

Ferdinando Zuccotti

Vivagni. III

«Omnia iudicia absolutoria esse» – Ancora sullo «ius reficiendi» dell' «iter» – Della «refectio» del «rivus» e di altre amenità romanistiche

«Omnia iudicia absolutoria esse» (*)

1. Da tempo i romanisti si stanno rendendo conto di come la conoscenza degli aspetti strettamente giuridici del processo romano (inteso ovviamente nella sua pluralità di concretizzazioni storiche) non risulti di per sé, nella sua «Isolierung» tecnicistica, del tutto sufficiente ed anzi in se stessa idonea a dare conto di come effettivamente si svolgessero le cause che esso era in concreto chiamato a dirimere. Persino per quanto riguarda il processo criminale, ed in particolare quella fondamentale «guarentigia» del *civis* costituita dalla cosiddetta *provocatio ad populum*, da un po' di anni si è iniziato a ritenere che sia in effetti piuttosto improbabile che, per ogni malavitoso che, giocando ubriaco a dadi negli angiporti, accoltellasse il suo avversario, dovesse ogni volta riunirsi l'intero *populus Romanus* in una quadruplici adunanza, con preventiva elevazione di *pontes* e *septa*, per decidere della colpevolezza dell'imputato: cosicché, più realisticamente, si è giunti a ritenere che solo i casi di una certa importanza arrivassero alla votazione comiziale, tornando così a rivalutare quel carattere di «appello» di che, in relazione a tale procedimento assembleare, era stato soprattutto sostenuto dalla dottrina ottocentesca, per poi essere in linea di massima rifiutato dalla dottrina del Novecento: e quindi riconsiderando altresì sotto nuovi aspetti il carattere in non poca parte discrezionale dell'esplicazione dell'*imperium* del magistrato in tutta la materia criminale.

D'altra parte, in tale prospettiva *lato sensu* revisionistica ci si sta altresì rendendo sempre più conto di come – se già le categorie dogmatiche che la moderna scienza del diritto privato di matrice pandettistica ha derivato dalla tradizione giurisprudenziale romana possono sovente non accordarsi soprattutto con lo studio storico del diritto quiritario più antico – a maggior ragione simili cautele devono valere per le categorie su cui si fonda oggi la sistematica del diritto processuale, sulla quale l'esperienza romana ha ovviamente avuto un potere di condizionamento alquanto minore, e che si sono quindi in gran parte sviluppate del tutto indipendentemente da tali remoti precedenti storici.

*) Come mostra il titolo, questa breve nota fa riferimento alla comunicazione di Carlo Augusto Cannata ed all'intervento di Raimondo Santoro, entrambi appunto intitolati «*Omnia iudicia absolutoria esse*», tenuti nel dicembre del 2001 al convegno dal titolo «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» svoltosi, in memoria di Arnaldo Biscardi, alla Certosa di Pontignano presso Siena, e già consultabili nel sito Internet di questa rivista (le citazioni si riferiscono quindi all'impaginazione dell'estratto). Cfr. altresì, di Carlo Augusto Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 148 ss. (ove la trattazione del problema nella sua maggior parte corrisponde in linea di massima alle argomentazioni recate nella comunicazione tenuta dall'autore a Pontignano). E' infine da segnalare che, nella nota iniziale del suo intervento, Raimondo Santoro avverte che «una estesa trattazione del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' sarà contenuta in un lavoro che ho in animo di dare tra non molto alla stampa».

Per tal verso, è noto come da tempo si senta l'esigenza di rivedere in una nuova luce la concreta vita e le effettive modalità di esplicazione del processo romano, nella sua fase formulare ma altresì nel periodo delle *legis actiones*, specie dal punto di vista del reale significato di quella sua caratteristica fondamentale consistente nella pecuniarietà della condanna, domandandosi quindi quale dovesse essere l'effettiva incidenza sulla realtà contenziosa di questo peculiare strumento: il quale, d'altra parte, doveva com'è noto funzionare – quantomeno in un numero non ridotto di ipotesi contenziose – per lo più come una sorta di mezzo per convincere indirettamente il convenuto a soddisfare spontaneamente la pretesa attorea, onde evitare il pagamento di una *condemnatio* di importo senz'altro superiore al valore di tale adempimento.

Il dato strettamente giuridico, certo, ci informa che, grazie a previsioni quali in primo luogo la cosiddetta *clausula arbitraria* contenuta nella *reivindicatio*, non doveva essere raro ed anzi poteva rivelarsi soluzione pressoché normale che il convenuto preferisse evitare la più ingente *condemnatio*, il cui importo era fissato attraverso il *iusiurandum in litem* dell'attore, sottomettendosi all'invito di restituzione rivoltogli dal giudice, e come in generale anche nelle azioni *in personam*, come già originariamente avveniva nei *iudicia bonae fidei*, fosse prevalso il principio sabiniano per cui l'adempimento spontaneo era sempre possibile, anche dopo la *litis contestatio*, finché la sentenza non fosse pronunciata. Ma questo dato strettamente giuridico non risulta d'altra parte sufficiente a chiarire fino in fondo due ulteriori questioni tra loro connesse: ossia, in primo luogo, quale fosse l'atteggiamento dei Romani una volta che si fossero decisi ad adire le cosiddette vie giudiziarie, «facendo causa» alla controparte, nonché, in seconda istanza, con quali modalità tale atteggiamento quotidiano e tuttavia fondamentale si riverberasse nella visione che del processo che di esso avevano i tecnici, cioè innanzitutto i giuristi, e se tale visione fosse dunque in qualche modo analoga a quella odierna (ove si tende a vedere nell'aspetto contenzioso una ulteriore e diversa fase rispetto alle trattative volte ad appianare o nel caso a transigere una controversia), ovvero il *iudicium* dovesse risultare in certo modo percepito anche nei termini di un ulteriore mezzo, distinto ma in parte di eguali finalità rispetto alle precedenti discussioni, per arrivare ad una soluzione volontaria della controversia, ricorrendo prima al magistrato e quindi a un giudice: soggetti il cui precipuo scopo, prima ancora di concedere la formula alle parti e, rispettivamente, di emanare la sentenza, in concreto sarebbe forse potuto essere altresì quello di evitare di arrivare a tali soluzioni estreme, tentando di fermarsi per quanto possibile ad un accordo che evitasse i rigori estremi dello strumento giudiziario.

Sotto il primo aspetto, che risulta del resto essenzialmente sociologico, chiedersi come i Romani concepissero il ricorso al processo significa tentare di stabilire, con una accettabile approssimazione, quale fossero le concrete probabilità che il processo potesse arrivare, nella fase *in iure* o in quella *apud iudicem*, ad una *confessio* ovvero ad uno spontaneo adempimento, indagando quindi se fosse il desiderio di pervenire ad una risolutiva sentenza di condanna lo scopo che spingeva le parti ad adire il pretore e poi all'istruttoria e alla sentenza, o se invece il reale fine perseguito dall'attore fosse in buona parte quello di costringere in tal modo il convenuto, mostrandogli la sua determinazione, a rivedere le sue posizioni e a giungere così a più miti consigli di fronte alla minaccia di una trasposizione della lite su di un definitivo piano contenzioso tramite la *litis contestatio* e, poi, di fronte al pericolo di una sentenza dalle conseguenze certo più pesanti di un adempimento spontaneo.

Del resto, in tale prospettiva, come si è detto appunto sociologica, è da tra l'altro notare come non sempre su tali aspetti la visione tecnico-giuridica dello studioso di diritto (che è in parte quella del giudice) sia sempre del tutto sovrapponibile alla visuale propria della parte e dell'avvocato (e in parte, anche qui, del giudice): così, infatti, avviene anche oggi, e non solo prima della decisione di addivenire al processo (nella quale alle probabilità di vittoria si aggiungono, decisamente, gli effettivi vantaggi che essa può in concreto recare all'attore, specie in relazione ai tempi per ottenere una sentenza definitiva e alle possibilità di riuscire poi a realizzarne di fatto il contenuto in relazione alla solvibilità della controparte), ma altresì all'interno della procedura promossa (si pensi, quale esempio forse estremo, a come in una prospettiva di stretto diritto, una volta opposto dal destinatario il decreto di ingiunzione di pagamento emanato sulla base della prova scritta del credito *ex art. 633 ss.*

del vigente codice di procedura civile italiano, il procedimento propriamente si trasformi in una causa di accertamento e debba quindi arrivare ad una normale sentenza: mentre tuttavia, se come sovente avviene l'opposizione è meramente strumentale e dilatoria, qualora l'attore ottenga in base all'art. 642 un'ordinanza provvisoria di pagamento, il più delle volte la materia del contendere può dirsi sostanzialmente conclusa di fronte al fallimento del tentativo procrastinatorio del debitore, cosicché il seguito del processo, ammesso che questo non si estingua senz'altro, sovente tende inevitabilmente a trasformarsi quasi in una serie di atti dovuti, tanto che le parti – così come gli avvocati e per certi versi lo stesso giudice – per lo più possono in linea di fatto considerarlo già concluso).

Più in generale, poi, il determinare se i Romani, agendo in giudizio, arrivassero a tale scelta avendo in mente la sentenza di condanna, ovvero lo facessero piuttosto in vista della forza persuasiva che la minaccia di giungere a quest'ultima poteva avere sulla controparte, è problema che investe, sempre in una prospettiva innanzitutto sociologica, la stessa nozione di fondo che questo contesto giuridico doveva avere del processo in quanto tale, in modo da coinvolgere i rapporti tra il processo ed i metodi che prima di esso, nell'ambito della società e dei rapporti intersoggettivi tra i vari gruppi che la caratterizzano, potevano servire – dal mero intervento di amici ad incontri tra terzi di carattere più o meno arbitrario – per tentare di mettere d'accordo i contendenti ed evitare così il ricorso agli organi dello Stato: prospettiva *lato sensu* culturale dello strumento contenzioso che in effetti non appare per nulla secondaria, se si tiene presente come l'atteggiamento quotidiano verso un fenomeno possa concorrere a determinare le direttrici di fondo dell'istituto in questione in quella società (si pensi, anche qui come esempio estremo, a come in determinate culture, specie dell'estremo Oriente, l'idea di un fondamentale rapporto di armonia che regola la vita delle cose e degli uomini porti alla ricerca di un consenso e ad un ideale di conciliazione delle opposte posizioni che fa percepire lo stesso «diritto» in una dimensione alquanto minore rispetto alla centralità che gli è propria nei sistemi occidentali, cosicché, se il ricorso alla legge sembra in qualche modo qualcosa che non dovrebbe riguardare le persone perbene, la sola eventualità di arrivare ad una causa processuale si presenta agli occhi di un cinese o di un giapponese nei termini di una vergogna e di uno squalificante fallimento personale).

Specie sotto quest'ultimo aspetto, il problema non è del resto soltanto sociologico, ma altresì antropologico-giuridico (intendendo tale disciplina nel senso più ampio e proprio, non riguardando essa le sole culture tradizionali o «primitive» ma altresì gli stessi ordinamenti positivi dei Romani come dell'Occidente moderno: si pensi, ad esempio, alle implicazioni che l'imporsi di una mentalità codicistica ha assunto in determinati periodi sulla concezione generale della sistematica giuridica e quindi sulla produzione e l'interpretazione normativa, ovvero, per rifarsi ad un caso più specifico rispetto all'argomento di queste note, al fenomeno, antico quanto moderno, che in determinati periodi storici porta ad un sempre maggiore affermarsi della giurisdizione statale e, nel caso, della iniziativa d'ufficio dei suoi organi, in ipotesi in cui il ricorso all'azione era prima lasciato alla discrezionalità del privato, ovvero in ipotesi in cui quest'ultimo poteva una volta sostituire alla risoluzione autoritativa dell'ordinamento il ricorso a metodi informali ed arbitrari di tipo pluralistico rispetto alla centralità della giurisdizione statale; ma si pensi anche, per tornare ad ambiti più noti, a come la riforma augustea del processo privato possa altresì venire letta nei termini di una volontà di attribuire ad un organo autoritativo, ossia al pretore, una competenza processuale che gli consente in linea di massima un completo controllo sulle attività innovative della giurisprudenza, vagliando e sanzionando con l'attribuzione di un mezzo giuridario i risultati che i *prudentes* potevano proporre su di un piano sostanziale, e togliendo quindi loro quello strumento per tal verso assai più duttile costituito dalle generiche *legis actiones*, ormai sostituite da una perfetta corrispondenza tra pretesa ed azione che impedisce definitivamente – come avviene in particolare nel caso di Labeone – ogni possibilità di introdurre attraverso tale più elastico sistema contenzioso prospettive diverse da quelle accettate, se non dal principe, in ogni caso dall'ordinamento di cui questi è al vertice).

Per tal verso, chiedersi se per i Romani – ossia per i privati ma soprattutto per i giuristi – il ricorso al processo fosse propriamente un modo per arrivare senz'altro ad una definitiva sentenza di

accertamento e condanna ovvero un ulteriore mezzo di coercizione indiretta per ottenere spontaneamente dalla controparte quanto si riteneva da essa dovuto, è alternativa che investe non solo la visione generale del processo, tanto della gente comune quanto, su piani più scalttriti, degli stessi tecnici, ma diviene soprattutto una problema la cui soluzione interagisce, su di un piano affatto giuridico, sulla stessa idea sistematica tenuta presente dal legislatore o dal magistrato quanto dall'interprete nel porre e nell'elaborare le norme processuali, in maniera tale che l'introduzione di una qualsiasi soluzione giuridica può venire letta dallo storico in maniera sensibilmente diversa a seconda che si scelga l'una o l'altra posizione: così da diventare questione senz'altro giusromanistica nel senso più tradizionale del termine (si pensi, per limitarsi a un solo esempio, a come l'inclinazione dei Romani a valutare preventivamente il valore dell'inadempimento attraverso una *stipulatio poenae* – normalmente vista come mezzo per lasciare al giudice il solo accertamento sull' *'an debeatur'* ed evitare così le lungaggini di una ulteriore decisione circa il *'quantum debeatur'* – potrebbe altresì venire addirittura interpretata, nel caso, come un metodo volto in primo luogo a tentare di evitare del tutto il ricorso all'autorità giudiziaria anche nei casi in cui, pur essendo di per sé possibile arrivare a un risarcimento spontaneo, tale soluzione extragiudiziale avrebbe potuto essere resa più difficile da discussioni sul dubbio valore dell'inadempimento).

2. L'idea che il processo romano si dovesse concludere pressoché normalmente con un adempimento spontaneo da parte del convenuto, una volta che le pretese attoree si fossero dimostrate fondate nel corso dell'istruttoria e che la controparte avesse compreso che la sentenza, in caso di suo persistente rifiuto, sarebbe stata di condanna, costituisce com'è noto una tesi da tempo sostenuta da Carlo Augusto Cannata, che nel lavoro qui in esame (p. 2 s.) ritiene che tale fenomeno sia tra l'altro da collocare, in particolare, in una peculiare dimensione di fondo di tale sistema giudiziario, consistente nel fatto che «i Romani, quando s'impegnavano in un processo formulare, avessero la possibilità di prevederne l'esito finale con un'approssimazione assai maggiore di quel che è accaduto con qualunque altra forma di procedura privata», cosicché «la litigiosità, nel senso della quantità dei processi, doveva essere, nell'ambito della procedura formulare, enormemente più bassa di quella delle epoche successive».

La ricostruzione muove ovviamente dal noto passo di Gaio recato da *inst.* 4.114 (*'superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium: et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse ...'*), testo seguito da un'ampia serie di lacune ove veniva succintamente riferita la nota tesi proculiana, secondo cui qualora si trattasse di un *iudicium strictum in personam* (e quindi non di un *iudicium bonae fidei* o di un *actio*, sia *in rem* che *in personam*, in cui comparisse la cosiddetta clausola arbitraria), non sarebbe stato assolutamente possibile un adempimento dopo la *litis contestatio* e, qualora esso si fosse egualmente verificato, avrebbe comunque concretato nient'altro che un'ipotesi di *indebiti solutio*, tale da non evitare in nessun modo la sentenza di condanna (*'conveniat ... potius damnare'*), con la conseguenza che, nel caso non si arrivasse senz'altro al pagamento del giudicato seguito da una *condictio* restitutoria del precedente indebito adempimento, sarebbe al massimo stato consentito di opporre all'*actio indicati* intentata dall'attore vittorioso una *exceptio doli*: viceversa i sabiniani, ed in particolare Sabino e Cassio, ritenevano che il giudice dovesse sempre assolvere il convenuto in seguito all'adempimento spontaneo successivo alla *litis contestatio*.

E, pur nella lacunosità del passo, l'autore ritiene (p. 1 s.) di poter dedurre dal dettato gaiano che il principio *'omnia iudicia absolutoria esse'* sia qui concepito in una formulazione di «una tale pregnanza e un carattere tanto generale, che risulta difficile pensare l'affermazione che essa comunica come semplicemente funzionale alla soluzione del caso, abbastanza marginale, al quale Gaio la riferisce», cosicché esso a un più attento esame «viene a significare che 'in tutti i processi il convenuto deve avere la possibilità di uscirne assolto' soddisfacendo l'attore prima di essere condannato»: e

questo «tanto più che – lo leggiamo nel testo stesso – quell’ *‘omnia iudicia absolutoria esse’* non è citato come l’elemento di un’argomentazione casistica o un brocardo che si leggesse qui o là nei libri di Sabino e Cassio, ma come un principio del processo formulare, risalente in generale all’insegnamento dei due grandi maestri che avevano fondato, nel primo secolo, il pensiero della scuola cassiana».

Per tal verso (p. 2), in quel «meccanismo delicato» che è il processo formulare, «il fatto che esso si presenti come via per un esito alternativo – la condanna pecuniaria del convenuto o la sua assoluzione – non rappresenta che l’aspetto esteriore di una struttura assai più ricca», poiché in realtà «lo scopo di colui che intenta un’azione non è quello di far condannare il convenuto a pagargli una somma di denaro, ma quello di costringere il convenuto a dargli soddisfazione della lesione che il suo diritto ha sofferto»: quantomeno nella maggior parte dei casi, quindi, «l’attore persegue una restituzione specifica – rendere una cosa, demolire un muro, eseguire dei lavori – e solo con la realizzazione di questa l’attore avrà piena soddisfazione» e «la violazione del diritto sarà pienamente riparata»; né ad un simile risultato si può certo giungere semplicemente condannando il convenuto a pagare una somma di denaro, «per quanto opportunamente calcolata», cosicché «soltanto se il convenuto sia stato assolto, il processo ha adempiuto la sua funzione di strumento per la restaurazione del *ius*, l’ordine giuridico compromesso dal torto» (infatti, per tal verso «se il convenuto è stato assolto, ciò significa che l’attore avanzava pretese infondate, ed allora è giusto che egli non ottenga nulla; oppure significa che l’attore si lamentava a ragione, ma che le sue ragioni hanno trovato soddisfazione piena e precisa nella restituzione operata dal convenuto prima della sentenza»).

Questa, nelle sue architetture argomentative invero forse un po’ apodittiche, la tesi di Carlo Augusto Cannata, che pur sembrando forzare in certo modo il dettato gaiano, sembra in ogni caso arrivare a conclusioni ampiamente condivisibili e del resto corrispondenti ad una sottesa visione di fondo che più o meno implicitamente la più parte dei romanisti si fanno della realtà quotidiana del fenomeno processuale del periodo soprattutto formulare (anche se un discorso in molta parte analogo potrebbe essere fatto, come si vedrà negli tra breve, altresì per quanto riguarda l’epoca, specie più arcaica, delle *legis actiones*).

In effetti, sotto un primo aspetto, che la regola *‘omnia iudicia absolutoria esse’* non dovesse rappresentare un principio tanto spontaneo e radicato nella realtà processualistica romana parrebbe di per sé attestato dalla contraria posizione dei proculiani, che, pur propugnando magari anch’essi una soluzione spontanea e quindi un’adempimento effettivo dell’obbligazione, preferivano forse che ciò avvenisse in ogni caso prima della *litis contestatio* (anche se, come si vedrà più avanti, tale impostazione non risulta in ogni caso escludere un accordo transattivo volto a rinunciare alla prosecuzione della causa in cambio di un adempimento tardivo): e per tal verso, se si tiene presente l’antica posizione dei *veteres* (Gai., *inst.* 3.180 s.) secondo cui tale istituto ha, quantomeno nei cosiddetti *iudicia legitima*, una valenza novatoria ed ha appunto l’effetto di estinguere (*tollere*) l’obbligazione sostanziale dedotta in giudizio e di sostituirla con un *‘condemnari oportere’*, non sembra in effetti improbabile che, di fronte ad un’antica regola coerentemente sviluppata dai proculiani in tema di adempimento tardivo, la più concessiva soluzione sabiniana dovesse presentarsi come una posizione innovativa, e quindi di per sé non tanto radicata e connaturale alla visione giuridica romana come Carlo Augusto Cannata invece risulta postulare (e tra l’altro tale *‘condemnari oportere’* – che diviene propriamente, *post litem contestatam*, l’oggetto della pretesa attorea del creditore – sembrerebbe anzi assumere agli effetti dell’argomento in questione, al di là del suo riconnettersi alla cosiddetta concezione sostanziale dell’azione propria dei giuristi romani, un potenziale spessore di implicazioni che forse non sarebbe inutile approfondire in relazione alla «assolutorietà» di fondo del processo romano).

Ma se questi aspetti, per vari versi certo un po’ formalistici, non risultano in ogni caso intaccare la intrinseca verosimiglianza della corrispondenza del principio *‘omnia iudicia absolutoria esse’*, nella sua più lata e pregnante accezione, alle visuali di fondo della realtà processuale antica, quello che semmai nella breve esposizione di Carlo Augusto Cannata può lasciare piuttosto perplessi è una sottesa concezione generale delle trasformazioni del processo civile romano che appare piuttosto rigidamente deterministica e forse criticabile da un punto di vista di sensibilità storica, tendendo essa a

concepire l'evoluzione del sistema dell'*ordo iudiciorum* come un precisa e cosciente scelta della giurisprudenza romana, implicitamente vista come entità capace di considerare ogni possibilità costruttiva e di prendere le proprie decisioni tenendo presenti aspetti che probabilmente essa non era in realtà affatto in grado di raffigurarsi, come in particolare la concreta possibilità di comparare *de iure condendo*, alla pecuniarietà della condanna, una esecuzione in forma specifica. L'autore, in effetti, una volta sottolineato che il processo romano mirava all'adempimento spontaneo del convenuto quale unica soluzione che avrebbe effettivamente soddisfatto la pretesa dell'attore, continua affermando (p. 2) che «così si comprende anche perché il processo formulare abbia evitato di costruire una condanna a fare con esecuzione in forma specifica» (appunto perché tale adempimento spontaneo è soluzione in generale «normalmente preferibile a quella affidata agli organi amministrativi che la eseguono *manu militari*»), e che del pari «così si comprende pure perché dal principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' si potesse altresì trarre la conseguenza che il convenuto deve essere assolto anche in un processo né retto da una formula con la clausola restitutiva, né concepito come *iudicium bonae fidei*», dato che la collaborazione fattiva del debitore «corrisponde comunque meglio agli scopi del meccanismo processuale che non la condanna del convenuto stesso a pagare una somma di denaro equivalente»: infatti «non si deve mai dimenticare che la procedura formulare, sebbene formalmente opera dei pretori, è stata concepita dai giuristi che istruivano via via i pretori nell'esercizio del loro ufficio», per cui si deve concludere che «i giuristi concepirono un meccanismo processuale ideale», ed anzi «l'idea stessa della formula, come decreto pretorio che detta in modo preciso al giudice i punti che dovrà controllare per giungere alla decisione della lite sottopostagli, rappresenta uno strumento che dà al processo una trasparenza cristallina».

Ora non si vuole certo negare l'importanza della tecnica formulare e il suo ruolo centrale nello sviluppo della scienza giuridica romana, anche se sarebbe ovviamente risibile pretendere di tesserne qui una compiuta lode; ma pur nella felice riuscita, altresì sul lungo periodo, di una tecnica che individua gli elementi minimi delle rispettive pretese e delle loro ragioni enucleandole in clausole essenziali che le scolpiscono con immutabile astrattezza in un tecnicismo formulare che costituisce verosimilmente la fondamentale ragione della grandezza della giurisprudenza romana e del suo rimanere alla base della dogmatica moderna, quanto sembra in ogni caso risultare eccessivo è il postulare, più o meno esplicitamente, che la giurisprudenza romana abbia operato tale scelta nella cosciente esclusione di altre possibili vie – quali in particolare la condanna in forma specifica – che in realtà erano nel mondo romano ancora alquanto remote, se non addirittura pressoché inconcepibili: trascurando in tal modo come persino il genio giuridico romano fosse in non poca parte condizionato dalla sua storia e, pur potendo adottare nel caso le scelte più rivoluzionarie (come forse fu in non poca parte il passaggio alla tecnica formulare), doveva giocoforza farlo all'interno di un alveo di realtà conosciute che risultavano inevitabilmente determinanti anche in relazione all'idea la più nuova e tale da apparire nel più assoluto contrasto con il passato; per tal verso, la forma pecuniaria della condanna, pur nel suo mirare a costringere il convenuto ad uno spontaneo adempimento meno gravoso del pagamento della somma oggetto della sentenza, doveva avere in linea di massima rappresentato un passaggio ulteriore rispetto all'originaria soluzione di lasciare la realizzazione del credito all'autotutela privata, sia pure ormai posta sotto un controllo quantomeno formale degli organi statuali (come si vede avvenire con particolare chiarezza nella *manus iniectio*, ma che forse dovette altresì caratterizzare le fasi più risalenti della *legis actio per sacramentum in rem*, dove, prima di giungere alla soluzione di procedere in via esecutiva contro i *praedes*, non è forse da escludere che l'attore, vinta la causa, potesse senz'altro riprendersi la cosa con la violenza): ed essa appare invero soluzione per così dire naturale in un ordinamento alquanto restio – sempre ammesso che una simile idea potesse effettivamente venire presa in considerazione – ad occuparsi direttamente, attraverso propri organi e forze di polizia, della realizzazione coattiva delle *sententiae* dell'*ordo iudiciorum* (emanate non a caso – l'argomento andrebbe ovviamente anche qui approfondito – da quello che viene qualificato '*iudex privatus*'). Del resto, si può qui ricordare come l'unico effettivo caso in cui, pur nelle dubbie testimonianze delle fonti su tale punto, si giunga a rinunciare alla struttura formulare che implica la pe-

pecuniarietà della condanna alternativa allo spontaneo adempimento prima della sentenza, sia l'ipotesi, del tutto peculiare, della *vindicatio ex servitute in libertatem*, ove – ammesso che si sia effettivamente ricorso a tale proposito alla formula petitoria della *rei vindicatio* – risultava in ogni caso escluso che il convenuto, pagando la *litis aestimatio*, potesse in tal modo trasformare in schiavo un uomo di cui era stato accertato lo *status libertatis*: ma questo, verosimilmente, poté in ogni caso realizzarsi soprattutto in relazione al fatto che qui, al di là di secondari e limitati problemi risarcitori, lo scopo dell'azione si realizzava mediante il semplice accertamento – in una pronuncia quindi innanzitutto dichiarativa – dello condizione di libero del soggetto indebitamente trattenuto in schiavitù.

In questa prospettiva, sembrerebbe più esatto scorgere nella pecuniarietà della condanna una tappa storica inevitabile in un contesto culturale le cui possibili linee di trasformazione erano in non poca parte già tracciate dalle vicende del passato, e quindi non certo nei termini di una costruzione divisata quale ideale da una giurisprudenza onnipotente nelle sue scelte costruttive, bensì come il prodotto appunto storico di una evoluzione in cui i *prudentes* hanno alla fine solo più o meno limitate, anche se magari geniali, possibilità di intervento. Né, sotto tale aspetto, può certo apparire semplicemente casuale il fatto che il diritto romano pervenga alla esecuzione in forma specifica solo in un nuovo contesto processuale quale la *cognitio extra ordinem* (usando il termine al singolare, al di là di ogni manierismo del «giuridicamente corretto», per contrapporre nel complesso tali nuove forme contenziose ai sistemi dell'*ordo iudiciorum*), ove sono mutati pressoché dalle fondamenta non solo i presupposti e la struttura del processo, ma la sua stessa concezione di fondo (ed in effetti, se normalmente l'attenzione del romanista tende a concentrarsi sul sistema, tipicamente romano, dell'*ordo iudiciorum*, così da enfatizzare come assoluti ed epocali i mutamenti conseguenti al passaggio dalle *legis actiones* alle *formulae*, non sembra peraltro da dimenticare come la *cognitio extra ordinem* costituisca in realtà – cosa che in tale peculiare visuale tende ad essere trascurata – la vera radicale rottura rivoluzionaria, tanto da potersi collegare quasi senza soluzione di continuità alle più moderne forme di processo).

3. A sua volta, l'indagine di Raimondo Santoro, pur non rifiutando le conclusioni di Carlo Augusto Cannata in ordine al valore tendenzialmente generale del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*', è in ogni caso portata a collocare la dimostrazione della «assolutorietà» di fondo del processo romano in una prospettiva più duttilmente storica, coordinandola con maggiore completezza all'aspetto sostanziale della pretesa fatta valere in giudizio ed indagando in tale prospettiva l'evoluzione per tal verso subita dalla stessa nozione di '*obligatio*'. L'autore muove innanzitutto (p. 2) dalla nota definizione celsina (3 *dig.*) di '*actio*' recata da D. 44.7.51 ('*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi*'), insistendo soprattutto su come essa, partendo dallo strumento processuale, tuttavia rinvii al contempo, «nella mancanza di una nozione di diritto subiettivo, ad un momento sostanziale» che non è molto distante da esso (duplicità di aspetti che è peraltro da cogliere in una prospettiva diacronica, cosicché sinora non sempre «è assurdo alla consapevolezza degli storici del diritto» come tale definizione, oltre che un valore processuale, assuma altresì precise implicazioni sostanziali).

Si insiste così su come, in tale visuale, l'*actio* divenga il «potere di perseguire mediante la formula-*iudicium* il contenuto del rapporto sostanziale tutelato» e quindi, «dato che la definizione si riferisce specialmente all'*actio in personam*, il *debitum* attraverso la prestazione», e si sottolinea il valore sostanziale che l'espressione '*quod sibi debeatur*' assumerebbe nell'indicare nella sua concreta effettività la pretesa dell'attore, in un processo storico che porta, in età classica, a pervenire ad una definizione di *obligatio* (*Iust. inst.* 3.13.pr.: '*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*') incardinata sull'elemento decisivo di un «vincolo giuridico caratterizzato dalla necessità dell'adempimento della prestazione», mentre i precedenti impieghi del termine nella tarda repubblica o nel primo principato «attestano un valore di '*obligatio*' come atto costituente un vincolo, piuttosto che come rapporto obbligatorio». Ed è appunto in relazione alle definizioni classiche di '*actio*' e di '*obligatio*' che va collocato il principio '*omnia iudicia absolutoria esse*', il quale a sua volta, «come Carlo Augusto Cannata ha ben colto», è per Raimondo Santoro da collegare all'indub-

bia circostanza (p. 2 s.) che, «nel consentire che il convenuto possa ottenere l'assoluzione attraverso la *satisfactio* dell'attore pur dopo la *litis contestatio* in ogni categoria di azioni, i Sabiniani mostrano di considerare l'azione, in generale, come lo strumento volto ad ottenere l'attuazione di una situazione subiettiva che si presta ad essere sussunta nella categoria del diritto subiettivo».

Per tal verso, dunque, quanto emerge dall'evoluzione del concetto di *'obligatio'* è la sempre maggiore attenzione verso un'idea di effettiva *'satisfactio'* che, se in Gaio (*inst.* 4.114) si concretizza nell'adempimento dell'obbligazione per le *actiones in personam* e nella *restitutio* per le *actiones in rem* (e in cui rientra altresì, in particolare, la *cautio* che vale ad assicurarla), più in generale (p. 3 nt. 17) si pone in relazione, pur non identificandovisi del tutto, con la necessità di fondo di realizzare il *'desiderium'* dell'attore (richiamando tra l'altro a tale proposito Gai., *inst.* 4.41, relativo alla *intentio* in cui *'actor desiderium suum concludit'*, e Gai. 5 *ad ed. prov.*, D. 2.8.1: *'... nam ut satisfacere dicimur ei, cuius desiderium implemus, ita satisfacere dicimur adversario nostro, qui pro eo, quod nobis petit, ita cavet ut ...'*). In tale più ampio contesto si deve quindi più esattamente collocare, nel suo emergere storico, la regola *'omnia iudicia absolutoria esse'* (e a tale proposito si potrebbe altresì richiamare – anche se l'argomento non sarebbe in ogni caso di per sé del tutto conclusivo – come, per quanto riguarda il periodo più antico, una possibilità di assoluzione *post litem contestatam* sembri tra l'altro meno agevole in vista della regola per cui la *solutio* doveva in linea di principio avvenire attraverso un atto eguale e contrario a quello con cui era sorta, quale la *solutio per aes et libram* o l'*acceptilatio* verbale o letterale).

Tuttavia, si aggiunge subito (p. 3), come si è visto «il principio va considerato soprattutto in prospettiva diacronica», cosicché, se i proculiani rappresentano in tale sviluppo una tappa, in cui la possibilità di una soddisfazione del concreto rapporto sostanziale, anche *post litem contestatam*, comincia ad emergere grazie ad azioni particolari come quelle dotate di clausola restitutoria ovvero quelle di buona fede, la dottrina sabiniana si collocherebbe un passo più avanti, e può arrivare a tale risultato proprio in quanto in sintonia con quello «stesso sviluppo che ha condotto alle definizioni classiche dell'*actio* e dell'*obligatio*», e che «anzi, più precisamente, ne costituisce la ragione» (il che, in ultima analisi, equivale ad escludere che il principio *'omnia iudicia absolutoria esse'* descriva in quanto tale una realtà generale sottesa al processo formulare, da mettere addirittura in relazione con la scelta di adottare tale sistema in sostituzione delle vecchie *legis actiones*, ma pone più prudentemente il carattere «assolutorio» del processo romano quale punto di arrivo di una elaborazione non priva di esitazioni e di posizioni giurisprudenziali tra loro alquanto diversificate). La tappa successiva di tale sviluppo, coerente con tali premesse, sarà infine (p. 5) «il fatto che le *cognitiones extra ordinem*, liberando l'azione dai vincoli della *conceptio verborum*, riconoscano la *condemnatio in ipsam rem* e la esecuzione in forma specifica come mezzi volti a realizzare direttamente la situazione sostanziale»: una nuova concezione del diritto in cui «le situazioni giuridiche subiettive, ora pienamente distinte dal processo, hanno il loro fondamento nelle norme e l'azione è ridotta a mero strumento processuale che ne assicura la tutela giudiziaria, in caso di violazione, con la soddisfazione dell'interesse protetto».

4. Se queste sono, esposte per sommi capi – e senza potere qui entrare, specie per quanto riguarda la seconda, nelle più vaste e complesse implicazioni interpretative che fanno loro da sfondo – le posizioni di Carlo Augusto Cannata e di Raimondo Santoro, e se d'altra parte, nei loro concreti risultati ricostruttivi, esse corrispondono pianamente, come si è accennato, ad una convinzione in linea di massima alquanto diffusa nella romanistica contemporanea, a questo punto si può peraltro notare come gli argomenti rinvenuti per attestare tale «assolutorietà» di fondo del processo romano, in particolare formulare, risultano nel loro complesso più che altro indizi magari preziosi e non secondarie riprove a posteriori di tale peculiarità, ma non certo una vera e propria dimostrazione positiva di tale fenomeno in se stesso.

Tale «assolutorietà», infatti, viene individuata attraverso i suoi effetti (in particolare, la sua maggiore rispondenza ad una effettiva soddisfazione della pretesa attorea) e soprattutto in vista della sua sintonia con un processo interpretativo che conduce il diritto sostanziale ad una sempre maggiore attenzione verso la obbligazione come diritto a pretendere dalla controparte una determinata

prestazione: ma non viene minimamente toccato l'aspetto fondamentale della questione, ossia la propensione romana a tentare fino all'ultimo, ossia sino a che non si giunga all'emanazione della sentenza, di pervenire ad una soluzione conciliativa che eviti i rigori, peraltro non sempre del tutto soddisfacenti per l'attore, della condanna del convenuto: per tal verso, dire che lo spontaneo adempimento è preferibile all'ottenimento di una somma di denaro, è aspetto per un verso pressoché ovvio, ma d'altra parte non spiega affatto, nel conservarsi inalterato della *condemnatio* pecuniaria, perché il processo, nel suo fondamentale tecnicismo che nell'età repubblicana aveva addirittura condotto ad escludere quasi del tutto l'adempimento dopo la *litis contestatio* vedendo al contrario in questo istituto una novazione che escludeva intrinsecamente la configurabilità di una prestazione tardiva, si pieghi poi, attraverso il prevalere della dottrina sabiniana, a tale opposto risultato, generalizzando ad ogni tipo di azione la possibilità di un'assoluzione del convenuto grazie al suo tardivo arrendersi alle pretese della controparte (e per tal verso si può tra l'altro notare come tale «assolutorietà» del processo non sia di per sé un fenomeno da porre necessariamente in una evoluzione che conduce poi, nella *cognitio extra ordinem*, alla esecuzione in forma specifica, dato che quest'ultima caratteristica è altresì presente in forme di processo che, come il nostro, tendono a presentarsi come *extrema ratio* cui si ricorre quando ogni possibilità di accordo è in linea di massima tramontata e la via contenziosa che sfocia nella decisione del giudice di norma si presenta ormai come la sola soluzione possibile).

D'altra parte, se è innegabile che i Romani risultino avere una certa propensione all'accordo e all'adempimento anche nelle more del procedimento, non vengono peraltro indagate le peculiarità che, prima ancora di rendere tecnicamente possibile tale eventualità, dovevano di fatto condurli a tentare di arrivare a un accordo anche quando erano giunti, presumibilmente dopo il fallimento di ogni precedente trattativa, a tale fase contenziosa di contrapposizione delle opposte posizioni. Né, in tale tipo di indagine, si cerca menomamente di rendersi conto del generale contesto, non solo strettamente giuridico, che poteva favorire un simile atteggiamento.

Si tratta, in poche parole, di tenere presente quale oggetto di indagine altresì l'aspetto per così dire «sociologico» della questione: passo che ovviamente può destare non poche perplessità in un ambiente scientifico ove negli ultimi decenni sono stati non a torto stigmatizzati i metodi di ricerca che, privilegiando sugli aspetti tecnico-costruttivi la storia esterna degli istituti, hanno finito per trascinare dallo studio giuridico dell'ordinamento ad una analisi di tipo più che altro sociologico del diritto; tuttavia, se è da diffidare di tale tendenza «nouvellevaguiste» che studia il diritto con metodi sociologici, è nondimeno da rifiutare, per analoghe anche se opposte ragioni, il tentativo di risolvere attraverso strumenti soltanto tecnico-giuridici problemi che sono viceversa in buona parte se non innanzitutto sociologici, come appunto la tendenza a ricercare in ogni maniera, anche dopo l'instaurazione della lite, un accordo che ponga fine alla controversia (problema che diviene propriamente giuridico soltanto quando l'ordinamento risponde, con strumenti processuali, a tale tendenza).

In effetti, soprattutto in contesti antichi così come in genere nelle culture cosiddette «tradizionali» o «primitive», la ricerca di una soluzione conciliativa non risulta da porre in quanto tale in relazione con la psicologia del singolo, ma piuttosto nel quadro di interazione dei gruppi di cui l'individuo è espressione, e quindi nei rapporti tra le forze *lato sensu* sociali che vengono a contatto e si confrontano in occasione di un conflitto di interessi che contrappone due soggetti. Per tal verso, si tratta dunque, se non di porre in primo piano, quantomeno di non dimenticare del tutto aspetti antropologico-giuridici che in effetti vengono magari considerati dal romanista nell'affrontare certi ordini di problemi (come in primo luogo quelli relativi alle origini dell'ordinamento romano, genere di studi dove peraltro è alquanto diffusa la tendenza a considerare Romolo come una sorta di Adamo dei primordi dell'umanità), ma sono pressoché del tutto ignorati quando si affrontano altri temi, per i quali tuttavia, specie quando si tratti di indagare questioni di origine, una pur cauta considerazione di ordine comparatistico ed etnologico non si rivelerebbe forse del tutto inutile.

In tale prospettiva, può dunque divenire essenziale indagare brevemente il ruolo di fondo che il «processo» assume nelle società antiche, considerando cioè quel generale alveo storico-antropologico in cui anche le stesse *legis actiones*, studiate dai romanisti soprattutto nei loro spetti tecnico-giu-

ridici, trovano nei loro primordi in loro naturale contesto culturale. Ponendosi da questo punto di vista, si può notare come nelle società «primitive» il processo in senso proprio tende a stemperare la propria specificità nel più vasto quadro dei cosiddetti meccanismi di «composizione delle dispute» («disputes settlement»): argomento che risulta essere stato alquanto privilegiato negli studi antropologici, poiché il suo studio consente non solo di individuare il «diritto» di una determinata cultura (cosa non sempre facile e immediata) attraverso le operazioni reali in cui esso si manifesta nella società, ma altresì di indagare come anche le dispute si collochino inestricabilmente nelle relazioni e negli eventi di un processo sociale più ampio che tende a identificarsi con le stesse strutture di fondo di quella cultura. Se quindi per l'antropologo è essenziale considerare la singola disputa non solo nel quadro dei rapporti tra i litiganti, ma altresì nell'ambito dell'intero contesto socio-culturale in cui si manifesta e si produce – cosicché l'analisi delle concrete ipotesi di controversia contribuisce nella sua prospettiva di studio a chiarire la natura dei rapporti tra i gruppi, i punti di tensione dell'organizzazione comunitaria e i centri di autorità e di potere su cui essa si incardina – ecco che tale più vasto punto di vista per un verso può condurre a rintracciare i meccanismi alla base delle dispute e della loro ricomposizione (meccanismi che sono sovente strumento di legittimazione della distribuzione del potere in quella società), ma d'altra parte, per quanto riguarda la materia più propriamente giuridica (o, se si vuole, antropologico-giuridica), tale impostazione di fondo mostra soprattutto come in una società «primitiva» il processo in senso stretto non è ancora pervenuto ad una propria dimensione specifica e quindi ad un isolamento tecnicistico, ma si inserisce in un quadro più vasto, per lo più non strettamente giuridico, in cui tende a stemperarsi nella variegata molteplicità dei mezzi che possono servire a porre rimedio alla controversia. Per tal verso, mentre in una prospettiva propriamente giuridico-dogmatica ciò che si impone all'attenzione dell'interprete è la contrapposizione tra le due parti in causa, ciò che soprattutto interessa invece in una prospettiva antropologico-giuridica sono le forze sociali ad esse sottese, tra le quali per vari versi si attua lo scontro e si giunge all'eventuale ricomposizione successiva della controversia.

I meccanismi di risoluzione delle dispute variano ovviamente da una società all'altra, essendo strettamente connessi ai valori e alle credenze distintivi di ognuna e tutt'uno con i rispettivi sistemi di controllo sociale, e possono andare da ipotesi ove il compito di appianare la disputa viene lasciato ai legami, molteplici e conflittuali, di reciproca lealtà e dipendenza che attraversano i vari gruppi, a soluzioni particolari come il duello di canti ritualizzato ovvero l'intervento di stregoni o sciamani o di agenti naturali sino al ricorso all'ordalia o a forme ritualizzate di violenza, che possono altresì sfociare in un sistema istituzionalizzato di vendette e faide, mentre sovente è la negoziazione diretta tra i disputanti oppure accompagnata dall'intervento di terzi ad essere la soluzione che prevale. In ogni caso, tali forme di composizione precedono storicamente il processo vero e proprio, in quanto l'affermazione di strutture esplicitamente destinate alla risoluzione delle controversie tende a realizzarsi solo in momenti relativamente avanzati della storia (ed è di regola preceduto da una decisiva fase arbitrare): ed anche quando si è istaurato, non sempre dà immediatamente luogo a un sistema di norme che risultino senz'altro applicate senza che ulteriori aspetti di tipo più latamente sociale possano talvolta o sovente prevalere su di esse. D'altra parte, specie per quanto riguarda i suoi primordi, da un punto di vista etnologico risulta agevole riscontrare come, se il fine del processo è in linea di massima quello di chiarire il comportamento delle parti in conflitto riconducendolo nell'alveo del rispetto delle norme generali, questo accertamento tende a compiersi attraverso la mediazione di una serie di concetti flessibili, modellati sulla base delle regole morali, delle conoscenze di senso comune, delle pratiche condivise in quella cultura, in modo tale da tener conto delle tante variabili della vita sociale in cui il processo stesso si colloca.

5. Per tal verso, l'instaurarsi di precise forme processuali di tipo giuridico non è quindi da considerare, da un punto di vista storico, in una prospettiva di netta alternatività rispetto alle forme di composizione delle dispute di tipo sociale che l'hanno preceduto, bensì nei termini di una loro diretta e più perfezionata discendenza, che di esse conserva in ogni caso, pur nella sua dimensione relativamente

tecnicistica, le impostazioni e i criteri di risoluzione delle liti che caratterizzano quelle cultura. E se queste pur minime notazioni di tipo antropologico-giuridico possono forse rivelarsi non inutili per esaminare alla loro luce taluni specifici aspetti delle forme processuali romane più arcaiche, ossia della *manus iniectio* e della *legis actio per sacramentum*, non sembra d'altra parte superfluo, a questo punto, soffermarsi ancora un poco in questa digressione considerando brevemente i principali dati offertici, in una prospettiva comparatistica, dal diritto greco più antico, specie in relazione al mondo omerico.

Come sottolineava Bronislaw Malinowski, nelle culture «primitive» il carattere pubblico e tribale dei culti, che ne costituisce una caratteristica essenziale conformando la religione ad una dimensione collettiva, appare conseguenza di una più profonda visuale della realtà ontologica nella quale, come già osservava Émile Durkheim, la religione è «sociale» perché tutte le sue entità, il suo dio o i suoi dei, e quindi la sostanza di cui tutti fenomeni religiosi, sono costituiti sono né più né meno dalla società stessa in una versione divinizzata: questa impostazione totalizzante, che ovviamente può venire qui soltanto accennata, non è priva di conseguenze, dal punto di vista che interessa, sullo stesso esplicarsi del diritto, sia per quanto riguarda la formazione della norma giuridica, che è accettata appunto in quanto riflette tale dimensione totalizzante, sia in relazione al concreto determinarsi di essa nella soluzione di una disputa, dato che questa composizione nei contesti «tradizionali» o «primitivi» si svolge anch'essa in un ambito appunto collettivo, secondo procedure decisionali improntate ad un carattere insieme corale e sacrale in cui, ricorrendo ad un noto modo di dire, la «*vox populi*» tende ad identificarsi e a diventare tutt'uno con la cosiddetta «*vox dei*»: la stessa disputa viene portata, secondo modalità che si ritrovano nelle più diverse culture, al cospetto dell'intera collettività, nei giorni in cui essa si riunisce, così come i principali negozi tendono a venire compiuti di fronte a tutti, in una dimensione collettiva dove, tra l'altro, la stessa atmosfera comunitaria può svolgere un ruolo non secondario nel condizionare la psicologia dei singoli ad una più facile rappacificazione, e dove il ruolo di intermediazione svolto dai più autorevoli membri della collettività viene ancor più immediatamente percepito nel suo intimo legame con le strutture e la cultura della società che essi rappresentano ed anzi incarnano.

Per quanto riguarda, come primo esempio, il mondo omerico, si può quindi notare in tale prospettiva come, al di là della punizione divina, vista essenzialmente come eccezionale vendetta che riguarda le sole offese direttamente recate al dio, una estesa forma di controllo sociale appare in primo luogo costituita da quel senso di vergogna (*αἰδώς*) che – in quelle che tempo fa, in contrapposizione alle «civiltà di colpa» («guilt-culture»), erano definite appunto «civiltà di vergogna» («shame-culture») – poteva automaticamente funzionare come sorta di autosanzione per chi si fosse allontanato dai modelli di comportamento approvati dalla società, particolarmente efficace nei confronti di coloro (*ἀγαθοί*) che per doti personali e meriti di stirpe occupassero in essa ruoli di un certo rilievo: una impostazione di fondo dei rapporti personali intrinsecamente comunitaria che condiziona nel modo più diretto gli stessi meccanismi volti a risolvere le situazioni conflittuali che potevano crearsi all'interno di tale società. A loro volta, i sistemi di composizione delle dispute in senso proprio conosciuti al mondo omerico consistono essenzialmente, com'è noto, nella sfida al giuramento (*ὄρκος*) e nell'intervento di un arbitro (*ἵστωρ*), mentre solo in casi più estremi si poteva giungere a ipotesi in cui era senz'altro richiesta la vendetta dell'offeso (cui peraltro ci si poteva sottrarre con l'esilio ovvero con il pagamento di una *ποινή*): ma quanto soprattutto qui importa notare è come tali sistemi richiedano in ogni caso un accertamento corale da parte della comunità, davanti alla quale si svolgono le dispute tra i due interessati, e che nella sua totalità tende a costituire il testimone della corretta applicazione di tali meccanismi di risoluzione delle dispute nonché della condivisibilità dei risultati cui essi conducono.

Se si pensa ad esempio al noto episodio della corsa dei carri, tenuta in occasione dei giochi per i funerali dei Patroclo (*Il.* 23.287 ss.), ove le tre controversie che ne derivano avvengono e si risolvono sotto gli occhi della comunità, che implicitamente, con il suo silenzio e l'assenza di ogni ulteriore intervento, sancisce la corrispondenza della soluzione cui di volta in volta si è giunti al volere collettivo e alle consuetudini codificate: e questo non solo quando sorge tra Aiace e Idomeneo una

discussione su chi conduca la corsa, e quest'ultimo, dopo un reciproco scambio di insulti, scommette un tripode o un labete invitandolo a nominare entrambi *istor* Agamennone (v. 473 ss.), ma soprattutto quando, poco dopo (v. 534 ss.), Antiloco, di fronte alla proposta di privarlo del secondo premio (che Achille, con l'approvazione dei presenti, vorrebbe assegnare, mosso da pietà, ad Eumelo, il cui carro si è rotto per intervento di Atena), si ribella a tale idea dicendo di non essere disposto a cedere la cavalla posta in palio per il secondo arrivato e sfida chiunque tra i migliori guerrieri sia disposto a battersi con lui per togliergli tale premio: la ragione sostanziale di Antiloco convince Achille, suo amico, che preferisce quindi donare invece ad Eumelo qualcosa di proprio, in un pronto appianamento della tensione in cui nessuno di coloro che pur prima appoggiavano l'idea di privare Antiloco della cavalla ha nulla da ridire; e tale dimensione collettiva della risoluzione delle dispute risulta poi ancora più chiara nel terzo episodio (v. 566 ss.), in cui Menelao, terzo arrivato, accusa sempre Antiloco di comportamento scorretto durante la gara, ed invita questi, qualora insista nel pretendere il secondo premio, ad una sorta di giuramento decisorio, da compiersi, secondo l'uso (θέμις), dritto davanti al carro e con la frusta, toccando i cavalli e giurando quindi di fronte a Poseidone di non aver volutamente ostacolato in maniera sleale il carro di Menelao: anche qui, conscio del suo torto, Antiloco si rifiuta di giurare, e riconosce così le ragioni di Menelao, senza che nessuno degli astanti abbia a lamentarsi di tale soluzione della disputa: il «giudizio» così ottenuto da Menelao, infatti, risulta nella narrazione il coerente svolgimento dell'invito prima rivolto all'assemblea di emettere essa stessa un «giudizio» su entrambi (v. 573 s.: ἀλλ'ἄγετ', Ἀργείων ἡγήτορες ἠδὲ μέδοντες, / ἔς μέσον ἀμφοτέροισι δικάσσετε ...), invito che subito si traduce nella decisione di dare invece egli stesso, attraverso la sfida al giuramento decisorio, un giudizio di cui nessuno dei Danai avrà a lamentarsi, poiché sarà retto (v. 579 s.: εἰ δ' ἄγ' ἐγὼν αὐτὸς δικάσω, καὶ μ' οὐ τίς τιν φημι / ἄλλον ἐπιπλήξειν Δαναῶν ἰθεῖα γὰρ ἔσται): frangente in cui il ruolo di controllo corale svolto dall'assemblea – «nessuno avrà a lamentarsi» – si evidenzia nella maniera più immediata ed esplicita, e viene anzi sottolineato dallo stesso Menelao che invitando Antiloco a giurare si premura di ricordare come questa sia appunto la «consuetudine» (o la «giustizia» o il «diritto») consolidata (v. 581: ἢ θέμις ἐστὶ).

E se qui si tratta essenzialmente di un'assemblea di capi achei, e quindi di particolare autorità, il fatto che in generale il popolo in quanto tale partecipasse attivamente all'amministrazione della giustizia ci viene ancora una volta testimoniato, nei poemi omerici, dalla famosa descrizione dello scudo di Achille (*Il.* 18.497 ss.), dove tra l'altro si vede una scena processuale in cui, davanti al popolo raccolto nell'agorà, sorge una lite a proposito dell'avvenuto pagamento di una *ποινή*, ed entrambi i contendenti gridano le loro ragioni «dichiarandole in pubblico» e richiedono un giudice per ottenere una sentenza mentre il popolo acclamava all'uno o all'altro, «di qua e di là difendendoli», tanto che gli araldi devono trattenere la folla: qui i giudici invocati dai litiganti sono i *γέροντες*, ossia i membri più anziani ed autorevoli della comunità «che siedono su pietre lisce in sacro cerchio», i quali emetteranno la sentenza – forse sulla base di un'istruttoria affidata ad un arbitro (*ἵστωρ*) scelto di comune accordo dalle parti – assegnando altresì al vincitore i due talenti «scommessi» dai litiganti: ma anche in tale più recente fase, in cui l'ordinamento tende ad enucleare dei giudici stabilmente preposti alla risoluzione delle controversie, egualmente non viene meno quella partecipazione del popolo che assiste attivamente alla controversia, e quindi quel controllo corale che in tal modo viene esercitato dalla collettività sull'esatta applicazione della norma consuetudinaria ed in certo modo sulla giustizia sostanziale della soluzione cui si è pervenuti, in una falsariga evolutiva dove, soprattutto, risulta mancare qualsiasi cesura tra la fase più remota della coralità del giudizio popolare e la fase recenziore del processo demandato istituzionalmente dall'ordinamento a specifici organi della *civitas*. In un'epoca in cui non si è ancora affermata quella concezione «normativistica» che culminerà nell'opera dei legislatori del VII e del VI secolo ed il diritto è ancora in una fase istituzionale e conserva un carattere essenzialmente consuetudinario in cui appunto la legge naturale (*φύσις*) prevale sulla legge umana (*νόμος*), è il popolo nella sua valenza istituzionale a custodire quelle norme non scritte che, come dice Aristotele (*et. Nich.* 5.10 [1124b]), si fondano sul comune consenso (*ἄσφα ἄγραφα παρὰ πάντων ὁμολογεῖσθαι δοκεῖ*).

6. Il ruolo di implicito giudice collettivo svolto coralmemente dal popolo presente alla risoluzione delle controversie, che con il suo silenzio e la mancanza di ogni ulteriore intervento nella disputa approva e sancisce la soluzione cui si è giunti come posizione dell'intera comunità, appare in effetti costituire nelle società arcaiche una fondamentale garanzia di esatta applicazione delle norme consuetudinarie e della giustizia sostanziale di fondo nelle primitive forme «processuali», né risulta priva di positive implicazioni ricostruttive nello stesso mondo romano. Infatti la *manus iniectio*, che in ultima analisi consiste nella apprensione e nell'imprigionamento di un *civis* da parte del creditore (fenomeno analogo a quanto doveva avvenire già in precedenza, ma ora accompagnato decisamente dalla sanzione statutale costituita dall'intervento del magistrato che, dopo un controllo di tipo essenzialmente formale, pronuncia l'*addictio* del debitore), è ritenuta da vari studiosi, pur nel suo carattere in linea di massima esecutivo, la più risalente tra le *legis actiones* (anche se tali problemi di anteriorità o meno rispetto alla *legis actio per sacramentum* potrebbero forse porsi in maniera più corretta in relazione a contesti precivici e forse latini piuttosto che per l'età romana in senso proprio).

La possibilità dell'esistenza di un'azione di tipo tendenzialmente esecutivo senza una parallelo mezzo di accertamento preventivo, svolto mediante valutazioni anche solo sacrali delle ragioni delle parti, ha lasciato molti studiosi alquanto perplessi, ed è anzi stata autorevolmente ritenuta alquanto di «anarchico e, a ben vedere, difficilmente pensabile», come afferma Bernardo Albanese; ma il motivo per cui resta di per sé ipotizzabile che una simile azione potesse nelle sue origini fare a meno di una preventiva azione di accertamento è da rintracciare proprio nel fatto che, in un piccolo centro, quale è alle origini Roma, in cui ogni transazione avviene nella piazza principale e nel mercato alla presenza di tutti, l'esistenza di un rapporto di credito è nel caso fenomeno noto più o meno all'intera cittadinanza, che doveva anche qui fungere nel suo complesso, in caso di controversia, come sorta di giudice corale, anche se talvolta silenzioso, delle opposte pretese e quindi della giustizia sostanziale della soluzione cui si giungeva: per cui qualora la pretesa fosse risultata o inconfigurabile rispetto ai casi consuetudinariamente ammessi o manifestamente infondata nella sostanza non sarebbe mancata una disapprovazione della collettività che, traducendosi nel caso nell'intervento di una figura prossima al *vindex* di età storica, avrebbe in ogni caso impedito che un membro della *civitas* potesse cadere in una situazione di soggezione assai prossimo se non, in antico, addirittura coincidente con lo stato di schiavitù (per non parlare poi delle ancor più esiziali conseguenze cui poteva dare luogo, con la messa a morte del debitore, la norma ancora presente in *xii Tab.* III.6, in base alla quale '*tertiis nundinis partes secanto*': norma, del resto forse mai effettivamente applicata, che verosimilmente nella sua applicazione avrebbe dato a forti tensioni tra i gruppi sociali, così come del resto doveva avvenire nel caso del taglione previsto da *xii Tab.* VIII.2 per il *membrum ruptum*).

E se in una fase successiva il controllo magistratuale dovette verosimilmente ufficializzare e rendere più sicura tale forma di sorveglianza sociale senza peraltro sostituirla del tutto, è d'altra parte da tenere presente che, altresì in età storica, i crediti fatti valere attraverso la *manus iniectio* o erano per così dire certificati dalla *confessio* del debitore, oppure consistevano in rapporti di credito relativamente notori: oltre al caso del ladro colto in flagrante (*fur* appunto *manifestus*), vi erano infatti le ipotesi del garante che agisse in via di regresso *ex lege Publilia* contro il debitore principale ovvero contro gli altri garanti *ex lege Furia de sponsu*, del legatario che si rivolgesse all'erede perché fosse data esecuzione al lascito, e quindi il caso di chi avesse ricevuto un legato superiore al limite di mille assi fissato dalla *lex Furia testamentaria*, nonché, forse, quello di chi avesse subito un danno sanzionato dalla *lex Aquilia*; anche in epoche più recenti tale sistema di esecuzione, che prescindeva da una preventiva dichiarazione giudiziale del debito, riuscì quindi tranquillamente a sopravvivere verosimilmente grazie a tale lata notorietà delle fattispecie che vi davano luogo, pur nell'affermarsi dell'azione d'accertamento costituita dalla *legis actio per sacramentum* e nel conseguente aggiungersi a tale forma di tutela *lato sensu* esecutiva di quella, poi archetipica, della condanna processuale (che secondo alcuni sarebbe anzi stata ritenuta in origine definitivo titolo per l'esecuzione appunto perché parificata ad una *confessio*, intendendo così, in epoca arcaica, il noto principio '*confessus pro damnato habetur*' come

esattamente rovesciato, nel senso che il condannato – ‘*damnatus*’ – sarebbe stato da considerare come *confessus* e, proprio in virtù di tale equiparazione, sottoponibile alla *manus iniectio*).

Per tal verso, se oggi si tende a considerare la *manus iniectio* nei termini di un’azione esecutiva, non è dunque da trascurare, in relazione all’età più arcaica, come tale realizzazione coattiva del proprio diritto, attuata in forma di autotutela privata, cui solo a partire da una certa epoca si aggiungereà l’intervento formale del magistrato, avveniva in ogni caso *coram populi*, ossia in una dimensione pubblica in cui l’*addictio* del debitore poteva realizzarsi soltanto grazie alla tacita approvazione della collettività, che riconosceva nella fattispecie in questione la presenza di un’ipotesi cui le consuetudini collegavano tale estrema misura, mentre qualora si fosse ritenuto che la pretesa del creditore fosse infondata non sarebbe verosimilmente mancato, anche al di là della diffusa disapprovazione che avrebbe privato l’impossessamento del debitore di ogni parvenza di legalità, l’intervento di uno o più difensori, antesignani del *vindex* in senso tecnico, che avrebbero impedito, anche grazie all’appoggio comunitario, che si compisse un atto di apprensione di un *civis* reputato illegittimo dalla collettività (non si dimentichi, del resto, che varie ipotesi in origine oggetto della *manus iniectio* dovevano, in virtù della notorietà dei fatti che vi davano luogo, dare poi luogo ad azioni *in duplum adversus infitiantem*). In altri termini, pur risultando agli occhi moderni per lo più in mero atto di autotutela privata eseguito unilateralmente dal soggetto interessato con il controllo formale, a partire da una certa epoca, del magistrato, in realtà tale atto di apprensione doveva necessitare sin dalle sue più remote origini di quella che Lucien Lévy-Bruhl definiva «ratifica del gruppo sociale», ossia di una sorta di partecipazione collettiva all’atto su cui si fondava il suo strutturale valore comunitario e da cui appunto esso traeva legittimità, divenendo così accettabile da parte della collettività in quanto conforme alle sue consuetudini. Per tal verso, quindi, quella che alla dogmatica moderna è da classificare come un’azione esecutiva si doveva in realtà tradurre, nella sua dimensione corale e comunitaria, in una primitiva forma di accertamento diffuso della configurabilità e della effettiva sussistenza della pretesa fatta valere dal creditore, e quindi in una non improbabile prima ipotesi di rito *lato sensu* processuale che, sottoponendo la pretesa creditoria ad un informale ma non per questo meno efficace controllo da parte del gruppo sociale, fungeva altresì da sorta di dichiarazione definitiva della sussistenza della pretesa azionata: in una prospettiva strettamente giuridica che muova invece da una concezione per così dire adulta del diritto, tale lato accertamento corale non può che sfuggire, degradato inevitabilmente a mero dato sociale senza alcuna precisa valenza tecnica, così da far considerare la *manus iniectio* quale mezzo *tout court* esecutivo, da contrapporre, insieme alla *pignoris capio*, alla *legis actio per sacramentum* e alle azioni di accertamento di età più recente.

Una tale forma di controllo sociale della legittimità di un determinato atto, del resto, non è affatto isolata nel mondo romano, né è soltanto propria del contesto più arcaico, ed anche se su piani *lato sensu* costituzionali alquanto sfumati quali sono le consuetudini che presiedono all’arresto e alla carcerazione dei cittadini, non è difficile scorgere le precise tracce di tale funzione legittimante dell’approvazione popolare: l’arresto – che non è impossibile paragonare ad una sorta di *manus iniectio* pubblica – avviene infatti alla presenza della comunità, che non assiste inerte a tale procedura, ma può approvarla con il suo silenzio o disapprovarla in varie forme, secondo procedure cui la tradizione attribuisce un significato giuridico sufficientemente preciso. Talvolta parenti e amici, convinti della colpevolezza del reo, magari confessò, assistono al suo arresto in silenzio e senza resistenza alcuna, in un abbandono del soggetto agli organi pubblici che tende ad assumere un chiaro significato di negazione di ogni legame comunitario con esso; ma sovente, invece, il dissenso verso l’arresto coinvolge la massa di coloro che assistono alla scena, e subito i parenti si mettono ad urlare e ad invocare l’aiuto dei presenti, per giungere nel caso ad estendere quanto più possibile la protesta sino a giungere ad una forma di diffusa opposizione popolare che in concreto può anche degenerare, al di fuori di ogni prospettiva di legalità, in una rivolta violenta tale da impedire l’arresto, ma che, da un punto di vista astrattamente giuridico, si traduce per lo più in atti che, oltre che in termini di ricorso allo *ius auxilii* dei tribuni della plebe, possono nel caso venire qualificati in maniera relativamente tecnica come ‘*quiritatio*’ ovvero come ‘*provocatio*’: con il primo termine, che il *Lexicon* del Forcellini

definisce, specie in riferimento a Varr., *ling. Lat.* 6.7.68 (*‘quiritare dicitur is, qui Quiritium fidem clamans implorat’*) come «humanae divinaeque opis imploratio», ci si riferisce infatti ad un istituto consuetudinario ed ormai socialmente codificato (ve ne sono ampie tracce in Plauto come in Livio) prossimo alla *‘endoploratio’* di cui sono rinvenibili sufficientemente precise corrispondenze sia nel mondo ebraico – si ricordi in particolare VULG., *Job.* 19.7: *‘ecce clamabo, vim patiens, et nemo audiet’* – sia in quello greco sin da Omero – si pensi alle invocazioni di aiuto dei Ciconi dopo il saccheggio di Ismaro (*Od.* 9. 47 ss.) o alle grida con cui Polifemo chiama gli altri ciclopi (*ibid.*, 399 s.) –, dove si precisa e ritualizza nella figura della βοή – «richiamo», «richiesta di aiuto» e quindi «preghiera», «supplica» –, con cui nei momenti di pericolo si invoca ritualmente il soccorso di parenti e amici (si vedano ad esempio Aesch., *suppl.* 729 ss., Soph., *Oed. Col.* 884 ss., ed Eurip., *Hec.* 1088 ss. e *Troiad.* 999); con il secondo termine, che prima di indicare tecnicamente la *provocatio ad populum* significa in generale – per tal verso non troppo diversamente da *‘quiritare’* – *‘foras vocare’* (*‘evocare’*), ci si riferisce in maniera relativamente più tecnica alla richiesta di aiuto che il *civis* fermato dal magistrato rivolge, oltre che ai tribuni della plebe, al popolo nel suo insieme (*‘provocare ad populum’* nel lato senso di *‘implorare fidem’* e *‘praesidium populi’*), come mostrano in particolare la terminologia della narrazione liviana relativa – *urb. cond.* 2.55.4-9 – all’episodio di Publio Volerone, che la plebe sottrae ai littori dei consoli, nonché, per certi versi, alla fine del decemviro Appio Claudio – *ibid.* 3.56.2 ss. –, la cui supplica rivolta al *praesidium* e alla *fidem* del *populus* viene invece accolta, com’è noto, da un greve e significativo silenzio).

Né tali fenomeni di partecipazione popolare si limitano al momento dell’arresto, e di solito, una volta che esso sia stato effettuato, i parenti, gli amici, il popolo presente – gli storici spesso segnalano anche la presenza di suoi membri qualificati come i membri del senato – si organizzano in un corteo che segue l’arrestato sino al carcere (di solito il *Tullianum*) manifestando la propria indignazione, gridando, lamentandosi e suscitando una emozione collettiva quanto più violenta possibile, e quindi fermandosi poi davanti al carcere in cui il soggetto viene rinchiuso per continuare a testimoniare il proprio dissenso e la propria protesta: per tal verso, è stato osservato, il potere di coercizione del magistrato che dà l’ordine di arresto trova il suo limite nella capacità di resistenza del gruppo cui appartiene la vittima, e la garanzia effettiva di cui dispone il *civis* – specie in periodi di forti contrasti civili – finisce dal dipendere, più che dalle norme giuridiche, dai rapporti di solidarietà che può mobilitare e mettere in gioco. Anche se la storiografia romana tende a mettere tali episodi soprattutto in relazione alla contrapposizione politica tra patrizi e plebei prima e poi a quella tra ottimati e popolari, trascurando la quotidianità del fenomeno e i casi in cui esso riguarda ipotesi più oscure di arresto, le fonti conservano un notevole numero di testimonianze di tale «grand rituel procédural» – come lo definisce Jean-Michel David –, che appare in ultima analisi trovare il proprio riconoscimento giuridico in una tradizione *lato sensu* costituzionale che lo mostra alla comunità ed agli stessi organi della *civitas* come conforme ad un lato giudizio popolare di legittimità in qualche modo necessario, che se talora può sfociare in meri episodi di violenza, può d’altra parte giungere ad estendersi in una rivolta sufficientemente vasta da divenire rappresentativa di tutta la collettività e quindi tale da mettere quindi in dubbio l’operato magistratuale in quanto tale. Così, ad esempio, quando Manlio Capitolino viene arrestato nel 385 d.C. dal dittatore Publio Cornelio Cosso, gran parte della plebe si veste a lutto e attende mesta presso il carcere, sinché con la sua perseveranza ottiene un senatoconsulto che lo rimette in libertà (*Liv., urb. cond.* 6.16.4), mentre Marco Porcio Catone, fatto arrestare in senato nel 59 a.C. dal console Giulio Cesare, evita di appellarsi all’*intercessio* tribunitia e si avvia alla prigione senza tuttavia cessare di parlare, cosicché si crea un corteo di popolo e di senatori che l’accompagna dimostrandogli la propria solidarietà (il senatore Petreio arriva a dire al futuro dittatore che preferisce stare con Catone nel carcere piuttosto che con lui nella curia), cosicché Cesare, di fronte a tale reazione della *civitas*, si sente costretto a far liberare il suo avversario (*Plut., Caes.* 14.11-12 e *Cat. min.* 33): di fronte ad un’opposizione particolarmente qualificata, in cui al popolo possono aggiungersi gli stessi senatori, l’arresto da parte del magistrato rischia di essere percepito come di per sé illegittimo e tale da far desistere lo stesso magistrato dalla sua attuazione, secondo una norma consuetudinaria sufficientemente condivisa da fare ad esempio sì che Cicerone, nella vicenda di Ca-

tilina, per arrestare Lentulo ed altri congiurati e metterli a morte, prenda la precauzione di guarnire il Foro di partigiani a lui fedeli, oltre che di alti magistrati con scorta armata, cosicché l'arresto avviene nel silenzio del popolo impaurito, quasi si trattasse «di una sorta di rito sacro che il ceto aristocratico compiva per la patria» (Plut., *Cic.* 22.2), e quindi in un apparente consenso che formalmente rispetta le norme e i modelli tradizionali che regolavano tale istituto.

7. Anche senza potere qui insistere più a lungo sulle varie ipotesi in cui l'atteggiamento della comunità può assumere un più o meno preciso valore giuridico, per quanto riguarda la *manus iniectio* risulta in ogni caso verosimile postulare che – anche prima e, in seguito, altresì indipendentemente dall'intervento magistratuale che, riconosciuta la legittimità formale della procedura, pronuncia il verbo 'addico' – la presenza di parenti e amici e, nel caso, di sempre più ampie cerchie della comunità dovesse non solo impedire, magari anche arrivando all'uso della forza, che si concretassero episodi di apprensione di *cives* da parte di pretesi creditori in fattispecie che potevano risultare giuridicamente inconfigurabili o sostanzialmente infondate, ma finisse altresì per favorire, in certo modo, un ancora possibile accomodamento della disputa, soprattutto con l'intervento di sodali del debitore particolarmente fidabili e solvibili, che in particolare, anche senza giungere senz'altro ad un'immediata *solutio* del debito ovvero a una transazione che chiudesse la questione, potevano far desistere la controparte dal porre immediatamente in essere la *manus iniectio* garantendo l'adempimento o con solennità giuridiche o comunque con intercessioni anche solo informali.

Ed un analogo effetto *lato sensu* «assolutorio» tale partecipazione popolare doveva del pari assumerla nei confronti dell'altra *legis actio*, quella accertativa, al cui proposito il ricorso al *sacramentum* costituisce verosimilmente un *prius* quale mezzo di risoluzione delle controversie che precede, come sistema autonomo, il successivo instaurarsi della vera e propria procedura d'accertamento, in origine di carattere sacrale e poi sempre più laica e razionale, che impernandosi sul quesito di quale dei due *sacramenta* sia *instus* giunge a verificare le ragioni delle parti e a decidere quale posizione sia da accogliere (e per tal verso è da ricordare come, secondo *xii Tab.* I.6, l'alternativa dell'accordo tra i litiganti *in limine* al processo – '*rem ubi pacunt, orato*' – venisse presa in considerazione, secondo una interpretazione del versetto una volta dominante anche se oggi sovente posta in dubbio in base al significato di '*orare*', dalla stessa regolamentazione legislativa dell'*iter* processuale: mentre anche per quanto riguarda la procedura di *ius fetiale* della *clarigatio* e della *indictio belli*, sembra del pari che essa fosse modulata, nella previsione di incontri tra gli omologhi sacerdoti dei due popoli, in maniera tale da lasciare aperta sino alla fine la possibilità di accordi tra le parti volti ad evitare la guerra).

Non è certo intenzione di queste affrettate e brevi notazioni entrare nella complessa – e forse un po' sterile – questione relativa alle primigenie soluzioni ordaliche ovvero augurali che in età risalente avrebbero risolto la questione dedotta in giudizio attraverso uno scontro dei contendenti o magari dei loro campioni oppure attraverso lo studio del volo di uccelli o l'esame delle viscere di vittime sacrificali, né soffermarsi sulle pur concrete tracce di una ritualizzazione della difesa privata di cui sarebbero riprove vari aspetti – dal simulacro di lotta all'ordine magistratuale '*mittite ambo hominem*' – del rito della *legis actio* conservatosi storicamente: è qui sufficiente, infatti, concentrarsi su quella reciproca sfida al giuramento (Gai., *inst.* 4.17: '*... sacramento te provoco ... et ego te ...*') che, almeno in età storica, costituisce il fulcro del meccanismo della *legis actio*, attraverso cui si conclude – altresì con la presentazione di garanti della *summa sacramenti* – la fase *in iure* e attraverso cui viene quindi dato luogo, *apud iudicem*, all'effettivo accertamento delle ragioni dei litiganti.

Nella letteratura romanistica, in effetti, studiando il *sacramentum* si tende per lo più ad indagare il significato religioso di tale atto e delle sue implicazioni processuali, vedendo in particolare nella promessa di una somma di denaro in caso di soccombenza una fase recenziore rispetto ad una situazione originaria in cui, consistendo com'è noto la '*pecunia*' dapprima in bestiame, oggetto del *sacramentum* erano in realtà probabilmente cinque pecore o cinque buoi a seconda del valore della causa (che poi diverranno i cinquanta o cinquecento assi di età storica), che venivano appunto consacrati, cosicché, consistendo il *iusiurandum* verosimilmente in una autoconsacrazione in caso di sper-

giuro, tali animali divenivano forse vittime sacrificali per espiare lo *scelus* del falso *sacramentum* (congettura che, per quanto di per sé plausibile ed elegante nelle sue architetture ricostruttive, appare nondimeno non del tutto agevole da coordinare con il principio, ampiamente riscontrabile ancora in età classica, secondo cui lo spergiuro è inespiable e la sua sanzione è affidata alla vendetta divina, secondo la regola – Tac., *ann.* 1.73.4 – ‘*deorum iniuriae dis curae*’). Tuttavia – anche se si ammette senza problema che, specie per le famiglie meno abbienti e segnatamente per i plebei cinque pecore o peggio ancora cinque buoi fossero una ricchezza non facilmente sacrificabile, cosicché il rischio di tale «costo processuale» doveva scoraggiare pretese o resistenze non solidamente motivate – in realtà la conclusione per cui simili fattori potevano in effetti far sì che in origine che ad avere valore decisivo fosse, più che il giuramento, soprattutto l’assenza del *sacramentum*, viene considerata soltanto quando si tratti dei problemi «di origine» della *legis actio per sacramentum* (cosiddetta ‘*actio testata*’, in cui il solo giuramento dell’attore è sufficiente a mettere fine alla lite risultando, nella sua unicità, in quanto tale approvato dagli dei): mentre invece nella trattazione tecnica del procedimento *in iure* l’ipotesi della ‘*confessio*’ del convenuto viene sovente lasciata perlopiù da parte, in una visuale concentrata sull’immediato argomento del capitolo (ossia il processo *per legis actiones*), evitando così di addentrarsi in fattispecie che, dogmaticamente, non appartengono a tale tema appunto in quanto conducono alla fine della fase d’accertamento ivi considerata e danno direttamente luogo a quella esecutiva. In tale suddivisione espositiva del processo, dunque, la «confessione» viene trattata come sorta di appendice e di argomento a sé, indagando soprattutto il formalismo che sembra esserle proprio in età storica – come in particolare suggerirebbe la supposta necessità che il convenuto, nella *legis actio sacramenti in personam*, di fronte alla domanda propria ‘... *id postulo aies an negas*’, al posto di negare riponesse esplicitamente ‘*aio*’ – e quindi proiettando il problema della *confessio* nelle architetture, per tal verso non poco remote, della *in iure cessio*.

Quello che quindi risulta poco considerato agli effetti della struttura originaria della *legis actio per sacramentum*, in effetti, è il dubbio che essa potesse in origine conformarsi su di una sfida al giuramento che, normalmente, era di per sé tale da indurre alla resa colui le cui pretese non fossero più che solide. In tale impostazione, se si vuole indulgere a una prospettazione antropologico-comparatistica di tali problemi (metodo che invero parrebbe in ogni caso più congruo, pur nei limiti delle sue potenzialità ricostruttive, dei disperati sforzi di ricavare da autori di età classica testimonianze su aspetti pressoché preistorici che per lo più sfuggivano del tutto ai loro orizzonti), non sembra da trascurare il fatto che, nelle culture «primitive» così come nelle fasi più arcaiche del mondo classico, il giuramento, ancor prima di manifestarsi, a Roma, quale mezzo per introdurre una controversia giudiziale, in generale risultasse concretizzarsi innanzitutto quale metodo invece finalizzato a porre fine ad una disputa, in un contesto ove la sfida a formalizzare mediante tale atto la propria pretesa doveva effettivamente assumere le dimensioni di una vera e propria provocazione dell’avversario a sostenere fino in fondo la verità o la giustizia delle proprie asserzioni, invocando la divinità a rendersi testimone di esse e mettendo quindi in gioco il suo stesso futuro (ossia, a seconda dei casi, la vita, la fortuna, i beni, la famiglia o la discendenza). Il fine della sfida al giuramento si rivela quindi un modo per far cessare la querula petulanza di un rifiuto di tener fede alle proprie promesse o la molesta prepotenza di un soggetto che lamenti una violazione del suo diritto, invitandolo di fronte a tutta la comunità a dimostrare nei fatti tali asserzioni scommettendo tutto quanto è e possiede sulla verità di esse, in un meccanismo che mira appunto a porre l’avversario di fronte all’alternativa tra il rimangiarsi le sue parole o arrivare sino in fondo compromettendosi col giuramento e quindi rischiando, in caso di spergiuro, la punizione divina. L’archetipica alternativa originaria non risulta quindi porsi tra i due giuramenti e così sulla decisione su *utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*, come avverrà poi nella *legis actio per sacramentum*, bensì tra il giuramento e la rinuncia – che vale come confessione della verità delle opposte pretese – di colui che sia stato sfidato a tale atto.

Per tal verso – se si tiene conto che ancora nella Roma classica lo spergiuro viene descritto dalle fonti come individuo ostracizzato dalla collettività ed affidato alla vendetta divina, che giunge a colpirlo attraverso disgrazie e lutti ovvero con la follia ed il suicidio – anche lasciando da parte i dati

di tipo più che altro etnologico che confortano tale impostazione non apparirà senza significato il fatto che nella stessa Grecia arcaica il giuramento costituisca essenzialmente un mezzo di risoluzione delle controversie, come mostra tra l'altro anche il ricordato episodio omerico della disputa tra Menelao e Antilocho: ed è noto come in Grecia, sino all'affermarsi di un processo laico, il giuramento (decisorio) rimanga a lungo l'unico effettivo metodo per giungere alla soluzione di una controversia relativa a rapporti negoziali privati, con la sola minaccia (di ordine sacrale) per lo spergiuro di scontare tale colpa, in particolare, con la privazione di ogni discendenza (così, in Herod., *hist.* 6.68.α2-δ, lo spartano Glaucò – che medita di liberarsi con un falso giuramento dei figli di uno straniero che reclamano le ricchezze a lui affidate dal padre, ma non possono attestare tale deposito con prove definitive – viene in questo modo punito dalla Pizia, sdegnata dal solo fatto che egli abbia osato consultarla per tali disonesti progetti).

La dimensione primigenia, secondo cui il giuramento dell'interessato pone di per sé termine ad ogni discussione in quanto introduce automaticamente nella dimensione del vero quanto affermato solennemente, imponendolo quasi in virtù della sua forza sacrale alla realtà ontologica, sopravvive non solo nel principio greco come romano per cui unica pena dello spergiuro è la vendetta divina, ma altresì su piani alquanto più concretamente giuridici, come mostra la regola per cui la sentenza favorevole ottenuta grazie ad un giuramento dimostratosi falso non può essere impugnata: principio che si trasmette dal diritto romano, almeno nella sua sostanza, ai diritti moderni, cosicché, ad esempio, ancora oggi – se la dottrina tende a considerare il giuramento, insieme alla confessione, piuttosto un mezzo di esclusione dell'onere di prova che un mezzo di prova in senso proprio – non è in questo caso consentita la possibilità di revoca della sentenza emessa in base a prove dimostratesi poi false prevista dall'articolo 395 n. 2 del vigente codice di procedura civile italiano.

Il modo in cui a Roma – o già forse nella cultura latina che la precedette – si sia giunti alla contrapposizione di due *sacramenta* in luogo della sfida che comporta il solo giuramento di una delle parti, che può rinunciarvi ammettendo la pretesa dell'altra, non è ovviamente aspetto facilmente indagabile, e sfugge senz'altro alle velleità di queste brevi notazioni: ma tale duplicità di *sacramenta* non fa in ogni caso venire meno l'effetto essenziale della sfida al giuramento, ossia quella di far riflettere l'avversario sulle conseguenze di tale atto e di fargli quindi considerare la possibilità di desistere dalle proprie posizioni ammettendo le ragioni della controparte. E per tal verso, benché la questione possa soltanto venire qui accennata, sembra notevole come varie fonti (e soprattutto Varr., *ling. Lat.* 5.180: '*... qui petebat et qui infitiabatur ...*') usino il verbo '*infitor*' – iterativo di '*infiteor*' e di significato opposto a '*fiteor*' (appunto «confessare») – per indicare, specie nel processo arcaico, la posizione del convenuto, che risulta quindi caratterizzarsi proprio in vista della mancata ammissione, ossia confessione, della pretesa avversaria (si vedano Festo, sv. '*infiteri*' – L.² p. 236: '*infiteri non fateri*' – e Cic., *Sest.* 8.40: '*... tacendo loqui, non infitiando confiteri ...*'); ma è soprattutto notevole come le fonti ci attestino, nei confronti della *infitiatio*, un lato atteggiamento negativo e di disapprovazione, come se in tale comportamento fosse implicito alcunché di non onesto nei confronti della controparte, che vede così non rispettata la propria pretesa alla prestazione promessa: così il ricordato lemma festino aggiunge senz'altro che l'*infitiatio* è in qualche modo assimilabile ad una '*fraus*' ('*infitarii creditum fraudare*'), ed ancora Isidoro di Siviglia – *orig.* 5.26.20 – spiega che '*infitiatio est negatio debita rei, cum a creditore depositur*'. Anche senza poter entrare nelle più complesse problematiche che legano quest'ultima connotazione da un lato alla concezione concreta dell'azione propria della visuale romana, che nella prospettiva processuale porta a presupporre come fondate la ragione dell'attore, e dall'altro alle indagini ricostruttive della nozione tecnica di '*litis infitiatio*', una simile equazione tra mancata confessione e frode delle ragioni del creditore, che risulta implicata dalla semantica di '*infitiatio*', appare in effetti difficile da non rapportare ad una diffusa valutazione, se non *tout court* negativa, quantomeno ostile e diffidente verso il soggetto che, trascinato in giudizio senza essere riuscito ad addivenire ad alcun accomodamento della questione con la controparte, persista in tale rifiuto di adempiere: segno forse che, nella normalità della più antica vita quotidiana romana, dovevano essere sufficientemente rari e ben motivati i ricorsi alla tutela giurisdizionale, e per lo più temerarie le re-

sistenze ad essi.

Per tal verso, l'osservazione di Carlo Augusto secondo cui è da credere che «i Romani, quando s'impegnavano in un processo formulare, avessero la possibilità di prevederne l'esito finale con un'approssimazione assai maggiore di quel che è accaduto con qualunque altra forma di procedura privata» sembrerebbe poter venire estesa, quantunque con motivazioni in parte diverse, anche al processo *per legis actiones*: e, in relazione tanto alla coraltà del controllo che si è visto accompagnare la *manus iniectio* quanto alla esiziale importanza del giuramento che si aggiunge a tale controllo nell'azione d'accertamento, non sembra impossibile concludere, sempre usando le parole di questo autore, che anche in tali risalenti età «la litigiosità, nel senso della quantità dei processi, doveva essere ... enormemente più bassa» di quanto avverrà in contesti a noi più prossimi.

In effetti, se nella *manus iniectio* la «pubblicità» che caratterizzava le ipotesi che vi davano luogo rendeva agevolmente controllabile il ricorso a tale strumento in una comunità di dimensione contenute, né mancavano, grazie all'intervento di parenti, amici e conoscenti che assistevano all'impossessamento del debitore, concrete possibilità di porre fine più o meno transattivamente alla controversia altresì prima ancora di giungere davanti al magistrato, sembra verosimile che dovesse accadere alquanto di rado di arrivare, di fronte a tale complesso di metodi di controllo comunitario, ad una richiesta ufficiale di *addictio* in cui la pretesa si manifestasse alla comunità come infondata e dovesse intervenire un *vindex* a difesa del malcapitato. E non troppo diversamente, per quanto riguarda la *legis actio per sacramentum*, alla sacralità del giuramento cui le parti dovevano addivenire si doveva anche qui aggiungere, nella coraltà di tale rituale, l'insieme degli interventi dei terzi volti a mettere d'accordo i litiganti con promesse di garanzia e intromissioni volte a porre fine amichevolmente alla questione.

Infatti, se si pone mente ai casi in cui si procedeva attraverso le due forme di tale azione, non sembra difficile postulare che anche qui, come si è visto avvenire per la *manus iniectio*, i presupposti consistessero sempre in fattispecie giuridiche di regola ampiamente note alla comunità, cui non dovevano quindi mancare gli elementi di giudizio per prendere attivamente parte alla disputa, riuscendo ad avere un'idea approssimativa ma relativamente sicura della realtà dei fatti: per quanto riguarda innanzitutto la *legis actio per sacramentum in rem*, la qualità di *eris* di una *res* doveva per lo più essere notoria quando si trattasse di beni di un certo valore, specie in vista dei limitati traffici e traslazioni di dominio proprie di un'economia di tipo agricolo-pastorale e non ancora commerciale, anche in quanto, com'è noto, l'acquisto delle *res Mancipi* avveniva pubblicamente ed alla presenza di testimoni grazie al rito *per aes et libram*, mentre del pari non sembra da credere che *res nec Mancipi* di una qualche importanza venissero date a terzi senza che nessuno assistesse all'atto. E anche per quanto riguarda la forma *in personam* di tale azione, pur nelle incertezze che caratterizzano nella dottrina l'ambito delle ipotesi per tal via tutelate, non appare in ogni caso da ritenere che rapporti negoziali come il mutuo o la *stipulatio* dovessero, specie nei casi di una certa entità, avvenire in segreto, mentre in ordine alle fattispecie che si possono configurare sul versante dell'atto illecito – dal furto non flagrante alla malversazione dei beni pupillari sino all'*iniuria* o al taglio degli alberi – si può plausibilmente congetturare che, se la vittima giungeva alla decisione di sottoporre a giudizio tale ipotesi delittuosa, per provare le proprie ragioni doveva disporre di prove consistenti essenzialmente in testimonianze, cosicché la sola presenza di persone informate dei fatti in linea di massima avrebbe permesso anche qui alla comunità di prendere attivamente parte alla contesa. Infatti, se a riprova di tali impostazioni «corale» caratterizzante nel mondo romano più arcaico le ipotesi delittuose può essere sufficiente ricordare, oltre la solennità della *quaestio lance et licio*, l'istituto della *endoploratio*, ossia della chiamata dei vicini a testimoni, che le fonti attestano previsto sia nell'ipotesi del figlio che leva la mano sul padre sia per la liceità dell'uccisione del ladro che sorpreso di giorno si difenda con armi, anche per quanto riguarda gli atti negoziali si può del pari notare come la testimonianza fornita in generale dai vicini rimanga nel mondo romano guarentigia tanto fidabile che ancora Costantino, intervenendo a disciplinare il regime dei trasferimenti – quantomeno – immobiliari (*Vat. fr.* 35.1-7), dispose che, ad assicurare che il venditore risultasse effettivamente il proprietario della cosa venduta, fosse obbligatorio l'intervento di tutti i vicini, visto come unico fidabile metodo per porre fine alla piaga delle aliena-

zioni *a non domino* (§ 5: ‘... melius ...ut luce veritatis, fidei testimonio publica voce, sub clamationibus populi idoneus venditor adprobetur, quod sit felix comparator atque securus aevo diuturno persistat’) e a rendere per tal verso sicuro il compratore della effettività dell’acquisto (§ 6: ‘... cum testificantibus vicinis omnia debet quaerere ...’).

Anche nel mondo più arcaico, quindi, la funzione di controllo, svolta dalla collettività sia sugli atti negoziali e per certi versi sugli eventi delittuosi, sia sul processo stesso, doveva nel complesso evitare che si esercitassero azioni di qualsiasi tipo ovvero si resistesse ad esse in base a posizioni che apparissero sfrontatamente insostenibili o comunque tali da venire disapprovate oltre misura dalla comunità stessa; e tale controllo, se da un lato traeva la sua fondamentale forza dall’appoggio sociale di cui ogni litigante avrebbe in ultima analisi avuto bisogno per prevalere nel processo, d’altra parte giungeva a far sì che, nella normale evidenza del buon diritto di chi nonostante tutto era costretto a far ricorso alla giustizia, il resistere infondatamente alla pretesa attorea, senza addivenire prima del processo o almeno nella fase *in iure* ad un onorevole accomodamento, fosse percepito dalla cultura romana, come si è visto, quasi nei termini di una frode alle ragioni del creditore: tanto che, sembrerebbe, il perdere una causa volontariamente accettata e condotta sino in fondo senza piegarsi agli interventi di pacificazione che il contesto comunitario offriva, doveva in ultima analisi apparire cosa in qualche modo non consona ad una persona onesta e per bene.

Il ruolo «corale» della *civitas* che caratterizza più o meno ad ogni livello i riti giuridici romani più antichi, del resto, non sembra essere stato studiato in tutte le sue vastissime implicazioni: ad esempio, trattando della *provocatio ad populum* e dei problemi relativi alla sua introduzione, che le fonti attribuiscono in un arco di due secoli a varie fonti legislative, forse non si tiene sufficiente conto del fatto che, se pur l’effettiva origine di tale sistema processuale non sembrerebbe poter essere anteriore alla *lex Valeria* 300 a.C., anche più risalenti interventi normativi e persino l’episodio leggendario dell’appello ai comizi da parte dell’Orazio vincitore della disfida con i Curiazi albanesi possono in qualche modo essere giustificati in vista della indubitabile circostanza per cui, in un contesto arcaico, il tastare per così dire gli umori del popolo e magari sentirne informalmente l’opinione doveva essere essenziale, al fine di evitare malcontenti e magari rivolte, anche ad un monarca pur in teoria senza limiti nell’esplicazione della sua *coercitio*, come doveva in particolare avvenire quando si trattasse di condannare a morte l’eroe che aveva salvato la città: cosicché, in una prospettiva che insista non tanto sulla «introduzione» della *provocatio ad populum*, bensì sulla progressiva regolamentazione di tale pressoché primigenia prerogativa della comunità in un vero e proprio istituto processuale, potrebbe risultare accettabile anche un maggior possibilismo in ordine alla pluralità delle tappe normative necessarie per arrivare a tale risultato (e si è del resto visto il lato contesto semantico in cui si colloca originariamente il verbo ‘*provoco*’). Così ad esempio, pur nella leggendarietà dell’episodio, in Liv., *urb. cond.* 3.56.1-3.57.6, la pretesa di *provocare ad populum* di Appio Claudio viene respinta, in base all’argomento del padre di Virginia secondo cui tale garanzia riguarda i cittadini e non chi si è comportato tanto bestialmente da non poter essere considerato neppure un essere umano, da un consenso popolare che risulta sfuggire ad ogni ritualizzazione comiziale e quindi ad ogni preciso valore giuridico, ma che in ogni caso – nella mancanza, pur nel turbamento generale, di ogni opposizione alla visuale di Virginio – conduce di fatto all’imprigionamento di Appio Claudio senza che venga accolta la sua richiesta, pur del tutto legittima da un punto di vista costituzionale (Liv., *urb. cond.* 3.57.6: ‘*ut haud quoquam improbante, sic magno motu animorum, cum tanti viri supplicio suamet plebi iam nimia libertas videtur, in carcerem est coniectus; tribunus ei diem prodixit*’): soluzione che, in linea di massima, parrebbe testimoniare come tali forme di tutela del *civis* di fronte alla giurisdizione criminale, prima di codificarsi in un preciso statuto normativo, siano state a lungo connesse ad una sorta di controllo informale da parte della collettività, che secondo i suoi umori e le sue convinzioni poteva o meno pretendere di procedere ad un giudizio popolare sottraendo così l’imputato all’immediato esplicarsi della giustizia magistratuale.

Su di un piano di diritto sostanziale, poi, se si potrebbero ricordare forme sanzionatorie che, come la *obvagulatio*, possono in ultima analisi trovare solo nella diffusa approvazione popolare il riconoscimento ultimo del loro essere state esercitate secondo diritto, sembra incongruo dubitare,

come pur si è fatto, che previsioni criminali quali il ‘*malum carmen incantare*’ e i reati «magici» sul raccolto potessero essere in concreto applicate, stante, in una prospettiva storico-giuridica strettamente positiva, la difficile accertabilità di tali reati: anche qui, a parte l’indubbia circostanza che se un ordinamento pone delle norme di tipo animistico-religioso deve avere altresì gli strumenti per applicarle individuando le ipotesi criminose ad esse connesse, sembra di poter osservare che, se l’accertamento di simili fattispecie sfugge inevitabilmente agli strumenti dell’usuale indagine processuale di età più recente, nel mondo più arcaico doveva in realtà basarsi su elementi di convinzione fondati su credenze diffuse e praticate dall’intera comunità, la quale poteva quindi controllare ed in certi casi sanzionare senza difficoltà simili comportamenti (si pensi alla «*vox populi*» – ‘... *in invidia erat magna* ...’ – che, in Plin., *nat. hist.* 18.6.8[41], accusa Furio Cresimio di ‘*fruges alienas perlicere veneficiis*’).

In ogni caso, il problema di fondo sembra soprattutto rappresentato dal fatto che il processo, nelle sue fasi più risalenti (contesto che taluno ha definito come «prediritto»), si svolge ed arriva al suo risultato secondo regole non poco diverse rispetto alla laica positività che caratterizza l’età adulta di tale istituto. Una illustrazione alquanto indicativa di tale netta cesura può venire ad esempio fornito dai cosiddetti *σύμβολα* o ‘*tesseræ*’, ossia quegli oggetti tagliati a metà di cui i contraenti conservano ognuno una parte per poter così attestare il rapporto, nel caso negoziale, tra loro intercorrente, secondo una primitiva forma *lato sensu* probatoria ampiamente attestata per il mondo greco, ma di cui ci si avvale verosimilmente anche nell’Italia più antica e a Roma (e che del resto è ancora presente nei codici moderni). In senso proprio, già nella Grecia classica, il *symbolon* non può essere considerato una prova in senso tecnico, ma soltanto un «segno» (*σημεῖον*) del rapporto che documenta: infatti, benché a rafforzare il suo valore di testimonianza il *symbolon* possa altresì recare tacche praticate sulle due parti accostate per indicare la quantità delle prestazioni effettuate o il valore del credito, egualmente per ottenere una compiuta forza dimostrativa occorre che entrambe le parti presentino in giudizio la metà in loro possesso, ammettendo così la generica sussistenza del rapporto negoziale, mentre se lo fa solo una di esse la valenza probatoria sarà pressoché nulla (al pari di quanto accade per le «tacche o taglie di contrassegno» nel vigente codice civile italiano). Tuttavia, in un diverso contesto dove il processo non è ancora diventato un meccanismo soltanto tecnico e l’opinione popolare risulta ancora determinante nel dar ragione e quindi nel far prevalere l’uno o l’altro litigante, la questione si presentava in termini alquanto diversi (così come del resto può avvenire ancora oggi quando la lite non viene portata in tribunale ma semplicemente proposta al giudizio di una più o meno ristretta collettività che, come in una lite di cortile, non sancisce con un’accertamento definitivo la vittoria di uno o dell’altro litigante, ma si limita a dar ragione ad uno di essi ritenendo l’altro in torto, con tutte le conseguenze che ne derivano nella vita quotidiana di quella collettività): se infatti, ad esempio, un fornaio è uso consegnare pani ad un cliente «segnandolo» attraverso una incisione praticata accostando le due parti del *symbolon* che entrambi rispettivamente trattengono (come in effetti avveniva ancora nella Francia dell’inizio del secolo scorso), e tutti i vicini sono in linea di massima a conoscenza di tale rapporto di fornitura, qualora il cliente non produca nella eventuale lite la propria metà sostenendo tuttavia che il fornaio ha unilateralmente aggiunto tacche indebite alla sua metà, mentre quest’ultimo rende invece disponibile e visionabile da tutti la propria metà, il comune sentire tenderà ovviamente a non credere al cliente, interpretando la mancata esibizione della sua metà del *symbolon* come una prova della sua malafede, anche se in una dimensione strettamente giuridica la sua posizione risulterebbe viceversa prevalere da un punto di vista processuale; né molto diversamente doveva avvenire nella Grecia più antica, dove i *symbola* potevano attestare vari tipi di rapporto negoziale così come legami sociali quali l’*hospitium*: la mancata esibizione della propria metà dell’oggetto, inammissibile in un rapporto per vari versi fondato sulla fiducia reciproca, doveva immediatamente apparire ad ogni terzo alcunché di inaudito ed intrinseca prova del torto e della malafede del soggetto (ed infatti, nel ricordato episodio di Glauco tramandato da Erodoto, questi può dire di non ricordare e confidare in un falso giuramento perché i figli del depositante sono stranieri e la metà del *symbolon* che invano esibiscono riguarda un deposito di molti anni prima: ma la soluzione sarebbe verosimilmente stata alquanto diversa se il rapporto fosse stato

recente e fosse intercorso tra persone appartenenti alla stessa comunità). Il mutamento del contesto giuridico porta così il *symbolon*, che nella cultura più antica e comunitaria costituiva un relativamente efficace strumento di documentazione dei rapporti intersoggettivi, ad essere degradato a mero segno o indizio, stravolgendone così non solo la natura ma anche la stessa funzione: e tale mutamento di prospettive dovette altresì coinvolgere, nel via via sempre più accentuato carattere tecnico del meccanismo processuale, non pochi aspetti della decisiva valenza che l'opinione della comunità poteva in origine assumere nella risoluzione delle controversie: anche se, come si è visto, non mancano in età storica precise tracce di siffatti elementi «pregiuridici» nonché numerose sopravvivenze di talune loro forme di estrinsecazione.

8. Anche se limitata ad aspetti alquanto generali, una pur breve considerazione degli aspetti per così dire sociali che fanno da sfondo al processo tanto civile come penale condurrebbe molto lontano, ed in effetti anche gli elementi minimi presi in considerazione da queste note hanno reso inevitabile una digressione non troppo breve ma può darsi non del tutto inutile, aiutando forse a comprendere quel fondale quotidiano di partecipazione comunitaria ai riti della giustizia che risulta avere a lungo caratterizzato lo svolgersi del processo nella Roma più antica.

Certamente, questa dimensione comunitaria dovette in non trascurabile parte venir meno via via che, inoltrandosi in più recenti fasi storiche, la struttura del processo risultava sempre più definitivamente regolata sulla base di norme propriamente giuridiche, che, disciplinando in maniera tecnicistica lo svolgersi dell'azione, dovettero com'è naturale relegare ad un ruolo accessorio ed accidentale simili manifestazioni di consenso o dissenso popolare, modellando d'altra parte non pochi elementi essenziali ed irrinunciabili di tale partecipazione comunitaria in nuovi istituti dove la spontaneità che caratterizzava in origine tali interventi per lo più scemava, per essere invece incanalata e ritualizzata in precisi ruoli regolati dalla consuetudine o financo disciplinati dallo stesso diritto positivo (si pensi, ad esempio, alla figura del *vindex* nella *manus iniectio* e ai presupposti che nella legislazione decemvirale – I.4 – ne regolano l'intervento, ovvero alla norma – II.3 – che prevede limiti quantomeno temporali ad una *obvagulatio* che forse, in origine, doveva esplicarsi in maniera alquanto più istintiva ed incontrollata).

Tuttavia, se, al di là di tali limitate «reazioni» normative, simili aspetti della partecipazione popolare risultarono per così dire espulsi dal rito processuale in senso proprio, venendo quindi relegati al rango di elementi non aventi più alcuna precisa rilevanza giuridica, non è da credere che essi dovettero per questo scomparire del tutto (anche se la decisiva perdita di importanza che subirono nel quadro dell'amministrazione della giustizia comportò con ogni probabilità un ridimensionamento quantitativo della originaria misura del loro esplicarsi): al contrario, come mostrano le loro precise sopravvivenze ed anzi il permanente ruolo decisivo che in alcuni casi esse conservano, simili implicazioni corali del processo continuarono a fare da sfondo alle decisioni giudiziarie, condizionandole ancora, se non più in una dimensione propriamente giuridica, quantomeno in una prospettiva di opportunità *lato sensu* politica, facendo sentire tutto il peso che la cosiddetta opinione popolare poteva non di rado esercitare nella vita della comunità e quindi nell'esercizio del potere *lato sensu* giurisdizionale.

In particolare, tale fenomeno risulta ad esempio lasciare ampie tracce nelle caratteristiche e nelle funzioni che i *'testes'* adempiono nella fase *in iure*, dall'adizione del magistrato sino a quella *litis contestatio* che il *de verborum significatu* di Festo (L.² p. 139 e 193) definisce com'è noto in relazione all'invito *'testes estote'* rivolto dalle parti ai terzi presenti; *'testis'*, che deriva probabilmente dalla stessa radice di *'tres'*, indica in effetti la persona che si trova in una posizione di terzietà rispetto al processo, nel senso che non ne è parte in causa, anche se tale «terzietà» non ha ancora assunto quella implicazione di «imparzialità» che poi apparirà naturalmente conseguire a tale estraneità alla lite. *'Testis'*, in origine, risulta piuttosto riferirsi a chi è chiamato dalla parte a sostenere le sue posizioni (si pensi tra l'altro all'etimologia di *'advocatus'* – termine che in Plauto appare spesso in endiade con *'testis'* – e a quella di *'arbiter'*, che probabilmente deriva da *'ad-baetere'*, ossia *'adire'*), come in particola-

re mostra la testimonianza di Cicerone (*Mur.* 12.26) relativa alla *consertio manus ex iure*, in cui ognuno dei litiganti compie il rito *'suis utrisque superstitionibus praesentibus'*: *'superstites'* – che solo più avanti assumerà nel linguaggio corrente il significato di «sopravvissuto» – originariamente «*testes praesentes significat; cuius rei testimonium est quod 'superstitionibus praesentibus' i inter quos controversia est vindicias sumere iubentur*» (Fest., sv. *'superstites'*: L.2 p. 402). Il termine indica quindi il «fautore» o «partigiano» della parte, predisposto e non occasionale, e quindi il garante, in senso lato, della fidabilità delle sue posizioni, e compare già nelle attività preparatorie del processo, come ad esempio mostra l'istituto della *antestatio* disciplinato da *xii Tab.* I.2, in base al quale, se la persona *in ius vocata* si rifiutava di seguire in tribunale l'attore, questi, prima di trascinarlo con la violenza il recalcitrante *in ius*, doveva procurarsi dei testimoni che potessero in seguito attestare tale rifiuto: offerta di testimonianza solennizzata da una *rogatio* consistente – stando al noto episodio narrato da Orazio in *serm.* 1.9.76 s. e dal commento di Porfirione *ad h.l.* – nella domanda *'licet antestari?'* e nella risposta *'licet'*, oltre che nel famoso gesto di *'aurem vellere'* al *rogatus*.

Il ruolo di testimoni strumentali – si potrebbe dire *'ad solemnitatem'* – di tali soggetti, fedeli partigiani della propria parte processuale ed alquanto remoti della moderna nozione di testimone giudiziario chiamato come persona imparziale a contribuire alla ricostruzione dei fatti, com'è noto ha anzi portato taluno, e in particolare Carlo Gioffredi, a postulare che in una fase originaria della *legis actio per sacramentum*, in cui la decisione della lite si sarebbe direttamente riallacciata al giuramento, la vittoria sarebbe stata stabilita dal numero di ulteriori persone, ossia di parenti e amici, che giurassero insieme alla parte (*'coniuratores'*), per cui avrebbe prevalso chi avesse presentato il maggior numero appunto di *'coniuratores'* pronti a giurare, più che sulla verità della sua pretesa, sulla sua fidabilità personale: tale ipotesi (che richiama assai da vicino sistemi di amministrazione della giustizia per certi versi ampiamente riscontrabili in una prospettiva antropologico-comparatistica, e che si ritrova, oltre che in Grecia, nelle consuetudini germaniche, dove in particolare è attestato altresì in un ambito tecnicamente normativo dal sistema delle *purgationes* del diritto longobardo), è stato rifiutato in maniera abbastanza agevole dalla dottrina per quanto riguarda il diritto romano arcaico, dove in effetti non si riscontrano ipotesi di *'coniurationes'* di questo tipo e dove in ogni caso una simile ricostruzione non sembra agevolmente accordarsi con la struttura stessa della *legis actio per sacramentum*; tuttavia, se l'ipotesi di un giuramento plurimo è verosimilmente da scartare per quanto riguarda il rito processuale in senso proprio, non sembra però possibile escludere del tutto che, di fatto, i *testes* chiamati da ognuno dei litiganti giungessero talora ad enfatizzare la testimonianza dell'affidabilità e quindi della ragione della parte sostenuta altresì procedendo a giuramenti plurimi, onde attestare in maniera più solenne la fiducia che la onestà di questa godeva presso la popolazione e che quindi lo stesso organo giudicante doveva in tale prospettiva tributargli.

Si tratta, beninteso, di mere congetture, che muovono dalla funzione svolta in generale dai *testes* arcaici per considerare quantomeno verosimile che taluni di essi giungessero a comprometersi altresì in prima persona con un giuramento per suffragare con tale più estrema solennità le posizioni processuali della parte che sostenevano. Ed in effetti, se tale ipotesi induttiva si accordano con la funzione strutturale che il *testis* ha nel primitivo processo romano oltre che con non pochi elementi di tipo antropologico-comparatistico, è proprio in relazione a tale compito di garanzia della posizione della parte, svolta dai terzi che l'accompagnano, come in una sorta di disfida, allo scontro giudiziario, che va forse approfondito su più solide basi il problema della «assolutorietà» del processo romano, rispetto al quale il sommario esame del carattere corale del sistema giudiziario più antico sin qui svolto non costituisce affatto una più o meno utile digressione, ma un essenziale fattore argomentativo.

In tale prospettiva, infatti, i *testes* chiamati dalla parte non si limitano a testimoniare la sua fidabilità ed a serbar memoria e ad attestare i termini della *litis contestatio*, ma dovevano altresì concretizzare tale loro appoggio prestando le varie garanzie che scandiscono pressoché sin dalle origini i vari momenti salienti del processo romano, dai *vades* del convenuto che deve comparire in giudizio ai *praedes* che garantiscono, così come la stessa corresponsione della *summa sacramenti*, la restituzione della cosa e dei frutti da parte del soccombente (*praedes litis et vindiciarum*: figura che com'è noto si

conserva altresì nel processo *per sponsionem*). Questo sistema, qui non richiamabile se non per sommi capi, si mantenne pressoché inalterato, dal punto di vista degli aspetti generali che interessano, nel nuovo sistema delle *formulae*, dove il garante processuale continua com'è noto a rivestire un ruolo irrinunciabile nello svolgimento della causa, e sembra in ogni caso dimostrare, in una prospettiva per così dire sociologica, che, se almeno nelle sue origini il processo aveva un costo come si è visto non sempre rischiabile da parte dei meno abbienti, esso d'altra parte presupponeva un appoggio da parte di membri della comunità tale da rendere assai ardua la sua praticabilità da parte di chi non disponesse di persone disposte a sostenerlo e ad aiutarlo.

Anche nel processo formulare, come si sa, i casi in cui la parte per poter agire o resistere è costretta a presentare garanti erano alquanto numerosi: Gaio ci informa (*inst.* 4.102) che il convenuto, nei giudizi *in personam*, deve prestare la *satisfactio iudicatum solvi* o 'propter genus actionis', ossia nell'*actio iudicati*, nell'*actio depensi* e nell'*actio de moribus mulieris*, ovvero 'propter personam, qui suspecta sit', come avviene nell'*actio cum eo qui decoxerit*, nell'*actio cum eo cuius bona a creditoribus possessa proscriptae sunt* e nell'*actio cum eo herede quem praetor suspectum aestimaverit*: a tali ipotesi si aggiunge, oltre all'insieme delle *actiones in rem* (*inst.* 4.89), il caso in cui si agisca contro il *procurator* (*inst.* 4.90 e 101), mentre in generale alla *satisfactio iudicatum solvi* si giustappone poi la *sponsio dimidia e tertiae partis* prevista per l'*actio de pecunia constituta* e l'*actio certae creditae pecuniae* (*inst.* 4.171). Se quest'ultima azione doveva percentualmente coprire una vastissima parte delle liti presentate *in iure*, la prestazione di garanti, oltre che nel complesso delle *actiones in rem*, era quindi sempre necessaria nell'*actio iudicati*, ossia qualora la causa vertesse su di un'obbligazione nascente da una sentenza e la materia del contendere fosse quindi, in certo modo, sottoposta ad un nuovo giudizio. Aggiungendosi infine a tali oneri processuali le varie sanzioni previste per i litiganti temerari (Gai., *inst.* 4.171 ss.), e in particolare le fattispecie in cui la lite è *in duplum adversus infitiantem* e gli ulteriori casi in cui poteva essere imposto dal pretore il *iusiurandum calumniae*, ne risulta dunque un quadro in cui, in linea di principio, ogni corritività al ricorso al processo ovvero alla resistenza strumentale all'azione viene scoraggiata mediante l'imposizione di non lievi obblighi alla parte, che se in certi casi risponde direttamente di determinati risultati mediante *cautiones*, in altri deve altresì presentare a tal fine terzi che ne rispondano per lei: fattori che, dal punto di vista della concreta convenienza di adire le cosiddette vie giudiziarie, doveva rendere i Romani alquanto cauti tanto nel procedere ad una soluzione contenziosa quanto nell'opporvisi, mentre la necessità di avere già pronti i terzi disposti ove necessario a garantire per loro doveva a sua volta condurli a consultarsi preventivamente con parenti e amici accertandone la disponibilità a prestare tali garanzie, considerando quindi insieme ad essi l'opportunità di portare la controversia davanti al pretore e al giudice ovvero di resistervi (e per tal verso, quando si afferma *tout court* che nella *cognitio extra ordinem* le spese giudiziarie gravanti sul soccombente sono notevolmente aumentate rispetto agli esborsi minimi che caratterizzavano il processo classico, rendendo quindi alquanto più impegnativo da un punto di vista economico l'adire le cosiddette vie legali, forse non si tiene a sufficienza conto dell'impatto che tale complesso di oneri e rischi doveva assumere nel contesto dell'*ordo iudiciorum*, sia pur su di un diverso piano, in termini di «costo» processuale globale).

Sembra per tal verso delinearci uno stretto ed articolato nesso tra la posizione processuale della parte e quella del suo consigliere e sostenitore, coinvolto anch'esso in prima persona nei rischi che la causa comporta, e quindi, in certo modo, anch'egli soggetto della controversia non solo nel difendere le ragioni del litigante, ma nel rispondere potenzialmente di tasca propria del suo esito. Tale inscindibile complementarità tra la parte e i suoi garanti, d'altra parte, tende a sfuggire se ci si pone in una visuale esclusivamente giuridica, né risulta essere stata oggetto di adeguati studi, anche se appare senz'altro azzardato, altresì da una prospettiva del tutto tecnica, pensare di potere escludere qualsiasi suo specifico influsso anche sullo stesso conformarsi delle architetture sistematiche di fondo del processo romano.

In effetti, in una prospettiva giuridica il rapporto tra parte processuale e garante tende ad esaurirsi nel suo solo aspetto contenzioso, ossia nell'azione di regresso che spetta al garante che abbia soddisfatto il creditore e si rivolga quindi al debitore per ottenere quanto erogato (e tra l'altro l'*actio*

depensi è una delle ipotesi, come si esprime Gai., *inst.* 4.9, ‘*ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus*’): tuttavia, se questo è l’aspetto meramente dogmatico del fenomeno, per comprendere sino in fondo tale rischiosa partecipazione spontanea e gratuita alle vicende giudiziarie di un terzo, su cui in ultima analisi si fonda non poca parte del sistema processuale romano, è inevitabile andare oltre, guardando direttamente ai sottesi rapporti che conducevano il garante a mettere in gioco a vantaggio di un terzo una parte del suo patrimonio nonché in certo modo – almeno in una fase più antica – la propria considerazione sociale.

Anche senza potere certo qui addentrarsi digressivamente in tali temi, sono noti i vari rapporti di ordine sociale – allora sotto molti aspetti cogenti pressoché al pari di un vero e proprio obbligo giuridico – che nel mondo romano facevano sì che, specie le persone di un certo rango, si sentissero tenute a intervenire a favore di soggetti loro legati da rapporti di parentela, clientela, patronato o semplicemente di amicizia, prestando nel caso, oltre che i consigli sulla opportunità del progetto, le garanzie che i negozi o le controversie intrapresi dai loro assistiti richiedevano: ed è altrettanto noto come la proclività dei Romani a garantire per altri condusse l’ordinamento a limitare secondo vari criteri l’esposizione possibile e a perfezionare gli strumenti di regresso a loro disposizione, introducendo altresì soluzioni normative favorevoli ad essi nella costruzione della loro responsabilità verso il creditore, con modalità diverse a seconda dei vari contratti di garanzia ma in un convergente processo di regolamentazione del fenomeno che troverà i suoi ultimi e coerenti sviluppi nel diritto Giustiniano (si pensi, in primo luogo, al *beneficium excussionis*).

Ma se il contesto culturale ed i rapporti interpersonali che ne derivavano portavano i Romani a concedere con una certa larghezza il loro impegno giuridico a favore delle persone ad essi legate, è da chiedersi se, di fronte a tale obbligo di garantire per altri, non vi fosse, reciprocamente, un altrettanto pregnante dovere sociale, da parte di chi si giovava di tale gesto di amicizia e considerazione, di preservare in ogni caso il garante dalle conseguenze negative di tale rapporto fideiussorio, evitando per quanto possibile di far sì che, in seguito all’inadempimento, il creditore si rivalesse su di lui, e dunque che, dopo la sentenza, la controparte si rivolgesse ad esso – che in linea di massima doveva apparire di maggiore solvibilità rispetto al debitore principale – per ottenere quanto dovuto per la condanna pecuniaria. Ed in effetti sembra del tutto verosimile che, di fronte al favore fatto dal garante alla parte processuale, quest’ultima dovesse del pari avere un analogo obbligo sociale di lasciare in ogni caso indenne colui che con la propria liberalità l’aveva appoggiata nel processo.

9. Per quanto a prima vista pressoché trascurabile nel suo carattere più che altro sociologico, questa notazione può forse fornire, molto più di ogni sforzo volto a estrapolare da fonti tecnico-giuridiche testimonianze su argomenti essenzialmente estranei al loro specifico ambito di interessi, una compiuta spiegazione della «assolutorietà» di fondo del processo romano da cui queste note hanno preso le mosse.

La ragione per cui il convenuto, anche dopo la *litis contestatio*, doveva tendere ad arrivare comunque ad un accomodamento pur di evitare la condanna sembra infatti da mettere in relazione non solo con il maggior costo della *condemnatio* pecuniaria rispetto ad un adempimento pur tardivo, che del resto avrebbe di regola soddisfatto l’attore più della corresponsione di tale somma, ma anche e soprattutto con il fine di non compromettere assolutamente il garante, protettore del litigante e suo punto di riferimento nella vita di relazione e nei rapporti sociali che lo riguardavano.

In effetti, se il garante aveva accettato tale onerosa funzione processuale in vista dei nessi di parentela, clientela, patronato od amicizia che lo legavano al litigante, l’approfittare di tale favore sino al punto di non ritirarsi in tempo dalla causa mettendosi d’accordo con la controparte, e di arrivare invece ad una condanna che il più delle volte il vincitore avrebbe teso a far valere nei confronti del garante stesso (solitamente più ricco e quindi solvibile del litigante sconfitto), avrebbe significato compromettere quegli stessi rapporti comunitari e quell’appoggio sociale su cui il soggetto aveva appunto contato – secondo una consuetudine che da sempre caratterizzava non poca parte del sistema di vita romano – nel trovare chi lo spalleggiasse nella causa giudiziaria, fornendogli in partico-

lare le garanzie richieste dal suo ruolo di parte processuale: ed il venir meno di tale fondamentale relazione di fiducia che lo legava al suo protettore, e che di solito condizionava in non poca parte altresì la sua complessiva situazione economica, avrebbe dunque rappresentato per il litigante una perdita di norma ben maggiore rispetto allo stesso valore della lite, privandolo non solo di quanto costituiva l'oggetto di quest'ultima, ma anche e soprattutto di tutto un reticolo di relazioni che venendo meno poteva compromettere in maniera alquanto più decisiva ed immediata la sua condizione patrimoniale.

Per tal verso, non solo sarebbe stato esiziale, agli effetti del perdurare del rapporto che legava la parte al suo protettore, l'arrivare ad un effettivo esborso da parte del garante della *summa condemnationis* in seguito alla richiesta del vincitore della lite (caso in cui del resto, se non fosse seguito un immediato e spontaneo rimborso da parte del litigante, si sarebbe com'è noto concretizzata una responsabilità in pratica sempre *in duplum*): ma anche qualora il litigante sconfitto si fosse affrettato a prevenire ogni azione della controparte pagando subito la condanna, non sembra inverosimile che soltanto il fatto che si fosse arrivati ad una sentenza sfavorevole, che rendeva attuale ed esigibile l'impegno assunto dal garante agli effetti processuali, dovesse essere percepito dal comune sentire pressoché nei termini di un'offesa inammissibile, che contraddiceva quell'obbligo sociale di non compromettere neppure potenzialmente il garante che era lo specifico corrispettivo del suo prestarsi a sostenere nella causa il suo protetto. Se infatti, come notava Carlo Augusto Cannata, i Romani, impegnandosi in un processo formulare (ma probabilmente già prima, nelle *legis actiones*), avevano «la possibilità di prevederne l'esito finale con una approssimazione assai maggiore di quel che è accaduto con qualunque altra forma di procedura privata», è verosimile che, nel momento in cui divenisse soltanto presagibile la contrarietà della decisione del giudice alle istanze della parte e a maggior ragione quando egli si fosse senz'altro pronunciato in tal senso (si ricordi la chiara distinzione tracciata dalle fonti tra il *'indicare'*, in cui il *iudex* enuncia la propria decisione senza però pronunciare la sentenza, e l'ulteriore e diverso atto del *'condemnare'* o *'absolvere'*), il garante dovesse essere il primo, anche perché più direttamente esposto alle conseguenze pecuniarie della condanna, a consigliare al litigante di porre fine alla causa attraverso un pur tardivo adempimento: e per tal verso il tetragono rifiuto della parte di conformarsi a tale ovvia soluzione prudenziale e di giungere invece alla sanzione definitiva del proprio torto e ad una condanna ancor più costosa dell'adempimento, sarebbe di per sé stato considerato nei termini di una mancanza di rispetto del suo protettore, che prima ancora di essere il suo garante processuale era rispetto a lui, nel rapporto sociale che li legava, in una ovvia posizione di preminenza e di «autorità». D'altra parte – se rifiutare il consiglio del garante circa l'opportunità di chiudere la causa ed esporlo così ad un'eventuale azione della controparte era di per sé un venir meno ai doveri di *'obsequium'* in senso lato, ed anzi un insulto tale da compromettere il legame sociale che univa i due soggetti – non è poi da dimenticare che, in concreto, il fatto che il litigante non addivenisse ad un adempimento che gravava interamente su di lui, preferendo arrivare ad una condanna che di fatto sarebbe stata normalmente fatta valere agendo innanzitutto contro il garante, avrebbe di per sé costituito, nel calcolo egoistico e profittatorio che poteva esservi sotteso, un comportamento alquanto sospetto e dunque socialmente decisamente deprecabile.

Sembra nel complesso piuttosto verosimile, dunque, che nel sistema romano il processo non fosse una questione riguardante il litigante inteso come singolo, bensì relativa ad un soggetto che, se era diretta parte in causa, era nondimeno partecipe di tutto un insieme di rapporti di interdipendenza comunitaria che nel loro decisivo reticolo condizionavano nel modo più immediato lo svolgimento del processo, in una complessa situazione di obblighi e di doveri sociali in cui gli interessi messi in gioco nel processo e quindi le decisioni sulle strategie da adottare nella causa competevano non solo alla parte processuale in senso stretto, ma altresì ai suoi sostenitori e consiglieri ed in primo luogo al garante che in tale lite si era impegnato in prima persona ed era quindi diventato per vari versi egli stesso – sia pure in senso ovviamente atecnico – «parte» di tale controversia. Tale coinvolgimento nel processo del gruppo di appartenenza del singolo litigante, che come si è accennato è retaggio di situazioni comunitarie alquanto risalenti che trovano riscontro soprattutto in una pro-

spettiva antropologico-comparativa, nelle sue linee essenziali si prolungò a lungo nelle istituzioni romane, consentendo quindi, oltre che una più distaccata considerazione della causa e scelte più meditate sul suo svolgimento, un certo livello di controllo sociale sulle controversie, implicito nella necessità di ottenere dal potente cui si faceva capo, prima ancora della sua disponibilità ad essere garante processuale, il suo assenso circa l'opportunità della causa da intraprendere o alla quale resistere (che egli poteva per di più nel caso anche discutere con il protettore cui faceva parte la controparte processuale del proprio assistito).

Nell'effettività del controllo sociale che rendeva a Roma imprescindibile adempiere ai doveri che ne derivavano in termini per vari versi non troppo diversi dagli obblighi sanzionati direttamente dalle norme giuridiche, questo reticolo di rapporti comunitari in cui si collocava la scelta processuale doveva in effetti costituire il contesto più indicato – nelle consultazioni che accompagnavano sin da prima della scelta contenziosa lo svolgersi della controversia – per favorire ad ogni livello, attraverso la mediazione di terzi, tentativi di arrivare ad una soluzione consensuale della questione: né deve quindi stupire che, nel procedere della controversia da una situazione stragiudiziale alla fase *in iure* sino all'istruttoria *apud iudicem*, tali tentativi pacificatori non venissero meno ma continuassero indipendentemente dal passaggio alla dimensione contenziosa, ed anzi dovessero verosimilmente divenire ancora più pressanti quando dalle risultanze processuali incominciasse a divenire definitivamente chiaro quale sarebbe stato la presumibile decisione del giudice, che del resto sembrerebbe nel mondo romano comunicare di norma la propria decisione (*'iudicatio'*) alle parti prima di procedere alla sentenza. Una impostazione di fondo che, del resto, sembra suggerita altresì dalla più obbiettiva visione che della materia del contendere poteva avere, più di una parte in causa coinvolta economicamente nonché spesso anche emotivamente, un terzo protettore e consigliere che d'altra parte era personalmente interessato all'esito del processo in vista della garanzia prestata.

Ovviamente, non è facilmente individuabile, nelle varie forme di processo succedutesi a Roma in età storica, fino a che punto tale possibilità di accordo fosse possibile nel progredire delle varie fasi della causa: così, se nella *legis actio per sacramentum* sembra da escludere che un adempimento o comunque anche una transazione fosse possibile dopo la prestazione delle due solenni dichiarazioni giurate, sembra invece potersi ritenere che una simile soluzione fosse più facilmente percorribile nella *iudicis arbitrive postulatio* e nella *legis actio per condictionem*, ove la formula che segue alla presa d'atto della negazione del convenuto (rispettivamente, *'te praetor iudicem postulo uti des'* e *'in diem trigesimum tibi iudicis capiendi causa condico'*) parrebbe di per sé non precludere definitivamente ai contendenti una successiva possibilità di accordo (ipotesi che, in particolare, sembrerebbe essere per certi versi suggerita altresì dal carattere in parte di volontaria giurisdizione proprio della *iudicis postulatio*). In ogni caso, se tale tendenza romana alla mediazione anche in corso di causa dovette permanere inalterata (come infatti mostra il suo prevalere in età classica grazie alla soluzione sabiniana), con il passaggio al processo *per formulas* la possibilità di adempimento prima della sentenza risultò in linea di massima impedita dalla nota costruzione che Gaio (*inst.* 3.180) attribuisce ai *veteres*, secondo cui *'ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere'*, per cui, nei *iudicia legitima*, *tollitur obligatio litis contestatione* e quindi *obligatio principalis dissolvitur*: per tal verso – senza volere qui entrare negli aspetti tecnici di tale costruzione – dovette dunque in un primo tempo apparire più corretta la soluzione proculiana, conforme a tali premesse formali, secondo cui un adempimento *post litem contestatam* sarebbe di per sé stato possibile solo nelle azioni di buona fede ed in quelle ove comparisse la cosiddetta clausola arbitraria.

Tuttavia, anche prima che prevalesse l'opposta soluzione sabiniana, appare forse eccessivo ritenere, come si fa comunemente, che un adempimento successivo alla *litis contestatio* si traducesse semplicemente in una *indebiti solutio*, consentendo al massimo di opporre all'*actio indicata* conseguente alla condanna una *exceptio doli*: se una simile soluzione formale poteva essere possibile nel caso di un convenuto tanto sprovveduto da adempiere spontaneamente all'obbligazione originaria senza preventivamente informarsi dell'irrilevanza processuale della sua prestazione e quindi della sua influenza rispetto alla sentenza di condanna, di fatto è da ritenere verosimile che di regola un adem-

pimento tardivo dovesse semmai essere il frutto di un preventivo accordo di ordine *lato sensu* transattivo tra le parti, per cui, se l'attore accettava una prestazione che, come si è visto, risultava in linea di massima più soddisfacente della condanna pecuniaria, a sua volta il convenuto avrebbe preteso che egli si impegnasse a rinunciare alla lite non compiendo gli ulteriori atti istruttori che avrebbero condotto alla sentenza, e che in ogni caso dichiarasse preventivamente di non avvalersene (né è qui il caso di analizzare gli strumenti stipulatorii attraverso cui si sarebbe potuti giungere abbastanza agevolmente ad un simile regolamento di interessi).

In ogni caso, il prevalere della posizione di Cassio e Sabino e così del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' mise fine a tali difficoltà di arrivare ad un accordo che, anche dopo la *litis contestatio*, soddisfacesse entrambe le parti ponendo fine alla controversia, forse in una progressiva enfaticizzazione della cesura tra il '*iudicare*' ed il '*condemnare*' o '*absolvere*' propriamente oggetto della sentenza.

La soluzione sabiniana dava per tal via ragione alla tendenza romana a protrarre sino all'ultimo momento i tentativi di giungere, specie attraverso la mediazione di terzi, ad una soluzione consensuale della lite, e a vedere così nel momento contenzioso una fase non nettamente separata dalla situazione stragiudiziale che l'aveva proceduta, nel quale continuava ad essere possibile per le parti prendere decisioni sul da farsi, sino alla rinuncia a resistere mediante un adempimento tardivo, in vista della concreta piega via via assunta dalle vicende giudiziarie in relazione alle risultanze istruttorie. Ma se questo atteggiamento di fondo della mentalità romana sembra trovare le sue cause ultime nella dimensione comunitaria assunta dal processo in tale cultura giuridica ed in particolare nel ruolo decisivo assunto dal garante processuale che assiste altresì la parte nelle decisioni relative alla causa, per quanto riguarda l'affermarsi, nel contesto del nuovo processo formulare, della posizione di Cassio e Sabino e del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' sembrano in ogni caso prevalere, quali elementi immediatamente determinanti, aspetti sistematici affatto tecnici ed in particolare – come sottolineato da Raimondo Santoro – una elaborazione giurisprudenziale che tendeva a vedere l'*obligatio* sempre meno in termini strettamente formali e quindi in una dimensione sostanziale di effettiva soddisfazione dell'aspettativa del creditore alla prestazione dovuta, considerando così l'azione come lo strumento volto ad assicurargli per quanto possibile un esatto adempimento da parte del debitore (adempimento al cui proposito, ad una più ristretta nozione di '*solutio*', si giustappone nelle fonti, come è noto, un più ampio e pregnante concetto di '*satisfactio*').

Molto più problematica, invece, sembra la tesi di Carlo Augusto Cannata, che vorrebbe scorgerne nella soluzione sabiniana secondo cui *omnia iudicia absolutoria sunt* un principio generale quasi intrinseco al processo formulare romano, nella cui elaborazione la giurisprudenza avrebbe coscientemente scelto il meccanismo della condanna pecuniaria, sempre evitabile attraverso un adempimento prima della sentenza, come la migliore soluzione possibile ed in particolare come sistema preferibile, *de iure condendo*, ad una esecuzione in forma specifica che in ogni caso avrebbe soddisfatto l'attore molto meno rispetto alla prestazione spontaneamente realizzata dal debitore. Se si sono infatti già viste le implicazioni non poco difficoltose di una simile prospettiva, che tende per vari versi a postulare una possibilità di scelta tra le due soluzioni da parte dei *prudentes* romani che appare difficilmente configurabile in una effettiva dimensione storica, si può altresì notare come nel suo insieme il sistema formulare non sembri nelle sue architetture generali tale da favorire di per sé l'accordo delle parti in corso di causa, tendendo anzi a frantumare e a parcellizzare i complessivi rapporti e le rispettive pretese dei litiganti e ad isolarne i vari elementi in una congerie di mezzi di tutela tra loro distinti, ognuno imperniato su di uno specifico aspetto dei diritti e degli obblighi che legano le parti. Una costruzione che, quindi, doveva semmai risultare tale da ostacolare sensibilmente un eventuale accordo tra esse una volta arrivati alla fase processuale: si pensi – oltre che alla contrapposizione tra azioni dirette ed azioni contrarie e alla conseguente impossibilità di considerare normalmente nella stessa controversia pretese presentate in via riconvenzionale – soprattutto a come uno strumento sotto tale aspetto fondamentale quale la compensazione sia possibile soltanto nelle azioni di buona fede ed in alcuni pochi altri casi, mentre solo con Marco Aurelio risulta essere stato ammesso che nella *condictio* e nell'*actio ex stipulatu* potessero essere opposti, attraverso l'*exceptio doli*, controcrediti in

connessione causale con quello azionato dall'attore (mentre, anche qui, una ammissione generale dello strumento della *compensatio* si avrà solo nel diritto giustiniano, e quindi ancora una volta nell'ambito della *cognitio extra ordinem*).

L'affermazione del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' sembra essere quindi avvenuto non grazie, ma nonostante l'assetto complessivo dato al processo romano dal nuovo sistema formulare, ed essere anzi stato ostacolato dalle sue caratteristiche tecniche che, se per un verso condussero il diritto romano ad un notevole livello di perfezione tecnicistica proprio grazie alla riduzione di ogni pretesa in clausole minime che fissavano una volta per tutte i termini essenziali di ogni elemento del diritto soggettivo, d'altra parte proprio in tale costruzione dei mezzi processuali finivano con l'isolare le une dalle altre i vari aspetti del rapporto tra le parti, riducendo così le effettive possibilità di una loro considerazione complessiva nel corso del processo e quindi di una rappacificazione tra esse dopo l'inizio della causa. Se pur in tale contesto processuale il principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' poté egualmente prevalere, grazie ad una evoluzione giurisprudenziale che tendeva sempre più a superare prospettazioni di tipo formale per dare un'importanza decisiva agli aspetti sostanziali della *obligatio*, questo poté verosimilmente avvenire anche in virtù della generale visione romana del processo che, se si ricollegava ad una pressoché primordiale partecipazione corale del popolo ai riti del diritto, anche in età storica faceva della lite una questione per vari versi riguardante gli interi gruppi sociali cui le parti appartenevano, favorendo con l'intervento di parenti amici e protettori un accordo tra le parti e quindi controllando con la presenza dei garanti lo svolgimento di una causa che, per tal verso, portava i contendenti, e segnatamente il convenuto, a tenere indenne il garante da un esito negativo della lite, preferendo quindi arrendersi ad un adempimento tardivo piuttosto che rischiare una condanna che avrebbe coinvolto in prima persona appunto il patrono che l'aveva sostenuto nella causa, e soprattutto l'avrebbe compromesso in quel fondamentale sistema di rapporti sociali che risultava per vari versi essenziale alla sua stessa vita quotidiana.

Ancora sullo «*ius reficiendi*» dell' «*iter*»

Occupandomi della *refectio* negli studi dedicati a Filippo Gallo, esordivo osservando come tale tema, tanto in ordine alle servitù di passaggio quanto in relazione ai rapporti idrici tra fondi, era stato per lo più affrontato dagli studiosi in maniera episodica e soprattutto guardando non all'istituto nel suo complesso, ma piuttosto a suoi singoli aspetti e implicazioni, così da considerarlo – in stretto se non isolato riferimento all'uno o all'altro dei testi pervenuti in materia – nella prospettiva, a seconda dei casi, della *servitus oneris ferendi* o della tutela offerta al titolare della servitù dalla *vindicatio* ovvero dall'*interdictum de itinere actuque reficiendo*, o ancora dell'usufrutto e di altre situazioni di tipo reale, ovvero dal punto di vista delle specifiche questioni poste da tali mezzi di tutela non solo in riferimento alla *refectio* stessa, ma altresì in vista di altri temi quali la costituzione *iure praetorio* di diritti sulla cosa altrui o la legittimazione attiva e passiva all'*actio de servitute*: contesto che rendeva quindi auspicabile una indagine che finalmente affrontasse questa figura, invece, in un quadro finalmente generale e specifico, di ordine sia dogmatico che storico, ponendo in luce i principii di fondo cui l'elaborazione giurisprudenziale risulterebbe essersi in linea di massima conformata nel risolvere i problemi che la disciplina della *refectio* poneva in ambiti giuridici pur diversi tra loro ¹.

A distanza di quasi otto anni, i tuttora episodici riferimenti a tale tema che è dato incontrare nelle pubblicazioni romanistiche sembrano a maggior ragione confermare la impellente necessità, pur nel ristretto ambito della nostra disciplina, di una simile analisi, che con brutto termine si po-

¹) F. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della refectio delle servitù di passaggio*, in «Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo», II, Napoli, 1997, p. 617 ss.

trebbe definire «globale», poiché la frammentazione con cui i problemi connessi alla *refectio* sono visti appare oggi ancora più che mai portare ad una sostanziale sottovalutazione (pur non senza talune rimarchevoli eccezioni) della peculiarità di tali non semplici tematiche. In particolare, l'aspetto più saliente della frammentazione per lo più in atto nella letteratura in materia sembra impernarsi su una netta scissione tra la considerazione dogmatica e sostanziale della *refectio* ed il suo versante processuale, che in materia di servitù coinvolge, come è noto, tanto la questione di diritto risolta dall'*actio* quanto l'aspetto di fatto affrontato in sede interdittale: metodologia, questa, che irrimediabilmente conduce a risultati ricostruttivi alquanto provvisori e, soprattutto, ad una visione di tale figura e dei concreti problemi fondiari ad essa sottesi piuttosto insoddisfacente.

Il testo su cui, in particolare, si incentrano le discussioni in materia, coinvolgendo il parallelo ricorso alla tutela interdittale, è senza dubbio D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 *ad ed.*), in cui Ulpiano, rifacendosi a Pomponio nonché a Marcello ed indirettamente a Giuliano, afferma che, qualora il proprietario del fondo servente, pur non negando la sussistenza della servitù di passaggio, lasci diventare inutilizzabile il sentiero senza peraltro consentire la *refectio* al titolare, questi potrà in ogni caso agire con la *vindicatio servitutis* affinché, in sede di *arbitratus de restituendo*, il convenuto venga appunto condannato a provvedere al ripristino del passaggio o in ogni caso, come si vedrà meglio tra breve, a sopportare le attività in tal senso della controparte: '*si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum: nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter inivium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam*'. Né a proposito di tale passo è qui il caso di ritornare sulle incrostazioni postclassiche e giustinienee da esso presentate, superabili semplicemente considerando – oltre che insitiche le estensioni all'*actus* e alla *viam* di quanto detto per l'*iter* – la locuzione '*iter inivium vel inhabile*' come riferimento non allo *ius eundi* in senso tecnico, bensì nell'accezione concreta di impraticabilità del «sentiero» – '*iter*' –, secondo una lettura emendativa (*«si quis mihi itineris [...] controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit [...] actione <de itinere> mihi utendum <esse>; nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua [...] iter inivium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum [...] <esse>»*) già proposta nelle sue linee generali da Gino Segrè² ed accettata, oltre che da Siro Solazzi³, ad esempio da Alan Rodger⁴. Di fronte alla relativa chiarezza del passo in esame, il problema esegetico risulta piuttosto rappresentato dai rapporti tra tale peculiare impiego della *vindicatio* e l'*interdictum de itinere actuque reficiendo*⁵, che è lo strumento processuale specificamente posto dall'ordinamento per tutelare il diritto del titolare della servitù di provvedere egli stesso alla *refectio* ('*sed de refectioe viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit*', aggiunge un po' cripticamente lo stesso finale di D. 8.5.4.5)⁶.

Tale non immediato rapporto tra i due mezzi di tutela era stato risolto con modalità invero curiose, persino ritenendo, in passato, che l'una spettasse per la *refectio* dell'*iter*, l'altro per il ripristino della *viam*⁷, ovvero, più recentemente, nel senso che la prima riguardasse altresì l'operazione di '*sternere*' e il secondo solo quelle relative alla *refectio* in senso stretto (come più o meno riteneva Gennaro Franciosi)⁸, o ancora postulando una piana e completa elettività tra l'uno e l'altro mezzo di tutela, in quanto con l'*interdictum* il titolare della servitù avrebbe avuto il vantaggio di provvedere direttamente e quindi in maniera più pronta al ripristino del sentiero, mentre con l'*actio* avrebbe invece raggiunto tale risultato, sia pur più lentamente, a spese del proprietario del fondo servente (era que-

² La denominazione di «*actio confessoria*» in particolare per la rivendicazione dell'*usufrutto* e delle servitù, in «Mélanges P.F. Girard», II, Paris, 1912, p. 596 ss.

³ *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, p. 29 s. e nt. 9, e *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949, p. 60 s.

⁴ *Actio Confessoria and Actio Negatoria*, in «ZSS», CI, 1971, p. 208.

⁵ Cfr. già F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*⁷, Wien, 1865 (rist. Darmstadt, 1967), p. 489 s. (trad. franc. – *Traité de la possession en droit romain* –, Bruxelles, 1879, p. 476 s.).

⁶ Cfr. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 622 ss. e 672 s.

⁷ Si vedano le critiche a tale impostazione di Segrè, *op. cit.*, p. 595 s. (cfr. ZUCCOTTI, *op. cit.*, p. 621 e nt. 12).

⁸ *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, p. 101 s.

sta la tesi di Oscar Pistolesi)⁹.

In tale situazione di non definitivo approfondimento e di incertezza di proposte ricostruttive¹⁰, non mi era sembrata idea trascurabile, secondo una prospettiva tanto semplice e lineare quanto, mi risulta, mai considerata prima, la possibilità di risolvere il problema del rapporto tra i due mezzi di tutela partendo dalla considerazione che l'*interdictum de itinere actuque reficiendo* – poiché le parti potevano escludere o limitare lo *ius reficiendi* della servitù da esse costituita riservando in tutto o in parte la manutenzione del sentiero al *dominus* del fondo servente – recava nella sua formula¹¹ la clausola '*ut tibi ius esset*' (o '*est*'), in quanto esso era appunto esperibile soltanto se in concreto l'intimante disponeva dello *ius reficiendi* (D. 43.19.3.14, Ulp. 70 *ad ed.*: '*fieri autem potest, ut qui ius eundi habeat et agendi, reficiendi ius non habeat, quia in servitute constituenda cautum sit, ne ei reficiendi ius sit, aut sic, ut, si velit reficere, usque ad certum modum reficiendi ius sit: merito ergo ad refectionem se praetor rettulit: 'ut tibi', inquit, 'ius est, reficias' ...*'); mentre, se lo *ius reficiendi* fosse invece stato insussistente, ma il sentiero rischiasse di divenire impraticabile nel disinteresse del proprietario del fondo servente, il titolare della servitù poteva nel caso ricorrere alla *vindicatio servitutis* (e si noti come in D. 8.5.4.5 le parole '*si ... reficere ... non patiatur*' escludano in maniera pressoché esplicita lo *ius reficiendi* del soggetto, che in caso contrario sarebbe stato protetto in tale attività dall'ordine pretorio '*quo minus id iter actumque ... reficias, vim fieri veto*'): e questo appunto in quanto tale comportamento, pur non negando esplicitamente la sussistenza della servitù ('*si mihi itineris ... controversiam non faciat*'), diveniva in effetti un modo per riconoscere di fatto il diritto del vicino, dato che il *dominus* del fondo servente, svuotandolo di ogni effettivo contenuto e di ogni utilità pratica, si comportava in pratica come esso non esistesse¹².

Per quanto si trattasse dunque di un uso eccezionale ed per così dire eterodosso della *vindicatio* (Giuseppe Grosso vi scorgeva anzi quasi una «incrinatura» nelle architetture sistematiche del processo formulare)¹³, tale ricorso all'*actio de servitute* risultava in ogni caso comprensibile ed in linea con i presupposti di tale azione, mentre d'altra parte era verosimile che il convenuto, di fronte alla sproporzione tra la condanna, riguardante l'intero valore della servitù, e l'ottemperamento del *iususus* di restituere, incentrato sulla *refectio*, avrebbe verosimilmente sempre scelto quest'ultima soluzione¹⁴: in effetti, come osservava il maestro torinese, «si tratterebbe di una particolare ipotesi in cui ... il tenere una cosa in determinate condizioni assumerebbe l'aspetto positivo di un atteggiamento contrastante con l'altrui potere sulla cosa»: cosicché, dato che in casi eccezionali come questo «anche l'omissione del proprietario è qualificata come atteggiamento positivo», il ricorso alla *vindicatio* si giustifica appunto per il fatto che qui le «omissioni, qualificate dalla circostanze, vengono trattate come ingerenza positiva attraverso la cosa propria nella sfera del diritto altrui, così che il diritto reale sembra comportare un certo comportamento positivo altrui»¹⁵. Tale impostazione ricostruttiva – anche senza volere entrare nei complessi problemi relativi alla *servitus oneris ferendi* – appare d'altra parte qui pianamente giustificato dal fatto che, se il soggetto ha voluto escludere lo *ius reficiendi* del titolare della servitù da lui costituita riservandosi di provvedere lui stesso alla manutenzione del sentiero, il trascurare tale incombenza diviene intrinsecamente un comportamento incompatibile rispetto alla servitù stessa (ed in effetti, recentemente, l'impostazione di Giuseppe Grosso è stata ripresa, sia pur

⁹) *Le attività di ripristino nelle servitù di 'iter', 'actus' e 'via'*, in «Studi A. Biscardi», V, Milano, 1984, p. 269 ss.

¹⁰) Si veda tra l'altro anche V. ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie. Appunti* (1908), in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 120 s.

¹¹) D. 43.19.3.11 (Ulp. 70 *ad ed.*): '*Ait praetor: 'quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto. qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius vitium datum sit, caveat'*'.

¹²) Cfr. F. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in «SDHI.», LX, 1994, p. 238 ss., e *Prassi negoziale*, cit., p. 669 s.

¹³) *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 298 (cfr. *Miscellanea critica* [1953], in *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001, p. 583).

¹⁴) Cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit. p. 85, 164, 294 e 298.

¹⁵) *Ibid.*, p. 85 s.

con tonalità differenti, da Alessandro Corbino¹⁶, che a proposito della *servitus oneris ferendi* afferma in linea di massima che, in generale, la situazione dei luoghi esistente al momento della costituzione di una servitù costituisce un indispensabile presupposto di fatto per la sussistenza del rapporto stesso, al cui mantenimento è appunto preposto il diritto alla *refectio*, e da Raffaele Basile¹⁷, che distingue tra il '*reficere parietem*' che è contenuto strutturale della *servitus oneris ferendi* e altri comportamenti che, come quello di assicurare la praticabilità dell'*iter*, non avrebbero costituito uno specifico obbligo nato in sede di costituzione del diritto, bensì rientrerebbero nel generale obbligo strutturale di permettere l'esercizio della servitù stessa).

Per altro verso, in ordine al problema del rapporto tra tali obblighi del *dominus* del fondo servente ed il principio di fondo per cui «*servitus in faciendo consistere nequit*», non è detto che il contegno di questi in relazione allo *ius eundi agendi* dovesse per forza tradursi, attraverso la *restitutio*, in un obbligo di *facere* – così come sinora si è per lo più ritenuto –, potendo altresì il provvedimento del giudice in tale sede consistere piuttosto nella prestazione una *cautio* volta a garantire la tolleranza delle operazioni di ripristino poste in essere dallo stesso titolare della servitù, come in D. 8.5.4.5 sembrerebbe anzi suggerire – del resto in sintonia con quanto recato da D. 8.5.7, che verrà richiamato tra breve – la circostanza che la *vindicatio* viene qui esperita appunto come rimedio al fatto che la controparte non consente tale manutenzione ('*si ... reficere ... non patiatur*'), per cui la *restitutio* – come proponeva incidentalmente anche Giuseppe Grosso¹⁸ – sarebbe potuta semplicemente consistere nell'ordine di «*reficere ... pati*» o '*sinere*' (su tale punto, in effetti, non entravo nel mio scritto del 1997, limitandomi a considerare la possibilità che l'*arbitratus de restituendo* si traducesse nell'ordinare al *dominus* del fondo di provvedere alla *refectio*, prestando una *cautio* in tal senso, ma è ovvio come tale ulteriore possibilità di risolvere la questione non è per nulla in contrasto con le linee generali della mia proposta ricostruttiva)¹⁹.

Se questa esegesi, specie nell'individuare confini precisi e soprattutto logici da un punto di vista sistematico tra i due mezzi di tutela, poteva quindi apparire convincente ed in ogni caso degna di approfondimento critico piuttosto che di aprioristico rifiuto, mi ha stupito il tenore inaspettatamente ostile della trattazione dedicata a D. 8.5.4.5 da Emanuele Stolfi, che inizia con l'affermare che io «tempererei» il mio discorso ed anzi mi «contraddirei» affermando prima che si tratta di un uso della *vindicatio* alquanto eterodosso da un punto di vista dogmatico e sistematico, per poi sostenere invece che il ricorso ad essa è spiegabile in quanto l'inerzia del convenuto nega in pratica la sussistenza della servitù²⁰: poiché io, ben diversamente, osservavo – analogamente a quanto faceva Giuseppe Grosso – che, per quanto a prima vista strano, il ricorso alla *vindicatio* è d'altra parte logicamente spiegabile proprio per tale motivo, affermare che qui io mi «contraddica» appare inequivocabilmente risultato di affrettata superficialità, sia pure ammantata, nella apparente compendiosità che le note tendono a simulare nello stile di tale autore, di saggia e ben ponderata considerazione di ogni aspetto della questione e di tutte le sue implicazioni²¹.

Ma non è questa né la sola né la principale inconclusività del discorso di Emanuele Stolfi sul frammento in esame e su quella che egli definisce un «innovativo e atipico utilizzo della *vindicatio ser-*

¹⁶ *Servitus oneris ferendi e reffectio parietis*, in «Mélanges C.A. Cannata», Bâle-Genève-München, 1999, p. 25 ss. in particolare p. 29 ss. e 31.

¹⁷ *In tema di «servitus oneris ferendi»*, in «Labeo», XLVII, 2001, p. 72 ss. e 75 ss.

¹⁸ *Le servitù*, cit., p. 298.

¹⁹ Cfr. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 624 s. e 669 ss.

²⁰ E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, p. 358 nt. 193.

²¹ Su come talvolta alle ampie citazioni dottrinali recate dalle note dall'autore non corrisponda una altrettanto attenta lettura di tali opere cfr. tra l'altro F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù costituite «tutione praetoris»*. *Saggio di critica interpolazionistica* (nt. 24 e 34), di prossima pubblicazione in «Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' (in memoria di Arnaldo Biscardi). Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001» (cfr. altresì, qui di seguito, *Della «refectio» del «rivus» e di altre amenità romanistiche*, nt. 48).

vitutis »²² da parte di Pomponio (prospettiva ove, a parte l'orribile ricorso ad un sostantivo tratto dal gergo burocratico-ferroviario, tanto il carattere «innovativo» – poco dopo si parla nientedimeno che di una innovazione addirittura «ardita»²³ – quanto la sicura attribuzione a Pomponio di tale impiego della confessoria risultano quantomeno gratuiti di fronte alla genericità della citazione ulpiana in D. 8.5.4.5 – ‘*Pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum*’ –, né l'autore si perita in alcun modo di motivare tale pur non secondaria posizione interpretativa)²⁴: quello che sembra più stupefacente, in effetti, è piuttosto l'impressionistica argomentazione²⁵ che lo porta a rifiutare la mia idea secondo cui si sarebbe ricorso all'*interdictum* in presenza dello *ius reficiendi* e all'*actio* qualora esso non vi fosse – che pur dapprima egli ammette essere «argomentazione ... in più punti persuasiva» –, per seguire invece una diversa «ottica» (altro termine tanto di moda quanto insopportabile) secondo cui la coesistenza tra i due metodi di tutela potrebbe essere spiegata «ad esempio» in vista della possibilità che fosse «passato un anno di *non usus* così che l'interdetto non era più proponibile», come congetturava già Giuseppe Grosso²⁶ (e prima di lui, come io stesso avvertivo²⁷, il Cuaicio²⁸: ma Emanuele Stolfi, che tace la derivazione di tale notizia dal mio scritto fingendola nota a chiunque, lo richiama senza neppure preoccuparsi di citare l'opera in cui questi trattava del frammento in esame).

Tuttavia – per quanto autorevolmente sostenuta, oltre che da Emanuele Stolfi, da Jacob Cujas e da Giuseppe Grosso – tale tentativo di spiegazione della coesistenza dei due mezzi di tutela è, a ben vedere, da una parte una mera petizione di principio, e per altro verso intrinsecamente erroneo.

In primo luogo, infatti, è ovvio che in qualsiasi servitù il titolare, se non ha compiuto nell'ultimo anno alcun atto di esercizio, non potrà ricorrere all'interdetto, e quindi non potrà far valere la propria posizione *lato sensu* possessoria facendo inibire alla controparte, su un mero piano di fatto, qualsiasi impedimento (*prohibitio*) all'*usus servitutis*, dovendo invece agire *de iure* sopportando gli oneri probatori comportati dall'essere attore nella *vindicatio*: ma questo è appunto vero ed anzi ovvio in qualsiasi rapporto di servitù, ed anche qui – per quanto la questione si presenti più complessa in quanto l'esperimento dell'*interdictum* relativo alla *refectio* faccia riferimento non a un pregresso atto di manutenzione bensì ad un mero atto di transito – la questione non si pone in ultima analisi in maniera diversa; tuttavia in D. 8.5.4.5 il problema non è affatto costituito dalla assenza di un pregresso atto di esercizio della servitù, ma piuttosto dalla circostanza che il *dominus* del fondo servente non contesta il passaggio per il suo fondo, che anzi perdura, e si limita invece a negare la *refectio*, imperniando quindi su quest'ultima – e non sul contenuto principale del rapporto fondiario, ossia sul transito – la questione giuridica proposta dal frammento in esame.

Sotto questo secondo aspetto, è in effetti da sottolineare come D. 8.5.4.5 Ulpiano esordisca specificando che il *dominus* del fondo servente non contesti né impedisca il transito del vicino sul suo fondo (*‘si quis mihi itineris ... controversiam non faciat’*), ma – ‘*sed*’ – non permetta al titolare della servitù di provvedere alla *refectio* del sentiero (*‘sed reficere sternere non patiatur’*): e dal contesto, ossia da tali presupposti e dalla citazione di Pomponio che accorda non l'*interdictum de itinere actuque reficiendi*, bensì la *vindicatio servitutis*, come si osservava si deve inequivocabilmente dedurre che il soggetto, pur avendo lo *ius eundi agendi*, non ha lo *ius reficiendi*, e perciò – e solo per questo – non può ricorrere a tale mezzo di tutela, in cui l'ordine pretorio *‘vim fieri veto’* l'avrebbe definitivamente posto al riparo dai tentativi del vicino di impedire tale attività di manutenzione.

²² Cfr. *Studi*, II, p. 359 (cfr. in senso analogo anche RODGER, *Actio Confessoria and Actio Negatoria*, cit., p. 210).

²³ Cfr. *ibid.*, p. 361.

²⁴ Si veda ad esempio, da un punto di vista metodologico certo più correttamente, A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*, Milano, 1992, p. 72 e nt. 45, che non esclude che tale soluzione possa risalire a Giuliano (in effetti, le parole *‘Marcellus ... notat apud Iulianum’* non sembrano sufficienti per escludere che quest'ultimo non considerasse anch'egli la soluzione della *vindicatio*: tanto più se si considera come Giuliano professasse idee alquanto ampie e liberali in ordine alla legittimazione attiva e passiva alle *actiones de servitute e de usu fructu*).

²⁵ Cfr. *ibid.*, p. 360 nt. 198.

²⁶ *Le servitù*, cit., p. 298.

²⁷ *Prassi negoziale*, cit., p. 624 nt. 21.

²⁸ J. CUJAS, *Recitationes Solemnes*, in *Opera*, VII, Prato, 1839, c. 724 s. (*ad D.* 8.5.4.5).

Se anche egli non avesse usato della servitù nell'ultimo anno, questo infatti avrebbe semmai riguardato l'inesperibilità dell'interdetto *de itinere actuque privato* e non di quello relativo alla *refectio*, e l'intera fattispecie si sarebbe presentata in modo sensibilmente diverso: in primo luogo, poiché il passo in esame, come si è osservato, afferma chiaramente che il *dominus* del fondo servente non contesta il diritto del vicino di transitare sul suo fondo (*'si quis mihi itineris ... controversiam non faciat'*), sarebbe stato sufficiente a quest'ultimo percorrere una sola volta il sentiero (ed anche solo in modo parziale)²⁹ per poter vantare *'hoc anno'* un atto di *usus servitutis*, e quindi per potere esperire non solo l'*interdictum de itinere actuque privato*, ma altresì, avendo lo *ius reficiendi*, quello *de itinere actuque reficiendi*, che si fonda sullo stesso presupposto di fatto. Ma anche se, in ipotesi, il *dominus* del fondo servente avesse impedito tale atto di transito, pure in tal caso il problema non sarebbe stato tanto quello della *refectio*, bensì quello, più generale, dello *ius eundi agendi* in quanto tale, e in tal caso il titolare avrebbe dovuto esperire la *vindicatio* non certo per costringere il vicino a compiere o tollerare la *refectio*, ma per dimostrare innanzitutto la sussistenza stessa del suo diritto: né la *restitutio* avrebbe dunque insistito sulla necessità della *refectio*, ma sarebbe come di norma consistita in una *cautio* del tipo di quella *'de amplius non turbando'* con cui il convenuto soccombente si sarebbe impegnato *tout court* a rispettare la servitù così riconosciuta *de iure* in sede di *actio*³⁰. E a questo punto il problema della *refectio* si sarebbe presentato soltanto in seguito, quando il titolare, ripreso per così dire possesso della servitù, avesse tentato di provvedere alla *refectio*: ipotesi ove nel caso di impedimenti, sempre ammesso che avesse lo *ius reficiendi*, avrebbe potuto normalmente esperire l'interdetto specifico vantando un atto di *usus servitutis* compiuto *'hoc anno'*, e da esso sarebbe stato tutelato compiutamente contro ogni impedimento recato dal *dominus* del fondo servente³¹. Sempre ammesso – ed è questa la reale questione posta da D. 8.5.4.5 – che egli vantasse, in base all'atto costitutivo della servitù, lo *ius reficiendi*: in caso contrario, come a questo punto la lettura critica del passo risulta inequivocabilmente dimostrare, egli sarebbe dovuto invece ricorrere – altresì nel caso avesse vantato *'hoc anno'* un atto di *usus servitutis* – nuovamente alla *vindicatio*, usandone in tale sua peculiare applicazione.

Il problema dell'esercizio della servitù nell'ultimo anno non riguarda quindi in nessun modo la sua *refectio*, e si presenta sotto quest'ultimo aspetto in maniera del tutto analoga sia che *'hoc anno'* il titolare se ne sia avvalso sia che invece manchi tale fondamentale atto di *usus servitutis*. L'obiezione che Emanuele Stolfi riprende pedissequamente da Giuseppe Grosso non sembra quindi cogliere nel segno ed essere di effettiva rilevanza.

In ogni caso, risolto tale punto, è da aggiungere che non è questa la sola obiezione che porta Emanuele Stolfi a rifiutare la mia lettura, poiché, oltre a tale a suo parere «irrisolto rilievo» di Giuseppe Grosso, egli richiama nientedimeno che la «lettera del frammento», ossia il finale di D. 8.5.4.5 in cui si aggiunge *'sed de refectione viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit'*, osservando a tale proposito, con compunta saggezza e soddisfatta magnanimità, che non «è semplice liquidarla come una 'lieve incongruità' spiegabile con immancabili 'tagli'» come farei a suo avviso io, «mentre appare più plausibile che Ulpiano si limitasse a menzionare, senza forse specificarne l'ambito di operatività, i rimedi astrattamente utilizzabili per la fattispecie descritta»³². Quest'ultimo truismo, nelle intenzioni dell'autore, vorrebbero forse essere una definitiva obiezione alla mia tesi, ma in realtà esso non significa assolutamente nulla, specie in quanto tale osservazione era anche ed innanzitutto mia, e credo anzi che il mio contraddittore si sia limitato in ciò a tenere presente il mio articolo³³: è infatti ovvio, poiché la *refectio* poteva essere fatta valere attraverso l'interdetto ma anche essere esclusa o limitata dall'atto costitutivo e quindi tutelata attraverso la *vindicatio*, che Ulpiano ne trattasse tanto nel LXX libro *ad edictum*, relativo agli interdetti, quanto nel XVII (e più specificamen-

²⁹ Si veda infatti D. 8.6.8.1 (Paul. 15 *ad Plant.*): *'is qui per partem itineris it totum ius usurpare videtur'*.

³⁰ Cfr. tra l'altro ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit., p. 236 ss.

³¹ Cfr., in relazione a D. 43.19.3.11, ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 636 s. (si veda in generale B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*², Milano, 1969, p. 357 s.).

³² Cfr. STOLFI, *op. cit.*, p. 360 nt. 198.

³³ *Prassi negoziale*, cit., p. 637 nt. 56 e p. 672 e nt. 178.

te nella sezione ‘*de servitutis praediorum rusticorum*’, sotto l’intitolazione ‘*si servitus vindicetur*’³⁴, accostando in entrambi i casi i due mezzi di tutela ogni volta che parlasse della *refectio*. Ma tutto questo non ha nulla a che vedere con la questione dell’esegesi di D. 8.5.4.5, dove il problema è ben diversamente, oltre al ricorso alla *vindicatio* per giungere alla *refectio* del sentiero, l’ellittico e sostanzialmente anodino richiamo dell’*interdictum de itinere actuque reficiendo*, che non solo non fornisce alcun chiarimento in ordine al discorso precedente, ma semmai lo intorbida rendendo meno comprensibile l’argomentazione logico-giuridica che vi è sottesa.

In realtà, quello di cui mi vuole accusare Emanuele Stolfi, e che istintivamente sembra sgostrarlo portandolo quasi più per ripulsa che per principio a rifiutare la mia argomentazione, è il sospetto ricorso da parte mia ad una soluzione interpolatoria che risulterebbe di per sé inaccettabile al neobartolismo oggi ancora imperante: ma tale smania «genuinista» porta lo studioso pomponiano a prendere come un rigurgito del più bieco interpolazionismo quella che era solo la semplice constatazione di come il frammento in esame presenti chiare tracce di tagli epitomatori operati dai compilatori nella sua composizione, e che essi sono tanto evidenti da riuscire ovvi anche a uno studente di terz’anno impegnato in un corso di esegesi. Si considerino infatti di seguito, insieme alla seconda parte del § 5 di D. 8.5.4, il § 6 e l’inizio del § 7 (tecnica esegetica del tutto lecita poiché, come il mio contraddittore certo ammetterà, la divisione in paragrafi non è originaria ma dovuta ai glossatori, e quindi l’ignorarla non costituisce per nulla un’operazione di tipo interpolazionistico): ‘... *sed de refectioe viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit: non tamen si silice quis sternere velit, nisi nominatim id convenit. sed et de haustu, quia servitus est, competunt nobis in rem actiones. competit autem de servitute actio domino aedificii neganti servitutum se vicino debere, cuius aedes non in totum liberae sunt, sed ei cum quo agitur servitutum non debent ...*’. In tale sequenza, se già il richiamo dell’interdetto introdotto da un ‘*sed ... et*’ non ha alcun rapporto con la soluzione della questione relativa alla *vindicatio* precedentemente affrontata e sembra in ogni caso poco perspicuo (già Siro Solazzi, forse esagerando, lo definiva un «melenso avvertimento» senza costrutto)³⁵, ecco che ancor più incongruo e perfino un po’ surreale – di fronte alla ben più vaste questioni esistenti nelle trattazioni giurisprudenziali in ordine ai limiti della nozione di ‘*refectio*’³⁶ – appare il successivo avvertimento per cui l’interdetto non compete tuttavia se si voglia *silice sternere* il sentiero, ed ancor più gratuita ed ovvia l’aggiunta ‘*nisi nominatim id convenit*’: e non si comprende neppure perché, dopo aver recato tale precisazione, Ulpiano dovrebbe passare a dire – anche qui con un ‘*sed et*’ che non centra nulla, non essandovi alcun motivo di coordinare in via avversativa le due proposizioni – che dopotutto anche l’*aquae haustus* è una servitù e quindi in ordine ad essa ci competono «delle azioni reali» (delle quali oltretutto non si comprende bene la pluralità in quanto, oltre alla *vindicatio*, sembra piuttosto arduo stabilire quale altra *actio in rem* spetti a tutela di tale servitù, e lo stesso discorso vale, specularmente, per il *dominus* del fondo servente e la *negatoria*); né, per tal verso, risulta più consequenziale il passaggio successivo (peraltro sempre introdotto da un ‘*autem*’), ove il discorso ulpiano riprende finalmente in maniera sensata trattando della servitù ‘*altius non tollendi*’. Con tutto questo non si vuole negare che ogni singola frase possa magari essere perfettamente ulpiana, ma soltanto che il complessivo discorso del giurista nel suo XVII libro *ad edictum* non poteva certo seguire un andamento a tal punto singhiozzante e senza alcuna consequenzialità e congruità logica: e se si pensa alla tecnica compilatoria da cui ha origine il Digesto, non sembra né tanto strano e neppure troppo audace postulare che qui i giustinianeî abbiano giustapposto senza andare troppo per il sottile escerti di tale libro ulpiano, assemblando così un frammento che può certo darci notizie in ordine a singoli punti, ma è impossibile leggere nella sua intrezza come discorso compiuto, così da potere quindi coordinare costruttivamente, in particolare, la menzione dell’interdetto con quanto lo precede. E del resto, analogamente, già nella prima parte del § 5, tanto nell’affermazione di Pomponio (‘... *scribit ... utendum ...*’)

³⁴ Cfr. O. LENEL, *Palinogenesi Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz, 1960, II, c. 517 n. 594.

³⁵ *La tutela*, cit., p. 60 s.

³⁶ Cfr. specie in relazione a D. 43.19.3.12-16, ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 636 ss.

quanto in quella di Marcello (... *notat iter petendum* ...), l'infinitiva manca di un 'esse' che regga il gerundio: verbo che potrebbe anche essere sottointeso, ma la cui reiterata assenza sembrerebbe piuttosto la traccia di un consimile intervento epitomatorio da parte dei giustinianeî.

In tale situazione, in cui il riferimento all'*interdictum de itinere actuque reficiendo* non spiega nulla in ordine alla fattispecie considerata dalla prima parte del frammento, dire come fa Emanuele Stolfi che qui probabilmente Ulpiano si limitava «a menzionare, senza forse specificarne l'ambito di operatività, i rimedi astrattamente utilizzabili per la fattispecie descritta» significa quindi non dire assolutamente niente da un punto di vista esegetico, dato che è ovvio che per la *refectio* vi era anche l'interdetto, ma questo non spiega affatto il 'sed' con cui il testo lo introduce, né tantomeno (anche a tacere del mistero costituito dall'incongruo accenno finale 'al *silice sternere*', che con tale questione c'entra se possibile ancor meno) lo coordina con la *vindicatio* agli effetti che qui interessano: peculiarità esegetica che costituisce appunto, per quanto ciò tenda a sfuggire al mio contraddittore, lo specifico problema posto da D. 8.5.4.5.

Se le obiezioni opposte alla mia ricostruzione da Emanuele Stolfi si rivelano dunque, sia per quanto riguarda l'«irrisolto rilievo» di Giuseppe Grosso sia in ordine alla difesa della lettera giustiniana di D. 8.5.4.5, nient'altro che argomenti inconsistenti, frutto di una sostanziale incomprensione dei problemi posti dal passo piuttosto che di un personale contributo alla questione, certamente più serie risultano invece le posizioni assunte in ordine al rapporto tra *vindicatio servitutis* ed *interdictum de itinere actuque reficiendo* da un recente articolo da Alberto Burdese³⁷.

Trattando della *refectio servitutis* nell'*actio de servitute oneris ferendi*, questi prende le mosse da un articolo del 1998 di Monica de Simone³⁸, in cui veniva ripresa la vecchia tesi di Gino Segrè³⁹ secondo cui, per costringere la controparte a '*parietem reficere*' non sarebbe stata necessaria un'*actio* «*cogatoria*» la cui *intentio* recasse l'affermazione '*mibi est ius te cogere reficere parietem ad sustinenda onera*' (come invece ritiene la corrente dottrina che fa capo ad Otto Lenel)⁴⁰, essendo a tal fine sufficiente il ricorso ad una *vindicatio* incentrata, piuttosto che su un positivo obbligo di *refectio*, sulla mera sussistenza della servitù, ossia una formula dove, indirettamente, l'obbligo della *refectio* sarebbe venuto in considerazione soltanto di *restitutio* (fattispecie che, ovviamente, è alquanto prossima se non per vari versi coincidente con il problema affrontato da D. 8.5.4.5).

L'argomentazione di Monica De Simone⁴¹, in particolare, si fonda su di un testo di Paolo (21 *ad ed.*), D. 8.5.7, che interessa anche ai fini di queste note in quanto puntualizza le possibilità che in sede di *restitutio* erano date al giudice per soddisfare l'attore in ordine alla necessità della *refectio*: '*harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. res ipsa haec est, ut inbeat adversarium index emendare vitium parietis et idoneum praestare. cautio haec est, ut eum inbeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibituos alius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit*': alternativa che, sembrerebbe, doveva presentarsi in maniera perfettamente analoga – come di recente sottolinea anche Raffaele Basile⁴² – anche quando la pretesa attorea riguardasse, invece che la *refectio parietis*, la manutenzione del sentiero oggetto dello *ius eundi agendi* (la medesima alternativa tra il provvedere direttamente alla manutenzione ed il '*sinere*' l'attività in tal senso della controparte è del resto riferita allo *iussum* dell'organo giudicante altresì in relazione all'*actio aquae pluviae arcendae* da D. 39.3.2.5, ove Paolo – 49 *ad*

³⁷) Sulla *refectio parietis* nell'*actio de servitute oneris ferendi*, in «Scritti B. Bonfiglio», Milano, 2004, p. 59 ss.

³⁸) D. 8.5.6.2: *arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, in «AUPA», XLIV, 1998, p. 181 ss.

³⁹) *La clausola restitutoria nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitus oneris ferendi»* (1933), in *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, Torino, 1976, p. 555 ss.

⁴⁰) Cfr. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1985, p. 194 (§ 73 n. III). Si veda in particolare J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, p. 19 ss., che ritiene però preferibile riferire il valore originario di 'cogere' al *sustinere onus*.

⁴¹) D. 8.5.6.2, cit., p. 213 s.

⁴²) *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 79 (cfr. p. 70 nt. 23).

ed. – riferisce il dettato di Alfeno Varo: ‘...si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat ...’⁴³: dove tra l’altro il verbo ‘cogere’ non può evidentemente riferirsi ai *verba* della formula dell’azione in esame, come si pretende invece avvenire, sulla base ad altri frammenti che ricorrono ad esso, in ordine all’azione relativa alla *servitus oneris ferendi*).

Anche senza volere qui troppo addentrarsi, come si diceva, nella ben più complessa questione della *refectio parietis* nella *servitus oneris ferendi* ed in particolare della sua tutela formulare, quanto interessa ai fini di queste note è semplicemente la possibilità, pianamente deducibile da tali testi, che in sede di *vindicatio* la *restitutio* possa avvenire ordinando al *dominus* del fondo servente tanto di provvedere lui stesso alla *refectio* quanto di tollerare che se ne occupi invece il titolare della servitù. Tale aspetto, sembra anzi di potere osservare, oltre che per quanto riguarda la *refectio* del sentiero considerata da D. 8.5.4.5, appare altresì decisiva in ordine alla *refectio parietis* oggetto della *servitus oneris ferendi*: infatti i testi che parlano di una *intentio* incardinata sull’affermazione ‘*ius sibi esse cogere reficere parietem*’ – e che quindi risulterebbero dare ragione alla tesi che fa capo ad Otto Lenel e difesa da ultimo da Alberto Burdese – possono al limite essere superati, attraverso spiegazioni interpolazionistiche o anche più semplicemente via interpretativa, mentre è invece alquanto più difficile superare il preciso dettato dei passi che parlano di tale duplice possibile atteggiarsi dell’*arbitratus de restituendo*, che appaiono viceversa escludere una formula impostata direttamente sull’*intentio* ‘*mibi esse ius tibi cogere parietem*’ e che viceversa – secondo una proposta ricostruttiva già sostenuta da Biagio Brugi⁴⁴ e ripresa in particolare da Giuseppe Grosso⁴⁵ – risultano dunque implicare una formula fondata sulla esigenza oggettiva della *refectio parietis*, e non su di un obbligo positivo del *dominus* delle *aedes* serventi.

In effetti, un testo come in particolare D. 8.5.6.2 (Ulp. 17 *ad ed.*)⁴⁶ può essere superato ritenendo interpolate – come fa Monica De Simone⁴⁷, per questo criticata da Alberto Burdese⁴⁸ – le parole ‘*defendere ius sibi esse*’ e leggendo quindi ‘*ut possit quis [...] cogere adversarium reficere parietem*’: ma sembrerebbe altresì sufficiente limitarsi più prudentemente a ritenere che tale locuzione non voglia indicare tecnicamente il *petitum* dell’azione, e quindi la *intentio* della sua formula, ma sia volta soltanto ad indicare empiricamente il fine pratico di tale mezzo di tutela, secondo quello che rimaneva lo scopo sostanziale perseguito dall’attore (e che come si è visto poteva consistere tanto nella manutenzione della *paries* da parte del proprietario quanto nella tolleranza da parte di quest’ultimo delle operazioni a tal fine intraprese dalla controparte): lettura che – se appare sotto certi aspetti suggerita anche dalla precedente frase ‘*actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat*’⁴⁹, analoga nel suo dettato alla successiva affermazione qui in esame ma tale da non dare adito a dubbi circa l’assenza di qualsiasi precisa implicazione formulare – risulta d’altra parte accordarsi con un uso relativamente generico di ‘*defendere*’ (‘*ius*’) attestato dalle fonti tanto giurisprudenziali (si veda in particolare⁵⁰ – altresì in relazione al significato tecnico di ‘*rem non defendere*’ – D. 42.7.2.1, Ulp. 65 *ad ed.*: ‘...ad agendum vel defendendum, uti ius esset ...’) quanto autoritative⁵¹.

Per converso, è da notare che non tutte le fonti che depongono per una *intentio* quale divisa

⁴³ Cfr. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 203 ss., e BURDESE, *op. cit.*, p. 62 s.

⁴⁴ *L’ambitus e il paries communis nella storia e nel sistema del diritto romano*, in «RISG.», IV, 1887, p. 161 ss. e in particolare p. 186 ss.

⁴⁵ *I problemi dei diritti reali nell’impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, 1944, p. 183 ss. (cfr. *Le servitù*, cit., p. 83 ss.).

⁴⁶ ‘*Etiā de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitute imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus reffectio ad eum pertinet, qui sibi servitute adserit, non ad eum, cuius res servit. sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda ...*’.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 215 s..

⁴⁸ *Op. cit.*, in particolare p. 62 s.

⁴⁹ Cfr. altresì, in tale direzione, le parole ‘*qui servitute sibi defendit*’ del § 4 di D. 8.5.8, che stemperano per tal verso il significato che può assumere il verbo ‘*defendere*’ nel contesto del frammento.

⁵⁰ Cfr. tra l’altro D. 39.1.15 (Afr. 9 *quaest.*).

⁵¹ Si vedano ad esempio C.Th. 8.18.3, C.Th. 9.2.1, C.I. 5.44.2.2 e C.I. 12.1.8.

dalla dottrina leneliana siano immuni da ogni sospetto, ed in particolare, tra quelle invocate da Alberto Burdese contro la ricostruzione di Monica De Simone⁵², non sembra del tutto convincente in ordine alla sua classicità la testimonianza recata dal finale di D. 8.5.8.pr. (Ulp. 17 *ad ed.*: ‘*et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est ius tibi non esse me cogere*’): Alberto Burdese, che trova in essa, pur se non formalmente ineccepibile, una prova di cui non è facile sbarazzarsi, la spiega nel senso che «può ben essere genuino il richiamo ad un *ius tibi non esse me cogere* quale contenuto di un’*intentio* di azione negatoria, nel caso di specie di una *servitus oneris ferendi* per l’ipotesi in cui il proprietario del fondo dominante si rifiutasse di puntellare il proprio edificio onde permettere la *refectio* della *paries* sottostante da parte del proprietario del fondo servente»⁵³; ma questa spiegazione, da coordinare con la prima parte del *principium* del frammento⁵⁴, non mi sembra in fondo del tutto soddisfacente, specie in quanto – anche in relazione a quanto affermato da Ulpiano nel § 3 di D. 8.5.8: ‘*sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi debere ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat*’⁵⁵ – una posizione *lato sensu* possessoria del titolare della *servitus oneris ferendi*, e quindi una necessità della controparte di ricorrere alla *negatoria*, mi sembra configurabile in relazione alla sussistenza della servitù in quanto tale – e quindi in una formula che si impervi su tale aspetto generale – ma non in relazione all’obbligo di *reficere parietem*, circa il quale dovrà essere il titolare della servitù ad agire appunto per ottenere la *refectio* o quanto essa preliminarmente presuppone, mentre non si vede in quale mai maniera e per ottenere quale risultato dovrebbe essere la controparte a promuovere la negatoria, che in tale ipotesi agirebbe per l’assurdo scopo di non effettuare la *refectio*, in un’azione che sarebbe dunque di mero accertamento e non invece di condanna come avviene notoriamente nelle *actiones de servitute* formulari⁵⁶ (né il fatto che qui l’affermazione ‘*ius tibi non esse me cogere*’ sarebbe proposta al fine di sostenere che il proprietario dell’immobile inferiore – gravato della servitù – non è tenuto a puntellare il muro dell’altrui immobile superiore – dominante – per provvedere alla *refectio* del proprio *paries*, pur nella sua peculiarità, può in ogni caso risultare fattore sufficiente a superare tali obiezioni di ordine generale). Del resto, anche l’asserzione per cui sarebbe difficile attribuire ai compilatori giustiniani interpolazioni impostate sulla tecnica formulare classica si rivela invero argomento non assoluto in quanto, come ho avuto occasione di notare ad altro proposito, non è invece affatto da escludere che, specie per quanto riguarda il periodo postclassico, le scuole di tale epoca, dovendo lavorare su materiali dati e quindi impostati a tale dimensione processuale, operassero interventi in cui le nuove posizioni del diritto del tardo impero tendevano a tradursi, in maniera più o meno congrua, appunto in clausole tipiche del processo formulare⁵⁷.

In conclusione, se le testimonianze a favore della formulazione «*cogatoria*» dell’azione relativa alla *servitus oneris ferendi* sembrano poter essere per vari versi non insuperabili, quello che rimane invece fermo, e risulta irrimediabilmente ostare una *intentio* esplicitamente impervinata sull’obbligo del *dominus* del fondo servente di provvedere alla *refectio*, è la testimonianza di Paolo recata da D. 8.5.7 (*‘harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio ...’*), che in effetti non sembrerebbe altrimenti spiegabile se non postulando, secondo la falsariga ricostruttiva che risale a Gino Segrè e ripresa in particolare da Giuseppe Grosso, che in tale azione il comportamento attivo del ‘*reficere parietem*’ non costituisse l’oggetto della *intentio* bensì venisse più semplicemente in considerazione in sede di *arbitratus de restituendo*.

⁵²) Sulla *refectio parietis*, cit., p. 61 ss.

⁵³) *Op. cit.*, p. 64 s.

⁵⁴) ‘*Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini cui servitus debetur, quamdiu paries reficitur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus*’.

⁵⁵) Sul passo si veda di recente M. DE SIMONE, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio nella tutela petitoria della servitus altius non tollendi*, in «AUPA», XLVIII, 2003, p. 130 ss.

⁵⁶) Si veda in particolare LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 194 nt. 3 («Die negatoria scheint nach der Ausdrucksweise Ulpian in fr. 8 pr. i.f. h.t. nicht proponiert gewesen zu sein»); cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, p. 42 s. e nt. 39 e 56.

⁵⁷) Cfr. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù costituite «tuitio praetoris»*, cit., § 11 nonché §§ 17 s.

Tutto questo, tornando ai problemi posti da D. 8.5.4.5, sembra ancora una volta dimostrare come i reali fini per cui poteva essere esperita la *vindicatio servitutis* non sono espressi soltanto e semplicemente dalla sua *intentio* (qui, *'mibi esse ius eundi agendi'*), ma altresì, in concreto, dal possibile atteggiarsi dell'*arbitratus de restituendo* e dalle effettive utilità che, attraverso esso, l'attore poteva conseguire.

In ogni caso, i motivi del rifiuto di Alberto Burdese di quanto io sostenevo in ordine ai rapporti tra *vindicatio servitutis* ed *interdictum de itinere reficiendo* si articolano in due punti, rappresentati dalla convinzione che l'esclusione dello *ius reficiendi* in capo al titolare facesse altresì venir meno ogni suo diritto alla *refectio* da parte del *dominus* del fondo servente, e, in secondo luogo dalla possibilità due mezzi di tutela, anziché essere alternativi, potessero coesistere e concorrere tra loro ⁵⁸.

Sotto il primo aspetto, dopo aver ricordato la mia posizione, Alberto Burdese afferma: «ma a me pare difficile che l'espressa esclusione totale del *ius reficiendi*, stabilita a danno del titolare della servitù, avesse comunque potuto far sopravvivere un suo diritto alla *refectio*, accollandone per di più l'onere al proprietario del fondo servente con l'accordare a questo scopo contro di lui la *vindicatio servitutis*» ⁵⁹ (aggiungendo che in tali casi, sia pur a suo avviso «eccezionali», l'esclusione dello *ius reficiendi* aveva appunto «la conseguenza di portare anche ... all'estinzione per non uso» della servitù) ⁶⁰; e in questo, pur senza citarlo, Alberto Burdese segue uno spunto avanzato incidentalmente da Giuseppe Grosso, che dopo aver ricordato che l'*interdictum de itinere actuque reficiendo* era formulato in modo da adeguarsi alle varie previsioni dell'atto costitutivo in ordine alla *refectio*, aggiungeva: «però anche se il titolare della servitù avesse tentato la *vindicatio servitutis* ..., ponendo così il fulcro sull'esistenza della servitù, il convenuto, ove il diritto di *reficere* (o di fare quella *refectio*) fosse stato escluso dall'atto costitutivo, sarebbe stato assolto, se non altro per il venir meno della legittimazione passiva e di una corrispondente possibilità di individuare una *restitutio*» ⁶¹.

A parte il non del tutto chiaro riferimento alla legittimazione passiva (qui evidentemente da intendere in senso concreto), è in generale da notare come la possibilità di costituire una servitù di passaggio in cui sia escluso non solo lo *ius reficiendi* del titolare, ma altresì l'obbligo di provvedervi da parte del *dominus* del fondo servente, ossia in cui sia radicalmente esclusa qualsivoglia manutenzione del sentiero, sia idea in fondo un po' peregrina che può venire in mente soltanto a chi non abbia dimestichezza alcuna con la concreta vita del mondo agreste e dimentichi del tutto come anche l'astratto dato giuridico debba alla fine fare i conti con la realtà della natura e del mondo fenomenologico. Sembra infatti ovvio, nel considerare tali aspetti, che, senza alcuna manutenzione, un sentiero, anche se relativamente frequentato, nel giro di pochi anni sarebbe inevitabilmente reso impraticabile da erbacce, cespugli e radici che crescerebbero su di esso, dalle buche scavate dalle piogge, dai rami che ostacolerebbero il passaggio e dalla rovina delle piante morte ed abbattutesi sul suo percorso. Costituire un diritto siffatto, inevitabilmente destinato perlopiù a venir meno in un brevissimo lasso di tempo, sarebbe quindi cosa del tutto diversa da quel rapporto fondiario potenzialmente eterno quale era la servitù concepita dai Romani, ed essi, se anche fosse venuto in mente una assurdità del genere, l'avrebbero semmai posta come mero rapporto obbligatorio, senza disturbare sette romani puberi o addirittura il *praetor urbanus* per mancipare o *cedere in iure* quale *ius in re aliena* una tale presa in giro. E questo, si noti, a tacere dei non pochi problemi di coordinazione che in tale assurdo caso sorgerebbero tra il regime delle servitù in cui il *locus* sia incardinato su un determinato percorso (e che quindi, in ipotesi, verrebbero meno per *non usus* una volta che esso sia divenuto impraticabile), e le servitù in cui invece tale *modus* non sia affatto previsto e il titolare possa attraversare il fondo servente secondo qualsiasi direttrice (nelle quali, ovviamente, l'assenza di uno *ius reficiendi* e quindi della possibilità di provvedere alla manutenzione del sentiero non avrebbe affatto tali definitive conseguenze, traducendosi semplicemente in uno spostamento del tracciato normalmente usato dal tito-

⁵⁸) *Sulla refectio parietis*, cit., p. 70 ss.

⁵⁹) *Op. cit.*, p. 72.

⁶⁰) *Op. cit.*, p. 74.

⁶¹) Cfr. GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 298.

lare, e quindi, in ultima analisi, in un danno per il titolare del fondo servente) ⁶².

La costituzione di una simile «servitù suicida», in effetti, urterebbe in generale contro non pochi dei punti fermi che si riconoscono al regime di tale diritto, dal principio per cui la servitù comporta implicitamente ogni facoltà strumentale al suo normale esercizio (si veda ad esempio D. 8.4.11.1, Pomp. 33 *ad Sab.*) ⁶³ al *favor servitutis* che sovente affiora nell'*interpretatio* dei *prudentes* specie in relazione all'estinzione per *non usus* ⁶⁴ sino al principio della virtuale «perpetuità» di tale diritto ⁶⁵ ed all'esplicito riferimento che, come le fonti a disposizione attestano, nell'atto di costituzione del diritto le parti, con locuzioni del tipo '*uti nunc est, ita sit*', fanno appunto alla situazione di fatto esistente in tale momento quale normale condizione dei luoghi destinata a permanere nel tempo appunto in vista della costituzione della servitù ⁶⁶: impostazione generale che impediva appunto che – più o meno come avviene nelle truffe legali perpetrate da Paperon de Paperoni ai danni di Paolino Paperino – qualcuno potesse far costruire il vicino in appoggio alla sua casa per poi distruggere il muro dopo pochi giorni facendogli crollare l'edificio, giustificandosi in quanto l'atto negoziale prevedeva sì la facoltà di costruire in appoggio, ma non parlava affatto di un corrispondente impegno a mantenere in futuro tale *paries* ⁶⁷.

Ed è strano che proprio Giuseppe Grosso, che come si è visto insiteva su come in materia di servitù anche «il tenere una cosa in determinate condizioni assumerebbe l'aspetto positivo di un atteggiamento contrastante con l'altrui potere sulla cosa» ⁶⁸ potesse poi ammettere l'ipotesi che fosse considerato in termini di *ius eundi agendi* la concessione di un simile diritto di passaggio affidato nel suo perdurare alla clemenza della natura ed inevitabilmente destinato a venir meno in pochi anni.

D'altra parte, in ordine a tale ipotesi, secondo cui anche agendo con la *vindicatio servitutis* sarebbe stata da dimostrare la sussistenza del diritto alla *refectio*, sembra altresì da notare che, così come nel ricordato D. 43.19.3.14 avvertiva che l'interdetto era esperibile soltanto se l'intimante disponeva dello *ius reficiendi*, anche in D. 8.5.4.5, pur trattando della questione non esattamente nella *sedes materiae*, difficilmente in tale ipotesi Ulpiano avrebbe *tout court* prospettato la soluzione del caso – specie se si tiene conto della cosiddetta concezione concreta dei mezzi processuali propria dei *prudentes* romani – ricordando semplicemente che per Pomponio in tale ipotesi si doveva ricorrere alla *vindicatio* ('*actione mihi utendum*'): affermazione che, al di là delle incrostazioni qui presentate dal testo, risulta in ogni caso alludere, infatti, ad un effettivo e generale diritto di costringere la controparte a provvedere (o a tollerare) la *refectio*. Se il diritto alla *refectio* (inteso, a differenza dello *ius reficiendi*, come diritto di pretendere la *refectio* pur senza potervi provvedere direttamente) fosse potuto mancare e fosse quindi stato comunque da dimostrare anche in sede di *vindicatio*, sarebbe cioè alquanto arduo spiegare perché mai Ulpiano dicesse senz'altro '*Pomponius ... scribit ... actione mihi utendum*', senza specificare menomamente che il ricorso a tale forma di tutela sarebbe stato in ogni caso subordinato, parallelamente a quanto avveniva nell'interdetto, ad un obbligo di *refectio* gravante sul *dominus* del fondo servente, e d'altra parte – poiché in tal caso sarebbe venuto in rilevanza anche la differenzia-

⁶² Cfr. in generale ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit., p. 171 ss. e *passim*.

⁶³ '*Si prope tuum fundum ius est mihi aquam rivo ducere, tacita haec iura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire, qua proxime possim, ad reficiendum eum ego fabrique mei, item ut spatium relinquat mihi dominus fundi, qua dextra et sinistra ad rivum adeam et quo terram limum lapidem barenam calcem iacere possim*'

⁶⁴ Cfr., in riferimento a D. 43.20.1.5 (Iul 4 *ex Min.*), F. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum» previsti per l'esercizio dello «ius aquae ducendae»*, in «Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario (4-5 novembre 1991) in memoria di G. Provera», Napoli, 1994, p. 361 nt. 133.

⁶⁵ Al di là del problema della assoluta genuinità del principio '*omnes ... servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*' enunciato da (Paul. 15 *ad Sab.*) D. 8.2.28 (si vedano in breve BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 182 ss., e GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 112 ss.), appare in effetti chiaro come questo rifletta in ogni caso una normale caratteristica delle servitù prediali, che nella loro struttura di fondo non sono diritti di breve durata ma rapporti fondiari destinati a protrarsi in maniera tendenzialmente illimitata (cfr. BIONDI, *op. cit.*, p. 186 ss.).

⁶⁶ Si vedano ad esempio D. 7.1.19.pr., D. 8.2.17.3, D. 8.2.33, D. 18.1.33, D. 33.3.1.

⁶⁷ Si veda in particolare il ricordato D. 8.2.33 (Paul. 5 *epit. Alf. dig.*): '*... nam cum in lege aedium ita scriptum esset: «paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit» ...?*'

⁶⁸ *Le servitù*, cit., p. 85.

zione tra i caso in cui la *refectio* era esclusa del tutto e quelli in cui era solo limitata a certe ipotesi – sarebbe divenuto irrinunciabile all’argomentazione ulpiana altresì il riferimento a tale distinzione (risulta infatti indubitabile che l’impostazione stessa della frase – ‘*si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum ...*’ – implichi che il rendere l’iter ‘*inivium vel inhabile*’ sia in quanto tale un comportamento illegittimo): mentre infine, sempre nell’ipotesi qui avversata, il successivo riferimento all’*interdictum de itinere actuque reficiendo* (‘*sed de refecione viae et interdico uti possumus*’) diventerebbe persino ancora più incomprensibile, specie nell’avversativa ‘*sed*’ che lo collega alla preposizione precedente, in quanto, nella ricostruzione per tal verso seguita da Alberto Burdese e da Giuseppe Grosso, esso dovrebbe avere gli stessi requisiti di esperibilità della *vindicatio* e sotto questo aspetto risulterebbe perciò perfettamente analogo e sovrapponibile ad essa (indipendentemente dal soggetto cui tocca la *refectio*, il diritto in ordine ad essa sarebbe infatti sempre da dimostrare).

Se quindi, come le fonti pianamente attestano, la costituzione di una servitù implicava tacitamente tutte quelle facoltà strumentali al suo esercizio, e d’altra parte, come si deduce dal ricordato D. 8.5.6.2, era principio generale che la *refectio* spettasse al titolare della servitù (tanto che Aquilio⁶⁹ Gallo riteneva, in relazione alla *servitus oneris ferendi*, che esso non potesse essere invece addossato al *dominus* del fondo servente), risulta chiaro che nel silenzio dell’atto costitutivo lo *ius reficiendi* sarebbe normalmente al titolare dello *ius eundi agendi*: ma d’altra parte le attività di manutenzione potevano costituire, con il cantiere aperto a tale scopo, un’intromissione fastidiosa per il *dominus* del fondo servente, tanto che i *veteres* – ci informa Venuleio (1 *inst.*) in D. 43.19.4.pr. – ‘*nominatim adiciebant, ut ea quoque, quae ad refecionem utilia essent, adportanti vis non fieret*’ (testo che non mi sembra affatto deporre, come criticandomi vorrebbe Alberto Burdese⁷⁰, nel senso di una previsione volta a «rafforzare» lo *ius reficiendi*, ma che implica semmai una limitazione per cui tutto ciò che eccedesse tali pattuizioni poteva legittimamente essere impedito dal *dominus* del fondo servente con la *prohibitio*)⁷¹; ed ecco che quindi nella pratica si ammisero e si diffusero clausole volte a limitare o ad escludere del tutto lo *ius reficiendi* (‘... *quia in servitute constituenda cautum sit, ne ei reficiendi ius sit, aut sic, ut, si velit reficere, usque ad certum modum reficiendi ius sit ...*’ spiega come si è visto Ulpiano in D. 43.19.3.14: ed in questo senso affermavo, forse con qualche contenuta esagerazione, che nella pratica negoziale doveva di fatto essere questa la regola, in contrapposizione alle servitù idriche ove viceversa non si ha notizia di consimili pattuizioni in ordine alla *refectio* dell’acquedotto; né mi sembrano per tal verso fondate le critiche di Alberto Burdese⁷², che trova la mia affermazione priva di «fondamento testuale», poiché, al contrario, dai due testi richiamati, se si legge rettamente il significato del passo di Venuleio, emerge chiaramente una comprensibile antipatia dei proprietari dei fondi serventi verso simili attività di manutenzione, tra l’altro altresì foriere di non poche liti: donde, in particolare, l’intensa attività giurisprudenziale volta, come è noto, a stabilire gli esatti confini della nozione di ‘*refectio*’) ⁷³.

Tuttavia il fatto che le parti potessero escludere o limitare nell’atto costitutivo lo *ius reficiendi* – ossia il diritto del titolare della servitù a provvedere direttamente alla manutenzione del sentiero – non implica affatto che in tal modo venisse escluso o limitato il diritto alla *refectio* in quanto tale, ossia – cosa ben diversa dal precedente – il diritto di pretendere che il sentiero oggetto della servitù testé costituita fosse mantenuto in buono stato ed in condizioni idonee a svolgere la sua funzione: se una simile ipotesi è come si è visto inconfigurabile, tali clausole avevano dunque il semplice effetto di addossare al *dominus* del fondo servente tale incombenza, in una deroga pattizia al normale regime dello *ius eundi agendi* che – se poteva verosimilmente importare delle conseguenze in ordine al valore e quindi al prezzo del diritto così divisato – poteva non dispiacere al titolare della servitù, co-

⁶⁹ Cfr. in tal senso F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antebadrianae quae supersunt*, Leipzig, 1896-1901, rist. 1985, I, p. 120 n. 10.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 72.

⁷¹ Cfr. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 651 s.

⁷² *Op. cit.*, p. 72 s.

⁷³ Cfr., anche in riferimento a D. 43.19.3.14 ss., ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 643 ss.

si sgravato da tale onere, e convenire al *dominus* del fondo servente che – ad esempio usando già lui stesso quel sentiero – ne ricavava un maggior compenso ed oltretutto si liberava dall'incomodo rappresentato dalle altrimenti inevitabili intrusioni da parte del vicino sul suo terreno.

L'unico problema che in tal caso rimaneva aperto era l'eventualità che il *dominus* del fondo servente, dopo aver escluso o limitato lo *ius reficiendi* accollandosi l'onere della *refectio*, in realtà poi non vi provvedesse o ad un certo punto smettesse di farlo, poiché tale previsione dell'atto costitutivo dava indubbiamente a quest'ultimo il diritto di impedire con la *prohibitio* ogni attività del titolare della servitù volta a rimediare a tale stato di abbandono del sentiero, né questi, non potendo dire '*ut mihi ius est*', avrebbe potuto ricorrere a tale scopo all'interdetto. Guardando alla cosa non in una astratta prospettiva giuridica, ma da un punto di vista concreto e quotidiano, non doveva essere cosa strana che egli, di fronte ai dinieghi del *dominus fundi* di provvedere alla *refectio* come si era impegnato a fare in sede di negozio costitutivo, tentasse di porre rimedio direttamente, sia pur senza averne a rigore diritto, allo stato di impraticabilità del sentiero, come suggeriscono, in D. 8.5.4.5, le parole '*... sed reficere sternere non patiatur ...*': anche se ovviamente, di fronte alla *prohibitio* del *dominus fundi*, non avrebbe in nessun modo potuto reagire con l'interdetto. Ma a porre rimedio a tale situazione di potenziale stallo, i *prudentes* accordavano appunto una peculiare applicazione della *vindicatio servitutis*, considerando la circostanza di far divenire il sentiero '*invium vel inbabile*', nonostante l'impegno negozialmente assunto di provvedere alla sua *refectio*, nei termini, come si è visto, di una sostanziale negazione della servitù, poiché tale comportamento, pur non negando esplicitamente la sussistenza della servitù, diveniva di fatto un modo per disconoscere il diritto del vicino, verso il quale, in pratica, il *dominus* del fondo servente si comportava come se esso non esistesse, svuotandolo di ogni effettivo contenuto e di ogni utilità pratica. E, come si è in parte visto, tale lettura di D. 8.5.4.5 risulta resa inevitabile dal fatto che, per un verso, se il titolare avesse avuto lo *ius reficiendi* sarebbe dovuto com'è ovvio ricorrere all'interdetto, e la questione non si sarebbe neppure posta, mentre viceversa, se in ipotesi l'esclusione dello *ius reficiendi* avesse privato alla radice il titolare della servitù di ogni possibilità di pretenderne la manutenzione, anche in tal caso non si riuscirebbe a vedere perché mai il giurista dovesse qui concedere la *vindicatio servitutis*, costringendo il *dominus* del fondo servente financo a svolgere lui stesso tale attività, senza per nulla spiegare che cosa distinguesse questa ipotesi da quella, normale, in cui la *refectio* competeva invece al titolare dello *ius eundi agendi*.

Passando alla seconda delle due obiezioni mosse da Alberto Burdese, ossia alla possibilità che i due mezzi di tutela, anziché essere alternativi, potessero coesistere e concorrere tra loro, è innanzitutto da osservare come lo stesso autore, poco prima, avesse rifiutato la tesi di Oscar Pistolesi⁷⁴ affermando: «non ritengo si debba spiegare» la coesistenza di *vindicatio servitutis* e *interdictum de itinere actuque reficiendo* «con l'essere la prima esperibile per imporre la *refectio* al proprietario del fondo servente ed il secondo per permettere la *refectio* al titolare della servitù che vi provveda direttamente» (cosa a suo avviso esclusa dal fatto che in D. 8.5.4.5 si parla di un '*reficere sternere non pati*' cui corrisponde «una sanzione consistente nell'imporre alla controparte quel *pati* attraverso il *iussum iudicis*») ⁷⁵; mentre, soltanto un paio di pagine dopo egli sostiene invece – mi sembra in maniera non del tutto consequenziale anche se forse in vista della circostanza che in entrambi i casi, a suo avviso, dovrebbe sempre provvedere alla *refectio* il titolare della servitù – che «il fatto poi che l'impedimento alla *refectio* potesse essere sanzionato dallo speciale interdetto proibitorio *de itinere actuque reficiendo* di cui è pure menzione in D. 8.5.4.5, sempre sulla base della spettanza del diritto di servitù e del relativo *ius reficiendi*, come anche dell'*usus servitutis* nel corso dell'ultimo anno, non legittima di per sé a ritenere che *actio confessoria* e *interdictum* non potessero eventualmente concorrere, in presenza dei presupposti di entrambi, con rispettive diversità di convenienza (tra le quali durata del procedimento da un lato, onere della *refectio* dall'altro)» ⁷⁶.

⁷⁴) Cfr. BURDESE, *Sulla refectio parietis*, cit., p. 71 e nt. 34.

⁷⁵) BURDESE, *op. cit.*, p. 71.

⁷⁶) Cfr. *ibid.*, p. 74.

Quindi per Alberto Burdese – si deve dedurre, pur nella non completa chiarezza del suo scritto su questo punto – tale rapporto di complementarietà, pur non spiegando la coesistenza dei due mezzi, non appare in ogni caso da escludere. Più in generale, all'ipotesi ricostruttiva di Oscar Pistolesi qui in qualche modo ripresa si devono accostare, ai fini di una definitiva confutazione, le tesi che in maniera più generica invocano, senza meglio specificarne le modalità, una spiegazione di ordine storico del sovrapporsi dei due mezzi di tutela: una prospettiva che, anche senza volersi qui soffermare sulle peculiari teorie in materia di Bruno Fabi⁷⁷ (nelle quali, come osservava Siro Solazzi⁷⁸ «da fantasia ha troppa parte»), è stata recentemente ripresa da Emanuele Stolfi, che biasima la mia tendenza a distinguere l'ambito di applicazione dei due mezzi di tutela e compiaciuto sentenza dottamente che la «sovrapposizione» tra i due mezzi di tutela è in realtà «spiegabile su basi storiche» e non è «affatto sorprendente nell'esperienza giuridica romana»⁷⁹.

Quello che Emanuele Stolfi, in quella che si potrebbe forse definire la sua sapiente faciloneria, non sembra affatto tener presente, è che risulta persino troppo ovvio, attesa quella che Vincenzo Arangio-Ruiz⁸⁰ chiamava la «molteplicità dei sistemi» propria dell'ordinamento giuridico romano, il fatto che vi possano nel caso essere, in astratto, delle sovrapposizioni tra mezzi di tutela diversi dovute a fattori di ordine appunto storico: ma prima di postularli, bisognerebbe specificare in che cosa esse consistano, e quindi (cosa che egli si guarda bene dal fare) quale sia la rispettiva funzione e le conseguente modalità in cui essi si sovrappongono: altrimenti dire pomposamente che non è raro che nella «esperienza giuridica romana» due figure possono sovrapporsi nei propri ambiti di applicazione per ragioni «storiche» equivale, ancora una volta, a non dire in realtà assolutamente nulla.

E qui in effetti qui non risulta in concreto configurabile nessuna soluzione dei problemi posti da D. 8.5.4.5 giocata su di una pretesa «sovrapposizione» tra l'*interdictum de itinere actuque reficiendo* e la *vindicatio servitutis*: non solo nel senso di una specifica complementarietà, come vorrebbe Oscar Pistolesi, ma neppure in una più lata prospettiva storica, come nebulosamente sostenuto da Emanuele Stolfi ed in maniera più seria proposto, dopo Rudolph von Jhering⁸¹ e Biondo Biondi⁸², da Alan Rodger⁸³ e da Jurgen Rastätter⁸⁴.

E' ovvio infatti che in tutti gli *interdicta de servitutibus* è sempre possibile, in linea di principio, ricorrere all'*actio*, dato che il non consentire una determinata attività che in astratto è ricompresa nello *ius in re aliena* legittima il preteso titolare ad agire con la *vindicatio* a tutela del suo diritto: ma è altrettanto ovvio che, quando quest'ultimo è in una posizione *lato sensu* possessoria, ossia ha regolarmente esercitato 'hoc anno' tale rapporto fondiario, non gli è affatto conveniente agire *de iure* in un normale processo assumendo la non facile posizione attorea, essendo alquanto più comodo e proficuo utilizzare lo strumento di tutela offerto, su un piano *de facto*, dall'interdetto, in cui gli sarà sufficiente dimostrare il presupposto dell'*usus servitutis* attuato *nec vi nec clam nec precario* nell'anno precedente per far desistere l'avversario dal continuare nel suo atteggiamento ostruzionistico. D'altra parte, se agire con la *vindicatio servitutis* al posto che con l'interdetto risulta, per quanto per nulla conveniente, sempre possibile, è nondimeno chiaro che i giuristi, quando accordano in una determinata fattispecie l'interdetto come soluzione migliore per risolvere un determinato problema, non si preoccupano certo di avvertire che, per quanto si consigli l'interdetto, sarebbe pur sempre possibile agire anche con l'*actio*, rinunciando ai vantaggi offerti dalla procedura decretale: un simile inutile truismo non è, mi sembra, nello stile dei *prudentes* romani.

⁷⁷) *La protezione interdittale delle servitù prediali*, in «AUCA.», XV, 1941, p. 127 ss.

⁷⁸) *La tutela*, cit., p. 17 nt. 81.

⁷⁹) STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., p. 360 nt. 198.

⁸⁰) *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1994, p. 166 ss.

⁸¹) *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig, 1888, p. 29 nt. 9.

⁸²) *Le servitù*, cit., p. 357 s. (cfr. tra l'altro – in riferimento alla prima edizione dell'opera – le critiche di SOLAZZI, *La tutela*, cit., p. 61).

⁸³) *Actio Confessoria and Actio Negatoria*, cit., p. 209 s.

⁸⁴) *Marcelli Notae ad Iuliani Digesta*, Freiburg i.B., 1980, p. 244 s.

Per tal verso, in D. 8.5.4.5, il problema posto dal testo è proprio il fatto che qui invece Ulpiano non consideri l'interdetto – menzionato solo in seguito e, al di là dei problemi di genuinità testuale presentati dal frammento, in ogni caso in un contesto sintattico di ordine avversativo –, ma invece, rifacendosi in particolare a Pomponio, prescriva senz'altro il ricorso alla *vindicatio servitutis*: se infatti, contrariamente a quanto di solito avviene, Ulpiano consiglia l'*actio*, questo non può essere dovuto al fatto che, in astratto, questa è sempre esperibile al posto dell'interdetto, ma perché, in concreto, il ricorso alla *vindicatio* risulta o più conveniente della procedura decretale ovvero l'unica soluzione giudiziaria possibile.

A questo punto, volendo seguire la tesi qui avversata, dovrebbe essere agevole escludere senz'altro la prima ipotesi, ossia che l'*actio* possa essere di per sé più conveniente dell'interdetto: un'ipotesi di tal genere sarebbe configurabile se, come voleva Oscar Pistolesi, fosse congetturabile un' idoneità della *vindicatio*, in ipotesi, a far sopportare le spese della *refectio* al *dominus* del fondo servente anziché al titolare della servitù: ma questo è intrinsecamente escluso dal fatto che, negli *iura in re aliena*, salvo pattuizioni contrarie ogni manutenzione spetta al titolare appunto in base al principio «*servitus in faciendo consistere nequit*»⁸⁵. In effetti, se anche si agisce con l'*actio*, l'alternativa posta al convenuto in sede di *restitutio* tra il provvedere direttamente alla *refectio* e l'obbligarsi mediante *cautio* a tollerare le attività in tal senso della controparte (D. 8.5.7: «... *aut res praestetur aut cautio* ...») preserva anche sotto peculiare aspetto il principio per cui il *dominus* del fondo servente non può in linea di principio essere tenuto ad un *facere*: per tal verso, infatti, se secondo i principii generali la *refectio* spetta al titolare e questi agisca – poco convenientemente – con l'*actio* anziché con l'interdetto che pur gli competerebbe, non per questo potrebbe sottrarsi al fatto che le attività di *refectio* e le relative spese competono in ogni caso non al *dominus* del fondo servente ma sempre e soltanto a lui, cosicché la *restitutio* – ed è qui il punto critico della ricostruzione di Oscar Pistolesi – consisterà ancora una volta nella prestazione di una *cautio* volta a garantire che il *dominus* del fondo tolleri le attività di ripristino poste in essere da parte del titolare della servitù a sue spese, senza che sia possibile che questi, agendo con l'*actio* anziché con l'interdetto, possa sottrarsi a tale onere; sotto questo aspetto, se come è normale nell'ambito degli *iura in re aliena* e si presuppone del resto sino a prova del contrario il titolare della servitù ha lo *ius reficiendi*, non ne deriva soltanto che egli in tal caso avrà il diritto, come è ovvio, di provvedere lui stesso alla manutenzione del sentiero protetto, contro una eventuale *prohibitio* del *dominus* del fondo servente, dall'*interdictum de itinere actuque reficiendo* (e nel caso dalla *vindicatio*): ma altresì che questo *ius reficiendi* non costituisce per tal verso semplicemente una facoltà, ma altresì un suo preciso onere, nel senso che il titolare non potrebbe menomamente pretendere che alla *refectio* del sentiero provvedesse il *dominus* del fondo servente.

Per tal verso, dunque, il ricorso alla *vindicatio servitutis* non presenta alcun ipotetico vantaggio rispetto all'interdetto, poiché le spese relative alla *refectio* graveranno sempre e comunque sul titolare della servitù, e si presenta quindi del tutto sconsigliabile, attesa la prova dello *ius eundi agendi* che questi dovrà in tale sede prestare come attore e, d'altra parte, la rinuncia alla più comoda possessoria che egli avrebbe agendo in sede decretale.

Se quindi in D. 8.5.4.5 Ulpiano, sulla falsariga di Pomponio, consiglia il ricorso all'*actio* invece che all'interdetto, e d'altra parte la *vindicatio* di per sé non presenterebbe rispetto a quest'ultimo alcun vantaggio di ordine pratico, il motivo per cui qui i *prudentes* prescrivono – caso pressoché unico nelle fonti in materia – di agire con la *vindicatio* può essere rinvenuto soltanto nella circostanza che nel caso qui considerato l'*interdictum de itinere actuque reficiendo* non risulta, appunto, esperibile, e si rende quindi inevitabile, come sola alternativa possibile, il ricorso all'*actio*: circostanza resa agevolmente configurabile dal fatto che l'interdetto in questione non compete in qualsiasi *ius eundi agendi*, ma soltanto nei casi in cui, oltre al passaggio, al titolare spetti altresì lo *ius reficiendi*, ossia questo non risulti escluso dal titolo. Poiché dunque l'*interdictum de itinere actuque reficiendo* non è relativo ad ogni

⁸⁵ Si vedano in particolare le critiche rivolte a Oscar Pistolesi da BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 94 ss. e 98 nt. 97.

ius eundi agendi, come invece avviene ad esempio nel rapporto tra *ius aquae ducendae* e *interdictum de rivis*, e copre quindi soltanto una parte delle ipotesi di *refectio*, non è affatto strano che in questo caso, eccezionalmente, venga proposto il ricorso alla *vindicatio servitutis* accanto all'interdetto, data la parzialità delle ipotesi per così dire coperte da quest'ultimo, e per converso l'idoneità dell'azione a tutelare ogni pretesa al rispetto della servitù in quanto tale ⁸⁶.

Per tal verso, se lo *ius reficiendi* del titolare è escluso dal titolo in quanto il *dominus* del fondo servente si è riservato il compito di provvedere alla manutenzione, l'opposto atteggiarsi dell'onore di sostenere le spese della *refectio* si rifletterà nella *vindicatio servitutis* attraverso la duplice possibilità in cui può concretizzarsi l'ordine del giudice in sede di *restitutio*, che in linea di principio – salvo che il titolare, per ragioni particolari, non preferisca provvedervi lui stesso – si tradurrà perciò in un «*res praestare*», ossia in un obbligo di effettuare la *refectio* gravante, secondo i presupposti dell'atto costitutivo, sul *dominus* del fondo servente.

Una indifferenziata concorrenza tra azione ed interdetto, come presupposto da Alberto Burdese, è quindi postulabile solo in astratto, come mera possibilità di agire attraverso tali mezzi di tutela: ma se si guarda, in concreto, alla rispettiva convenienza ed utilità di tali due soluzioni giudiziarie, e quindi al motivo per cui i giuristi nelle varie fattispecie prescrivono il ricorso all'uno o all'altro, si deve guardare invece agli specifici vantaggi che ognuno di essi offre: se in D. 8.5.4.5 Ulpiano non propone come soluzione l'interdetto, di norma più veloce e dunque preferibile, ma consiglia piuttosto il più impegnativo esperimento della *vindicatio servitutis*, ciò può avvenire soltanto perché il ricorso a quest'ultima risulta, in questo particolare caso, o più conveniente ovvero l'unico possibile; e poiché, come si è visto, non appare possibile rintracciare una qualsivoglia maggiore convenienza dell'*actio*, l'unica via che rimane per spiegare una simile peculiarità è appunto quella di ritenere che nel caso in esame l'interdetto non era affatto esperibile: cosa del resto agevolmente spiegabile – giova ripeterlo – in vista del fatto che, contrariamente ai normali interdetti di servitù, quello *de itinere actuque reficiendo* contiene la clausola «*ut tibi ius est*» e riguarda quindi solo una parte delle controversie relative alla *refectio*.

Con questo non si vuole certo negare in maniera assoluta che, nelle vicende storiche che hanno condotto alla formulazione dell'*interdictum de itinere actuque reficiendo* così come esso ci viene presentato da Ulpiano, vi possa in passato essere stato spazio per un ipotetico diverso atteggiarsi tra i due mezzi di tutela, con eventuali sovrapposizioni o quantomeno non altrettanto nette distinzioni tra i rispettivi ambiti di applicazione ⁸⁷: ma tale problema, che qui non interessa, non riguarda in ogni caso il rapporto tra i due mezzi di tutela quale configurato dai testi ulpiane in materia e più in generale dai riferimenti alla giurisprudenza classica contenuti nelle fonti a nostra disposizione, che presuppongono senz'altro un interdetto imperniato sulla titolarità dello *ius reficiendi*, né tantomeno può quindi avere a che fare con l'interpretazione di D. 8.5.4.5, al cui proposito appare del tutto inammissibile da un punto di vista metodologico non tenere conto delle precise informazioni fornite sempre da Ulpiano, in D. 43.19.3.11 ss., circa l'*interdictum de itinere actuque reficiendo* e quindi in ordine al perimetro di operatività di quest'ultimo, che diviene di per sé irrinunciabile punto di riferimento per individuare l'ambito di ipotesi in cui, in relazione alla *refectio*, si poteva invece ricorrere alla *vindicatio servitutis*.

Da un corretto esame dei rapporti tra i due mezzi di tutela, risulta dunque emergere che, anche se lo *ius reficiendi* del titolare della servitù era escluso dall'atto costitutivo, egli aveva comunque diritto al rispetto della servitù da parte del *dominus* del fondo servente, nell'ambito di un principio generale in materia di *iura in re aliena* per cui – come sottolineava in particolare Giuseppe Grosso – determinate omissioni del proprietario, in presenza di precise circostanze quali appunto l'aver costituito a vantaggio del vicino un rapporto di servitù, vengono viste come ingerenza positiva attraverso la cosa

⁸⁶) Cfr. ancora GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 84 ss. e 294 ss.

⁸⁷) Sui rapporti tra interdetti relativi alla *refectio* e le vicende storiche degli interdetti *de itinere* e *de aqua*, si veda tra l'altro L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 391 ss.

propria nella sfera del diritto altrui⁸⁸: prospettazione che qui si rendeva ulteriormente concreta in vista del fatto che nell'atto costitutivo, escludendo o limitando lo *ius reficiendi* del titolare, il *dominus* del fondo servente aveva volontariamente assunto l'incombenza di provvedere egli stesso a quelle operazioni di manutenzione che inibiva alla controparte.

Questo dovere di rispettare l'altrui sfera giuridica – che, in presenza di un diritto reale costituito a favore di un terzo, importa l'obbligo di evitare anche meri comportamenti omissivi in ordine alla cosa propria normalmente del tutto leciti – come si è del resto già visto non riguarda soltanto la *refectio* della servitù in senso stretto, ma più latamente i complessivi aspetti dell'esercizio dello *ius in re aliena* gravante sul fondo.

Se già in D. 8.5.4.5 la successiva notazione di Ulpio Marcello, richiamata a supporto del parere pomponiano e relativa all'*arbor impendens* sul sentiero che lo rende *inuius* o *inhabilis* (*'nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter inuium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum ...'*), potrebbe essere considerata aspetto non riguardante a rigore la *refectio* in senso stretto, poiché non si tratta qui propriamente della manutenzione del suolo sui cui incide la servitù, bensì di un albero che sorge esternamente a tale terreno ed i cui rami o il cui stesso tronco occupano lo spazio ad esso sovrastante⁸⁹, tale impostazione diviene ancora più chiara se si considera l'altro testo usualmente accostato dalla dottrina⁹⁰ a tale passaggio di D. 8.5.4.5, ossia D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *ad Sab.*): *'si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiendum'*. Nel frammento – che appare insospettabile nel suo tenore, al di là del dubbio riferimento finale alla pluralità di azioni che il *fructuarius* o il titolare dell'*iter* avrebbero a disposizione a tale scopo⁹¹ – il diritto a fare rimuovere gli alberi abbattuti da vento che rendano *'incommodior'* il passaggio viene riconosciuto – e posto su di uno stesso piano – tanto a favore del titolare di uno *ius eundi agendi* quanto nei confronti dell'usufruttuario⁹², e quindi su di un piano che non ha nulla a che vedere con la *refectio* di una servitù, ma è piuttosto inquadrabile appunto in quel dovere generale di non ledere l'esercizio dell'altrui *ius in re aliena* mediante omissioni incompatibili con l'insistenza di un simile diritto sulla propria *res*.

Per tal verso, si è parlato a tale proposito di una sorta di «responsabilità accessoria» del proprietario del fondo⁹³, in una linea interpretativa che – senza volere entrare qui nelle discusse implicazioni che essa assume in ordine alla *servitus oneris ferendi*⁹⁴ – risale al Donello⁹⁵ ed è in particolare ripresa, oltre che dal già ricordato Giuseppe Grosso, da Biondo Biondi⁹⁶. Si tratta, nel complesso, di un lato uso dell'*actio in rem*⁹⁷ che va molto oltre la *refectio*, investendo, come si diceva, ogni aspetto dell'esercizio dello *ius in re aliena* che il *dominus fundi* deve rispettare in quanto il venir meno a tale obbligo generale, direttamente connesso all'esistenza di un diritto altrui sulla propria *res*, equivarrebbe, come si è visto, a negare di fatto la sussistenza in quanto tale dello *ius in re aliena*.

In tale prospettiva, diviene quindi meglio comprensibile il carattere *lato sensu* residuale che la *vindicatio servitutis* assumeva rispetto all'*interdictum de itinere actuque reficiendo*, che riguardava la semplice

⁸⁸) Cfr. *supra*, nt. 13 ss.

⁸⁹) Cfr. tra l'altro GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 85.

⁹⁰) Cfr. in particolare PISTOLESI, *Le attività di ripristino*, cit., p. 278 ss., CORBINO, *Servitus oneris ferendi e refectio parietis*, cit., p. 30 s., STOLFI, *Studi*, II, cit. p. 359 e nt. 196, e BURDESE, *Sulla refectio parietis*, cit., p. 73.

⁹¹) Si veda in particolare E. ALBERTARIO, *Actiones e interdicta* (1912), in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1946, p. 141 e nt. 2.

⁹²) Su come gli alberi morti per cause naturali e sostituiti dall'usufruttuario appartengano a questi in qualità di frutti, mentre quelli abbattuti siano invece del *dominus rei*, cfr. in ogni caso G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, p. 187 ss.

⁹³) Si veda V. SCIALOJA, *Sulla servitus oneris ferendi* (1881), in *Studi giuridici*, I.1, Roma, 1933, p. 84 ss.

⁹⁴) Cfr. BASILE, *In tema di «servitus oneris ferendi»*, cit., p. 75 ss. e 87 ss.

⁹⁵) Cfr. H. DONEAU, *Commentariorum de iuris civilis*, XI.V.11-12 in *Opera omnia*, III, Firenze, 1841, c. 264.

⁹⁶) *Le servitù*, cit., p. 117 ss.

⁹⁷) Nonché dei normali interdetti volti a inibire al *dominus fundi* impedimenti all'esercizio dell'usufrutto e della servitù (e quindi, in questo caso, dell'*interdictum de itinere actuque privato*, e non di quello *de itinere actuque reficiendo*): ma l'argomento porterebbe troppo lontano per poter essere affrontato in queste brevi note.

manutenzione in senso stretto del sentiero, mentre l'*actio* coinvolgeva tutte le omissioni del *dominus fundi* idonee nella loro gravità a concretare un atteggiamento incompatibile con il riconoscimento (implicito) dell'esistenza della servitù: per tal verso, il rapporto di complementarità tra tale interdetto e la *vindicatio* risulta in definitiva strutturarsi – oltre che, operativamente, sulla base della alternatività esistente tra i due mezzi di tutela in relazione alla sussistenza o meno dello *ius reficiendi* in capo al titolare dell'*iter* – altresì in vista del fatto che, in una prospettiva sistematica, il primo è rimedio specifico per gli impedimenti recati alle operazioni di manutenzione, mentre l'azione costituisce una garanzia generale in ordine ad ogni comportamento del *dominus* incompatibile con l'esistenza della servitù considerata nel suo normale esercizio, cosicché essa non è in pratica utilmente esperibile in tale sua peculiare funzione, in base ad una sorta di principio di specialità, quando vi sia un mezzo di tutela specifico volto a far valere una determinata pretesa del titolare dello *ius in re aliena*, come avviene nel caso dell'*interdictum de itinere actuque reficiendo*, ma nondimeno riprende pienamente la sua funzione e torna ad essere in generale usata quando invece tale mezzo specifico venga meno, come accade appunto nell'ipotesi di esclusione o limitazione dello *ius reficiendi*.

Tale strutturale rapporto di residualità del mezzo di tutela generale rispetto a quello specifico, d'altra parte, mostra come una simile contiguità operativa tra l'*interdictum de itinere reficiendo* e questa particolare applicazione della *vindicatio servitutis* si sia venuto a creare, nell'ambito della tutela della servitù di passaggio, appunto in vista della peculiare formula del primo, la quale, in risposta alle esigenze di una pratica negoziale che tendeva per i motivi che si sono visti a limitare se non a escludere lo *ius reficiendi* del titolare dello *ius in re aliena*, poneva come requisito – forse non originario – per l'esperimento dell'interdetto appunto la sussistenza di tale facoltà (*ut ius tibi est*): e questo determinò, per evitare che nei casi in cui esso era escluso o limitato il *dominus* del fondo servente lasciasse diventare inutilizzabile il sentiero vanificando così di fatto la sussistenza della servitù, l'inevitabile ricorso per risolvere tale pericolo all'*actio* e alla flessibilità che la caratterizzava in sede di *restitutio*. Per un verso, quindi – mostrando così ancora una la intrinseca debolezza delle teorie che vorrebbero spiegare in chiave soltanto storica tale fenomeno – sembra senz'altro da ritenere che, se in ipotesi in un periodo più antico tale prassi negoziale non era ancora diffusa e la formula dell'interdetto non conteneva tale clausola, non vi sarebbe stato alcuna necessità di ricorrere a tale funzione residuale della *vindicatio*: e per converso – mostrando così la analoga inconclusività delle ipotesi di una sovrapposizione tra i due mezzi di tutela – è altresì da notare come nelle servitù idriche, in cui l'*interdictum de rivis* e quello *de fonte reficiendo* fanno semplicemente riferimento al pregresso esercizio della servitù senza aggiungere a tale requisito fattuale ulteriori condizioni di esperibilità legate alla sussistenza dello *ius reficiendi*, non risulti assolutamente dalle fonti – e sarebbe piuttosto arduo il congetturarla – alcuna ipotesi di applicabilità della *vindicatio servitutis* alla *refectio* del *rivus* o del *fons*, né alcun indizio di una qualsivoglia inadeguatezza di tali interdetti, come invece avviene per quello *de itinere actuque reficiendo*, a provvedere nel modo più esaustivo a tutte le necessità che la *refectio* poteva presentare.

Per tal verso, anzi, sembra possibile individuare una ulteriore riprova sistematica della soluzione qui data al rapporto tra *actio* ed *interdictum* in ordine alla *refectio* dell'*iter*: in effetti, se qui la limitazione dell'interdetto alla titolarità dello *ius reficiendi* conduce ad un uso di fatto anomalo dell'*actio de servitute*, esperibile nei casi in cui la *refectio* grava eccezionalmente sul *dominus* del fondo servente, e d'altra parte nelle servitù idriche, dove non sussistono consimili limitazioni alla facoltà di *reficere* il *rivus* o il *fons* e l'interdetto è esperibile sul semplice presupposto dell'uso *rectus* della servitù '*hoc anno*', non è riscontrabile alcun uso analogo della *vindicatio*, è da tenere altresì presente che nella *servitus oneris ferendi*, in cui la *refectio* spetta, in maniera affatto peculiare, esclusivamente al proprietario delle *aedes* serventi, l'unico mezzo giudiziale a disposizione del titolare per ottenere la *refectio* è appunto l'*actio de servitute*, mentre non esiste – né sarebbe ipotizzabile – alcun interdetto relativo a tale rapporto. Ne consegue, e sembrerebbe in maniera piuttosto lineare, che dove la *refectio* spetti al titolare della servitù, egli vi provvederà direttamente tutelato dagli impedimenti posti dalla controparte da un interdetto (come avviene nelle servitù idriche e, nel caso sussista lo *ius reficiendi*, in quelle di passaggio): mentre, se l'obbligo di provvedere alla *refectio* incomba sul *dominus* del fondo servente, il mezzo che

il titolare dello *ius in re aliena* per costringerlo a provvedervi sarà appunto la *vindicatio servitutis*, come infatti avviene nella *servitutis oneris ferendi* nonché, quando sia così previsto dal titolo, nello *ius eundi agendi*. Una sufficientemente netta distinzione che, in effetti, si accorda perfettamente con le caratteristiche strutturali dei due mezzi di tutela, dato che mentre l'interdetto (proibitorio) mira a rimuovere, attraverso l'ordine pretorio '*vim fieri veto*', un illecito impedimento della controparte all'attività dell'attore, ecco che per costringere eccezionalmente il *dominus* del fondo servente a tenere invece un comportamento positivo (provvedendo quindi, nel caso in questione, alla *refectio* del sentiero o del muro) non vi può essere altro mezzo che la *vindicatio servitutis*, che nella sua valenza più generale comprende qualsiasi atteggiamento del convenuto idoneo ad integrare, di fatto o di diritto, una negazione, ancorché soltanto implicita, dell'altrui diritto reale gravante sul suo fondo.

Della «refectio» del «rivus» e di altre amenità romanistiche

... questo cerca protezione:
quello ha torto e vuol ragione;
chi vorrebbe un impieguccio
chi una cattedra ed è un ciuccio,
chi l'appalto delle spille,
chi la pesca delle anguille ...¹

Nella nota precedente ci si è soffermati su quanti hanno scritto negli ultimi anni in relazione alla *refectio* dello *ius eundi agendi*, esaminando così i contributi che nella letteratura romanistica si sono occupati delle questioni poste da D. 8.5.4.5. Ma se si vuole estendere la analisi alle novità sulla *refectio* in generale, e quindi relative anche alle servitù idriche, e si accetta d'altra parte di andare oltre a quel livello di studi accademici che – magari con solennità financo pomposa e forse degna di ironia, ma tracciando una distinzione del tutto legittima – si è usi definire «scientifici», ecco che, indulgendo a considerare scritti di altro genere e collocantisi su piani alquanto meno decorosi, le scoperte che si possono fare risultano alquanto più amene, ed il loro esame, anche se senza dubbio meno proficuo dal punto di vista del cosiddetto progresso degli studi romanistici, si manifesta certo non poco più divertente.

Mi riferisco alle ricerche che Mario Fiorentini ha ritenuto di raccogliere in un volume dalle velleità monografiche sulle acque nel diritto romano², e che costituisce uno degli ultimi esempi della recente moda di trovare l'argomento di una ricerca romanistica in una congerie di aspetti dell'ordinamento giuridico disparati ed eterogenei tra loro, ed arbitrariamente riuniti in base ad un elemento del tutto estrinseco alla sistematica del diritto, quale è in questo caso la «acquaticità» di alcuni istituti, che porta l'estensore di tale pubblicazione ad esaminare tutti insieme problemi come la demanialità delle coste, gli acquedotti, la pesca, la sovranità sui mari, gli interdetti, le *res communes omnium*, la navigazione marittima, la gestione delle risorse idriche, ed insomma un po' tutto ciò che riguarda l'acqua, dai rigagnoli agli oceani (tanto che a stento si riesce a comprendere il motivo per cui il volume rinuncia ad estendere le sue indagini a grondaie e stillicidi o ai *quaestores aquarii*, ovvero alle mi-

¹) J. FERRETTI, *La Cenerentola* (libretto per la musica di Gioacchino Rossini), V.1.

²) *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003 (tra l'altro, è da chiedersi che cosa avrebbe pensato Riccardo Orestano se mai fosse venuto a sapere che la nozione di «esperienza giuridica», da lui elaborata con rigore metodologico ed in vista di specifici fini scientifici, sarebbe stata usata ed abusata da persone del tutto ignare di tali implicazioni, e preoccupate soltanto di porre nelle intitolazione delle loro fatiche, al posto della vecchia e sensata locuzione «nella storia del diritto romano» o di altre analoghe, una espressione vagamente più colta nonché all'apparenza più «organica» quale la perifrasi «nell'esperienza giuridica romana», ormai soprattutto apprezzata perché ahimè *à la mode* come il famoso *boeuf*).

sure contro gli incendi ed al *praefectus vigilum*, o alle naumachie, o ancora agli aspetti igienico-sanitari delle *insulae* romane che si riflettevano nell'editto 'de his qui effuderint vel deiecerint').

L'ironia con cui introduco la *performance* cartacea dell'associato roman-triestino non sembri eccessiva né fuori luogo: al contrario, a Mario Fiorentini va riconosciuto l'indubbio merito di avere introdotto negli nostri studi un nuovo genere letterario, da paragonare, sia pur su un piano di comicità involontaria, alle epistole romanistiche di Rudolf von Jhering ovvero ai cruciverba giusantichistici con cui si divertiva Henry Lévy-Bruhl: ossia quello della barzelletta romanistica.

Infatti, non saprei come altrimenti definire, in un primo assaggio di tanta dovizia comica, l'esegesi della parte centrale di D. 8.6.16 (Procl. 1 *epist.*), che conclude il paragrafo che interessa a queste note, dedicato a «l'editto *de rivis* e le varie funzioni del *rivus*»³.

Proculo esamina qui l'ipotesi in cui, nell'ambito di varie servitù di acquedotto costituite a favore di una pluralità di fondi che derivano l'acqua da uno stesso canale principale che li attraversa, uno dei titolari perda la servitù per *non usus*, e precisa che l'esercizio dell'*aquae ductus* da parte degli altri titolari non può interrompere il decorrere della prescrizione estintiva nei confronti del titolare dell'altra servitù in collisione che invece non l'esercita ('*aquam, quae oriebatur in fundo vicini, plures per eundem rivum iure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum eumque communem, deinde ut quisque inferior erat, suo quisque proprio rivo, et unus statuto tempore, quo servitus amittitur, non duxit. existimo eum ius ducendae aquae amisisse nec per ceteros qui duxerunt eius ius usurpatum esse: proprium enim cuiusque eorum ius fuit neque per alium usurpari potuit*'): e nel finale del frammento egli nega altresì che l'acqua perduta da un titolare in seguito a *non usus* possa andare per accrescimento a vantaggio degli altri titolari, rimanendo invece essa libera e a disposizione del *dominus* del fondo servente ('*item si quis eorum, quibus aquae ductus servitus debebatur et per eundem rivum aquam ducebant, ius aquae ducendae non ducendo eam amisit, nihil iuris eo nomine ceteris, qui rivo utebantur, adcrevit idque commodum eius est, per cuius fundum id iter aquae, quod non utendo pro parte unius amissum est: libertate enim huius partis servitutis fruitur*'). L'esegesi del passo non è soverchiamente complessa, e le soluzioni esposte corrispondono pianamente ai principii generali in materia di servitù⁴: ma Proculo, nella parte centrale del frammento, inserisce una ulteriore considerazione che in effetti, pur non essendo più difficile del resto del passo, può tuttavia dare adito ad una remotissima possibilità di equivoco in cui è prontissima a cadere la lettura di Mario Fiorentini. Infatti il giurista osserva che la situazione dei titolari di separate servitù in collisione è strutturalmente diversa da quella dei contitolari di uno stesso fondo cui sia dovuta la servitù d'acqua: in questo caso, infatti, l'uso da parte di un solo comproprietario ovviamente impedisce anche a favore degli altri condomini che la servitù si estingua ('*quod si plurimum fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset*').

Per sventura di Mario Fiorentini, Proculo usa qui per indicare l'interruzione della prescrizione estintiva (come del resto aveva fatto anche alla fine della prima parte del passo) il verbo tecnicistico '*usurpari*', la cui comprensione richiede, com'è ovvio, una certa sia pur minima preparazione romanistica: anche se è vero che del *de usurpationibus* di Appio Claudio si parla, quale una delle prime opere della giurisprudenza romana a noi note, in quasi tutti i libri di storia del diritto romano, questa materia purtroppo non è più obbligatoria in molte università, anche se in ogni caso dovrebbe forse essere un poco studiata da chi pretenda di intraprendere la cosiddetta «carriera scientifica». Il ricorso al vocabolario potrebbe, è vero, rimediare a tale ignoranza del significato del verbo '*usurpari*', ma simili sottigliezze non possono fermare la travolgente ispirazione romanistica che spinge la penna del nostro esegeta verso altri e nuovi oceani: cosicché – se come ironizzava Gustave Flaubert nel «dizionario dei luoghi comuni» del *Bouvard et Pécuchet*, il vocabolario serve solo agli ignoranti⁵ – a

³) *Fiumi e mari*, cit., p. 107-134.

⁴) FIORENTINI, *op. cit.*, p. 132 ss. e nt. 151, si limita a richiamare in ordine a D. 8.6.15 L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 92 ss. e nt. 112: ma sul frammento si potrebbero quantomeno ricordare i contributi di Siro Solazzi, di Biondo Biondi nonché di Christoph Krampe.

⁵) G. FLAUBERT, *Bouvard et Pécuchet (Le Dictionnaire de Idées Reçues)*, in *Oeuvres*, II, Paris (*Bibliothèque de la Pléiade*),

Mario Fiorentini sembra sufficiente postulare che, se in italiano «usurare» significa «fare indebitamente proprio», in latino il valore di *usurari* non doveva poi essere sostanzialmente diverso, ed egli – non troppo diversamente dal ginnasiale che intendeva secondo analoghi parametri la famosa frase *‘i Vitelli dei romani sono belli’* – tranquillamente traduce *‘usurari potuisset’* non nel senso di «poter interrompere la usucapione estintiva»⁶, bensì in quello di «potere fare proprio».

Ed ecco infatti la stupefacente esegesi che, su tali fondamentali filologici, la sapienza romanistica dell’estensore di *Fiumi e Mari* dà della parte centrale di D. 8.6.16⁷: «L’accrescimento si verifica nella sola ipotesi del fondo in comproprietà (la seconda esaminata da Proculo), nel qual caso va applicata la regola del condominio, secondo cui la quota si accresce agli altri: *si plurium fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurari potuisset*. Al contrario che nella prima fattispecie descritta da Proculo, in questa si è costituita *una sola* servitù di acquedotto con pluralità di titolari: l’accrescimento si verifica come effetto della regola generale del condominio». Secondo Mario Fiorentini, cioè, se un condomino usa l’acqua e l’altro no, quest’ultimo la perde ed essa gli viene «usurpata» dall’altro, che così fa propria tutta l’acqua dovuta al fondo comune, e lascia quindi senza l’altro condomino, in base nientedimeno che allo *ius accrescendi*.

Sembra chiaro come qui – ed è soltanto un primo esempio – non si tratti semplicemente di mancata conoscenza di un istituto, quale la servitù prediale o il condominio o lo *ius accrescendi*, e neppure soltanto di ignoranza del diritto romano o del diritto *tout court*: molto di più, è qui del tutto assente quel minimo buon senso giuridico che uno studente dovrebbe avere già sin da prima di iscriversi alla facoltà di giurisprudenza. Una simile topica⁸ sarebbe a stento perdonabile in un laureando; accademicamente, non resta che l’eutanasia: ed anche questa sarebbe soltanto un palliativo.

D’altra parte, non è questa l’unica perla che riserva al lettore il paragrafo in questione, e pur non avendo avuto cuore di leggere tutto il volume⁹, credo si possa essere sicuri che, se ventisei pagine riservano tante amene soperse, in proiezione le oltre cinquecentocinquanta di *Fiumi e mari* non saranno certo deludenti per chi voglia approfondire tale nuovo genere comico-romanistico.

Anche senza volersi soffermare su come al lettore sfuggano sovente i motivi che portano Mario Fiorentini a giustapporre un frammento all’altro, secondo una logica che rischia spesso di sembrare, se non del tutto casuale, quantomeno arbitraria e soprattutto gelosamente tenuta segreta dall’estensore del volume, è per ora sufficiente notare per tal verso, in una sorta di florilegio, come il paragrafo qui considerato inizi con due pagine dedicate a D. 43.8.5 (Paul. 16 *ad Sab.*), che non si capisce bene perché venga riportato e analizzato cursoriamente se alla fine, senza neppure prendere posizione sui problemi testuali presentati dal frammento, si afferma che non è possibile soddisfare le «pur legittime curiosità proposte dal testo» e che in ordine ad esso «si può solo dire con qualche speranza di non errare che il *rivus aquaeductus* di D. 43.8.5 non è privato»¹⁰; prosegue quindi con l’esame di D. 43.21.3.4 (Ulp. 70 *ad ed.*) di cui si interpreta il termine *‘constitutus’* (*‘hoc interdictum ad omnes rivus pertinet, sive in publico sive in privato sint constituti’*) non come «costituito», bensì nel senso di «fatto» (ossia «costruito») e dunque – senza ulteriori spiegazioni di tale originalissima lettura – volto ad indicare il *rivus* «manufatto»¹¹; quindi – prima di definire, con invero geniale effetto di strania-

1952, rist. 1999, p. 1006: «Dictionnaire. En dire: N’est fait que pour les ignorants» (altra lezione reca «En rire»).

⁶) Cfr. in particolare D. 8.6.8.1 (Paul. 15 *ad Plant.*: *‘is qui per partem itineris it totum ius usurpare videtur’*).

⁷) *Fiumi e mari*, cit., p. 133.

⁸) Uso il termine – a scanso di equivoci da parte del mio contraddittore – non nel senso nobile di «teoria dei loci argomentativi» (dal greco *τοπική*), bensì nel senso semidialettale di «sbaglio», «gaffe» (dal lombardo *‘topicà’* – «intoppare» –, ossia «inciampare»).

⁹) Si veda comunque, in relazione all’esame D. 39.3.1.23 recato da tale volume (p. 211 nt. 37, p. 228 s. e nt. 119 e p. 269 s.), F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù costituite ‘tuitioe praetoris’*. Saggio di critica interpolazionistica (nt. 247), di prossima pubblicazione in «Atti del Convegno ‘Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico’ (in memoria di Arnaldo Biscardi)». Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001».

¹⁰) *Fiumi e mari*, cit., p. 107 ss.

¹¹) Cfr. *ibid.*, p. 110.

mento surrealista, D. 43.12.2 come «la celebre *lex Quominus* di Pomponio»¹² – si passa a strapazzare un po' gratuitamente prima con Carlo Alberto Maschi che scorge interpolazioni in D. 8.3.9¹³, quindi con Kirsten Geißler¹⁴ che lo reputa invece genuino

¹⁵, per poi prendersela senz'altro con il povero Domizio Ulpiano, la cui argomentazione pare al nostro estensore «fuori centro», come egli afferma reiteratamente¹⁶, in D. 43.20.1.13 (Ulp. 70 *ad ed.*)¹⁷.

E qui Mario Fiorentini avrebbe per certi versi anche un po' di ragione, dato che la frase finale «*constat enim apud Hierapolitanos in Asia agrum aqua calida rigari. et quamvis ea sit aqua, quae ad rigandos non sit necessaria, tamen nemo ambiget his interdictis locum fore*», in cui l'uso di acqua calda è definito non necessario all'agricoltura, risulta incongrua rispetto al periodo immediatamente precedente – «*his accedit, quod in quibusdam locis et cum calidae sunt, irrigandis tamen agris necessariae sunt, ut Hierapoli*» –, in cui il ricorso ad essa viceversa è definito necessario a tali scopi; ma per risolvere i problemi posti da tale testo non ha assolutamente senso alcuno postulare, come fa invece qui il nostro esegeta, che, di fronte alla giustificazione labeoniana dell'estensione alle *aquae calidae*, in quanto necessarie all'agricoltura, degli interdetti *de aqua cottidiana* e *de aqua aestiva* (gli interdetti sono infatti due, e non uno come la trattazione in esame mostra di postulare facendo per ben tre volte riferimento a «il *de aqua cottidiana et aestiva*») ¹⁸, Ulpiano tragga invece «forza da un argomento fuori centro rispetto al discorso di Labeone», asserendo che «il *de aqua cottidiana et aestiva* può essere esercitato nel caso di irrigazione attuata con acqua calda poiché essa viene raffreddata prima dell'uso»: questa infatti, non costituisce da parte di Ulpiano una argomentazione logico-giuridica (e se lo fosse avrebbe veramente ragione Mario Fiorentini nel definirla poco «centrata»), ma semplicemente una spiegazione naturalistica che il giurista digressivamente si compiace di dare, al pari della successiva spiegazione sugli usi agricoli della città frigia di Ierapoli; né tantomeno si può dire che nel passo Ulpiano, per ammettere l'applicazione dei due interdetti alle *aquae calidae*, «si fa forza della nozione di *necessitas*», come afferma l'estensore di tale spiegazione¹⁹, poiché al contrario nel finale del passo si dice chiaramente, come si è visto, che i due interdetti sono dati anche nel caso che l'acqua «*ad rigandos non sit necessaria*» («non necessarietà») che invero sembra sfuggire del tutto alla lettura dell'associato roman-triestino).

L'elemento problematico del testo è appunto costituito dal fatto che si passa, senza alcuna logicità di collegamenti, dalla «necessarietà» della parte iniziale e centrale alla «non necessarietà» del finale, ma per superare questo problema – anche senza ritenere corrotta tutta la parte da «*nonnumquam*» alla fine, come faceva Gerhard von Beseler²⁰ – è sufficiente postulare che Ulpiano, dopo essere partito dalla posizione di Labeone, che si atteneva al requisito della necessità agricola, affermasse che ormai, al suo tempo, nessuno dubitava che gli interdetti *de aqua* fossero applicabili anche alle

¹² Cfr. *ibid.*, p. 126. Si veda D. 43.1.2.2 (Pomp. 34 *ad Sab.*): «*Quominus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit (nisi imperator aut senatus vetet), si modo ea aqua in usu publico non erit: sed si aut navigabile est aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere*».

¹³ *Contributi allo studio delle servitù prediali*, in «BIDR.», XVIII, 1939, p. 317 ss.

¹⁴ *Die öffentliche Wasserversorgung in römischen Recht*, Berlin, 1998, p. 179.

¹⁵ Cfr. *Fiumi e mari*, cit., p. 113.

¹⁶ Cfr. *ibid.*, p. 118 e nt. 126.

¹⁷ «*Idem Labeo scribit, etiamsi praetor hoc interdicto de aquis frigidis sentiat, tamen de calidis aquis interdicta non esse deneganda: namque harum quoque aquarum usum esse necessarium: nonnumquam enim refrigeratae usum irrigandis agris praestant. his accedit, quod in quibusdam locis et cum calidae sunt, irrigandis tamen agris necessariae sunt, ut Hierapoli: constat enim apud Hierapolitanos in Asia agrum aqua calida rigari. et quamvis ea sit aqua, quae ad rigandos non sit necessaria, tamen nemo ambiget his interdictis locum fore*».

¹⁸ Cfr. *Fiumi e mari*, cit., p. 118 («... non denegare il *de aqua cottidiana et aestiva* ...»); e più avanti: «... il *de aqua cottidiana et aestiva* può essere esercitato ...» e nt. 126: «l'esperibilità dell'interdetto (creato, ricordiamo per le sole acque fredde) ...». A p. 119, peraltro, Mario Fiorentini finalmente si corregge e parla di «interdetti» al plurale.

¹⁹ Cfr. *ibid.*, p. 119.

²⁰ *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 30 (anche qui Mario Fiorentini – *op. cit.*, p. 118 nt. 126 – citando «Tübingen, 1911, II p. 30» mostra di non avere ben chiaro cosa sono i *Beiträge* di Gerhard von Beseler).

aquae calidae in generale, e questo indipendentemente da tale requisito, ossia altresì qualora il loro uso agricolo non fosse indispensabile: ritenendo cioè che nella frase finale (*constat enim apud Hierapolitanos in Asia agrum aqua calida rigari. et quamvis ea sit aqua, quae ad rigandos non sit necessaria, tamen nemo ambiget his interdictis locum fore*) sia caduto qualcosa (magari semplicemente *nunc* o *hodie*) prima o dopo *tamen*, idoneo a articolare il discorso del giurista in due parti, nella seconda delle quali tale successiva estensione alle acque calde non indispensabili alle necessità agricole risultasse meglio argomentata ²¹.

Questo, del resto, è il risultato del «genuinismo» oggi di moda, che preferisce dare dello stolto ad Ulpiano piuttosto che prendere in considerazione la possibilità che la stesura tramandataci dai *Digesta* giustinianeî possa divergere sia pur in minima parte dall'originale dettato classico: anche se qui, a dire il vero, Mario Fiorentini propriamente non arriva neppure a tale livello di erroneità, fermandosi sul piano ben inferiore di chi non si perita neppure di leggere bene un passo prima di darne una spiegazione (parlare di esegesi o di interpretazione sarebbe ovviamente in questo caso eccessivo e suonerebbe soltanto sarcastico), e fa dire ad Ulpiano – non accorgendosi che nella prima parte del passo si parla di acque indispensabili alla irrigazione, nella seconda di acque altresì non indispensabili – l'esatto contrario di quanto in realtà il giurista severiano afferma ²².

Un'ulteriore piccola perla che, pur senza essere paragonabile alle incomprensioni relative a D. 8.6.16 e, su toni minori, a D. 43.20.1.13, contribuisce in ogni caso a completare l'idea che il lettore può essersi fatto del raffazzonato pressapochismo che è proprio delle pagine di tale volume, viene offerto dalla lettura di D. 43.20.1.5 (Ulp. 70 *ad ed.*): *loquitur autem praetor in hoc interdicto de ea aqua sola, quae perennis est: nulla enim alia aqua duci potest, nisi quae perennis est*. Il passo, come molti altri, ribadisce che lo *ius aquae ducendae* non può essere costituito che *ex capite*, ossia da un *fons* perenne, così come messo in luce nella maniera più piana e definitiva dalla letteratura in materia ²³. Stupisce quindi l'affermazione di Mario Fiorentini secondo cui le parole *duci potest* indicherebbero non già l'impossibilità giuridica di costituire una servitù da una fonte che non sia perenne, bensì una impossibilità pratica di derivare l'acqua da un *fons* di tale tipo (a suo avviso, *potest* individua nel testo ulpiano una nozione fattuale, una possibilità tecnica, non una facoltà ammessa sul piano del diritto) ²⁴: lettura

²¹ Sul passo – FIORENTINI, *op. cit.*, p. 118 s. nt. 126 e 128, oltre a Gerhard von Beseler, si limita a richiamare, a proposito del *'nemo ambiget'* finale, S. TAFARO, *Il giurista e l'ambiguità. Ambigere, Ambiguitas, Ambiguus*, Bari, 1996, p. 95 ss., e, in relazione ad una possibile interpolazione in tali paroli individuabile in base al cd. criterio «legislativo», P. BONFANTE, *Storia del diritto romano* ⁴, Roma, 1934, rist. Milano, 1959, II, p. 155 s. – si potrebbero almeno ricordare Arnaldo Biscardi, Franz Horak, Giuseppe Grosso e Max Kaser.

²² Concludendo il suo discorso su D. 43.20.1.13, con geniale colpo di coda, Mario Fiorentini – *op. cit.*, p. 119 nt. 129 – regala un ulteriore saggio della faciloneria con cui egli concepisce l'indagine romanistica: infatti, una volta concluso che – al contrario di quanto afferma Ulpiano nel finale – che gli interdetti *de aqua* sono utilizzabili anche per le *aquae calidae* se gli usi locali le rendono necessarie alla irrigazione, come avviene in Frigia, egli chiosa: «Questa osservazione può portarne con sé un'altra: benché l'osservazione ulpiana sugli Hierapolitani sia contenuta in un testo di commento all'Editto del pretore urbano, mi pare che il riferimento *nemo ambiget his interdictis locum fore* che conclude D. 43.20.1.13 riguardi anche, se non principalmente il governatore provinciale (nella specie, quello competente territorialmente in rapporto ad Hierapoli, che si trova nella *provincia Asiae*)» – conseguenza erronea, questa, che si lega ancora una volta al limitare l'esperibilità degli interdetti in questione, al contrario di quanto conclude Ulpiano, alle sole *aquae calidae* necessarie all'agricoltura, secondo usi prevalentemente se non soltanto provinciali, mentre la derivazione di *aquae calidae* per usi estranei alle necessità agricole aveva ovviamente ambiti di applicazione anche territorialmente ben più vasti (cfr. D. 43.21.3.5-6 [Ulp. 70 *ad ed.*]: *Sed et si calidae aquae rivus sit, de hoc reficiendo competit interdictum. Aristo et de cuniculo restituendo per quem vapor trahitur, in balnearis vaporibus ...*) –; e prosegue quindi osservando: «L'ulteriore deduzione, che gli interdetti *de aqua* dovessero necessariamente essere proposti nell'Editto provinciale, forse prova troppo, potendo astrattamente riferirsi al suggerimento, proposto dal giurista, che tali mezzi di tutela trovassero comunque esperibilità in provincia» (il discorso si conclude qui). Forse i rapporti tra *ordo iudiciorum* e *cognitiones extra ordinem*, tra editto urbano ed editti provinciali, tra provincie senatorie ed imperiali, nonché tra azioni ed interdetti nel passaggio dall'uno all'altro sistema processuale sono un po' più complessi di quanto tanto leggiadramente ritiene Mario Fiorentini.

²³ Si veda soprattutto L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura della servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, p. 4 ss. e 52 ss.

²⁴ *Fiumi e mari*, cit., p. 125 nt. 137.

alquanto peregrina, posto che, come è a tutti facilmente comprensibile, in relazione ad un invaso d'acqua non alimentato e quindi destinato prima o poi ad esaurirsi non si può costituire, sul piano del diritto, uno *ius aquae ducendae*, ma si può ben derivare di fatto dell'acqua, attraverso una qualsiasi condotta, da impiegare in un altro luogo: e questo, sembra, sarebbe risultato chiaro anche al nostro esegeta se solo egli avesse letto il passo con un minimo di attenzione.

La spiegazione dell'equivoco è in realtà da ricollegare al fatto che, in tale incauta asserzione, Mario Fiorentini ha presente quanto Ulpiano afferma nel successivo D. 43.20.1.6, in cui si specifica ulteriormente che, se giuridicamente la servitù non può che avere ad oggetto acque perenni, d'altra parte occorre altresì che l'acqua in questione sia poi, di fatto, sfruttabile, e tali ad avviso del giurista non possono essere considerate, in base alle tecnologie coeve, le acque sotterranee²⁵. Tuttavia, se in tale contesto le parole *'duci possunt'* e *'duci non possunt'* hanno evidentemente un significato fattuale di «possibilità pratica», non altrettanto avviene nel precedente § 5 di D. 43.20.1, dove *'duci potest'* assume e non può che assumere altro che il significato di «possibilità giuridica», come a chiunque risulta ovvio e persino troppo banale. Certo, come si osservava, niente di tanto grave, in tale ennesimo errore dell'associato roman-triestino, da poter essere paragonato alle ben più rovinose incomprendimenti dei due precedenti (e alle altre che si vedranno in seguito): anche se viene ancora una volta da chiedersi se Mario Fiorentini rilegga talvolta quello che scrive prima di darlo alle cosiddette stampe (e, soprattutto, se glielo leggano i «maestri» che dovrebbero seguirlo).

In ogni caso, una volta inquadrato l'avvilente livello delle indagini proprie di tale pubblicazione, si può finalmente ritornare al motivo per cui si è voluto prendere in considerazione le invero poco significative opinioni di tale volume, ossia gli attacchi che questi ritiene di muovere a quanto scrivevo sulla *refectio* del *rivus* nello *ius aquae ducendae*.

Tuttavia, prima di addentrarsi in tale argomento, è bene premettere che in tali critiche Mario Fiorentini²⁶ non si riferisce al mio articolo del 1997 specificamente dedicato alla *refectio*, ed uscito in verità più di sei anni prima²⁷ delle sue ricerche su fiumi e mari, bensì ai soli miei precedenti lavori pubblicati nel 1994 sugli *intervalla dierum et horarum*²⁸ e sul *locus servitutis*²⁹, dove io mi occupavo della *refectio* soltanto incidentalmente ed in relazione ad altri problemi.

Mi sfugge il motivo di tale preterizione, dato che sarebbe regola se non altro di buona educazione, quanto si vuole parlar male delle teorie di qualcuno, documentarsi su quanto egli ha scritto più recentemente su tale tema, tanto più se si tratta di un articolo vertente proprio sull'argomento trattato dal critico stesso: ma devo confessare di temere che la nuova metodologia oggi in voga, per cui molti procedono dilettantescaemente in base alla sensazione di avere già compreso intuitivamente ogni problema prima ancora di averlo seriamente considerato (si ricordi l'«ormai ho letto tutto» di Madame Bovary), porti l'associato roman-triestino a ritenere virtualmente superflua, quand'anche ne avesse voluto notizia, la lettura di quanto altri scrivono sui punti da lui affrontati (la bibliografia di cui egli in generale dà atto nelle note ai testi affrontati è del resto sconsolatamente carente), anche qualora si tratti, come in questo caso, di un lavoro più specifico di tale autore rispetto a quelli più generici invece considerati per contraddirlo.

Così tale volume sugli aspetti «acquatici» del diritto romano, si limita per pigra superficialità ai

²⁵ *'Quamquam ad perennes aquas dixerimus hoc interdictum pertinere, ad eas tamen perennes pertinet, quae duci possunt. ceterum sunt quaedam, quae, etsi perennes sunt, duci tamen non possunt, ut puta puteales et quae ita sunt summersae, ut defluere extra terram et usui esse non possint. sed huiusmodi aquis, quae duci non possint, haustus servitus imponi potest.'*

²⁶ Cfr. *Fiumi e mari*, cit., p. 532.

²⁷ *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della reffectio delle servitù di passaggio*, in «Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo», II, Napoli, 1997 p. 617 ss.

²⁸ *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum» previsti per l'esercizio dello «ius aquae ducendae»*, in «Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario (4-5 novembre 1991) in memoria di G. Provera», Napoli, 1994, p. 303 ss.

²⁹ *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in «SDHI», LX, 1994, p. 159 ss.

miei due ricordati scritti precedenti e, ringalluzzito dalla critiche mosse al primo di essi da Luigi Capogrossi Colognesi³⁰ (l'estensore mostra di non aver letto, e comunque certamente di non aver compreso, i non lievi ed anzi devastanti argomenti della mia risposta³¹, che egli si limita a citare di sfuggita in una nota³²), ne riprende pappagallescamente le erronee idee³³, confortato in ciò, nella sua limitata prospettiva, dagli analoghi atteggiamenti – altrettanto deprecabili, anche se senza dubbio di ben diverso livello – di Maria Floriana Cursi³⁴ e di Vincenzo Mannino³⁵. Di questi minimi aspetti, del resto, non varrebbe neppure la pena di occuparsi, anche per non dare loro una considerazione che non meritano (certe cose, ammonisce un vecchio proverbio viennese, «è già troppo l'ignorarle») ³⁶, se Mario Fiorentini, trattando di D. 8.3.15 (Pomp. 31 *ad Q. Muc.*) e D. 43.21.2 (Paul. 66 *ad ed.*), non avesse il cattivo gusto non solo di non comprendere quanto da me detto, ma di implicare altresì, non senza un qual conato di ironia, che sarei io a non capire tali passi.

A proposito di D. 8.3.15 (*Quintus Mucius scribit, cum iter aquae vel cottidianae vel aestivae vel quae intervalla longiora habeat per alienum fundum erit, licere fistulam suam vel fictilem vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret, et quod vellet in rivo facere, licere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret*), egli osserva infatti: «non riesco a vedere come la conduzione in tubature fittili di acqua che precedentemente scorresse libera nel *rivus*, o la posa nel *rivus* di *novae fistulae* possa essere interpretato come 'un insieme di ipotesi tali da implicare più o meno contenute modificazioni del *locus servitutis*', come opina Zuccotti»³⁷; e trionfantemente continua: «a me pare che esso potesse costituire al massimo un mutamento della modalità materiale della conduzione d'acqua, continuando essa a scorrere entro il *rivus* precedentemente stabilito senza mutamento del percorso»³⁸, invocando a riprova di ciò D. 43.21.2 (*Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset*), circa il quale egli osserva: «l'esclusione della facoltà titolare della servitù, pronunciata da Labeone, non si pone sul piano della modifica, neanche 'modica', del *locus servitutis*, come pare credere Zuccotti³⁹, per il quale la proibizione di queste piccole modifiche era esclusa solo sul piano della non convenienza di una troppo rigida applicazione del divieto del mutamento del *locus*; bensì su quello della impossibilità, per il *dominus soli*, di esercitare le sue facoltà attingere acqua e di portare le greggi all'abbeveraggio (*adpulsus pecoris*), a causa della modifica delle modalità di scorrimento dell'acqua nel canale, che in ipotesi prima fosse stato scoperto e successivamente il titolare della servitù avesse interrato»⁴⁰.

³⁰ *Ut hoc anno aquam duxisti, id est alternis diebus*, in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, p. 129 ss.

³¹ *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali (Vivagni II)*, in «RDR.», II, 2002, p. 483 ss.

³² *Fiumi e mari*, cit., p. 116 nt. 122.

³³ Cfr. *ibid.*, in particolare p. 115 nt. 119 s. e p. 116 nt. 122.

³⁴ *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999: libro su cui ho intenzione di pubblicare (cfr. *Sulla tutela interdittale*, cit., p. 129 nt. *) una sorta di recensione nel prossimo numero di questa rubrica.

³⁵ *Struttura della proprietà fondiaria e regolamentazione delle acque per decorso del tempo nella riflessione della giurisprudenza di età imperiale*, in «Uomo acqua e paesaggio. Atti dell'incontro di studio sul tema: Irrigidimento delle acque e trasformazione del paesaggio antico. S. Maria Capua Vetere, 22-23.11.1996», Roma, 1997, p. 21 ss. Ma, ancora una volta, il fatto che Mario Fiorentini (*op. cit.*, p. 115 nt. 120) rechi, in riferimento alle mie posizioni in materia, «critiche in ... V. Mannino, *Struttura* ... p. 21 ss.» (p. 21 è la pagina iniziale del breve articolo), mostra per l'ennesima volta il raffazzonato e ondivago sistema argomentativo dell'estensore di *Fiumi e mari*, dato che in realtà, in tale opera Vincenzo Mannino mi cita solo a p. 25 nt. 29 senza muovermi alcuna critica, ma anzi richiamando una mia osservazione a sostegno della propria argomentazione (sulla difficile sostenibilità delle costruzioni di tale autore in ordine alle servitù cosiddette pretorie – cfr. altresì *La tolleranza dell'usus iuris nell'esperienza giuridica romana. Forme di tutela e sviluppi teorici*, Torino, 2001 – si veda in ogni caso ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù costituite «tuitio praetoris»*, cit., *passim*).

³⁶ «Ned amoid ignorirn» («nicht einmal ignorieren»).

³⁷ *Il locus servitutis*, cit., p. 197.

³⁸ *Fiumi e mari*, cit., p. 130 s.

³⁹ *Il locus servitutis*, cit., p. 161 s. e nt. 181.

⁴⁰ *Fiumi e mari*, cit., p. 131.

Se Mario Fiorentini avesse letto solo un po' meglio la trattazione di tali argomenti che incidentalmente facevo nel mio articolo sul *locus servitutis*, e ancor più facilmente se fosse andato a vedere, usando l'accortezza di un laureando di media diligenza, quanto scrivevo nello specifico articolo sulla *refectio*⁴¹, avrebbe, credo, agevolmente compreso il proprio errore, ossia l'effettivo motivo per cui tendevo, conformemente a quanto avviene già negli stessi giuristi romani, ad accostare se non in parte a sovrapporre le modificazioni del *locus servitutis* in senso stretto (cioè inteso come direttrice) e i mutamenti delle caratteristiche del percorso dell'acquedotto consistenti nel farlo scorrere *in apertum* piuttosto che *per specus* o viceversa, nell'interrarlo o nel rifarlo in pietra, nell'aggiungere nuovi canali o condotti, e in particolare nell'alzarlo o abbassarlo, nell'estenderlo o nell'allargarlo⁴². In tale sede, infatti, esaminavo in modo complessivo i problemi posti dalla *refectio* in relazione ai mutamenti dell'assetto complessivo della servitù, e per tal verso, oltre al variare *tout court* la direttrice per cui l'acquedotto scorreva, poteva essere infatti considerato un mutamento del *locus servitutis* ad esempio anche l'alzarlo o l'abbassarlo (operazione che, costituisce senz'altro, sia pur in verticale, un cambiamento del percorso dell'acquedotto)⁴³, mentre altresì il renderlo di diametro più grande, a rigore, implica un mutamento delle sue caratteristiche spaziali, ed anche anche la copertura del *rivus*, sia pur in maniera più lata, finisce col rendere in linea di massima diverse le sue dimensioni, e quindi incide sulle caratteristiche generali del *locus servitutis*.

D'altra parte tale impostazione, per quanto possa sgomentare Mario Fiorentini, oltre ad essere nelle sue linee essenziali quella degli stessi giuristi romani (si veda infatti D. 43.21.1.11 [Ulp. 70 *ad ed.*]: '*proinde et si per alium locum velit ducere, impune prohibetur: sed et si eundem rivum deprimat vel adtollat aut dilatet vel extendat vel operiat apertum vel contra. ego ceteros quidem impune prohiberi puto: at enim eum, qui operiat apertum vel contra, eum non puto prohibendum, nisi si quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat*'), rimane in ogni caso una questione del tutto nominalistica, dato che la soluzione dei problemi relativi ai limiti della *refectio* avviene semmai nell'alveo del limite generale posto dalla stessa stessa formula dell'*interdictum de rivis* ('*dum ne aliter aquam ducat*')⁴⁴, rispetto alla cui rigida ed immutabile severità si assiste, specie per quanto riguarda Ulpiano, ad un temperamento costituito dal più elastico criterio del '*civilis usus*', ossia da un paradigma di contemperamento degli opposti interessi che sembra del resto corrispondere in linea di massima alla regola di perseguire il massimo vantaggio del fondo dominante con il minor sacrificio possibile del fondo servente posto come generale criterio interpretativo dall'art. 1065 del vigente Codice Civile italiano⁴⁵ (si veda in particolare⁴⁶, oltre al ricordato D. 43.21.1.11, D. 43.21.3.2 [Ulp. 70 *ad ed.*]: '*... nos et hic opinamur utilitatem eius qui ducit sine incommoditate eius cuius ager est spectandam*')⁴⁷.

Anche per quanto riguarda il contrasto tra Labeone e Pomponio testimoniato da Paolo in D.

⁴¹) *Prassi negoziale*, cit., p. 652 ss.

⁴²) Si veda *Il locus servitutis*, cit., p. 196 s. (cfr., più diffusamente, *Prassi negoziale*, cit., p. 654 ss.).

⁴³) Si consideri infatti, tra l'altro, l'ipotesi recata da D. 43.20.3.6 (Pomp. 34 *ad Sab.*): '*si aqua ducatur, supra eam alia aqua per pontem, qui supra rivum factus sit, iure ducitur, dum inferiori rivo non noceatur*'.

⁴⁴) Cfr. D. 43.21.1.pr. (Ulp. 70 *ad ed.*): '*Praetor ait: rivus specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi non clam non precario a te ducit, vim fieri veto*'.

⁴⁵) «... Nel dubbio circa l'estensione e le modalità di esercizio, la servitù deve ritenersi costituita in guisa di soddisfare il bisogni del fondo dominante col minor aggravio del fondo servente»: cfr. altresì gli art. 1067 e 1069.

⁴⁶) Cfr. D. 43.21.2, D. 43.21.pr.-1 e D. 8.2.20.5, richiamati poco oltre nel testo.

⁴⁷) Cfr. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., p. 117 e nt. 125, che senza comprendere bene il valore della specificazione ulpiana, rinvia qui al mio scritto sul *locus servitutis* in maniera errata (infatti io parlo del frammento a p. 197 nt. 183, e non a p. 196 nt. 181), perdipiù aggiungendo che «da nota d'interpolazione del Solazzi non mi pare centrata» (senza peraltro indicare l'opera in cui essa sarebbe contenuta), quando invece della genuinità dei passi ivi esaminati si occupano, a quanto mi risulta, Silvio Perozzi, Biagio Brugi, Gerhard von Beseler, Muzio Pampaloni e Fritz Pringsheim, che io richiamaivo, ma non Siro Solazzi (che del resto, per usare un'espressione che sembra cara a Mario Fiorentini, preferirà comunque essere «fuori centro» al pari di Ulpiano che «centrato» insieme con il nostro estensore): del resto, è ovvio come tale proposte emendative dei passi in questione possano essere accettate o respinte, ma – anche in quanto gli interpolazionisti non erano poi così stupidi come sembra ritenere Mario Fiorentini – non «centra» nulla valutarle come «centrate» ovvero «fuori centro».

43.21.2, non è quindi sbagliato dire, come fa Mario Fiorentini, che l'interramento del *rivus* è visto nel suo contrasto con la possibilità del *dominus fundi*, finché esso scorre all'aperto, di trarvi acqua ed abbeverarvi le bestie (anche se sembra ovviamente eccessivo parlare qui, come egli indulge a fare, di una sua «facoltà» in tal senso, per di più scrivendo, come egli fa poco oltre ⁴⁸, di «facoltà» consistenti nell'«*aquae haustus*» e nell'«*adpulsus pecoris*», quasi si trattasse di servitù a vantaggio del *dominus* gravanti sul suo stesso fondo: e si vedranno tra breve le deflagranti conseguenze che tale terminologia avrà poi sulla *interpretatio* del passo recata dal nostro esegeta); ma ciò non toglie che, innanzitutto, la copertura del *rivus* rientri tra i mutamenti dell'*aquaeductus* consentiti o meno in sede di *refectio* ⁴⁹, e quindi tra le modificazioni del *locus servitutis* in senso lato, e che Ulpiano consideri in D. 43.21.1.11 il problema della liceità di una simile operazione, pur a rigore eccedente la manutenzione concessa dalla formula interdittale («*dum ne aliter aquam ducat*»), appunto nel quadro del criterio del contemperamento degli opposti interessi da lui posto a cardine di tali questioni relative al *rivus* («*eum, qui operiat apertum vel contra, eum non puto prohibendum, nisi si quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat*») ⁵⁰.

Se quindi a proposito di D. 43.21.2 gli appunti che Mario Fiorentini si permette di rivolgermi si rivelano, per quanto errati, perlomeno non del tutto «fuori centro», ecco che in relazione a D. 8.3.15 la sua ulteriore critica, secondo la quale io porrei nell'ambito dei mutamenti del *locus servitutis* altresì «la conduzione in tubature fittili di acqua che precedentemente scorresse libera nel *rivus*, o la posa nel *rivus* di *novae fistulae*», si rivela immediatamente nient'altro che una inconsistente calunnia (o meglio, si potrebbe dire tecnicamente, quasi un tentativo di diffamazione a mezzo stampa), della quale tale pubblicazione dovrebbe rispondere financo penalmente se le capacità di lettura e di scrittura che le sono proprie raggiungessero un grado minimo di capacità di intendere e di volere: ma, trattandosi qui di un metodo di ricerca del tutto incapace di cosciente comprensione e quindi di dolo o anche solo di colpa grave ad esso equiparabile, ciò va semplicemente interpretato come ennesimo frutto di una superficiale e mai ricontrollata interpretazione di quanto preso in considerazione da *Fiumi e mari*, che se colpisce le fonti giuridiche romane non può che a maggior ragione travisare anche i moderni lavori su tali temi.

Infatti io mi occupavo in realtà di tale passo in due note (e non nel testo, come asserisce improvvidamente il mio contraddittore) ⁵¹, la prima delle quali – pur relativa ad una frase in cui parlo di come nella prospettiva di fondo dei *prudentes* «il principio dell'immutabilità del *locus servitutis* deve essere difeso e tenuto fermo di fronte alla necessità di ammettere mutamenti degli impianti per la derivazione idrica», riportando subito dopo appunto D. 43.21.1.11 – si collega non certo al *locus servitutis*, bensì alle parole «mutamenti degli impianti per la derivazione idrica», e per di più è relativa, innanzitutto, a D. 43.20.8 (Scaev. *l.s. ὄρον*): «*cui per fundum iter aquae debetur, quacumque vult in eo rivum licet faciat, dum ne aquae ductum interverteret*»; un testo che quindi, nel modo più esplicito, lega il problema dei mutamenti operati nella condotta idrica alla necessità che non venga mutato il *locus servitu-*

⁴⁸) *Fiumi e mari*, cit., p. 131.

⁴⁹) Sul passo si veda anche il tentativo di lettura di E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, *Trasmis-sione e fonti*, Napoli, 2002, p. 149 s. e 444 ss., alquanto insoddisfacente in quanto si limita, sulla scia di Luigi Capogrossi Colognesi (*Ricerche*, cit., p. 53 nt. 94), a soffermarsi su fumosi fattori quali il trascolorare delle antiche concezioni della servitù come comproprietà della striscia di terreno su cui insiste, senza considerare invece i più precisi ed attuali criteri del diritto classico che sovrintendevano alla *refectio* e alle modificazioni del *rivus*.

⁵⁰) Non è ovviamente qui possibile entrare nella ulteriore questione, del resto iniferente ai fini di queste note, se Labeone seguisse o meno un criterio di contemperamento degli opposti interessi ovvero – come potrebbe per certi versi dedurre da D. 43.21.3.2, da D. 43.21.2 nonché da D. 43.19.3.16 – non considerasse piuttosto in se stesse le facoltà del titolare implicate dalla costituzione dello *ius in re aliena* senza porle necessariamente in comparazione con quelle del *dominus fundi*, come invece fa Ulpiano – mostrando per certi versi di non essere del tutto in linea con la impostazione di Labeone – nel primo e nel terzo di tali passi. Lo stesso discorso vale ovviamente, in relazione a D. 43.21.2 anche per Pomponio (anche se appare eccessivo parlare qui di una sua «polemica» con Labeone, come fa FIORENTINI, *op. cit.*, p. 131: cfr. tra l'altro STOLFI, *op. cit.*, p. 445 e nt. 374).

⁵¹) Mario Fiorentini, *op. cit.*, p. 130 nt. 147, rinvia infatti alla p. 197 del mio articolo, dove io mi occupo dei mutamenti del *locus servitutis* in senso lato, ma nel cui testo non è affatto richiamato D. 43.21.2, che invece richiamo, ad altro proposito, a p. 196 nt. 178 e a p. 197 nt. 185.

tis (*'intervertere'*, qui connesso *all'iter aquae*, significa infatti, per chi non sia del tutto ignaro di latino, «volgere altrove, in un'altra direzione», «deviare»: con una intrinseca connotazione negativa incentrata sull'implicita intenzione di «deviare qualcosa dal suo scopo e rivolgerlo a proprio vantaggio», e quindi di «sottrarre», «carpire»); e per tal verso, poiché D. 43.20.8 tratta di mutamenti della *rivus* e delle modalità di derivazione idrica vietate, mentre D. 8.3.15 considera invece operazioni analoghe ma legittime, accostavo i due frammenti, appunto per sottolineare come nel primo caso tali operazioni coinvolgano il *locus servitutis* e siano quindi escluse da Scevola, mentre nel secondo, non importando simili conseguenze, esse siano da Quinto Mucio ammesse a condizione che non rendano *deterius* l'*aquagium* del *dominus fundi* (*'... licere fistulam suam vel fictilem vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret, et quod vellet in rivo facere, licere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret'*). Del pari, nella nota della pagina successiva, richiamavo la chiusa di questo passo per avvicinare il criterio usato da Quinto Mucio (*'ne ... deterius faceret'*) a quello seguito da Ulpiano in D. 43.21.1.11 (*'nisi si quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat'*), nel *principium* di D. 43.21.3 (*'si non maior utilitas versetur adversarii'*), nel § 1 (*'urguens et necessaria refectio esse admittenda'*) e nel § 2 dello stesso frammento (*'nos et hic opinamur utilitatem eius qui ducit sine incommoditate eius cuius ager est spectandam'*), nonché da Pomponio in D. 43.21.2 (*'nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset'*) e da Paolo in D. 8.2.20.5 (*'lenius facere poterimus, acrius non. et omnino sciendum est meliorem vicini condicionem fieri posse, deteriozem non posse, nisi aliquid nominatim servitute imponenda immutatum fuerit'*): e questo appunto al fine di sottolineare come il criterio del *'civilis usus'* e del temperamento degli opposti interessi smussasse nel pensiero dei giuristi la rigida previsione formulare (*'dum ne aliter aquam ducat'*) dell'*interdictum de rivis* nonché di quello *de fonte reficiendo* (D. 43.22.1.16: *'dum ne aliter utaris'*).

Tutto questo, come è chiaro a chiunque abbia cognizione quantomeno istituzionale del diritto romano, non significa affatto confondere il problema del rispetto del *locus servitutis* con la questione della installazione di *novae fistulae* nel *rivus*.

Ma, soprattutto, si rivela un vero e proprio florilegio di errori la *«pars construens»* che Mario Fiorentini vorrebbe opporre alle mie posizioni, ossia l'interpretazione che egli tenta di edificare in ordine a ricordato D. 43.21.1.11, tratto dal LXX libro *ad edictum* di Ulpiano, inscindibilmente unito nella sua visione al precedente § 10.

Vale la pena di riportare per intero la sua argomentazione⁵²: «In D. 43.21.1.11, come presupposto materiale di una *prohibitio* validamente effettuata, che a sua volta integra la fattispecie ai fini dell'esperimento del *de rivis*, Ulpiano differenzia la sua posizione da quanti pongono sullo stesso piano i mutamenti del *locus* ed altre modifiche del *rivus* come fatti legittimanti ad una valida *prohibitio*: infatti *proinde et si per alium locum velit ducere, impune prohibetur: sed et si eundem rivum deprimat vel adtollet aut dilatet vel extendat vel operiat apertum vel contra. ego ceteros quidem impune prohiberi puto: at enim eum, qui operiat apertum vel contra, eum non puto prohibendum, nisi si quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat*». E continua: «Come si vede, per una parte della giurisprudenza la copertura di un canale scoperto e viceversa è esclusa dalla tutela (il *dominus fundi* può validamente proibire, dopo di che se il titolare della servitù metta mano al *rivus*, ciò integra l'uso viziato): ma Ulpiano si dissocia da quanti vogliono estendere tale regime degli atti di modifica sostanziale del canale (allargamento, abbassamento) alla copertura del canale e viceversa: in quest'ultimo caso, mentre una corrente dottrinale, che si rifaceva ad Ofilio, ammetteva la proponibilità dell'i. (D. 43.21.1.10: *si quis terrenum rivum Signinum, id est lapideum facere velit, videri eum non recte hoc interdicto uti* – si intende, se subisca atti di *prohibitio* –; *non enim reficit qui hoc facit: et ita Ofilio videtur*; Ofilio interpretava *reficere* in senso molto stretto, come semplice manutenzione o rifacimento dell'esistente, senza mutamenti), Ulpiano ritiene che la *prohibitio* possa essere attuata dal *dominus fundi* solo se giustificata dal pericolo che una sua maggiore *utilitas* rischiasse di subire un pregiudizio a causa della modifica. ... Siamo nel solco della soluzione

⁵² *Fiumi e mari*, cit., p. 130 nt. 147.

prescelta da Labeone in D. 43.21.2»⁵³.

Non è chiara, in via preliminare, quale mai visione il nostro estensore abbia esattamente della *prohibitio* e della sua rimozione attraverso l'interdetto⁵⁴ (D. 43.21.1.pr.: '*rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto*'): se dire che essa può essere posta in essere dal *dominus fundi* «solo se giustificata» è già un nonsenso (anche se essa è ingiustificata, è ovvio che essa tuttavia possa di fatto venire egualmente venire posta in essere, ma – è questo il punto – sarà rimossa dall'interdetto)⁵⁵, affermare che, nel caso che in concreto la modifica non sia ammessa, «il *dominus fundi* può validamente proibire, dopo di che se il titolare della servitù metta mano al *rivus*, ciò integra l'uso viziato» significa semplicemente non avere capito nulla del meccanismo interdittale (e in effetti, anche se non è possibile qui approfondire tale aspetto, la locuzione «integra l'uso viziato» appare risentire direttamente di certune prospettive in materia alquanto dubbie proprie di Luigi Capogrossi Colognesi)⁵⁶: se una determinata modifica delle caratteristiche del *rivus* non è ammissibile, ed il *dominus fundi* pone in atto la *prohibitio* impedendo anche con la forza alla controparte di realizzarla (si veda, in D. 43.21.1.11, '*impune prohiberi*', che equivale a «*impune vim facere*»)⁵⁷, quest'ultima non potrà superare tale impedimento mediante all'interdetto, mancando i presupposti («*dum ne aliter aquam ducat*») affinché scatti l'ordine pretorio '*vim fieri veto*' che gli consenta tale operazione, cosicché non vi sarà nessuna modifica del canale né quindi alcun «uso viziato» del *rivus* modificato, ma, semmai, un uso del tutto regolare del *rivus* così come è sempre stato, essendo stata tale innovazione appunto impedita dalla *prohibitio* del *dominus fundi*.

Ancora di più, è stupefacente come Mario Fiorentini, a proposito di D. 43.21.1.10 e di Ofilio che, come egli riconosce, non ammetteva la trasformazione del *rivus terrenus* in *rivus lapideum*, affermi che qui il giurista (e la pretesa «corrente» che a lui avrebbe fantasiosamente fatto capo) «ammetteva la proponibilità dell'i.» (ossia dell'interdetto): se infatti Aulo Ofilio negava la legittimità di tale modifica, avrà semmai ritenuto che il *dominus fundi* poteva «*impune prohibere*» – cioè «*impune vim facere*» – impedendo al titolare dell'acquedotto tale operazione, cosicché l'interdetto *de rivis* non avrebbe qui per nulla giovato a quest'ultimo, risultando quindi – nella cosiddetta concezione concreta dei mezzi processuali propria dei *prudentes* romani, non (utilmente) esperibile (in D. 43.21.1.10, '*... non recte hoc interdicto uti ...*'). Ed in effetti, dire che si «ammette la proponibilità dell'interdetto» in quanto l'operazione in esame non è consentita sembra dovuto ad una del resto irriflessa quanto purtroppo diffusa confusione in ordine alla procedura interdittale, per cui taluni studiosi, anche di consolidata fama, sono portati quasi inconsciamente a postulare che l'interdetto serva a impedire il comportamento oggetto della controversia, e non invece, come in realtà avviene negli interdetti proibitorii, a rimuovere, attraverso l'ordine pretorio '*vim fieri veto*', la *prohibitio* della controparte, consentendo così all'intimante di tenere un determinato comportamento e, nel caso in esame, di realizzare l'opera controversa⁵⁸.

⁵³) Su quest'ultima considerazione di Mario Fiorentini si veda *infra*.

⁵⁴) Su tale figura cfr. di recente M. DE SIMONE, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio nella tutela petitoria della servitus altius non tollendi*, in «AUPA», XLVIII, 2003, p. 83 ss.

⁵⁵) I *prudentes* romani, infatti, seguivano una visione «concreta» dell'*actio* (nonché dell'interdetto) che li portava, com'è noto, a dire '*tibi est actio*' nel senso di «hai effettivamente ragione e vincerai nel processo»: ma non mi risulta che seguissero una analoga concezione «concreta» per quanto riguarda i mezzi di autotutela privata.

⁵⁶) Cfr. CAPOGROSSI, *Uti hoc anno aquam duxisti*, cit., p. 138 ss. e *passim*, e, in riferimento ad esso, ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio*, cit., specie p. 488 ss.

⁵⁷) Cfr. ad esempio D. 43.19.4.1, D. 43.19.5.1, D. 43.20.1.15 e D. 43.20.1.17-18.

⁵⁸) Si veda infatti, nella stessa erronea prospettiva, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'interdetto quod vi aut clam e il suo ambito di applicazione*, in «Index», XXI, 1993, p. 264 (ora, con variazioni, anche in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, p. 5 s.), e *Ai margini della proprietà fondiaria*², Roma, 1996, p. 2, secondo cui l'*interdictum quod vi aut clam* è un interdetto restitutorio e deve quindi avere ad oggetto ipotesi in cui vi sia sia appunto possibile un'attività esterna che modifichi lo stato del fondo e si imponga quindi una *restitutio* allo stato pristino (impostazione che, per quanto a prima vista logica ed appagante, si rivela ad un più attento esame delle fonti alquanto insoddisfacente: cfr. ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio*, cit., p. 519), per cui «contro un fa-

Ma tutto questo è pressoché nulla rispetto alla totale incomprendimento di D. 43.21.1.10 e, conseguentemente, dei suoi rapporti con il successivo § 11. Infatti Mario Fiorentini, a proposito di quest'ultimo passo, come si è visto sostiene che Ulpiano, almeno in relazione alla copertura del *rivus* (*qui operiat apertum vel contra*), non solo si discosti da altri giuristi che ritenevano tale operazione non consentita (il che è indubbiamente attestato dal passo), ma addirittura si opponga ad una precisa corrente dottrinale che sarebbe stata alquanto più rigorosa nell'individuare i limiti della *refectio* e che avrebbe fatto capo nientedimeno che al giurista repubblicano Aulo Ofilio: e per arrivare a tale conclusione si rifà appunto a D. 43.21.1.10, il quale – dispiace doverlo osservare in termini tanto crudi – non dice assolutamente ciò, ma semmai afferma proprio il contrario, né è agevole comprendere in base a quali abbagli o meglio cecità la lettura il volume in questione sia arrivato a tale tanto superficiale incomprendimento.

Infatti in tale passo, lungi da quanto si raffigura Mario Fiorentini, Ulpiano dice chiaramente che la trasformazione del *rivus terrenus* in *rivus Signinus*, cioè *lapideus*⁵⁹, è una operazione non consentita (*si quis terrenum rivum Signinum, id est lapideum facere velit, videri eum non recte hoc interdicto uti*), poiché eccede i limiti della *refectio* (*non enim reficit qui hoc facit*), e nota come la stessa e medesima soluzione negativa fosse già stata seguita da Ofilio (*et ita Ofilio videtur*), cui Ulpiano, quindi, non si contrappone qui assolutamente in nulla: ed ogni commento sulla ridondante incapacità di lettura del nostro esegeta appare ancora una volta superflua. A questo punto, soprattutto, se da tale passo non è affatto ricavabile che Ofilio professasse opinioni più restrittive di Ulpiano in ordine alla *refectio*, cade altresì la successiva deduzione di Mario Fiorentini secondo cui, nel successivo D. 43.21.1.11, Ulpiano, volesse differenziare la propria posizione, in ordine alla copertura e viceversa del *rivus* (*qui operiat apertum vel contra*), da una opposta corrente dottrinale che avrebbe fatto capo al povero Aulo Ofilio: deduzione insostenibile non solo sia in quanto su quest'ultimo punto Ofilio la pensava esattamente nello stesso modo di Ulpiano, ma altresì in quanto quest'ultima trasformazione (che Ulpiano ammette) è cosa del tutto diversa dal trasformare il *rivus terrenus* in *rivus lapideum* (che infatti, al contrario, Ulpiano non ammette).

Se tutta questa risolutiva ricostruzione tentata da Mario Fiorentini si rivela anche qui un guazzabuglio senza senso, frutto del solito travisamento del dettato testuale che caratterizza irrimediabilmente la pseudometodologia di tale «romanista», non meno superficiale risulta la frase che conclude tale *'pars construens'* da lui opposta alle mie prospettive, ossia il rapporto da lui rintracciato tra la visione di Ulpiano e quella di Labeone in ordine alla copertura del *rivus*, a proposito della quale, egli annota⁶⁰: «siamo nel solco della soluzione prescelta da Labeone in D. 43.21.2 ..., per la quale dalla chiusura di un *rivus* sarebbe conseguito che *commodum domino soli auferetur*: tuttavia mentre per quest'ultimo la modifica avrebbe comunque recato pregiudizio al *dominus soli*, per Ulpiano ciò non era inevitabile». Al lettore comprensibilmente annoiato e distratto potrebbe forse sfuggire come ancora una volta la argomentazione di Mario Fiorentini si riveli puro nonsenso e – a questo punto è il caso di dirlo – mero delirio romanistico; infatti, nonostante l'apparente congruità di questa frase in sé considerata, l'estensore, come si è visto, ha appena affermato che Ulpiano – che ammette in linea di massima, pur nel contemperamento degli opposti interessi, la copertura del rivo – si oppone alla contraria corrente dottrinale (che nelle allucinate visioni del nostro estensore avrebbe fatto capo ad Aulo Ofilio) che viceversa negava la liceità di tale operazione: che senso abbia a questo punto dire che Ulpiano si pone nel solco della soluzione di Labeone, che esplicitamente in D. 43.21.2 nega

cere avrebbe infatti avuto più senso esercitare uno strumento volto a *prohibere* siffatta attività che non a ripristinare la situazione persistente alla turbativa». Peccato che tale esemplificazione giocata sulla contrapposizione tra interdetto restitutorio ed interdetto proibitorio si riveli del tutto fallace, poiché quest'ultimo, attraverso l'ordine pretorio *'vim fieri veto'* non mira affatto ad impedire l'attività del vicino né tantomeno è esperito dal *dominus fundi*, ma al contrario serve, in particolare, al titolare della servitù per rimuovere la *prohibitio* di questi che lo ostacola nella sua attività (cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 518 s.).

⁵⁹ Sul carattere forse glossematico di tale spiegazione si veda in ogni caso LENEL, *Palingenesia*, cit., II, c. 831 nt. 1.

⁶⁰ *Fiumi e mari*, cit., p. 131 nt. 147.

comunque la possibilità di coprire il *rivus* (*‘Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri’*), ossia segue esattamente la soluzione contraria, non è dato sapere. E forse è meglio così.

Né la prospettiva in esame potrebbe in qualche modo essere riscattata considerando come qui Mario Fiorentini, contro la mia prospettiva relativa alla ricomprensione nella nozione di *‘locus servitutis’* in senso lato, pretenda di dimostrare che Ulpiano si differenzerebbe da quei giuristi che «pongono sullo stesso piano i mutamenti del *locus* ed altre modifiche del *rivus*», per cui, sotto tale aspetto, Ulpiano si porrebbe nella stessa prospettiva di Labeone, che esamina il problema della copertura del *rivus* in se stesso e non quale mutamento del *locus*: tale ripartizione della giurisprudenza romana, infatti, si rivela al solito una gratuita ed erronea illazione del nostro estensore, poiché – come infatti nei miei articoli, pur dal lui equivocati, io sostenevo – si può certo ricomprendere nella nozione di illegittimo mutamento del *locus servitutis* in senso lato, oltre a quelli senz’altro riguardanti la sua stessa direttrice, anche operazioni volte ad alzare, abbassare o dilatare la conduttura, e nel caso anche concernenti la sua copertura o la sua apertura, ma senza che questo debba menomamente implicare che i *prudentes* debbano ripartirsi tra chi non ammette tali operazioni in quanto mutamenti del *locus* e chi invece più concessiva li ammetta rinnegando l’immutabilità di tale elemento: quello che semmai conta, a quanto risulta dalle fonti a nostra disposizione, è la dialettica, per usare una brutta espressione, tra la rigidità del criterio posto dalla formula interdittale (*‘dum ne aliter aquam ducat’*), che a rigore implicherebbe l’illiceità anche della copertura del *rivus* (e infatti Labeone sembra ad esso rifarsi nel negarne la possibilità in quanto *‘commodum domini soli auferatur appellandi pecus vel hauriendi aquam’*) ed il principio che, salvo quanto sia esplicitamente previsto dall’atto costitutivo, vige in linea di massima il criterio del contemporaneamento degli opposti interessi, seguito da Ulpiano nonché, sia pur in maniera più restrittiva, da Paolo nel ricordato D. 8.2.20.5 (e al quale, sempre in D. 43.21.2, sembra in linea di massima rifarsi, contro il diniego di Labeone, altresì Pomponio). Ma tali due criteri, desumibile uno dai passi in materia e l’altro dalla stessa formula dell’interdetto cui è dedicato il paragrafo in esame («*L’editto de rivis e le varie funzioni del rivus*») ⁶¹ risultano del tutto sfuggire a Mario Fiorentini, che si limita a discernere il pensiero dei giuristi romani – ironia della sorte proprio in seguito ad un radicale travisamento di quanto da me scritto: ma la colpa non è certo mia – distinguendo tra *prudentes* che ragionano in termini di immutabilità del *locus servitutis* e *prudentes* che supererebbero tale impostazione ammettendo innovazioni come la copertura del *rivus*.

Più in generale, è infine da sottolineare come per tentare di affrontare con un minimo di serietà tali questioni sarebbe necessario al volume qui in esame prendere in considerazione (cosa ovviamente qui impossibile) non pochi altri testi, come in particolare – tutti tratti dal LXX libro *ad edictum* di Ulpiano – D. 43.21.3.pr. ⁶², D. 43.21.3.1 ⁶³ e D. 43.21.3.2 ⁶⁴, che, mostrando che tali problematiche siano alquanto meno semplici e lineari di quanto possa apparire, contribuirebbero forse ad un migliore inquadramento delle discussioni qui sommariamente considerate, ed avrebbero forse evitato a Mario Fiorentini almeno alcuni dei più grossolani errori in cui egli invece cade. In particolare, avrebbe offerto migliori spunti per l’esegesi di D. 43.21.2 il richiamare a tale proposito D. 43.21.3.pr., in cui Servio considera appunto analoghe fattispecie di copertura e viceversa del *rivus* (*‘... si nunc per apertum ducatur ...’*): ma Mario Fiorentini non esamina per nulla tale passo (Walter Bigiavi avrebbe annotato: almeno lui si è salvato).

Se queste mie del resto inevitabili specificazioni in ordine agli attacchi mossimi da Mario Fiorentini,

⁶¹) Cfr. *supra*, nt. 4.

⁶²) *‘Servius autem scribit aliter duci aquam, quae ante per specus ducta est, si nunc per apertum ducatur: nam si operis [aliquid] <aliud quid> faciat quis, quo magis aquam conservet vel contineat, non impune prohiberi. ego et in specu contra, si non maior utilitas versetur adversarii’.*

⁶³) *‘Servius et Labeo scribunt, si rivum, qui ab initio terrenus fuit, quia aquam non continebat, cementicium velit facere, audiendum esse: sed et si eum rivum, qui structilis fuit, postea terrenum faciat aut partem rivi, aequae non esse prohibendum. mihi videtur urgeus et necessaria refectio esse admittenda’.*

⁶⁴) *‘Si quis novum canalem vel fistulas in rivo velit collocare, cum id numquam habuerit, utile ei hoc interdictum futurum Labeo ait. nos et hic opinamur utilitatem eius qui ducit sine incommoditate eius cuius ager est spectandam’.*

ed i conseguenti rilievi sulle assurdità che egli giunge a profferire, possono aver annoiato non poco l'eventuale lettore di queste note, dovrebbe in effetti risultare più interessante ed anzi persino divertente considerare infine alcune ulteriori vistose topiche in cui ancora una volta inciampa la spiegazione dei passi relativi alla *refectio* recata da *Fiumi e mari*, in un crescendo dal finale davvero pirotecnico ove si inizia con alcuni errori di grado per così dire minore, che nella pressoché perfetta regia di tale *show* pseudoromanistico hanno il pregio di mettere il lettore sull'avviso e di stuzzicare l'attenzione, per giungere ad una fantasmagorica apoteosi finale che risulta assolutamente indimenticabile e va apprezzata in ogni suo minimo particolare.

Così, in un primo assaggio di tanta *verve* comica, apparirà certamente alquanto digiuna da ogni cognizione dei metodi costruttivi della giurisprudenza romana⁶⁵ l'osservazione secondo cui, nel ricordato D. 8.3.15 (*Quintus Mucius scribit, cum iter aquae vel cottidianae vel aestivae vel quae intervalla longiora habeat per alienum fundum erit, licere fistulam suam vel factilem vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret, et quod vellet in rivo facere, licere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret*), «Quinto Mucio generalizza il principio» per cui i mutamenti in questione sono leciti «a tutti i tipi di captazione, qualunque sia l'*intervallum temporis*, quotidiano o a scadenze temporali diverse ... concordato tra le parti», mentre, in D. 43.20.3.5 (Pomp. 34 *ad Sab.*: *'is, qui aquae cottidianae ius habet, vel fistulam in rivo ponere vel aliud quodlibet facere potest, dummodo ne fundum domino aut aquagium rivalibus deterius faciat*), «Sabino sembra limitare la regola alla sola ipotesi di captazione continua (*aquae cottidianae ius*)»⁶⁶. Appare invece chiaro che i due giuristi (entrambi i passi sono del resto di Pomponio, e solo nel primo caso si tratta di una citazione testuale – *'scribit'* – del giurista più antico) dicono la stessa cosa, Sabino riferendosi all'*aqua cottidiana* come paradigma generale dello *ius aquae ducendae*, Quinto Mucio specificando in maniera più analitica, verosimilmente in relazione al contesto del discorso, che la regola vale indipendentemente dal fatto che si tratti di una servitù di acqua *cottidiana* o *aestiva* ovvero costituita secondo altri *intervalla* temporali: ma ciò non implica certo che, di per sé, quanto detto in relazione all'*aqua cottidiana* di norma non debba di per sé valere anche in relazione all'*aqua aestiva*, né tantomeno che i due *prudentes* abbiano necessariamente su tale punto vedute diverse.

In un consimile ingenuo errore, del resto, Mario Fiorentini cade anche a proposito delle chiuse dei due frammenti testé richiamati (*'dummodo ne fundum domino aut aquagium rivalibus deterius faciat'* in D. 8.3.15 e *'dum ne domino praedii aquagium deterius faceret'* in D. 43.20.3.5): secondo il nostro estensore, «oltre i profili evidenziati nel testo» – e già riferiti – qui «ne emerge uno ulteriore: mentre il primo», ossia Quinto Mucio, «aveva limitato le facoltà del titolare della servitù al pregiudizio recato all'*aquagium* del proprietario del fondo servente, per Sabino il rispetto dell'*aquagium* doveva essere assicurato ai titolari dei fondi prospicienti» – o meglio ai titolari di servitù in collisione – «mentre l'attività pregiudizievole riguardava il solo fondo servente (*ne fundum domino deterius faciat*)»⁶⁷. Anche qui – ammesso che il finale di D. 43.20.3.5 sia del tutto genuino – non è affatto necessario pensare che i due giuristi (o in entrambi i casi, più esattamente, Pomponio) volessero affermare cose diverse, poiché parlando della sola posizione del *dominus* del fondo servente si faceva riferimento alla normale e paradigmatica contrapposizione tra questi e chi vantava lo *ius aquae ducendae*, mentre ricordando accanto al primo i titolari di servitù in collisione si prendeva in considerazione una eventualità più rara ma non eccezionale, ossia che accanto a quelli del *dominus fundi* fossero altresì da tutelare i diritti

⁶⁵ Cfr. in breve B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*², Milano, 1969, p. 43 ss., e GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 61 ss. (si noti come inella rubrica *'de rivis'* la *refectio* venga disciplinata senza distinguere la servitù di *aqua cottidiana* da quella di *aqua aestiva* – cfr. del resto D. 43.20.1.3, Ulp. 70 *ad ed.*: *'duo autem genera sunt aquarum: est cottidiana, est et aestiva. cottidiana ab aestiva usu differt, non iure ...'* – cosicché nel frammento iniziale si parla soltanto dell'*aqua aestiva* – D. 43.21.1pr., Ulp. 70 *ad ed.*: *'Praetor ait: 'rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto'* –, mentre di quella *cottidiana* si parla esplicitamente solo nel successivo § 9: *'hoc interdictum competit etiam ei, qui ius aquae ducendae non habet, si modo aut priore aestate aut eodem anno aquam duxerit, cum sufficiat non vi non clam non precario duxisse'*).

⁶⁶ FIORENTINI, *op. cit.*, p. 130.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 131 nt. 149.

sul *fons* degli altri vicini che vantassero analoghe servitù idriche (anche qui, ovviamente, differenze tra i due giuristi sono certo ipotizzabili, anche se andrebbero motivate con più solide argomentazioni rispetto alla interpretazione letterale e all'enfasi tributata ad ogni minima differenza testuale da Mario Fiorentini: ma la tendenza ad interpretare i lacerti dei *prudentes* come si trattasse di articoli di un moderno codice civile, in cui ogni parola usata o preterita assume tendenzialmente un significato conclusivo in ordine alla *voluntas legislatoris*, è in effetti un non trascurabile pedale di basso che accompagna con pregevole effetto grottesco tutta la *pièce* interpretativa qui considerata).

Più grave, semmai, che Mario Fiorentini, non si limiti a rifiutare, ma consideri come intrinsecamente immotivate le censure che Siro Solazzi⁶⁸ e Silvio Perozzi⁶⁹ muovono al finale di D. 43.20.3.5: e questo non certo perché esse vadano in ogni caso accettate, ma perché il non comprenderne le motivazioni – «non mi è chiaro perché Sabino non avrebbe potuto modificare in alcuni dettagli la soluzione di Q. Mucio, estendendo il profilo della tutela del proprietario del fondo servente agli altri utenti del *rivus*» egli scrive infatti⁷⁰ – implica che qui egli ignora del tutto il processo che porta l'ultimo diritto romano a concepire l'*usus aquae* in termini di proprietà dell'acqua stessa, parificando quindi per tal verso il titolare della servitù al *dominus fundi*, con conseguenti interventi sui testi classici talora del tutto evidenti⁷¹: aspetto che chi si occupi degli aspetti «acquatici» del diritto romano non dovrebbe certo ignorare. Ma è inutile sottolineare ancora una volta lo sconcertante livello culturale e concettuale in cui si pongono le fatiche esegetiche dell'estensore di *Fiumi e mari*: ingenuo quindi attendersi che qui, quantomeno, si rilevi il problema (e del resto l'interpolazionismo, ormai, non solo è del tutto fuori moda, ma appare agli occhi di certa romanistica qualcosa di assolutamente «politically incorrect»).

Ma, come si accennava, il tonitruante *coup de théâtre* è riservato da *Fiumi e Mari*, quasi in un travolgente finale grandoperistico, al ricordato D. 43.21.2 ed alla sua chiusa (*‘Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset’*), a proposito della quale, riprendendo la possibilità del *dominus* del fondo servente di attingere acqua e di abbeverare gli animali nel *rivus apertus*, egli parla nientedimeno che di una clausola con cui questi si sarebbe assicurato all'atto della costituzione della servitù tali «facoltà», definendo anzi tale previsione negoziale – mirabile esempio di travolgente *interpretatio* creativa – nientedimeno che nei termini di una ‘*deductio*’⁷², ossia di una figura che (a meno che la si voglia confondere – nulla a questo punto è più da escludere – con quella *in domum mariti* della *uxor* ovvero con la compensazione in sede fallimentare) indica com'è noto la facoltà del *dominus*, in sede di *manipatio* o di *in iure cessio*, di costituire a proprio vantaggio uno *ius in re aliena* sulla cosa di cui trasferiva la proprietà.

Il lettore, pur sobbalzando, non resta proprio del tutto trasecolato, perché in realtà, quando nella pagina precedente il nostro estensore parlava pressoché tecnicamente di *aquae haustus* e di *adpulsus pecoris* gli era sorto spontaneo il sospetto che qui si potessero cadere nel marchiano errore di confondere tali utilità di fatto del *dominus* del fondo servente con le corrispondenti servitù vere e proprie: ma subito aveva scacciato tale maligna idea come un'enormità impossibile persino ad un libro come quello di Mario Fiorentini. Ma invece il nostro estensore non delude neppure questa volta, ed anzi supera se stesso conducendo il proprio vaniloquio terminologico, con ferrea logica, alle sue più estreme e coerenti conseguenze: una volta definite tali mere utilità contingenti del *dominus* in termini, come si è visto, di «facoltà» consistenti in un *aquae haustus* ed in un *adpulsus pecoris*, ed incontrando poi un accenno testuale ad un riferimento in tal senso dell'atto costitutivo, è infatti inevitabile che l'audace esegeta di *Fiumi e Mari* interpreti senz'altro tale previsione negoziale in termini di ‘*de-*

⁶⁸ Un editto del pretore sulla servitù di acquedotto?, in «Festschrift F. Schulz», Weimar, 1951, II, p. 385 e nt. 3.

⁶⁹ Il divieto di emulazione e il regime giustiniano delle acque private, in «AG.», LIII, 1894, p. 372 ss.

⁷⁰ FIORENTINI, *loc. ult. cit.*

⁷¹ Cfr. in breve BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 148 ss.

⁷² Cfr. *Fiumi e mari*, cit., p. 132: «qui vi è un accenno, evidente benché indiretto, ad una *deductio* apposta dal titolare del fondo servente che intendesse assicurarsi la prosecuzione delle risorse idriche».

ductio’, in base all’eclatante presupposto che quanto si sottrae nella *mancipatio* o nella *in iure cessio* al diritto costituito vada in quanto tale senz’altro costruito come una *deductio* in senso tecnico (egli infatti non si cura di aspetti minimi e trascurabili, di cui i manuali istituzionali del resto di solito non parlano, né sospetta la possibilità delle parti di prevedere simili limitazioni, all’atto della costituzione della servitù, semplicemente attraverso una *lex mancipii* o comunque in un *instrumentum* che rimane separato dal negozio che fa sorgere la servitù, come del resto già di per sé suggerirebbero le generiche parole ‘... *in imponenda servitute* ...’: ‘*nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset*’).

Dunque, ecco sorgere trionfalmente nel diritto romano una nuova e stupefacente figura: la *servitus servitutis* (chi ha mai detto ‘*esse non potest*’?)⁷³, ossia la servitù di *aquae haustus* e di *adpulsus pecoris* che il *dominus fundi*, costituendo a favore del vicino una *servitus aquae ductus*, trattiene (o meglio «costituisce») a proprio favore tramite la *deductio* providamente fornitagli dall’ordinamento, e grazie alla quale egli ha appunto il diritto reale (*ius in re aliena*!) di sfruttare l’acqua del *rivus* posto sul proprio fondo di cui è titolare il vicino. E pensare che i romanisti, davvero sprovveduti ed un po’ sempliciotti, sino all’epocale rivoluzione dell’*usus Florentinus Pandectarum* si erano ingenuamente fidati di Giulio Paolo e del suo famoso ‘*nulli enim res sua servit*’⁷⁴...

Si perdonerà a queste note di risolvere la cosiddetta critica alle teorie di Mario Fiorentini in qualche battuta ed in alcuni sottaciuti gemiti di indignazione sulle magnifiche et progressive sorti della nostra disciplina: e del resto, di fronte a simili ignominie esegetiche, a cosa servirebbe ricordare come proprio in D. 43.21.2 Pomponio discrepasse da Labeone appunto in quanto tali utilità costituiscono un mero rapporto di fatto e non una «facoltà» o – tantomeno – una «servitù» (‘...*quia id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret* ...’)? O insistere inanimemente su come Africano (9 *quest.*) puntualizzi in D. 8.3.33.1 che il titolare dell’acquedotto che conduce l’acqua attraverso più fonti non possa cedere l’*haustus ex rivo* ai titolari dei fondi attraversati o ad altri vicini poiché, ancora una volta, ‘*nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest*’? Tutto questo era già stato trattato nella maniera più ampia e soddisfacente da tanti autorevoli romanisti⁷⁵, ed è escludere che l’affrettata brevità di queste pagine possa servire a correggere le più che salde convinzioni in materia dell’estensore della pubblicazione qui in esame.

Se a questo punto risulta evidente che il volume di Mario Fiorentini costituisce – almeno, è da sperare – un *unicum* nella letteratura romanistica per livello di incompetenza, di superficialità e di presunzione, il fatto che in esso si rinvergono errori che una volta avrebbero fatto cacciare con ignominia uno studente di primo anno dall’esame di istituzioni renderà forse comprensibile il motivo della relativa durezza di queste notazioni, che non hanno esitato a travalicare più volte l’abituale tono pacato e per così dire ufficiale che si è soliti rispettare nelle relazioni accademiche: il fatto è appunto che un volume come *Fiumi e mari* non risulta per nulla un libro di livello accademico, e si rivela invece, già nelle venticinque pagine qui esaminate, un’empio scartafaccio rigurgitante spropositi e blasfemia logico-giuridiche che con i cosiddetti studi scientifici non ha assolutamente nulla a che fare, e che quindi – proprio per distinguere ciò che pur nell’attuale decadimento può essere considerato di livello universitario da ciò che certamente non lo è – non deve essere trattato usando toni cosiddetti accademici, ma deve piuttosto venire smascherato nel suo surrettizio tentativo di spacciarsi da sedicente studio scientifico, usando, nel trattarne, stili e modi che, più che all’accademia, rinviano in qualche modo alle atmosfere ironiche se non beffarde di una sorta di *divertissement* giusantichistico.

Il pericolo rappresentato da tale *performance* in una più ampia prospettiva temporale non è tuttavia da sottovalutare, in quanto il progressivo abbassamento del livello dei nostri studi, su cui non è qui il caso di insistere, rende non troppo remoto il rischio che una simile *romanistische-Trash-Literatur* possa proliferare autoalimentandosi in una spirale di reciproche citazioni in cui ognuno dei suoi protagonisti orecchierà le cacozzerie dall’altro, senza essere per nulla in grado di accorgersi della lo-

⁷³ Cfr. D. 33.2.1 (Paul. 3 *ad Sab.*).

⁷⁴ Cfr. 8.2.26 (Paul. 15 *ad Sab.*).

⁷⁵ Si veda per tutti GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 104 ss.

ro assurdit , per rafforzare le proprie, in un crescendo che – forse gi  ora su determinati temi, ed in futuro in relazione al complessivo oggetto della nostra materia – potrebbe giungere a concretare una sorta di nuova dottrina generale del diritto romano.

Ma anche di l  di tale pi  grave ma forse meno imminente pericolo,   da notare come questo diffondersi di orribili stampati che fingono di trattare del diritto romano possa alla fine condurre anche i suoi migliori cultori ad un generale metodo di lettura che, appunto per difendersi dalla inutilit  di simili opere, sia inevitabilmente portato a sorvolare sulle loro peculiarit  argomentative, tendendo cos  ad accettare nelle sue linee essenziali il contributo ricostruttivo di un autore pur nella coscienza delle manchevolezze del suo metodo, in maniera tale da evitare la fatica di andare a controllare con relativa acribia su quali basi argomentative tali assunti appoggino: se infatti, come osservava Nietzsche, «il fatto che tutti possano imparare a leggere, guasta, con l'andar del tempo, non soltanto lo scrivere, ma anche il pensare»⁷⁶,   nondimeno concreto anche il rischio opposto, ossia il fatto che, pubblicando anche coloro che non dovrebbero scrivere (n  pensare: come diceva Jean Cocteau, il dramma della nostra epoca   che la stupidit  si   messa a pensare)⁷⁷, risulti con l'andar del tempo corrotta anche la capacit  di leggere, e si perda quindi l'abitudine a valutare con attenzione quanto   in un libro e a giudicarlo in base alle prove che l'autore fornisce delle proprie argomentazioni; cosicch , in tale tendenza ad una considerazione sempre pi  superficiale della letteratura su di un determinato istituto, chi ne scrive seriamente sar  inevitabilmente posto in minoranza di fronte a una congerie dilettantesca di saltimbanchi e prestigiatori del diritto romano che, appoggiandosi e citandosi reciprocamente, finiranno inevitabilmente per costituire, agli occhi del lettore distratto, la «*communis opinio*» su quell'argomento, e tale insieme di diffuse *opiniones* finir  forse per costituire il nuovo *status quo* dei nostri studi.

Tutto questo, certamente, va oltre i ben pi  limitati fini di queste note, volte semplicemente a dimostrare l'avventata inconsistenza, il pressapochismo e la tetragona ignoranza delle teorie ricostruttive che Mario Fiorentini ha creduto di opporre alle mie visuali in argomento: ma anche questa risposta sarebbe stata inutile e pleonastica se non vi fosse il sensato timore che qualcuno, leggendo con veloce superficialit  le pagine da questi vergate, possa credere – magari ritendosi in ci  confortato dalle similari critiche che compaiono in lavori sia pur di livello non altrettanto incredibilmente basso – che egli possa avere in qualche modo ragione.

In ogni caso, di fronte allo sconsolante livello cui oggi porta l'incontrollata democratizzazione antimeroitocratica dei nostri studi, in cui in un «libro» scritto da un cosiddetto «docente universitario» l'«*usurpari*» latino viene senza problema tradotto con l'italiano «usurpare» e si inventa una *servitus servitutis* senza neppure por mente agli aspetti pi  ovvi ed istituzionali del diritto privato romano come moderno che precludono alla radice una simile mostruosit ,   in qualche modo rassicurante il fatto che, a differenza di quanto accadeva una volta, i cultori di altre materie non leggono pi  n  recensiscono i nuovi lavori romanistici: evitando cos  una ulteriore patetica figura alla nostra materia che, molto pi  che sull'estensore di questo sciagurato parallelepipedo cartaceo, si sarebbe alla fine riverberata soprattutto sulle gi  non solide condizioni universitarie della nostra materia. Che gli dei abbiano piet  di quanto rimane del diritto romano.

⁷⁶ *Also sprach Zarathustra* («Del leggere e dello scrivere»), nei «Discorsi di Zarathustra».

⁷⁷ Tornano con malinconica rassegnazione alla mente le parole che nel 1877, in occasione dell'introduzione in Italia dell'istruzione obbligatoria, Carlo Collodi scriveva all'allora ministro della pubblica istruzione Michele Coppino contro l'inutile ed in fondo crudele assurdit  di un tale generalizzato abbecedamento («Eccellenza! Il saper leggere   una vanit  che ha pur troppo i suoi pericoli, e la storia   l  per provarlo. E anche l'arte dello scrivere   insidiosa, la quale, a volere o no, ha riempito il mondo di eresie, di spropositi e di libri noiosi»), concludendo tale perorazione controcorrente con un dubbio paradossale quanto lungimirante e geniale: «e poi, ci sia lecito domandare: perch  usare questa prepotenza sui poveri analfabeti?!».