



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXI

TITOLO TESI

L'ABUSO DEL DIRITTO.

RIFLESSIONI DEI GIURISTI ROMANI IN TEMA DI *AQUA PLUVIA*

Settori scientifico disciplinari di afferenza

IUS 18-IUS 01

Presentata da: Laura Di Tucci

Coordinatore Dottorato: Prof. Cristiano Cicero

Tutores: Prof. Francesco Sitzia- Prof. Cristiano Cicero

L'ABUSO DEL DIRITTO.

RIFLESSIONI DEI GIURISTI ROMANI IN TEMA DI *AQUA PLUVIA*

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

INTRODUZIONE ALL'INDAGINE

1. Premessa	pag. 7
2. La rilevanza attuale delle problematiche riguardanti l'abuso del diritto.	pag. 9
3. La riflessione dottrinale. Status quaestionis.	pag. 16
4. Ipotesi sugli elementi costitutivi dell'abuso e analisi dei possibili rimedi.	pag. 21
5. Ulteriori rimedi: cenni all'exceptio doli generalis.	pag. 26
6. Oggetto specifico dell'indagine.	pag. 30

CAPITOLO II

LA NASCITA DELLA MODERNA NOZIONE DI PROPRIETÀ

1. Dalla proprietà medioevale alla proprietà moderna. La riflessione ottocentesca alla luce delle ricerche di P. Grossi.	pag. 35
2. Il dibattito del Novecento.	pag. 43
3. Proprietà ed atti emulativi.	pag. 44
4. Risultati delle indagini più recenti.	pag. 50
5. Rilevanza del regime delle acque nel diritto romano. Cenni introduttivi.	pag. 60

CAPITOLO III

L'ELABORAZIONE DEL REGIME DELL'AQUA *PLUVIA* NEL DIRITTO ROMANO

1. Introduzione	pag. 63
2. Interpolazioni formali o sostanziali?	pag. 66
3. La materia delle acque. Esegesi di D. 39.3.1.11-12.	pag. 71
4. Esegesi di D 39.3.2.9-10.	pag. 85
5. Esegesi di D 39.3.2.5-6.	pag. 89
Conclusioni	pag. 102
Abstract	pag. 111
English abstract	pag. 113
Indice delle fonti	pag. 114
Indice bibliografico	pag. 120

CAPITOLO I

INTRODUZIONE ALL'INDAGINE

SOMMARIO: 1. PREMESSA. — 2. LA RILEVANZA ATTUALE DELLE PROBLEMATICHE RIGUARDANTI L'ABUSO DEL DIRITTO. — 3. LA RIFLESSIONE DOTTRINALE. *STATUS QUAESTIONIS*. — 4. IPOTESI SUGLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ABUSO E ANALISI DEI POSSIBILI RIMEDI. — 5. ULTERIORI RIMEDI: CENNI *ALL'EXCEPTIO DOLI GENERALIS*. — 6. OGGETTO SPECIFICO DELL'INDAGINE.

1. Premessa

L'occasione di questo lavoro è costituita dalla perdurante vivacità culturale, nella comunità scientifica¹, del dibattito sui meccanismi storici che hanno portato alla nascita, nel corso dell'Ottocento e del Novecento, della moderna nozione di proprietà.

¹ La letteratura in argomento consta di contributi di notevolissimo rilievo scientifico. Fin d'ora possono essere ricordati: V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, s.l., 1933; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977; ID, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, 205 ss., ed anche s.v. *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, 37, Milano, 1988, 226 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, rec. a Grossi, *Un altro modo di possedere*, in *BIDR*, 83, 1980; ID, voce *Proprietà, (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* 37, Milano, 1988, 218 ss.; ID, *Ai margini della proprietà fondiaria*², Roma, 1996; ID, *Proprietà e diritti reali*, Roma, 1999; P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.) Enc. dir.*, 37, Milano, 1988, 259 ss.; F. SITZIA, *Le proprietà moderne e le proprietà romane*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1998, 837 ss..

Nell'analisi di questi meccanismi è dato cogliere la singolare fortuna di alcuni frammenti del Digesto dedicati alla disciplina delle acque. Si tratta, in particolare, dei frammenti del titolo D. 39.3, che hanno consentito di trarre fondamentali linee di tendenza sul nostro tema e di costituire il terreno privilegiato per la costruzione delle diverse teorie in tema di atti di emulazione e di abuso del diritto, riguardo al quale si registra una straordinaria dialettica tra le contrapposte visioni².

L'analisi prenderà le mosse dalle tematiche relative ai limiti del diritto di proprietà per poi dedicarsi all'esegesi delle fonti romane classiche e giustinianee in tema di acque. Tuttavia, è opportuno anzitutto dar conto del dibattito moderno concernente gli istituti poc'anzi citati, e segnalare, per brevi cenni, alcune osservazioni che la dottrina ha formulato negli ultimi decenni.

² Sul punto si vedano fin d'ora: G. ASTUTI, voce *Acque (storia)* in *Enc. dir.*, I, 1958, 348; F. SITZIA, *Ricerche in tema di "actio aquae pluviae arcendae"*, Milano, 1977; ID, *Aqua pluvia e natura agri*, Cagliari, 1999; ID, *Abuso del diritto e actio aquae pluviae arcendae*, in *BIDR*, 108, 189-208 (Il saggio riporta testo della relazione tenuta da F. SITZIA in occasione del Convegno di Copanello dell'1-4 giugno 2014 sul tema "Libertà ed abuso nel diritto privato romano"); F. SALERNO, <<*Aqua pluvia*>> ed <<*opus manu factum*>>, in *Labeo* 27 (1981), 238 s.; ID, <<*Suum agrum meliorem facere*>>. *Aspetti dell'«A.A.P.A.» in età Giustiniana*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano, 2007, 200 s.; A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino 1988, in part. 182 ss; A. KACPRZAK, *L'actio aquae pluviae arcendae ed il concetto labeoniano di natura*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE, Pavia, 2007, 271 s.; A. MANTELLO, *Natura e diritto da Servio a Labeone*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE, Pavia, 2007, 246 s..

2. La rilevanza attuale delle problematiche riguardanti l'abuso del diritto

A proposito dell'abuso del diritto³, da oltre un secolo è stata formulata l'ipotesi che taluni atti di esercizio di diritti, per il modo nel quale l'esercizio si svolge, costituiscano abuso.

Il primo motivo di perplessità si pone già a livello definitorio: infatti, ad un primo ed elementare piano di elaborazione è innegabile che l'espressione "abuso del diritto" contiene in sé un'intima contraddizione, dato che in linea di principio ciò che il titolare di un diritto compie all'interno della regola di diritto è lecito e ciò che compie al di fuori di quella regola è illecito, non essendo perciò necessario creare una terza categoria di confine fra lecito ed illecito⁴.

Quando cioè si parla di abuso, o di possibilità di abuso, si ammette contestualmente che la libertà garantita dalla norma –

³ La letteratura sul tema è molto vasta. Si consultino, fin d'ora, M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in RDC, 1923, 105 s.; S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana*, BIDR 46 (1939), spec. 31; G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto attuale)* in Enc. dir. 1958, I, 161 s.; Salv. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)* in Enc. dir. 1958, I, 166 s.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 203 s, ed ora *L'abuso del diritto*, 11 s, dal quale cito d'ora in avanti; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1987; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, 5 s.; B. TROISI, *L'abuso del diritto negli obiter dicta e nelle rationes decidendi della Corte costituzionale*, in M. Tamponi ed E. Gabrielli (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Collana «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica Italiana», Napoli, 2006, p. 279 ss.; R. SACCO, *Abuso del diritto*, 2012; F. LONGCHAMPS DE BERIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto romano privato romano*, Torino, 2013.

⁴ Osserva P. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., 24, che la dottrina che nega il problema giuridico dell'abuso insiste sull'incompatibilità delle due espressioni "abuso e diritto", accostate nella formula, e ripudia la situazione di conflitto di diritti che è la premessa dell'abuso. Sul punto v. anche U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., 6, che definisce il nostro istituto come una "immagine in sé oscura e che tuttavia, quasi per un paradosso, pare imposta proprio dall'esigenza di far chiarezza".

libertà che costituisce l'essenza del diritto soggettivo –, e perciò un atto lecito quale l'esercizio di un diritto, possa dar luogo a responsabilità, e che perciò alla libertà ed al potere sia sotteso un limite, la misura del quale appare immediatamente vaga e sfuggente⁵.

Eppure, le dimostrazioni di una possibile utilità pratica della figura non mancano⁶ ed hanno riscontro nei casi giunti all'esame della giurisprudenza: la casistica in materia di abuso concerne, in effetti, prerogative soggettive assai diverse, dato che la figura nasce nella società liberale, proprio con riguardo a talune forme di esercizio delle libertà individuali e delle libertà corporative riconosciute nel sistema⁷.

Si pensi per esempio alla circostanza che, non soltanto per l'ordinamento italiano, il creditore può cedere ad un terzo il credito senza il consenso del debitore: l'esercizio di questo diritto non è però privo di limiti. E così, i dipendenti di un'impresa potrebbero non essere legittimati, nella loro totalità, a cedere a terzi (commercianti o fornitori), ed in misura diversa, il loro credito al salario, se l'imprenditore, al quale le cessioni siano notificate, sia costretto a

⁵ Particolarmente intransigente, in dottrina, è la posizione di M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., 105 s., secondo il quale la nostra figura è "un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le applicazioni, che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quello che si vuole, ma non è una categoria giuridica, e ciò per la contraddizione che nol consente".

⁶ Le traggio da P. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., 15 s..

⁷ Ad avviso di P. RESCIGNO, op. cit., 56, se l'esercizio del diritto si compie attraverso un negozio giuridico, atto di autonomia e libertà, non si può limitare il profilo dell'abuso ai soli diritti ed escluderne le libertà.

creare degli uffici appositi in conseguenza della vastità e complessità delle operazioni e dei calcoli⁸.

All'Istituto di Edilizia Economica e Popolare, che aveva precariamente concesso a terremotati alloggi di sua proprietà ed ancora a distanza di anni ne tollerava l'occupazione, potrebbe non essere consentito questo "non uso" del diritto di agire in giudizio, in contrapposto al trattamento riservato agli altri conduttori dello stabile in forza di regolare contratto⁹.

Ed ancora, si pensi all'area dei beni immateriali, ed all'ipotesi in cui su un solo oggetto cadano due distinti interessi, entrambi rilevanti per il diritto, e la norma assegni ad uno solo dei due soggetti interessati il potere esclusivo di disporre in merito: l'atto di disposizione potrebbe sconfinare nell'abuso¹⁰.

Rilevanti sono anche i rapporti nascenti da un contratto, che implicano l'emersione di poteri di varia natura, affidati all'una o all'altra parte¹¹.

⁸ Si tratta di un caso deciso con sentenza del *Bundesgericht*, 20.12.1956, che può leggersi nella raccolta delle *Entscheidungen des BGhofes in Zivilsachen*, 23 (1957), 53.

⁹ E' la fattispecie decisa da Cass. 15.11.1960, n. 3040.

¹⁰ R. SACCO, *L'abuso*, cit. p. 12, propone al riguardo alcune ipotesi: l'editore commette all'autore l'opera e si riserva il beneplacito finale alla pubblicazione; ma l'autore può sempre a sua volta impedirne la pubblicazione; o ancora, l'attore cinematografico a cui è accordato il diritto di dare gradimento al copione non accorda quest'ultimo, incurante delle ragioni del produttore.

¹¹ Spunti di rilievo si rinvengono in materia di locazione, quando il locatore si oppone ingiustificatamente alla risoluzione anticipata del contratto o ad ogni sublocazione: v. ad es. C. Cost. 18.7.1984, n. 216, GIC, 1984. Sul punto si veda anche U. BRECCIA, *Abuso*, cit., 32 e 36. In materia di rapporti di lavoro si vedano invece P. RESCIGNO, op. cit., 90-91, nonché, ancora, U. BRECCIA, op. cit., 46-47.

Anche il modo di esecuzione della prestazione e di esercizio del diritto di credito possono dare adito a possibili abusi, così come analoghe situazioni possono investire il campo societario, come avremo modo di rilevare con riferimento all'*exceptio doli*¹².

Ed ancora, nel campo del diritto amministrativo, un'interessante applicazione della nostra figura è stata fatta in una controversia riguardante l'attualissimo tema del cosiddetto accesso civico¹³.

Nella specie, il ricorrente, dopo aver presentato ad un Comune istanza di accesso civico, volta ad ottenere tutte le determinazioni complete degli allegati emanate nel corso dell'anno precedente all'istanza da tutti i responsabili dei servizi, non pubblicate in modo integrale, aveva precisato con successiva nota che la precedente istanza di accesso civico era formulata ai sensi del comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs. n. 33 del 2013.

Com'è noto, i commi 1 e 2 della disposizione così testualmente recitano:

"1. L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.

¹² Tra gli esempi più noti: l'aumento del capitale sociale al solo scopo di ridurre la partecipazione dei soci di minoranza che si trovino nell'impossibilità di sottoscrivere le azioni di nuova emissione; la decisione di non distribuire utili ai soci con l'esclusiva finalità di indurre la minoranza a rinunciare alla partecipazione alla società; ed infine, l'esercizio del singolo diritto di voto sottoposto a controllo.

¹³ Si tratta di TAR Lombardia, sent. n. 1951 del 2017.

2. Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis".

Le fattispecie di cui al comma 1 e al comma 2 dell'art. 5 sono diverse: mentre il comma 1 riguarda documenti, informazioni o dati per i quali è previsto l'obbligo normativo della pubblicazione, il comma 2 invece riguarda dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto.

L'accesso generalizzato - introdotto dal D.Lgs. n. 97 del 2016 - ha la sua *ratio* nella dichiarata finalità di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

Posta questa finalità, il TAR adito ha ritenuto che l'istituto dell'accesso civico, che costituisce uno strumento di tutela dei diritti dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa (cfr. art. 1 D.Lgs. n. 33 del 2013, come modificato dall'art. 2 D.Lgs. n. 97 del 2016), non può essere utilizzato in modo disfunzionale rispetto alla predetta finalità ed essere

trasformato in una causa di intralcio al buon funzionamento dell'amministrazione. La valutazione dell'utilizzazione secondo buona fede va operata caso per caso, al fine di garantire – in un delicato bilanciamento – che, da un lato, non venga obliterata l'applicazione dell'istituto, dall'altro lo stesso non determini una sorta di effetto "boomerang" sull'efficienza dell'Amministrazione.

E, in effetti, nel caso di specie l'istanza di accesso alla quale si è fatto cenno, volta ad ottenere i documenti sopra richiamati – cui peraltro hanno fatto seguito due ulteriori istanze volte ad ottenere tutte le determinazioni di tutti i Settori dell'Ente emanate nei mesi di gennaio, febbraio e marzo, queste ultime non oggetto del presente giudizio – può costituire una manifestazione sovrabbondante, pervasiva e, in ultima analisi, contraria a buona fede dell'istituto dell'accesso generalizzato.

Perciò, l'istanza del ricorrente è stata ritenuta un'ipotesi di "richiesta massiva", così come definita dalle Linee Guida adottate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) con determinazione del 28 dicembre 2016, che impone un *facere* straordinario, capace di aggravare l'ordinaria attività dell'Amministrazione.

La richiesta di tutte le determinazioni di tutti i responsabili dei servizi del Comune assunte nell'anno di riferimento implica necessariamente, infatti, l'apertura di innumerevoli subprocedimenti volti a coinvolgere i soggetti controinteressati.

Non può essere poi trascurata un'ulteriore circostanza di fatto emersa nella specie: dal novembre 2015 all'agosto 2017 l'odierno ricorrente aveva rivolto al Comune 73 richieste di accesso.

Sicché, sotto un profilo generale, il Collegio ha ritenuto necessario fare riferimento al principio di buona fede e del correlato divieto di abuso del diritto. Il dovere di buona fede, previsto dall'art. 1175 del c.c., alla luce del parametro di solidarietà, sancito dall'art. 2 della Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si pone, secondo i più recenti approdi di dottrina e giurisprudenza, non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari di diritti, anche sul piano della loro tutela processuale.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare, così mutuando i risultati ai quali è giunta la più avveduta dottrina, che l'abuso del diritto si configura in presenza dei seguenti elementi costitutivi: "...1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il

sacrificio cui è soggetta la controparte" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V 7 febbraio 2012, n. 656).

3. La riflessione dottrinale. *Status quaestionis*.

Gli accenni contenuti, in particolare, nella decisione amministrativa appena richiamata, oltre che porre in evidenza l'attualità e la generale rilevanza del tema che andremo ad analizzare, costituiscono lo spunto per ulteriori approfondimenti sulla struttura del nostro istituto.

Sotto il profilo dogmatico, la ragione per la quale spesso si predica l'utilità della figura e si cerca preliminarmente di fornirne una definizione risiede normalmente in una lacuna delle regole puntuali¹⁴, ed in particolare di quelle autoritative.

Quando infatti la legge è in grado di configurare in modo preciso il contenuto di un diritto (e con esso il contenuto del suo esercizio) non occorre che essa intervenga per ridefinire l'ambito nel quale questo esercizio può svolgersi e l'ambito opposto entro il quale questo esercizio incontra dei limiti.

Tuttavia, come ben si sa, le regole autoritative non possono coprire la totalità dei i casi: perciò un apporto delle regole attivate dall'interprete è ineliminabile, e la sua portata varierà a seconda

¹⁴ Sul problema delle lacune dell'ordinamento resta fondamentale il pensiero di N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 237 ss.

della cura con la quale il legislatore detterà il contenuto della singola regola.

In tal senso si è affermato che “l’abuso del diritto è in larga parte il frutto dell’opera dissociata delle fonti che si intrecciano in un solo ordinamento”¹⁵. Quando la programmazione normativa fallisce, gli esiti possono essere solo due: o essa si autocorregge, oppure il compito di regolare i limiti all’esercizio di un diritto viene affidato alla molteplicità delle fonti dell’ordinamento¹⁶.

Tale alternatività di esiti è caratteristica del cosiddetto diritto della post modernità. Una società complessa e articolata come la nostra, in continua e costante evoluzione, imporrebbe al legislatore la creazione di norme di dettaglio; si tratta però di un’aspirazione soltanto teorica perché, essendo la realtà dei rapporti fluida e variegata, un compito di tale portata non può essere assolto dal legislatore e non resta che legittimare ad esso il giudice, con tutti i pericoli che questa legittimazione comporta specie per quanto attiene alla certezza del diritto.

Ecco perché nell’ambito delle fonti regolatrici dell’esercizio del diritto taluno ha assegnato un rilievo di primo piano alla giurisprudenza. Altre correnti di pensiero, invece, hanno attribuito valore preminente alla dottrina. Qualcuno ha persino collocato il divieto dell’abuso fra i principii; altri ancora lo fa discendere direttamente dalla Costituzione¹⁷, ed in particolare dai suoi artt. 2 e 3.

¹⁵ R. SACCO, *Abuso*, cit., 7.

¹⁶ R. SACCO, *Abuso*, cit., 7.

¹⁷ R. SACCO, *Abuso*, cit., 7.

Chi crede nell'autonomia della figura deve poterla inserire in un sistema che sia, per quanto possibile, privo di contraddizioni.

La complessità del tentativo è evidente. Si pensi al caso emblematico, richiamato dal Sacco¹⁸, del giovane che, in sella ad una bicicletta e per far scherzo ad un amico, erra nella manovra e gli procura lesioni: è pacifico che qui l'abuso non viene nella minima considerazione, ed il discorso verterà sul diritto all'integrità fisica, sulla violazione di questo diritto, sulla responsabilità che comporta tale violazione.

Dove si parla di abuso la situazione deve essere diversa. C'è sicuramente una lesione dell'interesse della controparte, ma quest'interesse è protetto non da una norma generale e puntuale ma a seconda delle "peculiarità" che caratterizzano la condotta dell'agente.

La dottrina che crede nell'autonomia della figura ha perciò proposto di fornirne una definizione attraverso un giudizio ipotetico. Si è affermato cioè che configuri abuso quell'atto che sarebbe esercizio lecito di un diritto se non fosse accompagnato da specifiche "circostanze dequalificanti" (le "peculiarità" alle quali accennavamo) che lo rendono "antigiuridico"¹⁹.

Quelle circostanze dequalificanti, indispensabili perché si verifichino le conseguenze della contrarietà delle fattispecie al diritto, sono state indentificate inizialmente con l'inutilità della condotta (con l'assenza, cioè, di un qualsivoglia vantaggio arrecato all'agente dal

¹⁸ R. SACCO, *Abuso*, cit., 9.

¹⁹ R. SACCO, *Abuso*, cit., 7 s; 26 s.

suo atto), con l'intenzione maligna di nuocere, con la dannosità per la vittima dell'atto.

Esse erano però il portato della concezione tradizionale, che identificava l'abuso con l'atto emulativo.

Quando ci si è resi conto che la costruzione fondata su quella tradizione era inutilmente restrittiva, ad esse si è proposto di aggiungerne ulteriori, costituite dal motivo riprovevole o capriccioso, dall'immoralità, dalla contrarietà al fine o alla funzione²⁰, o dalla solidarietà, dalle esigenze sociali, dalla "non normalità".

All'interprete resta affidato il compito di delineare di volta in volta il rapporto intercorrente tra l'abuso ed ognuna delle circostanze dequalificanti, inserendo di volta in volta gli elementi concreti più appropriati.

Per altro verso, un'analisi più approfondita e che tenga conto della circostanza che, in definitiva, l'accertamento dell'abuso implica una valutazione che concerne, in fatto, le modalità di esercizio del diritto²¹ - dimostra che l'ordinamento è disseminato di regole che si occupano dell'esercizio dei poteri in modo da predisporre controlli che consentano di evitare che il comportamento, pur non proibito, possa essere utilizzato come schermo a copertura di una condotta arbitraria.

²⁰ In merito, v. P. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., 226 e ss.; ed anche U. BRECCIA, *Abuso* cit., 25, secondo il quale "la deviazione del potere dallo scopo per il quale esso è riconosciuto concerne un problema attuale dei nostri sistemi giuridici: nasce nell'area dei controlli degli arbitrii perpetrati dalle autorità statali ed amministrative e si diffonde con l'ascesa delle teorie che si confrontano con funzione sociale delle situazioni giuridiche dei privati".

²¹ V. U. BRECCIA, *Abuso*, cit., 7.

Si tratta certamente di un approdo importante.

Esso lascia, peraltro, impregiudicata la questione se queste disposizioni abbiano natura eccezionale (così rendendo, di fatto inutile, la creazione di una categoria a sé stante) o possano, invece, costituire “sistema”²².

Il dibattito sulla figura, a questo punto, si è spostato sulla sua stessa utilità²³. Gli autori che negano quest’ultima - pur tributando merito a chi, occupandosene, ha rivolto la propria attenzione sulle “deviazioni” che il titolare del diritto può commettere là dove la legge non abbia definito il contenuto di un diritto in modo chiaro - definiscono come “una categoria ordinante non necessaria, un concetto superfluo [...], una categoria parassita”²⁴. Secondo tali autori, cioè, l’inclusione di questa categoria nel nostro ordinamento non vale ad arricchire il sistema del giurista; anzi, lo rende più confuso.

Altri studiosi, invece, parlano di “un’araba fenice”²⁵, contestualmente considerandola però (con il consenso della giurisprudenza) tuttora funzionale, quanto meno nel senso di essere capace di segnalare “il nesso unitario che ha consentito di utilizzare in chiave inedita istituti antichi”, e soprattutto di essere utile a

²² Che è, appunto, la questione centrale con la quale si deve confrontare chi intenda riflettere sulla materia.

²³ Deve nondimeno osservarsi che “il problema dell’abuso è immanente alle distinte anime interne al sistema del diritto”, come correttamente osserva U. BRECCIA, *Abuso*, cit., 17

²⁴ Così, testualmente, R. SACCO, *L’abuso*, cit., 35.

²⁵ Vedi U. BRECCIA, *Abuso*, cit., 33; nella medesima direzione anche G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano 1993, 76.

“guidare in maniera argomentata la soluzione di nuovi conflitti di interesse” fra posizioni soggettive²⁶.

4. Ipotesi sugli elementi costitutivi dell’abuso del diritto e analisi dei possibili rimedi.

La breve esposizione che precede indica soltanto alcuni degli aspetti di discussione, scelti per dare un’idea della complessità del problema e della varietà delle opinioni.

C’è infatti almeno un altro profilo che merita di essere illustrato, senza un accenno al quale il nostro giro d’orizzonte sarebbe incompleto, e che ci sarà comunque utile oltre, allorché ci dedicheremo all’esegesi delle fonti: si tratta cioè di analizzare brevemente gli elementi costitutivi della figura dell’abuso, e domandarsi se necessari componenti della condotta lesiva siano il dolo o almeno la colpa, o sia invece sufficiente, quanto meno a livello probatorio, un’imputazione “oggettiva” della responsabilità²⁷.

²⁶ U. BRECCIA, *Abuso*, cit., 74. Più in generale, fautori di queste concezioni sono coloro secondo i quali i principi del diritto non presentano quella rigidità chiusa propria di un assetto già definito una volta per tutte sulla carta e privo di nessi con un ambiente in continua trasformazione. E così, specificamente, P. RESCIGNO, *L’abuso*, cit., 213, vede un collegamento tra l’idea della repressione dell’abuso e l’idea del potere del giudice.

²⁷ Si prestano a vicende normative di questo tipo fattispecie caratterizzate dall’inutilità per l’agente e dal danno, connotate dall’immoralità o dall’antisocialità: dapprima si reprime il dolo, poi si reagisce alla colpa, infine si rimedia al fatto in sé: in questo senso, F. BUSNELLI - E. NAVARRETA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, *D Priv*, 1997, 192 e ss.

Prima di procedere è opportuno un qualche richiamo generale al tema dell'illecito, riferito specificamente al nostro ordinamento ma riscontrabile in pressoché tutti i sistemi.

E' ben noto come la centralità dell'elemento soggettivo quale elemento caratterizzante la generale figura dell'illecito escluda, in linea di massima, che l'obbligo di risarcire il danno possa essere, a prescindere dal dolo o dalla colpa, posto a carico di chi commette il fatto.

Pressoché tutti gli ordinamenti giuridici conoscono, tuttavia, ipotesi di responsabilità oggettiva, ed il loro fondamento risiede nella violazione del dovere di rispetto altrui. La mancanza di colpa non incide su questo fondamento, posto che il responsabile ha comunque provocato un danno che non avrebbe dovuto arrecare, ossia un danno ingiusto; d'altra parte, le ipotesi in esame si riferiscono a determinate attività o cose, le quali presentano un margine di pericolosità inevitabile malgrado l'osservanza di uno sforzo diligente, e che è corretto addossare a chi esercita l'attività o si avvale della cosa.

Sulla nozione di ingiustizia del danno in particolare è ancora in corso il dibattito: si contendono il campo, da un lato, le tesi che la identificano nell'antigiuridicità (ossia nella violazione di un diritto o di una norma) e quelle che richiamano l'idea della lesione meritevole di tutela.

Secondo questa seconda, più articolata, teoria²⁸ esisterebbero vari criteri di selezione degli interessi da sottoporre a tutela, e così il danno sarebbe ingiusto quando: sia stato provocato da un atto non autorizzato da una norma; o quando costituisca lesione di un interesse tutelabile secondo il canone di solidarietà sociale²⁹; o quando esso sia rilevante all'esito di una valutazione comparativa degli interessi alla stregua dei principi costituzionali³⁰; o infine quando l'interesse leso sia meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico³¹.

La scuola di pensiero che va affermandosi in dottrina è peraltro nel senso dell'insufficienza di ognuna di queste tesi³².

In particolare, si evidenzia che occorre pur sempre tener ferma la nozione di ingiustizia del danno quale "lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di relazione", che i terzi devono rispettare se non vogliono incorrere nella generale responsabilità per illecito.

La selezione di questi interessi va effettuata verificando le soluzioni proposte dal diritto vigente nella realtà del suo operare. In questo senso, dal complesso delle indicazioni normative e giurisprudenziali la dottrina in esame trae il seguente quadro³³.

²⁸ Per tutti si veda M. BESSONE, *Problemi attuali della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law*, Padova 1989, 20 ss.

²⁹ In questo senso S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, 79.

³⁰ Così G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli 1979, 245.

³¹ Di quest'idea è F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto ed Impresa 1985*, 1 ss.

³² Particolarmente chiare sono, sul punto, le osservazioni di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, Milano 1994, 586 ss.

³³ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 587.

Danni ingiusti sono le lesioni dolose o colpose di diritti della personalità e di diritti reali, le lesioni socialmente intollerabili per la gravità del fatto o per la particolare rilevanza dell'interesse leso, ed ancora tutte le lesioni tutelate mediante norme penali o specifici divieti di legge³⁴.

Fatto questo breve resoconto sullo stato del problema, possiamo a questo punto aggiungere che esso ha riflessi anche in tema di abuso, ove, come si è visto, è necessario avere riguardo all'interesse al cui soddisfacimento è strumentale l'atto di esercizio del diritto, e soprattutto al modo in cui avviene detto esercizio. La composizione del conflitto dei contrapposti interessi implica, allora, l'accertamento dell'eventuale rottura del corretto equilibrio intersoggettivo.

Si comprende, dunque, come "l'orientamento moderno tenda a collegare la tematica dell'abuso a quella della buona fede, quest'ultima intesa quale criterio per stabilire un limite alle pretese ed ai poteri" del titolare del diritto³⁵. In tal senso il principio di correttezza

³⁴ In giurisprudenza, utili indicazioni si rinvencono, oltre che nella decisione del TAR Lombardia in precedenza richiamata, nella celebre sent. n. 500 del 1999, con la quale le Sezioni Unite della S.C., nello statuire la natura di norma primaria dell'art. 2043 cc, non meramente sanzionatrice di precetti altrove posti nell'ordinamento giuridico, hanno devoluto al giudice di merito il compito di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, la lesione dei quali soltanto può integrare un danno "ingiusto". Al fine di accertare il requisito in questione, il giudice di merito è stato chiamato dalla S.C. ad istituire un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza.

³⁵ Per una trattazione, sintetica ma esauriente e lineare, v. M. FRATINI, *Compendio di diritto civile*, Roma 2013, 286 s.

diventa norma di chiusura dell'ordinamento, "perché evita di ritenere lecito ogni comportamento che nessun'altra norma vieta, e facoltativo ogni comportamento che nessuna norma considera obbligatorio"³⁶.

Questa linea è seguita anche in giurisprudenza, e qui possiamo limitarci a dare conto di una fattispecie di abuso processuale particolarmente significativa.

Si è a lungo discusso se dovesse considerarsi legittimo il comportamento del creditore che agisca per l'adempimento parziale, dando luogo ad una parcellizzazione dell'unico credito pecuniario in più domande da proporsi innanzi ad un giudice diverso ed inferiore rispetto a quello che sarebbe stato competente a conoscere dell'intero credito.

Parte della giurisprudenza ammetteva questa possibilità, trattandosi di un potere non negato dall'ordinamento, rispondente all'interesse del creditore e non tale da impedire al debitore il diritto alla difesa delle proprie ragioni.

Di avviso opposto era altra parte della giurisprudenza, proprio sulla base del rilievo che la clausola generale di buona fede e correttezza - operante anche nella fase patologica conseguente al mancato o inesatto adempimento - impedisce di considerare legittimo il comportamento del creditore che, attraverso una anomala tecnica di frazionamento nel tempo delle azioni giudiziarie, prolunghi arbitrariamente, concretando un vero e proprio abuso del diritto, il

³⁶ M. FRATINI, op. cit., 287.

vincolo coattivo al quale deve sottostare il debitore: in particolare si è affermato, in questo senso, che il citato comportamento del creditore arreca al debitore un “pregiudizio non giustificato da un interesse oggettivamente apprezzabile e meritevole di tutela”³⁷.

Il concetto di ingiustizia del danno evoca, infine, il problema, al quale in questa sede può soltanto accennarsi, se la nozione di abuso richieda, per la sua esistenza, un particolare elemento soggettivo, da individuarsi nell’intento riprovevole di colui che esercita il diritto.

L’opinione dominante è per la soluzione negativa³⁸ proprio sulla scorta della riconduzione dell’abuso al principio di buona fede in senso oggettivo: la funzione della figura in esame consiste allora nel sanzionare i comportamenti “obiettivamente” difformi dall’interesse che la legge intende tutelare.

Il rimedio esperibile sarà, normalmente, quello risarcitorio.

5. Ulteriori rimedi: cenni all’*exceptio doli generalis*.

Nell’ambito del discorso relativo all’abuso, anche con riferimento all’analisi di possibili rimedi diversi da quello risarcitorio, grande spazio, specie nella dottrina italiana, ha avuto negli ultimi decenni la tematica dell’*exceptio doli generalis*³⁹.

³⁷ Questo secondo orientamento è stato infine recepito dalla giurisprudenza ormai dominante.

³⁸ Oltre agli Autori di cui alle note 23 e 24 si consulti, per tutti, M. FRATINI, op. cit., 292.

³⁹ La letteratura in materia è particolarmente vasta. Si consultino, fra gli altri,

La complessità della questione non ne consente un compiuto esame in questa sede: ci limiteremo perciò a porre in rilievo, conformemente ai contenuti del presente lavoro, la singolare applicazione pratica che l'antica figura ha avuto "proprio al fine di salvaguardare in età contemporanea alcuni meccanismi di collaudata applicazione pratica, nel senso di porli al riparo da marginali utilizzazioni distorte che avrebbero potuto infirmarne la credibilità"⁴⁰.

Il suddetto rimedio, come è noto, deve la sua elaborazione al diritto romano dell'epoca classicistica.

All'*intentio* dell'attore, fondata sul *ius civile*, il convenuto poteva opporre l'esistenza, al momento in cui era intentata l'azione, di un contegno oggettivamente contrario alla *bona fides*, ossia al generico dovere di comportarsi secondo i canoni della correttezza⁴¹.

Si discute sulla cittadinanza dell'istituto nel diritto vigente: nell'ordinamento si rinvengono infatti, esplicitamente, le eccezioni di dolo in senso stretto (artt. 624, 482, 526, 761, 1195, 1439, 1440,

G. LONGO *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937; G. GROSSO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, 1958, 161; A. BURDESE, voce *Exceptio doli (diritto romano)*, in *Nov. DI*, VI, Torino, 1964; M. BRUTTI, *Formulae de dolo e dolo processuale tra la fine della Repubblica e gli inizi del Principato*, in *Studi Senesi*, LXXX, 1968, fasc. 3, 261-320; ID, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973, I, 166-184, II, 625-743; E. COSTA, *L'exceptio doli*, rist., Roma, 1970; F. MILONE, *La 'exceptio doli (generalis)'*, Studio di diritto romano, Napoli, 1882, 59-213; *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2006.

⁴⁰ Questa è la preziosa avvertenza di U. BRECCIA, *L'abuso*, cit., p. 52.

⁴¹ Confronta, oltre agli AA. citati nella nota precedente, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 239 ss, che richiama il caso di Caio che prometta a Tizio, senza specificarne la causa, 10.000 sesterzi, affinché Tizio si impegni a far credito della medesima somma a Stico, servo di Caio, e tale somma non venga poi versata. Tizio può fondatamente agire sulla base della *stipulatio*, ma Caio può far valere contro di lui l'*exceptio doli generalis*, perché con la sua richiesta Tizio si comporta contro buona fede, e G. PUGLIESE-F. SITZIA-L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*² (Sintesi), Torino 1998, 154 ss.

1324 cc) e le norme che consentono di respingere azioni proposte *contra naturalem aequitatem* (artt. 1384 e 1460 cc); più di uno studioso afferma che l'esistenza di tali fattispecie renda ormai inutile la permanenza di una figura generale.

Si tratta dunque di stabilire se, oltre ai casi tipizzati, se ne diano altri da ricondurre ad un rimedio generale, ammessa la sua perdurante esistenza e la sua perdurante ragion d'essere.

Sintomatica è in tal senso la vasta casistica in tema di garanzie autonome, allorché sia pienamente dimostrata l'abusività dell'iniziativa del beneficiario il quale si rivolga tuttavia alla banca la quale si sia resa garante della complessiva operazione commerciale⁴². In questi casi è generalmente reputato legittimo il rifiuto di onorare la garanzia in base all'*exceptio doli generalis*, a propria volta fondata sul carattere abusivo dell'altrui pretesa sulla scorta delle circostanze di fatto.

Ulteriori e più complessi spunti possono poi essere tratti da un'importante ed articolata pronunzia del S.C.⁴³, che appare di utilità richiamare anche per lo sforzo sistematico che la contraddistingue.

La controversia riguardava un contratto di finanziamento concluso fra una società ed un istituto di credito, nell'eseguire il quale la società era – nella prospettazione difensiva – venuta meno ai doveri di informazione, essendosi obbligata, pur conoscendo che di lì a pochi mesi sarebbe stata emessa nei suoi confronti una pronuncia di concordato preventivo seguita poi da fallimento, a

⁴² U. BRECCIA, *L'abuso*, cit., 53.

⁴³ Cass., sez I, 7.3.2007 n. 5273.

restituire somme che "in forza del divieto previsto dal sistema mai sarebbero ritornate alla Banca", dato che quest'ultima sarebbe poi stata costretta (come di fatto è avvenuto) a corrisponderle al concordato una volta ottenutane la restituzione: così attuando scientemente e consapevolmente un comportamento costituente violazione "dei più elementari principi a tutela del sinallagma contrattuale e dell'equilibrio economico".

L'occasione è stata utile per dar modo alla Corte di riaffermare che l'*exceptio doli generalis seu praesentis* costituisce rimedio generale diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento. Si tratta, specificamente, di rimedio l'applicazione del quale è stata effettuata talvolta "in chiave di oggettivo contenimento di azioni giudiziarie pretestuose o palesemente malevole, intraprese, cioè, all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri o contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui", e talaltra disancorandone gli elementi costitutivi da aspetti e valutazioni essenzialmente soggettivi, e ricercando sicuri contorni di natura oggettiva⁴⁴.

A questo proposito, la Corte ha nella specie individuato una situazione legittimante *l'exceptio doli generalis seu praesentis* nella circostanza che l'attore, nell'avvalersi di un diritto del quale pretende tutela giudiziale, si sia reso colpevole di frode, in quanto ha sottaciuto situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto stesso.

⁴⁴ In questo senso, per esempio, Cass. n. 15592 del 2000.

6. Oggetto specifico dell'indagine.

A chiusura di questi cenni introduttivi, è ora opportuno tornare sui problemi che formeranno più specificamente oggetto della nostra attenzione.

Assume pertanto rilievo soffermarsi sulla questione se abbia ancora senso, per il giurista italiano, utilizzare la nostra categoria riguardo all'ipotesi, originaria e centrale fra quelle solitamente incluse nel suo alveo, costituita dall'emulazione e, più in generale, dall'area dei rapporti di vicinato.

I diritti reali rappresentano effettivamente il campo di elezione, per così dire, della figura: fino ad epoca abbastanza recente ogni studio sulle varie possibili manifestazioni del divieto dell'abuso non avrebbe potuto essere inaugurato se non con il riferimento agli atti emulativi ed al diritto di proprietà, ancora una volta sotto la persistente suggestione della pienezza ed assolutezza di quest'ultimo⁴⁵.

Il divieto degli atti emulativi si identificava inizialmente, in effetti, come il punto di emersione storica del divieto di abuso del diritto, e lo stesso nome "abuso del diritto", in un primo tempo, era adoperato soltanto per indicare l'emulazione.

Il divieto dovrebbe impedire al proprietario di "fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad

⁴⁵ In Francia, ad esempio, nel rispetto di una tradizione che prende avvio dalla casistica in materia di proprietà, e soltanto in seguito conosce sviluppi teorici che si sono discostati da tale linea, seguono tale schema anche le sistemazioni meno lontane negli anni.

altri”⁴⁶.

Costruito nel periodo intermedio sulla base di frammentarie affermazioni contenute nelle raccolte giustiniane, esso non aveva trovato accoglimento nel Codice Napoleonico.

Tornò alla ribalta, dalla fine del secolo XIX, nei nuovi codici; in particolare, nel vigente codice civile italiano essa trova, come è noto, spazio all’art. 833, rubricato “atti d’emulazione”, mentre nel *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) si ritrova nei § 226, 826 e 242⁴⁷.

Proprio la sua ricomparsa nel codice del 1942 avrebbe dovuto far da contrappeso al mancato riferimento, da un lato, al più ampio fenomeno dell’abuso del diritto, e dall’altro lato all’affermazione della funzione sociale della proprietà, così ponendo in evidenza il disfavore del legislatore del tempo nei confronti di concezioni basate sul “più gretto ed egoistico individualismo”⁴⁸.

L’aggettivo “emulativi” connota gli atti contrassegnati dall’intenzione maligna dell’agente, dall’assenza di un vantaggio per sé e dal danno arrecato alla vittima. Il danno è dunque risarcibile in quanto la condotta dannosa è inutile all’operatore, e la valutazione

⁴⁶ Così, testualmente, l’art. 833 cc., sul quale v. oltre. In proposito, può comunque consultarsi fin d’ora U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*², I, Milano 1976, 159 ss.

⁴⁷ § 226, Schikaneverbot: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.

§ 826, Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung: Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

§ 242, Leistung nach Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

⁴⁸ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *I Diritti reali*, 2, in *Diritto civile*, 1998, 63-65, ove anche il riferimento all’antica massima *qui suo iure utitur neminem laedit*.

dell'*utilitas* dev'essere considerata un *prius* anche rispetto a quella della sua conformità alla legge⁴⁹. Come per l'abuso, tuttavia, il presupposto indispensabile per l'autonomia della figura consiste nel far dipendere l'illiceità non soltanto dai caratteri della lesione, ma anche dagli eventuali elementi dequalificanti presenti nella condotta e nella sfera dell'agente⁵⁰.

Ebbene, quando l'elemento dequalificante si identifica nell'inutilità e nocività, l'atto rientrerà nell'ambito del divieto di emulazione: si tratta perciò di una figura ben tipizzata e contraddistinta da caratteri indicati con precisione.

Ciò consente di affermare che l'emulazione presenta dei caratteri di autonomia rispetto all'abuso del diritto, che invece, come evidenziato in precedenza, attinge ad una nozione ben più ampia ed è connotato da una clausola generale elastica ed informe⁵¹.

La formula, nella quale il divieto è stato espresso sembra, peraltro, incapace di incidere sulla sostanza tradizionale della fattispecie⁵².

⁴⁹ V. BIGLIAZZI-GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *I diritti reali*, cit., 65: l'art. 833 non dovrebbe riguardare il comportamento negativo o di mera opposizione del proprietario, anche se fortemente dannoso nei confronti dei terzi e privo di qualsiasi giustificazione, né l'ipotesi in cui il proprietario ponga in essere atti che pur arrecando nocumento ad altri siano anche intesi a procurargli un vantaggio.

⁵⁰ R. SACCO, *L'abuso*, cit., 11 s.

⁵¹ R. SACCO, *L'abuso*, cit., 7 s.; U. BRECCIA, *Abuso*, cit., 13 s.; P. RESCIGNO, *Abuso*, cit., 13 s.

⁵² Il che dovrebbe servire ad evitare eccessi pericolosi nell'applicazione della norma. Ma a parte il fatto che in tal modo si è data prevalenza al criterio etico rispetto a quello sociale, si è così introdotto paradossalmente un elemento capace di fornire la giustificazione per la totale disapplicazione della norma. In tal senso v. L. BIGLIAZZI-GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *I diritti reali*, cit., 63.

Per poter, infatti, qualificare il comportamento del proprietario come emulativo, e quindi illecito, occorrerebbe non soltanto che esso causasse danno o molestia ad altri, ma che avesse soltanto questo scopo. All'evento pregiudizievole per i terzi dovrebbe allora aggiungersi il dolo specifico dell'autore, che sarebbe automaticamente da escludere nelle ipotesi in cui egli abbia tratto dal proprio atto una qualsiasi, anche minima, utilità.⁵³

Alcuni possibili correttivi sono stati suggeriti da una parte della dottrina.

Per un verso, si ritiene sufficiente la sproporzione tra il pregiudizio altrui e l'utilità del proprietario; per altro verso, si sostituisce al criterio del dolo specifico di costui la semplice conoscenza delle conseguenze del proprio comportamento, ammettendo la possibilità di argomentare tale conoscenza in via presuntiva, ex art. 2729 cc, sulla base della suddetta sproporzione⁵⁴.

La giurisprudenza ha adottato una diversa soluzione, preferendo piuttosto attenersi ad un'interpretazione rigidamente formalistica e strettamente aderente alla lettera della norma; ed anzi, in taluni casi ha persino escluso la stessa applicabilità dell'art. 833

⁵³ Basti sol pensare che secondo la regola generale dell'art. 2697, trattandosi di un illecito extracontrattuale, la prova del dolo dell'autore spetterebbe al danneggiato: risulta evidente la concreta impraticabilità del divieto, a meno che l'interprete non ne forzi la lettera.

⁵⁴ Nel senso, cioè, che una volta accertata tale sproporzione in modo oggettivo, non sarebbe possibile ammettere che l'autore non se ne rendesse conto e non fosse a conoscenza del pregiudizio subito dai terzi.

cc, quando vengano in considerazione specifiche attività del proprietario previste dalla legge come rientranti tra i suoi poteri⁵⁵.

Ma come è nata a livello storico la categoria degli atti emulativi e come è pervenuta nei nostri codici attuali? Per rispondere all'interrogativo occorre, a questo punto, entrare nel vivo del lavoro e ripercorrere lo stato degli studi dall'ottocento ai giorni nostri.

⁵⁵ In questo senso, non potrebbe mai parlarsi di emulazione riguardo all'azione del proprietario che domandi contro il vicino il rispetto delle distanze legali ai sensi degli artt. 873 e ss., nemmeno se egli prendesse il pretesto dall'esistenza nel proprio fondo di una costruzione inabitata e diruta per costringere il vicino ad arretrare un ben diverso edificio.

CAPITOLO II

LA NASCITA DELLA MODERNA NOZIONE DI PROPRIETÀ

SOMMARIO: 1. DALLA PROPRIETÀ MEDIOEVALE ALLA PROPRIETÀ MODERNA. LA RIFLESSIONE OTTOCENTESCA ALLA LUCE DELLE RICERCHE DI P. GROSSI. — 2. IL DIBATTITO DEL NOVECENTO. — 3. PROPRIETÀ ED ATTI EMULATIVI. — 4. RISULTATI DELLE INDAGINI PIÙ RECENTI. — 5. RILEVANZA DEL REGIME DELLE ACQUE NEL DIRITTO ROMANO. CENNI INTRODUTTIVI.

1. Dalla proprietà medioevale alla proprietà moderna. La riflessione ottocentesca alla luce delle ricerche di P. Grossi.

L'analisi degli istituti poc'anzi trattati e delle problematiche di cui abbiamo discusso nell'introduzione conduce allo studio della linea di continuità che, secondo la prevalente dottrina, sembra sussistere fra l'esperienza giuridica romana e le norme che ritroviamo nelle moderne codificazioni in tema di limiti al diritto di proprietà⁵⁶: studio che porta con sé quello che ha ad oggetto la

⁵⁶ Sul punto, fondamentale è il contributo di F. SITZIA, *Le proprietà moderne e le proprietà romane*, cit., spec. 837-846.

tradizione romanistica e, attraverso essa, l'esame della rilevanza ad essa attribuita nel dibattito concernente i nostri istituti.

Riallacciandoci alle premesse di questo lavoro, reputiamo opportuno ricordare che, vista l'ampiezza del tema, ci limiteremo a focalizzare la problematica ai soli atti d'emulazione ed all'abuso del diritto, e che ci soffermeremo, in particolare, su alcuni frammenti del Digesto tratti dal titolo 39.3 in tema di acque.

Questi ultimi, infatti, hanno costituito la base per la costruzione dogmatica del divieto di atti emulativi e, attraverso essa, dell'abuso del diritto, e storicamente sono stati presi in considerazione sia dai sostenitori della teoria dell'assolutezza del diritto di proprietà, i quali hanno tentato di attribuire, nei limiti del possibile, ai compilatori giustinianeî le limitazioni al diritto stesso, sia dagli autori che, a partire dal Medioevo, hanno costruito, soprattutto sulla base di questi testi, il divieto degli atti emulativi.

Si è comunemente avvertito che, per poter affrontare questo dibattito, il giurista contemporaneo non può prescindere dalla concezione, prima romanistica e poi liberale, del diritto di proprietà: una concezione che negli ultimi due secoli si è affermata prepotentemente, quale punto di arrivo di un processo storico-giuridico assai raffinato e complesso.

Punto d'arrivo che consente di sostenere ragionevolmente, pur con la cautela necessaria nel valutare oggi un fenomeno economico-giuridico di oltre duemila anni, che la proprietà individuale in senso moderno ha radici profonde, rinvenibili nella tradizione

romanistica classica, e che inoltre si sia generalmente identificato il concetto di proprietà “assoluta” elaborata dal diritto romano con la proprietà borghese della seconda metà dell’800.

Nell’ambito del dibattito al quale accenniamo, il baricentro della nostra ricerca si colloca in un tema altrettanto denso di fascino, circa il quale gli storici del diritto hanno mostrato di avere posizioni talora radicalmente contrapposte. Da un lato, ci si è chiesti se si sia effettivamente passati – con una netta e distinta cesura – dal regime classico, nel quale la disciplina della proprietà sarebbe caratterizzata dall’intento di tutelare interessi meramente privatistici, a quello giustiniano, nel quale la disciplina sarebbe volta anche alla tutela di interessi “sociali”⁵⁷; o se invece quest’ultima sia stata soltanto una linea di tendenza, senza soluzione di continuità con il passato⁵⁸.

Questa coesistenza delle due diverse prospettive, “pubblica” e “privata”, è emersa in un dibattito che ha avuto luogo nel corso di secoli, ed è scaturito, in particolare, proprio dallo studio dei frammenti del titolo D 39.3 in tema di acque poc’anzi citato, dei quali si rileva l’attitudine ad esprimere principi di ordine generale.

E’ dunque venuto il momento di accennare, sia pur brevemente, ai termini di questo dibattito, attraverso il quale si sono profondamente analizzati i meccanismi storici che hanno portato alla nascita della moderna nozione di proprietà, come tale affermatasi nel

⁵⁷ In questo senso, sostanzialmente, F. SALERNO, *Suum agrum meliore facerem*, cit., 206 s.; PEROZZI, *Il divieto di atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, in “AG” 53 (1984), 372; S. RICCOBONO, *La teoria dell’abuso*, cit., 46.

⁵⁸ F. SITZIA, *Le proprietà moderne*, cit.,

corso del XIX secolo, e che rappresenta senza dubbio una delle costruzioni che maggiormente rispecchia l'ideologia borghese.

Prendendo come riferimento storico-temporale l'Ottocento, rileviamo che si è ritenuto di poter riaffermare la corrispondenza fra la visione romana e la visione pandettistica della proprietà, quasi che le visioni postclassiche e medioevali – asseritamente incomunicabili con le prime due – siano state “una sorta di incidente di percorso”⁵⁹.

Si tratta di un itinerario di rilievo, frutto della circostanza che dagli anni '70 dello scorso secolo la storiografia giuridica italiana si è arricchita di preziose ricerche di storia del diritto di proprietà, dedicate specialmente all'Italia liberale.

In questo senso il saggio di Paolo Grossi⁶⁰, ed i numerosi scritti con i quali Egli è tornato più volte sul tema, rappresentano ancor oggi una tappa obbligata per ogni studioso che intenda cogliere l'idea della proprietà nella seconda metà dell'800.

Nelle pagine di premessa del suo lavoro, l'illustre Autore, nel costruire la fucina del giurista ottocentesco, osserva che, per lo storico in particolare, il rapporto fra uomo e beni, per tutto il periodo medioevale e fino all'epoca napoleonico/pandettistica, non si è mai ridotto all'insegna della sola o delle sole “proprietà”, essendo invece necessario dar conto, quanto meno, delle diffusissime proprietà “collettive”, che sembrano rappresentare uno schema a parte.

⁵⁹ F. SITZIA, *Le proprietà moderne*, cit., 842.

⁶⁰ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 205 ss.

Svolte queste premesse, l'A. ricorda quindi che, a partire dal XIX secolo, la nozione di proprietà ha preso corpo come “manifestazione esterna di quella proprietà intrasubbiettiva che ogni io ha di sé stesso, assoluta in quanto corrispondente alla naturale vocazione dell'io”⁶¹.

Questa nozione – che trae spunto dall'esasperata interpretazione delle antiche tavole religiose e che ha costituito la base per la visione che si è soliti definire quale “proprietà moderna” – era in effetti congeniale all'*homo oeconomicus* inserito all'interno di una società capitalistica progredita; si poneva come strumento agile, funzionale e caratterizzato da semplicità ed astrattezza⁶²; ma allo stesso tempo costituiva la proiezione di una visione del mondo spiccatamente antropocentrica, nella quale “l'individuo realizza la sua naturale vocazione interiore al dominio del mondo”⁶³.

La nozione di proprietà in tal modo congegnata si era radicata ed insediata nella mentalità dei giuristi tra l'Ottocento e la prima metà del Novecento, al punto da presentarsi come modello di appartenenza astratto, universalmente valido e tendenzialmente assoluto ed individualistico.

Proprio nell'analizzare tale concetto e nell'operare il suo collegamento con la società capitalistica, le sue esigenze e i suoi valori, l'illustre Autore ha contrapposto questa visione moderna della proprietà a quella concepita nel medioevo. Quest'ultima sembra

⁶¹ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 228.

⁶² P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 252.

⁶³ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 252.

avere alla sua base una concezione antropologica radicalmente opposta rispetto alla prima: come la proprietà moderna pone alla sua base il soggetto e rappresenta una manifestazione della sua volontà di dominio nel mondo, quella medievale si costruisce, all'opposto, sulla base di una visione antindividualistica⁶⁴, partendo dalla realtà delle cose, dalla loro capacità di soddisfare i bisogni dell'uomo, compresi quelli più elementari.

Ulteriore cardine di questa linea di pensiero è la sostanziale e già richiamata contrapposizione tra la visione romana e la visione pandettistica della proprietà da un lato e quella medievale dall'altro.

Il nostro Studioso è, in proposito, dell'idea che con l'avvento della Pandettistica la scienza giuridica fu in grado di offrire un modello di proprietà congeniale alla società capitalistica progredita⁶⁵. Essa, in perfetta sintonia con le esigenze dei tempi, costruì la nuova nozione di proprietà sfruttando lo strumentario offerto dalle fonti romane. Sembra quasi allora – conclude il Grossi - che il concetto di proprietà romana classico, che era stato ribaltato in epoca medievale attraverso il passaggio da una civiltà basata sul modello individualistico ad un approccio “possessorio”, dominato da un vigoroso principio di “effettività”⁶⁶, sia stato nuovamente riportato alla sua forma originaria grazie all'intervento dei pandettisti.

Quest'ultimo punto deve essere approfondito, in quanto ci interessa più da vicino ai fini della nostra ricerca.

⁶⁴ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 241.

⁶⁵ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit. 252.

⁶⁶ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 238.

A conforto della propria impostazione, il nostro Autore pone in evidenza come, in effetti, un superamento delle concezioni medioevali in tema di proprietà si fosse già riscontrato nella Scuola dei Culti nel Cinquecento⁶⁷. Essi, infatti, pur non essendo giunti a sviluppare una visione omogenea e complessiva, avevano utilizzato quale base per l'elaborazione del nostro istituto le soluzioni della giurisprudenza classica contenute nel Digesto.

Nel Settecento, con l'Illuminismo, le ideologie medioevali vengono definitivamente superate⁶⁸; ma è soltanto nell'Ottocento, con l'avvento della Pandettistica, che si registra la più completa

⁶⁷ V. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963.

⁶⁸ Per una ricostruzione puntuale del nostro istituto nel settecento v. S. RODOTA', *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, 161 s.- L'Illustre A. dedica un ampio e raffinato contributo alla c.d. "rinascita" della proprietà come diritto soggettivo, dopo la sua crisi coincidente con la prima guerra mondiale: ma non si tratta di semplice ritorno all'antico, perché l'istituto non è oggi più in grado di affrontare compiutamente i nuovi problemi di distribuzione della ricchezza. Per effetto di questo nuovo corso, oggi si assiste contestualmente al deperimento del modello e contemporaneamente all'affermarsi di tecniche proprietarie (in particolare, attraverso il canone dell'assolutezza del diritto) verso altre direzioni (ambiente, salute, etc.). Nello stesso tempo, la dimensione "collettiva" penetra anche nell'area privata, come ad esempio nell'ambito del governo del territorio. Anche le pagine del Vassalli del 1942, che ripropongono il tema del primato del diritto civile e quello conseguente della proprietà individuale, finiscono per evidenziare che la logica non è più quella strettamente individualistica: la collocazione dogmatica della proprietà si trova ormai al di fuori del codice civile e sconfinata nel diritto pubblico. Le radici di questa nuova concezione possono rinvenirsi nell'art. 544 del codice napoleonico, del quale a sua volta è stata sostenuta la derivazione dal diritto romano classico, nell'ambito del quale si è tentato di porre in evidenza limitazioni nell'interesse del bene comune: quasi che il modello di proprietà sia rimasto nel tempo sempre identico a sé stesso, e sia cambiato soltanto il modo di guardarlo da parte degli interpreti. Secondo l'A., tuttavia: a) l'art. 544 cit. riafferma il principio dell'inviolabilità assoluta della proprietà; b) i limiti al diritto del proprietario possono riguardare soltanto alcune forme di godimento; c) detti limiti possono essere istituiti soltanto dalla legge; d) il ricorso alla legge è stato davvero poco frequente. E' perciò assai pericoloso adottare questo modello ad esigenze di società ben diverse da quelle dei primi dell'800, e soprattutto farlo attraverso il ricorso al concetto di "funzione sociale". Per la dovuta analisi di questi fondamentali concetti si veda oltre, nel testo.

elaborazione del diritto di proprietà, che nondimeno si fonda in qualche modo su una sottovalutazione degli spunti che dalle fonti romane (specie dal Codice e dalle Novelle, ma anche dal Digesto) possono trarsi in tema di limiti del nostro diritto⁶⁹.

⁶⁹ Basti qui ricordare con il GROSSI, *La proprietà*, cit., 253, come ancora il Windscheid continui a circoscrivere la nozione di proprietà, sulla base della tradizione romana, alle sole cose corporali, senza avvertire l'inadeguatezza della limitazione rispetto alle potenzialità del nuovo istituto.

2. Il dibattito del Novecento.

Nella letteratura degli inizi del Novecento si riscontra un approccio alle fonti romane parzialmente diverso, in quanto inizia a diffondersi la grande critica interpolazionistica⁷⁰.

In primo luogo, in questa fase storica si distingue nettamente tra la nozione di proprietà offerta dal Digesto e quella proveniente dal *Codex*, e si tende a far risaltare da un lato la bontà del modello classico (riportato nel Digesto), espressione di una società ordinata, e dall'altro l'inaccettabilità del modello post-classico (contenuto nel *Codex*), asseritamente espressione di un grave disordine sociale. Si partiva cioè, costantemente, dal modello pandettistico, considerato universalmente valido, per andare alla sua ricerca nelle fonti – in particolare nel Digesto - e, ove queste offerissero testimonianze contrastanti, si procedeva ad una loro marginalizzazione, “con un lavoro di bisturi e ricucitura spesso totalmente arbitrario”⁷¹.

In altri termini, alcuni autorevoli studiosi sostenitori del metodo interpolazionistico hanno creduto di poter attribuire alle limitazioni della proprietà che specificamente emergono dai passi in materia di acque, che sopra si sono richiamati, il valore di mere eccezioni, introdotte dai compilatori giustiniane, a regole ed a principi generali del regime classico, regime a loro dire poi utilizzato, come si è visto,

⁷⁰ Sulla quale v. anche oltre, al capitolo successivo.

⁷¹ Per riportare le parole del SITZIA, *Le proprietà moderne*, cit., 841.

quale base della nozione di proprietà fatta propria dagli Stati liberali⁷².

3. Proprietà ed atti emulativi.

Per continuare a tracciare, almeno nelle sue linee essenziali, l'itinerario fin qui ripercorso sulla storia della proprietà è indispensabile, a questo punto, tornare sugli atti emulativi: sul piano storico si tratta infatti di due istituti indissolubilmente intrecciati.

Abbiamo visto come l'espressione *aemulatio* indichi il comportamento di chi, senza alcuna utilità, compie atti che, pur rientrando astrattamente nell'esercizio del diritto, sono precipuamente diretti a nuocere ad altri⁷³.

A lungo si era dibattuto sull'origine romana della categoria degli atti emulativi e dei problemi relativi all'elaborazione di un divieto generale di abuso del diritto con riferimento al *dominium*.

Un limite siffatto riguardo all'esercizio del diritto di proprietà era, infatti, reputato contrario alla struttura logica del sistema romano⁷⁴. E, per negare il divieto, veniva richiamata⁷⁵ la massima desunta dai testi classici, ma probabilmente formulata nel Medioevo,

⁷² v. in questo senso V. SCIALOJA, *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, ne Il Foro Italiano 1878; ID, *Aemulatio*, in *Enc. Giur. It.*, I, 426 s.; ID, *Teoria della proprietà*, I, cit., 414 s; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. II, 289 s.

⁷³ Questa è, ad esempio, la definizione proposta da A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., 159.

⁷⁴ Cfr. S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., 2.

⁷⁵ S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., 3.

*qui iure suo utitur neminem laedit*⁷⁶: il proprietario può esercitare il suo diritto come vuole, *quatenus nihil in alieno faciat*⁷⁷.

Il principio rappresenta, secondo questa linea di pensiero, la sostanza del diritto di proprietà nella giurisprudenza classica, che discende proprio dalla struttura del dominio romano, che era potere assoluto ed illimitato sulle cose corporali.

I termini del dibattito possono essere introdotti attraverso il richiamo alla linea seguita dallo Scialoja⁷⁸, il quale nega in assoluto la configurabilità di un divieto di atti di emulazione perché contrastante con i principi generali prima ancora che a livello delle singole fonti⁷⁹.

Muovendo dal principio che "...l'istituto porta in ogni sua parte segnato lo stampo di quel Medio Evo nel quale andavano confuse le idee di diritto, morale e religione", l'Autore esprime l'avviso che nemmeno nelle materia delle acque⁸⁰ il diritto romano rechi limitazioni al diritto di proprietà per la sola considerazione dell'*animus*; del resto, il regime stesso delle acque non sarebbe opera dei giuristi classici ma di Giustiniano. Una proprietà classica, dunque, in questa prospettiva, assoluta come quella degli Stati

⁷⁶ Essa è tratta dal frammento D. 50.17.55 (Gaius 2 test. ed. urb.) ma ve n'è traccia anche in D. 50.17.15.1 (Paul. 64 ed.).

⁷⁷ S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., 3.

⁷⁸ V. SCIALOJA, *Degli atti di emulazione*, cit.; ID, *Aemulatio*, cit.; ID, *Teoria della proprietà*, cit.

⁷⁹ Come rilevato anche da P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 346.

⁸⁰ Nella quale invece alcuni autori hanno ravvisato, a carico del proprietario, un limite all'esercizio del suo diritto: v. ad es. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II ed., Halle, 1895, (C, rist., Aalen, 1963), II, 57 ss.; per certi versi, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit. 354-356; S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., 20-28.

liberali: e senza limitazioni, posto che esse sarebbero state introdotte soltanto in epoca giustiniana.

Questa linea di pensiero prosegue con il Bonfante⁸¹ che, pur se in termini meno netti rispetto allo Scialoja, fa appello alle norme di buona ermeneutica delle fonti e pone in evidenza come queste non provino affatto, in realtà, l'esistenza di una limitazione del dominio costituita in termini generali sulla base della mera intenzionalità nell'esercizio del proprio diritto; si tratterebbe, invece, di specifiche e determinate limitazioni legislativamente sancite per singoli rapporti, introdotte da Giustiniano per interpolazione dei testi classici⁸². E neppure l'influsso dell'etica cristiana, che si è manifestato in modo deciso nella compilazione giustiniana, avrebbe spostato i termini del dibattito⁸³.

Siamo debitori di una netta cesura rispetto a questa linea di tendenza al Riccobono⁸⁴, che promuove un nuovo contesto culturale, maggiormente indirizzato verso quella funzionalizzazione in senso sociale della proprietà destinata a riemergere nelle moderne Costituzioni.

⁸¹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., spec. 356 ss. L'Autore, per giungere alle Sue conclusioni, esamina innanzitutto i testi adottati dai fautori del divieto degli atti emulativi: D. 50.10.3 pr. (Macer 2 *de off. praes.*); I 8.1.2; D. 6.1.38 (Cels. 3 *dig.*); Nov. 63 Giust.; D. 39.2.24 pr. (Ulp. 81 *ad ed.*); D. 8.1.9 (Cels. 5 *dig.*). In particolare, i più significativi apparirebbero quelli in materia di acque: D. 39.3.1.11-12 (Ulp. 53 *ad ed.*); D. 39.3.2.9-5 (Paul. I. 49 *ad ed.*). Poi passa ad analizzare quelli che invece farebbero più propendere per la cosiddetta "teoria dell'uso normale": D. 8.5.8.5-7 (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 8.2.18 (Pomp. 10 *ad Sab.*); D. 8.2.19 pr. (Paul. 6 *ad Sab.*). Conclude, infine, con l'analisi di D. 39.3.1.3-7 (Ulp. 53 *ad ed.*).

⁸² P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 356.

⁸³ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 358.

⁸⁴ S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit.

L'illustre Autore è persuaso del fatto che, nel conflitto delle decisioni e dei principi esistenti nel *Corpus Iuris*, l'interpretazione storica e dogmatica non impone affatto di accettare come inderogabili le massime più antiche che discendono dall'interpretazione del sistema del diritto romano "primitivo"⁸⁵.

A suo avviso, in particolare, la negazione assoluta del divieto di atti emulativi opposta dallo Scialoja, dal Bonfante e dal Perozzi⁸⁶ non rappresenta altro se non la conseguenza della visione erronea degli interpreti umanisti dei secoli XV-XVI sul contenuto della codificazione e sul valore delle dottrine dei giuristi romani⁸⁷. Gli Umanisti, in contrapposizione ai Glossatori, non fecero altro che far prevalere nell'interpretazione del *Corpus Iuris* i principi più risalenti del diritto quiritario, i quali si contrapponevano al "diritto vivo" codificato da Giustiniano. Con il risultato, in concreto, di immobilizzare il diritto offerto dai giureconsulti e di considerarlo alla stregua di "un monumento di bronzo senza vita"⁸⁸.

E' certamente innegabile – prosegue l'Autore - che secondo il diritto dei Quiriti è, in linea teorica, incompatibile con il diritto di proprietà un qualsiasi limite al suo esercizio: l'assolutezza del dominio romano, che si presenta come sovranità sulle cose corporali, non consente limitazioni fondate "sull'intenzione maligna di nuocere altri" o sul "difetto di una propria utilità"⁸⁹. Tuttavia, non può

⁸⁵ S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., 4.

⁸⁶ PEROZZI, *Il divieto degli atti di emulazione*, cit., 350-377.

⁸⁷ S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., 10.

⁸⁸ S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., 10.

⁸⁹ S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., 4.

non tenersi conto che tutto lo sviluppo del diritto romano ha sempre proceduto per via di eccezioni, deroghe e correzioni imposte dal continuo e progressivo impulso dato, soprattutto sulla fine della Repubblica, da numerosi fattori e nuove forze; sviluppo collegato anche e soprattutto al progresso della cultura e della civiltà, ad esigenze pratiche ed etiche della società romana, che la giurisprudenza e i magistrati hanno attuato con fermezza.

In definitiva, alla domanda se esista in diritto giustiniano, quanto meno a livello embrionale, un nucleo del divieto degli atti emulativi, e se tale nucleo abbia avuto origine già in epoca classica, egli dà risposta tendenzialmente affermativa.

Questa conclusione è stata recentemente vagliata in un contributo del Sitzia⁹⁰, che ha ricomposto il mosaico storico delle proprietà traendo spunto dall'illustrato studio del Grossi.

Il nostro Autore, in particolare, afferma che, specialmente per la materia delle acque, non si può mettere in dubbio che la Pandettistica abbia effettivamente utilizzato, quale base per la costruzione del diritto di proprietà, le elaborazioni messe a punto dalla giurisprudenza classica.

Non si può operare, però, una contrapposizione netta tra mondo romano-pandettistico da un lato e medievale dall'altro: ciò sarebbe possibile soltanto se le fonti romane venissero lette con "lenti monocromatiche". E' infatti indiscutibile che all'interno del *Corpus Iuris* possono rinvenirsi testimonianze relative alla proprietà

⁹⁰ F. SITZIA, *Le proprietà moderne*, cit., spec. 841 ss.

che risentono di filoni culturali diversi. Ciò emerge in particolare da un confronto fra la nozione di proprietà offerta dal Digesto e quella offerta dal Codice; ma anche all'interno dello stesso Digesto non può ipotizzarsi una perfetta corrispondenza fra sistema classico e sistema pandettistico.

Si tratta dunque di un ricco materiale, che dimostra che non esiste una linea di cesura netta fra l'esperienza classica e quella postclassica, e tanto meno quella giustiniana, potendosi anzi rinvenire un'ininterrotta linea di continuità, pur con le cautele che abbiamo cercato di illustrare.

Come crediamo potrà emergere dall'analisi delle fonti che andiamo a compiere nel capitolo successivo, è proprio la posizione del nostro Studioso quella che meglio si concilia e coordina con il ricco – anche se talvolta disordinato – materiale normativo e letterario che ci è pervenuto, ed è quella che meglio coglie la ricchezza di un tema che, come si è visto, non è soltanto giuridico e non è soltanto storico.

4. Risultati delle indagini più recenti.

Per fornire conferma all'ipotesi appena rammentata, e per completare il nostro itinerario, reputiamo necessario dar conto di due ulteriori contributi alla visione del tema.

Il primo, particolarmente sostanzioso, è del Palma⁹¹.

⁹¹ A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., 21 s. In particolare l'Autore prende le mosse, nel primo capitolo, dalle relazioni di vicinato la solidarietà di gruppo, esaminando le seguenti fonti giuridiche: D. 10.1.4.10 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 42.8.21 (Scaev. 1 *resp.*); D. 38.5.1.15 (Ulp. 44 *ad ed.*); *Fr. Vat.* 158; D. 8.6.6 pr. (Cels. 5 *dig.*). Prende in considerazione anche le seguenti fonti letterarie: Plauto, *Cas.* 144, 161, 531; *Rud.* 615; *Bacch.* 205; *Mil. Glor.* 272; *Aul.* 90, 406; *Andr.* 62; *Ter.*, *Phorm.* 95; *Hecyr.* 719; *Col.*, *De r.r.* 1.3.7, 11.3.62, 11.1.20; *Varr.*, *De r.r.* 1.16.6, 1.16.4; *Ov.*, *Fast.* 2.655; *Hor.*, *Epist.*, 2.2.166, 1.16.36, 2.2.128; *Carm.* 2.18.23; *Cic.*, *Pro Mil.* 27.74; *De off.* 2.18.64; 9.22; *Sall.*, *Iug.* 41.5. Nel secondo capitolo si sofferma sulle forme risalenti di vicinato, collaborazione e limitazioni, ed analizza, per quanto riguarda le fonti giuridiche: D. 10.1.13 (Gai. 4 *ad leg. duodec. Tab.*); D. 47. 21.3 pr. (*Call. 5 de cogn.*); D. 43.17.3.7 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 43.27.2 (Pomp. 34 *ad Sab.*); D. 43.27.1 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*); D. 43.28.1 (Ulp. 71 *ad ed.*); D. 10.3.19 pr. (Paul. 6 *ad Sab.*); D. 47.7.6.2 (Pomp. 20 *ad Sab.*); D. 19.2.25.5 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 47.7.1 (9 *ad Sab.*); *Gai.*, I 4.11; D. 12.2.28.6 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 47.7.11 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 9.2.4.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 48.8.9 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 50.16.223.1 (Paul. 2 *sent.*); *P.S.* 5.6.13, 5.23.9; *Tab.* 1.1, 8.16; *Coll.* 7.3.2. Per quanto riguarda quelle letterarie: *Fest.*, *De verb. Sign.*, sv. *ambitus* (5 L.; 15 L.); sv. *sublucare* (474 L.); sv. *endoplorato* (67 L.); sv. *sub vos placo* (402 L.); sv. *plorare* (260 L.); sv. *adfinis* (10 L.); *Varr.*, *De l.l.* 5.4.22; *Vol. Maec.*, *Assis distr.* 46; *Sic. Flac.*, *De cond. agr.* 109.6 (Thulin = Lachmann 145.7); *Cic.*, *De leg.* 1.21. 55; *ID.*, *Pro M. Tull.* 21.50; *ID.*, *Pro Mil.* 3.9; *Front.*, *De contr.* 4.20 (Thulin = Lachmann 11.3); *ID.*, *De contr. agr.* 37.24 (Lachmann); *Hyg.*, *De gen. contr.* 89.1 (Thulin = Lachmann 126.3), 90.14 (Thulin = Lachmann 127.13), 91.5 (Thulin = Lachmann 128.5); *Hyg. grom.*, *Const. <lim.>* 134.5 (Thulin = Lachmann 169.4); *Plin.*, *Nat. hist.* 16.6.15, 18.3.12, 17.1.7; *Cl.* 8.1.1 *Imp. Alexander A. Apro evocato*; *Liv.*, *Ab urb. cond.* 1.58.5, 1.58.10; *ID.*, *Per.* 48; *Val. Max.*, 5.8.2, 6.3.8. Il terzo capitolo concerne i rapporti di vicinato e *loci publici* e l'evoluzione da essi subita in età repubblicana. Quanto alle fonti giuridiche: D. 8.4.2 (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 9.3.1.1,4,9 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9.3.2 (Gai. 6 *ad ed. prov.*); D. 9.3.3-5 pr (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9.3.4 (Paul. 19 *ad ed.*); D. 9.3.5.4 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9.3.39 pr. (Pomp. 17 *ad Quint. Muc.*); D. 43.7.1 (Pomp. 30 *ad Sab.*); D. 43.8.2 pr.-3-9-10-12-13-14-15-24-26-28-34 (Ulp. 68 *ad ed.*); D. 43.11.1.1 (Ulp. 68 *ad ed.*); D.43.11.3 pr (Paul. 1 *sent.*); D. 43.13.1.3-4-6 (Ulp. 68 *ad ed.*); D. 43.20.1.38 (Ulp. 70 *ad ed.*); D. 43.23.1 pr.-2-4-7-15; D. 43.23.2 (Ven. 1 *interd.*); D. 44.7.5.5 (Gai. 3 *aureor.*). Letterarie: *Sic. Flac.*, *De cond. agr.* 109.19 (Thulin = Lachmann 145.19); *Mart.*, *Ep.* 1.86.1; *Iuv.*, *Sat.* 3.268. Il quarto capitolo tratta, invece, dell'*aemulatio* come limite sociale all'esercizio, attraverso l'esegesi delle seguenti fonti giuridiche: D. 6.1.38 (Cels. 3 *dig.*); D. 7.1.30 (Paul. 3 *ad Sab.*); D. 8.1.9 (Cels. 5 *dig.*); D. 8.2.9 (Ulp. 53 *ad ed.*); D. 8.2.10 (Marcel. 4

L'Autore muove dalla premessa dell'esistenza, che si trae dalle fonti letterarie e giuridiche romane, di un'obbligazione "di vicinato", intesa come forma giuridica di solidarietà che presiederebbe ai moduli organizzativi dei rapporti fra gruppi di finitimi.

Quest'istituto non sarebbe sorto soltanto nella tarda romanità, o addirittura in epoca giustiniana: ritenere il contrario è semplicemente il portato del pregiudizio teorico, del quale abbiamo dato conto in precedenza, di immaginare l'antica proprietà romana come istituto profondamente individualistico ed antisolidaristico, così interpretando le testimonianze pervenuteci nel senso di confinare ad epoca giustiniana i dati che depongono per una sua concezione più temperata.

Già nel III sec. a. C., invece, le fonti mostrano, sia in ambienti cittadini che in campagna, una visione "irenica" del vicinato⁹², che

dig.); D. 8.3.22 (Pomp. 33 *ad Sab.*); D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 9.2.29.1 (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 9.2.39 pr. (Pomp. 17 *ad Quint. Muc.*); D. 9.2.27.25-32 (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 9.2.45.5 (Paul. 10 *ad Sab.*); D. 9.2.36 (Paul. 10 *ad sab.*); D. 19.2.25.3 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 39.2.24 pr. (Ulp. 81 *ad ed.*); D. 39.3.1.11 (Ulp. 53 *ad ed.*); D. 39.3.2.5-9 (Paul. 49 *ad ed.*); D. 47.8.2.20 (Ulp. 46 *ad ed.*); D. 47.10.44 (lav. 9 *ex post. Lab.*); D. 50.17.155.1 (Paul. 65 *ad ed.*); D. 50.10.3 pr. (Macer 2 *de off. praes.*); Gai., I. 1.53; I. 1.8.2. Il quinto capitolo concerne, infine, la tematica del *paries communis* tra conflitto e cooperazione, attraverso la disamina delle seguenti fonti: Cic., *Top.* 4.24; D. 17.2.52.10,13 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 8.2.8 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 10.1.4.10 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 8.2.26 (Paul. 15 *ad Sab.*); D. 8.2.36 (Pap. 7 *quaest.*); D.8.2.37 (Iul. 7 *dig.*); D. 8.4.6 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 8.2.34 (Iul. 2 *ex Min.*); D. 39.2.43.1 (Alf. Var. 2 *dig.*); D. 39.2.39 pr. (Pomp. 21 *ad Sab.*); P.S. 5.10.1; D. 39.2.35, 37 (Ulp. 42 *ad Sab.*); D. 39.2.32 (Gai. 28 *ad ed. prov.*); D. 33.3.4 (lav. 9 *epist.*); D. 33.3.1 (Iul. 1 *ex Min.*); D. 39.2.47 (Ner. 6 *membr.*).

⁹² Che si sostanzia in rapporti di conoscenza e fiducia, nello scambio degli *instrumenta*, nei comportamenti negoziali e così via.

viene offuscata soltanto alla fine della repubblica e nel principato da una concezione maggiormente conflittuale.

Fin da epoca risalente, infatti, viene regolamentata una serie di rapporti di vicinato attraverso criteri ancora richiamati dai giuristi romani del tardo principato. L'Autore segnala al riguardo, in particolare, il *limes*⁹³ nonché le *actiones de arboribus caedendis*⁹⁴, *de glande legenda*⁹⁵, *de tigno iuncto* e, naturalmente, *aquae pluviae arcendae*⁹⁶.

Nella tarda epoca repubblicana, poi, gli *edicta* del pretore e l'elaborazione giurisprudenziale avrebbero, secondo il nostro Autore, conferito un ruolo essenziale alla funzione sociale dei beni pubblici, predisponendo allo scopo tutele adeguate.

Fondamentale, in questo senso, sarebbe la testimonianza di D. 43.8.2.28 (*Ulp. 68 ad ed.*), nella quale il giurista, sul filo di un articolato percorso di storia dottrinale, riferisce una serie di opinioni di giuristi in tema di *via publica*, dalle quali è possibile cogliere un'evoluzione dottrinarie rapidamente sviluppatasi da una prima fase

⁹³ Sul punto v., in particolare, D. 10.1.13 (*Gai 4 ad leg. duodec. tab.*); Cic., *De Leg.*, 1.21.55; D. 47.21.3.pr. (*Call. 5 de cogn.*); Hyg., *De gen. contr.* 89.1 (Thulin=Lachmann 126.3). Queste prescrizioni, secondo l'A., tenderebbero a programmare il territorio in modo razionale, sulla base di consuetudini da gran tempo consolidate.

⁹⁴ D. 43.27.2 (*Pomp. 34 ad Sab.*) e D. 43.27.1.pr. (*Ulp. 71 ad ed.*). Da queste fonti, ed in particolare dalla seconda, si trarrebbe il principio che i finitimi hanno l'onere di preoccuparsi della reciproca sicurezza, rimuovendo dalla propria area fonti di danni potenziali, e di tutelare le esigenze della produzione, tagliando i rami degli alberi che tolgono luce alle colture disposte sul confine.

⁹⁵ D. 43.28.1. (*Ulp. 71 ad ed.*). La possibilità di varcare il confine per raccogliere le ghiande, ed in genere ogni *fructus*, fu concessa perché si trattava di esigenze alimentari essenziali.

⁹⁶ Gli interessi di cui trattasi erano, del resto, tutelati anche penalmente, in particolare attraverso l'*actio furti* e la connessa *endoploratio*.

nella quale era nettamente prevalente l'interesse del privato costruttore ad una successiva nella quale era invece preminente l'esigenza di evitare danni a terzi confinanti (diritto alla comune utilizzabilità delle *res communes*, diritto al *lumen* e così via⁹⁷).

Così sviluppata la propria tesi, l'Autore evidenzia quindi che “i rapporti di vicinato costituiscono l'*humus* per lo sviluppo della teoria degli atti emulativi”⁹⁸.

Effettuata una rassegna delle opinioni di dottrina, il Palma esprime il convincimento, coerente con la propria impostazione metodologica, che “il divieto degli atti emulativi funge [...] nell'esperienza romana da clausola di salvaguardia equitativa, affidata alla valutazione del giudice, nei confronti di comportamenti devianti della coscienza sociale”. In questo senso, “*la lettura dei testi che attestano l'esistenza già in età classica del divieto di atti ad emulationem deve quindi respingere la pregiudiziale del loro carattere insiticio [...], in virtù di una visione dell'aemulatio non limitata ai soli rapporti di contiguità fondiaria*”.

I testi richiamati dall'Autore sono principalmente i seguenti.

- 1) D. 50.10.3. pr. (Macer 2 *de off. praes.*). In esso si afferma la liceità delle costruzioni realizzate per munificenza da privati che non siano state edificate *ad aemulationem alterius civitatis*: eccezione giustificata dallo scopo di evitare rovinose contese fra i ceti dirigenti municipali. Si tratta cioè di

⁹⁷ Per ulteriori, e numerosi, esempi cfr. A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., 121 s.

⁹⁸ A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., 159.

un'accezione tecnica del termine, trattandosi di una forma di uso iniquo del diritto.

- 2) D. 8.1.9. (Cels. 5 *dig.*) e D. 8.3.22 (Pomp. 33 *ad Sab.*). I due giuristi mostrano di riconoscere il diritto del proprietario del fondo servente a vedere esercitata la servitù nel modo più discreto. Non si tratterebbe soltanto di limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà, ma più in generale di affermazione del principio inerente la necessità di forme di esercizio del diritto conformi ad equità e buona fede: il che atterrebbe appunto al tema dell'*aemulatio*, pur dovendosi riconoscere che i *prudentes* romani non elaborarono mai una compiuta teoria in proposito.
- 3) D. 39.2.24 pr. (Ulp. 81 *ad ed.*). Il giurista dell'epoca dei Severi dichiara la liceità dell'uso comune dei fiumi pubblici, delle *viae*, dei *litora* nella misura in cui ciò non rechi *incommoda* agli altri utenti.
- 4) Gai, *Inst.* 1.53. L'imperatore priva del dominium il padrone inutilmente crudele nei confronti del proprio servo, perché *male nostro iure uti non debemus*.
- 5) D. 47.8.2.20 (Ulp. 46 *ad ed.*). Insegna Labeone che il *publicanus* che ha condotto via il *pecus* di un *civis* che riteneva erroneamente debitore insolvente non è perseguibile con l'*actio vi bonorum raptorum* perché manca il dolo; ma se egli rinchiuse il *pecus*

impedendone il pascolo e causandone la morte potrà essere soggetto all'*actio legis Aquiliae* per "eccesso colposo".⁹⁹

Da tutti questi brani si trarrebbe, in definitiva, il principio in forza del quale l'*aemulatio* costituirebbe un valore generale di regolamentazione dei rapporti giuridici fra *cives*, ed il suo emergere documenterebbe l'evoluzione in senso sociale del concetto di proprietà.

Ricordato lo studio del Palma, possiamo ora passare all'esame dell'altro contributo recentemente dedicato all'argomento, che dobbiamo alla Corsi¹⁰⁰.

La nostra Autrice imposta integralmente il proprio lavoro sul riesame della ricostruzione dello Scialoja, alla quale abbiamo in precedenza accennato, in tema di proprietà ed atti emulativi, e muove dalla premessa che quest'ultimo ha costruito una teoria della proprietà nella quale la regola fondamentale, in diritto romano ma in larga misura anche in quello moderno, consiste nella libertà di fare nel proprio fondo ciò che si vuole: gli unici limiti consistono nella normale utilità o inutilità dell'atto, nel senso che soltanto gli atti inutili saranno vietati dall'ordinamento e perciò considerati illeciti, senza alcuna indagine circa l'intenzione del proprietario. La conseguenza di tale visione è che l'emulazione non è vietata se non nella misura in

⁹⁹ L'interpretazione fornita dal Palma ai passi in materia di acque (op. cit., 178 s.) sarà esaminata nel capitolo successivo.

¹⁰⁰ M. F. CURSI, *Il divieto di atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes historico y horizonte actual*, Madrid, 2014, 603 s.

cui gli atti che ne sono espressione sono inutili e dunque illeciti: essa costituirebbe dunque una categoria del tutto superflua, in quanto assorbita da quella di atto illecito.

Svolta questa premessa, la Cursi passa all'esame *singulatim* delle fonti romane richiamate dallo Scialoja, e conclude nel senso che le medesime depongono in senso opposto alla tesi da lui sostenuta.

I *prudentes* avrebbero infatti, a dire dell'Autrice, adottato nel tempo soluzioni differenti, ma tutte volte ad impedire gli atti emulativi: alcuni prescrivono di non adottare condotte maliziose (*neque malitiis indulgendum est*)¹⁰¹, di non fare ingiustificatamente cattivo uso del proprio diritto (*ne quis re sua male utatur*)¹⁰², o di esercitarlo con il principio del "minimo mezzo" (*id aequae commode per alteram partem facere possit minore serventis fundo detrimento*)¹⁰³; altri accordano strumenti processuali che sanzionano il dolo (*actio iniuriarum*, *actio de dolo*)¹⁰⁴; altri ancora ricorrono ad adattamenti dell'azione ordinaria (*actio utilis*) o a strumenti ulteriori (*interdicta*) per consentire la realizzazione di un'attività migliorativa per il fondo e priva di danni per quello vicino (*si velim aggere restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec equitas suggerit, etsi iure deficiamus*)¹⁰⁵. Nei casi esaminati da tali brani, in altri termini, l'attività che viene realizzata è lecita nella

¹⁰¹ D. 6.1.38 (Cels. 3 *dig.*).

¹⁰² I. 1.8.2.

¹⁰³ D. 8.1.9 (Cels. 5 *dig.*).

¹⁰⁴ D. 47.10.44 (Iav. 9 *ex post. Lab.*).

¹⁰⁵ D. 39.3.2.5 (Paul. 49 *ad ed.*), sul quale v. anche nel capitolo successivo.

misura in cui non viene espressamente vietata, ma non è ammessa quando è consapevolmente indirizzata a ledere l'altrui interesse senza ricavarne un vantaggio.

Nell'esaminare queste testimonianze, Scialoja avrebbe erroneamente negato, dunque, la rilevanza dell'*animus nocendi* che sta alla base dell'*actio doli*, sostanzialmente trasformando quest'ultima in un rimedio fondato sull'oggettiva inutilità dell'opera realizzata e così annullando la rilevanza dell'emulazione a vantaggio della sola categoria dell'illiceità.

Quest'operazione sarebbe il risultato di un'impostazione idoologica, in nome della quale risulterebbe affermato il valore assoluto ed inviolabile della proprietà, che non cederebbe neppure dinnanzi a malizie.

Del resto, il nostro Autore sarebbe nel contempo portatore e vittima di un'ulteriore ideologia, consistente nell'esaltazione del diritto romano come modello di riferimento assoluto e dalla parallela svalutazione del diritto medioevale, epoca in cui "andavano sempre confuse le idee di diritto, morale e religione". In questo senso, ma sulla base di un mero giudizio di valore, sarebbe secondo Lui ascrivibile proprio alla dottrina intermedia la creazione di una figura inesistente quale l'emulazione.

La Cursi conclude dunque esprimendo l'avviso che, muovendosi in una prospettiva storica e non già ideologica, ci si rende inevitabilmente conto che il diritto intermedio non ha fatto che sviluppare le premesse contenute nelle fonti romane classiche,

attraverso la creazione sistematica di una figura che è infine approdata nei codici moderni.

Non mi sembra di poter condividere del tutto l'impostazione, a tratti assai differente, dei due Studiosi appena richiamati, anche se ciò, ovviamente, non significa negare la validità di alcuni significativi spunti di riflessione.

E' in particolare, a mio avviso, condivisibile – e, come vedremo, specificamente confermata dalle testimonianze in materia di acque – l'opinione conclusiva della Cursi, che ritiene sussistere una linea di continuità evolutiva nel concetto di emulazione (e, aggiungiamo noi, in quello di proprietà) fra diritto romano, diritto intermedio e diritto moderno. In questo senso, mentre risulta ormai superata, per queste ragioni, l'impostazione dello Scialoja, non mi pare forse del tutto convincente neppure l'idea del Palma, che sulla base di una suadente, ma per certi versi eccessiva, dilatazione del concetto di *vicinitas* finisce per ipotizzare fin dal diritto romano classico la compiuta esistenza, viceversa esclusa dalle fonti, dell'autonoma categoria concettuale dell'*emulatio*, e per questa via dell'abuso del diritto. Vero è invece, a mio avviso, che tutti gli esempi adottati dal nostro Autore, quando non si riferiscono (come accade specialmente nella materia delle acque) alla soluzione di casi concreti (e non consentono perciò di affermare l'avvenuta elaborazione di una categoria dogmatica a sé stante), altro non sono che applicazioni del concetto dei limiti "intrinseci" all'esercizio del diritto di proprietà (o degli altri diritti dall'A. esaminati), che è

naturalmente estraneo al nostro tema e non è comunque posto in discussione da nessuno: neppure dallo Scialoja, che considera tali limitazioni come connaturate ai diritti stessi.

Nella misura in cui, però, fa generico riferimento alle fonti romane – così dando ad intendere, talvolta anche esplicitamente¹⁰⁶ - che il concetto di *emulatio* sarebbe stato organicamente formulato (quanto meno per “gettarne le basi”) fin dall’epoca classica, la Cursi commette, a mio avviso, un errore di prospettiva corrispondente a quello del Palma, senza così riuscire a contrapporsi con successo alla ricostruzione del Sitzia, che continuiamo a reputare preferibile¹⁰⁷.

L’esame delle fonti crediamo potrà chiarire meglio la nostra posizione.

¹⁰⁶ V. per es. op cit., 629 e nota 138, a proposito di acque.

¹⁰⁷ In chiusura dell’argomento, deve essere almeno ricordata anche l’opinione di F. SALERNO, “*Aqua pluvia*”, cit., 238, che richiamando in particolare D. 39.3.1.11 e D. 39.3.2.9 (passi sui quali torneremo nel prossimo capitolo), esprime avviso che “In materia d’acqua verrebbe applicato uno speciale principio, che ogni proprietario non solo non può fare atti a sé stesso inutili e nocivi al vicino, ma deve concedere a questo la facoltà di compiere quegli atti che gli siano utili e non rechino danni al concedente. Ci troveremmo, in conclusione, in un momento fondamentale dell’evoluzione del diritto di proprietà dietro la spinta di istanze sociali, politiche, religiose, culturali, economiche, espressione della mutata realtà del VI secolo, che porteranno Giustiniano ad affermare il riconoscimento dell’interesse pubblico a che il diritto di proprietà sia vantaggiosamente esercitato nell’interesse di tutta la collettività: *expedit enim rei publicae ne quis re sua male utitur*”.

5. Rilevanza del regime delle acque nel diritto romano.

Cenni introduttivi.

Le contrapposizioni che abbiamo descritto riemergono nella materia delle acque, la quale, come detto, ha costituito il terreno privilegiato per la costruzione delle diverse teorie in tema di divieto di atti emulativi.

La circostanza non deve sorprendere: l'*actio aquae pluviae arcendae* regolamentava il deflusso dell'acqua piovana o *cum pluvia mixta*, cioè di un bene fondamentale ma, allo stesso tempo, foriero di pericoli per l'attività agricola, il cui scorrimento poteva essere alterato dall'opera dell'uomo nonché da eventi naturali, ma che non teneva certamente conto di quella linea ideale che separa la proprietà di due fondi finitimi.

Ebbene, alcuni fondamentali testi della compilazione, dedicati alla materia, hanno costituito una straordinaria base per la costruzione dogmatica dell'emulazione e, attraverso essa, dell'abuso e più in genere dei limiti alla proprietà: mi riferisco ai notissimi e più volte richiamati frammenti del titolo 39.3 del Digesto, che hanno introdotto sicure limitazioni al *dominium*.

Anche con riguardo a questo tema, infatti, si registra l'esistenza di una tenace opinione che vede una decisa contrapposizione che il regime dell'*actio aquae pluviae arcendae* manifesterebbe in epoca classica da una parte e giustiniana dall'altra. Si sarebbe passati da una disciplina caratterizzata

dall'intento di tutelare interessi meramente privatistici ad un'altra volta a soddisfare, con una netta linea di demarcazione rispetto alla prima, anche esigenze "sociali" o comunque di interesse collettivo¹⁰⁸. Secondo tali concezioni, in diritto giustiniano si sarebbe affermato un nuovo regime delle acque private, nel quale il *dominus* non svolgeva più sul proprio fondo la propria attività come esercizio di un diritto soggettivo, ma come adempimento di un compito volto a soddisfare esigenze dell'economia privata ed interessi collettivi¹⁰⁹.

In realtà dall'esame delle fonti, riguardo alla pretesa tutela primaria delle esigenze della collettività, emerge soltanto una linea di tendenza, senza che però possa ravvisarsi l'esistenza di un cosciente disegno sistematico, e soprattutto senza che venga cancellata la prospettiva, classica, del compimento da parte del *dominus* della propria attività sul fondo quale esercizio, quanto meno in ordine alle acque, di un diritto soggettivo pieno. Le testimonianze che ci sono pervenute inducono, pertanto, per la loro complessità del quadro in cui si collocano, a sfumare in maniera significativa quella netta contrapposizione tra regime classico e giustiniano che taluno continua a prospettare.

Gran parte delle tematiche relative alla nostra *actio* viene, cioè, riproposta anche nei testi del Digesto senza rilevanti mutamenti di prospettiva, e le seppur significative interpolazioni rilevate non

¹⁰⁸ V. F. SALERNO, "*Suum agrum*", cit. 206 ss.

¹⁰⁹ V. F. SALERNO, "*Suum agrum*", cit., 206 ss., che peraltro rielabora idee già formulate dal PEROZZI in *Il divieto*, cit., 372.

sembrano essere tali da consentire un capovolgimento totale dell'impostazione data dai giuristi classici.

Anticipando quindi le conclusioni alle quali giungeremo al termine della nostra indagine, sembra dunque eccessivo ritenere che dai frammenti del titolo D. 39.3 citati possa evincersi con nettezza che in materia di acque private le attività consentite al *dominus* si presentino ormai rivolte a soddisfare soltanto interessi della collettività.

Si può semmai affermare che i compilatori – ispirati da alcune linee di tendenza - hanno tramandato una testimonianza ideale per la costruzione di tale divieto, anche se essi non giunsero a formulare una dottrina organica in materia di atti emulativi.

CAPITOLO III
L'ELABORAZIONE DEL REGIME DELL'AQUA *PLUVIA*
NEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE — 2. INTERPOLAZIONI FORMALI O SOSTANZIALI? — 3. LA MATERIA DELLE ACQUE. ESEGESI DI D. 39.3.1.11-12. — 4. ESEGESI DI D. 39.3.2.9-10. — 5. ESEGESI DI D. 39.3.2.5-6.

1. Introduzione

Come abbiamo accennato, si reputa che il danno causato dagli atti emulativi sia risarcibile in quanto la condotta dannosa sia inutile all'operatore e che la valutazione dell'*utilitas* debba essere un *prius* rispetto a quella della conformità della condotta stessa alla legge.

L'elemento dequalificante che conferisce alla figura degli atti emulativi la necessaria autonomia rispetto a quella dell'abuso del diritto consiste, come già emerso, nell'intento di nuocere.

Nell'ambito del più ampio studio delle linee di interferenza fra queste due figure, il profilo esegetico del nostro lavoro riguarderà perciò, specie in riferimento all'epoca giustiniana, l'eventuale

influenza dell'*animus nocendi* nella regolazione dei rapporti di vicinato¹¹⁰ in materia di acque¹¹¹.

¹¹⁰ Occorre, in proposito, dedicare un ulteriore cenno al già richiamato contributo di A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., 21 s., per una ricostruzione organica dei modelli attraverso i quali si delinea la concezione romana della *vicinitas*. Il nostro A. si dichiara convinto che, anche sul piano grammaticale, la "vicinanza" consiste nella pratica dei rapporti *inter vicinos*, e che le linee di evoluzione semantica e concettuale possono essere più agevolmente colte distinguendo fra città e campagna (cfr. per esempio D. 10.1.4.10 (Paul 23 *ad ed*), ove si precisa che nella realtà urbana si trovavano *vicini* e non *confines*). Osserva poi che l'immagine della *vicinitas* come percepita nel III secolo a.C. viene offuscata e poi superata nel principato da una concezione più conflittuale (sul punto v. anche E. DUTOIT, "*Vicinus, vicinitas*" ou les rapports de voisinage dans l'antiquité romaine. *Compte-rendu des séances du group romain de la Société des études latines*, in REL 47 1969, 25 ss; E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, 1864-1926; rist. 1965, sv *vicinus, vicinitatis* ed affini; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 2001, sv *vicus*). Assai interessanti sono gli spunti offerti dal nostro A. anche a proposito delle fonti giuridiche in tema di *vicinitas*, fra i quali spiccano D 8.6.6. pr. (Cels. 5 *dig.*) in materia di estinzione della servitù per non uso e D 10.1.13 (Gai. 4 *ad leg. duod. Tab.*) in tema di *actio finium regundorum*, D 43.27.2 (Pomp. 34 *ad Sab.*) in tema di *arbores* e di differenza fra il tagliare le *arbores* e vietare le *immissiones*: fonti dalla quali l'A., come già abbiamo accennato nel testo, prospetta l'ipotesi che, già in epoca decemvirale, alla concezione della proprietà in quanto esclusivo dominio del titolare sembra affiancarsi un nascente solidarismo (in tema si consulti, anche, L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione degli iura praediorum nell'età repubblicana*, 1, Milano 1969, 1 s. Esaminate, quindi (111 s.), molteplici fonti riguardanti *vicinitas* e *loci publici* (sulle quali v., anche, G. MELILLO, "*Interdicta*" e "*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*", in *Labeo* 12, 1966, 188 s; A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, 121 s.; G. GANDOLFI, *Lezioni sugli interdetti*, Milano, 1960, 38 s.; S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano*, 2, 1933-1934, 171 s., fonti dalle quali, come abbiamo accennato in precedenza, egli trae la conclusione che il ruolo dei gruppi è decisivo ai fini della tutela dei beni pubblici, il nostro A. perviene infine (159 s.) ad occuparsi dell'*aemulatio*, categoria rispetto alla quale (ivi, nota 1) l'abuso del diritto non possiederebbe uno statuto giuridico autonomo, e che costituirebbe di per sé, invece, "una forma di uso iniquo del diritto" (167 s.), come dimostrato da una serie di testi, già richiamati in precedenza.

¹¹¹ La letteratura sulla disciplina romana delle acque, di particolare interesse per il regime e lo sviluppo dell'*a a p a*, è plurisecolare. Dopo l'attenzione dedicata al problema da H. BURCHARD, *Die «actio aquae pluviae arcendae»*, Erlangen, 1881, si registrano i contributi di S. PEROZZI, *Il divieto d'atti di emulazione*, cit., 350 ss., nonché di P. BONFANTE, *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, in AG 87,1922. Interessanti spunti possono essere poi tratti da C. FERRINI- G. PULVIRENTI, *Delle servitù prediali*, Napoli-Torino, 1920, M. LAURIA, *Le derivazioni di acque pubbliche*, in AUMA 8,1932, 243 ss, E. SCHONBAUER, *Die «actio aquae pluviae arcendae»*, in ZSS 54, 1934, 233 s, M. SARGENTI, *L'«actio aquae pluviae arcendae»: contributo alla dottrina della responsabilità per danno in diritto romano.*, Milano, 1940, G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali*

Una tale influenza, infatti, costituirebbe come abbiamo anticipato, il segno di un limite sociale all'esercizio del diritto e si inserirebbe, ad avviso di più di un Autore che si è occupato del tema, in quella più generale tendenza, rispondente al mutare delle istanze socio-economiche del tempo, diretta a far venir meno, si vedrà se progressivamente o con drastiche innovazioni¹¹², i confini fra la sfera del pubblico e quella del privato in materia di proprietà, esaltando la "funzione sociale" di quest'ultima¹¹³.

nell'impostazione romana, Torino, 1944, BRANCA, *La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza ed il pensiero dei « veteres »*, in *St. Albertario I*, Milano, 1955, G. ASTUTI, sv *Acque*, cit., 348, A. BURDESE, sv *Actio aquae pluviae arcendae*, in *NDI*, I, Torino, 1957, 257 ss., P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968. Particolarmente interessanti, inoltre, le osservazioni di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit. Il tema, più specifico, della disciplina dell'azione è stato toccato, in particolare, da F. PETERS, *Das «patientiam praestare» im Klassischen romischen Nachbarrecht*, in *SDH*, 1969, 140 s.; A. RODGER, *Roman rain-water*, in *T. 38*, 1970, 417 s.; lavori ai quali si aggiungono la già citata monografia di F. SITZIA, *Ricerche*, cit., e gli ulteriori, più recenti, contributi dei quali si darà conto nel seguito dell'esposizione.

¹¹² Dobbiamo, come accennato, a P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., in particolare 386 s., un contributo di notevole spessore in ordine alle linee di svolgimento storico del concetto di proprietà. L'illustre A., al termine di una ricerca densa di riflessioni, ritiene di poter concludere che "la storia dell'appartenenza e dei rapporti giuridici sulle cose è necessariamente segnata da una profonda discontinuità; necessariamente, giacché proprietà è soprattutto mentalità [...] Tante proprietà – per così dire – quante sono le esperienze giuridiche succedutesi nel tempo"; mentre unico "testimone loquace della continuità è il *dominium utile*", di creazione altomedioevale, ed inteso come "attingimento delle situazioni effettive di godimento ed esercizio alla sfera più gelosa del reale". La crisi della proprietà e la nascita del concetto moderno, ad avviso dell'A., sarebbero attestate da una nuova "mentalità", costituita dal passaggio dal "mio" al "me", corrispondente alla delusione verso le cose (ormai non più in grado di garantire all'uomo la sopravvivenza) da parte di un soggetto che, fortificato da "secoli di altissima fioritura sapienziale" è chiamato a fare i conti esclusivamente con sé ed a cercare in sé stesso nuovi fondamenti. I limiti della presente ricerca non consentono una trattazione più diffusa di questa affascinante tematica, sulla quale tuttavia, nel prosieguo, dovremo nuovamente soffermare la nostra attenzione per quanto concerne i profili di più diretta rilevanza.

¹¹³ V., per tutti, F. SITZIA, *Aqua pluvia e natura agri*, cit., in part. 80 s.

2. Interpolazioni formali o sostanziali?

Nel corso dell'esposizione potremo registrare che, con specifico riferimento alla nostra *actio*, la sfera del privato riguarda gli interessi in conflitto di due proprietari e la possibilità che l'uso del bene proprio arrechi pregiudizio ad altri¹¹⁴.

L'intensità della tutela di questi reciproci interessi deve fare i conti con il venire in essere di alcune regole che, tenendo conto delle esigenze di un intero comprensorio agrario piuttosto che di quelle del

¹¹⁴ F. SITZIA, *Abuso del diritto*, cit., p. 4 e spec. nota 12. L'impostazione dell'A. è nel senso di proporre all'attenzione della comunità scientifica in tema del rapporto tra una nozione di proprietà che fa perno sull'appartenenza esclusiva del fondo al *dominus* e la pluralità dei mezzi processuali, di origine civilistica e pretoria, mediante i quali questa appartenenza trova una sua tutela nei confronti dei terzi. In questo quadro, il Sitzia afferma che non appaiano conformi alle tecniche argomentative della giurisprudenza le ricostruzioni moderne che inducono a rappresentarci la proprietà romana come una sorta di *cittadella fortificata* cinta da un'alta e spessa muraglia per tutto il suo perimetro. Ed invero, nell'impostazione dei giuristi classici il sistema di difesa del *dominium* continua a realizzarsi attraverso la concessione di una pluralità di mezzi giudiziari, di origine civilistica e pretoria, il che rende più adeguata una rappresentazione che, nell'immagine offerta dal nostro A., individui le fortificazioni della nostra cittadella in "torrioni" assai ben muniti, spesso assai ravvicinati o che addirittura si sovrappongono l'un l'altro, ma privi di una muraglia che li colleghi lungo tutto il perimetro". E' quindi soltanto attraverso l'analisi delle caratteristiche e dei limiti dei nostri torrioni (nella metafora i singoli mezzi processuali) che si è in grado d'individuare concretamente il campo d'azione degli strumenti a difesa della proprietà ma anche i varchi all'interno dei quali nessuna tutela viene offerta al *dominus*. Varchi che non solo esistevano ma sono stati lasciati consapevolmente aperti dalla giurisprudenza romana. In questo senso, dunque, l'impostazione proposta dall'A. presenta significative differenze rispetto a quelle tradizionali nelle quali l'analisi delle "varie forme di tutela giuridica stabilite per le acque private e pubbliche", viene di norma collocata al termine del discorso complessivo in materia di acque, affrontato però in una prospettiva di diritto sostanziale e non processuale. In proposito il Sitzia osserva che è proprio il funzionamento concreto dell'*a.a.p.a.* che mostra la necessità di un approccio particolarmente duttile alle tematiche dell'abuso: l'*actio* presenta, infatti, un carattere di forte ambivalenza in quanto ciò che da un lato appare un ampliamento della tutela del proprietario di uno dei due fondi interessati, dall'altro rappresenta nello stesso tempo un'indubbia limitazione del proprietario dell'altro fondo. In altri termini, prosegue il nostro A., il regime dell'*actio* documenta che in esso a contrapporsi non sono tanto l'interesse del proprietario e quello della collettività, quanto quelli dei due proprietari in conflitto.

singolo, possono far pensare a quella che, secondo le categorie moderne, viene definita “funzione sociale” della proprietà¹¹⁵.

Sotto altro profilo, e come si è accennato in precedenza su un piano più generale, il requisito della *voluntas* ha costituito uno dei perni che ha indotto la dottrina a lungo dominante a prospettare la tesi della refrattarietà della giurisprudenza classica a valutare gli elementi intenzionali, che sarebbero invece divenuti rilevanti soltanto nel pensiero giustiniano, teso a trasformare la *voluntas* in *animus* e rendere quest'ultimo un presupposto indefettibile di atti e rapporti giuridici.¹¹⁶

¹¹⁵ Riguardo a quest'aspetto, sul quale dovremo tornare, può essere utile anzitutto, per alcuni spunti che potrebbero trarsi ai fini della nostra ricerca, riportare il pensiero dell'ASTUTI - voce *Acque (storia)*, cit., 358 - il quale richiama le riflessioni di G. SEGRE', *Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali, Corso di diritto romano*, I, Torino, 1927, 87: "Solo nel diritto giustiniano troviamo imposto un limite, col divieto degli atti emulativi, che si concreta nell'esigenza che il proprietario non abbia agito unicamente nel fine di nuocere al vicino... Il che forse, come pensa il Segrè, «sotto l'apparenza di un criterio meramente soggettivo, va inteso nel senso oggettivo, e 'cioè nel senso che l'esercizio del diritto è limitato in guisa che non ci deve essere sproporzione eccessiva fra l'utile che avrebbe il proprietario e il pregiudizio patrimoniale che ne avrebbe quello vicino». Come si vedrà, adottando la prospettiva del Segrè e dell'Astuti, che estendono la tutela anche alle ipotesi di sproporzione eccessiva tra l'*utilitas* ed il danno arrecato al vicino, si potrebbe ipotizzare un collegamento tra il principio enunciato in D. 39.3.1.12 ed i testi che concedono un rimedio processuale nell'ipotesi in cui *aqua noceat ultra modum*. Per il che occorrerà affrontare il problema se una tale ipotesi trovi semplice supporto corrisponda in nostre esigenze di carattere sistematico o corrisponda piuttosto che ad una consapevole elaborazione concettuale da parte dei compilatori.

¹¹⁶ Può essere utile richiamare a questo proposito, ad esempio, le riflessioni dedicate all'argomento da F. STELLA MARANCA, *In tema di divieto dell'aemulatio*, II, in Studi A. Albertoni, Padova, 1937, 457 s. L'A. ricorda che “quando l'indagine interpolazionistica incominciò a conquistare il campo dello studio del diritto romano, invano per gli studiosi italiani Alfredo Pernice ammonì che, pur riconoscendo indipendentemente le interpolazioni dei compilatori, queste non costituivano una novità, ma erano l'applicazione di un principio più generale adottato già dalla giurisprudenza classica (riguardo all'emulazione, ndr) e risalente anzi a Quinto Mucio Scevola il quale, richiamandosi alla «lex Aquilia» del 286 a. C., nel caso che uno scacci violentemente dal proprio fondo l'animale altrui, voleva repressa ogni inutile azione dannosa”. Riguardo poi, più specificamente, al requisito della *voluntas* l'A. richiama le *Istituzioni di diritto romano* di S. PEROZZI, Roma, 1926, 633 s., il quale, dalle interpolazioni di due paragrafi di un frammento

È noto che le conseguenze di tale assunto – o forse perfino il punto di partenza aprioristico per fornirne dimostrazione – sono consistite in un metodo di lettura delle fonti caratterizzato, in questa materia in particolare, da un'insistita caccia alle interpolazioni, tesa a comprovare che non avrebbe avuto luogo un consapevole e lungo processo di elaborazione delle regole e dei concetti classici, ma sarebbero stati operati drastici e decisi interventi compilatori, tali da segnare un netto distacco dal pensiero dei *prudentes*.

Secondo questa tesi, dunque, gli interventi compilatori avrebbero natura sostanziale e corrisponderebbero di per sé stessi al segno di innovazioni legislative¹¹⁷.

di Ulpiano e di due paragrafi di un frammento di Paolo, dedusse che «Giustiniano creò un nuovo regime delle acque private opposto al classico»; ossia che «dogmaticamente Giustiniano creò semplicemente delle nuove limitazioni legali della proprietà immobiliare, in quanto vietò certe opere, che per la proprietà si potrebbero fare, ma che avrebbero per conseguenza che il godimento di una *res omnium communis* sarebbe mal distribuito»; o, in altri termini, che «Giustiniano in certi casi limitò il diritto sia d'azione che d'esclusione del proprietario, quando venisse esercitato con danno altrui», ma che «questi sarebbero due principii molto gravi, se si volessero estendere per analogia a tutti gli atti di esercizio della proprietà; nè effettivamente fu mai ammessa». E perciò, «<Giustiniano pensò bene di rimaneggiare tutta questa materia delle acque, introducendo un nuovo regime di esse opposto a quello classico e dominato tutto da un pensiero di utilità sociale... Questo nuovo regime delle acque egli lo introdusse mediante interpolazioni, in parecchie delle quali si fa in modo infelice menzione dell'*animus nocendi* o meno di chi fa le opere. In realtà però l'*animus nocendi* non è menzionato per impedire l'atto, se codesto animo esiste, e concederlo se non esiste. In tutte le leggi si suppone invece, il nocumento effettivo: e se il nocumento c'è, l'atto è vietato anche se l'intenzione è buona; e se non c'è, è permesso anche se l'intenzione sia cattiva>>. Sul punto si tornerà oltre più diffusamente.

¹¹⁷ L'argomento è notissimo, ma vista la sua rilevanza ai fini della presente ricerca può forse esserne opportuno un breve richiamo. Obiettivo principale era divenuto, dagli ultimi decenni dell'Ottocento, lo studio delle cd. interpolazioni: cioè, delle alterazioni che i compilatori del *Corpus iuris* avevano compiuto sui testi classici raccolti per renderli utilizzabili, nel VI secolo, come fonte legislativa. Si tentava, in tal modo, isolando e scrostando codeste interpolazioni, di risalire al dettato originario degli antichi testi. Sennonché, a partire all'incirca dagli anni '10 del Novecento questo studio era degenerato in una vera e propria 'caccia alle interpolazioni', come fu da qualcuno già allora stigmatizzato: una caccia che non salvava quasi nessun brano dal sospetto, o dall'asserita certezza, di pesanti

interventi modificativi giustinianeî, spesso in nome di presunti indizi puramente lessicali. Ne derivò, sul piano della ricostruzione storica, il radicarsi dell'idea che si fronteggiassero, da un lato, un diritto dei primi secoli dell'Impero ancora rigido e formalistico, e, dall'altro lato, una Compilazione giustiniana i cui progrediti valori (quali, ad esempio, il rilievo dell'*aequitas* e della volontà negoziale) sarebbero derivati da massicce interpolazioni, che avrebbero veicolato consuetudini delle province orientali dell'Impero e pretese elaborazioni teoriche delle Scuole giuridiche orientali tardoantiche. Fu merito soprattutto del Riccobono una vigorosa reazione a questa deriva ipercritica e alla lettura dei rapporti tra diritto classico e giustiniano che ne conseguiva: e ciò a partire dal noto scritto del 1917 '*Dal diritto romano classico al diritto moderno*', in cui il nostro A. sosteneva, fra altre, l'idea che la maggior parte delle alterazioni, anziché portare nuovi regimi giuridici, incidesse soltanto sull'aspetto esteriore dei testi. Pochi anni dopo, del resto, il Riccobono, ricredendosi sull'esistenza di decisive spinte orientali, prendeva a ricostruire lo svolgimento di uno sviluppo lineare del diritto fino a Giustino, legato a fattori evolutivi interni, tra i quali, principalmente, l'opera della giurisprudenza classica e la progressiva fusione tra ordinamento civile, ordinamento pretorio, *ius gentium* nella prassi processuale tardoantica.

Questa nuova, e condivisa, impostazione naturalmente non contraddisse di per sé l'esigenza di proseguire la ricerca delle interpolazioni, che anzi si indirizzò verso la convinzione che molte interpolazioni della compilazione giustiniana fossero dovute, anziché al lavoro dei commissari di Giustino, a commenti e annotazioni anteriori di studiosi e d'interpreti che tenevano al corrente i vecchi testi con la nuova realtà giuridica, urgente e dappertutto dilagante: cioè con il diritto della legislazione degli imperatori romano-ellenici; con gli istituti non romani, che resistevano al diritto romano e lo soprafacevano; con gli adattamenti e i mutamenti degli stessi istituti romani attraverso la tarda prassi dell'età postclassica. E si cominciò così a distinguere tra interpolazioni *giustiniane* e interpolazioni *pregiustiniane*: legislative le prime, dottrinali le seconde. S'imponneva pertanto, e ancora s'impone, un nuovo problema: quello di differenziare le interpolazioni aventi origine pregiustiniana da quelle giustiniane, riguardo al quale furono indicati una serie di criteri da seguire. L'importanza della ricerca delle interpolazioni pregiustiniane e giustiniane è evidente: sia perché giova a illuminare le linee del sistema del diritto romano postclassico giustiniano, a scoprire le tendenze e gli spiriti di questo diritto; sia perché avvia a costruire il sistema del diritto romano classico nascosto molte volte dalle superstrutture più recenti. Sono evidenti anche le difficoltà; sia perché non tutti i criteri hanno un valore assoluto, e particolarmente pericoloso può riuscire nelle sue applicazioni il criterio linguistico; sia perché si ha un considerevole numero d'interpolazioni soltanto formali, che non alterano la sostanza del testo classico; sia anche perché l'interpolazione talvolta è consistita nell'assumere a regola generale del nuovo diritto giustiniano un principio che già prima si era affermato mediante l'opera del pretore romano sul terreno processuale, oppure rappresentava il pensiero, anche se non dominante o addirittura isolato, di qualche giureconsulto. Ma le interpolazioni sostanziali, modificatrici e innovatrici, sono in gran numero; e i risultati certi conseguiti, accanto a quelli semplicemente probabili o addirittura dubbî, sono già assai cospicui.

Senza alcuna pretesa di completezza, e limitandoci ai contributi "classici", sulla ricerca delle interpolazioni nelle fonti giustiniane fatte prima del sec. XIX, cfr. L. LUSIGNANI, *Saggio di una raccolta di interpolazioni negli antichi*, Parma, 1898; A. DE MEDIO, *I Tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro*, in *Bull. ist. dir. rom.*, XIII, 1901, 208 ss.; XIV, 1902, 276 segg.; E. ALBERTARIO, *I Tribonianismi avvertiti dal Cuiacio*, in *Zeitschr. d. Sav. Stift. f. Rechtsg.* (röm. Abt), XXXI, 1910, 158 ss.;

Innovazioni che, secondo una dottrina ancor più radicale, avrebbero il carattere di mere eccezioni, con il risultato che non

Hodie (Contributo alla dottrina delle interpolazioni), Pavia 1911; ID., *Contributi alla critica del Digesto*, Pavia, 1911; ID., *Due antichi trattatelli sulle interpolazioni*, in *Studi dell'Ist. giur. di Pavia*, II, 1913, 116 ss.; ID., *Miscellanea critica*, in *Athenaeum*, 1928; ID., *Adventicius*, in *Rend. Ist. Lomb.*, 1931; B. BIONDI, *I Tribonianismi avvertiti da J. Wissembach e H. Eckard*, Palermo, 1911; ecc. Sulla ripresa della ricerca, cfr. F. EISELE, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten u. im Codex; Weitere Studien zum Texte der Digesten; Exegetica*: numerosi contributi, codesti, editi in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsg.*, 1886, 1889, 1890, 1892, 1897, 1909, 1914; ID., *Beiträge zure röm. Rechtsg.*, Lipsia, 1896; O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlino 1887; ID., *Interpolazioni e interpretazioni*, in *Bull. ist. dir. rom.*, II (1889), 3 ss.; O. LENEL, in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsg.*, 1882, 1883, 1918, 1925, 1929, 1930, 1931; W. KALB, *Juristenlatein*, Norimberga, 1888; ID., *Roms Juristen*, Lipsia 1890; ID., *Jagd nach Interpolationen in den Digesten*, Norimberga 1896-97; H. APPLETON, *Les interpolations dans les Pandectes*, Lione, 1894; M. PAMPALONI, *Contributo alla determinazione degli emblemi nelle Pandette*, in *Arch. giur.*, LV, 500 ss.; LVI, 3 ss.; F. MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolazioni*, in *Filangeieri*, 1901; V. SCIALOJA, *Per la critica delle Pandette*, in *Atti del Congresso storico*, Roma, 1903; S. DI MARZO, *Bonae fidei contractus*, Palermo, 1904; P. COLLINET, *Un nouveau critère d'interpolation*, in *Revue hist. du droit*, XXXIV, 81 ss.; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, Tubinga, I, 1910; II, 1911; III, 1913; IV, 1920; V, Lipsia, 1931; ID., numerosi contributi editi come *Romanistische Studien, Miscellanea critica, Textkritische Studien*, in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsg.* (röm. Abt.), dal 1923 in poi; ID., *Juristische Miniaturen*, Lipsia, 1929; ID., *Opora*, Lipsia, 1930; E. ALBERTARIO, L. MITTEIS, *Zur Interpolationenforschung*, in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsg.* (röm. Abt.), XXXIII (1912), 180 ss.

Sulle interpolazioni e glosse pregiustinianee, cfr. E. ALBERTARIO, *Ancora sul glossema in Gai IV, 139*, in *Filangieri*, 1914; ID., *Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori*, in *Studi ist. giur. Pavia*, I (1912), 41 ss.; ID., *Due osservazioni sul fragmentum de form. Fabiana*, in *Annali Perugia*, 1926, 215 ss.; ID., *Tituli ex corpore Ulpiani*, in *Bull. ist. dir. rom.*, XXXII (1922), 73 ss.; ID., *Elementi postgiaiani nelle Istituzioni di Gaio*, in *Rend. Ist. Lomb.*, 1926 e 1928; ID., *Da Diocl. a Giust.*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1932; O. GRADENWITZ, *Interp. im Theodosianus*, in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsg.* (röm. Abt.), 1913 e 1917; H. APPLETON, *Les interp. dans Gaius*, in *Revue hist. du droit*, 1929; S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, Palermo, 1932.

Sulla dottrina delle interpolazioni, sul metodo della ricerca e sul significato prevalentemente formale o sostanziale delle interpolazioni, cfr. A. BERGER, *L'odierno indirizzo degli studi di diritto romano*, Firenze, 1913; H. PETERS, *Moderne Quellenkritik am röm. Recht*, in *Rhein. Zeitschr. f. Zivil u. Prozessrecht*, VIII, 3 ss.; F. SCHULTZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tubinga, 1916; F. EBRARD, *Die Grundsätze der modernen Interpolationenforschung*, in *Zeitschr. f. vergleich. Rechtsw.*, XXXVI (1919), 1 ss.; S. RICCOBONO, *Fasi e fattori della evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges Cornil*, II, 1926, 235 ss.; ID., *Punti di vista critici e ricostruttivi a proposito della dissertazione di L. Mitteis*, Palermo, 1928; ID., *Summum ius summa iniuria*, Palermo, 1929; E. ALBERTARIO, *La crisi del metodo interpol.*, in *Studi Bonfante*, I, Milano, 1930, 609 ss.

sarebbe lecito generalizzare decisioni e motivi di meri casi specifici introdotti dai compilatori. In altri termini, nella nostra materia, fermo ed inviolabile dovrebbe restare il noto principio della piena ed assoluta libertà del proprietario di usare il proprio diritto come voglia, a condizione che non invada la proprietà altrui. Sull'assunto che questo sia un principio infrangibile, tutte le decisioni contrarie dovrebbero avere necessariamente carattere e contenuto di semplici eccezioni, e come tali dovrebbero essere interpretate restrittivamente.

3. La materia delle acque. Esegesi di D. 39.3.1.11-12.

Svolte queste considerazioni d'ordine generale, si può ora dare la parola ai testi che, a nostro avviso, sono maggiormente indicativi per un verso della non accettabilità dell'impostazione che abbiamo sintetizzato, e per altro verso della rilevanza quasi paradigmatica del requisito dell'*animus nocendi* nella materia delle acque.

Il discorso può prendere le mosse da D. 39.3.1.11-12 (Ulp. 53 *ad ed.*), che è opportuno riportare congiuntamente, anche se le fattispecie esaminate appaiono profondamente diverse l'una dall'altra¹¹⁸.

¹¹⁸ Come si vede, infatti, il paragrafo 11 concerne un'ipotesi di concessione della nostra *actio*, mentre nel par. 12 un tale problema non doveva porsi stante la mancanza del requisito dell'*aqua pluvia* (il passo tratta infatti di una *fons*) e comunque perché la fattispecie esaminata si riferiva ad una diminuzione e non ad

Ulp. 53 ad ed. D. 39.3.1.11: *Idem aiunt aquam pluvia in suo retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse (prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur) nec quemquam hoc nomine teneri. 12. Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non*

un aumento del flusso dell'acqua: ad un caso cioè, estraneo all'ambito di applicazione dello strumento in esame. La particolare impostazione di questa ricerca non consente di soffermarsi sul punto, ma in relazione ad uno degli aspetti che più direttamente ci interessano (ossia, come si vedrà più diffusamente, la responsabilità connessa ad un *facere*) è opportuno sottolineare che, secondo l'opinione preferibile (F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 29 s.), già in epoca decemvirale doveva essere esclusa una responsabilità oggettiva del *dominus*, dato che fin da allora "[...] la nostra azione [...] sanziona l'obbligo di *aquam arcere* sorgente in capo al *dominus* in seguito ad un'attività da lui compiuta sul fondo e che muta in modo dannoso il decorso delle acque", anche se tale obbligo doveva a quel tempo essere normalmente oggetto di coercizione attraverso una condanna pecuniaria, posto che l'*actio* veniva ordinariamente esperita "nelle ipotesi in cui il maggior deflusso delle acque fosse stato cagionato da opere agricole, opere che sarebbe stato antieconomico se non assurdo distruggere per il solo fatto che esponevano il fondo vicino ad un maggior deflusso delle acque" (F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 13 s.). L'evoluzione che può registrarsi in epoca classica, del resto, non attiene all'elemento, per così dire, costitutivo rappresentato dalla necessità di un'attività umana, ma può semmai cogliersi con riguardo allo scopo pratico dell'*a.p.a.*, nel senso che al risultato di *aquam arcere* si è, in questa fase storica, normalmente pervenuti attraverso l'ordine di rimozione della causa (*opus manu factum*) che ha prodotto il maggior deflusso delle acque. Più in particolare (v., ancora, F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 51 s.) l'azione veniva intentata sulla base dell'esistenza di un *opus manu factum* dannoso, all'eliminazione del quale era tenuto il proprietario del fondo *unde aqua nocet* se autore dell'opera, o il proprietario del fondo *cui aqua nocet* se autore dell'opera fosse un terzo; ovvero sulla scorta della distruzione o del deterioramento di un *opus manu factum* utile posto sul fondo del vicino e reso legittimo dalla *lex agri* o dalla *vetustas*, essendo in tal caso il vicino soltanto tenuto alla *patientiae praestatio*; o infine sulla base del pericolo di danno per i difetti di un *opus manu factum* che si trovava sul fondo del vicino ed era utile, essendo in tal caso il vicino tenuto a ristabilire a propria cura e spese il corretto funzionamento dell'*opus*. Circa la natura personale della nostra azione, e la conseguente inapplicabilità dei principi in materia di immissioni, v. ancora F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 73 s., il quale precisa peraltro che in epoca postclassica si porta a compimento il "processo di assimilazione della problematica relativa alla nostra azione nell'ambito della problematica dei diritti reali" (*ivi*, 169 s.). Sulla rilevanza di detta assimilazione ci soffermeremo oltre.

debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.

La letteratura che si è occupata di questi passi – qualificati fra i più importanti e conclusivi - è vastissima¹¹⁹.

Dalla testimonianza si apprende che Sabino e Cassio – menzionati da Ulpiano nel tratto “*Sabinus Cassius [...] aiunt*” del precedente paragrafo 8 – affermano¹²⁰ essere lecito ad un *dominus* sia il trattenere, nel proprio fondo, l’acqua piovana che vi scorresse, sia il derivarla dal terreno confinante¹²¹, senza che, però, fosse svolta, sul fondo limitrofo, alcuna attività diretta ad ottenere quel risultato (*dum opus in alieno non fiat*) e senza che si operasse con danno altrui (*dum alii non nocet*).

Nel successivo § 12 Marcello nega la possibilità di esperire un’azione (neppure quella *doli*) contro chi avesse sviato, con opere

¹¹⁹ Si consultino, senza pretesa di completezza, S. PEROZZI, *Il divieto d’atti di emulazione*, cit., 350 s.; M. ROTONDI, *L’abuso di diritto*, cit., 244 s.; S. RICCOBONO, *La teoria dell’abuso*, cit., 20 ss.; E. M. MEIJERS, *Atteintes à la propriété foncière*, in *Festschrifts für Ernst Rabel*, Tübingen, 1954, in part. 433 ss.; R. DERINE, *À propos du nouveau régime des eaux privées créé par Justinien*, in *RIDA*, 5, 1958, 449 s.; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 204 e part. nota 120; F. SALERNO, “*Aqua pluvia*”, cit., 236 s.; ID., “*Suum agrum meliorem facere*”, cit., 200 s.; F. SITZIA, *Abuso del diritto*, cit., 4 s.- Sul piano dell’inquadramento sistematico dei nostri passi, sarà opportuno ricordare che, secondo un’opinione risalente e diffusa (cfr. S. RICCOBONO, *La teoria dell’abuso*, cit., 20 e 22), fra il divieto dell’esercizio doloso del *ius tollendi*, affermato da Celso, e quello relativo alla materia delle acque sussisterebbe un “rapporto intimo” costituito “da un’aspra controversia fra le due scuole di diritto del I secolo dell’Impero [...] sul fondamento di una concezione rigida (Sabiniani) o più progredita (Proculiani) del diritto di proprietà”: controversia relativamente alla quale Marcello, come si leggerebbe nel fr. 12, avrebbe preso posizione a favore dei Proculiani. *Contra*, del tutto condivisibilmente, v. però F. SITZIA, *Abuso*, cit. 20 e nota 65.

¹²⁰ Sulla diversa posizione di S. RICCOBONO, *La teoria dell’abuso*, cit., 20 ss, v. oltre nel testo.

¹²¹ Deve avvertirsi, peraltro, come l’interpretazione del termine *superficiem* sia quanto mai controversa. Sul punto v. oltre nel testo.

eseguite *in suo*, l'acqua dal terreno limitrofo, e sempre che l'attività non fosse stata compiuta con l'unica intenzione di *nocere* al vicino.

Nel primo frammento sono state ravvisate interpolazioni nell'espressione *superficientem* e nell'inciso *prodesse - prohibetur*.

Quanto a *superficientem*, si è osservato che Sabino e Cassio, che avevano cominciato con l'affermare il diritto illimitato di *retinere in suo aquam pluviam*, non potevano riconoscere subito dopo il diritto di derivare l'acqua *superficientem* dal fondo vicino, che potrebbe in qualche modo contraddire alla prima affermazione quanto meno se interpretata nel senso di ridurre il diritto di trattenere l'acqua nel proprio fondo a quella quantità di essa che non è *superficiens*¹²².

Ciò starebbe a significare che i due giuristi, in coerenza con i principii classici in materia di rapporti di vicinanza, affermavano in realtà il pieno diritto di agire in qualunque modo entro i confini del proprio fondo, trattenendo o facendo convenire l'acqua, sempre nei limiti del *non immittere* e del *non facere in alieno (dum opus in alieno non fiat)*; e che pertanto l'istituzione di un limite di tale diritto alla quantità d'acqua che è utile (al quale corrisponde il diritto del vicino di derivare *l'aquam superficientem*) non potrebbe, per il principio di non contraddizione, essere attribuito a Sabino e Cassio ma sarebbe frutto di un'aggiunta postclassica.

¹²² Non sembra aver dubbi in proposito M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., 247 s., ed ivi ulteriore bibliografia, il quale riporta senza alcuna critica le corrispondenti opinioni del Perozzi e del Bonfante.

D'altro canto, la negazione dell'azione contro il vicino che agisca *in suo* per trattenere l'acqua sarebbe perfettamente conforme ad altri frammenti – fra i quali D. 39.3.21; D. 39.2.26; C. 3.34.10 –, mentre da nessun'altra testimonianza delle fonti sarebbe suffragata l'esistenza del limite di un tale diritto all'acqua utile ed il diritto del vicino all'acqua *superficiens*.

Queste obiezioni alla classicità del testo sono difficilmente contestabili, ed è in effetti generalmente condiviso il carattere institticio dell'espressione. Tuttavia occorre contestualmente riconoscere che tale problematica appare poco significativa in ordine ai nostri problemi, che attengono invece all'introduzione, che sarebbe stata apportata in epoca giustiniana, di un limite specifico alla liceità dell'uso del bene, che sarebbe costituito dalla mancanza dell'*animus nocendi*: introduzione che sarebbe del tutto innovativa e rappresenterebbe la conferma del carattere sostanziale dell'interpolazione.

Tale innovazione sarebbe comprovata proprio dall'inciso *prodesse etc.*, circa il quale è condivisa l'origine compilatoria, anche se si discute ma è in discussione l'efficacia effettivamente innovativa.

Anticipando le conclusioni alle quali abbiamo ritenuto di poter pervenire, siamo dell'opinione, conforme a quella di un'autorevole dottrina¹²³, che neppure l'inciso di cui parliamo sia in realtà di rilievo

¹²³ F. SITZIA, *Abuso*, cit., 4 s.- L' A. richiama in particolare F. SALERNO, "*Suum agrum meliorem facere*", cit., 200 s, il quale ha confermato l'origine compilatoria delle frasi in questione, considerandole espressione del principio affermatosi in epoca giustiniana "per cui l'uso del bene è lecito fino al limite dell'utile proprio purché quell'uso non sia determinato dalla volontà di arrecare un pregiudizio agli altri (*animus vicino nocendi*)". Deve tuttavia convenirsi con il Sitzia che in realtà

significativo ai nostri fini, limitandosi esso a ribadire che ciascuno può svolgere *in suo* le attività a lui utili senza contestualmente nuocere ad altri: il che costituisce un'affermazione ovvia¹²⁴.

Ha, semmai, ben diversa importanza, per il nostro studio, il successivo paragrafo 12¹²⁵. Prima di concentrare l'attenzione su tale paragrafo, tuttavia, occorre ulteriormente sottolineare che, ancora di

l'affermazione del Salerno, che implica l'impiego dell'avverbio "*purché*" per collegare le due limitazioni, presenta forti problematicità: essa sembra, infatti, presupporre che anche l'uso entro i limiti dell'utile proprio possa essere vietato qualora caratterizzato dall'*animus nocendi*. Si vedrà oltre che l'ottica giustiniana sembra, invece, essere nel senso che l'esistenza dell'*animus nocendi* si desume proprio dall'assenza di *utilitas* per l'autore dell'*opus*. In altri termini, non sembra che i compilatori si siano posti il problema di vietare un uso utile attraverso un'indagine esclusivamente di carattere psicologico. Per questo stesso motivo il Sitzia, con il quale ancora una volta deve concordarsi, ritiene di non poter condividere l'affermazione del Riccobono (*La teoria*, cit., 46), ad avviso del quale in diritto giustiniano "i limiti intrinseci imposti dalla vita sociale" al diritto di proprietà "sono costituiti dalla utilità che ne trae l'agente e dalla assenza di un danno che ne derivi ad un terzo": i compilatori, infatti, ammettono costantemente *l'opus utile* che cagioni danno al vicino sottraendogli l'acqua di cui aveva bisogno. Al più, come si vedrà oltre nel corso della ricerca, la testimonianza di Bas. 58.13.2.9-10 potrebbe provare nel senso che anche un *opus utile* può essere vietato qualora cagioni al vicino un *nocere ultra modum*.

¹²⁴ Sono, infatti, numerosi i passi che negano l'azione contro il vicino che agisca, per trattenere l'acqua, *in suo*: v., per esempio, D 39.3.21; D 39.2.26; C 3.34.10. Giustamente osserva in proposito F. SITZIA (*Abuso*, cit., 5) che all'inciso in questione potrebbe essere attribuito un significato ben più interessante se potesse cancellarsi il riferimento, in esso contenuto, alla circostanza che l'*opus* non deve essere eretto *in alieno*: ma una tale soluzione interpretativa, in evidente contrasto col tenore letterale del passo, soprattutto non sarebbe compatibile con il "sistema" giustiniano, nel quale mai si è giunti ad affermare un generale principio per cui l'attività compiuta sul fondo altrui che arrechi vantaggio a chi la compie non può essere vietata qualora non cagioni alcun pregiudizio al proprietario del fondo su cui essa viene svolta. In questo senso il Sitzia reputa di non poter condividere l'impostazione del Riccobono (*La teoria*, cit., 30), il quale, ricordando la testimonianza di D. 39.3.1.11, riporta la massima *prodesse enim etc.* del tutto staccata dal contesto, attribuendole una portata di carattere generale. Conclusione che a maggior ragione vale in ordine all'ulteriore osservazione di quest'ultimo A. (*ivi*, 31), il quale afferma che il diritto giustiniano vieta l'atto del proprietario, pur a lui utile, che gli procuri però "un'utilità minore del danno che altri ne abbia". Sul punto si tornerà, comunque, oltre.

¹²⁵ Che, come abbiamo precisato in precedenza (nota 3), riguarda una fattispecie nella quale un problema di concessione dell'*a.a.p.a.* non doveva porsi.

recente, un illustre Autore¹²⁶ ha ribadito il convincimento che in materia di acque i compilatori giustiniane, pur nel rispetto formale delle conclusioni alle quali erano pervenuti i giuristi classici sull'argomento, non soltanto avrebbero, nella sostanza, modificato la struttura dell'azione, ma si sarebbero spinti oltre, fino a trasformarne anche la funzione, che sarebbe stata non più soltanto quella di realizzare una difesa "contro l'acqua", ma anche quella di disciplinarne concretamente l'uso, al fine di garantirne un impiego più razionale ed in tal modo assicurare il contemperamento degli interessi dell'economia privata da un lato e di tutta la collettività dall'altro.

Il che equivarrebbe a dire che, nel diritto giustiniano, i motivi che avrebbero giustificato la concessione dell'azione dovrebbero consistere, oltre che nella preoccupazione per la violenza delle acque, anche nell'intento di evitare i pregiudizi che si sarebbero potuti verificare in seguito ad un diminuito afflusso oppure ad un mancato godimento delle acque stesse. Siffatta estensione dell'ambito dell'azione, d'altro canto, non rappresenterebbe un fenomeno isolato, dovendo essa ricollegarsi ad una più ampia riforma giustiniana della materia, caratterizzata dal formarsi di principi legati al mutare dei bisogni socio-economici del tempo, quali il divieto degli atti emulativi, la considerazione della pubblica utilità, dell'*animus nocendi*, dell'*aequitas*¹²⁷.

¹²⁶ Ci riferiamo a F. SALERNO, "Aqua pluvia", cit., 219 s.

¹²⁷ Tali principi, d'altro canto, si inquadrano perfettamente nel tema più generale della nozione di proprietà romana, sul quale rinviamo alle già richiamate pagine del Sitzia (*Aqua pluvia*, cit., 80 s; e da ultimo *Abuso*, cit., 2 s.) Completiamo per ora

In questo senso, autorevoli studiosi¹²⁸, nell'accennare ad "un nuovo regime delle acque private", hanno ritenuto di poter concludere che, in epoca giustiniana, "il suddito non svolgeva più la propria attività come esercizio di un diritto subbiettivo, ma come adempimento di un compito in funzione e sotto il controllo del pubblico potere, sottoposto alle discrezionalità politiche ed amministrative", tanto che, sotto questo aspetto, "il diritto dei Romani... si avvicina molto più al diritto modernissimo che non al diritto immediatamente precedente al nostro"¹²⁹.

Ebbene, il nostro passo (al pari di quello successivo) costituirebbe, in quest'ottica, una delle più convincenti conferme di un intervento dei compilatori teso, ad un tempo, a conservare il dettato sostanziale dei giuristi classici ma anche ad aggiornarne incisivamente il pensiero. In esso infatti, accanto al principio che riconosce la liceità degli atti compiuti da chi opera *in suo*, ne verrebbe sancito uno totalmente nuovo: l'uso del bene è lecito fino al

l'analisi evidenziando che il nostro A. cita fra le altre la testimonianza di Venuleius l. 2 *interdictorum* D. 43.24.22.3: *Si stercus per fundum meum tuleris, cum id te facere vetuissem, quamquam nihil damni feceris mihi nec fundi mei mutaveris, tamen teneri te quod vi aut clam Trebatius ait. Labeo contra, ne etiam is, quidumtaxat iter per fundum meum fecerit aut avem egerit venatusque fuerit sine ullo opere, hoc interdicto teneatur*. In sostanza Labeone, per giustificare la non esperibilità dell'*interdictum*, argomenta osservando che in caso contrario, si giungerebbe a vietare attività di terzi che, secondo il giurista, sarebbe irragionevole non consentire. Sulla scorta di tale testimonianza, e riepilogando sul punto, il Sitzia osserva che, nell'esaminare i "varchi" lasciati aperti dalla giurisprudenza romana nei "torrioni" che circondano il *dominium* e le argomentazioni che li giustificano, dobbiamo evitare di utilizzare categorie moderne e ricordare che è estraneo al diritto romano il concetto di "funzione sociale" della proprietà, anche se alcune regole elaborate proprio in tema di *a.a.p.a.* sono state elaborate tenendo conto delle esigenze di un intero comprensorio agricolo.

¹²⁸ Così, in particolare, S. PEROZZI, *Il divieto d'atti d'emulazione*, cit., 372.

¹²⁹ V. SCIALOJA, *La legislazione sulle acque*, in *Il problema idraulico e la legislazione sulle acque*, Roma, 1916, 59.

limite dell'utile proprio, e “*purché*” quell'uso non sia determinato dalla volontà di arrecare danno ad altri. In questo senso deporrebbe anche la chiusa *si non fecit* del § 12, nel quale la decisione appare tutta impernata sulla frase *in suo fodiens*, ossia sul concetto che è lecito far *in suo* ciò che più sembra opportuno, mentre la risoluzione più tarda poggierebbe completamente sull'*animus nocendi*.

Il punto deve essere approfondito, ma prima di farlo occorre completare la disamina degli approdi dottrinali relativi al nostro frammento e dare perciò conto del pensiero del Riccobono¹³⁰, il quale, riguardo alla natura delle alterazioni giustinianee, è pervenuto a conclusioni opposte rispetto a quelle fin qui riassunte ma altrettanto radicali e, come vedremo in seguito, neppure esse del tutto accettabili.

Data per lineare la fattispecie esaminata nel paragrafo 11, il nostro Autore premette di qualificare “più grave” il caso esaminato da Marcello, che riguarda, come abbiamo detto, lo scavo fatto dal proprietario soltanto al fine di sottrarre l'acqua al fondo vicino.

Riconosciuta la natura institticia di tutta la chiusa del testo, Egli ritiene di non potere escludere la possibilità che già Marcello avesse concesso l'*actio de dolo* nell'ipotesi che l'escavazione fosse fatta dal proprietario del fondo vicino per tagliare, senza averne alcuna utilità, le vene della sorgente, e che il nostro giurista dissentisse dai precettori della scuola Sabiniana, i quali – sorretti dalla forza della tradizione ispirata alla libertà assoluta del proprietario – si sarebbero

¹³⁰ S. RICCOBONO, *La teoria*, cit., 21 s.

trovati in dissenso rispetto ai Proculeiani, che di contro già da allora avrebbero sostenuto l'esistenza del limite dell'*animus nocendi* all'esercizio dei diritti del proprietario. L'opinione di questi ultimi si sarebbe infine affermata in epoca giustiniana.

Come abbiamo accennato, le opposte scuole di pensiero delle quali abbiamo dato conto non sono, per ragioni speculari, da ritenersi condivisibili.

Deve infatti ribadirsi che il paragrafo 11, ed in particolare il suo inciso *prodesse/prohibetur*, non affermano, con riferimento alla nostra tematica, principi dirompenti rispetto al diritto classico, né dal testo possono di per sé trarsi elementi a favore di una linea di temperamento del principio, da reputarsi ancora incontrastato in quell'epoca, dell'assolutezza del *dominium*.

Sul piano formale è da sottolineare che in questo paragrafo, a differenza di quanto accade in quello successivo, non compare alcun riferimento all'*animus*¹³¹, ma soltanto al *nocere* in sé, ossia ad un fatto oggettivo che può anche prescindere dalla volontà in tal senso dell'autore.

Sul piano sostanziale, come è stato autorevolmente osservato¹³², non ci sentiamo di affermare con sicurezza che anche l'uso dell'acqua limitato all'utile proprio sia vietato se caratterizzato dal *nocere* e, in questa prospettiva, dall'*animus nocendi*: l'assolutezza di tale affermazione - che, anziché il punto di partenza,

¹³¹ Può peraltro essere opportuno precisare che v'è sostanziale concordia nel ritenere interpolato il riferimento all'*animus* contenuto nel paragrafo 12. Sul punto, e comunque sull'ampiezza dell'inserimento compilatorio, v. oltre.

¹³² F. SITZIA, *Abuso*, cit., 4, nota 14.

dovrebbe costituire semmai il risultato dell'indagine – è, come si è anticipato e come vedremo ulteriormente, smentita da testi di sicuro rilievo nel senso che ordinariamente, nell'ottica giustiniana, l'*animus nocendi* non sembra avere una rilevanza esclusiva ed autonoma rispetto all'assenza di *utilitas*: in altri termini, l'esistenza dell'*animus* si soleva in linea di massima desumere proprio dall'assenza dell'*utilitas*¹³³, e di converso la presenza dell'*utilitas* rendeva irrilevante, anche nell'ottica giustiniana, un eventuale danno al vicino per sottrazione d'acqua¹³⁴.

In sostanza, dunque, resta confermato che il passo ed il suo inciso non hanno rilievo significativo in ordine alla nostra tematica, posto che, come detto, essi affermano semplicemente il pacifico dato che sono lecite le opere costruite *in suo* e che non nuocciano ad altri. Il problema, come abbiamo accennato in precedenza, sta semmai nell'esaminare se trovi riscontro nelle fonti un generale principio in base al quale sia lecita, e sempre che non nuoccia ad altri, un'attività che si spinga sul fondo altrui ed arrechi vantaggio a chi la compie¹³⁵: ed a tale questione sarà dedicato un accenno nel prosieguo.

¹³³ Può, in qualche modo, apparire paradossale che proprio gli Autori che più convintamente affermano l'autonomia dell'*animus* finiscano, con una qualche contraddittorietà, per sovrapporlo ed assorbirlo nella mancanza di *utilitas*. Così, per esempio, S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso*, cit., 30 ss., secondo il quale “[...] si avverta, per altro, che provata la nessuna utilità del proprietario dell'opera intrapresa è ben difficile che non vi sia in lui l'intenzione di far onta all'avversario”; e, più esplicitamente (p. 23), “i Proculeiani e poi Marcello (anche riguardo al fr. 12, ndr), invece, vietavano nelle specie l'esercizio del diritto fatto *animo nocendi*, senza alcun vantaggio”.

¹³⁴ Come vedremo in seguito, il problema potrebbe semmai essere individuato nella misura del danno, nel senso che certe testimonianze potrebbero far deporre nel senso dell'illiceità di un *nocere ultra modum*.

¹³⁵ E', questa, come si è accennato alla nota 14, la tesi di S. RICCOBONO, *La teoria*, cit., 30, che attribuisce all'inciso *prodesse/prohibetur* una portata di

Esaurito l'esame del paragrafo 11, possiamo ora passare all'analisi del paragrafo successivo, il quale tuttavia non pare, a sua volta, costituire una testimonianza decisiva in ordine all'elaborazione concettuale, in epoca giustiniana, della categoria degli atti emulativi, e tanto meno una conferma della tesi della marcata evoluzione, in diritto giustiniano, del concetto di proprietà verso una sua funzione "sociale".

Come accennato, il testo – che riguarda un caso di diminuzione e non di aumento dell'acqua, e nel quale dunque non doveva porsi un problema di *a.a.p.a.* – affronta in primo luogo il problema dell'*actio de dolo*, della quale nega la possibilità di concessione sul piano generale.

La questione è se questo problema fosse già avvertito in epoca classica, e la sua soluzione dipende dall'accertamento della portata dell'intervento giustiniano, con particolare riferimento all'attribuibilità a Marcello del richiamo alla nostra *actio*.

Conformemente alla sua impostazione per certi versi radicale, il Mommsen¹³⁶ ritiene che la necessaria scorrevolezza del testo potrebbe essere garantita soltanto spostando la frase "*nec de dolo actionem*" dopo "*et sane non debet habere*": il che implica che dovrebbe considerarsi interpolato anche il riferimento all'*actio de dolo*, che non avrebbe dunque origine classica.

carattere generale, che sembra invece da escludersi sulla scorta delle fonti giustiniane. Sul punto v. F. SITZIA, *Abuso*, cit., note 19, 29 e 72, ove si richiama, fra l'altro, Bas. 58.13.2.9. *Ivi* anche l'esame della problematica del *nocere ultra modum*.

¹³⁶ T. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berolini 1870, 396 nota 2.

Deve tuttavia, a mio avviso, concordarsi con la dottrina dominante, che reputa tale ipotesi del tutto arbitraria¹³⁷ ed afferma convincentemente che proprio il diniego della concessione dell'*actio testimonium de plano* che il problema doveva già essersi posto in epoca classica, pur essendo esso stato risolto negativamente perché l'assolutezza del *dominium* rappresentava ancora un ostacolo insuperabile¹³⁸.

Appare innegabile che il diritto giustiniano consenta di registrare una certa evoluzione nella direzione di ammettere l'*actio de dolo* per gli atti che, con terminologia moderna, potremmo definire emulativi.

Il punto sta però nello stabilire se l'intervento sul testo oggetto della nostra esegesi costituisca espressione di un principio generale e consapevole o se invece si tratti di una riflessione limitata alla specie, e magari indotta dalla circostanza che, come visto, già nel testo classico veniva richiamata l'*actio doli* e che perciò il rifiuto della sua concessione sarebbe potuto apparire iniquo ai compilatori nell'ipotesi di atti meramente emulativi.

¹³⁷ Così in particolare F. SITZIA, *Abuso*, cit., 6 e nota 20; ma v. già S. RICCOBONO, *La teoria*, cit., 21.

¹³⁸ S. RICCOBONO, *La teoria*, cit., 21, si spinge come abbiamo visto ad ipotizzare che già Marcello avesse concesso l'*actio de dolo* e che dunque l'interpolazione nell'ultimo tratto del nostro testo avrebbe carattere soltanto formale. Per una condivisibile critica a tale impostazione v. però F. SITZIA, *Abuso*, cit., n. 21, il quale osserva che "Non si vede perché i Compilatori avrebbero dovuto far dire a Marcello che *nihil posse agi, nec de dolo actionem*, per poi aggiungere un'eccezione nel caso di *animus vicino nocendi*, piuttosto che riportare direttamente il pensiero di Marcello, se questi avesse concesso l'*actio de dolo* in presenza di *animus nocendi*."

A conforto di questa seconda ipotesi sta il fatto che all'interno del nostro titolo si trova un passo nel quale si esamina un caso analogo.

Ci riferiamo a

Pomponius, l. 32 *ad Quintum Mucium* D. 39.3.21: *Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris.*

Il testo si limita, in effetti, ad affermare che, in assenza di un'apposita servitù, il vicino danneggiato dal taglio delle *venae* non può intentare l'*interdictum*: in esso non compare, invece, alcun richiamo alla possibilità di esperire mezzi di difesa pur nelle ipotesi in cui l'opera non presenti alcuna utilità per chi la compie.

Il corrispondente passo dei Basilici (Bas. 58.13.21) non si discosta dal testo latino.

In altri termini, i giuristi bizantini sembrano ancora ragionare in termini oggettivi, nel senso che ciò che appare vietato è, piuttosto, la sproporzione eccessiva (*ultra modum*) fra l'*utilitas* ed il danno arrecato al vicino.¹³⁹

¹³⁹ L'osservazione formulata nel testo risponde a risultati cui è giunta da tempo una dottrina tradizionale. In proposito il Sitzia (*Abuso*, cit., nota 22) ritiene utile riportare il pensiero dell'Astuti (voce *Acque*, cit., 358), il quale ricorda le riflessioni del Segrè in *Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali*, cit., 87, sul nostro tema: "Solo nel diritto giustiniano troviamo imposto un limite, col divieto degli atti emulativi, che si concreta nell'esigenza che il proprietario non abbia agito unicamente nel fine di nuocere al vicino... Il che forse, come pensa il Segrè, «sotto l'apparenza di un criterio meramente soggettivo, va inteso nel senso oggettivo, e cioè nel senso che l'esercizio del diritto è limitato in guisa che non ci deve essere sproporzione eccessiva fra l'utile che avrebbe il proprietario e il "pregiudizio patrimoniale che ne

E a noi pare che questa impostazione in direzione “oggettiva” possa essere confermata dall’analisi di ulteriori passi.

4. Esegesi di D 39.3.2.9-10.

Intendiamo, in particolare, riferirci a D. 39.3.2.9 (Paulus *l.* 49 *ad ed.*), che è opportuno trascrivere e riportare unitamente al par. 10, posto che i due passi sono collegati in Bas. 58.13.2.9-10¹⁴⁰, che pure trascriviamo:

Paulus *l.* 49 *ad ed.* D. 39.3.2.9-10: *Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aque pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat. 10. Illud etiam verum puto, quod Ofilius scribit, si fundus tuus vicino serviat et propterea aquam recipiat, cessare aquae pluviae arcendae actionem, sic tamen si non ultra modum noceat. Cui consequens est, quod Labeo putat, si quis vicino cesserit ius ei esse aquam immittere, aquae pluviae arcendae eum agere non posse.*

avrebbe quello vicino». Adottando la prospettiva del Segrè e dell'Astuti, che estendono la tutela anche alle ipotesi di sproporzione eccessiva tra *l'utilitas* ed il danno arrecato al vicino, si potrebbe ipotizzare un collegamento fra il principio enunciato in D 39.3.1.12 ed i testi che, come vedremo, concedono un rimedio processuale nell'ipotesi in cui *aqua noceat ultra modum*.

¹⁴⁰ Scheltema, A VII, 2679 ss.

Bas. 58.13.2.9-10 (Scheltema, A VII, 2679 s.): Ἐὰν ποταμὸν δι' ὠφέλειάν μου καὶ οὐ διὰ βλάβην σου ἀποστρέψω καὶ ἐκ τούτου βλάβῃ ὁ ἀγρός σου, οὐκ ἔχεις κατ' ἐμοῦ τὴν περὶ ὕδατος πλησμονῆς ἀγωγὴν, οὔτε ὁ δεσπότης τοῦ δουλεύοντος ἀγροῦ εἰς τὸ ὑποδέχασθαι τὸ ὕδωρ κατὰ τοῦ δεσπότου τοῦ δουλευομένου, εἰ μὴ ἀμέτρως ἐντεῦθεν βλάπτεται.

Nel primo frammento Labeone afferma che contro il proprietario il quale, con il deviare un torrente al fine di evitare che l'acqua scorresse nel proprio terreno¹⁴¹, avesse cagionato un danno ad un vicino, non sarebbe consentito da parte di quest'ultimo l'esperimento dell'*a.a.p.a.*, giacché scopo dell'azione era di impedire che una massa d'acqua si riversasse su un fondo. A questa limpida statuizione, tuttavia, fa seguito nella parte finale del testo un'affermazione che ne costituirebbe una deroga, istituita per l'ipotesi in cui l'*opus*, anziché allo scopo di evitare un danno all'autore, fosse stato posto in essere al solo fine di nuocere al vicino.

Anche in questo caso si pone il problema se attribuire la deroga a Paolo o ai compilatori.

Il Riccobono¹⁴² reputa sussistere un'interpolazione ma ne esclude una portata innovativa: il *verior* farebbe infatti pensare che i

¹⁴¹ Come ricorda F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 154 s, nota 282, le varie ipotesi esegetiche prospettate dalla dottrina sono riconducibili essenzialmente a due: quella di chi sostiene che il passo debba essere interpretato nel senso che il proprietario ha deviato il torrente, impedendo a questo di penetrare nel suo fondo, ed ha così cagionato danno al vicino sul cui fondo il terreno stesso si è riversato; e l'altra di chi crede che il danno sia rappresentato da una sottrazione d'acqua. Il Sitzia – sulla scia di P. BONFANTE, *Corso*, cit., II, I, 445, e seguito, fra gli altri, da F. SALERNO, *"Aqua pluvia"*, cit., 238 – propende per la prima tesi, in questo senso essendo la motivazione e la grammatica del testo, nonché lo stesso scopo dell'azione, che vieta il maggior deflusso dell'acqua.

¹⁴² S. RICCOBONO, *La teoria*, cit., 24 s.

compilatori – come del resto spesso facevano allo scopo di porre in maggiore evidenza il contenuto del testo classico – avessero eliminato nel testo il ricordo di una controversia giurisprudenziale nell'ambito della quale alcuni giuristi si sarebbero espressi favorevolmente alla concessione dell'*actio de dolo* se la deviazione dell'acqua fosse stata fatta *animo nocendi*.

Effettivamente l'esistenza di un'interpolazione non può escludersi¹⁴³, ma pare preferibile la tesi che essa abbia natura sostanziale, apparendo assai difficoltoso attribuire la deroga in questione al pensiero di Paolo: la chiusa del testo, infatti, si mostra del tutto priva di collegamento rispetto alla motivazione, con la quale Labeone esclude la possibilità di concedere l'*actio* senza neppure tentare di derogarvi attraverso la concessione in via utile di tale azione ovvero attraverso ulteriori strumenti processuali, come l'*actio de dolo* richiamata in D. 39.3.1.12¹⁴⁴.

¹⁴³ Questa posizione è stata recentemente ribadita, con convincenti argomenti, da M. MIGLIETTA, *'Est vir qui adest'*, in *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, a cura di C. CASCIONE e C. M. DORIA, Napoli, 2013, 308 ss. (312 ss.), il quale ha sottolineato come espressioni quali *idque verum est, quam sententiam veriolem puto, quod verius est* (e simili) sono normalmente utilizzate dalla giurisprudenza romana, fin dall'epoca di Servio, per indicare quella delle soluzioni prospettabili che appare "più aderente alla realtà delle cose".

¹⁴⁴ Così, incisivamente, F. SITZIA, *Abuso*, cit., 9 e nota 27. Il nostro A., coerentemente, reputa di non poter condividere l'argomento tratto dal Riccobono con riferimento al *verior*, non riuscendo a spiegarsi, a volerlo invece condividere, la ragione per la quale i compilatori avrebbero dovuto eliminare dal testo proprio il riferimento all'*actio de dolo* (che essi concedevano nel caso di diminuzione del deflusso d'acqua cagionato *da un opus* eretto *animo nocendi* — vedi *supra*, D. 39.3.1.12) - mantenendo contestualmente un'impostazione totalmente incentrata sulla insussistenza di un requisito previsto per l'*actio a.p.a.* (aumento, non diminuzione del deflusso delle acque). In definitiva il Sitzia è dell'avviso che questa la nostra testimonianza ci sia pervenuta in uno stato tale da non consentirci alcuna ragionevole ipotesi sulla possibile configurazione originaria del testo.

Per altro verso, poi, la sopra trascritta versione greca riportata in Bas. 58.13.2.9 tralascia la motivazione labeoniana e giustifica la mancata concessione dell'*actio* con il solo richiamo all'*utilitas* dell'opera che devia il decorso delle acque ed a prescindere da un eventuale danno cagionato al vicino¹⁴⁵.

Da quest'ultimo testo, dunque, appare evidente che l'impronta compilatoria si sovrappone non coerentemente (e non in un'unica direzione) alla prospettiva classica, con ciò risultandone rafforzata, anche per questa via, la tesi di fondo di questo lavoro, ossia che il diritto giustiniano ha registrato soltanto una tendenza nel senso dell'esplicita emersione della rilevanza dell'*animus* e che da esso, più in generale, non possiamo trarre alcuna significativa testimonianza in ordine alla consapevole elaborazione di una teoria sull'emulazione e sull'abuso del diritto.

¹⁴⁵ Come osserva F. SITZIA, *Abuso*, cit., 9 s - l'unico limite, in presenza di un *opus* utile che diminuisca il deflusso delle acque, potrebbe essere rappresentato dal richiamo anche al nostro caso della chiusa, in forza della quale non sarebbe ammesso un danneggiamento *ultra modum*. La certezza di questa conclusione, secondo la condivisibile opinione dell'A., potrebbe tuttavia essere incrinata dall'impiego del verbo "devierò", che in astratto potrebbe essere riferibile anche ad un'attività che aumenta il deflusso delle acque, in un testo nel quale, come si è visto, è scomparsa del tutto la motivazione labeoniana per la quale la *ratio* della mancata concessione dell'*a.a.p.a.* deve ravvisarsi nella circostanza che quest'ultima non è esperibile in caso di diminuzione del deflusso: si potrebbe, infatti, prospettare la possibilità di riferire la nostra testimonianza a tutte le ipotesi di *opus* (anche a quelle di *opus* che aumenta il deflusso delle acque) lecito ed utile, che, nella nuova visione, non darebbero luogo all'*a.a.p.a.* solo qualora non arrechino al vicino un danno *ultra modum*. I limiti del presente lavoro non consentono ulteriori approfondimenti su questa testimonianza, circa la quale va però detto che essa costituisce comunque conferma della tesi in forza della quale l'inciso "*prodesse, etc*" contenuto in D 39.3.1.11, sopra diffusamente esaminato, non costituisce un principio generale dato che è testualmente consentita, in presenza di *utilitas*, anche l'attività che nuoccia al vicino.

Utilità ancora minore, nella nostra prospettiva, riveste il successivo § 10, posto che è pacifico come esso, a differenza dei precedenti, affronti un problema non di atti emulativi ma dei limiti entro i quali un fondo è tenuto a sopportare l'acqua proveniente dal fondo altrui¹⁴⁶.

5. Esegesi di D 39.3.2.5-6.

Di rilevante interesse, anche se meno direttamente attinenti al nostro tema, sono, piuttosto, due ulteriori testimonianze oggetto di studi plurisecolari.

¹⁴⁶ Sul frammento in esame osservazioni perspicue, riferite all'epoca giustiniana, provengono, ancora una volta, da F. SITZIA, *Abuso*, cit., 10 s., ad avviso del quale il problema di maggiore rilievo sotto il profilo esegetico riguarda l'inciso *si non ultra modum noceat*, ed è costituito dal fatto che esso entra in insanabile contrasto con gli altri passi del nostro titolo in cui si afferma che il deflusso naturale deve comunque essere sopportato. In particolare, questo contrasto emerge dalla lettura di D 39.3.2.6 (sul quale v. *amplius* oltre), in cui Labeone invita a sopportare *aequo animo* anche i mutamenti naturali che abbiano reso più gravoso il deflusso delle acque. Ma affermare che il decorso naturale deve essere rispettato soltanto se esso non nuoce *ultra modum* significa allontanarsi ulteriormente e in modo definitivo dall'idea di una natura "che impone le sue leggi" e riconoscere che l'*actio a. p. a.* può essere utilizzata anche per correggere gli squilibri riconducibili all'ordine naturale. In realtà però, secondo l'A., l'intervento compilatorio, pur formalmente presentandosi come un inciso che si limita ad introdurre una deroga al principio affermato dal giurista classico, ne modifica sostanzialmente l'impostazione, facendo emergere una concezione del rapporto uomo — natura profondamente diversa da quella riconducibile ai giuristi classici. Piuttosto, conclude il Sitzia, la chiusa del testo sembra riferibile non soltanto alle ipotesi di decorso naturale delle acque ma anche a quelle in cui viene eretto un *opus* utile che nuoce al vicino: il che starebbe a significare che il divieto di deviare le acque a danno del vicino, implicitamente affermato per le opere che non presentano alcuna utilità per l'autore, si estenderebbe anche alle ipotesi *di opus* utile che cagioni al vicino un danno *ultra modum*, con il conseguente grave problema di dover individuare da un lato il limite al di là del quale può riconoscersi un *nocere ultra modum*, e dall'altro le attività che possono essere realizzate per ricondurre il deflusso *intra modum*.

Cominciamo con il trascrivere la prima, definita il più grave rovello della teoria dell'a.a.p.a.¹⁴⁷. Ad essa faremo seguito con il corrispondente testo greco. In nota è necessario riportare la traduzione in latino dei Basilici (degli Heimbach)?

Paulus I. 49 ad. ed. D. 39.3.2.5: *Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse, ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet facientem, quod iure facere possit. quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinari utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit et si iure deficiamus.*

¹⁴⁷ Così P. BONFANTE, tr. it. di BURCKHARD, *Die actio aquae pluviae arcendae*, 491, contronota z. La letteratura sul passo è ricchissima e, al momento, possiamo rinviare a F. SITZIA, *Ricerche*, cit. 88 s e note. Il nostro A. – la posizione del quale è stata pressochè unanimemente condivisa da coloro che, in seguito, si sono occupati dell'argomento – reputa invece che il passo presenti proprio la posizione della giurisprudenza romana, dovendosi allo scopo far leva sul richiamo alla *sententia* di Labeone, da reputarsi genuino, contrariamente a quello all'*actio utilis* ed all'interdetto. Su tutti questi punti v. oltre nel testo e nella nota che segue.

Bas. 58.13.2.5 (Scheltema, A VII, 2679): Ἐὰν τὸ παράχωμα τοῦ γείτονος ἐκ τῆς βίας τῶν ὑδάτων κατενεχθῆ καὶ βλάπτηται ὁ ἀγρός μου ἐκ τῶν ὀμβρίων ὑδάτων, εἰ μὲν φυσικὸν ἦν τὸ παράχωμα, οὐκ ἔχω τὴν περὶ ὑδατος πλησμονῆς ἀγωγὴν· εἰ δὲ ποιητὸν ἦν καὶ μὴ μέμνηταί τις, πότε γέγονεν, ἔχω τὴν ἀγωγὴν εἰς τὸ ἐμὲ ποιῆσαι τὸ παράχωμα. Διὰ γὰρ ταύτης τῆς ἀγωγῆς <οὐκ> ἀναγκάζεται ὁ γείτων ὠφελεῖν, ἀλλὰ μὴ βλάπτειν ἢ μὴ ἐμποδίζειν μ[ε] ποιῶντ[α ὅπερ δικαίως] ἕξεστί μ[οι] ποιεῖν. Καὶ ἔνθα δὲ μὴ ἀρμόζει ἡ περὶ ὑδατος πλησμονῆς ἀγωγὴ, δίδεται ἀγωγὴ αὐτίλῃα ἢ [παρά]γγ[ελμα] εἰς τὸ δ[υνη]θῆναί με ποιῆσαι τὸ φθαρὲν παράχωμα, ἐν ᾧ διὰ τοῦ γενομένου ἐγὼ μὲν ὠφελῶμαι, ὁ δὲ γείτων οὐ βλάπτεται.

Il passo si occupa dell'argine distrutto dalla violenza delle acque, le quali per conseguenza fluiscono impetuosamente sul fondo del vicino, danneggiandolo. La questione è se questi potrà avere azione contro il proprietario del fondo ove esisteva l'argine per costringerlo a ricostruirlo o quanto meno permettere che lo faccia il danneggiato.

Dal testo si evince che Varo era dell'opinione che il proprietario danneggiato non poteva agire se l'argine era naturale o se costruito da tempo immemorabile, e che invece poteva agire se l'argine appariva costruito in tempo conosciuto.

Dal canto suo Labeone negava anch'egli l'azione nell'ipotesi di *agger naturalis*, ma la concedeva se l'argine era manufatto, e ciò in qualsiasi caso, cioè anche se costruito *ab immemorabile*, parificando dunque la *vetustas* alla *lex*.

Il testo in questo punto non è limpido: onde se ne son date varie interpretazioni¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Si tratta, per lo più, di tentativi diretti a stravolgere la testimonianza del passo attraverso una modificazione testuale. Da questa linea si discosta, in particolare, il Riccobono (*La teoria*, cit., 26 s.), il quale, premesso che "nessuno può escludere con certezza che la struttura del passo fino alla parola «*restituere*» possa essere del giurista Paolo", osserva che Labeone "limitava, come sembra, l'azione al

In questa sede possiamo limitarci ad osservare che se è vera la divergenza di opinioni fra Varo e Labeone in ordine alla *vetustas*, è altrettanto vera una convergenza dei due giuristi circa la distinzione fra *agger manu factus* ed *agger naturalis*, con riferimento al secondo dei quali viene negata ogni tutela.

Su questa negazione di tutela non emergono particolari problemi: ed infatti come si è visto l'azione, in base alla formula, deve sempre avere ad oggetto un *opus manu factum*, utile o dannoso.

La situazione potrebbe apparire più complessa ove si rifletta sulla circostanza che entrambi i giuristi sono propensi a concedere, invece, l'azione allorché si sia in presenza di un *agger manu factus cuius extat memoria*, così potendo ingenerare la convinzione che essi si riferiscano a qualsiasi manufatto del quale consti l'origine, indipendentemente dal titolo giustificativo della sua esistenza. E' però pacifico¹⁴⁹ che l'espressione *agger cuius memoria extat* può essere riferita soltanto all'*opus* legittimato dalla *lex agri*, in conformità al principio generale, già in precedenza richiamato, che regge l'*a.a.p.a.*-

Fatta questa premessa, osserviamo che appare condivisibile la tesi di chi¹⁵⁰ ritiene arbitrario qualsivoglia inserimento o

patientiam praestare", con un salto logico che, come può leggersi nel testo e dalle due successive note, pare però francamente eccessivo.

¹⁴⁹ Sul punto cfr. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 93 s e nota 60, ove ampia bibliografia.

¹⁵⁰ F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 89 nt 46.

modificazione di questa prima parte del testo, per la classicità del quale deve preferibilmente propendersi¹⁵¹.

Più complesso il discorso concernente il richiamo, contenuto nella parte successiva della testimonianza, alla concessione di una *utilis actio a. p. a.* ovvero di un «*interdictum*».

Se, infatti, la pressoché unanime dottrina¹⁵² reputa il passo interpolato nella parte finale (*haec-deficiamur*), per la parte precedente la discussione è ancora in atto.

In proposito, riterrei debba senz'altro condividersi la prudente opinione di chi¹⁵³, negando di poter esprimere un giudizio sicuro¹⁵⁴, ha comunque posto adeguatamente in evidenza che i rilievi formali e sostanziali formulati per negare la classicità del riferimento all'*actio utilis* e all'interdetto appaiono meno significativi di quelli prospettati, a favore, nelle testimonianze che abbiamo esaminato in precedenza.

¹⁵¹ In particolare, quanto al contenuto della *sententia* di Labeone, osserva correttamente il Sitzia (*Ricerche*, cit., 89 nt. 46) che fra Varo e Labeone si discute sulla concessione o meno dell'*a.a.p.a.*, e non già sulla circostanza che il convenuto debba soltanto *patientiam praestare* o, invece, *restituere suis sumptibus*. Per un ulteriore approfondimento di quest'ultimo punto v. comunque, all'op. cit., 95 s. ed il richiamo a D 39.3.1.21 ivi contenuto.

¹⁵² Per un'originale posizione cfr. S. RICCOBONO, *La teoria*, cit., 26, con argomenti sui quali dovremo tornare.

¹⁵³ F. SITZIA, *Abuso*, cit., 17 s.

¹⁵⁴ Al quale, in effetti, osta la considerazione che il passo, pur sostanzialmente riportando l'opinione dei giuristi classici, può avere subito alcuni rimaneggiamenti. D'altro canto, una volta fatta risalire a Paolo la parte finale di D. 39.3.2.5, potrebbe apparire naturale attribuire al nostro giurista anche il riferimento all'*aequitas* contenuto in D. 39.3.2.6, attribuzione che, per contro, desta maggiori perplessità anche sotto il profilo formale, come vedremo nel corso dell'esegesi del passo ed in sede di conclusioni. Sul punto v., comunque, anche A. MANTELLO, *Natura e diritto da Servio a Labeone*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE, Pavia 2007, 221, nt. 49; V. MANNINO, *La tolleranza dell'usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, 88 e 91, nt. 61.

Sul piano lessicale, in particolare, l'uso della parola *opinar*, di significato evidentemente dubitativo, potrebbe far pensare ad una riflessione di Paolo piuttosto che all'intervento di un glossatore postclassico.

D'altro canto il corrispondente testo greco (Bas. 58.13.2.5), se per un verso lascia margine a qualche dubbio, per altro verso attesta anch'esso qualche spunto a favore della classicità del riferimento all'*actio utilis* ed all'*interdictum* nell'ipotesi di distruzione dell'*agger naturalis* causata dalla *vis aquae*.

I limiti della presente ricerca non consentono un approfondito esame del testo da ultimo richiamato¹⁵⁵; quel che invece è utile sottolineare è che neppure il suo autore giunge a capovolgere l'antico principio per il quale dinnanzi a mutamenti naturali non si può intentare la nostra *actio*, limitandosi egli a concedere un'azione utile o un interdetto qualora il danneggiato intenda procedere, a sue spese, ad un ripristino dello stato dei luoghi che non cagioni danni

¹⁵⁵ Per cogliere la portata dei problemi che il testo pone può essere utile consultare, ancora una volta, F. SITZIA, *Abuso*, cit., 18 s.- In sintesi, l'A. ricorda che nel titolo 58.13 dei Basilici vengono ancora riportati, senza modifiche, i frammenti del titolo D. 39.3 nei quali si esclude la concessione dell'*actio a. p. a.* nell'ipotesi in cui l'*aqua pluvia nocet* a causa della natura dei luoghi; ed evidenza che appare, anzi, particolarmente significativa la versione greca di D. 39.3.14.1 (Paulus l. 49 *ad ed.*). In relazione a tale testo parte della dottrina aveva, in effetti, ritenuto di poter attribuire ai Compilatori la sua chiusura, osservando come in essa si avanzi "timidamente" l'ipotesi che l'azione spetti qualora un manufatto fosse caduto per l'opera degli agenti naturali. Ma se tale ipotesi – prosegue il Sitzia - fosse corretta, dovrebbe allora essere logico attendersi che il testo corrispondente dei Basilici valorizzasse la possibilità d'intentare la nostra *actio* proprio in questi casi: ciò che invece è smentito dalla testimonianza di Bas. 58.13.14.1, categorica nell'escludere in ogni caso l'esperibilità dell'*actio*. Il che induce a ritenere che nell'ambiente culturale bizantino D. 39.3.14.1 non fosse visto come espressione di una tendenza compilatoria ad estendere l'*actio a. p. a.* alle ipotesi di mutamenti naturali.

alla controparte: e ciò senza neppure operare il riferimento all'*aequitas*, che emerge invece nel testo latino.

Un riferimento all'*aequitas* compare, piuttosto, nella parte finale di Bas. 58.13.2.6 per giustificare una tutela processuale anche nelle ipotesi di eventi più gravi (terremoto o *magna tempestas*), che potrebbero cioè aver determinato uno sconvolgimento del suolo talmente rilevante da impedire o rendere antieconomico il ripristino della situazione precedente. Potrebbe dunque ipotizzarsi¹⁵⁶ che se, nell'ottica bizantina, il riferimento all'*aequitas* di D. 39.3.2.5 era così poco significativo da poter essere tralasciato, mentre il riferimento contenuto in D. 39.3.2.6¹⁵⁷ assume una rilevanza tale da essere posto alla base della concessione di una non meglio specificata tutela processuale, potrebbe allora inferirsene che soltanto il secondo riferimento fosse espressione dei nuovi principi giustiniani in tema di *actio a. p. a.*, mentre il primo appartenesse già alla giurisprudenza classica e giustificasse la concessione dell'*actio utilis* e dell'*interdictum* nelle ipotesi in cui l'attività di ripristino fosse utile al danneggiato e non cagionasse alcun pregiudizio al vicino¹⁵⁸.

¹⁵⁶ L'acuta deduzione è di F. SITZIA, *Abuso*, cit., 19.

¹⁵⁷ Si tratta di una testimonianza sulla quale dovremo, più diffusamente, tornare a breve.

¹⁵⁸ Come anticipato, si discosta dalla linea di pensiero di cui al testo, in particolare, il Riccobono (*La teoria*, cit., 26 s.) ad avviso del quale si dispone di "elementi decisivi a favore della genuinità del passo. In primo luogo il fr. I § 23 h. t. in cui si legge: «... *in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum*», dove i due mezzi giuridici sono richiamati per provvedere a casi in cui l'*actio a. p. a.* non poteva aver luogo". Ed invero, secondo l'A., per l'*interdictum* è notevole l'analogia con un caso riferito da Trebazio (D. 39.2.1.9), dal quale emerge che il pretore formulava occasionalmente un apposito interdetto. Ed ancora Trebazio (D. 39.3.11.6) in una specie identica a quella in esame dell'argine distrutto, ammetteva che il proprietario del fondo, dove era stato costruito l'argine poi distrutto dalla violenza, delle acque, fosse tenuto a sopportare che il vicino danneggiato entrasse

Più interessante appare la testimonianza di D. 39.3.2.6, che fa emergere alcune problematiche comuni a quelle poste da D. 39.3.1.9-10.

Di tale testimonianza ci è pervenuto il corrispondente passo dei Basilici ed anche uno scolio che tuttavia è mutilo proprio nella parte che avrebbe forse potuto essere di qualche utilità per la ricostruzione dell'impostazione dei giuristi bizantini.

Paulus I. 49 ad ed. D. 39.3.2.6: *Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obsfruxerit et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari: hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint: Labeo contra Namusam probat: ait enim naturam agri ipsam a se mutari posse et ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior sive deterior eius condicio facta sit. idcirco et si terrae motu aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinum locum condicionem redigi, sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus.*

nel fondo pe ristabilirlo. Dunque, prosegue il Riccobono, si tratta di rimedi che già la giurisprudenza repubblicana aveva ammessi contro il principio della assoluta libertà del dominio. Il proprietario del fondo in cui l'argine era posto non può negare l'accesso al vicino. E sempre a favore della genuinità della decisione va notato che Paolo, come già Trebazio, ammette la coercizione per render possibile al danneggiato la restituzione dell'argine distrutto, e cioè il proprietario del fondo vicino deve *patientiam praestare* In conclusione nel testo di Paolo, ritiene l'A., salva qualche menda di ordine formale, la parte dispositiva è certamente genuina. La interpolazione si manifesta sicuramente soltanto nella motivazione conclusiva, nella quale appaiono in grande rilievo elementi dell'etica cristiana.

Bas. 58.13.2.6 (Scheltema, A VII, 2679): Ἐάν ὕδωρ κατιὸν εἰς τὸν πόν κοπρῶνα ἐπίσχηται] καὶ γινομένου ὑδροστασίου ὁ ἀγωγὸς [βλάπη τῷ ἄνω ἀγρὸν], ὁ δεσπότης αὐτοῦ κατὰ [σοῦ] δύναιται κινεῖν], ἵνα συγχωρήσῃ[ς αὐτῷ] καθᾶραι αὐτόν. Καὶ ἔνθα διὰ [γῆς] σεισμῷ [ἢ χειμῶν] ἑναλλαγῇ [ἢ τοῦ] ἀγροῦ] φύσις...4...] ρα...13... τῇ δικαιοσύνη ἀκολουθοῦμεν.

sch. 2 ad Bas. 58.13.2 (Scheltema, B VIII, 3027): Ἐλ[.....γ]ὰ[ρ] ὁ Λαβεῶν, ὅτι ε.α τ[οῦ] ἀγροῦ] ἢ φύσις] δύν[αι] αὐτὴ ἀφ' ἑαυτῆς ἐναλλάττεσθαι· καὶ ὅ[ταν αὐτ]ῆ καθ' [ἑαυτὴν ἢ] τοῦ ἀγροῦ φύσις ἐναλλαγῇ, χρῆ ἕκαστον εὐχάριστον] φέρειν τὸν νοῦν εἴτε † ὠφελῆσαι εἴτε βλαπτῆσαι †. Ὅθεν εἰ ἀπὸ σεισμῷ γῆς ἢ ἀπὸ με[γέθους] χειμῶνος ἐναλλαγῇ [ἢ] τοῦ ἐδάφ[ους κατάστασις] καὶ ἡ τύχη, οὐδ[εὶς] ἀναγκάζεται συγχωρεῖν [εἰς τὴν π]ρώτην ἐπανά[γεσθαι] φύσιν [τὸ χωρίον]. Ἀλλὰ τοῦτο μὲν Λαβεῶν..... αὐ..ἐν τούτῳ τῷ.....

Com'è noto, il nostro passo è stato a lungo ritenuto¹⁵⁹ una delle più persuasive dimostrazioni della tesi in base alla quale l'a.a.p.a., al tempo delle XII Tavole, sarebbe stata concessa indipendentemente dall'esistenza di un'attività umana sul fondo di provenienza, e ciò in nome di una "assoluta ed obiettiva" responsabilità che sarebbe gravata sul *dominus*. Soltanto con Labeone si sarebbe affermato il principio in base al quale, invece, la responsabilità del *dominus* avrebbe comunque implicato l'esistenza di un *opus manu factum*.

Questa tesi non regge ad una serie di convincenti obiezioni¹⁶⁰, che resistono anche alle recenti osservazioni di un'autorevole dottrina¹⁶¹.

¹⁵⁹ In particolare dal Sargenti (*L'actio*, cit., 114).

¹⁶⁰ Cfr. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 41 s.; *Aqua*, cit., 14 s. e 21 s.; *Abuso*, cit., 11 s.

¹⁶¹ A. MANTELLO, *Natura*, cit., 221 s.

Occorre soffermare l'attenzione sul fatto che il passo – tralasciata la sua parte finale, da considerarsi interpolata per la dottrina prevalente¹⁶² – documenta un contrasto di opinioni fra Namusa, incline a concedere l'*a.a.p.a.* nell'ipotesi in esso esaminata, e Labeone, che la negava stante la mancanza del requisito *dell'opus manu factum*.

E' apparso subito chiaro che tale contrasto era genuino, essendo inconcepibile ipotizzare una contrapposizione artificiosamente costruita dai compilatori, che avrebbero riferito a Namusa una decisione poi non condivisa da Labeone: per Namusa, dunque, l'azione era concedibile proprio in un'ipotesi nella quale mancava un *opus manu factum*¹⁶³.

Il fatto, però, che il testo sia genuino ed esprima dunque l'effettiva opinione di Namusa non significa che tale opinione necessariamente importi una responsabilità oggettiva, ossia indipendente da qualsiasi attività del *dominus* nel fondo di provenienza dell'acqua: ed è questa, in effetti, l'obiezione di Labeone, per il quale l'*aquam nocere* rilevante può consistere soltanto nell'*opus manu factum* o nella *natura agri*.

¹⁶² *Contra*, di recente, A. MANTELLO, *Natura*, cit., 221. nt. 49, il quale per un verso osserva che "la stessa modulazione del discorso (in particolare, l'imperatività dell'*admisimus* retto dal plurale *nos*; irrilevante invece l'accusativo di *in hunc casum*, sintatticamente corretto in presenza del verbo *admittere*) potrebbe confermare l'opinione tradizionale sul carattere insitico della chiusa" del passo, per altro verso non esclude la possibilità che essa sia riconducibile al pensiero di Paolo. Per la classicità della frase finale di D. 39.3.2.6 si era espresso anche V. MANNINO, *La tolleranza*, cit., 94 s.

¹⁶³ Sul punto v. ancora una volta, F. SITZIA, *Ricerche*, 43 e nota 4.

La non agevole comprensibilità della motivazione di Namusa¹⁶⁴ è in realtà soltanto apparente e dipende dal riferire la *voluntas* di cui al testo al danneggiato e non al danneggiante.

Evitato quest'errore, si può comprendere come, in realtà, Namusa non intendesse estendere il campo di azione dell'*a. a. p. a.* ad ogni ipotesi nella quale un evento naturale avesse modificato la *natura agri*, ma soltanto ai mutamenti da considerarsi come effetti non voluti di un'attività umana che era stata posta in essere sul fondo e che non aveva dato luogo ad un *opus manu factum*: in questo senso la frase contenente il richiamo alla *voluntas* sembra prestarsi meglio a definire tali mutamenti¹⁶⁵.

In altri termini, dunque, nell'ottica di Namusa il *manu facere* si presta ad includere tutte le ipotesi nelle quali un'attività del dominus abbia causato un maggior deflusso delle acque (*verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint*), e ciò è chiaramente

¹⁶⁴ Rilevata, in primo luogo da T. MOMMSEN (*Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berolini, 1870, 397) e, quindi, da numerosi altri Autori, richiamati da F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 43 nt. 6.

¹⁶⁵ Sul punto si confronti, ancora una volta, F. SITZIA, *Abuso*, cit., nt. 40, il quale non ha mancato di osservare che anche a volere ammettere che Namusa intendesse riferirsi ai mutamenti naturali attraverso una perifrasi che facesse riferimento alla *voluntas*, sarebbe stata comunque da attendersi una frase del tipo *in omnibus, quae sine voluntate* (e non già *in omnibus quae non secundum voluntatem*, frase che al contrario ben si presta a descrivere proprio gli effetti non voluti di un'attività umana). Sul punto, in senso sostanzialmente conforme è anche A. MANTELLO, *Natura*, cit., 222, il quale osserva che la motivazione di Namusa "postula una vera e propria parità di trattamento fra quanto di nocivo dipenda dall'uomo e quanto di nocivo dipenda non dall'uomo, ma da cause a lui estranee". Non può dunque condividersi l'opposta opinione di L. PARENTI, *Osservazioni sul «patientiam praestare» in Labeone*, in «Teoria e storia del diritto privato» V, 2012, § 3, il quale comunque si trova costretto a tradurre la frase *in omnibus, quae non secundum voluntatem [mutata] sint* con l'espressione "per tutte quelle cose che non erano fatte con volontà": espressione, invero, inadeguata anche in lingua italiana ad esprimere i mutamenti naturali.

confermato dal fatto che come detto, nel passo in esame, è l'acqua stessa che - sia pure in seguito ad un'attività umana, ma per effetto di un risultato indiretto e non voluto – che, defluendo, raccoglie il concime sparso sul fondo e ne intasa il corso.

La tesi di Namusa non prevalse e venne superata da quella di Labeone, secondo il quale tutto ciò che non è *opus manu factum* non può che essere considerato come modificazione naturale, o comunque come il risultato non voluto di un'attività umana.

Il percorso argomentativo labeoniano, dunque, ruota intorno all'alternativa *opus manu factus-natura* e si contrappone in modo del tutto coerente alla ricostruzione del pensiero di Namusa nei termini sopra proposti¹⁶⁶.

Probabilmente, la medesima ragione per la quale Paolo – a distanza di due secoli – reputa ormai irrilevante dilungarsi sul ricordo dell'antica disputa anima anche la testimonianza di Bas. 58.13.2.6, nella quale il contrasto tra Namusa e Labeone scompare del tutto, tanto che il giurista bizantino riporta, accogliendola senza bisogno di particolari motivazioni, soltanto la soluzione dell'allievo di Servio, sottolineando che lo sterco che ha ostruito il corso d'acqua appartiene al proprietario del fondo inferiore.

¹⁶⁶ In senso contrario A. MANTELLO, *Natura*, cit., 222, nt. 52, il quale ritiene, invero, di non dover accogliere la ricostruzione del contrasto fra Namusa e Labeone come ricostruita nel testo, ed osserva fra l'altro che "il resoconto paolino insiste molto nel limitare il contenuto delle motivazioni labeoniane al tema dei mutamenti del fondo provocati da eventi naturali", così lasciando intendere il disinteresse di Paolo verso la posizione di Namusa, che verosimilmente riteneva "un'opinione personale". In senso analogo, ma senza concreta motivazione, anche le considerazioni di A. KACPRZAK, *L'actio aquae pluviae arcendae*, cit., 278 s.

Rileva, piuttosto, osservare che la testimonianza in esame tratta separatamente le due ipotesi (*terrae motus* e *tempestatis magnitudo* richiamate da Labeone a proposito degli sconvolgimenti naturali di rilievo e pare ammettere che l'unico rimedio possibile è da individuarsi nel ricorso all'equità¹⁶⁷.

¹⁶⁷ L'ulteriore esegesi del testo dei Basilici non sarebbe del tutto coerente con le problematiche della presente ricerca. Non possiamo però fare a meno di rilevare che ad esso ha dedicato, assai di recente, una perspicua attenzione F. SITZIA (*Abuso*, cit., 14 s.), ad avviso del quale l'ambiguità della frase latina *sed - admisimus* è superata dalla versione greca, la quale continua a lasciare aperti i problemi che già erano emersi dall'analisi di D. 39.3.2.10. Ma v'è di più: nei casi di terremoto, o di *tempestas* particolarmente violenta, potrebbe accadere che lo sconvolgimento del suolo prodotto da tali eventi potrebbe essere così imponente da non consentire un ripristino delle condizioni precedenti, il che dimostra che un'equiparazione di queste ipotesi a quella prospettata da Namusa può avere un senso solo nell'ottica di chi, come Labeone, nega comunque una tutela, non nell'ottica di chi ritiene di concedere un rimedio processuale. Può dunque ritenersi che non casualmente in Bas. 58.13.2.6 il giurista bizantino tenga ben separate le due ipotesi, da un lato specificando che in quella riferita da Namusa il convenuto dovrà *patientiam praestare* e consentire il ripristino, dall'altro limitandosi ad osservare che nel caso di terremoto o di *tempestas* particolarmente violenta si dovrà fare ricorso all'equità, le modalità attuative della quale non sono peraltro specificate. Secondo il Sitzia appare in definitiva verosimile, pur trattandosi di mera congettura, che l'azione venisse concessa là dove il nuovo deflusso determinasse *un nocere ultra modum*, così chiudendosi per il così dire il cerchio con la richiamata testimonianza di D. 39.3.2.10, affrontando cioè i due passi problematiche analoghe. La tesi è convincente e particolarmente affascinante: se così fosse, infatti, emergerebbe dalla lettura dei testi giustinianeî ad opera dei bizantini un principio generale per cui si può pretendere di modificare a proprie spese il decorso naturale *dell'aqua pluvia* che *noceat ultra modum* tanto nell'ipotesi in cui il *nocere* sia causato da una situazione prospettata come statica, quanto in quella in cui, invece, esso sia il risultato di un mutamento naturale improvviso e violento.

CONCLUSIONI

Giunti al termine della nostra esegesi, siamo in grado di prospettare alcune considerazioni di sintesi sui temi che abbiamo affrontato; e per farlo è opportuno mantenere la direzione della freccia del tempo, procedendo dal passato al presente. Questo modo di procedere – che nel nostro caso, come abbiamo visto, ha confortato la nostra ipotesi di lavoro, inducendoci a giustificare il presente alla luce del passato – ha anche il pregio di consentirci di lasciar correre via i tanti rami evolutivi di pensiero che non hanno avuto fortuna e sono rimasti sullo sfondo.

Dunque, i nostri temi attenevano alla ricostruzione delle diverse teorie sul divieto degli atti emulativi e dell'abuso del diritto, nell'ambito della più vasta problematica della cosiddetta funzione sociale della proprietà.

Per la ricostruzione di questi temi, i testi romani in tema di *actio aquae pluviae arcendae* hanno costituito da sempre, per i giuristi successivi, una base di partenza imprescindibile e, retrocedendo nel tempo, anche il presupposto per stabilire se fosse valido, nel diritto romano classico, il principio in base al quale il proprietario potrebbe fare tutto ciò che sia compreso nei limiti oggettivi del suo diritto, senza che sia ammessa alcuna indagine sulla sua intenzione, mentre sarebbe stato Giustiniano a rimaneggiare tutta la materia delle acque, introducendo un nuovo

regime di esse opposto a quello classico e dominato da una prospettiva di utilità sociale. Questo nuovo regime delle acque egli avrebbe introdotto mediante interpolazioni, in molte delle quali si fa menzione dell'*animus nocendi* di chi compiere le opere.

Di tale ricostruzione abbiamo tentato di contrastare la validità, in considerazione del fatto che, con logica evidentemente circolare, esso pone in premessa ciò che deve ancora essere dimostrato.

Ed invero l'analisi esegetica da noi condotta attesta, già sul piano generale, l'esistenza di una linea di tendenza del tutto coerente e continua nel tempo in relazione al concetto di proprietà ed alla sua evoluzione nel senso di privilegiarne la funzione "sociale".

In proposito, non si può mettere in dubbio che la pandettistica abbia effettivamente utilizzato, quale base per la costruzione del diritto di proprietà in senso moderno, le elaborazioni messe a punto dalla giurisprudenza romana classica.

Ci è parso eccessivo operare, però, una contrapposizione netta tra mondo romano-pandettistico da un lato e medievale dall'altro. E' infatti indiscutibile che all'interno del *Corpus Iuris* possono rinvenirsi testimonianze relative alla proprietà che risentono di filoni culturali diversi. Ciò emerge in particolare da un confronto fra la nozione di proprietà offerta dal Digesto e quella offerta dal Codice; ma anche all'interno dello stesso Digesto non può ipotizzarsi una perfetta corrispondenza fra sistema classico e sistema pandettistico.

Si tratta dunque di un ricco materiale, che dimostra che non esiste una linea di cesura netta fra l'esperienza classica e quella

postclassica, e tanto meno quella giustiniana, potendosi anzi rinvenire un'ininterrotta linea di continuità, pur con le cautele che possano derivare dall'applicazione alle categorie moderne di concetti risalenti a 2000 anni orsono.

Queste contraddizioni, ma anche queste omogeneità, trovano applicazione, e contestualmente conferma, nella materia delle acque, che documenta un'idea di emulazione e di abuso del diritto l'evoluzione della quale, con un buon margine di approssimazione, può essere sintetizzata come segue.

1) In una prima fase dell'epoca classica si registra una salda prospettiva, mutuata da Labeone in particolare (ne è un esempio D. 39.3.2.9), nel senso dell'esistenza di determinate ipotesi nelle quali nessuna tutela veniva concessa al *dominus* a difesa della sua proprietà neppure se si sia in presenza di atti emulativi.

Abbiamo osservato che, rispetto a tale prospettiva, una prima apertura di portata assai ampia, che avrebbe appunto consentito di offrire al proprietario danneggiato una tutela processuale che superasse i risultati ai quali era giunto Labeone, avrebbe potuto essere rappresentata dall'attribuzione dell'*actio doli* nell'ipotesi, prospettata in D. 39.3.1.12, di *opus* costruito al mero scopo di nuocere al vicino.

Se esistente e se risalente anch'essa ad epoca classica, tale apertura avrebbe effettivamente potuto costituire una significativa testimonianza non soltanto dell'esistenza di deroghe al principio dell'inviolabilità della proprietà, ma anche del fatto che il divieto

dell'*aemulatio*, se non costruito come principio generale, potesse essere comunque fin da allora positivamente considerato.

Ma l'analisi del nostro passo ci ha indotto ad escludere che una tale attribuzione sia ascrivibile a Marcello, che, pur prospettando il problema, sembra optare per la soluzione negativa: ed in ciò abbiamo dissentito dalla pur fine analisi del Riccobono, che ipotizzava l'esistenza di una disputa fra Sabiniani e Proculeiani, che avrebbe visto questi ultimi, e Marcello, fin da allora favorevoli alla concessione dell'*actio de dolo*.

Mancano, del resto, frammenti ulteriori che viceversa, se presenti, sarebbero stati verosimilmente utilizzati dai Compilatori nella compilazione del Digesto, che si sono invece limitati ad interpolare, ed oltretutto in modo non perspicuo, la testimonianza di D. 39.3.1.12.

2) Un significativo ampliamento della tutela può, invece, essere attribuito a Paolo, al quale è verosimilmente riconducibile la parte finale di D. 39.3.2.5, nella quale come abbiamo visto si concede un'*actio utilis* o un interdetto al proprietario danneggiato che abbia interesse a ricostruire a proprie spese l'argine naturale che, sito nel fondo del vicino, sia stato danneggiato dalla violenza dell'acqua, a condizione che ciò gli sia utile e non danneggi il confinante.

Tale opinione di Paolo è in effetti in contrasto con quella di Labeone, da lui stesso ricordata nel successivo § 6, e che era nel

senso di sopportare *aequo animo* i mutamenti naturali che abbiano reso più gravoso il deflusso delle acque.

Pur trattandosi di un'apertura sottoposta a rigide condizioni (il convenuto sarà tenuto soltanto a *patientiam praestare* ed il ripristino non dovrà arrecargli alcun pregiudizio) si tratta pur sempre di un ulteriore arretramento rispetto all'idea di "normatività della natura" di matrice labeoniana e, contestualmente, di un primo riconoscimento, ancorchè limitato ai casi di specie, della possibile rilevanza di atti che, con categorie moderne, potrebbero definirsi emulativi.

Altra novità consiste, poi, nel fatto che Paolo, compiendo un deciso passo avanti rispetto ad Alfeno (D. 39.3.2.5) e Namusa (D. 39.3.2.6), muove dal presupposto che nei casi esaminati non è dato alcun rimedio civilistico in quanto manca il requisito *dell'opus manu factum*, e pertanto, sulla base di considerazioni equitative, propone una tutela pretoria che apre la prima significativa breccia al principio dell'inviolabilità del dominio.

3) Pur nell'originalità di questa impostazione, Paolo si muove pur sempre nell'ambito della visione complessiva del rapporto uomo - natura proposta da Labeone.

Un deciso passo avanti si ha soltanto con alcuni interventi compilatori, che registrano rilevanti conferme nelle testimonianze bizantine.

Ne è esempio illuminante la chiusa di D. 39.3.2.10 (*sic tamen si non ultra modum noceat*), dalla quale si evince il principio che il deflusso naturale delle acque non va rispettato ove arrechi un danno

esorbitante ad uno dei proprietari: e ciò (Bas. 58.13) non soltanto quando tale danno sia riconducibile alla configurazione naturale dei luoghi, in assenza di qualsiasi mutamento, ma anche nelle ipotesi in cui esso sia stato determinato da un evento improvviso e violento che ha stravolto l'assetto originario del terreno.

Come abbiamo visto, D 39.3.21 e D 39.3.1.21 sembrano tuttavia ostare all'estensione di questo principio alle opere costruite *in suo* che danneggino il vicino *ultra modum*, mentre la lettura di Bas 58.13.2.9-10 non sembra decisiva in senso contrario e soprattutto non sembra idonea alla costruzione di una regola di carattere generale nel senso della concessione della tutela a tutte le ipotesi di *nocere ultra modum*: ciò che altrimenti avrebbe perfino consentito di istituire un collegamento con le tesi che estendono il divieto di atti emulativi anche ai casi di opera caratterizzata da eccessiva sproporzione fra *utilitas* da una parte e danno dall'altra.

Da tutto ciò abbiamo tratto la conclusione che non sembra che i confini applicativi delle problematiche appena esaminate siano stati individuati con precisione dai compilatori e dai giuristi bizantini e siano stati frutto di una loro elaborazione cosciente e sistematica.

E, sotto questo profilo, non ci è parsa accettabile la tesi di quell'Autore¹⁶⁸ secondo il quale "Potremo dire, e forse si deve dire, che il principio dell'antico diritto, secondo cui <<chi usa del suo diritto, non lede alcuno>> abbia nella Compilazione un significato ben diverso e nuovo, nel senso che il diritto soggettivo ora ha limiti

¹⁶⁸ S. RICCOBONO, *La teoria*, cit., 35 s.

intrinseci imposti dall'esigenza della vita sociale, onde esso spiega la sua forza solo quando sia esercitato entro quei limiti. E questi limiti, come si è visto, sono costituiti dalla utilità che ne trae l'agente e dalla assenza di un danno che ne derivi ad un terzo. In questa condizione di cose l'abuso del diritto viene escluso in modo immediato dalla essenza del diritto medesimo. Onde quello che si dice abuso costituisce piuttosto trasgressione del proprio diritto, e come tale illecito".

Come infatti abbiamo osservato – ed anche a prescindere da una certa promiscuità di concetti, posto che il nostro A. avrebbe dovuto richiamarsi alla categoria degli atti emulativi, piuttosto che a quella di abuso del diritto - la lettura delle fonti giustinianee non autorizza la conclusione che i compilatori avessero elaborato principi di carattere generale in materia, e d'altro canto esse, in presenza di *utilitas*, consentono una diminuzione del deflusso delle acque anche nelle ipotesi in cui ne derivi un danno al vicino.

4) Semmai, una significativa innovazione giustiniana consiste, come abbiamo visto, nella concessione di un rimedio processuale nelle ipotesi di *opus* totalmente privo di utilità ed eretto al solo scopo di nuocere al vicino.

Ancora una volta, però, sembra trattarsi di un intervento dettato dall'esigenza di temperare, nel caso concreto, la rigidità di una regola, senza che si possa perciò ritenere che esso sia frutto di una consapevole elaborazione sistematica.

Tant'è che, come abbiamo visto, l'interpolazione contenuta nella parte finale D. 39.3.2.9 (*quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*), si riferisce alla concessione dell'*a.a.p.a.*, mentre l'interpolazione presente in D 39.3.1.12 si limita a concedere l'*actio doli* nell'ipotesi di opera eretta *animo nocendi*, riferendosi a un rimedio già menzionato nel testo classico.

Ciò non toglie, tuttavia, che la testimonianza da ultima richiamata può essere letta in modo tale da andare oltre il caso delle acque in essa contemplato, e rappresentare così, anche attraverso la concessione dell'*actio doli* da essa attribuita, una solida testimonianza utile alla costruzione della teoria del divieto di atti emulativi, pur mai formulato in modo organico dai giustiniane.

5) Volendo, così, tratteggiare i punti d'arrivo, possiamo confermare altresì che la lettura dei frammenti del titolo 39.3 documentano l'inconsistenza della tesi che immagina l'esistenza di una contrapposizione netta fra regime classico e regime giustiniano della nostra *actio*, il primo caratterizzato da una finalità eminentemente privata della proprietà ed il secondo teso ad assicurare un miglior sfruttamento delle risorse idriche, in nome di una fusione "sociale" della proprietà stessa.

Già in epoca classica, infatti, attraverso il riconoscimento della *lex agri* e della *vetustas* (che incise anche sui territori che divennero oggetto di *dominium ex iure Quiritium*), il regime dell'azione si caratterizzò quale teso anche a soddisfare le esigenze di un più

ampio comprensorio agricolo; e per converso mai in diritto giustiniano si pervenne all'elaborazione sistematica di una regola generale di tutela degli interessi della collettività, essendo soltanto emerse, invece, soltanto alcune linee di tendenza.

Fu proprio questo "principio di continuità" con il passato, coniugato però con la creazione di nuove regole dettate per fronteggiare le nuove esigenze insorte, ad assegnare valenza determinante ai nostri frammenti, che sono stati utilizzati, come visto, per ricercare le radici storiche dell'abuso del diritto, ma anche per tentare di individuare un supporto romanistico alla nozione di proprietà affermatasi negli stati liberali, assegnando valenza di mere eccezioni alle limitazioni giustiniane del *dominium* esaminate nel corso della nostra ricerca.

ABSTRACT

La ricerca mira a mettere in luce ed approfondire i momenti nevralgici della riflessione che ha portato, nel corso dell'800 e del '900, alla nascita della moderna nozione di proprietà e dei suoi limiti, attraverso l'esegesi delle fonti romane classiche e giustinianee in tema di acque.

Tali fonti hanno costituito una insostituibile base per la costruzione della teoria degli atti di emulazione e, attraverso essa, dei limiti della proprietà, la quale secondo un orientamento a lungo dominante sarebbe stata assoluta in diritto romano preclassico per poi –in diritto giustiniano e bizantino– essere soggetta a limiti in vista dell'utilità sociale. Secondo questa teoria, la nozione giustiniana avrebbe poi costituito la base per quella moderna.

Dopo una breve analisi dello stato attuale della dottrina, l'indagine prende le mosse dalla nozione generale di abuso del diritto, per poi concentrare l'attenzione sugli atti emulativi, con particolare riferimento al diritto di proprietà. Specifico rilievo è pertanto dedicato alla storia della storiografia, la quale, partendo dalle configurazioni ottocentesche, consente di porre in evidenza come le soluzioni trasmesse dal diritto romano classico e giustiniano siano state utilizzate a supporto della moderna idea della proprietà. Ciò è avvenuto, infatti, tanto ad opera di chi ha affermato che la proprietà era un diritto assoluto e senza limiti, ed era quindi portato a

considerare interpolati i testi romani che parlavano di atti emulativi, quanto da parte di chi, invece, soprattutto a partire dalla seconda metà del Novecento, ha considerato i medesimi non interpolati e li ha inseriti nel discorso che emblematicamente può prendere le mosse dalla nostra carta costituzionale sulla funzione sociale della proprietà e i limiti che derivano concretamente dal riconoscimento di tale funzione.

L'indagine si dipana quindi attraverso l'esame dei frammenti conservati nel Digesto in materia di deflusso dell'acqua piovana (D. 39.3), dal momento che essi hanno rappresentato il fondamento sia per l'una sia per l'altra dottrina, consentendo altresì di desumere fondamentali linee di tendenza sul tema.

Nell'ambito del più ampio studio delle linee di interferenza fra la figura dell'abuso del diritto e degli atti emulativi, l'esegesi delle suddette fonti ha avuto specifico riguardo, specie in riferimento all'epoca giustiniana, all'eventuale influenza *dell'animus nocendi* nella regolazione dei rapporti di vicinato in materia di acque. Una tale influenza, infatti, costituirebbe, come anticipato, il segno di un limite sociale all'esercizio del diritto e si inserirebbe, ad avviso di più di un Autore che si è occupato del tema, in quella più generale tendenza, rispondente al mutare delle istanze socio-economiche del tempo, diretta a far venir meno – si vedrà se progressivamente o con drastiche innovazioni – i confini fra la sfera del pubblico e quella del privato in materia di proprietà, esaltando la funzione sociale di quest'ultima.

ENGLISH ABSTRACT

The research examines the salient features of the modern conception of property and its limits, developed in the 19th and 20th centuries, by means of a debate on the Roman legal sources regarding water.

To this end, after overviewing the actual doctrinal state, the research starts from the general concept of abuse of the right and focuses on emulative acts, with reference to property right.

The historical outline of historiography offers an essential help to verify how the interpretation of the classical and Justinian's legal solutions influenced the modern concept of property. In fact, on the basis of Roman legal sources, on the one hand, some Authors considered property as an absolute right without limitation, but, on the other hand, since the second half of the 20th century, a new hypothesis of the social function of property and its limits was put forward.

For this reason, the exegesis of the writings of Roman jurists contained in D. 39.3 plays a key role to understand how the Roman lawyers of the Severian age and Justinian solved the complex issues regarding rain water and whether and to what extent these solutions contributed to create the modern idea of property.

Finally, the research shows that the Roman classical legal thought on our topic, closely linked the social-economics customs and traditions, reflects how the border between public and private property conception changed, remarking the property social importance.

INDICE DELLE FONTI

A) FONTI GIURIDICHE

FONTI PREGIUSTINIANEE

*Collatio Legum mosaicarum et
romanarum*

7.3.2: 50, nt. 91

Fragmenta Vaticana

158: 50, nt. 91

Gai Institutiones

1.53: 51, nt. 91; 54

4.11: 50, nt. 91

Lex XII Tabularum

1.1: 50, nt. 91

8.16: 50, nt. 91

Pauli Sententiae

5.6.13: 50, nt. 91

5.10.1: 51, nt. 91

5.23.9: 50, nt. 91

FONTI GIUSTINIANEE

Institutiones

1.8.2.: 51, nt. 91; 56, nt. 102

Digesta

6.1.38: 46, nt. 81; 50, nt. 91; 56, nt.
101

7.1.30: 50, nt. 91

8.1.9: 46, nt. 81; 50, nt. 91; 54; 56,
nt. 103

8.2.8: 51, nt. 91

8.2.9: 50, nt. 91

8.2.10: 50, nt. 91

8.2.18: 46, nt. 81

8.2.19 pr.: 46, nt. 81

8.2.26: 51, nt. 91

8.2.28: 50, nt. 91; 47

8.2.34: 50, nt. 91; 51, nt. 91

8.2.36: 51, nt. 91

8.2.37: 51, nt. 91

8.3.22: 50, nt. 91; 54

8.4.2: 50, nt. 91

8.4.6 pr.: 51, nt. 91

8.5.8.5: 46, nt. 81; 50, nt. 91

8.5.8.7: 46, nt. 81

8.6.6 pr.: 50, nt. 91; 64, nt. 110

9.2.4.1: 50, nt. 91

9.2.27.25: 50, nt. 91

9.2.27.32: 50, nt. 91

9.2.29.1: 50, nt. 91

9.2.36: 50, nt. 91

9.2.39 pr.: 50, nt. 91

9.2.45.5: 50, nt. 91
9.3.1.1: 50, nt. 91
9.3.1.4: 50, nt. 91
9.3.1.9: 50, nt. 91
9.3.2: 50, nt. 91
9.3.3: 50, nt. 91
9.3.4: 50, nt. 91
9.3.5 pr.: 50, nt. 91
9.3.5.4: 50, nt. 91
9.3.39 pr.: 50, nt. 91
10.1.4.10: 50, nt. 91; 51, nt. 91; 64, nt. 110
10.1.13: 50, nt. 91; 52, nt. 93; 64, nt. 110
10.3.19 pr.: 50, nt. 91
12.2.28.6: 50, nt. 91
17.2.52.10: 51, nt. 91
17.2.52.13: 51, nt. 91
17.2.63 pr.: 51, nt. 91
19.2.25.3: 51, nt. 91
19.2.25.5: 50, nt. 91
33.3.1: 51, nt. 91
33.3.4: 51, nt. 91
38.5.1.15: 50, nt. 91
39.2.1.9: 95, nt. 158
39.2.24 pr.: 46, nt. 81; 50, nt. 91; 54
39.2.26: 75; 76, nt. 124
39.2.32: 51, nt. 91
39.2.35: 51, nt. 91
39.2.37: 51, nt. 91
39.2.39 pr.: 51, nt. 91
39.2.43.1: 51, nt. 91
39.2.47: 51, nt. 91
39.3.1.3: 46, nt. 81
39.3.1.7 (Ulp. 53 *ad ed.*): 47, nt. 81
39.3.1.9: 96
39.3.1.10: 96
39.3.1.11 (Ulp. 53 *ad ed.*): 46, nt. 81; 51, nt. 91; 59, nt. 107; 71; 72; 76, nt. 124; 88, nt. 145
39.3.1.12 (Ulp. 53 *ad ed.*): 46, nt. 81; 67, nt. 115; 71; 72; 85, nt. 139; 83; 87, nt. 144; 104; 105; 109
39.3.1.21: 93, nt. 151; 107
39.3.2.5: 46, nt. 81; 51, nt. 91; 52 nt. 105; 90; 95; 105; 106
39.3.2.6: 89, nt. 146; 93, nt. 154; 95; 96; 98, nt. 162; 106
39.3.2.9: 46, nt. 81; 51, nt. 91; 59, nt. 107 ; 85; 104; 109
39.3.2.10: 81; 101, nt. 167; 106
39.3.11.6: 95, nt. 158
39.3.14.1: 94, nt. 155
39.3.21: 75; 76, nt. 124; 84; 107
42.8.21: 50, nt. 91
43.7.1: 50, nt. 91
43.8.2 pr.: 50, nt. 91
43.8.2.3: 50, nt. 91
43.8.2.9: 50, nt. 91
43.8.2.10: 50, nt. 91
43.8.2.12: 50, nt. 91
43.8.2.13: 50, nt. 91
43.8.2.14: 50, nt. 91
43.8.2.15: 50, nt. 91
43.8.2.24: 50, nt. 91
43.8.2.26: 50, nt. 91
43.8.2.28: 52
43.11.1.1: 50, nt. 91
43.11.3 pr.: 50, nt. 91
43.13.1.3: 50, nt. 91
43.13.1.4 (Ulp. 68 *ad ed.*): 50, nt. 91
43.13.1.6 (Ulp. 68 *ad ed.*): 50, nt. 91

43.17.3.7 (Ulp. 69 <i>ad ed.</i>): 50, nt. 91	47.7.1: 50, nt. 91
43.20.1.38: 50, nt. 91	47.7.6.2: 50, nt. 91
43.23.1 pr.: 50, nt. 91	47.7.11: 50, nt. 91
43.23.1.2: 50, nt. 91	47.8.2.20: 51, nt. 91; 54
43.23.1.4: 50, nt. 91	47.10.44: 51, nt. 91; 56, nt. 104
43.23.1.7: 50, nt. 91	47.21.3 pr.: 50, nt. 91; 52, nt. 93
43.23.1.15: 50, nt. 91	48.8.9: 50, nt. 91
43.23.2: 50, nt. 91	50.10.3 pr.: 46, nt. 81; 50, nt. 91; 53
43.24.22.3: 78, nt. 127	50.16.223.1: 50, nt. 91
43.27.1 pr.: 50, nt. 91; 52, nt. 94	50.17.15.1: 45, nt. 76
43.27.2: 50, nt. 91; 52, nt. 94; 64, nt. 110	50.17.55: 45, nt. 76
43.28.1: 50, nt. 91; 52, nt. 95	50.17.155.1: 51, nt. 91
44.7.5.5: 50, nt. 91	

FONTI BIZANTINE

Basilicorum Libri

(Scheltema Series A)

58.13. 2.5: 94	58.13.14.1: 94, nt. 155
58.13.2.6: 95; 97; 100; 101, nt. 167	58.13.21: 84
58.13.2.9: 76, nt. 123; 82, nt. 135; 85; 86; 88; 107	
58.13.2.10: 76, nt. 123; 85; 86; 107	

FONTI CONTEMPORANEE

BGB

§ 226: 31, nt. 47
 § 242: 31, nt. 47
 § 826: 31, nt. 47

Codice Napoleonico

Art. 544: 41, nt. 68

Art. 1195: 27

Codice civile italiano (1942)

Art. 624: 27

Art. 482: 27

Art. 526: 27

Art. 761: 27

Art. 833: 31; 31, nt. 46; 32, nt. 49; 33

Art. 873: 34, nt. 55

Art. 1175: 15

Art. 1324: 28

Art. 1384: 28

Art. 1439: 27

Art. 1440: 27

Art. 1460: 28

Art. 2043: 24, nt. 34

Art. 2697: 33, nt. 53

Art. 2729: 33

Costituzione italiana

Art. 2: 15

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

Art. 2: 15

Sentenze della Suprema Corte di Cassazione

Cass., SU, n. 500,1999: 24, nt. 34

Cass., sez. I, 2007, n. 5273: 28 nt. 43

Cass., 2000, n. 15592: 29, nt. 44

Cass.,1960, n. 3040: 11, nt. 9

B) FONTI LETTERARIE

CICERO

ORATIONES

Pro Milone

3.9: 50, nt. 91

27.74: 50, nt. 91

Pro M. Tullio

21.50: 50, nt. 91

PHILOSOPHICA

De Legibus

1.21.55: 50, nt. 91; 52, nt. 93

De officiis

2.18.64: 50, nt. 91

9.22: 50, nt. 91

RHETORICA

Topica

4.24: 51, nt. 91

COLUMELLA

De re rustica

1.3.7: 50, nt. 91

11.3.62: 50, nt. 91

11.1.20: 50, nt. 91

FESTUS

De verborum significatu

sv. *ad fines* (10 L.): 50, nt. 91

sv. *ambitus* (5 L; 15 L.): 50, nt. 91

sv. *endoplorato* (67 L.): 50, nt. 91

sv. *plorare* (260 L.): 50, nt. 91

sv. *sublucare* (474 L.): 50, nt. 91

sv. *sub vos placo* (402 L.): 50, nt. 91

FRONTINUS

De controversiis

4.20: 50, nt. 91

37.24: 50, nt. 91

IUVENALIS

Saturae

3.268: 50, nt. 91

HYGINUS

Constitutio <limitum>

134.5 : 50, nt. 91

De generibus controversiarum

89.1: 50, nt. 91

90.14: 50, nt. 91

91.5: 50, nt. 91; 52

LIVIUS

Ab urbe condita

1.58.5: 45, nt. 91

1.58.10: 50, nt. 91

*Livi periochae omnium librorum ab
urbe condita*

48: 50, nt. 91

MARTIALIS

Epigrammata

1.86.1: 50, nt. 91

HORATIUS

Epistulae

2.2.166: 50, nt. 91

1.16.36: 50, nt. 91

2.2.128: 50, nt. 91

Carmina

2.18.23: 50, nt. 91

OVIDIUS

Fasti

2.655: 50, nt. 91

PLAUTUS

Aulularia

90: 50, nt. 91

406: 50, nt. 91

Bacchides

205: 50, nt. 91

Casina

144: 50, nt. 91

161: 50, nt. 91

531: 50, nt. 91

Miles Gloriosus

272: 50, nt. 91

Rudhens

615: 50, nt. 91

PLINIUS

Naturalis historia

16.6.15: 50, nt. 91

18.3.12: 50, nt. 91

17.1.7: 50, nt. 91

SALLUSTIUS

Bellum Iugurthinum

41.5: 50, nt. 91

SICULUS FLACCUS

De condicionibus agrorum

109.6: 50, nt. 91

109.19: 50, nt. 91

VALERIUS MAXIMUS

Facta et dicta memorabilia

5.8.2: 50, nt. 91

6.3.8: 50, nt. 91

TERENTIUS

Andria

62 ss.: 50, nt. 91

VARRO

De lingua latina

5.4.2: 50, nt. 91

Hecyra

719 ss.: 50, nt. 91

De re rustica

1.16.6: 50, nt. 91

1.16.4: 50, nt. 91

Phormio

95 ss.: 50, nt. 91

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTARIO E., *I Tribonianismi avvertiti dal Cuiacio*, in *Zeitschr. d. Sav. Stift. f. Rechtsg.* (röm. Abt), XXXI, 1910, 158 ss.
- *Hodie* (Contributo alla dottrina delle interpolazioni), Pavia, 1911.
 - *Contributi alla critica del Digesto*, Pavia, 1911.
 - *Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori*, in *Studi ist. giur. Pavia*, I, 1912, 41 ss.
 - *Due antichi trattatelli sulle interpolazioni*, in *Studi dell'Ist. giur. di Pavia*, II, 1913, 116 ss.
 - *Ancora sul glossema in Gai IV, 139*, in *Filangieri*, 1914.
 - *Tituli ex corpore Ulpiani*, in *Bull. ist. dir. rom.*, XXXII, 1922, 73 ss.
 - *Due osservazioni sul fragmentum de form. Fabiana*, in *Annali Perugia*, 1926, 215 ss.
 - *Elementi postgajiani nelle Istituzioni di Gaio*, in *Rend. Ist. Lomb.*, 1926 e 1928
 - *Miscellanea critica*, in *Athenaeum*, 1928.
 - *La crisi del metodo interpolazionistico*, in *Studi Bonfante*, I, Milano, 1930, 609 ss.
 - *Adventicius*, in *Rend. Ist. Lomb.*, 1931.
 - *Da Diocleziano a Giustiniano*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1932.
- ALPA G., *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli 1979.
- *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1993, 76.
- APPLETON CH., *Les interpolations dans les Pandectes*, Lione, 1894.
- *Les interpolations dans Gaius*, in *Revue hist. du droit*, 1929.
- ASTUTI G., voce *Acque (storia)* in *Enc. dir.*, I, 1958, 348.
- BERGER A., *L'odierno indirizzo degli studi di diritto romano*, Firenze, 1913.
- BESELER G., *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, Tubinga, I, 1910; II, 1911; III, 1913; IV, 1920; V, Lipsia, 1931.

- *Romanistische Studien, Miscellanea critica, Textkritische Studien*, in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsg. (röm. Abt.)*, dal 1923 in poi.
- *Juristische Miniaturen*, Lipsia, 1929.
- *Opora*, Lipsia, 1930.
- BESSONE M., *Problemi attuali della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law*, Padova, 1989.
- BIANCA, C. M. *Diritto civile*, 5, Milano 1994, p. 586 ss.
- BIGLIAZZI-GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *I Diritti reali*, 2, in *Diritto civile*, 1998, 63-65.
- BIONDI B., *I Tribonianismi avvertiti da J. Wissembach e H. Eckard*, Palermo, 1911;
- BISCARDI A., *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, 121 s.
- BUSNELLI F.- NAVARRETA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, *D Priv*, 1997, 192 e ss.
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 237 ss.
- BONFANTE P., *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, in *AG 87*, 1922.
- *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, I, Milano, 1966, 289 s.
- BRANCA, *La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza ed il pensiero dei « veteres »*, in *St. Albertario I*, Milano 1955.
- BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, 5 s.
- BRUTTI M., *Formulae de dolo e dolo processuale tra la fine della Repubblica e gli inizi del Principato*, in *Studi Senesi*, LXXX, 1968, fasc. 3, 261-320.
- *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973, I, 166-184, II, 625-743.
- BURDESE A., sv *Actio aquae pluviae arcendae*, in *NNDI I*, Torino, 1954.
- voce *Exceptio doli (diritto romano)*, in *Nov. DI*, VI, Torino, 1964.
- BURCHARD H., *Die «actio aquae pluviae arcendae»*, Erlangen, 1881.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione degli iura praediorum nell'età repubblicana*, 2, Milano 1976.

- rec. a Grossi, *Un altro modo di possedere*, in BIDR, 83, 1980.
- voce *Proprietà*, (*dir. rom.*), in *Enc. dir.* 37, Milano, 1988, 218 ss.
- *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1996.
- *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano.*, Roma, 1999.
- COLLINET P., *Un nouveau critère d'interpolation*, in *Revue hist. du droit*, XXXIV, 81 ss.
- COSTA E., *L'exceptio doli*, rist., Roma, 1970.
- CURSI M.F., *Il divieto di atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes historico y horizonte actual*, Madrid, 2014, 603 s.
- DE MEDIO A., *I Tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro*, in *Bull. ist. dir. rom.*, XIII, 1901, 208 ss.; XIV, 1902, 276 ss.
- DERINE R., *À propos du nouveau régime des eaux privées créé par Justinien*, in *RIDA*, 5, 1958, 449 s.
- DI MARZO S., *Bonae fidei contractus*, Palermo, 1904.
- DUTOIT E., *“Vicinus, vicinitas” ou les rapports de voisinage dans l'antiquité romaine. Compte-rendu des séances du group romain de la Société des études latines*, in *REL* 47, 1969, 25 ss.
- EBRARD F., *Die Grundsätze der modernen Interpolationenforschung*, in *Zeitschr. f. vergleich. Rechtsw.*, XXXVI (1919), 1 ss.
- EISELE F., *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten u. im Codex; Weitere Studien zum Texte der Digesten; Exegetica* in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsg.*, m 1886, 1889, 1890, 1892, 1897, 1909, 1914.
- *Beiträge zure röm. Rechtsg.*, Lipsia, 1896.
- ERNOUT A. –MEILLET A., *Dictionnaire étimologique de la langue latine*, Parigi, Klincksieck, 2001.
- FERRINI C.- PULVIRENTI G., *Delle servitù prediali*, Napoli-Torino, 1920.
- FORCELLINI E., *Lexicon totius latinitatis*, 1864-1926; rist. 1965.
- FRATINI M., *Compendio di diritto civile*, Roma 2013, p. 286 s.
- GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto ed Impresa* 1985, 1 ss.

- GANDOLFI G., *Lezioni sugli interdetti*, Milano, 1960, 38 s.
- GAROFALO L. (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006.
- GRADENWITZ O., *Interpolationen in den Pandekten*, Berlino, 1887.
- *Interpolazioni e interpretazioni*, in *Bull. ist. dir. rom.*, II, 1889, 3 ss.
 - *Interpolationen im Theodosianus*, in *Zeitschr. d. Sav. Stift. f. Rechtsg.* (röm. Abt.), 1913 e 1917.
- GROSSO G., *Abuso del diritto (diritto attuale)* in *Enc. dir.* 1958, I, 161 s.
- GROSSI P., *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977.
- *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, 205 ss
 - *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, 37, Milano, 1988, 226 ss.
- KACPRZAK A., *L'actio aquae pluviae arcendae ed il concetto labeoniano di natura*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE, Pavia, 2007, 271 s.
- KALB W., *Juristenlatein*, Norimberga, 1888.
- *Roms Juristen*, Lipsia, 1890.
 - *Jagd nach Interpolationen in den Digesten*, Norimberga, 1896-97.
- LAURIA M., *Le derivazioni di acque pubbliche*, in *AUMA* 8 ,1932, 243 ss.
- LENEL O., in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsg.*, 1882, 1883, 1918, 1925, 1929, 1930, 1931.
- LONGCHAMPS DE BERIER F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto romano privato romano*, Torino, 2013.
- LONGO G., *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937.
- LUSIGNANI L., *Saggio di una raccolta di interpolazioni negli antichi*, Parma, 1898
- MANCALEONI F., *Contributo allo studio delle interpolazioni*, in *Filangeieri*, 1901.
- MANNINO V., *La tolleranza dell'usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, 88 e 91, nt. 61.

- MANTELLA A., *Natura e diritto da Servio a Labeone*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE, Pavia, 21007, 246 s.
- MELILLO G., “*Interdicta*” e “*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*”, in *Labeo* 12, 1966, 188 ss.
- MEIJERS E. M., *Atteintes à la propriété foncière*, in *Festschrifts für Ernst Rabel*, Tübingen, 1954, 433 ss.
- MIGLIETTA M., ‘*Est vir qui adest*’, in *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, a cura di C. CASCIONE e C. M. DORIA, Napoli, 2013, 308 ss. (312 ss).
- MILONE F., *La ‘exceptio doli (generalis)’*, Studio di diritto romano, Napoli, 1882, 59-213.
- MITTEIS L., *Zur Interpolationenforschung*, in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsg. (rôm. Abt.)*, XXXIII (1912), 180 ss.
- MOMMSEN T., *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berolini 1870, 396 nota 2.
- NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni²*, I, Milano, 1976, 159 ss.
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963.
- PALMA A., *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell’età classica*, Torino, 1988.
- PAMPALONI M., *Contributo alla determinazione degli emblemata nelle Pandette*, in *Arch. giur.*, LV, 500 ss.; LVI, 3 ss.
- PARENTI L., *Osservazioni sul «patientiam praestare» in Labeone*, in «Teoria e storia del diritto privato» V, 2012, § 3.
- PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1987.
- PERNICE A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II ed., Halle, 1895, (C, rist., Aalen, 1963), II, 57 ss.
- PEROZZI S., *Il divieto di atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, in “AG”, 53, 1894, fasc. 3-4, 1-30.
– *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1926.
- PETERS F., *Das «patientiam praestare» im Klassischen römischen Nachbarrecht*, in *SDH*, 1969, 140 s.

- PETERS H., *Moderne Quellenkritik am röm. Recht*, in *Rhein. Zeitschr. f. Zivil u. Prozessrecht*, VIII, 3 ss.
- PUGLIESE G.- SITZIA F. – VACCA L., *Istituzioni di diritto romano*² (Sintesi), Torino 1998, p. 154 ss.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 203 s, (ora *L'abuso del diritto*, 11 s);
- voce *Proprietà (dir. priv.) Enc. dir.*, 37, Milano, 1988, 259 ss.
- RICCOBONO S., *Fasi e fattori della evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges Cornil*, II, 1926, 235 ss.
- *Punti di vista critici e ricostruttivi a proposito della dissertazione di L. Mitteis*, Palermo, 1928.
- *Summum ius summa iniuria*, Palermo, 1929.
- *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano*, 2, 1933-1934, 171 s.
- *La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana*, in *BIDR* 46, 1939, 1 ss.
- RODGER A., *Roman rain-water*, in *T. 38*, 1970, 417 s.
- RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964.
- *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1981, 161 s.
- ROMANO S., *Abuso del diritto (diritto attuale)* in *Enc. dir.* 1958, I, 166 s.
- ROTONDI M., *L'abuso di diritto*, in *RDC*, XV, 1923, 105 s.
- SALERNO F., *"Aqua pluvia" ed "opus manu factum"*, in *Labeo* 27, 1981, 218 ss.
- *"Suum agrum meliorem facere". Aspetti dell' "A.A.P.A." in età Giustiniana*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano, 2007, 200 s.
- SARGENTI M., *L'"actio aquae pluviae arcendae": contributo alla dottrina della responsabilità per danno in diritto romano.*, Milano, 1940.
- SCHONBAUER E., *Die «actio aquae pluviae arcendae»*, in *ZSS* 54 (1934), 233 ss.
- SCIALOJA V., *Per la critica delle Pandette*, in *Atti del Congresso storico*, Roma, 1903.

- *La legislazione sulle acque*, in *Il problema idraulico e la legislazione sulle acque*, Roma, 1916, 59.
 - *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928.
 - voce “*Aemulatio*”, in *Studi giuridici*, III, *Diritto privato*, I, Roma, 1932, 216-259.
 - *Degli atti di emulazione nell’esercizio dei diritti*, in *Studi giuridici*, III, *Diritto privato*, I, Roma, 1932, 194- 206.
- SCHULTZ F., *Einführung in das Studium der Digesten*, Tubinga, 1916.
- SEGRE’ G., *Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali*, *Corso di diritto romano*, I, Torino, 1927.
- SITZIA F., *Ricerche in tema di “actio aquae pluviae arcendae”*. *Dalle XII Tavole all’epoca classica.*, Milano, 1977.
- *Le proprietà moderne e le proprietà romane*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1998, 837 ss.
 - “*Aqua pluvia*” e “*natura agri*”. *Dalle XII Tavole al pensiero di Labeone.*, Cagliari, 1999.
 - *Abuso del diritto e actio aquae pluviae arcendae*, in *BIDR*, 108, 2014, 189-208.
- SOLAZZI S., *Glosse a Gaio*, Palermo, 1932.
- STELLA MARANCA F., *In tema di divieto dell’aemulatio*, II, in *Studi A. Albertoni*, Padova, 1937.
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 239 ss.
- TROISI B., *L’abuso del diritto negli obiter dicta e nelle rationes decidendi della Corte costituzionale*, in M. Tamponi ed E. Gabrielli (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Collana «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica Italiana», Napoli, 2006, p. 279 ss.;
- WATSON A., *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968.