

Raffaele Basile

Sulle tracce di un dibattito novecentesco in tema di servitù (*)

1. La presente, breve riflessione trae spunto dalla rilettura di un'intensa analisi critica rinvenibile nel secondo volume della «trilogia» di corsi in tema di servitù prediali pubblicati da Siro Solazzi sul declino degli anni Quaranta¹.

Fedele alla battaglia metodologica che – come rimarcato dall'allievo Francesco De Martino – lo aveva reso «probabilmente l'ultimo grande erede della tradizione umanistica, risorta nel XIX ed ispiratrice dell'indirizzo esegetico fiorito nella prima età del[lo scorso] secolo»², il maestro di origini marchigiane offre in quel contesto³ l'ennesima riprova della sua celebre *ars* polemica, riservando pagine di esemplare intransigenza nei confronti delle testimonianze concernenti l'operatività di una deroga *lato sensu* «normativa» finalizzata ad ammettere la ricostituzione di una servitù estinta «indipenden-

*) Contributo destinato a comparire – con qualche modifica – negli *Scritti* in onore di Antonio Palma.

¹) Corsi (*Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947; *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948; *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949) che precedono il collocamento a riposo dell'insigne romanista per raggiunti limiti di età, e che rappresentano di fatto gli ultimi suoi veri e propri contributi monografici, cui seguirà la seconda edizione de *La compensazione nel diritto romano*, datata 1950, ma facente comunque capo a un anteriore volume di lezioni edito ventidue anni addietro, all'indomani del trasferimento presso l'Ateneo fridericiano (*La compensazione in diritto romano: anno accademico 1927-1928*, Napoli, 1928).

²) L'inciso virgolettato è tratto dal testo della commemorazione di Solazzi, letta verosimilmente a Jesi nel 1964 (appunto) da Francesco De Martino, e consultabile *on-line*, nel *Patrimonio dell'Archivio storico del Senato della Repubblica*, che ha acquisito il *Fondo Francesco De Martino (1923-2002)*. Cfr. all'uopo Sezione 1. *Carte attività politica (1926-2002)* – Serie 3. *Documentazione a stampa (1943-2002)* – Sottoserie 3. *Commemorazioni (1953-2001)* – Unità 566. *Scritti di F. De Martino in memoria di S. Solazzi (1957-1964)*: p. 19 della digitalizzazione. Per una più recente messa a fuoco incentrata sull'opportunità di rivedere taluni «semplicitici» inquadramenti della figura, cfr. invece i proficui rilievi di V. GIUFFRÈ, *Interpolazioni e glosse. Una notazione sull'opera di Siro Solazzi*, in «SDHI.», LXXIX, 2013, p. 757 ss., spec. p. 771 ss.

³) SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 183 ss.

temente dalla volontà delle parti»⁴. Destinatario dell'articolata, talora anche ironica invettiva⁵, il quadro d'insieme fornito da Biondo Biondi nel poderoso lavoro del 1938 sulla «categoria» delle *servitutes* romane, dove – del resto in linea con la già manifestata propensione ad adottare approcci tutto sommato «ridimensionanti» con i problemi sollevati dal dibattito storiografico sulle alterazioni testuali⁶ – si caldeggia l'idea di una progressiva, seppure non generalizzata, estensione della deroga in parola, sollecitata in specie da un rescritto (probabilmente) augusteo del I secolo e via via maturata nel calco della felice sinergia tra pensiero giurisprudenziale e correttivo pretorio⁷.

Da un lato, dunque, un orientamento che – pur senza disconoscere l'eccezionalità della fattispecie – ne ipotizza comunque uno sviluppo lineare, riponendo fiducia nel dettato «sostanziale» delle fonti⁸; dall'altro, un orientamento dissenziente, retto in maniera quasi provocatoria da un'esegesi di tipo «distruttiv[o]»⁹ e incline a limitare il fenomeno al periodo giustiniano (magari sotto la spinta di qualche anteriore «apertura» tardoantica)¹⁰. La divergenza di opinioni è palese, e soprattutto intensa fino al punto di determinare una essenzialmente definitiva «chiusura delle ostilità»: in questo senso depone in primo luogo la tacita rinuncia alla replica da parte di Biondi nella

⁴) Così, espressamente, B. BIONDI, *La categoria romana delle «servitutes»*, Milano, 1938, p. 279.

⁵) Invettiva, del resto, in perfetta linea con quella ben nota tendenza a confutare opinioni ritenute scarsamente persuasive con l'impiego di «una carica di mal contenuto sarcasmo che faceva pensare alle tremende *Provinciales* di Blaise Pascal» (V. ARANGIO-RUIZ, *Siro Solazzi*, in «Rend. Acc. Lincei – Cl. Scienze morali, storiche e filologiche», XV [serie VIII], 1960, p. 8 [estr. dal fasc. III dei «*Necrologi*»]).

⁶) In merito si v. la prolusione al corso di Diritto romano del 26 novembre 1931, «pubblicata notevolmente ampliata nell'Annuario della Università Cattolica per l'anno 1931-1932» con il titolo *Prospettive romanistiche*, ora in B. BIONDI, *Scritti giuridici*, I. *Diritto romano. Problemi generali*, Milano, 1965, p. 221 ss., spec. p. 245 ss. (da cui si cita).

⁷) BIONDI, *La categoria*, cit., p. 279 ss. Ma cfr., dello stesso autore, gli spunti presenti già nell'anteriore *Corso di diritto romano. Le servitù prediali*, Milano, 1933, 281 ss., nonché la successiva *reductio ad unum* proposta nelle due edizioni de *Le servitù prediali (Corso di lezioni)* (Milano, 1946, p. 284 ss.; e – con qualche modifica – Milano, 1954, p. 331 ss.). Esplicitamente «allineata» con questa ipotesi ricostruttiva, più di recente (al riguardo cfr. R. BASILE, *Competizione, cooperazione, negoziazione. Le servitù idriche tra prassi e 'sistema'*, in «Index», XLII, 2014, p. 476 ss.), C.J. BANNON, *Gardens and Neighbors. Private Water Rights in Roman Italy*, Ann Arbor, 2009, p. 129.

⁸) BIONDI, *La categoria*, cit., spec. p. 291 ss.

⁹) Emblematico in tal senso l'*incipit* della trattazione di Solazzi (*Specie ed estinzione*, cit., p. 183), che sembra il caso di riportare integralmente: «Con questo titolo nel capitolo sedicesimo del suo libro *La categoria romana delle «servitutes»* il Biondi ci ha dato un bel saggio di esegesi conservativa o, com'egli ama dire, ricostruttiva. Nell'interesse dei discenti io voglio contrapporle l'esegesi critica, che il Biondi chiamerebbe distruttiva» (!).

¹⁰) SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., spec. p. 195 s.

seconda edizione del suo celebre – di poco successivo – volume sulle servitù romane¹¹; né del resto l'impressione sembra smentita ove si ponga lo sguardo sulla sfumata lettura del fenomeno in questione compiuta un paio di decenni più tardi nella parimenti celebre trattazione ad ampio respiro di Giuseppe Grosso¹², la cui «estraneità storica» alla temperie dell'interpolazionismo non credo possa comunque giustificare appieno l'omessa riflessione sul punto¹³.

Ciò posto, sempre in tema di premessa, va altresì rimarcato che già prima di costituire oggetto della disamina di Solazzi talune attestazioni di precipua rilevanza nell'economia del discorso erano state investite dal *consilium* «di ricostruire il diritto classico nella sua purezza, liberandolo da tutte le sovrapposizioni posteriori»¹⁴, in quanto sottoposte a rigorosa censura da un altro seguace della corrente inaugurata dalle indagini di Gradenwitz ed Eisele, Andrea Guarneri Citati¹⁵, nell'ambito di un lungo saggio del 1927, pubblicato sul primo numero degli *Annali dell'Istituto di Scienze giuridiche, economiche, poli-*

¹¹ BIONDI, *Le servitù*², cit., spec. p. 331 ss., dove il diverso avviso di Solazzi è menzionato in una sola occasione (ivi, p. 335 nt. 1, a proposito di Paul. D. 8.3.35), senza accennare al radicale contrasto di indirizzo tra le rispettive ricostruzioni.

¹² G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 258 ss. – nell'ambito di un'analisi volta a sostenere che «in linea generale (con quella elasticità e concretezza che esige la casistica offertaci dai Romani) [...] una semplice impossibilità di esercizio, che non implicasse il definitivo venir meno della individualità del fondo servente o del fondo dominante, alla quale fosse legata la servitù, non importava estinzione immediata, ma permetteva solo il decorrere del *non usus*» (ivi, p. 266) –, che pur senza «desinare» citazioni dei due studiosi, comunque non si sofferma sui tratti salienti della inconciliabilità delle loro ipotesi.

¹³ Ciò, pure considerato che l'opera in questione – avviata «nella primavera del '67» e data alle stampe una volta concluso il corso torinese di Pandette del 1968-69 – sviluppa la trama di una (ben) più antica raccolta di «Lezioni di diritto romano *sulle servitù prediali*» svolte a Modena nell'anno accademico 1931-32 (cfr. GROSSO, *Le servitù*, cit., p. ix), e di conseguenza – malgrado la rimarcata, sostanziale «autonomia» – comunque «si ricollega a quelle attraverso una continuità di approfondimento e studi» (*ibid.*, p. xvii s.), senza cedere alle frattanto sopraggiunte sollecitazioni del cd. «oltranzismo antinterpolazionista» (Sul punto A. GUARINO, *Giusromanistica elementare*², Napoli, 2002, p. 151 ss., p. 165 ss., e spec. p. 176 ss.).

¹⁴ L'inciso è tratto da B. BIONDI, *Diritto romano*, in «Un secolo di progresso scientifico italiano. 1839-1939, VI. Storia, Archeologia, Filologia, Glottologia, Scienze economiche e sociali, Scienze giuridiche, Filosofia», Roma, 1939, p. 301 ss., ora – con il titolo *Il contributo italiano agli studi nel campo del diritto romano, negli ultimi cento anni* – in *Scritti giuridici*, IV. *Diritto moderno. Varietà*, Milano, 1965, p. 753 ss., spec. p. 756 (da cui si cita).

¹⁵ Sulla figura di Andrea Guarneri Citati (anch'egli, come Biondi, appartenente alla schiera degli «auditors» di Salvatore Riccobono) si v. i ragguagli di V. SCALISI, *Fonti – teoria – metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 148 ss.

tiche e sociali della R. Università di Messina¹⁶ e relativo alla cd. «*reviviscentia iurium extinctorum*», globalmente considerata¹⁷. Saggio che – unitamente a un secondo contributo (anch'esso di notevole estensione) comparso otto anni dopo sul *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*¹⁸ – con buona probabilità dovette rappresentare l'*occasione* dell'intervento in prospettiva inversa ad opera del romanista nativo di Bronte e formatosi alla scuola di Salvatore Riccobono¹⁹.

In definitiva, un gioco di «spinte e contropinte» metodologiche, di fatto arrestatosi al tramonto di una stagione cruciale per gli studi di settore, pressoché in concomitanza con l'«uscita di scena» del suo ultimo grande allievo, il cui scetticismo nei riguardi della opposta propensione può tuttavia ritenersi fondamentalmente giustificabile anche a séguito di una riflessione parimenti incentrata sugli – in verità, non proprio numerosi – stralci della *lectio* conservata nei *Digesta*, ma al contempo svincolata dai cànoni ricognitivi prevalsi tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del secolo scorso.

2. A tale scopo, nel passare in rassegna le fonti di maggiore impatto, sembra proficuo muoversi lungo i binari dell'*iter* ricostruttivo proposto da Biondi, partendo quindi dall'analisi del frammento da lui inquadrato alla stregua di concreto *prins* logico di una svolta orientativa registratasi nel corso del I secolo d.C. in risposta alla «regola» (insuperabile per mano della giurisprudenza) che vietava la ricostituzione «legale» di una servitù estinta, vale a dire

D. 8.3.35 (Paul. 15 *ad Plaut.*). Et Atilicinus ait Caesarem Statilio Tauro rescrip-
sisse 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 fon-
te aquam fluere coepisse: petieruntque a me, ut quod ius non negligentia aut
culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur. quorum
mihi postulatio cum non iniqua visa sit, succurrendum his putavi. itaque quod

¹⁶ A. GUARNERI CITATI, *Reviviscentia e quiescenza nel diritto romano (Appunti e frammenti)*, ivi, p. 19 ss., spec. p. 64 s., e p. 71 ss.

¹⁷ All'uopo cfr. l'efficace introduzione al «tema» e alla «trama del lavoro» (GUARNERI CITATI, *Reviviscentia e quiescenza*, cit., p. 19 ss.).

¹⁸ A. GUARNERI CITATI, *Note critiche ed esegetiche sulle servitù prediali in diritto romano*, in «BIDR.», XLIII, 1935, p. 19 ss., che tra l'altro precisava in sede di premessa come la «nuova e più profonda meditazione» posta a monte di questa seconda ricerca avesse preso l'avvio proprio a séguito della lettura del citato *Corso* di Biondi del 1933 (*supra*, nt. 7).

¹⁹ Per una riprova può bastare, direi, il dato oggettivo rappresentato dalle ben quattordici citazioni dell'autore figuranti nelle venti pagine dedicate al tema (BIONDI, *La categoria*, cit., p. 279-298): pagine dove, tra l'altro, si contano appena ventuno note contenenti cenni bibliografici (!).

ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua pervenire ad eos non potuit, id eis restitui placet²⁰,

dove, ricollegandosi a quanto riferito da Atilicino («forse allievo di Proculo»²⁰), Paolo pone l'accento su un rescritto con cui si accorda la *restitutio* della facoltà di *ducere aquam ex fundo Sutrino* agli abituali fruitori, senza considerare ostativa la circostanza che per un non precisato periodo detta conduzione sia stata resa impossibile a causa del temporaneo prosciugamento del *fons* li situato.

A ben riflettere, l'accennata, insanabile contrapposizione di vedute ruota tutta intorno alla fattispecie oggetto del provvedimento proveniente dalla cancelleria del *princeps*: provvedimento – più nel dettaglio – che, stando al primo indirizzo²¹, andrebbe a sancire la reviviscenza di un vero e proprio rapporto di servitù²² intercorrente tra fondi privati e venuto meno per prescrizione estintiva (non imputabile a '*neglegentia aut culpa*' dei titolari²³); e, stando al secondo²⁴, andrebbe viceversa a intervenire in analogia prospettiva di ripristino (e sempre in virtù dell'oggettività del fatto impeditivo) su un fe-

²⁰ R. ORESTANO, '*Atilicino (Atilicinus)*', in «NNDI», I.2, Torino, 1957, p. 1475, ora in *Scritti*, con una nota di lettura di A. MANTELLO, V.2. *Voci enciclopediche*, Napoli, 1998, p. 11 (da cui si cita). In merito si v. già C. FERRINI, *Atilicinus*, in «ZSS», VII, 1886, p. 85; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952 [= *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*], Graz-Wien-Köln, 1967, rist. Köln-Weimar-Wien, 2001], p. 129 nt. 144; nonché, successivamente (nell'ambito di un contributo incentrato proprio sull'esegesi del passo paolino), G. CERVENCA, *Di un particolare caso di innovazione imperiale in tema di «in integrum restitutio» di una servitù*, in «Labeo», VII, 1961, p. 208; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, p. 191 nt. 313.

²¹ BIONDI, *La categoria*, cit., p. 282 ss. Analogamente CERVENCA, *Di un particolare caso*, cit., p. 203, e *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milano, 1965, p. 69; F. FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»*, in «Labeo», XIII, 1967, p. 217 s.; S. CORRÈA FATTORI, *La legittimazione attiva all'interdetto «de itinere actuque privato»*, in «Panorama» (n.s.), IX.1, 1997, p. 77 nt. 7.

²² «[È] lecito [...] domandarsi che cosa sia mai questo *ius*, che ripetutamente si suppone perduto (*ius amiserant*; *ius habuerunt*) e che il Principe ordina di restituire (*id eis restitui*). Non è certo un rapporto di obbligazione, giacché non si capisce per quale causa giuridica nei primi tempi dell'impero una obbligazione avente per oggetto la derivazione periodica ed in perpetuo dell'acqua potesse estinguersi per inaridimento della sorgente; non si tratta neppure di un rapporto possessorio, come farebbe pensare la menzione dell'uso, giacché in tal caso non si poteva parlare né di *ius* né di reintegrazione nel *ius*. || Bisogna allora pensare che si tratti di vera servitù» (BIONDI, *La categoria*, cit., p. 282).

²³ Sulla improbabile «convivenza» originaria di '*neglegentia*' e '*culpa*' cfr. SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 185 nt. 4. Concorde CERVENCA, *Di un particolare caso*, cit., p. 203 e nt. 1.

²⁴ SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 184 ss.

nomeno di mero uso a carico di un terreno appartenente al fisco²⁵.

Lo iato in effetti è radicale, eppure, alla luce di quanto ricavabile dalla descrizione della vicenda, non sembra comunque atto a postulare la necessità di aderire integralmente a una delle due ipotesi ricostruttive, ciascuna delle quali, direi, apre (invece) il varco a non trascurabili perplessità.

Anzitutto, la quasi ostinata convinzione che il fondo Sutrinum e la sua fonte idrica rientrassero tra i beni di proprietà del *fiscus* imperiale²⁶, convinzione imperniata su un assetto argomentativo piuttosto fragile, massime ove si ponga lo sguardo sul solo congetturale, presunto status di console del destinatario del rescritto, il cui intervento autorizzerebbe appunto a escludere il rapporto in questione dal novero delle «servitù di diritto privato»; così come pure sul bizzarro collegamento per mera «assonanza» tra il sostantivo ‘*Caesarem*’ figurante nell’*incipit* e il cd. *patrimonium Caesaris*²⁷.

Stesso discorso per quanto riguarda il quadro d’insieme avanzato sul fronte opposto, persuasivo allorché esclude la sussistenza di indizi in favore della configurabilità di un vincolo *stricto sensu* obbligatorio²⁸, ma non soddisfacente in occasione del contestuale, drastico rifiuto di quella rilevanza possessoria evocata a chiare lettere nella preliminare descrizione della vicenda (*‘hi, qui ex fundo Sutrinum aquam ducere soliti sunt - per aliquot annos usi sunt ex fonte’*) che prelude al provvedimento, dove il cenno all’«abituale» *ductio ex fundo Sutrinum* e il successivo impiego del verbo *uti* appaiono poco conciliabili con

²⁵) «Lo strano *Caesarem* ricorda il *patrimonium Caesaris* e fa pensare che il fondo di Sutri appartenesse al fisco. Il più ed il meglio del rescritto è giustificato: sia gli accenni all’uso dell’acqua, sia il tenore della *postulatio*, sia l’equo provvedimento dell’imperatore. Apprendiamo che pure dalle concessioni della pubblica autorità si poteva decadere per non uso; e questa regola non deve recar meraviglia, poiché il non uso è quasi sempre un indice sicuro che il titolare della concessione non ne ha bisogno. || L’unica parola stonata è *ius* [...] che [...] ambe le volte poté essere inserito nel fr. 35 senza lasciare segni» (SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 186 s.).

²⁶) SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 185 s. *Contra*, oltre a BIONDI, *Le servitù*², cit., p. 335 nt. 1, CERVENCA, *Di un particolare caso*, cit., p. 203 s.

²⁷) Sulla parimenti asserita impossibilità per il *princeps* di intervenire – nella temperie del I secolo – «a vantaggio dei privati [...] modifica[ndo] lo stato giuridico del fondo di un altro privato» (SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 186, e dapprima – in termini più sfumati – *L’editto «de fructu praediorum vendendo locandove»*, in «Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto, pubblicati in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento», I, Milano, 1905, p. 690 nt. 1; analogamente GUARNERI CITATI, *Renascenza e quiescenza*, cit., p. 80 s.), si avrà modo di ragionare *infra*, su e in nt. 32, ma prevalentemente allo scopo di sottolineare come la chiave di lettura maggiormente verosimile di Paul. D. 8.3.35 risulti poco o punto condizionata dall’accoglimento o meno di questa obiezione all’idea di un asservimento intercorrente fra terreni privati.

²⁸) BIONDI, *La categoria*, cit., p. 282. Concorde CERVENCA, *Di un particolare caso*, cit., p. 201 ss. Diversamente SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 186.

L'ipotesi della sussistenza di una *servitus iure constituta*²⁹.

Individuati i verosimili punti deboli di entrambi gli schieramenti, si profila in maniera quasi spontanea un fenomeno di (mero) *usus* tra fondi in proprietà privata, nascente con buona probabilità da un «semplice» accordo dei rispettivi titolari³⁰: un rapporto – vale a dire – di asservimento informale, privo di rilevanza civilistica, ma comunque destinatario della tutela ingiuntiva garantita dall'*interdictum de aqua cottidiana* sul presupposto di un esercizio non viziato, riferito all'anno anteriore³¹. Tutela che appunto, nel caso sottoposto all'attenzione dell'autorità rescrivente, con l'ausilio di ogni logica non sarebbe più spettata ai postulanti in forza dell'omessa conduzione ultrannuale, ma che dopo il riavvio del flusso idrico – considerata la prerogativa «naturale» dei fatti determinativi della questione – viene nuovamente (ed eccezionalmente) riconosciuta a copertura della correlativa facoltà, la cui duplice qualifica in termini di *ius* non credo possa poi legittimare remore ruotanti intorno alla sua «convivenza» con la dimensione fattuale dell'attività corrispondente alla servitù di acquedotto³²; ciò almeno ove la si ritenga indicativa di un più tenue «potere» conforme a diritto³³.

²⁹) In questo senso, nell'ambito di una diffusa disamina che prende le mosse dallo stralcio descrittivo or ora menzionato nel testo e investe soprattutto l'adiacente tema della «*patentia* quale normale modo di "costituzione" delle servitù»), anche F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in «Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di A. Biscardi», Milano, 2011, p. 498 ss.

³⁰) Ciò, beninteso, comunque senza perdere di vista le intrinseche difficoltà di lettura del frammento, ben avvertite d'altronde sia da GUARNERI CITATI, *Note critiche*, cit., p. 58 s. (dove si ipotizza una non meglio precisata costituzione «irregolare» dell'*aquae ductus*), che da GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 266 e 275 (più vicino alle linee portanti della ricostruzione di Biondi, eppure incline a rimarcare «che la presentazione della fattispecie [...] è fatta in termini tali che è anche difficile dire se e quale diritto avessero i richiedenti» [ivi, p. 266]).

³¹) Ulp. 70 *ad ed. D.* 43.20.1 pr. (*Ait praetor: Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto*). In merito sia consentito un rinvio al mio '*Usus servitutis' e tutela interdittale*, Padova, 2012, p. 26 s. ntt. 58 e 59.

³²) Sul punto, ma in maniera tendenzialmente sfumata, BIONDI, *La categoria*, cit., 282, che (come anticipato *supra*, in nt. 22) risolve il problema nel senso della esclusione del rapporto possessorio facendo leva proprio (e soltanto) sui riferimenti al *ius* e alla sua reintegrazione. In senso diametralmente opposto SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 186 s., che – sul già osservato presupposto della (comunque non dimostrabile) appartenenza del fondo Sutrinum al patrimonio del fisco (e sulla consequenziale impossibilità di costituire su di esso «diritti in favore di privati») – propende invece (si diceva già *supra*, in nt. 25) per la matrice spuria delle due menzioni. In risposta critica a questa seconda opinione cfr. CERVENCA, *Di un particolare caso*, cit., p. 203.

³³) A tale proposito G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, rist. (con una *nota di lettura* di L. Vacca e una *postfazione* di M. Brutti) Napoli, 2006, p. 253 (da cui si

Giacché relativo all'attestazione di massima rilevanza nell'ambito della complessa ipotesi avanzata da Biondi (rispetto alla quale – al di là della forzatura sulla «condizione» del terreno gravato e dell'eccesso di rigore formale riservato al sostantivo *ius* – l'idea di Solazzi si appalesa in fin dei conti maggiormente plausibile), un «ridimensionamento» siffatto condiziona in maniera non subalterna il prosieguo dell'analisi testuale, suggerendo cautela anche nei riguardi di un brano (meno significativo, ma comunque) palesemente connesso con quello dianzi esaminato e ritenuto emblematico fattore di riscontro dell'avvenuta recezione negli ambienti giurisprudenziali dell'orientamento espresso dal rescritto lì riportato: orientamento che avrebbe dunque acquisito il rango di «nuovo principio giuridico»³⁴. È il caso di uno stralcio tratto dalle *quaestiones* papiniane e inserito dai commissari subito prima di Paul. D. 8.3.35:

D. 8.3.34.1 (Pap. 7 *quaest.*). Si fons exaruerit, ex quo ductum aquae habeo isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, an aquae ductus amissus erit, quaeritur.

Nel suo stato attuale, in effetti, considerata la mancanza di risposta al quesito sul se l'*aquae ductus* debba o non debba intendersi *amissus* allorché il *fons* abbia ripreso la sua attività dopo il consolidamento del *tempus* prescrittivo³⁵, il passo funge da mera premessa alla *lectio* di Atilicino incentrata sul provvedimento imperiale del I d.C. E soprattutto risulta conciliabile con quest'ultima solo

cita): «“[*ius*” non è una locuzione tecnica, come non lo sono nel linguaggio della prassi i corrispondenti termini moderni “diritto”, “*Recht*”, “*droit*”, “*right*”. Essa si riferisce essenzialmente alla conformità al diritto di un comportamento del soggetto, senza distinguere ciò che è semplicemente lecito, da ciò che è oggetto di una facoltà emanante da un diritto subiettivo, da ciò che è oggetto di un potere».

³⁴) BIONDI, *La categoria*, cit., p. 284. Principio «affidato a quella oculata applicazione [...] della giurisprudenza romana [...], che non poteva restare limitato alla fattispecie contemplata» (*ibid.*).

³⁵) Mette appena conto di rimarcare in questo contesto la natura «innocentemente» insidiosa del «*constitutum tempus*» richiamato nella seconda proposizione condizionale. Sul punto – in linea con la (dubitativa) proposta di O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig, 1889, rist. an. Roma, 2000, p. 823 nt. 1 – cfr., plausibilmente, oltre (sembrerebbe) a BIONDI, *La categoria*, cit., p. 285 e nt. 1, SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 187 nt. 11, e GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 265 e 272, che – prendendo le distanze da GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza*, cit., p. 79 ss., e *Note critiche*, cit., p. 58 s. (più drasticamente propenso a eliminare tutto il riferimento al decorso del tempo) – pensano a una tipica correzione «automatica» dell'originario «*biennium*» da parte dei bizantini. Sui dubbi nutriti dallo stesso GUARNERI CITATI, *Note critiche*, cit., p. 58 e nt. 3, in ordine alla genuinità dell'inciso «*ad suas venas redierit*», si v. poi il dissenso di BIONDI, *La categoria*, cit., p. 285 s., e l'esplicita adesione di SOLAZZI, loc. cit.

ove si sorvoli sulla ragionevole eventualità che – seguendo la celebre direttiva giustiniana di eliminare le aporie – il «taglio» operato in sede di *summa recognitio* mirasse in ultima analisi ad occultarne qualche più o meno esplicito «disallineamento».

Di conseguenza, lungi dal ritenere che nella parte soppressa il giureconsulto severiano «discuteva [...] probabilmente] la portata e l'applicazione» del «nostro rescritto»³⁶ (nella cui ottica, al limite, sarebbe stata immaginabile una sua posposizione!), tenderei a includere la congiunzione tra i due frammenti realizzata dai compilatori nel novero di quegli interventi «frettolosi», retti da una soltanto approssimativa «vicinanza tematica», che nella fattispecie ruota intorno al problema degli effetti estintivi riconducibili a una situazione di incolpevole inerzia, ma che si arresta di fronte alle verosimili divergenze di indirizzo, così come pure di fronte alla parimenti verosimile discrasia strutturale tra la vicenda passata in rassegna da Papiniano, che concerne l'avvenuta estinzione per non uso di una servitù in senso stretto, e quella affrontata da Paolo, che invece – si diceva in precedenza – sembra concernere l'avvenuta estinzione della tutela interdittale spettante in favore del «semplice» *usus aquaeductus*³⁷.

³⁶ BIONDI, *La categoria*, cit., p. 285 (dove figura anche lo stralcio virgolettato riportato subito prima). *Contra* – insistendo sulla divergenza logica tra la «strutturale» incertezza del quesito e il reciso presupposto dell'avvenuta estinzione dell'*aquae ductus* connotante l'atto normativo del *princeps* –, SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 187 s. Ciò, senza peraltro disconoscere che il problema sollevato in Pap. D. 8.3.34.1 rispondesse a un'esigenza avvertita dalla scienza specialistica, «ripugnando ammettere l'estinzione per non uso dell'acquedotto che il titolare del diritto non ha potuto esercitare su una sorgente ariditata» (estinzione, aggiungerei, oltretutto poco in linea con quella «sorta di solidarismo di gruppo» connotante «gli istituti che dalla più alta antichità governarono la *vicinitas*» e atta a «determin[are] il sorgere di culture, costumi e normative modellati sulla natura della dialettica dei rapporti interni – tesi tra complicità e conflitto»: in questi termini A. PALMA, *Aura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, p. 109), e senza altresì escludere del tutto la possibilità che lo stesso giurisperito severiano menzionasse il rescritto (da lui, ad ogni modo, «molto probabilmente» non condiviso).

³⁷ In definitiva, al di là del suo riflettere una ragionevole perplessità della giurisprudenza in ordine alla estinzione per *non usus* dovuta a fatti estranei alla volontà del titolare del diritto parziario (e all'uopo l'osservazione di Solazzi riportata *supra*, in nt. 36, è assolutamente condivisibile), il testo papiniano appare poco utile nell'economia dell'indagine. Né d'altro canto si può pensare a un taglio giustificato dalla sua perfetta coincidenza sostanziale con il dettato di Paul. D. 8.3.35, nel quale caso risulterebbe di fatto inspiegabile l'ibrido recupero parziale attualmente rinvenibile. Nel ribadire la propensione dianzi manifestata – e, beninteso, in chiave congetturale – tenderei allora a credere che, dopo aver formulato il quesito, Papiniano proseguisse il discorso proponendo qualche soluzione idonea a superare lo sbarramento disciplinare.

3. Continuando nell'*excursus*, tocca ora soffermarsi su tre testimonianze utilizzate a sostegno dell'asserita propagazione sul versante edittale della «spinta normativa» rinvenuta nel più antico intervento del *Caesar*³⁸. In primo luogo

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*,

dove si accenna a un'azione utile concessa al legatario per fronteggiare la condotta dell'*heres damnatus* a non oscurare le luci del vicino (e a *servitutum praestare*), il quale abbia dapprima demolito il suo edificio, di poi avviato la ricostruzione dello stesso '*supra priorem modum*'.

Il testo non è – per così dire – un modello di chiarezza espositiva, specie nella preliminare descrizione concernente l'«in sé» dell'obbligo imposto dal testatore all'erede; obbligo interpretato non di rado³⁹ come relativo (anche) alla costituzione del *ius in re*, tuttavia in realtà più verosimilmente riferito a una mera, generalizzata astensione dal compimento di attività tese a nuocere alla luminosità dell'immobile del vicino-legatario. In senso contrario non credo possa infatti giocare ruolo decisivo il termine *servitus* figurante in flessione accusativa nella seconda proposizione finale che opera in adiacenza a quanto precisato subito prima ('*ne officeret vicini luminibus*') circa la volontà del disponente: massime ove se ne consideri la funzione di complemento oggetto del verbo *praestare*, dal canto suo notoriamente impiegato in contesti riferiti a «vicende obbligatorie»⁴⁰. Ne deriva l'impressione di una specificazione quasi superflua, con buona probabilità atta solo a corroborare la portata tecnica del discorso⁴¹, ma ad ogni modo non in grado di scalfire la convinzione

³⁸) BIONDI, *La categoria*, cit., p. 288 ss.

³⁹) Oltre a BIONDI, *La categoria*, cit., p. 288 (e, da altra angolatura, *Le servitù*², cit., p. 328), cfr. ad es. già A. GUARNERI CITATI, *Ricostruzione dell'edificio e ripristino della servitù di stillicidio* (D. 8, 2, 20 § 2), in «RIL.», LIX, 1926, p. 160, e *Note critiche*, cit., p. 48; quindi, più di recente, M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, p. 276 nt. 228; e C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 395.

⁴⁰) In argomento – sulla scia di R. MAYR, *Praestare*, in «ZSS.», XLII, 1922, p. 216 s. – P. CIAPESSONI, «*Servitus personae*» e «*usus personae*», in «Per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pavia», Pavia, 1934, p. 917; e SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 175, con il quale concorda ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 343 nt. 75.

⁴¹) Sulla sua natura glossematica – sviluppando, sembrerebbe, uno spunto di G. GROSSO, *Costituzione di servitù a favore o a carico di edificio futuro*, in «Studi in memoria di U.

di trovarsi al di fuori dell'ambito dei *iura praediorum* (almeno «civilisticamente» intesi)⁴². Il che, oltre a sminuire la rilevanza di altri interrogativi non di rado scaturiti dalla riflessione della letteratura⁴³, oblitera i supposti punti di contatto con l'idea di un ripristino «legale» della servitù estinta.

Del resto, pure a prescindere da queste ultime considerazioni, il correttivo pretorio menzionato da Paolo va a porre rimedio alle conseguenze non di un fatto naturale, ma di un fatto umano, e tale circostanza indurrebbe comunque a nutrire «diffidenza» nei confronti dell'orientamento qui discusso.

Ratti», Milano, 1934, p. 39 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, II. *Diritto privato. Cose e diritti reali*, Torino, 2001, p. 37 ss., spec. p. 50 nt. 1 (da cui si cita), ma facendo leva sulla divergenza concettuale rispetto allo stralcio che lo precede (e così, di fatto, anch'egli incline a ritenerla espressione di un obbligo di costituzione della servitù) – M. BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle actiones negativae*, in «BIDR.», XLVI, 1939, p. 146 s.

⁴²) L'unica soluzione alternativa degna di nota, parimenti inconciliabile con la tesi qui oggetto di analisi critica, credo possa ricavarsi dai rilievi di ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., 343 nt. 75, che ravvisa nel *servitutum praestare* la traccia di un rapporto di asservimento nascente da *stipulatio* (e rientrante dunque «nell'ambito delle cosiddette servitù pretorie»), sulla cui efficacia *stricto sensu* reale – almeno fino all'epoca di vigenza del sistema processuale dell'*ordo* – ho già avuto modo di manifestare qualche incidentale remora, ritenendo ben più plausibile l'indirizzo caldeggiante una valenza soltanto obbligatoria delle cdd. *pactiones et stipulationes*, nei miei «*Pactionibus et stipulationibus id efficere*». *Un'ipotesi in tema di modi costitutivi di servitù (e usufrutto)*, in «Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna», I, Napoli, 2007, p. 342; «*Usus servitutis* e tutela interdittale, Padova, 2012, p. 56 s.; *Competizione*, cit., p. 477 nt. 7.

⁴³) Su tutti – senza soffermarsi sull'ininfluente dubbio di genuinità dell'inciso '*priorum modum aedificiorum*', avanzato sempre da BIONDI, *La categoria*, cit., p. 289 (in risposta critica al quale SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., 176; e CURSI, *Modus servitutis*, cit., p. 276 s. nt. 228) – quello vertente sul se le attività compiute dall'erede vadano a interferire con un *ius* già costituito in esecuzione dell'obbligo testamentario, o ancora da costituire (cfr. GUARNERI CITATI, *Note critiche*, cit., p. 50 s.; BIONDI, *La categoria*, cit., p. 288, e *Le servitù*², cit., p. 329), giustificabile ovviamente solo allorché si interpreti il *servitutum praestare* nel senso di *servitutum constituere*. Di maggiore impatto, ancorché non proprio decisivo, il problema ruotante intorno alla *ratio* della concessione dell'*actio utilis* e al «modello» da seguire in sede processuale. In merito, pure tenuto conto delle molteplici soluzioni proposte e delle irrefutabili sfocature rinvenibili nella *lectio* paolina (in ordine alle cui difficoltà ricostruttive si v. segnatamente V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, II. *In tema di adiudicatio*, in «BIDR.», XXXII, 1922, p. 5 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, p. 15 ss., spec. p. 33 nt. 1 [da cui si cita]), sembra ad ogni modo opportuno limitarsi a fornire un esemplificativo ragguaglio bibliografico, senza entrare nel vivo di un dibattito che comporterebbe deviazioni troppo intense rispetto alle linee portanti del contributo. Si v. dunque, in particolare, gli spesso tra loro inconciliabili orientamenti di G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in «ZSS.», XLIII, 1922, p. 540 (nonché, con esplicito rinvio allo scritto del 1922, *Romanistische Studien*, in «TR.», X, 1930, p. 224); GROSSO, *Costituzione*, cit., p. 50 nt. 1; GUARNERI CITATI, *Note critiche*, cit., 52 s.; BIONDI, *La categoria*, cit., p. 289, e *Le servitù*², cit., p. 329; BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., p. 147; SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 175 s.; CANNATA, *Corso*, cit., p. 395; ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 343 nt. 75.

Quella stessa diffidenza sollecitata anche *ictu oculi* dal breve

D. 43.24.21.3 (Pomp. 29 *ad Sab.*). Si quis propter opus factum ius aliquod praedii amisit, id restitui ex hoc interdicto debet,

dove l'accento cade sull'efficacia «riequilibrante» dell'*interdictum quod vi aut clam*, allorché un *opus factum* abbia causato la perdita di un '*ius aliquod praedii*'.

Ma non è tutto, non potendosi ignorare al contempo l'impressione di un'anomalia espressiva in grado di inficiare ulteriormente la proposta di inquadramento della fattispecie come una «estinzione iure civili [seguita da una ...] reintegrazione per mezzo dell'interdetto»⁴⁴. E alludo all'atmeno inconsueto '*ius aliquod praedii*' investito dall'*amissio*, che non ricorre in nessun altro testo all'infuori del nostro, e – di per sé solo – attenta alla credibilità dell'asciutta propensione or ora riportata. Nel dettaglio, a tacer d'altro⁴⁵, pur senza spingersi fino al punto di sostenere (addirittura) che l'interposto agget-

⁴⁴) BIONDI, *La categoria*, cit., p. 291.

⁴⁵) Penso cioè agli svariati problemi ricostruttivi concernenti l'interdetto in questione, non affrontabili in questa sede per scontate ragioni di «economia tematica», ma comunque idonei a riverberarsi sull'analisi a mo' di non subalterni fattori di complicazione. A partire da quelli relativi al «tipo» di attività colpita dall'ordinanza restitutiva e al «locus» del suo compimento – così come dalla connessa disputa circa il momento storico in cui dovette registrarsi la verosimile estensione della copertura di urgenza anche al caso di opere cdd. '*in suo*' –, per proseguire ponendo ad es. lo sguardo su quelli incentrati sul ben noto conflitto applicativo con la denuncia di nuova opera e sulla legittimazione attiva al suo esperimento. All'uopo, meglio optare per un rinvio a trattazioni più mirate, come – accanto all'ancora efficace disamina di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. *La proprietà*, Roma, 1926, rist. Milano, 1966-1968, I, p. 465 ss. (e, beninteso, senza pretese di completezza) – M. DAVID, *Études sur l'interdit quod vi aut clam*, Paris, 1947; G. BRANCA, *Carattere penale dell'interdetto «quod vi aut clam»*, in «Scritti giuridici in onore di A. Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento», IV. *Diritto del lavoro. Diritto pubblico interno e internazionale. Teoria generale del diritto. Storia del diritto*, Bologna, 1953, p. 111 ss.; P. VAN WARMELO, *Interdictum quod vi aut clam*, in «Acta Juridica», 1962, p. 15 ss.; F. MUSUMECI, *L'interdictum quod vi aut clam» nella tutela delle servitù e dell'usufrutto*, in «Studi in onore di C. Sanfilippo», VII, Milano, 1987, p. 489 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'interdetto «quod vi aut clam» e il suo ambito di applicazione*, in «Index», XXI, 1993, p. 231 ss., ora (con qualche aggiornamento) in *Proprietà e Diritti Reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel Diritto Romano*, Roma, 1999, p. 1 ss.; I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto «quod vi aut clam»*, Milano, 1998 (al cui proposito si v. le *Recensioni* di C. CASCIONE, in «BSL.», XXVIII, 1998, p. 623 ss., e G. FALCONE, in «TR.», LXVII, 1999, p. 136 ss.); J.M. RAINER, *Das Interdictum quod vi aut clam im römischen Baurecht*, in «Juris vincula. Studi in onore di M. Talamanca», VII, Napoli, 2001, p. 1 ss.; e, ultimamente, D. MAGALHÃES, *O Interdictum Quod Vi Aut Clam, uma Protecção Racional do Meio Ambiente*, in «Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano», IV.1. *Derecho Administrativo y Derecho Medioambiental*, Madrid, 2021, p. 625 ss.

tivo indefinito ‘*aliquod*’, con la sua intrinseca valenza «attenuante», contribuisca in maniera decisiva a indirizzare nel senso di una facoltà normalmente spettante *iure dominii* ma nella fattispecie «compressa» dall’*opus factum*, sembra infatti il caso di rimarcare l’efficacia evocativa di un rapporto fondiario non conforme al regime civilistico, rilevante alla fin fine – analogamente alla fattispecie presa in esame da Paul. D. 8.2.31 – in una più elastica prospettiva di *usus sine titulo*. Questo, sempre e comunque non perdendosi di vista il punto fermo rappresentato dalla notoria elasticità dello strumento in parola, finalizzato a inibire qualsiasi fenomeno di *facere vi aut clam*⁴⁶, e quindi – anche a voler ritenere che nel passo ulpiano intervenga in riferimento a una servitù vera e propria –, al limite, idoneo soltanto a tornare utile in via indiretta ai fini del godimento del diritto su cosa altrui, non a sancirne il ripristino dopo l’estinzione⁴⁷.

Più agevole superare il terzo argomento testuale, rinvenibile in

D. 43.19.1.9 (Ulp. 70 *ad ed.*). Si quis propter inundationem usus non sit itinere actuque 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’ *rell.*⁴⁸,

e concernente un caso di *restitutio in integrum* disposta dal pretore a séguito dell’esperienza dell’interdetto *de itinere actuque privato*⁴⁹. Qui Ulpiano prende,

⁴⁶ A tale proposito cfr., solo ad es., BONFANTE, *Corso*, cit., p. 465 («[l]’interdetto *quod vi aut clam* [...] è il rimedio più largo in tema di rapporti di vicinanza: anzi nelle sue applicazioni estreme esso trascende la teoria dei rapporti di vicinanza»). Analogamente A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza*, I. *Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, p. 17 (dove un efficace accostamento del nostro mezzo pretorio a «una sorta di *pass-partout* per la repressione della violenza [*rectius*: del *facere vi aut clam*]»).

⁴⁷ Non lontani da questa impostazione SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 188 s. («è ovvio che il destinatario dell’interdetto restituisca all’attore il diritto perduto, poiché il fine dell’*interdictum quod vi aut clam* è di rimettere l’impetrante nella situazione anteriore»); e GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 277 («qui il punto focale non è la restaurazione della servitù estinta, ma la *restitutio* rispetto a ciò che legittima l’*interdictum quod vi aut clam*»). Per altre osservazioni sul frammento, oltre a GUARNERI CITATI, *Note critiche*, cit., p. 54 s. (anch’egli non persuaso dall’idea di Biondi), si v. (a conclusione di un articolato ragionamento) il sostanziale ‘*non lique*’ di G. DEIANA, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*³, II, Torino, 1963, p. 1251 ss. [volume V.1 del *Trattato di diritto civile italiano*, sotto la direzione di F. Vassalli], nonché (da diversa angolatura) MUSUMECI, *L’«interdictum»*, cit., p. 495 ss.

⁴⁸ Il brano continua nei seguenti termini: ‘*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 solet*’. Termini sui quali, per evitare di addentrarsi troppo sul terreno della *restitutio in integrum* e di disattendere naturali esigenze di concisione, sembra peraltro più sensato evitare di soffermarsi.

⁴⁹ Sulle «vicinanze» fra il brano testé riportato e il già discusso Paul. D. 8.3.35, e in

si, in considerazione gli effetti riconducibili a un fatto naturale come appunto l'*inundatio*, ma il suo discorso – malgrado il contrario avviso talora manifestato in letteratura⁵⁰ – è irrefutabilmente circoscritto alla spettanza della tutela in favore di chi non abbia usato dell'*iter* e dell'*actus* nell'anno, pur avendolo fatto nell'anno precedente, e in virtù di ciò non corre il rischio di vedere estinta la sua (comunque non esplicitamente menzionata) servitù di passaggio. La deroga attestata opera dunque – ancora una volta – sul più circoscritto terreno dell'esercizio⁵¹.

L'unico brano non esposto al rischio di sollevare dubbi in ordine alla natura «civiltistico-reale» dell'asservimento fondiario è

D. 8.6.14 pr. (Iav. 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,

che nella parte finale ('*quod si - cogendus est*') sembra appunto aprire il varco alla '*renovatio*' di *via*, *iter* o *actus* allorquando – dopo essere stato occupato dall'*impetus*' fluviale per un lasso di tempo superiore a quello previsto per il consolidamento del *non usus* – il terreno gravato sia ridivenuto idoneo a consentire il passaggio. Eppure, nonostante le indubbie alterazioni testuali, il quadro d'insieme che può delinarsi sulla scorta di una lettura non condizio-

specie sulla loro attitudine a suggerire l'idea di una spinta congiunta di cancelleria e giurisprudenza in grado di conferire una dimensione più «regolativa» alla originariamente solo discrezionale *restitutio in integrum*, cfr. CERVENCA, *Studi*, cit., p. 69 s., con cui sembrano concordare M. KASER, *Studi sulla «in integrum restitutio»*, in «Labeo», XII, 1966, p. 239, e M. BRETONE, «*Interpretatio*» e «*constitutio*» in D. 1.3.11, in «*Iura*», XXIV, 1973, p. 212 e nt. 13.

⁵⁰ GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza*, cit., p. 79; CERVENCA, *Studi*, cit., p. 69 s.; V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, p. 94 nt. 54, inclini quindi a ragionare sul presupposto di una servitù estinta.

⁵¹ «[L]'interdetto è accordato "repetita die" e ciò non ha niente [a] che vedere con la ricostituzione legale o pretoria della servitù [!]:» così, espressamente SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 189. Sulla stessa linea (ancorché in maniera meno «lapidaria») GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 307; e – sostanzialmente, da più vasta prospettiva – ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 474 e nt. 339, e p. 478 s. Non esplicito in merito (proprio!) BIONDI, *La categoria*, cit., p. 291, con buona probabilità conscio della in fin dei conti scarsa incidenza del frammento nell'ottica da lui caldeggiata, e in questo senso credo deponga del resto anche il dato oggettivo rappresentato dalla scelta di dedicare a esso poco più di un cenno («qualora il passaggio hoc anno non sia stato esercitato a causa della inondazione del fondo, si ammette la possibilità dell'esercizio dell'interdetto de itinere actaque privato repetita die cioè per [in] integrum restitutionem»), subito prima di avviare una serie di considerazioni – si direbbe – «riepilogativo-conclusive» incentrate sul fondamentale Iav. D. 8.6.14 pr. (su cui si è in procinto di posare lo sguardo).

nata da un presupposto implicitamente e costantemente rinvenibile a monte dei vari tentativi di spiegazione qui sottoposti ad analisi critica⁵² risulta tutto sommato non incongruo, e induce segnatamente a perseverare nella fin qui manifestata propensione a ritenere il concetto di ricostituzione «legale» delle servitù estraneo alle visuali romane prevalse anteriormente agli sviluppi tar-doantichi.

Ciò posto, senza indugiare sulle alquanto probabili – ma comunque non decisive – modifiche ruotanti intorno al decorso del *tempus* richiesto per la produzione degli effetti prescrittivi (*tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit?*, e *tempus, [...] ut servitus amittatur?*)⁵³, muoverei dal dato oggettivo rappresentato dalla strutturazione del discorso di Giavoleno secondo lo schema logico del *discrimen* tra i due casi passati in rassegna: il primo, nel quale il fondo servente torna a essere «agibile» prima dell'estinzione del diritto che lo vede coinvolto; il secondo, nel quale l'attitudine a consentire il passaggio sopraggiunge solo dopo tale estinzione.

Tutto impostato, quindi, da una prospettiva che con ogni ragionevolezza dovrebbe preludere a sviluppi differenziati delle due vicende. Senonché il responso relativo agli effetti prodotti dalla *restitutio* del *locus* tradisce questa aspettativa, giacché alla luce del dato testuale così come di regola inteso, una volta cessato l'oggettivo impedimento, in entrambe le circostanze il titolare del diritto parziario potrà riprendere a giovare del *commodum* di transitare attraverso il fondo altrui, rilevando la differenza tra i fatti considerati solo sul piano delle modalità attuative del ripristino: ripristino – per così dire – «automatico» ove il terreno asservito riacquisti l'idoneità a soggiacere alla *via*, all'*iter* o all'*actus* prima che si compia il tempo necessario per la maturazione del *non usus*; da predisporre *ex novo*, e in via coattiva, ove – di contro – il ritorno alla «normalità» si registri una volta trascorso detto tempo.

Ne deriva, in maniera evidente, l'impressione di una contrapposizione, se non proprio oziosa, almeno poco incisiva, che tuttavia credo possa recuperare appieno la sua ragion d'essere a séguito di un'opportuna riflessione sulla chiusa del nostro passo, provandosi in specie – senza perdere di vista la fondata e generalizzata convinzione che la testimonianza originale abbia qui subito rimaneggiamenti di una certa entità⁵⁴ – a riporre meno incondizionata

⁵²) *Infra*, nel testo, su nt. 55.

⁵³) In merito, ad es., LENEL, *Palíngenesia*, cit., 283 nt. 1; M. PAMPALONI, *Il concetto dell'usufrutto*, in «BIDR.», XXII, 1910, p. 119 nt. 11; GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza*, cit., p. 76, e *Note critiche*, cit., p. 22; SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 189.

⁵⁴) Al di là dei rilievi vertenti sul mutato parametro temporale (accennati *supra*, in nt. prec.), cfr. anzitutto il drastico avviso di GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza*, cit., p. 72 ss., e *Note critiche*, cit., p. 22 ss. (che tra l'altro – in linea con PAMPALONI, *Il con-*

fiducia nei confronti della già accennata, implicita e sostanzialmente unanime tendenza⁵⁵ a riferire il *'cogendus est'* privo di soggetto lì figurante al proprietario del fondo (dapprima) gravato dalla servitù.

Se infatti si indirizza l'oscura «costrizione» finale all'altro protagonista del rapporto – il titolare del diritto di passaggio venuto meno per *non usus* – la *lectio* riacquista vigore, rimarcando segnatamente che, a differenza di quanto accade nella prima ipotesi esaminata, per tornare a trovarsi nella precedente situazione di vantaggio, egli sarà costretto a *renovare servitutem*.

Mi sembra cioè almeno da non escludere l'eventualità che – del resto in piena armonia con la disciplina del *ius civile* – il «dovere» sancito dal *cogere* possa rilevare non alla stregua di obbligo gravante sul(l'anteriore) proprietario servente, bensì alla stregua di onere gravante sul(l'anteriore) proprietario dominante. Né mi sembra poi che l'adozione di questa chiave di lettura trovi un ostacolo proibitivo nell'innegabile «snaturamento tecnico» del *cogere* da essa scaturente, in quanto – pure a non volere sfruttare il (comunque sporadico) sostegno *aliunde*⁵⁶ – ritenendosi di regola lo stralcio in parola alquanto «contaminato», diventa agevole attribuire l'impiego «non convenzionale» dell'espressione a qualche ignoto (e distratto!) rielaboratore tardoantico, magari condizionato nella sua opera di trascrizione – per un verso – dai sopravvenuti «annebbiamenti categoriali», e – per altro verso – dall'esigenza di sintetizzare e semplificare un testo forse ben più complesso di quello pervenuti⁵⁷.

Quasi paradossalmente, quindi, anche l'attestazione più esplicita si rive-

celto, cit., p. 119 nt. 11 – espunge integralmente il tratto conclusivo); quindi, comunque meno intransigente, BIONDI, *La categoria*, cit., p. 291 ss.; di poi SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 166 s., e p. 189 ss.; DEIANA, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù*, cit., p. 967; GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 276; ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 472 nt. 337.

⁵⁵) *Supra*, nel testo, su nt. 52.

⁵⁶) Si v. all'uopo Cels. 17 *dig.* D. 22.3.12 (*Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit an repetere et oblitus se in testamento legasse id fecerit: ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudici debet*), riferito per l'appunto all'*onus probandi*.

⁵⁷) Propenso – sulla scia di BIONDI, *La categoria*, cit., p. 292 ss. – a inquadrare il segmento che maggiormente ci interessa come «un residuo della menzione di un intervento di equità, probabilmente pretorio», senza peraltro trarre ulteriori conseguenze, GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 76 s. Per più recenti osservazioni sul brano si v. inoltre (cautamente persuasa dalla tesi di Biondi) F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. «Usus», «scientia», «patentia»*, Napoli, 2009, p. 157 ss.; e (da differente angolatura) M.M. GARCÍA QUINTAS, *Roma y los recursos híbridos*, in «Revista internacional de derecho romano», XX, 2018, p. 82 ss.

la inadeguata a giocare in favore di una percettibile e concreta erosione delle tradizionali «impalcature civilistiche»⁵⁸. Anzi, seppure valutata in adiacenza alle linee portanti di un altro celebre passo del medesimo scolarca sabiniano conservato in D. 7.4.24 pr.-1⁵⁹ (il cui esame *ex professo*, comunque senza determinare spostamenti di rotta, aprirebbe tuttavia il varco a troppe deviazioni tematiche rispetto al corpus centrale di queste brevi note⁶⁰), rafforza la convinzione «che il diritto imperiale e pretorio non ricostituivano [affatto (!)] le servitù estinte»⁶¹.

Una convinzione traducesi in ultima analisi nell'opportunità di un

⁵⁸) In favore di ciò depone del resto anche la prudenza connotante i rilievi conclusivi di BIONDI, *La categoria*, cit., p. 292 ss., che nell'impossibilità di far leva su un esplicito aggancio del nostro frammento con il dettato di Paul. D. 8.3.35 (relativo, sappiamo, alla presunta svolta disciplinare sancita dal rescritto protoimperiale), né con le parimenti presunte soluzioni magistratuali attestata in brani come Paul. D. 8.2.31 e Pomp. D. 43.24.21.3, utilizza toni estremamente sfumati («Pertanto con la cautela che è imposta in indagini così delicate, propendo a ritenere che nel fr. 14 si abbia una estensione giustiniana di quella ricostituzione della servitù, che già nel periodo classico era ammessa in taluni casi nel diritto imperiale e pretorio»), in risposta alla quale si v. l'efficace ragionamento di SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 190 s.

⁵⁹) Iav. 3 *ex post. Lab.* D. 7.4.24 pr.-1 (*Cum usum fructum horti haberem, flumen hortum occupavit, deinde ab eo recessit: ius quoque usus fructus restitutum esse Labeoni videtur, quia id solum perpetuo eiusdem iuris mansisset. ita id verum puto, si flumen inundatione hortum occupavit: nam si alveo mutato inde manare coeperit, amitti usum fructum existimo, cum is locus alvei publicus esse coeperit, neque in pristinum statum restitui posse.* [1] *Idem iuris in itinere et actu custodiendum esse ait Labeo: de quibus rebus ego idem quod in usu fructu sentio*). In forza di quanto appena precisato, adottato anche stavolta la soluzione del rinvio ad altre, talora assai dettagliate indagini, tra cui segnalatamente tutte quelle menzionate in occasione dell'*excursus* relativo a Iav. D. 8.6.14 pr. (di regola attente anche ai problemi posti da questa seconda testimonianza di Giavoleno), nonché a M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1999, 96 e nt. 62; C. MASI DORIA, *Modificazione e estinzione di rapporti giuridici reali per causa delle acque. Un esempio della relazione tra natura e ius: diritto romano e codificazioni*, in «Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali», prefazione di L. Capogrossi Colognesi, Napoli 2003, p. 295 s.; R. LA ROSA, *Usus fructus. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli, 2008, p. 158.

⁶⁰) Stesso discorso con riguardo a Iul. 16 *ad ed. D.* 23.5.7 pr.-1 (*Si maritus fundum Titii servientem dotali praedia adquisierit, servitus confunditur et hoc casu maritus litis aestimationem praestabit: quod si maritus solvendo non erit, utiles actiones adversus Titum mulieri ad restaurandam servitutem dantur.* [1] *Sed cum uxor fundum cui praedia viri servitutem debebant in dotem dat, fundus ad maritum pervenit amissa servitute et ideo non potest videri per maritum ius fundi deterius factum. quid ergo est? officio de dote iudicantis continebitur, ut redintegrata servitute inbeat fundum mulieri vel heredi eius reddi*), su cui l'ennesimo dissenso di SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 192 s., nei confronti di BIONDI, *La categoria*, cit., p. 295 ss.

⁶¹) SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 191, che si sofferma anche su Paul. 20 *ad ed. D.* 5.3.19.3 (*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*), sempre per negarne la concreta incidenza in favore dell'idea respinta.

consapevole recupero della traccia di un contributo novecentesco talora troppo frettolosamente abbandonato in virtù della sua veemenza argomentativa, ma che ormai a fari spenti, ove alleggerito da taluni «eccessi metodologici», può ancora ricoprire ruolo non secondario nell'orientamento specialistico: sia sul piano del rigore tecnico-concettuale, sia sul piano degli «impulsi ricognitivi».