima* ed alle escogitazioni cui per superarli ricorrevano i *prudentes* (cfr. GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 321 ss.), problemi tutti troncati dall'imperatore (§ 4: *'totam eorum ambiguitatem delevimus'*) abolendo senz'altro tale causa di estinzione dell'usufrutto (cfr. in breve ancora GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 380), del resto non più del tutto consona ai tempi.

⁴⁷⁵ Cfr. *supra*, nt. 123, 249 e 402.

⁴⁷⁶ Non è qui il caso di dilungarsi soverchiamente sui successivi sviluppi dei rapporti fondiari rapportabili alle servitù prediali romane per trovare facili conferme a tali prospettive ricostruttive nel contesto altomedioevale (si veda in breve BESTA, *I diritti sulle cose*, cit. [nt. 245], p. 215 ss.): infatti, nel variegato contesto dell'appartenenza dell'età intermedia (cfr. in generale P. GROSSI, *Proprietà [diritto intermedio]*, in «ED.», XXXVII, cit. [nt. 220], p. 226 ss., e, in relazione a tale ambito, G. DIURNI, *Le situazioni possessorie nel Medioevo. Età longobardo-franca*, Milano, 1988, nonché E. LEVY, *The Law of Property*, cit. [nt. 3], in particolare p. 96 ss.), per instaurare rapporti prediali tra fondi si ricorre essenzialmente a quattro metodi, ossia in primo luogo – ma raramente – a servitù vere e proprie secondo il paradigma romano della realtà, come avviene nei territori bizantini italiani secondo sistemi rapportabili alla *pactio et stipulatio* antica (cfr. CARVALE, *Ricerche sulle servitù prediali*, cit. [nt. 71], p. 53 ss., 63 ss. e 85 s.: sulle clausole penali che in tali aree si accompagnavano a simili atti, tendendo anzi nella prassi documentale a coinvolgere almeno teoricamente nell'obbligo a pagare la penale non solo il disponente e i suoi successori, ma altresì i terzi acquirenti estranei all'atto negoziale, si veda BRANDILEONE, *Le clausole penali*, cit. [nt. 108], p. 531 ss.) ma ad esempio anche in area longobarda, secondo formule più empiriche (cfr. CARVALE, *op. cit.*, p. 94 s. e 107 s.): a tale sistema risultano poi da aggiungere le costituzioni di servitù mediante testamento ovvero in sede di vendita (cfr. *ivi*, p. 8 ss. ed in generale p. 121ss.), mentre tra l'altro è altresì da notare come rimanga altresì traccia della concezione bizantina – cfr. *supra*, nt. 304 – del trasferimento della proprietà dell'acqua in quanto tale (cfr. *ivi*, p. 80); in secondo luogo si creano soprattutto rapporti essenzialmente personali in cui il titolare di un fondo concede all'altro la *'licentia'* di avvalersi, in particolare, del passaggio o dell'acqua (cfr. *ivi*, p. 21, 25 ss., 38, 40 s., 45 s., 72 ss., 85 s., 90 s., 102, 105, 109, 112 s., 115 e 118), ove il termine *'licentia'* si rinviene sovente in riferimento al verbo *'posse'* (cfr. *ivi*, p. 94, 99 e 108 s.) e soprattutto alla nozione di *'potestas'* – *'licentia et potestas'* –, la quale (cfr. *ivi*, p. 31), mentre *'licentia'* risulta riferirsi alla con-

cessione e al suo contenuto, appare indicare in particolare la situazione fondiaria derivante al titolare del diritto da tale obbligazione assunta dalla controparte (cfr. ivi, p. 49 s., 77, 78 s., 85, 91 – ‘*firma potestas*’ –, 101; peraltro, il termine ‘*potestas*’, senza in ogni caso sembrare di per sé implicare un diverso valore negoziale dell’atto, compare anche da solo: cfr. ivi, p. 30 s., 37 s., 76 s., 92, 102, 106 s., 109); in terzo luogo, si ha l’usucapione del diritto (cfr. ivi, p. 67 ss. e 95 s.), che d’altronde, come si è accennato, risulta coniugarsi con la precedente modalità nella creazione di servitù vere e proprie mediante la normale trasformazione del diritto personale in diritto reale (cfr. *supra*, § 17); in quarto luogo vi è infine la soluzione del trasferimento della striscia di terreno su cui insisterà la strada o l’acquedotto (cfr. ivi, p. 32 ss., 38 s. e 41), secondo un sistema che – anche al di là delle teorie di origine di Moritz Voigt: cfr. *supra*, nt. 125 – appare già conosciuto al diritto romano (si veda in particolare A. TORRENT, *El origen de la «servitus aquaeductus» a la luz de la Tabula Contrebiensis*, in «Studi A. Biscardi», II, Milano, 1982, p. 261 ss.); accanto a tali metodi privatistici sono poi da ricordare le concessioni imperiali o comunque della pubblica autorità che, secondo varie modalità, danno luogo a diritti rapportabili alle servitù (cfr. CARVALE, *op. cit.*, p. 36 ss. e 89 ss.). Tali modi di costituzione di rapporti *lato sensu* di servitù, che fondamentalmente confermano anche sotto tale aspetto la natura soprattutto consuetudinaria del diritto medioevale (cfr. in breve BIOCCHI, LAMPIS, ‘*Servitù (diritto intermedio)*’, cit. [nt. 71], p. 263) sono stati visti letteratura romanistica (cfr. in particolare E. LEVY, *The Law of Property*, cit., p. 96) nel quadro di un diretto confronto con gli *iura in re* del diritto romano classico, che ha inevitabilmente condotto ad una nettissima contrapposizione tra i due sistemi, di cui quello medioevale costituirebbe una sorta di «degenerazione» del primo: visuale che può essere in certo modo vera dal punto di vista della costruzione sistematica e dogmatica del diritto, ma che da un punto di vista storico-giuridico tende inevitabilmente a distorcere la verità, dato che un simile metodo non può che fare percepire la realtà medioevale in una prospettiva che non è la sua, bensì quella del diritto romano (cfr. in breve BIOCCHI, LAMPIS, *op. cit.*, p. 262). Ma, al di là di tali problemi, l’astrattezza fuorviante di una simile visuale risulta ancora maggiore se si considera come il termine di raffronto in tale percezione sia soltanto ed esclusivamente il diritto romano classico e «puro», poiché, se si guarda invece al contesto imperiale nel suo complesso, la rottura del Medioevo rispetto al mondo antico non è poi tanto sensibile e netta come usualmente si pretende: se infatti è pianamente ammesso che, oltre a quello della costituzione di un diritto inerente alla realtà dei fondi, altresì il sistema del trasferimento della striscia di terreno su cui allogare la strada o l’acquedotto era già conosciuto dal contesto romano, anche la stessa la soluzione di creare un rapporto obbligatorio di servitù – che già il diritto classico aveva tentato, verosimilmente riuscendovi entro certi limiti, a trasformare in un rapporto tendenzialmente reale – doveva essere una via che nel mondo provinciale e poi soprattutto postclassico doveva essere già praticata, ed anzi, venendo meno la relativa forma di realtà offerta dalla tutela interdittale, si è visto come già in epoca tardoimperiale essa dovesse avere già cominciato a combinarsi con il sistema della usucapione della servitù, così da assicurare una permanenza potenzialmente perpetua di un rapporto pur sorto su di un piano meramente obbligatorio (cfr. *supra*, in particolare § 17). In effetti, se in uno studio storico-giuridico non va ovviamente trascurato l’aspetto sistematico che contrappone in maniera piuttosto netta le servitù in quanto *iura in re aliena* agli analoghi rapporti di tipo personale che possono farne per così dire le veci in determinati contesti giuridici, in una prospettiva comparatistica non è tuttavia opportuno che tale contrapposizione porti a privilegiare oltre misura simili differenze rispetto al concreto dato di fondo rappresentato dal fatto che, innanzitutto, nei rapporti fondiari vi sono delle concrete necessità di asservimento di un terreno all’altro che ogni ordinamento risolve in maniera relativamente autonoma in riferimento agli strumenti ed alle architetture sistematiche che ha a disposizione, né si deve dimenticare come proprio in tale ambito comune è da collocare la specificità della soluzione «reale» propria del diritto romano come dei diritti moderni che da esso discendono, e che tale diversità di soluzioni risulta appunto il dato che scolpisce meglio la peculiarità delle servitù in quanto diritti reali cui si è abituati. In una prospettiva storico-giuridica di ordine comparatistico, quindi, il compito dello studioso sembrerebbe in primo luogo di prestare attenzione a tutte le varie soluzioni possibili e di comprendere quindi i motivi per cui determinati ordinamenti pervengono alla costruzione – o in ogni caso l’adottano – delle servitù prediali in termini di diritto reale mentre altri si fermano alla prospettiva «personale» di tali figure ovvero, in una sorta di soluzione intermedia, al compromesso di trasformare in seguito in diritti reali, attraverso la prescrizione acquisitiva, rapporti di servitù che è più agevole far dapprima sorgere come personali (impostazione che in effetti non appare affatto da sottovalutare in un’epoca che, come il Medioevo, risulta caratterizzata da una relativa stasi dei passaggi di proprietà, per cui, impegnandosi il costituente ed i propri successori, l’aspetto delle sorti del diritto in caso di passaggio della *res* ad acquirenti a titolo particolare non doveva in concreto essere in un primo tempo problema soverchiamente importante). D’altra parte, anche la tutela romana delle servitù cosiddette pretorie, che – più che sull’imposizione ai terzi acquirenti dell’obbligo, concretizzantesi in una *stipulatio poenae*, di non ostacolare l’esercizio della servitù – si risolveva nella tutela interdittale, e quindi nella sottesa necessità – salvo rimedi di carattere straordinario come l’*in integrum restitutio* – di usare del rapporto prediale almeno una volta all’anno, in effetti non doveva essere affatto metodo in pratica tanto problematico come potrebbe apparire ad una astratta considerazione dogmatica ferma sulla necessità di un’*actio in rem* e quindi ad una sorta di «realtà piena», dato che anzi, in generale, la possibilità di perdere la servitù non esercitata doveva in fondo corrispondere al vantaggio concreto di evitare di gravare i fondi di asservimenti perpetui non più consoni alla effettiva utilizzazione dei terreni agricoli. E sotto tale aspetto, come si è accennato (cfr. *supra*, § 9 e nt. 299 ss.), appare eccessivo e fuorviante, specie di fronte al notevole numero di diritti oggi a tutti gli effetti reali ma tutelati nel contesto romano classico solo in via interdittale, il rifiutare in una prospettiva concretamente storica la pur relativa, per

struzione tardoimperiale che, sia pur in maniera non lineare ed omogenea, tese a incardinare la servitù sul suo esercizio di fatto e a dedurre da tale circostanza pratica, in sede processuale, la stessa esistenza del diritto in quanto tale, venne ricondotta da Giustiniano ad una relativa coerenza sistematica, attraverso la *longi temporis praescriptio* delle *servitutes*, soltanto su di un piano dogmatico e del tutto teorico, lasciando tranquillamente sopravvivere, in concreto, le architetture alquanto più empiriche su cui ormai da tempo si reggeva l'istituto della servitù prediale, secondo linee di sviluppo che del resto erano, come si è in parte visto, destinate a proiettarsi tanto nel mondo bizantino quanto

così dire, realtà offerta nell'ambito dell'*ordo iudiciorum* dalla tutela *erga omnes* della procedura decretale per considerare diritto reale a tutti gli effetti soltanto l'istituto definitivamente tutelato da un'*actio in rem* in senso proprio (si veda ad esempio in tale prospettiva TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit. [nt. 60], p. 479 s., secondo cui il *pignus datum* ed il *pignus conventum* divennero «veri e proprii diritti reali» soltanto con la concessione dell'*actio Serviana*, creata per l'ipoteca e poi estesa al primo, mentre non sarebbero stati tali – e verrebbe qui da chiedersi che cosa dunque sarebbero sino allora stati – finché furono tutelati solo in via interdittale: una prospettiva certo corretta da un punto di vista istituzionale nonché astrattamente dogmatico, ma che rischia di divenire fuorviante se, in una prospettiva di ordine storico-giuridico, porta a creare un'eccessiva cesura tra i due periodi, che non tenga presente come, nell'ordinamento romano, le due forme di tutela *erga omnes* costituite dall'*interdictum* e dall'*actio in rem* convivono senza eccessivi problemi, e come in ultima analisi non appaia corretto, dal punto di vista interno a tale ordinamento, condurre troppo avanti contrapposizioni fondate su di una visione affatto moderna dei diritti reali: si veda tra l'altro F. ZUCCOTTI, *Le servitù prediali nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, di prossima pubblicazione [in particolare, § 2]; del resto, sembra di poter notare come, in tale angusta prospettiva, si potrebbe persino arrivare a sostenere che il diritto inglese – cfr. *supra*, nt. 295 *in fine* – non conosca l'istituto della proprietà – si veda tra l'altro CANNATA, *Corso*, cit. [nt. 2], p. 159 s. –, mentre d'altra parte si può altresì ricordare, per quanto riguarda le più duttili e forse alla fine altresì casuali architetture sistematiche romane, legate più a fattori storici che a rigide considerazioni dogmatiche, come ad esempio, pur essendo entrambe le ipotesi fornite di un'azione reale modellata sulla *reivindicatio*, l'*ager vectigalis* venga sussunto nel quadro della *locatio-conductio* e mantenuto nell'ambito del possesso, mentre le concessioni provinciali risultino velocemente attratte nella sfera proprietaria: cfr. in particolare CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 161 ss.). Un'analogia impostazione astrattamente dogmatica ispirata alle categorie del diritto romano passate al diritto moderno è del resto presente nello studio dei rapporti fondiari conosciuti nel diritto attico (cfr. tra l'altro LAZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit. [nt. 1], p. 61 s.), dove la dottrina ottocentesca aveva discusso a lungo, propendendo ora per una ora per l'altra soluzione, in ordine alla possibilità di configurare rapporti reali di servitù (si veda una panoramica di tali opinioni in V. SCIALOJA, *L'orazione di Demostene contro Callicle tradotta ed illustrata in rapporto alla teoria delle servitù prediali in diritto greco* [1890], in *Studi giuridici*, I.1, Roma, 1933, p. 404 s. e nt. 1 ss.: cfr. BISCARDI, *Diritto greco antico*, cit. [nt. 31], p. 217 e nt. 148 s., anche se la questione è in dottrina alquanto dibattuta), sinché il testé richiamato studio di Vittorio Scialoja ha portato a ritenere che in realtà, accanto a limitazioni legali del diritto di proprietà – come ad esempio un fosso per il deflusso delle acque che serve, senza posizioni serventi e dominanti, a tutti i fondi da esso attraversati –, sarebbero state conosciuti rapporti personali analoghi alle servitù prediali vere e proprie, ma non servitù in senso stretto; anzi, secondo Vittorio Scialoja (p. 409), sarebbe proprio dall'imitazione delle servitù legali che si può congetturare entro certi limiti che col tempo si siano sviluppate convenzioni private di analogo contenuto che, a poco a poco, sarebbero poi pervenute ad assumere nel caso un carattere di realtà, come le pur scarse fonti a disposizioni non mancano in certo modo di attestare e come appare del resto intrinsecamente verosimile (cfr. Biscardi, *op. ult. cit.*, p. 219), secondo prospettive che in effetti sembrano rafforzarsi negli anni più recenti (si veda in particolare, in relazione agli *horoi* che menzionano il passaggio di acquedotti e stillicidi tra due fondi, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, *The Family and Property*, Oxford, 1968, trad. it. – *Il diritto ad Atene*, I, *La famiglia e la proprietà* –, Alessandria, 2001, p. 257 e nt. 8) e condurre almeno per certi versi ad un atteggiamento alquanto possibilista verso la configurabilità di servitù vere e proprie nel diritto attico (cfr. MARTINI, *Diritti greci*, cit. [nt. 31], p. 128 s.): e questo a maggior ragione tenendo presente come nel diritto attico la prescrizione delle azioni e la congetturabilità, d'altra parte, di una prospettiva altresì di ordine propriamente acquisitivo attraverso figure rapportabili all'usucapione (cfr. in breve BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 197 s.) risultino essere state, insieme al sistema di pubblicità dei trasferimenti immobiliari, a determinare il sorgere di criteri tali da trasformare la nozione di «appartenenza» in una forma di «proprietà» in senso proprio (cfr. *supra*, nt. 31), rendendo quindi possibile altresì congetturare che per vie non dissimili le stesse servitù convenzionali possano essersi lentamente trasformate in diritti di tipo reale. In ogni caso, per arrivare a più concreti risultati di ricerca, sembra di poter notare come il punto di partenza dovrebbe essere anche qui, piuttosto che una indagine preventivamente volta a sceverare in maniera analitica la presenza o meno di somiglianze tra il diritto attico con le servitù prediali romane e moderne, una maggiore attenzione per il complessivo atteggiarsi in tale ambito giuridico dei rapporti fondiari di tale tipo, come del resto la più recente dottrina in materia risulta in effetti tendere a fare: una prospettiva che verosimilmente porrebbe in luce continuità alquanto più sensibili di quanto si possa sospettare nella storia giuridica europea, consentendo altresì di evidenziare corrispondenze strutturali non solo tra le soluzioni di volta in volta divise e la sottesa costruzione giuridica, ma altresì, può darsi, tra le scelte di tipo reale o obbligatorio ed i differenti contesti storici.

nell'Occidente romano barbarico, e che del resto corrispondevano pienamente alle note vicende del diritto di proprietà tardoimperiale, che, tendendo a sovrapporre istituti classici ben distinti quali il *dominium*, la proprietà temporanea, la *possessio*, l'usufrutto e così la superficie e l'enfiteusi in una indistinta nozione di «appartenenza», risultano senza problemi procedere verso le vicende che com'è noto i diritti di appartenenza conosceranno nel contesto medioevale.