

Ferdinando Zuccotti

Di alcune verosimili ipotesi di «agere per sponsionem» in Alfeno Varo e in Aristone (*)

1. Premessa - 2. D. 8.5.17.pr. e il *paries procumbens* nella proprietà altrui - 3. Lo *sterculinum* addossato alla parete del vicino di D. 8.5.17.2 - 4. D. 8.5.8.5 e la supposta *servitus fumi immittendi* - 5. Stranezza di tali fattispecie; il *locus serviens* di D. 8.5.17.1 - 6. Contrarietà ai principii in tema di servitù di consimili ipotesi - 7. Problemi di legittimazione processuale passiva alle *actiones de servitute* - 8. D. 39.2.9.2 e la *reivindicatio* espressa con la formula '*ius tibi non esse*' - 9. La plausibile soluzione che si tratti qui non di azioni edittali bensì di formule relative all'*agere per sponsionem*; la servitù «impossibile» di D. 8.5.13 - 10. Appianarsi dei vari problemi in una lettura procedurale di questo tipo - 11. D. 8.5.8.5-7 e la questione delle immissioni di fumo - 12. Presumibili vicende postclassiche e giustinianeae dei testi in questione.

1. Il *Digesto*, nella rubrica relativa alle azioni di servitù (D. 8.5), riporta tre frammenti invero piuttosto strani nel loro dettato, che tuttavia sarebbe eccessivo sospettare di una vasta riscrittura interpolatoria, e che trattano di immissioni¹ nel fondo altrui in astratto considerabili, nella prospettazione che tali passi parrebbero seguire, in termini di vere e proprie servitù prediali: e perciò contrastabili, nell'apparente logica dei testi, attraverso l'*actio negatoria*².

Benché oggetto – e in particolare l'ultimo di essi – di non poco interesse specie nella letteratura più recente³, i tre escerti non risultano avere in-

*) Saggio già pubblicato in «Legal Roots», X, 2021, p. 27-60.

¹) I frammenti in questione specie di recente sono stati altresì considerati, in particolare, dal punto di vista degli atti emulativi: cfr. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, p. 139 ss., e F. CURSI, *Il divieto degli atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno*, in «Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual», Madrid, 2014, p. 609 ss.

²) Cfr. 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 Arnaldo Biscardi», Milano, 2011, p. 377 nt.159.

³) Specie nella prospettiva della asserita sensibilità romana verso le istanze ecologi-

contrato una trattazione esegetica esaustiva che li considerasse da tutti i possibili punti di vista e nei molteplici nessi che essi destano nelle loro implicazioni, invero piuttosto problematiche, con i vari aspetti generali del diritto romano che a ben vedere risultano coinvolti dal loro dettato: specie in quanto, in linea di massima, ogni considerazione di essi è avvenuta più che altro in una prospettiva soprattutto sostanziale, trascurando la non secondaria angolatura processuale da essi comportata⁴.

Viceversa, muovendo proprio dalle soluzioni formulari presentate da tali tre passi e dai problemi che esse destano, si può forse giungere non solo ad una migliore comprensione della peculiare prospettiva contenziosa in cui questi testi si pongono, aprendo altresì inaspettate possibilità di approfondire aspetti del processo romano invero poco conosciuti nelle loro concrete esplicazioni, ma sembra altresì agevolmente possibile giungere ad una soluzione circa il problema sostanziale rappresentato da questi escerti, ossia l'esistenza o meno di rapporti di servitù prediale del tipo indicato, alquanto problematici nel loro contenuto e tali da dividere per vari versi la dottrina moderna in ordine alla loro effettiva sussistenza.

2. Nel primo dei tre testi, D. 8.5.17.pr. (Alf. 2 dig.)⁵, si parla di un muro che si è deformato «spanciandosi» di quindici centimetri⁶ o più, creando così una protuberanza che va ad invadere il fondo del vicino⁷:

che e per la cosiddetta tutela della *salubritas*: si veda di recente I. FARGNOLI, *Ruina naturae e diritto romano*, in «Teoria e Storia del Diritto Privato», VIII, 2015, p. 1-34 (estr.): cfr. A. WACKE, *Protection of the Environment in Roman Law?*, in «Roman Legal Tradition», I, 2002, p. 5 ss. (estr.), V. ABELEND, *Iniuria y arbitrium boni viri 'en función ambientalista' de inmisiones industriales molestas*, in «Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación», Buenos Aires, 2016, p. 11 ss., e R. KAMIŃSKA, *A few remarks on the Roman law on nuisance*, in «Diritto@Storia», XVI, 2018.

⁴) Cfr. in generale R. BASILE, «*Usus servitutis*» e tutela interdittale, Padova, 2012, p. 78 nt. 12.

⁵) Cfr. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, Leipzig, 1896, p. 311 n. 62, e O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz, 1960, I, c. 38 n. 4 (che pone l'intero frammento sotto la rubrica «*de negatoria actione et iure vicinorum*»).

⁶) Sul *pes* (circa trenta centimetri) e sul *semipes* cfr. H. de VILLEFOSSE, «*Pes*», in C.V. DAREMBERG, E. SAGLIO, «*Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*», IV.1, Paris, 1907, p. 420.

⁷) Si vedano P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. *La proprietà*, Roma, 1926, rist. Milano, 1966-1968, I, p. 335 (che stranamente deduce dal passo che «il proprietario deve tollerare un rigonfiamento del muro di proprietà del vicino fino alla sporgenza di mezzo piede») e S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, I, p. 631 e nt. 2 (che, nella stessa prospettiva, ritiene che Alfeno dicesse che ogni immissione è vietata, conformemente ai principii classici, mentre i giustiniani avrebbero interpolato le parole «*semipedem aut amplius*»):

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.

Non è del tutto chiaro, dal tenore del frammento, se una simile spanciatura prema o meno sul muro del vicino (o in ogni caso rischi di toccarlo)⁸, mettendone in pericolo la stabilità (*‘in vicini domum ... procumberet’*), ma in ogni caso Alfeno consiglia di agire con una *negatoria* relativa ad una *servitus proiciendi*, ossia al rapporto fondiario che consentiva di far sporgere sul fondo del vicino balconi o altro⁹: anche se – pur tenendo presente come le formule del primo secolo a.C. com’è ovvio non debbano essere necessariamente quelle dell’età classica prese in considerazione da Otto Lenel nella sua ricostruzione dell’editto perpetuo¹⁰ – la formula a tal fine proposta (*‘ius non esse illum parie-*

in realtà, il riferimento al *‘semipes’* (*aut amplius’*) sembrerebbe qui un riferimento fattuale alla fattispecie concreta che dà origine al parere del giurista, senza assumere veruna valenza generale (il passo non parla infatti di una sporgenza che ecceda il *semipes* se non come eventualità secondaria). G. NEGRI *I frammenti dei Digesti di Alfeno Varo. Testo e traduzione italiana ad uso degli studenti del corso di Diritto Romano (anno accademico 1988-1989)*, Como, 1989, p. 1, traduce «Se fra due caseggiati contigui si trova un muro che presenta un rigonfiamento tale da sporgere per mezzo piede o più nella casa del vicino ...»; «Justiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione», II – cur. S. Schipani –, Milano, 2005, p. 222, reca «Allorché tra due edifici vi sia un muro che abbia formato una protuberanza, in modo da sporgere sulla casa del vicino per un mezzo piede o di più ...». Oltre a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum»*, II, Milano, 1976, p. 509 s., si veda tra l’altro M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», XXV, 2012, p. 93. Cfr., in relazione anche a D. 8.5.17.2 e ai rapporti con D. 8.5.8.5, *infra*, nt. 46.

⁸) L’aggettivo *‘bini’*, pur avendo latamente anche il significato di «due», in senso proprio indica infatti il «paio», la «coppia» (cfr. Æ. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, rist. Bologna, 1965, I, p. 450, sv. *‘binus’*): il che può far pensare a due case costruite entrambe a poca distanza dal confine e separate da un interstizio di poche decine di centimetri, secondo un uso alquanto diffuso a Roma, dove dall’originario *ambitus* di due piedi e mezzo (cfr. L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII tavole in età arcaica*, Milano, 2005, p. 28 ss.) si era scesi per necessità a distanze alquanto minori, quando il muro non fosse senz’altro in comune (cfr. P. MONCEAUX, *‘Domus’*, in DAREMBERG, SAGLIO, «Dictionnaire», cit., II.1, 1892, p. 350). Per una analisi linguistica di D. 8.5.17.pr.-1, benché non scevra di imprecisioni giuridiche nonché altresì di mera lettura, cfr. S. STUCCHI, *In causa ius est positum. Note su due frammenti di Alfeno*, in «Apis Matina. Studi C. Santini», Trieste, 2016, p. 694 ss. Sulle tecniche argomentative di Alfeno cfr. altresì G. NEGRI, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei pontefici alla scuola di Servio», Torino, 1996, p. 135 ss., e G. TURELLI, *Appunti sulla struttura di Alfeno 6 dig. D.5.1.76*, in «SDHI.», LXXXIV, 2018, specie p. 780 ss.

⁹) Cfr. ad esempio D. 43.17.3.5-6 (Ulp. 69 *ad ed.*), D. 43.24.22.4 (Ven. 2 *interd.*) e D. 50.16.242.1 (Iav. 2 *ex post. Lab.*).

¹⁰) Cfr. F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell’«oportere». Divagazioni estemporanee e prospettive*

tem ita proiectum in suum esse»), a ben vedere, non sembrerebbe quella generale di una normale *servitus proiciendi* (che guardando alle analoghe *conceptiones verborum* relative alle servitù in particolare urbane di epoca imperiale doveva essere verosimilmente espressa con il verbo indicante il diritto all'infinito, del tipo '*ius tibi non esse podium proicere*')¹¹, bensì con una formulazione più fattuale e per così dire contingente ('*ita*'), nonché invero problematica, in cui, soprattutto, non è alcunché a protendersi ('*proicere*') fuori dal muro (ad esempio appunto un balcone), bensì il muro stesso a proiettarsi in parte fuori dal suo asse, in una costruzione verbale ('*ius non esse*') tale da fare diretto riferimento alla conformazione assunta dalla parete in conseguenza della deformazione ('*ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse*'): «non vi è il diritto di avere quel muro così sporgente nella sua proprietà»¹².

Ma, a parte il fatto che dilatare l'ambito di applicazione di una servitù che consentiva di far sporgere balconi o altro sul fondo del vicino sino a ricomprendere contingenti acciacchi murari, di per sé di genere alquanto diverso, non risulta in ogni caso soluzione sotto tale aspetto tanto piana né scevra di incertezze¹³, l'elemento che soprattutto, mi sembra, dovrebbe stupire nel passo è che non si accenni affatto a quello che sembra necessariamente rappresentare il pericolo più grave nonché immediato in questa situazione del *paries* deformato e quindi inevitabilmente non più stabile, ossia quello di una sua rovina insieme all'*aedes* che sosteneva, con conseguente coinvolgimento e concreto rischio di crollo altresì dell'edificio del vicino (in particolare, infatti, il verbo '*procumbo*', oltre al significato di «inclinarsi», «incurvarsi», ha anche quello, specie se in riferimento ad edifici, di «crollare», «sfasciarsi», «rovinare»)¹⁴. E questo aspetto mette in luce una ulteriore e decisiva stranezza del passo, ossia di lasciare in ombra – insieme a quella che do-

di ricerca, in «RDR.», XX, 2020, p. 438 nt. 28.

¹¹) Cfr. ad esempio le formule recate da O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1985, p. 193 s.

¹²) Mentre non esplicita la formula delle *servitus proiciendi* LENEL, *Das Edictum*, cit. (cfr. in ogni caso p. 194 *sub* V e nt. 7), A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, p. 80 ('*Proiciendi*') reca '*Si paret A° A° ius esse illum parietem ita proiectum habere invito N° N° ...*' e '*Si paret N° N° ius non esse illum parietem invito A° A° ita proiectum habere ...*', ma si tratta evidentemente di un'affrettata generalizzazione del caso anomalo trattato da D. 8.5.17.pr. e della formula ivi menzionata (cfr. RUDORFF, *op. cit.*, p. 80 nt. 20).

¹³) Cfr. per tutti, in breve, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1993, p. 237, che ricorda le servitù «*proiciendi* e *protegendi* (che danno la facoltà di fare sporgere balconi o grondaie)»: si veda anche S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, p. 66. Ritene problematica tale sorta di *servitus proiciendi* A. BURDESE, *Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, in «AG.», CCXVIII, 1998, p. 15.

¹⁴) FORCELLINI, *Lexicon*, cit., III, p. 881, sv. '*procumbo*', *sub* I.c.

veva costituire la principale ed immediata preoccupazione del vicino, cioè quella, appunto, di un crollo del muro – il fatto che si rendeva innanzitutto fondamentale, piuttosto che agire con una normale azione volta a far dichiarare l’astratta illegittimità della situazione di fatto creatasi, rivolgersi subito e prontamente al pretore per ottenere un rimedio *lato sensu* di urgenza e per costringere quindi il vicino a prestare una *stipulatio* con cui si impegnasse a risarcire nel caso i danni e quindi per tal via ottenere, se possibile, una eventuale compiuta riparazione o ad ogni modo una messa in sicurezza della parete deformata: ci si vuole riferire, com’è ovvio, all’istituto del cosiddetto *damnum infectum* e alla *cautio* con cui il magistrato avrebbe costretto la controparte a impegnarsi a ripagare il vicino dell’eventuale danno, minacciando le due *missiones in possessionem* nell’ipotesi di un persistente rifiuto in tal senso e consentendo quindi all’interessato di provvedere nel caso direttamente alle opere necessarie per la messa in sicurezza del *paries*¹⁵.

E la circostanza che non si parli affatto di un simile più che naturale rimedio – che spontaneamente doveva presentarsi in termini di assoluta ovvietà in una situazione critica del genere – ed in ogni caso di sussunzione magari di tipo interdittale del problema¹⁶, preferendo invece concentrarsi sulla più strana soluzione della peculiare *negatoria servitutis* qui proposta, sembrerebbe in effetti destare per più versi decisivi dubbi circa la complessiva congruità logica del passo.

3. Il secondo testo – D. 8.5.17.2, sempre escerpito dal secondo libro dei *digesta* di Alfeno Varo¹⁷ – tratta a sua volta di una parete di confine contro cui il vicino ammuccia letame facendone un vero e proprio deposito di concime

¹⁵ E’ peraltro da tenere presente che, per quanto riguarda i tempi di Alfeno, *al lege agere damni infecti* si stava sostituendo (Gai., *inst.* 4.31), secondo processi storicamente ricostruibili, il sistema di stipulazioni edittali (cfr. BONFANTE, *La proprietà*, cit., I, p. 386 ss., e G. GULINA, «*Lege agere damni infecti*» e «*pignoris capio*». *Esegesi e logica di Gai. 4.31*, in «ΦΙΛΙΑ. Scritti per G. Franciosi», III, Napoli, 2007, p. 1157 ss.): ma il fatto che nel successivo § 2 di D. 8.5.17 si parli di «*si damni infecti stipulatus esset*» (cfr. *infra*, § 3) autorizza in ogni caso tale illazione. Su D. 39.2.43.1-2, sempre di Alfeno (2 *dig ab anon. epit.*) relativo alla *cautio damni infecti*, cfr. M. MIGLIETTA, *Casi emblematici di ‘conflitto logico’ tra ‘quaestio’ e ‘responsum’ nei ‘Digesta’ di Publio Alfeno Varo*, in «Studi A. Metro», IV, Milano, 2010, p. 314 ss.

¹⁶ Sull’*interdictum uti possidetis* (cfr. in generale G. FALCONE, *Ricerche sull’origine dell’interdetto uti possidetis*, Palermo, 1996, specie p. 121 ss.) si veda, in relazione ai rapporti fondiari, BASILE, «*Usus servitutis*» e *tutela interdittale*, cit., p. 73 ss. (cfr. L. SOLIDORO, *Immissioni e conflitti di vicinato: il caso della taberna casiarica*, in «Il diritto romano caso per caso», Torino, 2018, p. 48).

¹⁷ Si vedano BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, cit., p. 283 n. 2, e LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 8 n. 4 (cfr. *supra*, nt. 5).

(*sterculinum*), con conseguente marcescenza del muro¹⁸:

Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleretur. respondi, 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.

Anche qui, dunque, la via proposta dal giurista per far cessare questa poco igienica situazione¹⁹ è quella di *agere de servitute*, come si esprime il passo²⁰, con un'azione la cui formula, parrebbe potersi dedurre, doveva più o meno suonare *ius non esse sterculinum iuxta illum parietem habere*, ossia anche qui una peculiare *negatoria servitutis*. Se in questo il passo è analogo al precedente, più interessanti sono i problemi da esso posti in relazione ad una eventuale tutela sul piano interdittale, che il giurista ammette, in relazione al rimedio *ne quid in loco publico fiat*, in ordine appunto ai *loca publica*²¹, ma esclude per quanto

¹⁸ Si vedano PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 632 nt.1 (cui non appare genuina la frase *de servitute agere oportere*), e BONFANTE, *La proprietà*, cit., I, p. 365 nt. 1, p. 369 e 402 e nt. 4, che richiamando D. 8.2.19.pr. (Paul. 6 *ad Sab.*), e D. 43.8.2.8 (Ulp. 68 *ad ed.*) sottolinea – cfr. *infra*, nt. 22 – come agli effetti della *cautio damni infecti* il vicino debba tollerare l'immissione fintantoché il muro non impudridisca e minacci di rovinare: oltre a CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 504 ss., si vedano BURDESE, *Sulla tipicità* 1998, 15 s., e SOLIDORO, *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 50 s. (cfr. M. DE SIMONE, *Riflessioni sul ruolo della proibizione nella tutela petitoria della servitus altius non tollendi*, in «AUPA.», XLVIII, 2003, p. 95 s., e R. PICARO, *Il divieto di immissioni tra relazioni economiche e bisogni esistenziali*, Napoli, 2000, p. 23 ss.). Rifiuta la classicità del frammento SOLAZZI, *Specie ed estinzioni*, cit., p. 53 ss., secondo cui *de servitute agere* sostituisce il riferimento classico all'*actio in factum* che competeva in tali ipotesi di danneggiamento. In relazione anche a D. 8.5.17.pr. e ai rapporti con D. 8.5.8.5, cfr. *infra*, nt. 46.

¹⁹ I problemi relativi al letame sono tenuti presenti dalla giurisprudenza in vari passi: si vedano ad esempio D. 43.24.22.3 (Ven. 2 *interd.*: *Si stercus per fundum meum tuleris, cum id te facere vetuissem, quamquam nihil damni feceris mihi nec fundi mei mutaveris, tamen teneri te quod vi aut clam Trebatius ait. Labeo contra, ne etiam is, qui dumtaxat iter per fundum meum fecerit aut avem egerit venatusve fuerit sine ullo opere, hoc interdicto teneatur*) e D. 43.24.7.6 (Up. 71 *ad ed.*: *Si quis acervum stercoris circa agrum pinguem disiecerit, cum eo 'quod vi aut clam factum est' agi potest: et hoc verum est, quia solo vitum adhibitum sit*): cfr. I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, 1998, p. 28 ss., 32 ss., e 35, e F. ZUCCOTTI, *rec. a FARGNOLI, op. ult. cit.*, in «SDHI.», LXVI, 2000, p. 563. Si veda altresì D. 10.4.5.3 (Ulp. 24 *ad ed.*: *Item Celsus scribit stercus, quod in aream meam congesisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi ut tollas, sic tamen ut totum tollas; ceterum alias non posse*): cfr. M. MARRONE, *Danno tenuto, danno già verificato ed officium iudicis*, in Atti del Convegno *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, cit., p. 188.

²⁰ Cfr. in ogni caso *infra*, § 6.

²¹ Cfr. P. SANTINI, *De loco publico fruendo. Sulle tracce di un interdetto*, Napoli, 2016, specie p. 151 ss.

riguarda quelli privati, a proposito dei quali – afferma – si dovrà invece agire *de servitute*. Non è facile comprendere, in effetti, perché si scarti senza neppure esplicitarne le ragioni una eventuale soluzione interdittale per i *loca privata*, posto che sembra in particolare arduo escludere che il *dominus* del fondo, di fronte all'ammassarsi del letame contro il proprio muro e al conseguente infracidirsi di questo, avrebbe reagito con proteste che in una prospettiva giuridica si sarebbero appunto tradotte in una diffida, ossia in una *prohibitio*, che gli avrebbe poi ad esempio nel caso consentito di agire a difesa del muro (e quindi per un danno *in suo*) con l'*interdictum quod vi aut clam*²².

Ma risulta di non facile comprensione anche la parte finale del passo, ove si afferma che il titolare del fondo potrà ottenere un risarcimento dei danni attraverso una stipulazione che il vicino gli abbia eventualmente prestato, e si richiama l'ipotesi di una *cautio damni infecti*. Infatti tale rimedio, che com'è noto consiste appunto nella minaccia di due *missiones in possessionem* dell'immobile interessato (*ex primo* ed *ex secundo decreto*) se il vicino non presta la *cautio*, ha appunto ad oggetto o le *aedes* o il fondo da cui proviene la minaccia di danno, e riguarda principalmente opere murarie o in ogni caso di sbancamento e spostamento del terreno: e se può sembrare magari eccessivo che per un mucchio di letame che infracidisce una parete si arrivi a un provvedimento così estremo consistente nella perdita della libera disponibilità del fondo (specie se si tiene presente come la seconda *missio* possa addirittura condurre, come si sa, ad un *in bonis habere* e ad una eventuale usucapione del fondo da parte dell'avversario)²³, appare ancora più strano che il soggetto che in seguito all'intervento pretorio ha prestato la *cautio damni infecti*, evitando così una *missio in possessionem* che pur parrebbe in verità piuttosto sproporzionata,

²² Si tenga in ogni caso presente che il giureconsulto viene interrogato sullo specifico ed immediato problema di «in che modo potesse costringere il vicino a togliere la concimaia» (NEGRI, *I frammenti dei Digesti di Alfeno Varo*, cit., p. 1: cfr. «Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae», II, cit., p. 222), problema fattuale che di per sé parrebbe suggerire di primo acchito una soluzione appunto interdittale. Si veda in particolare D. 8.2.19 *pr.* (Paul. 6 *ad Sab.*: «*Fistulam iunctam parieti communi, quae aut ex castello aut ex caelo aquam capit, non iure haberi Proculus ait: sed non posse prohiberi vicinum, quo minus balineum habeat secundum parietem communem, quamvis umorem capiat paries: non magis quam si vel in triclinio suo vel in cubiculo aquam effunderet. sed Neratius ait, si talis sit usus tepidarii, ut adsiduum umorem habeat et id noceat vicino, posse prohiberi eum*»): sul passo, considerato in rapporto a D. 8.5.8.5-6 (cfr. *infra*, §§ 4 e 11) cfr. tra l'altro G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2018, p. 30 ss. Si veda, oltre a KAMIŃSKA, *A few remarks on the Roman law on nuisance*, cit., SOLIDORO, *Immissioni e conflitti di vicinato*, p. 51. Cfr. in generale PICARO, *Il divieto di immissioni*, cit., p. 23 s., e DE SIMONE, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio*, cit., p. 131 ss.

²³ Cfr. di recente R. SCEVOLA, *A proposito del dialogo tra sistemi normativi nell'esperienza giusprivatistica romana: alcune considerazioni sulla cautio damni infecti*, in «Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità», Padova, 2013, p. 363 ss.

non provveda poi a far semplicemente rimuovere lo sterquilinio addossato alla parete, cosa che con ogni verosimiglianza gli costerebbe assai meno del pagare invece quanto promesso con la *stipulatio*²⁴.

4. A sua volta, il terzo frammento²⁵, D. 8.5.8.5, pur risalendo ad Ulpiano (17 *ad ed.*) e riportando un *responsum* di Aristone, si rifà in parte ancora una volta in parte ad Alfeno Varo²⁶:

Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiarum²⁷ fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiarum a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

La fattispecie considerata da Tizio Aristone è quella di un'amministrazione

²⁴ Si veda BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 402, 406 s., 416 s. e soprattutto 410 ss.

²⁵ Si vedano di recente, con ampi riferimenti alla dottrina precedente, SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 45 ss., P. STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia. Brevi spunti per una rilettura di Digesto 8.5.8.5*, in «Fides Humanitas Ius. Studi L. Labruna», VIII, Napoli, 2007, p. 5043 ss., e LONGCHAMPS, *L'abuso del diritto*, cit., p. 193 ss.. Cfr. PICARO, *Il divieto di immissioni*, cit., p. 15 ss., e C. LÁZARO GUILLAMÓN, *Von Ulpian bis Accursius: Responsa über D.8.5.8.5*, in «RIDA.», LII, 2005, p. 234 ss., nonché, sulla letteratura del secolo scorso (cfr. A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, p. 184 ss.), BASILE 'Usus servitutis' e tutela interdittale, cit., p. 78 nt. 12. Si vedano nella letteratura più antica BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 363 s., 378 e 490 s., PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 631 s. e nt. 5, nonché SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 68 (alquanto critico sulla genuinità del passo). Cfr. altresì BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 10 ss.

²⁶ Cfr. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, cit., p. 311 n. 61 (che riferisce ad Alfeno la sola frase 'Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant'), e (analogamente) LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 54 n. 76 (per Aristone, si veda altresì *ivi*, I, c. 62 n. 14 – cfr. *infra*, nt. 42 – e per Ulpiano *ivi*, II, c. 520 n. 601). In ordine ai rapporti tra il passo e il pensiero di Alfeno, specie riguardo a D. 8.5.17.pr. e 2, cfr. *supra*, nt. 22.

²⁷ Sul termine 'casiarum', che comparirebbe solo (due volte) in D. 8.5.8.5, in luogo di 'casearia', cfr. LONGCHAMPS, *L'abuso del diritto*, cit., p. 194 nt. 116.

cittadina (di *Minturnae*)²⁸ che ha locato un immobile a un casaro, cosicché questi invade con il maleodorante fumo derivante dalla lavorazione dei formaggi gli immobili sovrastanti²⁹; la risposta del giurista, in base al principio ‘*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*’³⁰, è che, mentre i Minturnesi rimangono *ex locato* obbligati nei confronti del casaro nel caso egli non possa più esercitare l’attività per cui l’edificio gli è stato dato in conduzione a tale specifico scopo, in ogni caso l’immissione di fumo potrà essere inibita a questi con un’azione la cui formula suonerebbe appunto ‘*ius ei non esse fumum immittere*’, così come egli, qualora invece sostenesse di avere un simile diritto, potrebbe agire con un’azione (*ergo per contrarium agi poterit*) che affermi viceversa ‘*ius mihi esse fumum immittere*’ – anche se come si vedrà il discorso potrebbe celare un diverso significato³¹ –, risposta cui segue la precisazione che nel caso si potrebbe altresì agire con l’interdetto *uti possidetis* nell’ipotesi che taluno sia impedito di usare la sua proprietà come vuole³².

Se anche qui non è fino in fondo chiara la menzione dei mezzi interdittali riguardanti la fattispecie, è in ogni caso interessante notare come Aristone motivi questa sua decisione, per quanto riguarda l’azione concessa, richiamando la in certo modo analoga fattispecie per cui dall’immobile sovrastante non si può invadere con immissioni d’acqua il vicino inferiore, cosicché si potrà agire affermando ‘*ius illi non esse id ita facere*’, e riportando quindi altresì un parere di Alfenone Varo in cui il giurista repubblicano, a proposito di un vicino che spaccava pietre proiettando schegge nell’altrui fondo, diceva che si poteva agire affermando ‘*ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant*’³³ (dove il supposto carattere di *actio negatoria*, se pur presente fino a un certo punto nella prima parte della *conceptio verborum*, viene pressoché del tutto meno nella sua seconda parte, processualmente alquanto problematica, specie in quanto la pretesa avanzata con ‘*ius non esse*’ – ‘*in suo lapidem caedere*’ – non è un’affermazione assoluta, come normalmente accade nella usuale *actio de servitute* – ‘*ius non esse ire agere*’, ‘*ius non esse aquam ducere*’, ‘*ius*

²⁸ Su *Minturnae* (oggi Minturno, in provincia di Latina) cfr. G.R. BELLINI, *Minturnae porto del Mediterraneo*, in «Romula», VI, 2007, p. 8 ss. e p. 25 e nt. 30.

²⁹ Si vedano A. GUARINO, *Trucoli di bottega. Ricordi e rilievi qua e là di uno storico del diritto*, Napoli, 2012, p. 198, e LONGCHAMPS, *L’abuso del diritto*, cit., p. 194 s.

³⁰ Cfr. J. PLESCIA, *The Development of the Exercise of the Ownership Right in Roman Law*, in «BIDR.», LXXXVIII, 1985, p. 181 ss. e p. 203 e nt. 125.

³¹ Cfr. *infra*, § 10.

³² Sul problema dell’applicabilità dell’*interdictum uti possidetis* alle servitù altresì negative si veda per tutti BASILE, ‘*Usus servitutis*’ e tutela interdittale, cit., p. 72 ss.

³³ Cfr. BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 363 s. Si veda altresì CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 512 ss.

non esse stillicidium immittendi' e così via³⁴ –, bensì un'affermazione che per essere veritiera ha appunto intrinseca necessità di una limitazione – 'ut in meum fundum fragmenta cadant' – che la renda per così dire accettabile ed esatta quale pretesa processuale, condannandola tuttavia senza appello quale sorta di formula di negatoria del tutto atipica ed anomala³⁵; e discorso analogo potrebbe farsi per l'improbabile *actio negatoria* 'ius illi non esse id ita facere').

In ogni caso il frammento in questione, anche per la sua prossimità ai cosiddetti atti di emulazione, è stato oggetto di vari studi³⁶, che tuttavia sembrano ben lungi dal risolvere i diversi problemi che il passo pone, sia da un punto di vista sostanziale, postulando delle invero strane servitù consistenti dell'immissione di fumo, acqua o frammenti di pietra nel fondo del vicino³⁷, sia soprattutto in una prospettiva processuale, specie per quanto riguarda qui la legittimazione passiva alla *negatoria servitutis*, riconosciuta qui – e senza che neppure il frammento risulti rendersi conto, soffermandosi sia pur velocemente su di esse, delle difficili implicazioni di tale peculiare aspetto – ad un mero detentore, ossia all'affittuario dell'immobile³⁸.

E tra l'altro, a voler essere appena un po' più acribici, anche a non considerare la frase 'nisi ei rei servitutum talem admittit'³⁹, sembra strano come il frammento inizi, nel riferire il parere di Aristone, parlando di una *prohibitio* –

³⁴ Si vedano ancora le formule recate da LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 193 s. (cfr. sinteticamente D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p. 41 ss.).

³⁵ L'unica ipotesi differente dalla normalità di tale *actiones*, e quindi in qualche modo alla lontana analoga ('ut'), potrebbe essere la formula della *servitus oneris ferendi* proposta, seguendo J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, p. 19 ss., da MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 42 e nt. 38 s. ('si paret A. Agerio ius esse ut aedes N. Negidii onus aedium A. Ageri sustineant ...'): ma sembra più convincente, pur non potendo qui approfondire la questione, la ricostruzione di LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 194 e nt. 3: 'si paret A^o A^o ius esse cogere N^m N^m, ut Aⁱ Aⁱ onera sustineat et parietem reficiat ad onera sustinenda ...'. Si veda BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 13 e 24, scettico su tale servitù, che richiama il diverso caso, proposto da Nerazio, di D. 8.3.3.2 (Ulp. 17 ad ed.).

³⁶ Cfr. in LONGCHAMPS, *L'abuso del diritto*, cit., p. 195 ss., e in BASILE, 'Usus servitutis' e tutela interdittale, cit., p. 77 ss. e nt. 11 s., una sintesi diacronica delle critiche mosse al testo e delle più recenti tendenze conservative.

³⁷ Del resto tali non secondari aspetti non mi risultano perlopiù essere stati vagliati alla luce della peculiarità anomala di simili rapporti fondiari specie in relazione alla «normalità» delle linee costruttive su cui le servitù prediali si strutturano: cfr. *infra*, § 6.

³⁸ Su questo aspetto si veda *infra*, § 7.

³⁹ Sui sospetti che tale proposizione ha sempre destato in dottrina e sui tentativi di salvarla cfr. STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5408 ss. e nt. 11, che vorrebbe mettere in relazione il verbo 'admittere' col successivo 'prohibere', e SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 49 s. e nt. 26, con una panoramica della dottrina più recente sul punto.

atto di diffida e di autotutela privata che rende il comportamento dell'intimato, se persiste in esso, appunto compiuto *vi* o *clam* agli effetti interdittali: '*a superiore prohiberi posse fumum immittere*' –, per cui ci si aspetterebbe che il giurista tratti quindi di un mezzo processuale di tale tipo⁴⁰: e invece, dopo aver enunciato il rimedio dell'*actio conducti* – '*sed Minturnenses ei ex conducto teneri*' –, che sembra postulare che il casaro, *prohibitus* senza alcuna sua reazione ovvero sconfitto giudizialmente dai vicini e non potendo più fare fumo, si rivolga per rivalsa a chi gli ha locato l'immobile appunto per l'esercizio di una simile attività⁴¹, il discorso viceversa devia sull'azione *de servitute* – '*agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere*', ridondante costruzione sintattica ove non è ben chiara la consequenzialità logica implicata da '*agique sic*' rispetto al discorso che precede tale «conclusione», anche in quanto, se detta azione deve ancora essere esperita, il casaro in tal caso non ha ancora perso la causa principale e, come si è osservato, a rigore non potrebbe ancora agire per risarcimento dei danni contro il locatore – per poi tornare nel finale, solo dopo tale discorso e come se si trattasse qui di una secondaria digressione, a parlare di interdetti, ossia dell'*uti possidetis*; né soprattutto risulta congruo e sensato, dopo che la locuzione '*Aristo dicit*' regge tutta la proposizione, ribadire poco oltre che quanto detto '*quod et ipsum videtur Ari-*

⁴⁰) Appare addirittura tendere a considerare la *prohibitio* senz'altro come esercizio della *negatoria* V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate, curate, edite da P. Bonfante*, Roma, 1928, p. 421 (cfr. STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5405 e nt. 5), nonché, in maniera non dissimile, S. PEROZZI, *La struttura delle servitù prediali in diritto romano* (1888), in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, p. 24 ss., mentre BONFANTE *La proprietà*, cit., 1926, I 364 vi scorge semplicemente una turbativa del possesso (cfr. SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 46). Sulla *prohibitio* come atto di autotutela privata che rende agli effetti interdittali compiuto *vi* ovvero *clam* l'atto che ne è oggetto (si vedano D. 43.19.3.pr., D. 43.19.3.1, D. 43.24.1.6, D. 43.24.7.7, D. 43.24.20.pr.-1) cfr. F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali*, in «RDR», II, p. 484 ss. e in particolare 485 s., con ulteriore bibliografia.

⁴¹) Si noti come in realtà, stando alla struttura espositiva del passo, la reazione del locatario attraverso l'*actio conducti* non risulti da porre in relazione ad una sua sconfitta in sede di *negatoria*, come pur parrebbe logico e come viene comunemente inteso il discorso, bensì – '*dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conducit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: ...*' – in quanto in seguito ad una diffida (*prohibitio*) egli avrebbe cessato l'attività casearia, e quindi si rivolgerebbe all'amministrazione di Minturno per il risarcimento del danno: ma, anche ammesso che una semplice *prohibitio*, formale o anche di fatto (cfr. *supra*, nt. 40), potesse di per sé nelle sue conseguenze concretare un compiuto inadempimento da parte dei Minturnesi, aspetto per nulla tanto pacifico, il passo invece sembra al contrario implicare che la controversia sulla *immissio fumi* sia da risolvere appunto tramite l'azione *de servitute* – '*agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere*' –, e che solo in seguito alla sconfitta in tale sede il conduttore possa rivolgersi al locatore per il risarcimento del danno.

sto probare», quasi si trattasse del parere di un altro giurista: ci mancherebbe altro che Tizio Aristone non fosse d'accordo con quanto ha appena detto⁴².

5. Da notare poi in generale come, se D. 8.5.17.pr. risulta abbastanza esplicitamente alludere ad una *servitus prociendi*, a loro volta il secondo e il terzo testo parlino senza mezzi termini di una fattispecie di servitù prediale, D. 8.5.17.2 recando «*de servitute agere oportere*», D. 8.5.8.5 precisando che non si può «*fumum in superiora aedificia iure immitti posse*», e si potrà quindi agire con la *negatoria*, «*nisi ei rei servitutum talem admittit*»⁴³: evidenziando così sino in fondo, se ve ne fosse biso-

⁴² LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 62 n. 14, non risulta considerare aristoniana la frase finale e la omette: cfr. STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5405 nt. 6, e, sulla incongruenza logica di questa proposizione, p. 5415 e nt. 23, ove si richiamano gli autori che sottolineano la stranezza di tale «approvazione» di Aristone da parte di Aristone. Per una «sostanziale» genuinità del frammento in relazione al pensiero del giurista si veda A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, p. 73 ss., e per una non risalezza a lui della frase finale («*sed et interdicum ...*») p. 73 nt. 98: cfr. anche P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III. *Diritti reali*, Roma, 1933, rist. Milano, 1972, p. 247 s., 431 e 454 ss. Possibilista L. LABRUNA, *Vim Fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, p. 226 (cfr. J.M. RAINER, *Die immisionen: Zur Entstehungsgeschichte des § 906 BGB*, in «*Vestigia iuris Romani. Festschrift G. Wesener*», Graz, 1992, p. 358 ss.). Si veda tra l'altro anche A. DI PORTO, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, p. 142 nt. 459. In effetti, benché una simile indagine esuli dalle necessità argomentative di queste note, D. 8.5.8.5 sembra nella sua struttura un testo per così dire duplice ed anzi triplice, con due parti a ben vedere tra loro indipendenti e di analogo contenuto cui si aggiunge una chiusa giustapposta malamente a quanto la precede. Infatti il tratto iniziale – «*Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiarum fumum in superiora aedificia iure immitti posse ... idemque ait: ... posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere*» – dice in realtà esaustivamente quanto è necessario per esporre la fattispecie e quanto serve a risolverla, dando un'azione in tal senso. La seconda parte – «*dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiarum a Minturnensibus conduxit ... agique ... ius ei non esse fumum immittere ...*» –, oltre a richiamare inutilmente la fattispecie concreta una seconda volta, sia pur aggiungendo ulteriori particolari, non fa altro che ribadire la soluzione già espressa dalla prima parte, specificando solo la formula – «*ius ei non esse fumum immittere*» –, prima espressa in maniera generica («*ius illi non esse id ita facere*»). La chiusa, poi, mal si lega al resto, perché fa «approvare» da Aristone («*quod et ipsum videtur Aristo probare*») ciò che Aristone ha appena detto («*dicit igitur Aristo*»), o in ogni caso un corollario implicito, nella sottesa logica del testo, di quanto da lui testè sostenuto, ossia che nelle servitù alla negatoria corrisponde, in senso contrario, la confessoria («*ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere*»). E' quindi spontaneo il sospetto, anche se non è qui necessario procedere oltre in tale direzione, che D. 8.5.8.5 sia semplicemente il risultato della giustapposizione di tre diversi tratti – probabilmente – ulpiane, originariamente tra loro separati.

⁴³ Al di là della stranezza della frase (cfr. *supra*, nt. 39), il tratto «*respondit non putare se ex taberna casiarum fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutum talem admittit*» rimane un problema altresì accettando l'inserzione di Mommsen e Krüger – «*nisi ei rei <serviunt: nam> servitutum talem admittit*» – come si fa in «*Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*», II, cit., p. 218 s., traducendo quindi «a meno che <questo edificio> non sia sog-

gno, la stranezza delle fattispecie in essi costruite come *iura in re aliena*⁴⁴.

Del resto, vi è anche un ulteriore passo di Alfeno Varo⁴⁵, sempre tratto dal secondo libro dei suoi *digesta*, in cui il giurista dà un analogo responso a proposito di un'area sottoposta a una ipotetica servitù nei confronti del vicino – anche qui non specificata ed anzi sconosciuta – e quindi destinata a rimanere sgombra, in cui invece il *dominus* pianta un boschetto e sistema altresì vasche e vasi (D. 8.5.17.1)⁴⁶:

Cum in domo Gaii Sei locus quidam aedibus anni ita serviret, ut in eo loco positum habere ius Seio non esset, et Seius in eo silvam sevisset, in qua labra et tenes cucumellas positas haberet, Annio consilium omnes iuris periti dederunt, ut cum eo ageret ius ei non esse in eo loco ea posita habere invito se.

Anche in questo caso, dunque, il rimedio consigliato da Alfeno – ed anzi da *omnes iuris periti* – è di agire affermando '*ius ei non esse in eo loco ea posita habere*

getto a una servitù di tale tipo: infatti, egli ammette tale servitù» (?): in ogni caso, rimane in tal caso alquanto incerto e comprensibile soltanto a senso il riferimento di '*ei*' (il fondo che gode della servitù sarebbe in ogni caso l'immobile in quanto tale, e non la *taberna casiarica* che di esso è soltanto una contingente destinazione: cfr. *infra*, nt. 65) nonché il soggetto di '*admittit*' (l'unico accenno alla controparte è qui costituito dai '*superiora aedificia*'), e tutta la preposizione resta comunque quantomeno piuttosto claudicante. Del resto, qualsiasi senso si voglia attribuire alla frase, non sembra in ogni caso molto perspicuo, in un passo che risulta impostato nel suo complesso sull'inesistenza di una simile servitù e sulla conseguente illecità di tale immissione, specificare che, se invece vi fosse una simile servitù, in tal caso l'emissione di fumo sarebbe al contrario ammessa. Meno problematica, seguendo la lettura '*nisi ei servitutem talem ammittit*', la traduzione di «Antologia del Digesto di Giustiniano. Testi tradotti e annotati ad uso degli studenti da Francesca Scotti», Milano, 2005, p. 26 (anche se al verbo «concedere» sembra preferibile «ammettere»): «se egli non concede una tale servitù» (cfr. STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casiarica*, cit., p. 5411 s.), riferendo '*ei*' a Cerellio Vitale. Si veda anche S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 11.

⁴⁴ Tra l'altro, si può notare come, mentre di norma i giuristi classici muovano dalla *vindicatio servitutis* per giungere alla *negatoria*, qui invece risulti avvenire il contrario: cfr. F. DE MARTINO, *D. 8.5.8.5: i rapporti di vicinato e la tipicità delle servitù*, in *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979, p. 486 s.

⁴⁵ Si vedano BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, cit., p. 310 s. n. 58, e LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 38 n. 4 (cfr. *supra*, nt. 5).

⁴⁶ La dottrina romanistica non ha tributato soverchia attenzione al passo: si veda in particolare CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 497 ss. Cfr., in relazione a D. 8.5.8.5 e alla generale visione di Alfeno Varo in materia implicata da D. 8.5.17, A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 177 s., V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992, p. 186 ss., J.M. RAINER, *Die immissionen*, cit., p. 365 ss., e *Zum Typenzwang der Servituten: vom römischen Recht zum BGB*, in «Collatio Iuris Romani. Etudes H. Ankum», Amsterdam, 1995, p. 417 ss., e BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 15.

invito se’, ossia con quella che parrebbe – anche se il passo si limita a parlare più genericamente di ‘*servire*’⁴⁷ – una *negatoria servitutis*, benché neppure qui sia chiaro esattamente a quale rapporto fondiario ci si voglia riferire⁴⁸.

In effetti, tenendo presente i precedenti casi del muro che cedendo e formando una gibbosità invade il fondo del vicino (D. 8.5.17.pr.) e del deposito di letame addossato a immarcescere il muro altrui (D. 8.5.17.2), anche il caso delle immissioni di fumo (D. 8.5.8.5) come quello del *locus* che *servit* il fondo vicino (D. 8.5.17.1) sembrano presentare quantomeno non poche difficoltà ad essere sussunti in termini di servitù⁴⁹, e l’estrema stranezza di simili rapporti fondiari costruiti come *iura in re aliena* risulta in effetti implicita nel fatto che siano questi gli unici casi in cui servitù di tal genere siano prospettate e concepite dai testi della compilazione ed in genere dalle opere di diritto romano pervenuteci⁵⁰.

⁴⁷) Sull’estensione della *negatoria* a situazioni non concretizzanti un vero e proprio rapporto di servitù, ma rientranti nella più ampia nozione di ‘*servire*’, che vedeva contraria la letteratura più antica (ad esempio PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 24 s., B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo V*, in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* – VIII, cur. B. Brugi, Milano, 1900, p. 402 s. – in polemica, in particolare, con B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1902-1914, trad. it. – *Diritto delle Pandette* – Torino, 1930, I, p. 707 ss. –, e SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., p. 422), specie a partire da Giuseppe Grosso (cfr. in particolare *L’evoluzione storica delle servitù in diritto romano* [1937], in *Studi storico-giuridici*, II, Torino, 2001, p. 203 ss.) la dottrina è alquanto più possibilista – si vedano in particolare, tra gli altri, CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 501 ss., DI PORTO, *La tutela della salubritas*, cit., p. 75 nt. 240, nonché WATSON, *The Law of Property*, cit., p. 178 –, così come sull’estensione della legittimazione passiva delle *actiones de servitute* al possessore: cfr. *infra*, § 7. Viceversa F. SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*. *Dalle XII Tavole all’epoca classica*, Milano, 1977, p. 57 nt. 61, a proposito di D. 8.5.17.pr. e 2, osserva come l’*actio negatoria*, «già al tempo di Alfeno, sembra trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui il *dominus* tende a tutelare la proprietà contro immissioni di terzi indipendentemente dal fatto che questi si affermino titolari di un diritto reale». Sul concetto di ‘*servire*’, che è nozione diversa e più ampia del rapporto fondiario di servitù, si veda in ogni caso CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 516 ss.

⁴⁸) Lo scopo della servitù era infatti quello di ‘*locum liberum habere*’ e in effetti la formula, piuttosto che sulla concretezza (*ea*) della indicazione ‘*ius ei non esse in eo loco ea posita habere invito se*’, avrebbe potuto basarsi, in maniera più usuale, su formulazioni generali di tipo analogo (cfr. *supra*, §§ 2 ss.).

⁴⁹) Di una simile «servitù di deposito» non risulta ovviamente che si abbiano ulteriori tracce nelle fonti: cfr. *infra*, § 8.

⁵⁰) Sui dubbi sollevati in particolare dalla *servitus fumi immittendi* si veda in particolare, con ulteriori indicazioni bibliografiche, F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell’autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, p. 298 ss., che pur rilevando e difficoltà destinate da un simile *ius in re aliena* e della retrostante tendenza specie della scuola di Servio, ed in particolare in Alfeno, ad estendere l’*actio negatoria* a situazioni fondiarie non sussumibili in termini di servitù, finisce invece per considerare tale la *servi-*

6. Al di là del problema del «numero chiuso» dei diritti reali sulla cosa altrui⁵¹, anche ammettendo la possibilità di creare nuove servitù – facoltà di cui peraltro i giuristi romani, com'è noto, non si avvalsero certo se non in maniera alquanto misurata⁵² – risulta in ogni caso chiaro come un nuovo *ius in re aliena* avrebbe dovuto essere introdotto nell'ordinamento attraverso il riconoscimento pretorio della relative azioni (*confessoria* e *negatoria*)⁵³: e se come si è accennato suonano alquanto incredibili le servitù *fumum immittendi* o *sterculinum iuxta parietem habendi* ovvero addirittura *iura in re aliena* consistenti nel proiettare frammenti di pietra nel fondo del vicino, è soprattutto da notare come questi passi, consigliando tali rimedi processuali, non appaiano propriamente fare riferimento ad azioni edittali già esistenti ed a tutti conosciute, ma come al contrario essi si limitino ad affermazioni piuttosto generiche quali '*posse agere*', '*agi oportet ius non esse ...*' o '*de servitute agere oportere*', sembrerebbe introducendo *ad hoc* una formula apposita, che infatti viene suggerita dal giurista in una *conceptio verborum* che non risulta certo rinviare semplicemente ed in maniera piana e scontata all'editto pretorio⁵⁴: senza cioè che la possibilità dell'esistenza di simili servitù su un piano sostanziale sia in qualche modo presupposta come *prius* per discutere quindi del problema della sua sussistenza nel caso concreto, come invece ovviamente avverrebbe, ad esempio, se

tus fumi immittendi: anche SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 46 ss., 52 e 60 ss., ritiene che si tratti di una vera e propria servitù. Cfr. altresì nel senso di un'interpolazione in particolare BONFANTE, *Diritti reali*, cit., p. 40 s., che però (p. 58) ammette poi l'esistenza di una *servitus fumi immittendi* (cfr. SOLIDORO, *op. cit.*, p. 52 s. e nt. 35). Ritiene inesistente la *servitus fumi immittendi* LONGCHAMPS, *L'abuso del diritto*, cit., p. 197 («in realtà l'*actio negatoria* può essere realmente adoperata anche nel caso in cui il convenuto non goda in termini effettivi di una servitù»): cfr. BASILE, '*Usus servitutis*' e *tutela interdittale*, cit., p. 77 ss. («una non proprio limpida servitù di *immittere fumum*»).

⁵¹ Sul principio del *numerus clausus* dei diritti reali – altresì in relazione al dettato di D. 8.5.8.5 – si vedano, oltre a G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 61 ss., e a B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (Corso di lezioni)*, Milano, 1969, p. 43 ss., in particolare GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena»*, cit., *passim* e p. 185 s., RAINER *Die immissionen*, cit., p. 358 ss., e *Zum Typenzwang der Servituten*, cit., p. 416, BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 3 ss., e MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, cit., p. 71 ss.

⁵² Cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 73.

⁵³ Sul riconoscimento pretorio quale *prius* giuridico dell'introduzione delle servitù si vedano V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, in «Foro Italiano», LIX, 1934, p. 49 ss. (che fa leva sul fatto che l'editto pretorio non avrebbe contenuto le formule di tutte le servitù per negarne il *numerus clausus*), e (*contra*) GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 62 s. (cfr. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 6 ss.). Si veda di recente M. GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, Parma, 2013, p. 65 ss.

⁵⁴ Cfr. *infra*, § 10.

qualcuno pretendesse di transitare per il mio fondo e io negassi la sussistenza di una servitù di passaggio⁵⁵.

Al contrario, l'eventualità di una servitù di questo genere viene qui giocoforza dedotta a posteriori, argomentando dal complessivo contesto dei passi, dal fatto che viene concessa un'azione (*negatoria*) in tal senso, senza che questo preteso *ius* possa costituire menomamente l'effettivo e già stabilito presupposto sostanziale del rimedio processuale di cui si discute⁵⁶. E per di più si tratta di azioni che, come si è accennato, non sembrano poter trovare corrispondenze nell'editto pretorio, come in particolare avviene – a parte la curiosa formulazione '*ius illi non esse id ita facere*' di D. 8.5.8.5 – per quella che, anziché parlare di un '*ius non esse podium proicere*', afferma, con strana variante fattuale, che '*ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se*', o come l'altra che – contro la normale struttura delle *actiones de servitute* – ha bisogno di limitare l'affermazione da essa recata dall'*intentio* con una successiva e del tutto inusuale specificazione limitativa: '*ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant*'⁵⁷.

Inoltre, non si vede per quale ipotetica utilità oggettiva del fondo simili servitù potrebbero venire costituite, posto che evidentemente lo spanciamiento di una parete o l'accumulo di uno *sterculinum* contro la parete del vicino, o addirittura spaccare pietre schizzandone frammenti di esse sul terreno altrui, certamente costituiscono non un'esplicazione della vita e dello sfruttamento normale del fondo, ma soltanto un accidente contingente che è possibile risolvere semplicemente spaccando le pietre in altro luogo ovvero, nel secondo caso, semplicemente spalando via il letame e deponendolo in un luogo dove non faccia danno, mentre, nell'ipotesi della deformazione muraria, è anzi altresì imprescindibile rimediarsi e porvi fine riparando il *paries* prima che si arrivi ad un cedimento strutturale della costruzione⁵⁸.

⁵⁵ Sulla tipicità del diritto che è riflessa nella trattazione giurisprudenziale cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 63 ss.

⁵⁶ Su alcune peculiarità del sorgere delle servitù nel mondo romano, cfr. in generale F. ZUCCOTTI, *Le servitù nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, in «Studi R. Martini», III, Milano, 2009, p. 971 ss.

⁵⁷ Cfr. *supra*, § 4.

⁵⁸ Si considerino ad esempio (su D. 8.5.8.6 cfr. *infra*, § 11) D. 8.1.8.pr. (Paul. 15 *ad Plant.*: '*Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest*'), D. 8.2.28 (Paul. 15 *ad Sab.*: '*Foramen in imo pariete conclavis vel triclīnii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet quod manu fit): at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest. stilliciū quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet*') e D. 8.3.6 pr.-1 (Paul. 15 *ad Plant.*: '*Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur*

Nell'ipotesi poi della *servitus fumum immittendi*, poi, si tratta chiaramente di una servitù «industriale» non a vantaggio del fondo, ma dell'attività contingentemente esercitativa per di più da un inquilino: è vero che il tema delle servitù industriali non venne se non episodicamente affrontato dai giuristi romani, ma tuttavia vi sono precisi indizi di come, pur non occupandosene più di tanto, essi procedessero più o meno nella direzione dell'inammissibilità⁵⁹: mentre, oltretutto, qui si tratterebbe di un caso di servitù industriale veramente estremo, in quanto configurabile non in relazione ad una attività stabile del fondo (si pensi al caso dell'edificazione di una fornace), ma di un impiego transitorio dell'immobile, che per un certo periodo viene affittato appunto a un casaro⁶⁰.

7. In una prospettiva processuale, poi, è noto come la maggior parte dei giuristi classici ammettesse l'esperimento delle *actiones de servitute* esclusivamente da parte del proprietario del fondo dominante contro il *dominus* di quello servente, con l'eccezione di Giuliano, che le concedeva anche contro il semplice possessore ed accordava lo *ius vindicandarum servitutium* all'usufruttuario⁶¹: ma non vi è assolutamente traccia – e ciò contraddirebbe le stesse coordinate di massima del sistema logico-giuridico sotteso a tale costruzione – di una eventuale legittimazione passiva del semplice detentore a titolo contrattuale, quale appunto è il conduttore, di cui D. 8.5.8.5 è la sola apparente attestazione, trattandosi di una soluzione, alla luce delle non pochissime fonti a disposizione, del tutto inconcepibile ed aberrante⁶².

(sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur aut ut dolina fiant), vel tegulae vel ad villam aedificandam. sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usus fructus erit. Item longe recedit ab usu fructu ius calcis coquendae et lapidis excimendi et harenae fodiendae aedificandi eius gratia quod in fundo est, item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant? non est dubitandum, quin servitutis sit: et hoc et Maecianus probat in tantum, ut et talem servitutum constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet si habeam pascui servitutum aut pecoris appellendi, ut si hiemps ingruerit, habeam quo me recipiam⁵⁹): si vedano GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 70 ss., BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 182 ss., e BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 30. Sul requisito della 'perpetua causa' cfr. in breve anche ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 235. Si veda altresì GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, cit., p. 85 ss. e 95 ss.

⁵⁹ Sulle servitù industriali si vedano GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 101 ss., e BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 191 ss. (cfr. GARDINI, *op. cit.*, p. 117 ss.).

⁶⁰ Su D. 8.3.6.pr. cfr. *supra*, nt. 58. Si vedano sinteticamente ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 234 s., e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 457 s. Sull'attività casaria cfr. *infra*, nt. 65.

⁶¹ Sulla legittimazione processuale alle *actiones de usu fructu* e *de servitute* cfr. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, cit., p. 288 ss.

⁶² Su come le discussioni in materia riguardino soltanto l'estensione della legittimazione, in particolare passiva, al possessore (e all'usufruttuario) si vedano i testi richiamati in ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 296 ss.

Vi è stato, in effetti, chi ha sostenuto la congruità di una simile legittimazione passiva⁶³ del detentore in base a un supposto principio di «economicità» dei giudizi, in quanto i Minturnesi non hanno la *facultas restituendi* in ordine alle immissioni di fumo avendo locato l'immobile al casaro, mentre invece quest'ultimo dispone in concreto della *res* ed è l'unico in grado di porre fine al comportamento lamentato: ma si tratta di una tesi tanto estremamente originale e in apparenza brillante quanto carente di dimostrazioni testuali – il solo passo in questo senso, come si è accennato, potrebbe essere D. 8.5.8.5 – e soprattutto tale da sconvolgere pericolosamente l'intera architettura portante delle questioni di legittimazione alle azioni reali in generale, a cominciare dalla *reivindicatio* stessa⁶⁴, nonché difficilmente coordinabile, quel

⁶³ Cfr., con l'indicazione dei precedenti studi in materia dell'autore, M. MARRONE, 'Rivendicazione (Diritto romano)', in «ED.», XLI, Milano, 1989, p. 17 ss.

⁶⁴ È noto come la regola della legittimazione passiva alla *reivindicatio* esclusivamente del possessore – corollario della *clausola arbitraria* – venne poi in età epiclassica in certo modo superata per quanto riguarda la posizione del terzo estendo la legittimazione a chi in concreto aveva la *facultas restituendi*, come in particolare ad alcuni casi specifici di deposito (cfr. MARRONE, 'Rivendicazione', cit., p. 18 s.): ma tali eccezioni non andarono in ogni caso a modificare la regola generale della paradigmatica legittimazione del possessore; inoltre è soprattutto da tenere presente l'affatto diversa struttura della *reivindicatio* rispetto alle coordinate costruttive delle *actiones de servitute*: infatti, come sottolineava V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano* (1909), in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 137 ss, 163 ss. e 186 ss., «da *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 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»; ma se nella lite relativa alla proprietà ogni terzo sta 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, si deve tenere presente (come rimarca ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, p. 182 ss. e in particolare 188 s.) il fatto «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» (cfr. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, cit., p. 296 ss.). In particolare, del resto, la *condemnatio* pecuniaria del processo romano fa sì che il convenuto, pagando la *litis aestimatio* in una confessoria, per così dire possa «estinguere» una servitù esistente, ov-

che più conta, con le affermazioni dei giuristi romani circa simili questioni⁶⁵:

vero, pagandola in una negatoria, possa di fatto «costituire» una nuova servitù: e che ovviamente tale atto appunto di disposizione sul fondo non possa spettare che al proprietario e non certo a qualsiasi possessore è appunto una delle ragioni per cui la giurisprudenza prevalente – con l’eccezione di Giuliano – escludeva nelle azioni *de servitute* e *de usu fructu* la legittimazione passiva di altri soggetti (ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 296 ss. e 310 ss.: cfr. ZUCCOTTI, *Le servitù nel mondo antico*, cit., p. 974 ss.): e se il diritto moderno estende al possessore e all’usufruttuario (pur con talune restrizioni) la possibilità di essere parte in tali azioni, ciò è conseguenza del fatto che, oltre ad essere scomparsa la peculiare *condemnatio* pecuniaria romana, oggi si fa valere attraverso esse un diritto ufficializzato dalla trascrizione in pubblici registri, e dunque dotato di per sé di valore oggettivo, in una situazione generale, quindi, completamente differente da quella del diritto romano classico (ZUCCOTTI, *Sulla tutela*, cit., p. 315 ss.: cfr. ZUCCOTTI, *Le servitù nel mondo antico*, cit., p. 986 ss.); per tal verso, appare dunque alquanto poco convincente il tentativo di argomentare in base al diritto moderno, dove in particolare la confessoria risulta non poco diversamente strutturata, l’estensione al possessore della legittimazione passiva alle azioni di servitù in diritto romano (in riferimento alle consimili posizioni di GROSSO 1969, 305 nt. 38, si veda ZUCCOTTI, *Sulla tutela*, cit., p. 305 nt. 38: cfr. ZUCCOTTI, *Le servitù nel mondo antico*, cit., p. 996 ss.).

⁶⁵ Si veda, nel senso di una legittimazione passiva del mero detentore, C.A. CANNATA, *Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 419 ss.: a parte vari errori di lettura («fondi contigui», esistenza già in precedenza di un «caseificio», «servitù a favore del fondo industriale», nonché la traduzione – cfr. *supra*, nt. 43 – «ma d’altra parte, per una situazione di questo genere, egli ammette una corrispondente servitù»), si tratta di una interpretazione aprioristica e piuttosto superficiale del problema, in cui la legittimazione passiva alla negatoria del detentore («ciò dipende dal fatto che lui solo è in grado di restituire», ossia di far cessare le immissioni di fumo) viene proposta generalizzando oltre misura le eccezioni alla legittimazione passiva del possessore nella *revindicatio* e soprattutto senza minimamente considerare le richiamate differenze strutturali tra questa e le *actiones de servitute* (cfr. *supra*, nt. 64). Anche BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 10, parla di «un edificio vicino situato in posizione più elevata ed al quale giungevano quelle esalazioni». Del resto che D. 8.5.8.5 tratti di un edificio strutturalmente destinato a essere un caseificio è una lettura che si incontra talvolta in dottrina (cfr. SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 46), ma il passo, nonostante l’ambigua frase ‘*dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casariam a Minturnensibus conducit ...*’, sembra in realtà parlare semplicemente di un immobile attualmente adibito a tale funzione, mentre sembra verosimile che se una simile destinazione fosse originaria i problemi sarebbero stati in tal caso già precedenti alla locazione di cui tratta il frammento e vertenti sulla stessa destinazione data alla costruzione, ed insomma tutto l’impianto della trattazione sarebbe stato alquanto diverso, anche senza considerare il fatto che, se dall’origine l’immobile fosse stato strutturalmente adibito a tale funzione senza proteste da parte del vicino, nella controversia attuale sarebbe venuta verosimilmente in questione, sia pure in certo modo *ante litteram* (cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 207 ss.), la *patientia* prestata in passato all’attività casearia e ai suoi fumi maleodoranti (argomento su cui non è il caso qui di indagare: cfr. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 373 ss.). Per quanto riguarda poi l’illazione che si tratti di fondi distinti e confinanti, come fa Carlo Augusto Cannata, sembra da notare come il termine ‘*aedificium*’ ha un significato generale ed alquanto vasto nell’indicare qualsiasi costruzione («significat plus quam *aedes*, scilicet non modo domum et aedes, verum etiam aliam quamcumque extrutionem, etiamsi habitations apta non sit»), e in tale sua latezza può altresì indicare il piano di un

né, del resto, come si vedrà tra breve, vi è necessità alcuna di ricorrere a una simile ipotesi per così dire gratuitamente rivoluzionaria.

8. Infatti le fonti a disposizione, si può ribadire, ci danno vari esempi di simili azioni che appaiono a prima vista delle *negatoriae servitutis* e che riguardano tutte ipotesi alquanto strane di rapporti fondiari, ed in effetti sono nella loro totalità relative a pretese servitù del tutto sconosciute ai testi pervenutici. Nella rubrica D. 8.5 (*si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*) abbiamo infatti, risalenti ad Alfeno Varo, le fattispecie processuali *ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se* (§ 17 pr.), *ius ei non esse in eo loco ea posita habere invito se* (§ 17.1), quella relativa al deposito di letame (§ 17.2, forse ricostruibile come *ius non esse sterculinum iuxta illum parietem habere*), nonché *ius illi non esse in suo lapidem cadere, ut in meum fundum fragmenta cadant* (§ 8.5). Aristone aggiunge, oltre a *ius illi non esse id ita facere* (relativa ad immissioni di fumo o di acqua, sempre in § 8.5), le formulazioni *ius ei non esse fumum immittere* e *ius esse fumum immittere* (ancora § 8.5)⁶⁶.

A proposito di D. 8.5.17.pr. e della formula ivi proposta, si può poi notare come nei *Digesta* si trovi una formula alquanto simile ma non eguale in un passo di Pomponio (33 *ad Sab.*), D. 8.5.14.1:

Si paries communis opere abs te facto in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere ius tibi non esse parietem illum ita habere.

Anche qui, dunque, una azione basata fattualmente sulla situazione di fatto dei luoghi (*ita*), anche se ulteriormente priva di qualsiasi specificazione (in D. 8.5.17.pr. si aveva quantomeno *ita proiectum in suum* come concretizzazione dell' *ille paries*), e dove l' *ita habere* sostituisce l' *in suum esse* che si aveva nel precedente frammento. Nei due passi, si ha dunque in D. 8.5.14 *ius*

immobile: «proprie si loquamur aedificium accipitur pro extructione quae habitandi causa fit, et quidem pro urbana» (FORCELLINI, *Lexicon*, cit., I, p. 114, sv. *aedificium*); cosicché l'*aedificium superum* di Cerellio Vitale sembra appunto essere il piano superiore dei locali a pianterreno addebiti a *taberna* (*superior* infatti è ovviamente un comparativo), facendo quindi pensare a un immobile a piani sovrapposti (*domus supera* è la parte superiore della casa). Sembrerebbe quindi con ogni probabilità trattarsi di una costruzione a più piani in cui Cerellio Vitale occupa uno dei piani o meglio il piano superiore, mentre i locali a pianterreno, destinati ad un uso di bottega, officina o magazzino, vengono addebiti a scopi commerciali o artigianali (cfr. MONCEAUX, *Domus*, cit., p. 350) e vengono così locati ad un casaro (la lavorazione del formaggio risulta non essere molto complessa nell'antichità e non necessitare di locali particolarmente conformati o attrezzati: cfr. E. COUGNY, *Casens*, in DAREMBERG, SAGLIO, «Dictionnaire», cit., I.2, 1889, p. 932 s. e, sull'affumicazione, p. 934).

⁶⁶ Cfr. *supra*, §§ 2 ss.

tibi non esse parietem illum ita habere' e in D. 8.5.17. *pr.* 'ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se': differenza di *conceptiones verborum* non solo a livello terminologico, ma altresì strutturale – dato che in un caso si specifica il problema che dà luogo all'azione, mentre nell'altro si rinvia ad esso implicitamente solo attraverso 'ita' – che sembrerebbe già di per sé far dubitare che i due giuristi – Alfeno Varo e Pomponio – potessero avere presente una stessa azione edittale⁶⁷.

Ma la più interessante *conceptio verborum* di questo tipo, che sembra senz'altro permettere di escludere nelle precedenti la natura di *actio negatoria* (o *confessoria*) *servitutis* nel senso propriamente edittale, la troviamo in un altro luogo dei *Digesta*, nella rubrica 'de damno infecto et de suggrundis et projectionibus', in un passo relativo agli incrementi fluviali per avulsione⁶⁸:

D. 39.2.9.2 (Ulp. 53 *ad ed.*) Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi⁶⁹ non esse ita crustam habere, si iam cum terra [mea] <tua> coaluit, quia [mea] <tua> facta est.

Sempre Alfeno Varo, quindi, tra l'altro approvato da Labeone (oltre che implicitamente da Ulpiano), a proposito di una ipotesi di avulsione (di cui qui non interessano le ulteriori peculiarità della fattispecie circa i danni di cui si parla nella parte iniziale)⁷⁰, ribadiva sostanzialmente che, finché la «crosta» di terreno trasportata dal fiume non si è definitivamente saldata nella nuova sede facendo corpo unico con essa mediante la confusione delle radici ('*si non*

⁶⁷ Su come appunto per tali problemi dovesse in realtà trattarsi, ai tempi di Pomponio, non di una formula edittale bensì comunque di un'*actio decretalis* concessa caso per caso, cfr. *infra*, § 11.

⁶⁸ Cfr. BREMER, *Iurisprudentiae Antebadrianae quae supersunt*, I, cit., p. 306 n. 44 (che si limita ad attribuire ad Alfeno i tratti '*Alfenus scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto*' e '*ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit*'), e LENEL, *Palingenesia*, cit., I, p. 54 n. 84 (che – non è ben chiaro – rinvia a D. 39.3.24 *pr.*-3, in tema di *actio aquae pluviae arcendae*).

⁶⁹ La *Florentina* reca '*agere ius mihi non esse*' (cfr. Mommsen e Krüger *ad h.l.*)

⁷⁰ Cfr. MARRONE, *Danno temuto, danno già verificato ed «officium iudicis»*, cit., p. 192 ss., che tuttavia si concentra sulla prima parte del passo e sulla soluzione dell'*actio ad exhibendum*, senza soffermarsi sulla formula '*ius tibi non esse ita crustam habere*'.

coaluerit nec unitatem cum terra ... fecerit»), essa sarà rivendicabile, a differenza dell'*arbor* che '*translata in agrum meum cum terra mea*' invece '*coaluit*': e a tale proposito, così come parla della possibilità o meno di rivendicare l'albero (*'arbor potest vindicari a te'*) Alfeno propone parallelamente una formula (*'potero tecum agere'*) così concepita: '*ius tibi non esse ita crustam habere*'⁷¹.

Al di là di alcune oscurità secondarie e della confusione finale tra le posizioni dei due litiganti (come evidenziano in particolare nel finale del passo le incongruità, nell'attuale stesura, dell'aggettivo possessivo '*meus*' in luogo di '*tuus*', secondo le correzioni qui proposte, dato che «io» evidentemente non posso rivendicare la zolla se essa ha fatto ormai corpo unico appunto con il «tuo» terreno, non certo con il «mio») il testo, specie nella parte che qui interessa, lascia agevolmente scorgere la sua originaria stesura classica, al di là dei verosimili tagli ed interventi riassuntivi, parrebbe piuttosto maldestri, che ha subito⁷².

Anche qui, soprattutto, stando alla locuzione usata, la formula accordata da Alfeno parrebbe senza dubbio ricalcare lo schema della *negatoria servitutis*, ricorrendo all'inequivocabile locuzione '*ius tibi non esse*', ma – a parte la circostanza che nella fattispecie un'ipotesi di servitù sembra com'è ovvio assolutamente inconfigurabile (*'ius tibi non esse ita crustam habere'*), non essendovi come ovvio alcun rapporto tra i due fondi riguardo alla *crusta*, ma semmai il passaggio di proprietà di questa dall'uno all'altro fondo per avulsione – il giurista ha qui sicuramente in mente una fattispecie proprietaria, conseguente al fenomeno dell'accessione (*'si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est'*), come appalesa altresì – oltre alla locuzione iniziale '*eamque petas*' in riferimento alla *crusta* – la parte precedente del passo: '*ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait*' (nonché il discorso sull'*arbor*: '*nec arbor potest vindicari a te*').

⁷¹ In ogni caso il testo nonostante la peculiarità dell'azione proposta non ha destato sotto tale aspetto soverchi interessi in dottrina: STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5404 nt. 4, ne parla addirittura come di un passo relativo alle servitù prediali (cfr. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 13 s.), così come del resto faceva CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 513 s., che assurdamente ipotizza una servitù di '*positum habere*' (costituita per i ben rari casi di inondazione e di conseguente *avulsio*!). Si vedano BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 425 s., e II, p. 120 s e 124 ss., e PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 706 ss. e 730 s. e nt. 4, che tuttavia, pur richiamando il passo, non rilevavano del pari la stranezza dell'azione da esso proposta nel finale. Cfr. tuttavia G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, p. 19, e M. PAMPALONI, *Appunti sopra l'acquisto di proprietà per alluvione*, in «Studi Senesi», XLIII, 1929, p. 235.

⁷² Si vedano in generale, peraltro senza rilievi sulla singolare formula proposta nel finale del passo, L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940, p. 49 s. e 69 ss., I. MOLNÁR, *Alfenus Varus iuris consultus*, in «Studia V. Pólay septuagenarii», Szeged, 1985, p. 322, H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta: Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1999, *passim* (cfr. V. CARRO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, in «Index», XXX, 2002, p. 235 ss.) e MIGLIETTA, *Casi emblematici*, cit., p. 285 ss.

Tra l'altro, è da notare come si tratti qui di un passo che affronta il fenomeno dell'acquisto della proprietà in una prospettiva processuale, mentre nella rubrica *'de acquirendo rerum dominio'* (D. 41.1) le varie fattispecie relative a tale accessione di immobile a immobile risultano in linea di massima sempre considerate da un punto di vista eminentemente sostanziale⁷³.

9. Né per superare questa, in realtà solo apparente, antinomia è necessario postulare un assai poco verosimile errore di Alfeno sulla formula della *reivindicatio*, che richiederebbe un'ignoranza ovviamente impossibile ed assurda in un giurista oltretutto di tale livello, e neppure pensare ad un poco credibile intervento interpolatorio, magari solo riassuntivo, in questo senso, del quale in ogni caso non si riuscirebbe assolutamente a divinare lo scopo.

Infatti la stranezza della *conceptio verborum* *'ius tibi non esse ita crustam habere'* è tale soltanto se ci si muove nell'orizzonte delle formule dell'editto pretorio, dove l'azione di rivendica, almeno in età classica – e già peraltro da tempi remoti, discendendo dai *verba* delle *legis actiones* e in particolare dalla *sacramenti* (*'aio rem meam esse'*)⁷⁴ – suona indubbiamente *'si paret rem quo de agitur ex ire Quiritium Auli Agerii esse'*⁷⁵, mentre in questo sistema processuale, del pari, i *verba* *'ius esse'* e *'ius non esse'* rinviano senza fallo alla *actiones* relative agli *iura in re aliena*, cosicché nel frammento in esame la *conceptio verborum* proposta dovrebbe in tal caso semmai ovviamente suonare *'si paret illam crustam meam esse'*⁷⁶. A prima vista, parrebbe quindi di trovarsi così in una situazione senza possibili soluzioni, dato che una formula tendente ad affermare un diritto di proprietà non mediante un *'meum esse'* bensì attraverso un *'ius tibi non esse'* (*'habere'*) risulta palesemente inconcepibile: mentre d'altra parte sembrerebbe a questo punto verosimile che anche le altre azioni come si è visto prospettate da Alfeno e da Aristone, per quanto ricorrano anch'esse alla locuzione

⁷³ Si vedano – con l'eccezione di D. 41.1.7.10-11 (Gai 2 *rer. cott.*), che parlano di *reivindicatio* – i testi riportati in D. 41.1 (*'de acquirendo rerum dominio'*), e in particolare D. 41.1.7.2-6. Cfr. in generale S. BARBATI, *Riflessioni sull'alluvione e sugli altri fenomeni fluviali anche a margine della riforma apportata dalla l. 37/1994*, in «Index», XLIII, 2015, p. 219 nt. 5, p. 222 s. e 289 ss.

⁷⁴ Sulla *reivindicatio* in Alfeno Varo cfr. tra l'altro E. BIANCHI, *D. 6.1.57 (Alf. 6 dig.)*. *Responso a un caso concreto o riflessione teorica? Per una proposta esegetica in tema di «concorso di azioni»*, in «RDR», XIII, 2013, p. 1 ss. (*estr.*).

⁷⁵ Si veda LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 185 s. (cfr. sinteticamente MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 37 s.).

⁷⁶ Cfr. altresì MARRONE, *Danno temuto, danno già verificato ed «officium iudicis»*, cit., p. 192 ss., che pensa che qui si dovesse ricorrere non alla *reivindicatio* bensì all'*actio ad exhibendum*, ma che, pur occupandosi *ex professo* del passo, intento ad indagare i rapporti tra *cautio ed actio ad exhibendum* come si è già notato non rileva la singolarità di questa formula.

‘*ius tibi non esse*’ e siano quindi astrattamente rapportabili a degli ipotetici rapporti fondiari, in realtà risultino anch’esse seguire logiche costruttive in ogni caso non molto dissimili da quest’ultima (‘*ius tibi non esse ita crustam habere*’).

Ma nel I secolo a.C., in cui si situa appunto Alfeno Varo, quella delle azioni edittali, cui ci si è ovviamente come prima ipotesi richiamati, non è affatto l’unica via in tal senso percorribile, potendo il giurista ben diversamente far riferimento alle formule alternative dell’*agere per sponsionem*, nel cui ambito anche una *conceptio verborum* quale appunto ‘*ius tibi non esse ita crustam habere*’, su cui si sarebbe inserita la scommessa della duplice *sponsio* (‘*centum dari spondes si ius tibi non esse*’ – ovvero ‘*si ius mihi esse*’ – ‘*crustam habere?*’) non doveva verosimilmente creare alcun problema nell’essere espressa secondo consimili modalità. E in effetti, se il discorso di Alfeno crea insolubili difficoltà e insuperabili complicazioni qualora inserito nel quadro delle azioni edittali, per superare questa *impasse* e risolvere ogni contraddizione non sembra esservi altra via possibile, né contesto alternativo a tal fine rinvenibile – non potendosi ovviamente trattare né di *legis actiones* né di *cognitiones extra ordinem* –, se non quella di traslare la questione nel differente ambito delle formule dell’*agere per sponsionem*⁷⁷.

Una riprova⁷⁸ di tale impostazione ricostruttiva sembra poi essere tra l’altro fornita altresì dal veloce esame di un frammento di Proculo (5 *epist.*) conservato in D. 8.5.13⁷⁹:

Fistulas, quibus aquam duco, in via publica habeo et hae ruptae inundant parietem tuum: puto posse te mecum recte agere ius mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere.

⁷⁷) Su tale procedura si veda G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 357 ss., nonché G. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, III. *Genesi del procedimento formulare*, Bologna, 1950, p. 59, e *Spunti critici in tema di ‘actio in rem per sponsionem’*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 190, F. BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in «Studi P. Bonfante», II, Milano, 1930, p. 592 ss., e G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla «cognitio extra ordinem»*, Milano, 1960, p. 139 ss. (sul problema dei *quattuor genera sponsionum* si veda da ultimo altresì F.M. SILLA, *Genera actionum. Itinerari gaiani*, Lecce, 2012, p. 85 ss.).

⁷⁸) Benché la lettura del passo desti non pochi problemi che qui sarebbe fuori luogo affrontare (cfr. F. ZUCCOTTI, «*Actio prohibitoria ususfructus*» e tutela del corretto esercizio dello «*ius utendi fruendi*». *Saggio di critica interpolazionistica*, di prossima pubblicazione), un forte indizio in tal senso è altresì fornito da D. 8.5.11 (Marcell. 6 *dig.*), in tema di *prohibitio* tra comproprietari, dove tra l’altro si parla dell’esperienza di un’*actio confessoria* e di un’*actio negatoria* volte all’accertamento del diritto del condomino di edificare (... *ius sibi esse aedificare* ... *illi ius aedificandi non esse* ...): anche in questo caso, l’esistenza di una vera e propria servitù è di per sé esclusa dal fatto che si verte su un fondo in proprietà e evidentemente non dei rapporti tra due fondi (cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 69 e 301 s.).

⁷⁹) Cfr. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antebadrianae quae supersunt*, II.1, Leipzig, 1901, p. 122, e LENEL, *Palingenesia* cit., II, c. 262 n. 11

Anche se di norma il frammento viene ap problematicamente letto come ver-
tente su una servitù, a ben vedere tale interpretazione appare estremamente
improbabile se non inverosimile e di per sé alquanto impervia⁸⁰. Se le tubature,
che scorrono lungo la via pubblica o sotto di essa, si sono rotte e per questo le
acque invadono la parete della casa di un terzo, non si può certo parlare di una
servitù consistente nell'avere le *fistulae ruptae* e di inondare la parete altrui: e se il
proprietario di quest'ultima può agire, al fine di far riparare le tubature e por
fine alla situazione che nuoce alla sua proprietà, nel caso chiedendo altresì il ri-
sarcimento del danno, con una formula quale '*ius mihi non esse flumina ex meo in
tuum parietem fluere*', è per converso piuttosto evidente che la controparte non
potrebbe sensatamente sostenere di avere il diritto di tenere le tubature rotte e
di poter quindi legittimamente allagare la proprietà del vicino danneggiando il
suo *paries*; non si tratterebbe infatti qui di un normale rapporto tra fondi, ma,
in un simile improbabile caso, della istituzionalizzazione di uno stato di fatto
patologico (le *fistulae ruptae*) che, anziché essere com'è ovvio rimediato attra-
verso una pronta riparazione, verrebbe perpetuato costringendo il vicino, con
questo inverosimile *ius in re aliena*, a subire in ipotesi per sempre tale rottura
delle tubazioni. Non solo, ma poiché queste ultime sono situate *in publica via*, la
servitù verrebbe assurdamente costituita per far tollerare al terzo un'attività che
il titolare svolge in un fondo altrui, ed anzi pubblico, in base, si deduce, ad una
concessione o ad un rapporto in certo modo rapportabile a quello di servitù: il
che, costituendo tra l'altro una sorta di servitù per così dire di secondo grado –
ossia una servitù idrica che in particolare non parte com'è necessario secondo i
principii generali dal *fons* bensì dalle opere di canalizzazione⁸¹ – rappresente-
rebbe un diritto reale che quindi anche sotto tale ulteriore aspetto parrebbe
senz'altro di per sé inconfigurabile⁸².

⁸⁰ Oltre a CAPOGROSSI *La struttura*, II, cit., p. 502 nt. 2, cfr. BURDESE, *Sulla tipicità*,
cit., p. 22, MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*,
cit., p. 192 s., e L. MAGANZANI, *Acquedotti e infrastrutture idrauliche nella Roma dei Cesari:
aspetti e problemi di diritto pubblico e privato*, in «Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris
Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori», I. «Leges» – cur. G. Purpura –, Torino.
2012, p. 90 ss. Giustamente PEROZZI, *Istituzioni*, I, p. 24 ss., osservava che nel frammento
«non si parla certo di servitù», anche se l'azione proposta ha tutti i caratteri della *negatoria ser-
vitudis*. Si veda altresì SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 66 ss.

⁸¹ Su tale requisito dell'*aquaeductus* si veda in breve BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p.
182 s. (cfr. GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, cit., p. 167 s.).

⁸² Sullo scorrimento di un acquedotto *in publico solo* (cfr. D. 8.1.14.2, Paul 15 ad
Sab.: '*Publico loco interveniente vel via publica haustus servitus imponi potest, aquae ductus non potest: a
principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat. sacri et reli-
giosi loci interventus etiam itineris servitutem impedit, cum servitus per ea loca nulli deberi potest*') si
veda BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 100 ss e 113.

Anche in questo caso, quindi, essendo impossibile che si tratti di una normale servitù prediale e quindi di una *negatoria* edittale, sembra del tutto plausibile postulare, in assenza di ulteriori ipotesi praticabili, che Proculo si riferisse qui ad una formula usata nel contesto dell'*agere per sponsionem*.

10. L'ipotesi dell'*agere per sponsionem*, del resto, come si è accennato consente del pari di superare agevolmente⁸³ i problemi posti altresì dai passi dove Alfeno o Aristone usano la locuzione '*ius non esse*' – o anche '*ius esse*' – a proposito di rapporti fondiari in astratto configurabili, sia pur con molte difficoltà, quali servitù, ma come si è visto creando, in tale sussunzione in termini di *ius in re aliena*, ben maggiori problemi costruttivi, di diritto sostanziale e processuale, rispetto alla questione che così si vorrebbe risolvere: come si è notato, in effetti, si tratterebbe di servitù che urtano i più elementari principi di ammissibilità richiesti da questo istituto, e che nel loro risvolto processuale talvolta ledono ogni regola relativa all'esperibilità delle azioni *de servitute* specie in ordine ai loro requisiti di legittimazione soggettiva⁸⁴.

Viceversa, il postulare che anche in tali ipotesi non si tratti di una *negatoria* (o di una *confessoria*) bensì di una formula propria dell'*agere per sponsionem* permetterebbe non solo, in primo luogo, di superare questa non breve serie di problemi *lato sensu* dogmatici di cui si è detto, ma altresì e soprattutto di collocare le controversie in materia in un contesto più duttilmente adattabile alle svariate e contingenti peculiarità delle varie e diverse questioni implicate.

Infatti, così come la formulazione '*ius tibi non esse ita crustam habere*' svolge in relazione all'*alluvio* le funzioni della *reivindicatio* ma ovviamente non è un'azione di rivendica e può quindi in maniera più fattuale tener conto dei vari aspetti contingenti che conducono al passaggio di proprietà della *crusta* ('*si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est*'), allo stesso modo la formulazione ad esempio '*ius ei non esse fumum immittere*' – o '*ius esse fumum immittere*' – di D. 8.5.8.5, non solo consente di riconoscere il diritto o di negarne la sussistenza esclusivamente in relazione ad una eventuale servitù, e quindi della ipotetica *quaestio de iure* connessa alla costituzione di tale improbabile *ius in re aliena* in base al *ius civile*, ma altresì in vista dei generali assetti dei rapporti fondiari ovvero altresì dei rapporti semplicemente contrattuali o nel caso altresì pattizi intercorsi tra le parti, permettendo di riconoscere in ipotesi lo *ius fumum im-*

⁸³ Tra l'altro tale tipo di procedura forse permetterebbe altresì di spiegare, in D. 8.5.17.2 (cfr. *supra*, § 3), la netta discriminazione operata da Alfeno tra luoghi pubblici e privati ('*si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, ...*'), posta l'inapplicabilità di massima dell'*agere per sponsionem* ai rapporti pubblicistici.

⁸⁴ Cfr. *supra*, § 7.

mittendi qualora anche solo uno di questi vari fattori lo consenta, o del pari di condurre a condannare il proprietario dell'accumulo di concime non soltanto perché non è stata mai costituita – né si vedrebbe come – una servitù in tal senso, ma per motivi relativi ad esempio al carattere *vi o clam* del letamaio in conseguenza della *prohibitio* del vicino, o ancora di tener conto delle ragioni che si potrebbero far valere, tra l'altro in sede di richiesta di *cautio damni infecti*, a proposito della *paries procumbens*; e ciò forse può spiegare il fatto che, nei frammenti visti, si dia scarso spazio ad un'eventuale tutela interdittale del problema, dato che le ragioni che si sarebbero potute far valere in tale ambito potevano altresì venire nel loro complesso efficacemente richiamate nella procedura *per sponsionem*: in essa infatti, agli effetti della decisione circa chi avesse ragione nella scommessa costituita dalla duplice *sponsio*, dovevano valere le ragioni sostanziale che i contendenti potevano in astratto far valere oggettivamente, senza steccati e separazioni tra i vari mezzi processuali idonei a farli prendere in considerazione dal giudice nel normale processo (fattore che probabilmente può tra l'altro concorrere a spiegare la relativa longevità di questo tipo di procedura) ⁸⁵.

Ed in effetti, in D. 8.5.8.5, la frase '*agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere*', nella specularità delle due contrapposte affermazioni, più che a un parallelo tra confessoria e negatoria, che qui non sarebbe molto perspicuo, potrebbe far pensare ad una originaria allusione del testo alle due antitetiche affermazioni recate dalle due *sponsiones* di segno inverso su cui si impernia la lite ⁸⁶.

Per il resto, non sembra di poter procedere molto oltre e tracciare un disegno più preciso e particolareggiato di questa peculiare procedura: essendo infatti discussa la stessa specifica portata della riforma *Aebutia* sul proces-

⁸⁵ Com'è noto, dell'*agere per sponsionem* non si hanno soverchie notizie, specie per quanto riguarda le sue concrete modalità di esplicazione. Sull'*agere in rem per sponsionem*, in relazione alla *revindicatio*, si veda sinteticamente MARRONE, 'Revindicazione', cit., p. 8 ss. (cfr. A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem: dal procedimento interdittale al procedimento in rem*, in «Studi Urbinati», n.s. 59, 1990-1991, p. 205 ss., e M. DE BERNARDI, *Læx Iruitana LXXXIV - LXXXV - LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla sponsio nel processo romano*, in «Testimonium amicitiae», Milano, 1992, p. 99 s. e 141 ss.).

⁸⁶ Così, ad esempio, la duplicità delle due contrapposte *sponsiones* spiega verosimilmente la protoformule con il '*quod*' e la '*demonstratio*' e quindi l'originaria assenza in esse della clausola '*si non pareat absolutio*' (cfr. C. BUZZACCHI, *Demonstratio e protoformule*, in «Studi G. Nicosia», I, Milano, 2007, p. 148 ss.), dato che nel coordinamento delle due scommesse di segno opposto e quindi nelle relative *conceptiones verborum* le parole che esplicitavano la possibilità di una prevalenza del convenuto non erano ovviamente necessarie (cfr. ZUCCOTTI, *Per una storia dell'«oportere»*, cit., p. 14 e nt. 36 e p. 34 s. e nt. 102).

so romano e quindi la latezza con cui il pretore urbano poteva in concreto intervenire sul processo ponendo in particolare nuove formule nel suo editto, il secolo che separa tale provvedimento legislativo dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* – in cui visse appunto Alfeno Varo – non consente in effetti troppo precise illazioni circa la situazione del processo formulare in questo decisivo momento del suo primo sviluppo⁸⁷: né si sa abbastanza in relazione alle esatte modalità di estrinsecazione ed in generale sulla storia del cosiddetto *agere per sponsionem*⁸⁸, che sembra rimanere in uso, almeno per quanto riguarda le sue applicazioni di tipo reale, fino alla fine del II secolo d.C., tanto che Gaio – peraltro forse anche qui in ritardo sui tempi, come talvolta accade – lo considera ancora del tutto attuale⁸⁹. Per quanto riguarda le coordinate generali di tale modalità di tutela, dunque, è bene non andare oltre ad alcune congetture di massima, suggerite in maniera immediata e diretta dalle fonti a disposizione⁹⁰.

11. Sembrerebbe in ogni caso che ancora Tizio Aristone, che com'è noto fu membro del *consilium* di Traiano, non solo trattasse di questa forma processuale, richiamando le formule proposte da Alfeno, ma ne avanzasse altresì di proprie, come risulterebbe appunto mostrare D. 8.5.8.5. Ma sono in tale prospettiva piuttosto significativi i successivi paragrafi di Ulpiano, che come si è visto richiama, in 17 *ad edictum*, dapprima le opinioni di tali due giuristi, ma poi nei successivi §§ 6-7, citando Pomponio, appare mutare sensibilmente prospettiva (anche se appare pur sempre ipotizzabile una più sensibile cesura tra i due discorsi nella originaria stesura classica)⁹¹:

⁸⁷) Cfr. in breve M. TALAMANCA, 'Processo civile (diritto romano)', in «ED.» XXXVI, Milano, 1987, p. 28 ss., e *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in «Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano», Napoli, 1999, p. 65 ss. e 172 ss.

⁸⁸) Cfr. SILLA, *Genera actionum*, p. 67 ss.

⁸⁹) Si veda in breve TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 444 s.

⁹⁰) Cfr. *supra*, nt. 77. In effetti, come mi faceva notare in una recente conversazione Raffaele Basile, in queste formule – e massimamente nella locuzione '*ius tibi non esse ita crustam habere*' di D. 39.2.9.2 – le parole '*ius tibi non esse*' non assumono il significato, che sarà loro proprio nell'azione negatoria, di «tu non hai un diritto» (di *iter*, di *aqueductus*, di *proicere* ...), in riferimento ad una servitù prediale riconosciuta dall'ordinamento, bensì quello, alquanto più generico, di «tu non hai il diritto» di fare questo, ossia, in pratica, «il tuo comportamento è illecito» (così come, in particolare, nel '*ius illi non esse id ita facere*' di Aristone in D. 8.5.8.5).

⁹¹) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, c. 154 n. 844 e c. 520 n. 601. Si vedano BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 362 ss., 368 s. e 376, e *Diritti reali*, cit., p. 58 e nt. 2 – che parla di una *servitus cuniculi balneari habendi* – e PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 631. Cfr., oltre a GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 115 e nt. 8, tra l'altro PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., p. 187, BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 26 s., PICARO, *Il divieto di immissioni*, cit., p. 19 s., LÁZARO GUILLAMÓN,

Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. Idem in diversum probat: nam et in balineis 92, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.

Dapprima è riportata un'opinione di Pomponio in cui si nega l'ammissibilità di un'azione volta a decidere se taluno possa accendere un fuoco che sprigioni un fumo non denso nella sua proprietà, dando al quesito una risposta negativa in quanto detta attività è da considerare giuridicamente irrilevante al pari del sedersi o lavare alcunché nel proprio fondo: e poiché – anche al di là del non univoco ma neppure trascurabile indizio fornito dalla locuzione '*ita agere licere fumum ... in suo facere aut non licere*', che potrebbe anche qui suggerire in tale contrapposizione, in ipotesi, la duplicità delle scommesse proprie di questa procedura – il ricorso all'*agere per sponsionem* appare implicato, nella prospettazione di chi pone il quesito, dal fatto che non poteva esistere una servitù volta ad impedire di accendere *in suo* un fuoco, e quindi una relativa azione edittale, parrebbe potersi legittimamente pensare che qui Pomponio ed Ulpiano si muovessero in certo modo ancora⁹³, se non altro seguendo un risalente caso, in una prospettiva più storica che pratica, nello stesso contesto processuale in cui, nel paragrafo precedente, procedevano Alfeno ed Aristone, ossia appunto ancora quello dell'*agere per sponsionem*⁹⁴. Tuttavia nel successivo § 7 la prospettiva vira non poco, e anche se il quesito sembra perfettamente analogo, siamo qui di fronte ad un normale *ius in re aliena* avente ad oggetto il passaggio di tubature contenenti vapore, e si tratta dunque di una usuale azione *de servitute* edittale⁹⁵.

Von Ulpian bis Accursius, cit., p. 242 ss., STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5406 s., e SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 47 e 50. Interpreta stranamente la fattispecie esposta nel § 7 nei termini di una servitù industriale CURSI, *Modus servitutis*, cit., p. 304 s.

⁹²) «Justiniani Augusti Digesta seu Pandectae», II, cit., p. 219 nt. 33, corregge '*balineis*' in '*balnearis*' invocando l'*editio major*, ma in realtà tanto questa quanto Mommsen e Krüger *ad h.l.* risultano recare '*balineis*'.

⁹³) Cfr. *infra*, testo e nt. 96.

⁹⁴) Sulla mentalità casistica della giurisprudenza romana e su procedimenti concreti che le sono tipici si veda recentemente, in maniera sintetica, L. SOLIDORO, *Prolegomeni alla lettura della casistica romana*, in «Il diritto romano caso per caso», cit., p. 1 ss.

⁹⁵) Cfr. D. 43.21.3.6 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*Aristo et de cuniculo restituendo per quem vapor trahitur, in balnearis vaporibus putat utilem actionem competere: et erit dicendum utile interdictum ex hac causa competere*') e, per le *aquae calidae*, D. 39.3.3.1 (Ulp. 53 *ad ed.*), D. 43.20.1.13 (Ulp. 70 *ad*

In ogni caso, in ordine all'ultima età classica, per quanto Ulpiano non si faccia problemi a richiamare e riportare, in maniera *lato sensu* scolastica, trattazioni che, come avviene in D. 8.5.8.5-6 e soprattutto nella datatissima soluzione processuale proposta da D. 39.2.9.2, vertano ancora su mezzi di tutela imperniati sull'*agere per sponsionem*, appare del tutto verosimile che ai suoi tempi ormai, quando si dovevano affrontare problemi di rapporti di vicinato ed in particolare di immissioni moleste, non si ricorresse certo più a questa procedura; se infatti sembra potersi ritenere che, nell'età di Ulpiano, una formula edittale quale '*ius ei non esse fumum immittere*' o '*ius esse fumum immittere*' avrebbe inevitabilmente creato una specifica servitù di tale tipo una volta introdotta stabilmente e fatta propria dal magistrato negli schemi giurisdizionali dell'editto, non avrebbe invece condotto a questo risultato la soluzione di concedere, nelle ipotesi in cui ricorressero immissioni moleste di questo genere, un'azione di analogo contenuto ma di natura viceversa soltanto decretale, dove la formula '*ius ei non esse fumum immittere*' o '*ius esse fumum immittere*', concessa caso per caso dal pretore e nella sola versione – *confessoria* o *negatoria* – necessaria alla soluzione della fattispecie concreta, non avrebbe evidentemente comportato alcun rischio di entrare nell'editto e di creare per tal via una *servitus fumi immittendi*⁹⁶.

Benché, come ovvio, questa ipotesi, per quanto verosimile, rimanga in linea di massima congetturale, essa corrisponde alla logica del sistema delle servitù prediali, che i Romani non vollero moltiplicare oltre misura né estendere ad ipotesi del tutto irrilevanti dal punto di vista della realtà del rapporto e per di più in contrasto con i principi generali implicitamente sottesi agli *iura in re aliena*⁹⁷, ed appare in certa parte suffragata dal fatto che, nell'esempio dell'emissione di fumo, vi sono vari gradi di intensità e di fastidiosità che rendono illecita o meno tale invasione dell'altrui sfera di proprietà, per cui, se '*fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere licet*' (D. 8.5.8.6), le immissioni di fumo possono essere inibite quando si tratti delle ben più vaste conseguenze maleodoranti di un'attività *lato sensu* industriale volta ad esempio all'affumicamento del formaggio, come in D. 8.5.8.5: e sembra significativo come Pomponio, nelle sue *lectiones*, parifichi senza problema l'immissione di *fumus non gravis* a comportamenti giuridicamente irrilevanti quali il *sedere* o il *lavare*, mentre se nell'editto vi fosse stata una definitiva formula quale '*ius ei non esse fumum immittere*' la risposta non avrebbe potuto essere così piana e scontata, doven-

ed.) e D. 43.21.3.5 (Ulp. 70 *ad ed.*).

⁹⁶) Si veda in tal senso ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 375 nt. 159 (cfr. BASILE, '*Usus servitutis*' e *tutela interdittale*, cit., p. 78 nt. 12).

⁹⁷) Cfr. *supra*, § 6.

do allora articolarsi in maniera più diffusa sui diversi gradi di immissione e distinguere ben diversamente tra l'ipotesi di *fumus non gravis*, per il quale non si poteva utilmente agire in quanto dal giurista parificato ad altri comportamenti affatto irrilevanti, ed appunto la fattispecie, da tenere in tal caso presente, del *fumus gravis*⁹⁸, contro la cui immissione invece vi sarebbe stata viceversa, in ipotesi, la facoltà di agire ed era quindi data un'apposita azione⁹⁹. Ma se Pomponio non procede in tal senso, appare verosimile che nell'editto una simile formula edittale – e quindi una cotale servitù – non dovesse appunto esistere.

12. Una relativa moltiplicazione dei tipi – o forse meglio della nozione – di servitù prediali si avrà invece verosimilmente in età successiva, e specie postclassica, sia in quanto la fine del processo formulare renderà alquanto più agevole questo risultato, togliendo ogni remora tecnicistica in tal senso¹⁰⁰, sia per la nota tendenza tardoantica a considerare in termini di servitù i rapporti di vicinato¹⁰¹ (insieme, parrebbe, a una scarsa attenzione – e forse una non piana comprensione – delle formule e in generale della procedura dell'*agere per sponsionem*, come mostra in particolare l'ap problematica ricomprendimento nella Compilazione giustiniana di un passo come D. 39.2.9.2 e della mostruosa formula di una ipotetica *reivindicatio* quale '*ius tibi non esse ita crustam habere*')¹⁰²: e questo nuovo atteggiamento in materia può verosimilmente spiegare – a parte le più gravi mende di D. 39.2.9.2 – i lievi problemi, del resto non certo soverchi, cui danno luogo i frammenti qui considerati: ma

⁹⁸ Si veda altresì D. 47.10.44 (Iav. 9 *ex post. Lab.*): '*Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa immittitur*'. Oltre a BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 377 e nt. 1, cfr., per i rapporti del frammento con D. 8.5.8.5-7, A. VALINO, *Bemerkungen zu D. 47,10,44 (Iav. 9 post. Lab.)*, in «Forum Historiae Iuris», 2002 (rewi.hu-berlin.de/FHI/exegese/0201valino.htm), CURSI, *Il divieto degli atti di emulazione*, cit., p. 609 ss. e nt. 35, LÁZARO GUILLAMÓN, *Von Ulpian bis Accursius*, cit., p. 242, C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Hacia un concepto de inmisiones en el derecho chileno*, in «Revista chilena de derecho», XL.1, *passim*, ABELENDA, *Iniuria y arbitrium boni viri*, cit., p. 13 ss., e SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 48 s. e 53 s.

⁹⁹ Cfr. SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 48 e 53, che tuttavia non si pone questo problema logico-argomentativo.

¹⁰⁰ Si vedano E. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano. Parte prima*, Milano, 1935, specie p. 81 ss (cfr. E. ALBERTARIO, *Actiones e interdicta* [1912], in *Studi di diritto romano*, Milano, 1933-1953, IV, p. 115 ss.) e M. BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle actiones negativae*, in «BIDR.», XVIII, 1939, p. 169.

¹⁰¹ Cfr. in breve GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 233 ss.

¹⁰² Cfr. in generale ALBERTARIO, *Actiones e interdicta*, cit., p. 153 ss., e, in relazione a D. 3.5.46[47].1 (Paul. 1 *sent.*), ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 344 nt 76.

sembra in ogni caso trattarsi di imprecisioni secondarie, probabilmente dovute soltanto a una lata inclinazione postclassica e giustiniana a riassumere e a raccorciare con tagli questi testi, ed in particolare la tendenza – specie in D. 8.5.8.5 – a reinterpretare in termini di servitù prediale fattispecie che, nella prospettazione di Alfeno nonché di Aristone, dovevano tutt'al più collocarsi nell'ampia nozione di 'servire' che, nei giuristi di tale periodo, risulta nella maniera più comprensiva dilatarsi, in ordine alla regolamentazione dei rapporti fondiari, ben oltre il perimetro degli *iura in re aliena*¹⁰³.

Questo aspetto spiega in particolare il riferimento, che si ritrova in D. 8.5.8.5 come in D. 8.5.17.2, ad un piano rapporto di servitù, che doveva risultare quasi inevitabile nella rilettura postclassica – pressoché dimentica dell'*agere per sponsionem* – di simili testi e soprattutto di tali formule incentrate sulle locuzioni 'ius non esse' e 'ius esse': ed infatti un esplicito riferimento agli *iura praediorum* si colloca, nel secondo testo, in una frase che come si è visto taglia e sostituisce il verosimile discorso che nel testo del giurista repubblicano recava in ordine alla tutela interdittale concernente, in una simile fattispecie, un *locus privatus* ('sed si in privato, de servitute agere oportere'), mentre in D. 8.5.8.5 la proposizione in questione, introdotta da 'nisi', si presenta, diversamente da quanto si può presumere avvenisse nella stesura classica, in modo piuttosto manifesto come ormai una aggiunta finale e non strettamente necessaria alla frase iniziale ('nisi ei rei servitutem talem admittit')¹⁰⁴, così come, nella parte finale del passo, la proposizione 'ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere' si inserisce nel testo interrompendone la logica del discorso, posto che il seguito ('quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere...') sembra così riferirsi in primo luogo alla formula 'agi poterit ius esse fumum immittere', mentre risulta chiaro che l'approvazione del giurista invece riguarderebbe semmai in primo luogo la soluzione di agire con la formula 'ius ei non esse fumum immittere', che appunto risolve la fattispecie proposta¹⁰⁵.

E si potrebbe agevolmente sospettare frutto di intervento successivo la clausola 'invito se', che nel *principium* e nel § 1 di D. 8.5.17 si aggiunge a completare, nel senso di una compiuta *negatoria servitutis*, la formula proposta da Alfeno Varo, verosimilmente anch'essa sempre conseguenza in entrambi i casi di una successiva rilettura di questi passi in termini di piano rapporto di servitù e di relative azioni¹⁰⁶.

¹⁰³) Cfr. *supra*, nt. 47.

¹⁰⁴) Cfr. *supra*, nt. 43.

¹⁰⁵) Cfr. *supra*, § 4 e nt. 42.

¹⁰⁶) Sul termine 'invitus' in tali passi, peraltro considerato in connessione non all'*actio negatoria* ma alla *prohibitio*, si veda tra l'altro A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*, Milano, 1992, p. 67 ss.

Certo, tali pur contenute ed invero moderate notazioni circa la conservazione di testi repubblicani e classici, per quanto possibile motivate nonché giustificate dall'argomento trattato – l'*agere per sponsionem* – per il quale in età postclassica e giustiniana si era in buona parte persa, se del tutto non la memoria, quantomeno ogni effettiva e attuale attenzione, nondimeno forse scandalizzeranno egualmente le anime candide del cosiddetto antinterpolazionismo imperante, destando la sconcertata e sdegnata reazione – ammesso che leggano queste pagine – delle vestali in armi del genuinismo ancora oggi se non più pressoché imperante certamente sempre di moda¹⁰⁷: ma questo è problema di cui, come si suol dire, non mi cale affatto, trattandosi in linea di massima di gente che, pur di non ammettere dubbi sull'attuale versione di un testo¹⁰⁸, accetterebbe tranquillamente una *reivindicatio* addirittura blasfema come quella formulata nei termini '*ius tibi non esse ita crustam habere*', o che, per evitare anche un solo dubbio circa la corruzione del testo, sempre in D. 39.2.9.2, preferirebbero ritenere che il garbuglio dovuto alla confusione tra «mio» e «tuo» sia dovuto, anziché alla distrazione di un copista o a un successivo intervento riassuntivo, ad una pretesa stolidità dello stesso Ulpiano¹⁰⁹.

In ogni caso, postulando che i passi in esame vertessero su ipotesi di *agere per sponsionem*, sembra possibile superare agevolmente le antinomie da essi presentate, risalendo senza soverchi problemi alla verosimile *facies* classica loro propria e spiegandoli, in maniera più facilmente lineare e compiuta, nel loro dettato sostanziale, altresì alla luce dei principi *lato sensu* generali del diritto romano. E se tale soluzione vale per i testi più antichi, anche in tempi più recenti la verosimile soluzione dell'*actio decretalis* spiega agevolmente perché quando servisse si potessero concedere *actiones de servitute* ed in particolare la *negatoria* in fattispecie dove uno *ius in re aliena* fondiario risultava in ogni caso assolutamente inconfigurabile. Infine, ritengo che il procedimento volto a individuare formule in sé poco plausibili, ovvero concesse in situazioni dove il corrispondente diritto sostanziale non appare verosimilmente configurabile, possa costituire un proficuo modo per individuare nelle fonti ipotesi sino-

¹⁰⁷) Cfr. F. ZUCCOTTI, *Diabolus Interpolator. Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi critica del testo*, in «Legal Roots», II, 2013, p. 147 ss.

¹⁰⁸) Inutile soffermarsi ancora una volta sulla necessità – ammesso che il diritto romano voglia e possa oggi sopravvivere a se stesso – di una profonda riconsiderazione degli effetti del distratto genuinismo ancora diffuso, guardando finalmente ai suoi eccessi e a come in realtà esso, con la sua superficialità esegetica, sia in ultima analisi una delle principali cause dell'attuale regresso della nostra sfortunata disciplina. Ho già ripetuto troppe volte queste considerazioni e del resto il sottotitolo del mio ultimo lavoro – *saggio di critica interpolazionistica* (ZUCCOTTI, «*Actio prohibitoria ususfructus*», cit., *passim*) – penso esprima con sufficiente chiarezza il mio cosiddetto pensiero.

¹⁰⁹) Cfr. ZUCCOTTI, *Diabolus Interpolator*, cit., p. 148 s.

ra sfuggite di *agere per sponsionem*, consentendo un probabile sviluppo degli studi su tale procedura, di cui in concreto le particolari esplicazioni contingenti restano attualmente ancora poco conosciute, e permettendo di delineare per tal via un quadro relativamente più compiuto della non facile materia.

Ferdinando Zuccotti

Di alcune verosimili ipotesi di «agere per sponsionem» in Alfeno Varo e in Aristone (*)

1. Premessa - 2. D. 8.5.17.pr. e il *paries procumbens* nella proprietà altrui - 3. Lo *sterculinum* addossato alla parete del vicino di D. 8.5.17.2 - 4. D. 8.5.8.5 e la supposta *servitus fumi immittendi* - 5. Stranezza di tali fattispecie; il *locus serviens* di D. 8.5.17.1 - 6. Contrarietà ai principii in tema di servitù di consimili ipotesi - 7. Problemi di legittimazione processuale passiva alle *actiones de servitute* - 8. D. 39.2.9.2 e la *reivindicatio* espressa con la formula '*ius tibi non esse*' - 9. La plausibile soluzione che si tratti qui non di azioni edittali bensì di formule relative all'*agere per sponsionem*; la servitù «impossibile» di D. 8.5.13 - 10. Appianarsi dei vari problemi in una lettura procedurale di questo tipo - 11. D. 8.5.8.5-7 e la questione delle immissioni di fumo - 12. Presumibili vicende postclassiche e giustiniane dei testi in questione.

1. Il *Digesto*, nella rubrica relativa alle azioni di servitù (D. 8.5), riporta tre frammenti invero piuttosto strani nel loro dettato, che tuttavia sarebbe eccessivo sospettare di una vasta riscrittura interpolatoria, e che trattano di immissioni¹ nel fondo altrui in astratto considerabili, nella prospettiva che tali passi parrebbero seguire, in termini di vere e proprie servitù prediali: e perciò contrastabili, nell'apparente logica dei testi, attraverso l'*actio negatoria*².

Benché oggetto – e in particolare l'ultimo di essi – di non poco interesse specie nella letteratura più recente³, i tre eserti non risultano avere in-

*) Saggio già pubblicato in «Legal Roots», X, 2021, p. 27-60.

¹) I frammenti in questione specie di recente sono stati altresì considerati, in particolare, dal punto di vista degli atti emulativi: cfr. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, p. 139 ss., e F. CURSI, *Il divieto degli atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno*, in «Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual», Madrid, 2014, p. 609 ss.

²) Cfr. 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 Arnaldo Biscardi», Milano, 2011, p. 377 nt.159.

³) Specie nella prospettiva della asserita sensibilità romana verso le istanze ecologi-

contrato una trattazione esegetica esaustiva che li considerasse da tutti i possibili punti di vista e nei molteplici nessi che essi destano nelle loro implicazioni, invero piuttosto problematiche, con i vari aspetti generali del diritto romano che a ben vedere risultano coinvolti dal loro dettato: specie in quanto, in linea di massima, ogni considerazione di essi è avvenuta più che altro in una prospettiva soprattutto sostanziale, trascurando la non secondaria angolatura processuale da essi comportata⁴.

Viceversa, muovendo proprio dalle soluzioni formulari presentate da tali tre passi e dai problemi che esse destano, si può forse giungere non solo ad una migliore comprensione della peculiare prospettiva contenziosa in cui questi testi si pongono, aprendo altresì inaspettate possibilità di approfondire aspetti del processo romano invero poco conosciuti nelle loro concrete esplicazioni, ma sembra altresì agevolmente possibile giungere ad una soluzione circa il problema sostanziale rappresentato da questi escerti, ossia l'esistenza o meno di rapporti di servitù prediale del tipo indicato, alquanto problematici nel loro contenuto e tali da dividere per vari versi la dottrina moderna in ordine alla loro effettiva sussistenza.

2. Nel primo dei tre testi, D. 8.5.17.pr. (Alf. 2 dig.)⁵, si parla di un muro che si è deformato «spanciandosi» di quindici centimetri⁶ o più, creando così una protuberanza che va ad invadere il fondo del vicino⁷:

che e per la cosiddetta tutela della *salubritas*: si veda di recente I. FARGNOLI, *Ruina naturae e diritto romano*, in «Teoria e Storia del Diritto Privato», VIII, 2015, p. 1-34 (estr.): cfr. A. WACKE, *Protection of the Environment in Roman Law?*, in «Roman Legal Tradition», I, 2002, p. 5 ss. (estr.), V. ABELANDA, *Iniuria y arbitrium boni viri 'en función ambientalista' de imisiones industriales molestas*, in «Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación», Buenos Aires, 2016, p. 11 ss., e R. KAMIŃSKA, *A few remarks on the Roman law on nuisance*, in «Diritto@Storia», XVI, 2018.

⁴ Cfr. in generale R. BASILE, *'Usus servitutis' e tutela interdittale*, Padova, 2012, p. 78 nt. 12.

⁵ Cfr. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, Leipzig, 1896, p. 311 n. 62, e O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz, 1960, I, c. 38 n. 4 (che pone l'intero frammento sotto la rubrica *'de negatoria actione et iure vicinorum'*).

⁶ Sul *pes* (circa trenta centimetri) e sul *semipes* cfr. H. de VILLEFOSSE, *'Pes'*, in C.V. DAREMBERG, E. SAGLIO, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, IV.1, Paris, 1907, p. 420.

⁷ Si vedano P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. *La proprietà*, Roma, 1926, rist. Milano, 1966-1968, I, p. 335 (che stranamente deduce dal passo che «il proprietario deve tollerare un rigonfiamento del muro di proprietà del vicino fino alla sporgenza di mezzo piede») e S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, I, p. 631 e nt. 2 (che, nella stessa prospettiva, ritiene che Alfeno dicesse che ogni immissione è vietata, conformemente ai principii classici, mentre i giustiniani avrebbero interpolato le parole *'semipedem aut amplius'*):

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.

Non è del tutto chiaro, dal tenore del frammento, se una simile spanciatura preme o meno sul muro del vicino (o in ogni caso rischi di toccarlo)⁸, mettendone in pericolo la stabilità (*‘in vicini domum ... procumberet’*), ma in ogni caso Alfeno consiglia di agire con una *negatoria* relativa ad una *servitus proiciendi*, ossia al rapporto fondiario che consentiva di far sporgere sul fondo del vicino balconi o altro⁹: anche se – pur tenendo presente come le formule del primo secolo a.C. com’è ovvio non debbano essere necessariamente quelle dell’età classica prese in considerazione da Otto Lenel nella sua ricostruzione dell’editto perpetuo¹⁰ – la formula a tal fine proposta (*‘ius non esse illum parie-*

in realtà, il riferimento al *‘semipes’* (aut *‘amplius’*) sembrerebbe qui un riferimento fattuale alla fattispecie concreta che dà origine al parere del giurista, senza assumere veruna valenza generale (il passo non parla infatti di una sporgenza che ecceda il *semipes* se non come eventualità secondaria). G. NEGRI *I frammenti dei Digesti di Alfeno Varo. Testo e traduzione italiana ad uso degli studenti del corso di Diritto Romano (anno accademico 1988-1989)*, Como, 1989, p. 1, traduce «Se fra due caseggiati contigui si trova un muro che presenta un rigonfiamento tale da sporgere per mezzo piede o più nella casa del vicino ...»; «Justiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione», II – cur. S. Schipani –, Milano, 2005, p. 222, reca «Allorché tra due edifici vi sia un muro che abbia formato una protuberanza, in modo da sporgere sulla casa del vicino per un mezzo piede o di più ...». Oltre a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum»*, II, Milano, 1976, p. 509 s., si veda tra l’altro M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», XXV, 2012, p. 93. Cfr., in relazione anche a D. 8.5.17.2 e ai rapporti con D. 8.5.8.5, *infra*, nt. 46.

⁸) L’aggettivo *‘bini’*, pur avendo latamente anche il significato di «due», in senso proprio indica infatti il «paio», la «coppia» (cfr. Æ. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, rist. Bologna, 1965, I, p. 450, sv. *‘binus’*): il che può far pensare a due case costruite entrambe a poca distanza dal confine e separate da un interstizio di poche decine di centimetri, secondo un uso alquanto diffuso a Roma, dove dall’originario *ambitus* di due piedi e mezzo (cfr. L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII tavole in età arcaica*, Milano, 2005, p. 28 ss.) si era scesi per necessità a distanze alquanto minori, quando il muro non fosse senz’altro in comune (cfr. P. MONCEAUX, *‘Domus’*, in DAREMBERG, SAGLIO, «Dictionnaire», cit., II.1, 1892, p. 350). Per una analisi linguistica di D. 8.5.17.pr.-1, benché non scevra di imprecisioni giuridiche nonché altresì di mera lettura, cfr. S. STUCCHI, *In causa ius est positum. Note su due frammenti di Alfeno*, in «Apis Matina. Studi C. Santini», Trieste, 2016, p. 694 ss. Sulle tecniche argomentative di Alfeno cfr. altresì G. NEGRI, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei pontefici alla scuola di Servio», Torino, 1996, p. 135 ss., e G. TURELLI, *Appunti sulla struttura di Alfennus 6 dig. D.5.1.76*, in «SDHI.», LXXXIV, 2018, specie p. 780 ss.

⁹) Cfr. ad esempio D. 43.17.3.5-6 (Ulp. 69 *ad ed.*), D. 43.24.22.4 (Ven. 2 *interd.*) e D. 50.16.242.1 (Iav. 2 *ex post. Lab.*).

¹⁰) Cfr. F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell’«oportere». Divagazioni estemporanee e prospettive*

tem ita proiectum in suum esse’), a ben vedere, non sembrerebbe quella generale di una normale *servitus proiciendi* (che guardando alle analoghe *conceptiones verborum* relative alle servitù in particolare urbane di epoca imperiale doveva essere verosimilmente espressa con il verbo indicante il diritto all’infinito, del tipo ‘*ius tibi non esse podium proicere*’) ¹¹, bensì con una formulazione più fattuale e per così dire contingente (‘*ita*’), nonché invero problematica, in cui, soprattutto, non è alcunché a protendersi (‘*proicere*’) fuori dal muro (ad esempio appunto un balcone), bensì il muro stesso a proiettarsi in parte fuori dal suo asse, in una costruzione verbale (‘*ius non esse*’) tale da fare diretto riferimento alla conformazione assunta dalla parete in conseguenza della deformazione (‘*ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse*’): «non vi è il diritto di avere quel muro così sporgente nella sua proprietà» ¹².

Ma, a parte il fatto che dilatare l’ambito di applicazione di una servitù che consentiva di far sporgere balconi o altro sul fondo del vicino sino a ricomprendere contingenti acciacchi murari, di per sé di genere alquanto diverso, non risulta in ogni caso soluzione sotto tale aspetto tanto piana né scevra di incertezze ¹³, l’elemento che soprattutto, mi sembra, dovrebbe stupire nel passo è che non si accenni affatto a quello che sembra necessariamente rappresentare il pericolo più grave nonché immediato in questa situazione del *paries* deformato e quindi inevitabilmente non più stabile, ossia quello di una sua rovina insieme all’*aedes* che sosteneva, con conseguente coinvolgimento e concreto rischio di crollo altresì dell’edificio del vicino (in particolare, infatti, il verbo ‘*procumbo*’, oltre al significato di «inclinarsi», «incurvarsi», ha anche quello, specie se in riferimento ad edifici, di «crollare», «sfasciarsi», «rovinare») ¹⁴. E questo aspetto mette in luce una ulteriore e decisiva stranezza del passo, ossia di lasciare in ombra – insieme a quella che do-

di ricerca, in «RDR.», XX, 2020, p. 438 nt. 28.

¹¹) Cfr. ad esempio le formule recate da O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1985, p. 193 s.

¹²) Mentre non esplicita la formula delle *servitus proiciendi* LENEL, *Das Edictum*, cit. (cfr. in ogni caso p. 194 *sub* V e nt. 7), A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, p. 80 (‘*Proiciendi*’) reca ‘*Si paret A^o A^o ius esse illum parietem ita proiectum habere invito N^m N^m ...*’ e ‘*Si paret N^m N^m ius non esse illum parietem invito A^o A^o ita proiectum habere ...*’, ma si tratta evidentemente di un’affrettata generalizzazione del caso anomalo trattato da D. 8.5.17.pr. e della formula ivi menzionata (cfr. RUDORFF, *op. cit.*, p. 80 nt. 20).

¹³) Cfr. per tutti, in breve, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1993, p. 237, che ricorda le servitù «*proiciendi* e «*protegendi*» (che danno la facoltà di fare sporgere balconi o grondaie): si veda anche S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, p. 66. Ritene problematica tale sorta di *servitus proiciendi* A. BURDESE, *Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, in «AG.», CCXVIII, 1998, p. 15.

¹⁴) FORCELLINI, *Lexicon*, cit., III, p. 881, sv. ‘*procumbo*’, *sub* I.c.

veva costituire la principale ed immediata preoccupazione del vicino, cioè quella, appunto, di un crollo del muro – il fatto che si rendeva innanzitutto fondamentale, piuttosto che agire con una normale azione volta a far dichiarare l'astratta illegittimità della situazione di fatto creatasi, rivolgersi subito e prontamente al pretore per ottenere un rimedio *lato sensu* di urgenza e per costringere quindi il vicino a prestare una *stipulatio* con cui si impegnasse a risarcire nel caso i danni e quindi per tal via ottenere, se possibile, una eventuale compiuta riparazione o ad ogni modo una messa in sicurezza della parete deformata: ci si vuole riferire, com'è ovvio, all'istituto del cosiddetto *damnum infectum* e alla *cautio* con cui il magistrato avrebbe costretto la controparte a impegnarsi a ripagare il vicino dell'eventuale danno, minacciando le due *missiones in possessionem* nell'ipotesi di un persistente rifiuto in tal senso e consentendo quindi all'interessato di provvedere nel caso direttamente alle opere necessarie per la messa in sicurezza del *paries*¹⁵.

E la circostanza che non si parli affatto di un simile più che naturale rimedio – che spontaneamente doveva presentarsi in termini di assoluta ovvietà in una situazione critica del genere – ed in ogni caso di sussunzione magari di tipo interdittale del problema¹⁶, preferendo invece concentrarsi sulla più strana soluzione della peculiare *negatoria servitutis* qui proposta, sembrerebbe in effetti destare per più versi decisivi dubbi circa la complessiva congruità logica del passo.

3. Il secondo testo – D. 8.5.17.2, sempre escerpito dal secondo libro dei *digesta* di Alfeno Varo¹⁷ – tratta a sua volta di una parete di confine contro cui il vicino ammucchia letame facendone un vero e proprio deposito di concime

¹⁵ E' peraltro da tenere presente che, per quanto riguarda i tempi di Alfeno, al *lege agere damni infecti* si stava sostituendo (Gai., *inst.* 4.31), secondo processi storici difficilmente ricostruibili, il sistema di stipulazioni edittali (cfr. BONFANTE, *La proprietà*, cit., I, p. 386 ss., e G. GULINA, «*Lege agere damni infecti*» e «*pignoris capio*». *Esegesi e logica di Gai. 4.31*, in «ΦΙΛΙΑ. Scritti per G. Franciosi», III, Napoli, 2007, p. 1157 ss.): ma il fatto che nel successivo § 2 di D. 8.5.17 si parli di «*si damni infecti stipulatus esset*» (cfr. *infra*, § 3) autorizza in ogni caso tale illazione. Su D. 39.2.43.1-2, sempre di Alfeno (2 *dig. ab anon. epit.*) relativo alla *cautio damni infecti*, cfr. M. MIGLIETTA, *Casi emblematici di 'conflitto logico' tra 'quaestio' e 'responsum' nei 'Digesta' di Publio Alfeno Varo*, in «Studi A. Metro», IV, Milano, 2010, p. 314 ss.

¹⁶ Sull'*interdictum uti possidetis* (cfr. in generale G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo, 1996, specie p. 121 ss.) si veda, in relazione ai rapporti fondiari, BASILE, «*Usus servitutis*» e tutela interdittale, cit., p. 73 ss. (cfr. L. SOLIDORO, *Immissioni e conflitti di vicinato: il caso della taberna casiarica*, in «Il diritto romano caso per caso», Torino, 2018, p. 48).

¹⁷ Si vedano BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, cit., p. 283 n. 2, e LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 8 n. 4 (cfr. *supra*, nt. 5).

(*sterculinum*), con conseguente marcescenza del muro¹⁸:

Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleretur. respondi, 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.

Anche qui, dunque, la via proposta dal giurista per far cessare questa poco igienica situazione¹⁹ è quella di *agere de servitute*, come si esprime il passo²⁰, con un'azione la cui formula, parrebbe potersi dedurre, doveva più o meno suonare *'ius non esse sterculinum iuxta illum parietem habere'*, ossia anche qui una peculiare *negatoria servitutis*. Se in questo il passo è analogo al precedente, più interessanti sono i problemi da esso posti in relazione ad una eventuale tutela sul piano interdittale, che il giurista ammette, in relazione al rimedio *'ne quid in loco publico fiat'*, in ordine appunto ai *loca publica*²¹, ma esclude per quanto

¹⁸ Si vedano PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 632 nt.1 (cui non appare genuina la frase *'de servitute agere oportere'*), e BONFANTE, *La proprietà*, cit., I, p. 365 nt. 1, p. 369 e 402 e nt. 4, che richiamando D. 8.2.19.pr. (Paul. 6 *ad Sab.*), e D. 43.8.2.8 (Ulp. 68 *ad ed.*) sottolinea – cfr. *infra*, nt. 22 – come agli effetti della *cautio damni infecti* il vicino debba tollerare l'immissione fintantoché il muro non impudridisca e minacci di rovinare: oltre a CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 504 ss., si vedano BURDESE, *Sulla tipicità* 1998, 15 s., e SOLIDORO, *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 50 s. (cfr. M. DE SIMONE, *Riflessioni sul ruolo della proibizione nella tutela petitoria della servitus altius non tollendi*, in «AUPA.», XLVIII, 2003, p. 95 s., e R. PICARO, *Il divieto di immissioni tra relazioni economiche e bisogni essenziali*, Napoli, 2000, p. 23 ss.). Rifiuta la classicità del frammento SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 53 ss., secondo cui *'de servitute agere'* sostituisce il riferimento classico all'*actio in factum* che competeva in tali ipotesi di danneggiamento. In relazione anche a D. 8.5.17.pr. e ai rapporti con D. 8.5.8.5, cfr. *infra*, nt. 46.

¹⁹ I problemi relativi al letame sono tenuti presenti dalla giurisprudenza in vari passi: si vedano ad esempio D. 43.24.22.3 (Ven. 2 *interd.*: *'Si stercus per fundum meum tuleris, cum id te facere vetuissem, quamquam nihil damni feceris mihi nec fundi mei mutaveris, tamen teneri te quod vi aut clam Trebatius ait. Labeo contra, ne etiam is, qui dumtaxat iter per fundum meum fecerit aut avem egerit venatusve fuerit sine ullo opere, hoc interdicto teneatur'*) e D. 43.24.7.6 (Ulp. 71 *ad ed.*: *'Si quis acervum stercoris circa agrum pinguem disiecerit, cum eo quod vi aut clam factum est agi potest: et hoc verum est, quia solo vitium adhibitum sit'*): cfr. I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, 1998, p. 28 ss., 32 ss., e 35, e F. ZUCCOTTI, *rec.* a FARGNOLI, *op. ult. cit.*, in «SDHI.», LXVI, 2000, p. 563. Si veda altresì D. 10.4.5.3 (Ulp. 24 *ad ed.*: *'Item Celsus scribit stercus, quod in aream meam conguessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi ut tollas, sic tamen ut totum tollas; ceterum alias non posse'*): cfr. M. MARRONE, *Danno temuto, danno già verificato ed «officium iudicis»*, in Atti del Convegno *'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico'*, cit., p. 188.

²⁰ Cfr. in ogni caso *infra*, § 6.

²¹ Cfr. P. SANTINI, *De loco publico fruendo. Sulle tracce di un interdetto*, Napoli, 2016, specie p. 151 ss.

riguarda quelli privati, a proposito dei quali – afferma – si dovrà invece agire *de servitute*. Non è facile comprendere, in effetti, perché si scarti senza neppure esplicitarne le ragioni una eventuale soluzione interdittale per i *loca privata*, posto che sembra in particolare arduo escludere che il *dominus* del fondo, di fronte all'ammassarsi del letame contro il proprio muro e al conseguente infracidirsi di questo, avrebbe reagito con proteste che in una prospettiva giuridica si sarebbero appunto tradotte in una diffida, ossia in una *prohibitio*, che gli avrebbe poi ad esempio nel caso consentito di agire a difesa del muro (e quindi per un danno *in suo*) con l'*interdictum quod vi aut clam*²².

Ma risulta di non facile comprensione anche la parte finale del passo, ove si afferma che il titolare del fondo potrà ottenere un risarcimento dei danni attraverso una stipulazione che il vicino gli abbia eventualmente prestato, e si richiama l'ipotesi di una *cautio damni infecti*. Infatti tale rimedio, che com'è noto consiste appunto nella minaccia di due *missiones in possessionem* dell'immobile interessato (*ex primo* ed *ex secundo decreto*) se il vicino non presta la *cautio*, ha appunto ad oggetto o le *aedes* o il fondo da cui proviene la minaccia di danno, e riguarda principalmente opere murarie o in ogni caso di sbancamento e spostamento del terreno: e se può sembrare magari eccessivo che per un mucchio di letame che infracidisce una parete si arrivi a un provvedimento così estremo consistente nella perdita della libera disponibilità del fondo (specie se si tiene presente come la seconda *missio* possa addirittura condurre, come si sa, ad un *in bonis habere* e ad una eventuale usucapione del fondo da parte dell'avversario)²³, appare ancora più strano che il soggetto che in seguito all'intervento pretorio ha prestato la *cautio damni infecti*, evitando così una *missio in possessionem* che pur parrebbe in verità piuttosto sproporzionata,

²² Si tenga in ogni caso presente che il giureconsulto viene interrogato sullo specifico ed immediato problema di «in che modo potesse costringere il vicino a togliere la concimatura» (NEGRI, *I frammenti dei Digesti di Alfeno Varo*, cit., p. 1: cfr. «Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae», II, cit., p. 222), problema fattuale che di per sé parrebbe suggerire di primo acchito una soluzione appunto interdittale. Si veda in particolare D. 8.2.19 *pr.* (Paul. 6 *ad Sab.*: «*Fistulam iunctam parieti communi, quae aut ex castello aut ex caelo aquam capit, non iure haberi Proculus ait: sed non posse prohiberi vicinum, quo minus balineum habeat secundum parietem communem, quamvis umorem capiat paries: non magis quam si vel in triclinio suo vel in cubiculo aquam effunderet. sed Neratius ait, si talis sit usus tepidarii, ut adsiduam umorem habeat et id noceat vicino, posse prohiberi eum*»): sul passo, considerato in rapporto a D. 8.5.8.5-6 (cfr. *infra*, §§ 4 e 11) cfr. tra l'altro G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2018, p. 30 ss. Si veda, oltre a KAMIŃSKA, *A few remarks on the Roman law on nuisance*, cit., SOLIDORO, *Immissioni e conflitti di vicinato*, p. 51. Cfr. in generale PICARO, *Il divieto di immissioni*, cit., p. 23 s., e DE SIMONE, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio*, cit., p. 131 ss.

²³ Cfr. di recente R. SCEVOLA, *A proposito del dialogo tra sistemi normativi nell'esperienza giusprivatistica romana: alcune considerazioni sulla cautio damni infecti*, in «Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità», Padova, 2013, p. 363 ss.

non provveda poi a far semplicemente rimuovere lo sterquilinio addossato alla parete, cosa che con ogni verosimiglianza gli costerebbe assai meno del pagare invece quanto promesso con la *stipulatio*²⁴.

4. A sua volta, il terzo frammento²⁵, D. 8.5.8.5, pur risalendo ad Ulpiano (17 *ad ed.*) e riportando un *responsum* di Aristone, si rifà in parte ancora una volta in parte ad Alfeno Varo²⁶:

Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiarum²⁷ fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiarum a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

La fattispecie considerata da Tizio Aristone è quella di un'amministrazione

²⁴ Si veda BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 402, 406 s., 416 s. e soprattutto 410 ss.

²⁵ Si vedano di recente, con ampi riferimenti alla dottrina precedente, SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 45 ss., P. STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia. Brevi spunti per una rilettura di Digesto 8.5.8.5*, in «Fides Humanitas Ius. Studi L. Labruna», VIII, Napoli, 2007, p. 5043 ss., e LONGCHAMPS, *L'abuso del diritto*, cit., p. 193 ss.. Cfr. PICARO, *Il divieto di immissioni*, cit., p. 15 ss., e C. LÁZARO GUILLAMÓN, *Von Ulpian bis Accursius: Responsa über D.8.5.8.5*, in «RIDA», LII, 2005, p. 234 ss., nonché, sulla letteratura del secolo scorso (cfr. A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, p. 184 ss.), BASILE 'Usus servitutis' e tutela interdittale, cit., p. 78 nt. 12. Si vedano nella letteratura più antica BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 363 s., 378 e 490 s., PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 631 s. e nt. 5, nonché SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 68 (alquanto critico sulla genuinità del passo). Cfr. altresì BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 10 ss.

²⁶ Cfr. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, cit., p. 311 n. 61 (che riferisce ad Alfeno la sola frase 'Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant'), e (analogamente) LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 54 n. 76 (per Aristone, si veda altresì *ivi*, I, c. 62 n. 14 – cfr. *infra*, nt. 42 – e per Ulpiano *ivi*, II, c. 520 n. 601). In ordine ai rapporti tra il passo e il pensiero di Alfeno, specie riguardo a D. 8.5.17.pr. e 2, cfr. *supra*, nt. 22.

²⁷ Sul termine 'casaria', che comparirebbe solo (due volte) in D. 8.5.8.5, in luogo di 'casearia', cfr. LONGCHAMPS, *L'abuso del diritto*, cit., p. 194 nt. 116.

cittadina (di *Minturnae*)²⁸ che ha locato un immobile a un casaro, cosicché questi invade con il maleodorante fumo derivante dalla lavorazione dei formaggi gli immobili sovrastanti²⁹: la risposta del giurista, in base al principio ‘*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*’³⁰, è che, mentre i Minturnesi rimangono *ex locato* obbligati nei confronti del casaro nel caso egli non possa più esercitare l’attività per cui l’edificio gli è stato dato in conduzione a tale specifico scopo, in ogni caso l’immissione di fumo potrà essere inibita a questi con un’azione la cui formula suonerebbe appunto ‘*ius ei non esse fumum immittere*’, così come egli, qualora invece sostenesse di avere un simile diritto, potrebbe agire con un’azione (*ergo per contrarium agi poterit*) che affermi viceversa ‘*ius mihi esse fumum immittere*’ – anche se come si vedrà il discorso potrebbe celare un diverso significato³¹ –, risposta cui segue la precisazione che nel caso si potrebbe altresì agire con l’interdetto *uti possidetis* nell’ipotesi che taluno sia impedito di usare la sua proprietà come vuole³².

Se anche qui non è fino in fondo chiara la menzione dei mezzi interdittali riguardanti la fattispecie, è in ogni caso interessante notare come Aristone motivi questa sua decisione, per quanto riguarda l’azione concessa, richiamando la in certo modo analoga fattispecie per cui dall’immobile sovrastante non si può invadere con immissioni d’acqua il vicino inferiore, cosicché si potrà agire affermando ‘*ius illi non esse id ita facere*’, e riportando quindi altresì un parere di Alfeno Varo in cui il giurista repubblicano, a proposito di un vicino che spaccava pietre proiettando schegge nell’altrui fondo, diceva che si poteva agire affermando ‘*ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant*’³³ (dove il supposto carattere di *actio negatoria*, se pur presente fino a un certo punto nella prima parte della *conceptio verborum*, viene pressoché del tutto meno nella sua seconda parte, processualmente alquanto problematica, specie in quanto la pretesa avanzata con ‘*ius non esse*’ – ‘*in suo lapidem caedere*’ – non è un’affermazione assoluta, come normalmente accade nella usuale *actio de servitute* – ‘*ius non esse ire agere*’, ‘*ius non esse aquam ducere*’, ‘*ius*

²⁸ Su *Minturnae* (oggi Minturno, in provincia di Latina) cfr. G.R. BELLINI, *Minturnae porto del Mediterraneo*, in «Romula», VI, 2007, p. 8 ss. e p. 25 e nt. 30.

²⁹ Si vedano A. GUARINO, *Trucoli di bottega. Ricordi e rilievi qua e là di uno storico del diritto*, Napoli, 2012, p. 198, e LONGCHAMPS, *L’abuso del diritto*, cit., p. 194 s.

³⁰ Cfr. J. PLESCIA, *The Development of the Exercise of the Ownership Right in Roman Law*, in «BIDR.», LXXXVIII, 1985, p. 181 ss. e p. 203 e nt. 125.

³¹ Cfr. *infra*, § 10.

³² Sul problema dell’applicabilità dell’*interdictum uti possidetis* alle servitù altresì negative si veda per tutti BASILE, ‘*Usus servitutis*’ e tutela interdittale, cit., p. 72 ss.

³³ Cfr. BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 363 s. Si veda altresì CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 512 ss.

non esse stillicidium immittendi' e così via³⁴ –, bensì un'affermazione che per essere veritiera ha appunto intrinseca necessità di una limitazione – 'ut in meum fundum fragmenta cadant' – che la renda per così dire accettabile ed esatta quale pretesa processuale, condannandola tuttavia senza appello quale sorta di formula di negatoria del tutto atipica ed anomala³⁵: e discorso analogo potrebbe farsi per l'improbabile *actio negatoria* 'ius illi non esse id ita facere').

In ogni caso il frammento in questione, anche per la sua prossimità ai cosiddetti atti di emulazione, è stato oggetto di vari studi³⁶, che tuttavia sembrano ben lungi dal risolvere i diversi problemi che il passo pone, sia da un punto di vista sostanziale, postulando delle invero strane servitù consistenti dell'immissione di fumo, acqua o frammenti di pietra nel fondo del vicino³⁷, sia soprattutto in una prospettiva processuale, specie per quanto riguarda qui la legittimazione passiva alla *negatoria servitutis*, riconosciuta qui – e senza che neppure il frammento risulti rendersi conto, soffermandosi sia pur velocemente su di esse, delle difficili implicazioni di tale peculiare aspetto – ad un mero detentore, ossia all'affittuario dell'immobile³⁸.

E tra l'altro, a voler essere appena un po' più acribici, anche a non considerare la frase 'nisi ei rei servitutem talem admittit'³⁹, sembra strano come il frammento inizi, nel riferire il parere di Aristone, parlando di una *prohibitio* –

³⁴) Si vedano ancora le formule recate da LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 193 s. (cfr. sinteticamente D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p. 41 ss.).

³⁵) L'unica ipotesi differente dalla normalità di tale *actiones*, e quindi in qualche modo alla lontana analoga ('*ut*'), potrebbe essere la formula della *servitus oneris ferendi* proposta, seguendo J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, p. 19 ss., da MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 42 e nt. 38 s. ('*si paret A. Agerio ius esse ut aedes N. Negidii onus aedium A. Ageri sustineant ...*'): ma sembra più convincente, pur non potendo qui approfondire la questione, la ricostruzione di LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 194 e nt. 3: '*si paret A^o A^o ius esse cogere N^m N^m, ut Aⁱ Aⁱ onera sustineat et parietem reficiat ad onera sustinenda ...*'. Si veda BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 13 e 24, scettico su tale servitù, che richiama il diverso caso, proposto da Nerazio, di D. 8.3.3.2 (Ulp. 17 *ad ed.*).

³⁶) Cfr. in LONGCHAMPS, *L'abuso del diritto*, cit., p. 195 ss., e in BASILE, '*Usus servitutis*' e tutela interdittale, cit., p. 77 ss. e nt. 11 s., una sintesi diacronica delle critiche mosse al testo e delle più recenti tendenze conservative.

³⁷) Del resto tali non secondari aspetti non mi risultano perlopiù essere stati vagliati alla luce della peculiarità anomala di simili rapporti fondiari specie in relazione alla «normalità» delle linee costruttive su cui le servitù prediali si strutturano: cfr. *infra*, § 6.

³⁸) Su questo aspetto si veda *infra*, § 7.

³⁹) Sui sospetti che tale proposizione ha sempre destato in dottrina e sui tentativi di salvarla cfr. STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5408 ss. e nt. 11, che vorrebbe mettere in relazione il verbo 'admittere' col successivo 'prohibere', e SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 49 s. e nt. 26, con una panoramica della dottrina più recente sul punto.

atto di diffida e di autotutela privata che rende il comportamento dell'intimato, se persiste in esso, appunto compiuto *vi* o *clam* agli effetti interdittali: '*a superiore prohiberi posse fumum immittere*' –, per cui ci si aspetterebbe che il giurista tratti quindi di un mezzo processuale di tale tipo⁴⁰: e invece, dopo aver enunciato il rimedio dell'*actio conducti* – '*sed Minturnenses ei ex conducto teneri*' –, che sembra postulare che il casaro, *prohibitus* senza alcuna sua reazione ovvero sconfitto giudizialmente dai vicini e non potendo più fare fumo, si rivolga per rivalsa a chi gli ha locato l'immobile appunto per l'esercizio di una simile attività⁴¹, il discorso viceversa devia sull'azione *de servitute* – '*agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere*', ridondante costruzione sintattica ove non è ben chiara la consequenzialità logica implicata da '*agique sic*' rispetto al discorso che precede tale «conclusione», anche in quanto, se detta azione deve ancora essere esperita, il casaro in tal caso non ha ancora perso la causa principale e, come si è osservato, a rigore non potrebbe ancora agire per risarcimento dei danni contro il locatore – per poi tornare nel finale, solo dopo tale discorso e come se si trattasse qui di una secondaria digressione, a parlare di interdetti, ossia dell'*uti possidetis*; né soprattutto risulta congruo e sensato, dopo che la locuzione '*Aristo dicit*' regge tutta la proposizione, ribadire poco oltre che quanto detto '*quod et ipsum videtur Ari-*

⁴⁰) Appare addirittura tendere a considerare la *prohibitio* senz'altro come esercizio della *negatoria* V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate, curate, edite da P. Bonfante*, Roma, 1928, p. 421 (cfr. STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5405 e nt. 5), nonché, in maniera non dissimile, S. PEROZZI, *La struttura delle servitù prediali in diritto romano* (1888), in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, p. 24 ss., mentre BONFANTE *La proprietà*, cit., 1926, I 364 vi scorge semplicemente una turbativa del possesso (cfr. SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 46). Sulla *prohibitio* come atto di autotutela privata che rende agli effetti interdittali compiuto *vi* ovvero *clam* l'atto che ne è oggetto (si vedano D. 43.19.3.pr., D. 43.19.3.1, D. 43.24.1.6, D. 43.24.7.7, D. 43.24.20.pr.-1) cfr. F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali*, in «RDR.», II, p. 484 ss. e in particolare 485 s., con ulteriore bibliografia.

⁴¹) Si noti come in realtà, stando alla struttura espositiva del passo, la reazione del locatario attraverso l'*actio conducti* non risulti da porre in relazione ad una sua sconfitta in sede di *negatoria*, come pur parrebbe logico e come viene comunemente inteso il discorso, bensì – '*dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casariam a Minturnensibus conducit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: ...*' – in quanto in seguito ad una diffida (*prohibitio*) egli avrebbe cessato l'attività casearia, e quindi si rivolgerebbe all'amministrazione di Minturno per il risarcimento del danno: ma, anche ammesso che una semplice *prohibitio*, formale o anche di fatto (cfr. *supra*, nt. 40), potesse di per sé nelle sue conseguenze concretare un compiuto inadempimento da parte dei Minturnesi, aspetto per nulla tanto pacifico, il passo invece sembra al contrario implicare che la controversia sulla *immissio fumi* sia da risolvere appunto tramite l'azione *de servitute* – '*agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere*' –, e che solo in seguito alla sconfitta in tale sede il conduttore possa rivolgersi al locatore per il risarcimento del danno.

sto probare», quasi si trattasse del parere di un altro giurista: ci mancherebbe altro che Tizio Aristone non fosse d'accordo con quanto ha appena detto⁴².

5. Da notare poi in generale come, se D. 8.5.17.pr. risulta abbastanza esplicitamente alludere ad una *servitus prociendi*, a loro volta il secondo e il terzo testo parlino senza mezzi termini di una fattispecie di servitù prediale, D. 8.5.17.2 recando «*de servitute agere oportere*», D. 8.5.8.5 precisando che non si può «*fumum in superiora aedificia iure immitti posse*», e si potrà quindi agire con la *negatoria*, «*nisi ei rei servitutem talem admittit*»⁴³: evidenziando così sino in fondo, se ve ne fosse biso-

⁴²) LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 62 n. 14, non risulta considerare aristoniana la frase finale e la omette: cfr. STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5405 nt. 6, e, sulla incongruenza logica di questa proposizione, p. 5415 e nt. 23, ove si richiamano gli autori che sottolineano la stranezza di tale «approvazione» di Aristone da parte di Aristone. Per una «sostanziale» genuinità del frammento in relazione al pensiero del giurista si veda A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, p. 73 ss., e per una non risulanza a lui della frase finale («*sed et interdicum ...*») p. 73 nt. 98: cfr. anche P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III. *Diritti reali*, Roma, 1933, rist. Milano, 1972, p. 247 s., 431 e 454 ss. Possibilista L. LABRUNA, *Vim Fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, p. 226 (cfr. J.M. RAINER, *Die immissionen: Zur Entstehungsgeschichte des § 906 BGB*, in «*Vestigia iuris Romani. Festschrift G. Wesener*», Graz, 1992, p. 358 ss.). Si veda tra l'altro anche A. DI PORTO, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, p. 142 nt. 459. In effetti, benché una simile indagine esuli dalle necessità argomentative di queste note, D. 8.5.8.5 sembra nella sua struttura un testo per così dire duplice ed anzi triplice, con due parti a ben vedere tra loro indipendenti e di analogo contenuto cui si aggiunge una chiusa giustapposta malamente a quanto la precede. Infatti il tratto iniziale – «*Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiarum fumum in superiora aedificia iure immitti posse ... idemque ait: ... posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere*» – dice in realtà esaustivamente quanto è necessario per esporre la fattispecie e quanto serve a risolverla, dando un'azione in tal senso. La seconda parte – «*dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiarum a Minturnensibus conduxit ... agique ... ius ei non esse fumum immittere ...*» –, oltre a richiamare inutilmente la fattispecie concreta una seconda volta, sia pur aggiungendo ulteriori particolari, non fa altro che ribadire la soluzione già espressa dalla prima parte, specificando solo la formula – «*ius ei non esse fumum immittere*» –, prima espressa in maniera generica («*ius illi non esse id ita facere*»). La chiusa, poi, mal si lega al resto, perché fa «approvare» da Aristone («*quod et ipsum videtur Aristo probare*») ciò che Aristone ha appena detto («*dicit igitur Aristo*»), o in ogni caso un corollario implicito, nella sottesa logica del testo, di quanto da lui testè sostenuto, ossia che nelle servitù alla negatoria corrisponde, in senso contrario, la confessoria («*ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere*»). E' quindi spontaneo il sospetto, anche se non è qui necessario procedere oltre in tale direzione, che D. 8.5.8.5 sia semplicemente il risultato della giustapposizione di tre diversi tratti – probabilmente – ulpianei, originariamente tra loro separati.

⁴³) Al di là della stranezza della frase (cfr. *supra*, nt. 39), il tratto «*respondit non putare se ex taberna casiarum fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit*» rimane un problema altresì accettando l'inserzione di Mommsen e Krüger – «*nisi ei rei <serviunt: nam> servitutem talem admittit*» – come si fa in «*Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*», II, cit., p. 218 s., traducendo quindi «a meno che <questo edificio> non sia sog-

gno, la stranezza delle fattispecie in essi costruite come *iura in re aliena*⁴⁴.

Del resto, vi è anche un ulteriore passo di Alfeno Varo⁴⁵, sempre tratto dal secondo libro dei suoi *digesta*, in cui il giurista dà un analogo responso a proposito di un'area sottoposta a una ipotetica servitù nei confronti del vicino – anche qui non specificata ed anzi sconosciuta – e quindi destinata a rimanere sgombra, in cui invece il *dominus* pianta un boschetto e sistema altresì vasche e vasi (D. 8.5.17.1)⁴⁶:

Cum in domo Gaii Sei locus quidam aedibus anni ita serviret, ut in eo loco positum habere ius Seio non esset, et Seius in eo silvam sevisset, in qua labra et tenes cucumellas positas haberet, Annio consilium omnes iuris periti dederunt, ut cum eo ageret ius ei non esse in eo loco ea posita habere invito se.

Anche in questo caso, dunque, il rimedio consigliato da Alfeno – ed anzi da *omnes iuris periti* – è di agire affermando *'ius ei non esse in eo loco ea posita habere*

getto a una servitù di tale tipo: infatti, egli ammette tale servitù» (?): in ogni caso, rimane in tal caso alquanto incerto e comprensibile soltanto a senso il riferimento di *'ei'* (il fondo che gode della servitù sarebbe in ogni caso l'immobile in quanto tale, e non la *taberna casearia* che di esso è soltanto una contingente destinazione: cfr. *infra*, nt. 65) nonché il soggetto di *'admittit'* (l'unico accenno alla controparte è qui costituito dai *'superiora aedificia'*), e tutta la preposizione resta comunque quantomeno piuttosto claudicante. Del resto, qualsiasi senso si voglia attribuire alla frase, non sembra in ogni caso molto perspicuo, in un passo che risulta impostato nel suo complesso sull'inesistenza di una simile servitù e sulla conseguente illecità di tale immissione, specificare che, se invece vi fosse una simile servitù, in tal caso l'emissione di fumo sarebbe al contrario ammessa. Meno problematica, seguendo la lettura *'nisi ei servitatem talem ammittit'*, la traduzione di «Antologia del Digesto di Giustiniano. Testi tradotti e annotati ad uso degli studenti da Francesca Scotti», Milano, 2005, p. 26 (anche se al verbo «concedere» sembra preferibile «ammettere»): «se egli non concede una tale servitù» (cfr. STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5411 s.), riferendo *'ei'* a Cerellio Vitale. Si veda anche S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 11.

⁴⁴) Tra l'altro, si può notare come, mentre di norma i giuristi classici muovano dalla *vindicatio servitutis* per giungere alla *negatoria*, qui invece risulti avvenire il contrario: cfr. F. DE MARTINO, *D. 8.5.8.5: i rapporti di vicinato e la tipicità delle servitù*, in *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979, p. 486 s.

⁴⁵) Si vedano BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, cit., p. 310 s. n. 58, e LENEL, *Palinnesia*, cit., I, c. 38 n. 4 (cfr. *supra*, nt. 5).

⁴⁶) La dottrina romanistica non ha tributato soverchia attenzione al passo: si veda in particolare CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 497 ss. Cfr., in relazione a D. 8.5.8.5 e alla generale visione di Alfeno Varo in materia implicata da D. 8.5.17, A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 177 s., V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» e il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992, p. 186 ss., J.M. RAINER, *Die immissionen*, cit., p. 365 ss., e *Zum Typenzwang der Servituten: vom römischen Recht zum BGB*, in «Collatio Iuris Romani. Etudes H. Ankum», Amsterdam, 1995, p. 417 ss., e BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 15.

invito se’, ossia con quella che parrebbe – anche se il passo si limita a parlare più genericamente di ‘*servire*’⁴⁷ – una *negatoria servitutis*, benché neppure qui sia chiaro esattamente a quale rapporto fondiario ci si voglia riferire⁴⁸.

In effetti, tenendo presente i precedenti casi del muro che cedendo e formando una gibbosità invade il fondo del vicino (D. 8.5.17.pr.) e del deposito di letame addossato a immarcescere il muro altrui (D. 8.5.17.2), anche il caso delle immissioni di fumo (D. 8.5.8.5) come quello del *locus* che *servit* il fondo vicino (D. 8.5.17.1) sembrano presentare quantomeno non poche difficoltà ad essere sussunti in termini di servitù⁴⁹, e l’estrema stranezza di simili rapporti fondiari costruiti come *iura in re aliena* risulta in effetti implicita nel fatto che siano questi gli unici casi in cui servitù di tal genere siano prospettate e concepite dai testi della compilazione ed in genere dalle opere di diritto romano pervenuteci⁵⁰.

⁴⁷) Sull’estensione della *negatoria* a situazioni non concretizzanti un vero e proprio rapporto di servitù, ma rientranti nella più ampia nozione di ‘*servire*’, che vedeva contraria la letteratura più antica (ad esempio PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 24 s., B. BRUGI, *Appendice del traduttore al Libro VIII, Titolo V*, in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* – VIII, cur. B. Brugi, Milano, 1900, p. 402 s. – in polemica, in particolare, con B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1902-1914, trad. it. – *Diritto delle Pandette* – Torino, 1930, I, p. 707 ss. –, e SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., p. 422), specie a partire da Giuseppe Grosso (cfr. in particolare *L’evoluzione storica delle servitù in diritto romano* [1937], in *Studi storico-giuridici*, II, Torino, 2001, p. 203 ss.) la dottrina è alquanto più possibilista – si vedano in particolare, tra gli altri, CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 501 ss., DI PORTO, *La tutela della salubritas*, cit., p. 75 nt. 240, nonché WATSON, *The Law of Property*, cit., p. 178 –, così come sull’estensione della legittimazione passiva delle *actiones de servitute* al possessore: cfr. *infra*, § 7. Viceversa F. SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*. *Dalle XII Tavole all’epoca classica*, Milano, 1977, p. 57 nt. 61, a proposito di D. 8.5.17.pr. e 2, osserva come l’*actio negatoria*, «già al tempo di Alfeno, sembra trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui il *dominus* tende a tutelare la proprietà contro immissioni di terzi indipendentemente dal fatto che questi si affermino titolari di un diritto reale». Sul concetto di ‘*servire*’, che è nozione diversa e più ampia del rapporto fondiario di servitù, si veda in ogni caso CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 516 ss.

⁴⁸) Lo scopo della servitù era infatti quello di ‘*locum liberum habere*’ e in effetti la formula, piuttosto che sulla concretezza (‘*ea*’) della indicazione ‘*ius ei non esse in eo loco ea posita habere invito se*’, avrebbe potuto basarsi, in maniera più usuale, su formulazioni generali di tipo analogo (cfr. *supra*, §§ 2 ss.).

⁴⁹) Di una simile «servitù di deposito» non risulta ovviamente che si abbiano ulteriori tracce nelle fonti: cfr. *infra*, § 8.

⁵⁰) Sui dubbi sollevati in particolare dalla *servitus fumi immittendi* si veda in particolare, con ulteriori indicazioni bibliografiche, F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell’autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, p. 298 ss., che pur rilevando e difficoltà destinate da un simile *ius in re aliena* e della retrostante tendenza specie della scuola di Servio, ed in particolare in Alfeno, ad estendere l’*actio negatoria* a situazioni fondiarie non sussumibili in termini di servitù, finisce invece per considerare tale la *servi-*

6. Al di là del problema del «numero chiuso» dei diritti reali sulla cosa altrui⁵¹, anche ammettendo la possibilità di creare nuove servitù – facoltà di cui peraltro i giuristi romani, com'è noto, non si avvalsero certo se non in maniera alquanto misurata⁵² – risulta in ogni caso chiaro come un nuovo *ius in re aliena* avrebbe dovuto essere introdotto nell'ordinamento attraverso il riconoscimento pretorio della relative azioni (*confessoria* e *negatoria*)⁵³: e se come si è accennato suonano alquanto incredibili le servitù *fumum immittendi* o *sterculinum iuxta parietem habendi* ovvero addirittura *iura in re aliena* consistenti nel proiettare frammenti di pietra nel fondo del vicino, è soprattutto da notare come questi passi, consigliando tali rimedi processuali, non appaiano propriamente fare riferimento ad azioni edittali già esistenti ed a tutti conosciute, ma come al contrario essi si limitino ad affermazioni piuttosto generiche quali '*posse agere*', '*agi oportet ius non esse ...*' o '*de servitute agere oportere*', sembrerebbe introducendo *ad hoc* una formula apposita, che infatti viene suggerita dal giurista in una *conceptio verborum* che non risulta certo rinviare semplicemente ed in maniera piana e scontata all'editto pretorio⁵⁴: senza cioè che la possibilità dell'esistenza di simili servitù su un piano sostanziale sia in qualche modo presupposta come *prius* per discutere quindi del problema della sua sussistenza nel caso concreto, come invece ovviamente avverrebbe, ad esempio, se

tus fumi immittendi: anche SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 46 ss., 52 e 60 ss., ritiene che si tratti di una vera e propria servitù. Cfr. altresì nel senso di un'interpolazione in particolare BONFANTE, *Diritti reali*, cit., p. 40 s., che però (p. 58) ammette poi l'esistenza di una *servitus fumi immittendi* (cfr. SOLIDORO, *op. cit.*, p. 52 s. e nt. 35). Ritiene inesistente la *servitus fumi immittendi* LONGCHAMPS, *L'abuso del diritto*, cit., p. 197 («in realtà l'*actio negatoria* può essere realmente adoperata anche nel caso in cui il convenuto non goda in termini effettivi di una servitù»): cfr. BASILE, '*Usus servitutis*' e tutela interdittale, cit., p. 77 ss. («una non proprio limpida servitù di *immittere fumum*»).

⁵¹ Sul principio del *numerus clausus* dei diritti reali – altresì in relazione al dettato di D. 8.5.8.5 – si vedano, oltre a G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 61 ss., e a B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (Corso di lezioni)*, Milano, 1969, p. 43 ss., in particolare GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena»*, cit., *passim* e p. 185 s., RAINER *Die immissionen*, cit., p. 358 ss., e *Zum Typenzwang der Servituten*, cit., p. 416, BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 3 ss., e MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, cit., p. 71 ss.

⁵² Cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 73.

⁵³ Sul riconoscimento pretorio quale *prius* giuridico dell'introduzione delle servitù si vedano V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, in «Foro Italiano», LIX, 1934, p. 49 ss. (che fa leva sul fatto che l'editto pretorio non avrebbe contenuto le formule di tutte le servitù per negarne il *numerus clausus*), e (*contra*) GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 62 s. (cfr. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., p. 6 ss.). Si veda di recente M. GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, Parma, 2013, p. 65 ss.

⁵⁴ Cfr. *infra*, § 10.

qualcuno pretendesse di transitare per il mio fondo e io negassi la sussistenza di una servitù di passaggio⁵⁵.

Al contrario, l'eventualità di una servitù di questo genere viene qui giocoforza dedotta a posteriori, argomentando dal complessivo contesto dei passi, dal fatto che viene concessa un'azione (*negatoria*) in tal senso, senza che questo preteso *ius* possa costituire menomamente l'effettivo e già stabilito presupposto sostanziale del rimedio processuale di cui si discute⁵⁶. E per di più si tratta di azioni che, come si è accennato, non sembrano poter trovare corrispondenze nell'editto pretorio, come in particolare avviene – a parte la curiosa formulazione '*ius illi non esse id ita facere*' di D. 8.5.8.5 – per quella che, anziché parlare di un '*ius non esse podium proicere*', afferma, con strana variante fattuale, che '*ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se*', o come l'altra che – contro la normale struttura delle *actiones de servitute* – ha bisogno di limitare l'affermazione da essa recata dall'*intentio* con una successiva e del tutto inusuale specificazione limitativa: '*ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant*'⁵⁷.

Inoltre, non si vede per quale ipotetica utilità oggettiva del fondo simili servitù potrebbero venire costituite, posto che evidentemente lo spanciamiento di una parete o l'accumulo di uno *sterculinum* contro la parete del vicino, o addirittura spaccare pietre schizzandone frammenti di esse sul terreno altrui, certamente costituiscono non un'esplicazione della vita e dello sfruttamento normale del fondo, ma soltanto un accidente contingente che è possibile risolvere semplicemente spaccando le pietre in altro luogo ovvero, nel secondo caso, semplicemente spalando via il letame e deponendolo in un luogo dove non faccia danno, mentre, nell'ipotesi della deformazione muraria, è anzi altresì imprescindibile rimediarsi e porvi fine riparando il *paries* prima che si arrivi ad un cedimento strutturale della costruzione⁵⁸.

⁵⁵ Sulla tipicità del diritto che è riflessa nella trattazione giurisprudenziale cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 63 ss.

⁵⁶ Su alcune peculiarità del sorgere delle servitù nel mondo romano, cfr. in generale F. ZUCCOTTI, *Le servitù nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, in «Studi R. Martini», III, Milano, 2009, p. 971 ss.

⁵⁷ Cfr. *supra*, § 4.

⁵⁸ Si considerino ad esempio (su D. 8.5.8.6 cfr. *infra*, § 11) D. 8.1.8.pr. (Paul. 15 *ad Plaut.*: '*Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest*'), D. 8.2.28 (Paul. 15 *ad Sab.*: '*Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet quod manu fit): at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest. stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet*') e D. 8.3.6 pr.-1 (Paul. 15 *ad Plaut.*: '*Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur*

Nell'ipotesi poi della *servitus fumum immittendi*, poi, si tratta chiaramente di una servitù «industriale» non a vantaggio del fondo, ma dell'attività contingentemente esercitativa per di più da un inquilino: è vero che il tema delle servitù industriali non venne se non episodicamente affrontato dai giuristi romani, ma tuttavia vi sono precisi indizi di come, pur non occupandosene più di tanto, essi procedessero più o meno nella direzione dell'inammissibilità⁵⁹: mentre, oltretutto, qui si tratterebbe di un caso di servitù industriale veramente estremo, in quanto configurabile non in relazione ad una attività stabile del fondo (si pensi al caso dell'edificazione di una fornace), ma di un impiego transitorio dell'immobile, che per un certo periodo viene affittato appunto a un casaro⁶⁰.

7. In una prospettiva processuale, poi, è noto come la maggior parte dei giuristi classici ammettesse l'esperimento delle *actiones de servitute* esclusivamente da parte del proprietario del fondo dominante contro il *dominus* di quello servente, con l'eccezione di Giuliano, che le concedeva anche contro il semplice possessore ed accordava lo *ius vindicandarum servitutium* all'usufruttuario⁶¹: ma non vi è assolutamente traccia – e ciò contraddirebbe le stesse coordinate di massima del sistema logico-giuridico sotteso a tale costruzione – di una eventuale legittimazione passiva del semplice detentore a titolo contrattuale, quale appunto è il conduttore, di cui D. 8.5.8.5 è la sola apparente attestazione, trattandosi di una soluzione, alla luce delle non pochissime fonti a disposizione, del tutto inconcepibile ed aberrante⁶².

(sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur aut ut dolina fiant), vel tegulae vel ad villam aedificandam. sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usus fructus erit. Item longe recedit ab usu fructu ius calcis coquendae et lapidis excimendi et harenae fodendae aedificandi eius gratia quod in fundo est, item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant? non est dubitandum, quin servitutis sit: et hoc et Maecianus probat in tantum, ut et talem servitutum constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet si habeam pascui servitutum aut pecoris appellendi, ut si hiemps ingruerit, habeam quo me recipiam?»: si vedano GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 70 ss., BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 182 ss., e BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 30. Sul requisito della 'perpetua causa' cfr. in breve anche ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 235. Si veda altresì GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, cit., p. 85 ss. e 95 ss.

⁵⁹) Sulle servitù industriali si vedano GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 101 ss., e BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 191 ss. (cfr. GARDINI, *op. cit.*, p. 117 ss.).

⁶⁰) Su D. 8.3.6.pr. cfr. *supra*, nt. 58. Si vedano sinteticamente ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 234 s., e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 457 s. Sull'attività casearia cfr. *infra*, nt. 65.

⁶¹) Sulla legittimazione processuale alle *actiones de usu fructu* e *de servitute* cfr. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, cit., p. 288 ss.

⁶²) Su come le discussioni in materia riguardino soltanto l'estensione della legittimazione, in particolare passiva, al possessore (e all'usufruttuario) si vedano i testi richiamati in ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 296 ss.

Vi è stato, in effetti, chi ha sostenuto la congruità di una simile legittimazione passiva⁶³ del detentore in base a un supposto principio di «economicità» dei giudizi, in quanto i Minturnesi non hanno la *facultas restituendi* in ordine alle immissioni di fumo avendo locato l'immobile al casaro, mentre invece quest'ultimo dispone in concreto della *res* ed è l'unico in grado di porre fine al comportamento lamentato: ma si tratta di una tesi tanto estremamente originale e in apparenza brillante quanto carente di dimostrazioni testuali – il solo passo in questo senso, come si è accennato, potrebbe essere D. 8.5.8.5 – e soprattutto tale da sconvolgere pericolosamente l'intera architettura portante delle questioni di legittimazione alle azioni reali in generale, a cominciare dalla *reivindicatio* stessa⁶⁴, nonché difficilmente coordinabile, quel

⁶³ Cfr., con l'indicazione dei precedenti studi in materia dell'autore, M. MARRONE, 'Rivendicazione (Diritto romano)', in «ED.», XLI, Milano, 1989, p. 17 ss.

⁶⁴ È noto come la regola della legittimazione passiva alla *reivindicatio* esclusivamente del possessore – corollario della *clausola arbitraria* – venne poi in età epiclassica in certo modo superata per quanto riguarda la posizione del terzo estendo la legittimazione a chi in concreto aveva la *facultas restituendi*, come in particolare ad alcuni casi specifici di deposito (cfr. MARRONE, 'Rivendicazione', cit., p. 18 s.): ma tali eccezioni non andarono in ogni caso a modificare la regola generale della paradigmatica legittimazione del possessore; inoltre è soprattutto da tenere presente l'affatto diversa struttura della *reivindicatio* rispetto alle coordinate costruttive delle *actiones de servitute*: infatti, come sottolineava V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano* (1909), in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 137 ss, 163 ss. e 186 ss., «da *pronunciatio de iure*, nella quale si afferma '*rem q.d.a. A. A. 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 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»; ma se nella lite relativa alla proprietà ogni terzo sta 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, si deve tenere presente (come rimarca ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, p. 182 ss. e in particolare 188 s.) il fatto «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» (cfr. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, cit., p. 296 ss.). In particolare, del resto, la *condemnatio* pecuniaria del processo romano fa sì che il convenuto, pagando la *litis aestimatio* in una confessoria, per così dire possa «estinguere» una servitù esistente, ov-

che più conta, con le affermazioni dei giuristi romani circa simili questioni⁶⁵:

vero, pagandola in una negatoria, possa di fatto «costituire» una nuova servitù: e che ovviamente tale atto appunto di disposizione sul fondo non possa spettare che al proprietario e non certo a qualsiasi possessore è appunto una delle ragioni per cui la giurisprudenza prevalente – con l’eccezione di Giuliano – escludeva nelle azioni *de servitute* e *de usu fructu* la legittimazione passiva di altri soggetti (ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 296 ss. e 310 ss.: cfr. ZUCCOTTI, *Le servitù nel mondo antico*, cit., p. 974 ss.): e se il diritto moderno estende al possessore e all’usufruttuario (pur con talune restrizioni) la possibilità di essere parte in tali azioni, ciò è conseguenza del fatto che, oltre ad essere scomparsa la peculiare *condematio* pecuniaria romana, oggi si fa valere attraverso esse un diritto ufficializzato dalla trascrizione in pubblici registri, e dunque dotato di per sé di valore oggettivo, in una situazione generale, quindi, completamente differente da quella del diritto romano classico (ZUCCOTTI, *Sulla tutela*, cit., p. 315 ss.: cfr. ZUCCOTTI, *Le servitù nel mondo antico*, cit., p. 986 ss.); per tal verso, appare dunque alquanto poco convincente il tentativo di argomentare in base al diritto moderno, dove in particolare la confessoria risulta non poco diversamente strutturata, l’estensione al possessore della legittimazione passiva alle azioni di servitù in diritto romano (in riferimento alle consimili posizioni di GROSSO 1969, 305 nt. 38, si veda ZUCCOTTI, *Sulla tutela*, cit., p. 305 nt. 38: cfr. ZUCCOTTI, *Le servitù nel mondo antico*, cit., p. 996 ss.).

⁶⁵ Si veda, nel senso di una legittimazione passiva del mero detentore, C.A. CANNATA, *Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 419 ss.: a parte vari errori di lettura («fondi contigui», esistenza già in precedenza di un «caseificio», «servitù a favore del fondo industriale», nonché la traduzione – cfr. *supra*, nt. 43 – «ma d’altra parte, per una situazione di questo genere, egli ammette una corrispondente servitù»), si tratta di una interpretazione aprioristica e piuttosto superficiale del problema, in cui la legittimazione passiva alla negatoria del detentore («ciò dipende dal fatto che lui solo è in grado di restituire», ossia di far cessare le immissioni di fumo) viene proposta generalizzando oltre misura le eccezioni alla legittimazione passiva del possessore nella *revindicatio* e soprattutto senza minimamente considerare le richiamate differenze strutturali tra questa e le *actiones de servitute* (cfr. *supra*, nt. 64). Anche BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 10, parla di «un edificio vicino situato in posizione più elevata ed al quale giungevano quelle esalazioni». Del resto che D. 8.5.8.5 tratti di un edificio strutturalmente destinato a essere un caseificio è una lettura che si incontra talvolta in dottrina (cfr. SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 46), ma il passo, nonostante l’ambigua frase ‘*dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiarum a Minturnensibus conducit ...*’, sembra in realtà parlare semplicemente di un immobile attualmente adibito a tale funzione, mentre sembra verosimile che se una simile destinazione fosse originaria i problemi sarebbero stati in tal caso già precedenti alla locazione di cui tratta il frammento e vertenti sulla stessa destinazione data alla costruzione, ed insomma tutto l’impianto della trattazione sarebbe stato alquanto diverso, anche senza considerare il fatto che, se dall’origine l’immobile fosse stato strutturalmente adibito a tale funzione senza proteste da parte del vicino, nella controversia attuale sarebbe venuta verosimilmente in questione, sia pure in certo modo *ante litteram* (cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 207 ss.), la *patientia* prestata in passato all’attività casearia e ai suoi fumi maleodoranti (argomento su cui non è il caso qui di indagare: cfr. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 373 ss.). Per quanto riguarda poi l’illazione che si tratti di fondi distinti e confinanti, come fa Carlo Augusto Cannata, sembra da notare come il termine ‘*aedificium*’ ha un significato generale ed alquanto vasto nell’indicare qualsiasi costruzione («significat plus quam aedes, scilicet non modo domum et aedes, verum etiam aliam quamcumque extrutionem, etiamsi habitations apta non sit», e in tale sua latezza può altresì indicare il piano di un

né, del resto, come si vedrà tra breve, vi è necessità alcuna di ricorrere a una simile ipotesi per così dire gratuitamente rivoluzionaria.

8. Infatti le fonti a disposizione, si può ribadire, ci danno vari esempi di simili azioni che appaiono a prima vista delle *negatoriae servitutis* e che riguardano tutte ipotesi alquanto strane di rapporti fondiari, ed in effetti sono nella loro totalità relative a pretese servitù del tutto sconosciute ai testi pervenuti. Nella rubrica D. 8.5 (*‘si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur’*) abbiamo infatti, risalenti ad Alfeno Varo, le fattispecie processuali *‘ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se’* (§ 17 pr.), *‘ius ei non esse in eo loco ea posita habere invito se’* (§ 17.1), quella relativa al deposito di letame (§ 17.2, forse ricostruibile come *‘ius non esse sterculinum iuxta illum parietem habere’*), nonché *‘ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant’* (§ 8.5). Aristone aggiunge, oltre a *‘ius illi non esse id ita facere’* (relativa ad immissioni di fumo o di acqua, sempre in § 8.5), le formulazioni *‘ius ei non esse fumum immittere’* e *‘ius esse fumum immittere’* (ancora § 8.5)⁶⁶.

A proposito di D. 8.5.17.pr. e della formula ivi proposta, si può poi notare come nei *Digesta* si trovi una formula alquanto simile ma non eguale in un passo di Pomponio (33 *ad Sab.*), D. 8.5.14.1:

Si paries communis opere abs te facto in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere ius tibi non esse parietem illum ita habere.

Anche qui, dunque, una azione basata fattualmente sulla situazione di fatto dei luoghi (*‘ita’*), anche se ulteriormente priva di qualsiasi specificazione (in D. 8.5.17.pr. si aveva quantomeno *‘ita proiectum in suum’* come concretizzazione dell’ *‘ille paries’*), e dove l’ *‘ita habere’* sostituisce l’ *‘in suum esse’* che si aveva nel precedente frammento. Nei due passi, si ha dunque in D. 8.5.14 *‘ius*

immobile: «proprie si loquamur aedificium accipitur pro extructione quae habitandi causa fit, et quidem pro urbana» (FORCELLINI, *Lexicon*, cit., I, p. 114, sv. *‘aedificium’*); cosicché l’*aedificium superum* di Cerellio Vitale sembra appunto essere il piano superiore dei locali a pianterreno addebiti a *taberna* (*‘superior’* infatti è ovviamente un comparativo), facendo quindi pensare a un immobile a piani sovrapposti (*‘domus supera’* è la parte superiore della casa). Sembra quindi con ogni probabilità trattarsi di una costruzione a più piani in cui Cerellio Vitale occupa uno dei piani o meglio il piano superiore, mentre i locali a pianterreno, destinati ad un uso di bottega, officina o magazzino, vengono addebiti a scopi commerciali o artigianali (cfr. MONCEAUX, *‘Domus’*, cit., p. 350) e vengono così locati ad un casaro (la lavorazione del formaggio risulta non essere molto complessa nell’antichità e non necessitare di locali particolarmente conformati o attrezzati: cfr. E COUGNY, *‘Casens’*, in DAREMBERG, SAGLIO, *«Dictionnaire»*, cit., I.2, 1889, p. 932 s. e, sull’affumicazione, p. 934).

⁶⁶ Cfr. *supra*, §§ 2 ss.

tibi non esse parietem illum ita habere' e in D. 8.5.17. *pr. 'ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se'*: differenza di *conceptiones verborum* non solo a livello terminologico, ma altresì strutturale – dato che in un caso si specifica il problema che dà luogo all'azione, mentre nell'altro si rinvia ad esso implicitamente solo attraverso *'ita'* – che sembrerebbe già di per sé far dubitare che i due giuristi – Alfeno Varo e Pomponio – potessero avere presente una stessa azione edittale⁶⁷.

Ma la più interessante *conceptio verborum* di questo tipo, che sembra senz'altro permettere di escludere nelle precedenti la natura di *actio negatoria* (o *confessoria*) *servitutis* nel senso propriamente edittale, la troviamo in un altro luogo dei *Digesta*, nella rubrica *'de damno infecto et de suggrundis et proiectionibus'*, in un passo relativo agli incrementi fluviali per avulsione⁶⁸:

D. 39.2.9.2 (Ulp. 53 *ad ed.*) Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi⁶⁹ non esse ita crustam habere, si iam cum terra [mea] <tua> coaluit, quia [mea] <tua> facta est.

Sempre Alfeno Varo, quindi, tra l'altro approvato da Labeone (oltre che implicitamente da Ulpiano), a proposito di una ipotesi di avulsione (di cui qui non interessano le ulteriori peculiarità della fattispecie circa i danni di cui si parla nella parte iniziale)⁷⁰, ribadiva sostanzialmente che, finché la «crosta» di terreno trasportata dal fiume non si è definitivamente saldata nella nuova sede facendo corpo unico con essa mediante la confusione delle radici (*'si non*

⁶⁷ Su come appunto per tali problemi dovesse in realtà trattarsi, ai tempi di Pomponio, non di una formula edittale bensì comunque di un'*actio decretalis* concessa caso per caso, cfr. *infra*, § 11.

⁶⁸ Cfr. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, cit., p. 306 n. 44 (che si limita ad attribuire ad Alfeno i tratti *'Alfenus scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto'* e *'ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit'*), e LENEL, *Palingenesia*, cit., I, p. 54 n. 84 (che – non è ben chiaro – rinvia a D. 39.3.24 *pr.*-3, in tema di *actio aquae pluviae arcendae*).

⁶⁹ La *Florentina* reca *'agere ius mihi non esse'* (cfr. Mommsen e Krüger *ad b.l.*)

⁷⁰ Cfr. MARRONE, *Danno temuto, danno già verificato ed «officium iudicis»*, cit., p. 192 ss., che tuttavia si concentra sulla prima parte del passo e sulla soluzione dell'*actio ad exhibendum*, senza soffermarsi sulla formula *'ius tibi non esse ita crustam habere'*.

coaluerit nec unitatem cum terra ... fecerit), essa sarà rivendicabile, a differenza dell'*arbor* che '*translata in agrum meum cum terra mea*' invece '*coaluit*': e a tale proposito, così come parla della possibilità o meno di rivendicare l'albero ('*arbor potest vindicari a te*') Alfeno propone parallelamente una formula ('*potero tecum agere*') così concepita: '*ius tibi non esse ita crustam habere*'⁷¹.

Al di là di alcune oscurità secondarie e della confusione finale tra le posizioni dei due litiganti (come evidenziano in particolare nel finale del passo le incongruità, nell'attuale stesura, dell'aggettivo possessivo '*meus*' in luogo di '*tuus*', secondo le correzioni qui proposte, dato che «io» evidentemente non posso rivendicare la zolla se essa ha fatto ormai corpo unico appunto con il «tuo» terreno, non certo con il «mio») il testo, specie nella parte che qui interessa, lascia agevolmente scorgere la sua originaria stesura classica, al di là dei verosimili tagli ed interventi riassuntivi, parrebbe piuttosto maldestri, che ha subito⁷².

Anche qui, soprattutto, stando alla locuzione usata, la formula accordata da Alfeno parrebbe senza dubbio ricalcare lo schema della *negatoria servitutis*, ricorrendo all'inequivocabile locuzione '*ius tibi non esse*', ma – a parte la circostanza che nella fattispecie un'ipotesi di servitù sembra com'è ovvio assolutamente inconfigurabile ('*ius tibi non esse ita crustam habere*'), non essendovi come ovvio alcun rapporto tra i due fondi riguardo alla *crusta*, ma semmai il passaggio di proprietà di questa dall'uno all'altro fondo per avulsione – il giurista ha qui sicuramente in mente una fattispecie proprietaria, conseguente al fenomeno dell'accessione ('*si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est*'), come appalesa altresì – oltre alla locuzione iniziale '*eamque petas*' in riferimento alla *crusta* – la parte precedente del passo: '*ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfennus ait*' (nonché il discorso sull'*arbor*: '*nec arbor potest vindicari a te*').

⁷¹ In ogni caso il testo nonostante la peculiarità dell'azione proposta non ha destato sotto tale aspetto soverchi interessi in dottrina: STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5404 nt. 4, ne parla addirittura come di un passo relativo alle servitù prediali (cfr. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 13 s.), così come del resto faceva CAPOGROSSI, *La struttura*, II, cit., p. 513 s., che assurdamente ipotizza una servitù di '*positum habere*' (costituita per i ben rari casi di inondazione e di conseguente *avulsio*!). Si vedano BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 425 s., e II, p. 120 s e 124 ss., e PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 706 ss. e 730 s. e nt. 4, che tuttavia, pur richiamando il passo, non rilevavano del pari la stranezza dell'azione da esso proposta nel finale. Cfr. tuttavia G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, p. 19, e M. PAMPALONI, *Appunti sopra l'acquisto di proprietà per alluvione*, in «Studi Senesi», XLIII, 1929, p. 235.

⁷² Si vedano in generale, peraltro senza rilievi sulla singolare formula proposta nel finale del passo, L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940, p. 49 s. e 69 ss., I. MOLNÁR, *Alfennus Varus iuris consultus*, in «Studia V. Pólay septuagenarii», Szeged, 1985, p. 322, H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta: Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1999, *passim* (cfr. V. CARRO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, in «Index», XXX, 2002, p. 235 ss.) e MIGLIETTA, *Casi emblematici*, cit., p. 285 ss.

Tra l'altro, è da notare come si tratti qui di un passo che affronta il fenomeno dell'acquisto della proprietà in una prospettiva processuale, mentre nella rubrica *'de acquirendo rerum dominio'* (D. 41.1) le varie fattispecie relative a tale accessione di immobile a immobile risultano in linea di massima sempre considerate da un punto di vista eminentemente sostanziale⁷³.

9. Né per superare questa, in realtà solo apparente, antinomia è necessario postulare un assai poco verosimile errore di Alfeno sulla formula della *reivindicatio*, che richiederebbe un'ignoranza ovviamente impossibile ed assurda in un giurista oltretutto di tale livello, e neppure pensare ad un poco credibile intervento interpolatorio, magari solo riassuntivo, in questo senso, del quale in ogni caso non si riuscirebbe assolutamente a divinare lo scopo.

Infatti la stranezza della *conceptio verborum* *'ius tibi non esse ita crustam habere'* è tale soltanto se ci si muove nell'orizzonte delle formule dell'editto pretorio, dove l'azione di rivendica, almeno in età classica – e già peraltro da tempi remoti, discendendo dai *verba* delle *legis actiones* e in particolare dalla *sacramenti* (*'aiō rem meam esse'*)⁷⁴ – suona indubbiamente *'si paret rem quo de agitur ex ire Quiritium Auli Agerii esse'*⁷⁵, mentre in questo sistema processuale, del pari, i *verba* *'ius esse'* e *'ius non esse'* rinviano senza fallo alla *actiones* relative agli *iura in re aliena*, cosicché nel frammento in esame la *conceptio verborum* proposta dovrebbe in tal caso semmai ovviamente suonare *'si paret illam crustam meam esse'*⁷⁶. A prima vista, parrebbe quindi di trovarsi così in una situazione senza possibili soluzioni, dato che una formula tendente ad affermare un diritto di proprietà non mediante un *'meum esse'* bensì attraverso un *'ius tibi non esse'* (*'habere'*) risulta palesemente inconcepibile: mentre d'altra parte sembrerebbe a questo punto verosimile che anche le altre azioni come si è visto prospettate da Alfeno e da Aristone, per quanto ricorrano anch'esse alla locuzione

⁷³ Si vedano – con l'eccezione di D. 41.1.7.10-11 (Gai 2 *rer. cott.*), che parlano di *reivindicatio* – i testi riportati in D. 41.1 (*'de acquirendo rerum dominio'*), e in particolare D. 41.1.7.2-6. Cfr. in generale S. BARBATI, *Riflessioni sull'alluvione e sugli altri fenomeni fluviali anche a margine della riforma apportata dalla l. 37/1994*, in «Index», XLIII, 2015, p. 219 nt. 5, p. 222 s. e 289 ss.

⁷⁴ Sulla *reivindicatio* in Alfeno Varo cfr. tra l'altro E. BIANCHI, *D. 6.1.57 (Alf. 6 dig.)*. *Responso a un caso concreto o riflessione teorica? Per una proposta esegetica in tema di «concorso di azioni»*, in «RDR», XIII, 2013, p. 1 ss. (*estr.*).

⁷⁵ Si veda LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 185 s. (cfr. sinteticamente MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 37 s.).

⁷⁶ Cfr. altresì MARRONE, *Danno temuto, danno già verificato ed «officium iudicis»*, cit., p. 192 ss., che pensa che qui si dovesse ricorrere non alla *reivindicatio* bensì all'*actio ad exhibendum*, ma che, pur occupandosi *ex professo* del passo, intento ad indagare i rapporti tra *cautio* ed *actio ad exhibendum* come si è già notato non rileva la singolarità di questa formula.

‘*ius tibi non esse*’ e siano quindi astrattamente rapportabili a degli ipotetici rapporti fondiari, in realtà risultino anch’esse seguire logiche costruttive in ogni caso non molto dissimili da quest’ultima (‘*ius tibi non esse ita crustam habere*’).

Ma nel I secolo a.C., in cui si situa appunto Alfeno Varo, quella delle azioni edittali, cui ci si è ovviamente come prima ipotesi richiamati, non è affatto l’unica via in tal senso percorribile, potendo il giurista ben diversamente far riferimento alle formule alternative dell’*agere per sponsionem*, nel cui ambito anche una *conceptio verborum* quale appunto ‘*ius tibi non esse ita crustam habere*’, su cui si sarebbe inserita la scommessa della duplice *sponsio* (‘*centum dari spondes si ius tibi non esse*’ – ovvero ‘*si ius mihi esse*’ – ‘*crustam habere?*’) non doveva verosimilmente creare alcun problema nell’essere espressa secondo consimili modalità. E in effetti, se il discorso di Alfeno crea insolubili difficoltà e insuperabili complicazioni qualora inserito nel quadro delle azioni edittali, per superare questa *impasse* e risolvere ogni contraddizione non sembra esservi altra via possibile, né contesto alternativo a tal fine rinvenibile – non potendosi ovviamente trattare né di *legis actiones* né di *cognitiones extra ordinem* –, se non quella di traslare la questione nel differente ambito delle formule dell’*agere per sponsionem*⁷⁷.

Una riprova⁷⁸ di tale impostazione ricostruttiva sembra poi essere tra l’altro fornita altresì dal veloce esame di un frammento di Proculo (5 *epist.*) conservato in D. 8.5.13⁷⁹:

Fistulas, quibus aquam duco, in via publica habeo et hae ruptae inundant parietem tuum: puto posse te mecum recte agere ius mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere.

⁷⁷) Su tale procedura si veda G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 357 ss., nonché G. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, III. *Genesis del procedimento formulare*, Bologna, 1950, p. 59, e *Spunti critici in tema di ‘actio in rem per sponsionem’*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 190, F. BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in «Studi P. Bonfante», II, Milano, 1930, p. 592 ss., e G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla ‘cognitio extra ordinem’*, Milano, 1960, p. 139 ss. (sul problema dei *quattuor genera sponsionum* si veda da ultimo altresì F.M. SILLA, *Genera actionum. Itinerari gaiani*, Lecce, 2012, p. 85 ss.).

⁷⁸) Benché la lettura del passo desti non pochi problemi che qui sarebbe fuori luogo affrontare (cfr. F. ZUCCOTTI, «*Actio prohibitoria ususfructus*» e tutela del corretto esercizio dello «*ius utendi fruendi*». *Saggio di critica interpolazionistica*, di prossima pubblicazione), un forte indizio in tal senso è altresì fornito da D. 8.5.11 (Marcell. 6 *dig.*), in tema di *prohibitio* tra comproprietari, dove tra l’altro si parla dell’esperimento di un’*actio confessoria* e di un’*actio negatoria* volte all’accertamento del diritto del condomino di edificare (... *ius sibi esse aedificare ... illi ius aedificandi non esse* ...): anche in questo caso, l’esistenza di una vera e propria servitù è di per sé esclusa dal fatto che si verte su un fondo in comproprietà e evidentemente non dei rapporti tra due fondi (cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 69 e 301 s.).

⁷⁹) Cfr. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antebadrianae quae supersunt*, II.1, Leipzig, 1901, p. 122, e LENEL, *Palingenesia* cit., II, c. 262 n. 11

Anche se di norma il frammento viene ap problematicamente letto come ver-tente su una servitù, a ben vedere tale interpretazione appare estremamente improbabile se non inverosimile e di per sé alquanto impervia⁸⁰. Se le tubature, che scorrono lungo la via pubblica o sotto di essa, si sono rotte e per questo le acque invadono la parete della casa di un terzo, non si può certo parlare di una servitù consistente nell'avere le *fistulae ruptae* e di inondare la parete altrui: e se il proprietario di quest'ultima può agire, al fine di far riparare le tubature e por fine alla situazione che nuoce alla sua proprietà, nel caso chiedendo altresì il risarcimento del danno, con una formula quale '*ius mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere*', è per converso piuttosto evidente che la controparte non potrebbe sensatamente sostenere di avere il diritto di tenere le tubature rotte e di poter quindi legittimamente allagare la proprietà del vicino danneggiando il suo *paries*; non si tratterebbe infatti qui di un normale rapporto tra fondi, ma, in un simile improbabile caso, della istituzionalizzazione di uno stato di fatto patologico (le *fistulae ruptae*) che, anziché essere com'è ovvio rimediato attraverso una pronta riparazione, verrebbe perpetuato costringendo il vicino, con questo inverosimile *ius in re aliena*, a subire in ipotesi per sempre tale rottura delle tubazioni. Non solo, ma poiché queste ultime sono situate *in publica via*, la servitù verrebbe assurdamente costituita per far tollerare al terzo un'attività che il titolare svolge in un fondo altrui, ed anzi pubblico, in base, si deduce, ad una concessione o ad un rapporto in certo modo rapportabile a quello di servitù: il che, costituendo tra l'altro una sorta di servitù per così dire di secondo grado – ossia una servitù idrica che in particolare non parte com'è necessario secondo i principii generali dal *fons* bensì dalle opere di canalizzazione⁸¹ – rappresenterebbe un diritto reale che quindi anche sotto tale ulteriore aspetto parrebbe senz'altro di per sé inconfigurabile⁸².

⁸⁰ Oltre a CAPOGROSSI *La struttura*, II, cit., p. 502 nt. 2, cfr. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 22, MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, cit., p. 192 s., e L. MAGANZANI, *Acquedotti e infrastrutture idrauliche nella Roma dei Cesari: aspetti e problemi di diritto pubblico e privato*, in «Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteustiniani (FIRA). Studi preparatori», I. «Leges» – cur. G. Purpura –, Torino, 2012, p. 90 ss. Giustamente PEROZZI, *Istituzioni*, I, p. 24 ss., osservava che nel frammento «non si parla certo di servitù», anche se l'azione proposta ha tutti i caratteri della *negatoria servitutis*. Si veda altresì SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 66 ss.

⁸¹ Su tale requisito dell'*aquaeductus* si veda in breve BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 182 s. (cfr. GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, cit., p. 167 s.).

⁸² Sullo scorrimento di un acquedotto *in publico solo* (cfr. D. 8.1.14.2, Paul 15 *ad Sab.*: '*Publico loco interveniente vel via publica haustus servitus imponi potest, aquae ductus non potest: a principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat. sacri et religiosi loci interventus etiam itineris servitutem impedit, cum servitus per ea loca nulli deberi potest*') si veda BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 100 ss e 113.

Anche in questo caso, quindi, essendo impossibile che si tratti di una normale servitù prediale e quindi di una *negatoria* edittale, sembra del tutto plausibile postulare, in assenza di ulteriori ipotesi praticabili, che Proculo si riferisse qui ad una formula usata nel contesto dell'*agere per sponsionem*.

10. L'ipotesi dell'*agere per sponsionem*, del resto, come si è accennato consente del pari di superare agevolmente⁸³ i problemi posti altresì dai passi dove Alfeno o Aristone usano la locuzione '*ius non esse*' – o anche '*ius esse*' – a proposito di rapporti fondiari in astratto configurabili, sia pur con molte difficoltà, quali servitù, ma come si è visto creando, in tale sussunzione in termini di *ius in re aliena*, ben maggiori problemi costruttivi, di diritto sostanziale e processuale, rispetto alla questione che così si vorrebbe risolvere: come si è notato, in effetti, si tratterebbe di servitù che urtano i più elementari principii di ammissibilità richiesti da questo istituto, e che nel loro risvolto processuale talvolta ledono ogni regola relativa all'esperibilità delle azioni *de servitute* specie in ordine ai loro requisiti di legittimazione soggettiva⁸⁴.

Viceversa, il postulare che anche in tali ipotesi non si tratti di una *negatoria* (o di una *confessoria*) bensì di una formula propria dell'*agere per sponsionem* permetterebbe non solo, in primo luogo, di superare questa non breve serie di problemi *lato sensu* dogmatici di cui si è detto, ma altresì e soprattutto di collocare le controversie in materia in un contesto più duttilmente adattabile alle svariate e contingenti peculiarità delle varie e diverse questioni implicate.

Infatti, così come la formulazione '*ius tibi non esse ita crustam habere*' svolge in relazione all'*alluvio* le funzioni della *reivindicatio* ma ovviamente non è un'azione di rivendica e può quindi in maniera più fattuale tener conto dei vari aspetti contingenti che conducono al passaggio di proprietà della *crusta* ('*si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est*'), allo stesso modo la formulazione ad esempio '*ius ei non esse fumum immittere*' – o '*ius esse fumum immittere*' – di D. 8.5.8.5, non solo consente di riconoscere il diritto o di negarne la sussistenza esclusivamente in relazione ad una eventuale servitù, e quindi della ipotetica *quaestio de iure* connessa alla costituzione di tale improbabile *ius in re aliena* in base al *ius civile*, ma altresì in vista dei generali assetti dei rapporti fondiari ovvero altresì dei rapporti semplicemente contrattuali o nel caso altresì pattizi intercorsi tra le parti, permettendo di riconoscere in ipotesi lo *ius fumum im-*

⁸³) Tra l'altro tale tipo di procedura forse permetterebbe altresì di spiegare, in D. 8.5.17.2 (cfr. *supra*, § 3), la netta discriminazione operata da Alfeno tra luoghi pubblici e privati ('*si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, ...*'), posta l'inapplicabilità di massima dell'*agere per sponsionem* ai rapporti pubblicistici.

⁸⁴) Cfr. *supra*, § 7.

mittendi qualora anche solo uno di questi vari fattori lo consenta, o del pari di condurre a condannare il proprietario dell'accumulo di concime non soltanto perché non è stata mai costituita – né si vedrebbe come – una servitù in tal senso, ma per motivi relativi ad esempio al carattere *vi* o *clam* del letamaio in conseguenza della *prohibitio* del vicino, o ancora di tener conto delle ragioni che si potrebbero far valere, tra l'altro in sede di richiesta di *cautio damni infecti*, a proposito della *paries procumbens*; e ciò forse può spiegare il fatto che, nei frammenti visti, si dia scarso spazio ad un'eventuale tutela interdittale del problema, dato che le ragioni che si sarebbero potute far valere in tale ambito potevano altresì venire nel loro complesso efficacemente richiamate nella procedura *per sponsionem*: in essa infatti, agli effetti della decisione circa chi avesse ragione nella scommessa costituita dalla duplice *sponsio*, dovevano valere le ragioni sostanziale che i contendenti potevano in astratto far valere oggettivamente, senza steccati e separazioni tra i vari mezzi processuali idonei a farli prendere in considerazione dal giudice nel normale processo (fattore che probabilmente può tra l'altro concorrere a spiegare la relativa longevità di questo tipo di procedura)⁸⁵.

Ed in effetti, in D. 8.5.8.5, la frase '*agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere*', nella specularità delle due contrapposte affermazioni, più che a un parallelo tra confessoria e negatoria, che qui non sarebbe molto perspicuo, potrebbe far pensare ad una originaria allusione del testo alle due antitetiche affermazioni recate dalle due *sponsiones* di segno inverso su cui si impernia la lite⁸⁶.

Per il resto, non sembra di poter procedere molto oltre e tracciare un disegno più preciso e particolareggiato di questa peculiare procedura: essendo infatti discussa la stessa specifica portata della riforma *Aebutia* sul proces-

⁸⁵) Com'è noto, dell'*agere per sponsionem* non si hanno soverchie notizie, specie per quanto riguarda le sue concrete modalità di esplicazione. Sull'*agere in rem per sponsionem*, in relazione alla *revindicatio*, si veda sinteticamente MARRONE, 'Rivendicazione', cit., p. 8 ss. (cfr. A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem: dal procedimento interdittale al procedimento in rem*, in «Studi Urbinati», n.s. 59, 1990-1991, p. 205 ss., e M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana LXXXIV - LXXXV - LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla sponsio nel processo romano*, in «Testimonium amicitiae», Milano, 1992, p. 99 s. e 141 ss.).

⁸⁶) Così, ad esempio, la duplicità delle due contrapposte *sponsiones* spiega verosimilmente la protoformule con il '*quod*' e la '*demonstratio*' e quindi l'originaria assenza in esse della clausola '*si non paret absolvito*' (cfr. C. BUZZACCHI, *Demonstratio e protoformule*, in «Studi G. Nicosia», I, Milano, 2007, p. 148 ss.), dato che nel coordinamento delle due scommesse di segno opposto e quindi nelle relative *conceptiones verborum* le parole che esplicitavano la possibilità di una prevalenza del convenuto non erano ovviamente necessarie (cfr. ZUCCOTTI, *Per una storia dell'«oportere»*, cit., p. 14 e nt. 36 e p. 34 s. e nt. 102).

so romano e quindi la latezza con cui il pretore urbano poteva in concreto intervenire sul processo ponendo in particolare nuove formule nel suo editto, il secolo che separa tale provvedimento legislativo dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* – in cui visse appunto Alfeno Varo – non consente in effetti troppo precise illazioni circa la situazione del processo formulare in questo decisivo momento del suo primo sviluppo⁸⁷: né si sa abbastanza in relazione alle esatte modalità di estrinsecazione ed in generale sulla storia del cosiddetto *agere per sponsionem*⁸⁸, che sembra rimanere in uso, almeno per quanto riguarda le sue applicazioni di tipo reale, fino alla fine del II secolo d.C., tanto che Gaio – peraltro forse anche qui in ritardo sui tempi, come talvolta accade – lo considera ancora del tutto attuale⁸⁹. Per quanto riguarda le coordinate generali di tale modalità di tutela, dunque, è bene non andare oltre ad alcune congetture di massima, suggerite in maniera immediata e diretta dalle fonti a disposizione⁹⁰.

11. Sembrerebbe in ogni caso che ancora Tizio Aristone, che com'è noto fu membro del *consilium* di Traiano, non solo trattasse di questa forma processuale, richiamando le formule proposte da Alfeno, ma ne avanzasse altresì di proprie, come risulterebbe appunto mostrare D. 8.5.8.5. Ma sono in tale prospettiva piuttosto significativi i successivi paragrafi di Ulpiano, che come si è visto richiama, in 17 *ad edictum*, dapprima le opinioni di tali due giuristi, ma poi nei successivi §§ 6-7, citando Pomponio, appare mutare sensibilmente prospettiva (anche se appare pur sempre ipotizzabile una più sensibile cesura tra i due discorsi nella originaria stesura classica)⁹¹:

⁸⁷) Cfr. in breve M. TALAMANCA, 'Processo civile (diritto romano)', in «ED.» XXXVI, Milano, 1987, p. 28 ss., e *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in «Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano», Napoli, 1999, p. 65 ss. e 172 ss.

⁸⁸) Cfr. SILLA, *Genera actionum*, p. 67 ss.

⁸⁹) Si veda in breve TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 444 s.

⁹⁰) Cfr. *supra*, nt. 77. In effetti, come mi faceva notare in una recente conversazione Raffaele Basile, in queste formule – e massimamente nella locuzione '*ius tibi non esse ita crustam habere*' di D. 39.2.9.2 – le parole '*ius tibi non esse*' non assumono il significato, che sarà loro proprio nell'azione negatoria, di «tu non hai un diritto» (di *iter*, di *aquaeductus*, di *proicere* ...), in riferimento ad una servitù prediale riconosciuta dall'ordinamento, bensì quello, alquanto più generico, di «tu non hai il diritto» di fare questo, ossia, in pratica, «il tuo comportamento è illecito» (così come, in particolare, nel '*ius illi non esse id ita facere*' di Aristone in D. 8.5.8.5).

⁹¹) Cfr. LENEL, *Palíngenesia*, cit., II, c. 154 n. 844 e c. 520 n. 601. Si vedano BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 362 ss., 368 s. e 376, e *Diritti reali*, cit., p. 58 e nt. 2 – che parla di una *servitus cuniculi balneari habendi* – e PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 631. Cfr., oltre a GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 115 e nt. 8, tra l'altro PALMA, *Iura vicinatis*, cit., p. 187, BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 26 s., PICARO, *Il divieto di immissioni*, cit., p. 19 s., LÁZARO GUILLAMÓN,

Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. Idem in diversum probat: nam et in balineis 92, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.

Dapprima è riportata un'opinione di Pomponio in cui si nega l'ammissibilità di un'azione volta a decidere se taluno possa accendere un fuoco che sprigioni un fumo non denso nella sua proprietà, dando al quesito una risposta negativa in quanto detta attività è da considerare giuridicamente irrilevante al pari del sedersi o lavare alcunché nel proprio fondo: e poiché – anche al di là del non univoco ma neppure trascurabile indizio fornito dalla locuzione '*ita agere licere fumum ... in suo facere aut non licere*', che potrebbe anche qui suggerire in tale contrapposizione, in ipotesi, la duplicità delle scommesse proprie di questa procedura – il ricorso all'*agere per sponsionem* appare implicato, nella prospettiva di chi pone il quesito, dal fatto che non poteva esistere una servitù volta ad impedire di accendere *in suo* un fuoco, e quindi una relativa azione edittale, parrebbe potersi legittimamente pensare che qui Pomponio ed Ulpiano si muovessero in certo modo ancora⁹³, se non altro seguendo un risalente caso, in una prospettiva più storica che pratica, nello stesso contesto processuale in cui, nel paragrafo precedente, procedevano Alfeno ed Aristone, ossia appunto ancora quello dell'*agere per sponsionem*⁹⁴. Tuttavia nel successivo § 7 la prospettiva vira non poco, e anche se il quesito sembra perfettamente analogo, siamo qui di fronte ad un normale *ius in re aliena* avente ad oggetto il passaggio di tubature contenenti vapore, e si tratta dunque di una usuale azione *de servitute* edittale⁹⁵.

Von Ulpian bis Accursius, cit., p. 242 ss., STARACE, *Aristone e i fumi della taberna casearia*, cit., p. 5406 s., e SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 47 e 50. Interpreta stranamente la fattispecie esposta nel § 7 nei termini di una servitù industriale CURSI, *Modus servitutis*, cit., p. 304 s.

⁹²) «Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae», II, cit., p. 219 nt. 33, corregge '*balineis*' in '*balnearis*' invocando l'*editio major*, ma in realtà tanto questa quanto Mommsen e Krüger *ad h.l.* risultano recare '*balineis*'.

⁹³) Cfr. *infra*, testo e nt. 96.

⁹⁴) Sulla mentalità casistica della giurisprudenza romana e su procedimenti concreti che le sono tipici si veda recentemente, in maniera sintetica, L. SOLIDORO, *Prolegomeni alla lettura della casistica romana*, in «Il diritto romano caso per caso», cit., p. 1 ss.

⁹⁵) Cfr. D. 43.21.3.6 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*Aristo et de cuniculo restituendo per quem vapor trahitur, in balnearis vaporibus putat utilem actionem competere: et erit dicendum utile interdictum ex hac causa competere*') e, per le *aquae calidae*, D. 39.3.3.1 (Ulp. 53 *ad ed.*), D. 43.20.1.13 (Ulp. 70 *ad ed.*)

In ogni caso, in ordine all'ultima età classica, per quanto Ulpiano non si faccia problemi a richiamare e riportare, in maniera *lato sensu* scolastica, trattazioni che, come avviene in D. 8.5.8.5-6 e soprattutto nella datatissima soluzione processuale proposta da D. 39.2.9.2, vertano ancora su mezzi di tutela imperniati sull'*agere per sponsionem*, appare del tutto verosimile che ai suoi tempi ormai, quando si dovevano affrontare problemi di rapporti di vicinato ed in particolare di immissioni moleste, non si ricorresse certo più a questa procedura; se infatti sembra potersi ritenere che, nell'età di Ulpiano, una formula edittale quale '*ius ei non esse fumum immittere*' o '*ius esse fumum immittere*' avrebbe inevitabilmente creato una specifica servitù di tale tipo una volta introdotta stabilmente e fatta propria dal magistrato negli schemi giurisdizionali dell'editto, non avrebbe invece condotto a questo risultato la soluzione di concedere, nelle ipotesi in cui ricorressero immissioni moleste di questo genere, un'azione di analogo contenuto ma di natura viceversa soltanto decretale, dove la formula '*ius ei non esse fumum immittere*' o '*ius esse fumum immittere*', concessa caso per caso dal pretore e nella sola versione – *confessoria* o *negatoria* – necessaria alla soluzione della fattispecie concreta, non avrebbe evidentemente comportato alcun rischio di entrare nell'editto e di creare per tal via una *servitus fumi immittendi*⁹⁶.

Benché, come ovvio, questa ipotesi, per quanto verosimile, rimanga in linea di massima congetturale, essa corrisponde alla logica del sistema delle servitù prediali, che i Romani non vollero moltiplicare oltre misura né estendere ad ipotesi del tutto irrilevanti dal punto di vista della realtà del rapporto e per di più in contrasto con i principi generali implicitamente sottesi agli *iura in re aliena*⁹⁷, ed appare in certa parte suffragata dal fatto che, nell'esempio dell'emissione di fumo, vi sono vari gradi di intensità e di fastidiosità che rendono illecita o meno tale invasione dell'altrui sfera di proprietà, per cui, se '*fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere licet*' (D. 8.5.8.6), le immissioni di fumo possono essere inibite quando si tratti delle ben più vaste conseguenze maleodoranti di un'attività *lato sensu* industriale volta ad esempio all'affumicamento del formaggio, come in D. 8.5.8.5: e sembra significativo come Pomponio, nelle sue *lectiones*, parifichi senza problema l'immissione di *fumus non gravis* a comportamenti giuridicamente irrilevanti quali il *sedere* o il *lavare*, mentre se nell'editto vi fosse stata una definitiva formula quale '*ius ei non esse fumum immittere*' la risposta non avrebbe potuto essere così piana e scontata, doven-

ed.) e D. 43.21.3.5 (Ulp. 70 *ad ed.*).

⁹⁶ Si veda in tal senso ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 375 nt. 159 (cfr. BASILE, *Usus servitutis* e tutela interdittale, cit., p. 78 nt. 12).

⁹⁷ Cfr. *supra*, § 6.

do allora articolarsi in maniera più diffusa sui diversi gradi di immissione e distinguere ben diversamente tra l'ipotesi di *fumus non gravis*, per il quale non si poteva utilmente agire in quanto dal giurista parificato ad altri comportamenti affatto irrilevanti, ed appunto la fattispecie, da tenere in tal caso presente, del *fumus gravis*⁹⁸, contro la cui immissione invece vi sarebbe stata viceversa, in ipotesi, la facoltà di agire ed era quindi data un'apposita azione⁹⁹. Ma se Pomponio non procede in tal senso, appare verosimile che nell'editto una simile formula edittale – e quindi una cotale servitù – non dovesse appunto esistere.

12. Una relativa moltiplicazione dei tipi – o forse meglio della nozione – di servitù prediali si avrà invece verosimilmente in età successiva, e specie postclassica, sia in quanto la fine del processo formulare renderà alquanto più agevole questo risultato, togliendo ogni remora tecnicistica in tal senso¹⁰⁰, sia per la nota tendenza tardoantica a considerare in termini di servitù i rapporti di vicinato¹⁰¹ (insieme, parrebbe, a una scarsa attenzione – e forse una non piana comprensione – delle formule e in generale della procedura dell'*agere per sponsionem*, come mostra in particolare l'aproblematica ricomprensione nella Compilazione giustiniana di un passo come D. 39.2.9.2 e della mostruosa formula di una ipotetica *reivindicatio* quale '*ius tibi non esse ita crustam habere*')¹⁰²: e questo nuovo atteggiamento in materia può verosimilmente spiegare – a parte le più gravi mende di D. 39.2.9.2 – i lievi problemi, del resto non certo soverchi, cui danno luogo i frammenti qui considerati: ma

⁹⁸ Si veda altresì D. 47.10.44 (Iav. 9 *ex post. Lab.*): '*Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proticerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa immittitur*'. Oltre a BONFANTE *La proprietà*, cit., I, p. 377 e nt. 1, cfr., per i rapporti del frammento con D. 8.5.8.5-7, A. VALIÑO, *Bemerkungen zu D. 47,10,44 (Iav. 9 post. Lab.)*, in «Forum Historiae Iuris», 2002 (rewi.hu-berlin.de/FHI/exegese/0201valino.htm), CURSI, *Il divieto degli atti di emulazione*, cit., p. 609 ss. e nt. 35, LÁZARO GUILLAMÓN, *Von Ulpian bis Accursius*, cit., p. 242, C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Hacia un concepto de inmisiones en el derecho chileno*, in «Revista chilena de derecho», XL.1, *passim*, ABELANDA, *Iniuria y arbitrium boni viri*, cit., p. 13 ss., e SOLIDORO *Immissioni e conflitti di vicinato*, cit., p. 48 s. e 53 s.

⁹⁹ Cfr. SOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 48 e 53, che tuttavia non si pone questo problema logico-argomentativo.

¹⁰⁰ Si vedano E. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano. Parte prima*, Milano, 1935, specie p. 81 ss (cfr. E. ALBERTARIO, *Actiones e interdicta* [1912], in *Studi di diritto romano*, Milano, 1933-1953, IV, p. 115 ss.) e M. BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle actiones negativae*, in «BIDR.», XVIII, 1939, p. 169.

¹⁰¹ Cfr. in breve GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 233 ss.

¹⁰² Cfr. in generale ALBERTARIO, *Actiones e interdicta*, cit., p. 153 ss., e, in relazione a D. 3.5.46[47].1 (Paul. 1 *sent.*), ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., p. 344 nt 76.

sembra in ogni caso trattarsi di imprecisioni secondarie, probabilmente dovute soltanto a una lata inclinazione postclassica e giustiniana a riassumere e a raccorciare con tagli questi testi, ed in particolare la tendenza – specie in D. 8.5.8.5 – a reinterpretare in termini di servitù prediale fattispecie che, nella prospettazione di Alfeno nonché di Aristone, dovevano tutt'al più collocarsi nell'ampia nozione di 'servire' che, nei giuristi di tale periodo, risulta nella maniera più comprensiva dilatarsi, in ordine alla regolamentazione dei rapporti fondiari, ben oltre il perimetro degli *iura in re aliena*¹⁰³.

Questo aspetto spiega in particolare il riferimento, che si ritrova in D. 8.5.8.5 come in D. 8.5.17.2, ad un piano rapporto di servitù, che doveva risultare quasi inevitabile nella rilettura postclassica – pressoché dimentica dell'*agere per sponsionem* – di simili testi e soprattutto di tali formule incentrate sulle locuzioni 'ius non esse' e 'ius esse': ed infatti un esplicito riferimento agli *iura praediorum* si colloca, nel secondo testo, in una frase che come si è visto taglia e sostituisce il verosimile discorso che nel testo del giurista repubblicano recava in ordine alla tutela interdittale concernente, in una simile fattispecie, un *locus privatus* ('sed si in privato, de servitute agere oportere'), mentre in D. 8.5.8.5 la proposizione in questione, introdotta da 'nisi', si presenta, diversamente da quanto si può presumere avvenisse nella stesura classica, in modo piuttosto manifesto come ormai una aggiunta finale e non strettamente necessaria alla frase iniziale ('nisi ei rei servitutem talem admittit')¹⁰⁴, così come, nella parte finale del passo, la proposizione 'ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere' si inserisce nel testo interrompendone la logica del discorso, posto che il seguito ('quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere ...') sembra così riferirsi in primo luogo alla formula 'agi poterit ius esse fumum immittere', mentre risulta chiaro che l'approvazione del giurista invece riguarderebbe semmai in primo luogo la soluzione di agire con la formula 'ius ei non esse fumum immittere', che appunto risolve la fattispecie proposta¹⁰⁵.

E si potrebbe agevolmente sospettare frutto di intervento successivo la clausola 'invito se', che nel *principium* e nel § 1 di D. 8.5.17 si aggiunge a completare, nel senso di una compiuta *negatoria servitutis*, la formula proposta da Alfeno Varo, verosimilmente anch'essa sempre conseguenza in entrambi i casi di una successiva rilettura di questi passi in termini di piano rapporto di servitù e di relative azioni¹⁰⁶.

¹⁰³) Cfr. *supra*, nt. 47.

¹⁰⁴) Cfr. *supra*, nt. 43.

¹⁰⁵) Cfr. *supra*, § 4 e nt. 42.

¹⁰⁶) Sul termine 'invitus' in tali passi, peraltro considerato in connessione non all'*actio negatoria* ma alla *prohibitio*, si veda tra l'altro A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*, Milano, 1992, p. 67 ss.

Certo, tali pur contenute ed invero moderate notazioni circa la conservazione di testi repubblicani e classici, per quanto possibile motivate nonché giustificate dall'argomento trattato – l'*agere per sponsionem* – per il quale in età postclassica e giustiniana si era in buona parte persa, se del tutto non la memoria, quantomeno ogni effettiva e attuale attenzione, nondimeno forse scandalizzeranno egualmente le anime candide del cosiddetto antinterpolazionismo imperante, dstando la sconcertata e sdegnata reazione – ammesso che leggano queste pagine – delle vestali in armi del genuinismo ancora oggi se non più pressoché imperante certamente sempre di moda¹⁰⁷: ma questo è problema di cui, come si suol dire, non mi cale affatto, trattandosi in linea di massima di gente che, pur di non ammettere dubbi sull'attuale versione di un testo¹⁰⁸, accetterebbe tranquillamente una *revindicatio* addirittura blasfema come quella formulata nei termini '*ius tibi non esse ita crustam habere*', o che, per evitare anche un solo dubbio circa la corruzione del testo, sempre in D. 39.2.9.2, preferirebbero ritenere che il garbuglio dovuto alla confusione tra «mio» e «tuo» sia dovuto, anziché alla distrazione di un copista o a un successivo intervento riassuntivo, ad una pretesa stolidità dello stesso Ulpiano¹⁰⁹.

In ogni caso, postulando che i passi in esame vertessero su ipotesi di *agere per sponsionem*, sembra possibile superare agevolmente le antinomie da essi presentate, risalendo senza soverchi problemi alla verosimile *facies* classica loro propria e spiegandoli, in maniera più facilmente lineare e compiuta, nel loro dettato sostanziale, altresì alla luce dei principii *lato sensu* generali del diritto romano. E se tale soluzione vale per i testi più antichi, anche in tempi più recenti la verosimile soluzione dell'*actio decretalis* spiega agevolmente perché quando servisse si potessero concedere *actiones de servitute* ed in particolare la *negatoria* in fattispecie dove uno *ius in re aliena* fondiario risultava in ogni caso assolutamente inconfigurabile. Infine, ritengo che il procedimento volto a individuare formule in sé poco plausibili, ovvero concesse in situazioni dove il corrispondente diritto sostanziale non appare verosimilmente configurabile, possa costituire un proficuo modo per individuare nelle fonti ipotesi sino-

¹⁰⁷ Cfr. F. ZUCCOTTI, *Diabolus Interpolator. Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi critica del testo*, in «Legal Roots», II, 2013, p. 147 ss.

¹⁰⁸ Inutile soffermarsi ancora una volta sulla necessità – ammesso che il diritto romano voglia e possa oggi sopravvivere a se stesso – di una profonda riconsiderazione degli effetti del distratto genuinismo ancora diffuso, guardando finalmente ai suoi eccessi e a come in realtà esso, con la sua superficialità esegetica, sia in ultima analisi una delle principali cause dell'attuale regresso della nostra sfortunata disciplina. Ho già ripetuto troppe volte queste considerazioni e del resto il sottotitolo del mio ultimo lavoro – *saggio di critica interpolazionistica* (ZUCCOTTI, «*Actio prohibitoria ususfructus*», cit., *passim*) – penso esprima con sufficiente chiarezza il mio cosiddetto pensiero.

¹⁰⁹ Cfr. ZUCCOTTI, *Diabolus Interpolator*, cit., p. 148 s.

ra sfuggite di *agere per sponsionem*, consentendo un probabile sviluppo degli studi su tale procedura, di cui in concreto le particolari esplicazioni contingenti restano attualmente ancora poco conosciute, e permettendo di delineare per tal via un quadro relativamente più compiuto della non facile materia.