

D. 39.3.4: CASISTICA GIURISPRUDENZIALE  
IN TEMA DI *ACTIO AQUAE PLUVIAE ARCENDAE*  
TRA PREROGATIVE DEI PRIVATI E INTERESSI PUBBLICI\*

di

FRANCESCA PULITANÒ

ABSTRACT: *The objective of the essay is to analyse Ulp. 53 ad ed. D. 39.3.4 by highlighting, also through palinogenetic links, the different approaches of three jurist: Labeo, Julian, Ulpian. The fragment analyses the issue of passive legitimation to the actio aquae pluviae arcendae when there is no coincidence between the auctor operis and the dominus fundi; from another point of view the fragment can be analysed in the context of the researches about the Roman concept of environmental safeguard. In the fragment it is evident a constant relationship between private and public interests and therefore it is possible to confirm, also for the period from the 1st century B.C. to the 2nd century A.D., that the jurists were evaluating the issues about neighbours even in the light of public interest. In this perspective it is also possible to identify a concept of common interest with reference to the proper flow of rainy waters.*

SOMMARIO: 1. I diversi piani di indagine. – 2. *Actio aquae pluviae arcendae* e *actio sepulchri violati*. – 3. Le due fattispecie discusse da Giuliano. – 4. La chiusa ulpiana. 5. – Scorrimento delle acque e rimedi processuali: gli interessi in gioco.

### 1. I diversi piani di indagine

In Ulp. 53 *ad ed. D. 39.3.4* si trova documentata un'interessante cascata di opinioni giurisprudenziali in tema di impiego dell'*actio aquae pluviae arcendae*. Come apparirà chiaro tra breve, i giuristi si dedicano ad alcune fattispecie nelle quali appare problematica l'individuazione dei presupposti per la concessione del rimedio processuale.

Innanzitutto, allora, merita precisare che, secondo la definizione di Arangio-Ruiz, l'*actio aquae pluviae arcendae* “tende [...] a far allontanare l'acqua piovana, quando a causa di canali scavati in un fondo superiore si riversa violentemente o in eccessiva abbondanza sul fondo inferiore, o quando per mezzo di dighe la si fa rifluire dal fondo inferiore sul superiore”<sup>1</sup>. Talamanca ricorda come in epoca classica la nostra azione fosse un'*actio in personam* e arbitraria, volta a sanzionare l'ipotesi in cui attraverso un *opus manus factum* venisse modificato il corso naturale dell'acqua piovana<sup>2</sup>.

\* Il contributo è stato sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1960, p. 221 s.

<sup>2</sup> M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 453 s. Si veda anche, tra i testi istituzionali più recenti, M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Torino, 2012, p. 316. Il tema delle acque nel diritto romano è suscettibile di studio sotto diversi punti di vista. La ricchezza dei contributi dottrinali su di esso è tale, da rendere impossibile la citazione, in questa sede, di tutte le opere rilevanti. Ci si limita perciò ad una bibliografia di massima, individuata in virtù dell'attinenza all'esegesi

Come noto, legittimato passivo era il proprietario del fondo in cui l'*opus* si trovava, indipendentemente dal fatto che egli fosse anche l'autore materiale dell'opera dannosa. Su questo punto, la dottrina sembra dare ormai per assodato<sup>3</sup> che la giurisprudenza classica fosse giunta a differenziare la responsabilità, addossando al convenuto-autore dell'*opus* il ripristino della situazione precedente (in esecuzione di uno *iussum de restituendo* del giudice), ma limitando la responsabilità di un successivo proprietario non autore dell'*opus* al *patientiam praestare*, cioè a permettere che l'attore provvedesse a proprie spese alla rimozione dell'opera<sup>4</sup>.

proposta e alla natura del presente contributo, che riproduce una relazione tenuta oralmente. Sull'*actio aquae pluviae arcendae* si ricordino, innanzi tutto, i lavori monografici di F. Sitzia, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae. Dalle XII tavole all'epoca classica*, Milano, 1977, e *Aqua pluvia e natura agri: dalle XII tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999 (in dialettica con M. Bretone, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma – Bari, 1998 e – terza ed. – 2000); in precedenza si era occupato del tema M. Sargenti, *L'actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1940; M. Sargenti, *Actio aquae pluviae arcendae, servitù, obbligazioni ambulatorie*, in *Foro Padano*, 5.3 (1950), p. 90 ss.; A. Burdese, voce *Actio aquae pluviae arcendae*, in *NNDI*, I.1, Torino, 1957, p. 257 ss; ancora di F. Sitzia, cfr. voce *Scolo delle acque* (diritto romano), in *ED*, 41, Milano, 1989, p. 750 ss. Ancora, cfr. F. Salerno, *Aqua pluvia e opus manu factum*, in *Labeo*, 27, 1981, p. 218 ss.; F. Cairns, *D. 39.3.3. pr.-1 and the actio aquae pluviae arcendae*, in *Sodalitas*, 5, Napoli, 1984, p. 2147 ss.; R. Vigneron, *A propos de la légitimation passive à l'actio aquae pluviae arcendae*, in *Sodalitas*, 2, Napoli, 1984, p. 803 ss.; A. Kacpřák, *L'actio aquae pluviae arcendae e il concetto labeoniano di natura*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di d. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007, p. 271 ss.

Cfr., per ulteriori ragguagli bibliografici, i saggi pubblicati da ultimo da L. Maganzani, *Ripae fluminis e dissesti idrogeologici a Roma: fra indagine geomorfologica e riflessione giurisprudenziale*, in *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, 57 (2010), p. 175 ss.; nello stesso volume, si veda anche *Acquedotti e infrastrutture idrauliche nella Roma dei Cesari: aspetti e problemi di diritto pubblico e privato*, p. 195 ss.; si vedano anche, in una prospettiva storica, tra gli altri, i seguenti studi: G. Chouquer – F. Favory, *L'arcentage romain: histoire des textes, droit, techniques*, Paris, 2001; G. Chouquer, *L'étude des paysages: essais sur leurs formes et leur histoire*, Paris, 2000; *La terre dans le monde romain: anthropologie, droit, géographie*, Paris, 2010, (cfr. la recensione di L. Maganzani, *Romanistica e antropologia per un dialogo interdisciplinare*, in *BIDR*, 106, 2012, pubbl. 2013, p. 137 ss.); da ultimo, *Terres porteuses*, Paris, 2012; di rilievo, ancora, le ricerche di L. Capogrossi Colognesi, tra le quali, particolarmente, si possono ricordare *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, Milano, 1976; *Proprietà e signoria in Roma antica*, Roma, 1997; *Proprietà e diritti reali: uso e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999; *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della 'civitas romana'*, Roma, 2000. Sulla condizione giuridica e socio-politica del territorio, cfr. anche M. J. Castillo Pascual, *Espacio en orden. El modelo grámatico-romano de ordenación del territorio*, La Rioja, 1996; J.F. Brégi, *Droit romain. Le biens et la propriété*, Paris, 2009. Sarà inoltre imprescindibile un richiamo ad alcuni lavori focalizzati sul rapporto tra strumenti pretori di tutela e salvaguardia dell'ambiente: ad esempio, A. Di Porto, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*. I. *Acque*, in *BIDR*, 91 (1988), p. 459 ss.; A. Di Porto, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza: il ruolo di Labeone*, I, Milano, 1990; A. Di Porto, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del Seminario torinese, 4-5 dicembre 1991, in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, p. 483 ss.; B. Campbell, *Rivers and the Power of Ancient Rome*, University of North Carolina, Chapel Hill, 2012. Si veda anche il recentissimo testo di A. Di Porto, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino, 2013.

<sup>3</sup> In tempi meno recenti si tendeva invece ad attribuire la differenziazione della responsabilità di cui nel testo all'intervento dei compilatori (cfr. lo stesso V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 222 e nt. 1).

<sup>4</sup> Sul punto si veda *infra*, § 3.

Ora, è proprio il problema della dialettica tra proprietario e autore dell'*opus* che permea il frammento qui indagato, del quale conviene riportare immediatamente il testo:

Ulp. 53 ad ed. D. 39.3.4: *quamquam autem cum domino operis tantum aquae pluviae arcendae actio sit, tamen Labeo scribit, si quis sepulchrum aedificaverit, ex quo aqua noceat, etiamsi operis dominus esse desierit loco facto religioso, attamen magis probandum est, inquit, aquae pluviae arcendae eum teneri: fuit enim dominus, cum opus faceret: et si iussu iudicis compulsus opus restituerit, non esse sepulchri violati actionem. 1. Iulianus quoque scribit, si post iudicium aquae pluviae arcendae susceptum fundum alienaverit is cum quo actum esset, de praeterito damno et de opere restituendo id statuere iudicem debere, quod iudicaret, si nulla alienatio facta esset: nam et fundo alienato nihilominus iudicium manere et damni rationem venire etiam eius, quod alienationem contingit. 2. Idem Iulianus scribit aquae pluviae arcendae actionem non nisi cum domino esse idcircoque, si colono ignorante domino opus fecerit, dominum fundi nihil amplius quam patientiam praestare debere, colonum autem interdicto quod vi aut clam impensam quoque restituendi operis et damnum, si quod ex eo datum fuerit, praestare cogendum. si tamen dominus desideret caveri sibi damni infecti ab eo ex cuius praedio nocet, aequissimum erit caveri oportere. 3. Item si non ego, sed procurator meus tale opus fecerit, ut aqua pluvia noceat vicino, adversus me hactenus erit actio, quatenus adversus colonum: ipse autem procurator interdicto quod vi aut clam conveniri poterit secundum Iuliani sententiam, etiam post restitutum.*

Le informazioni forniteci da Ulpiano possono essere valutate su piani diversi. Tra essi, meritano una menzione quello palinogenetico, da un lato, e quello della sovrapposizione tra le posizioni dei diversi giuristi, dall'altro.

Quanto al primo aspetto, non si può prescindere dalla contestualizzazione dell'escerto nell'opera di Ulpiano<sup>5</sup>. Da questo punto di vista, si potrebbe affermare che il giurista si stia occupando dell'istituto in una prospettiva, più o meno consapevolmente, generalizzante. Infatti, guardando alla ricostruzione del libro 53 di commento all'editto, la sequenza formata da D. 39.3.3.3-4, D. 39.3.4 e D. 39.3.6 *pr.*-5<sup>6</sup> mostra un'attenzione di Ulpiano all'affermazione, in apertura, del principio '*aquae pluviae arcendae non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat*', che viene presentato come il frutto di una elaborazione giurisprudenziale infine giunta ad una posizione univoca (così si dedurrebbe dall'inciso *receptum est eoque iure*

<sup>5</sup> Questo aspetto è già stato da me trattato in altra sede. Mi limiterò perciò soltanto a qualche accenno, funzionale ai temi trattati. Cfr. più avanti nt. 8.

<sup>6</sup> O. Lenel, *Palinogenesia iuris civilis*, 2, Roma, 2000, c. 755, n. 1286 (Ulp. 53 ad ed.).

*utimur*)<sup>7</sup>. Il lungo tratto<sup>8</sup> si conclude con l'enunciazione di una seconda *regula*, collegata alla prima, secondo cui l'azione è *personalis*, non *in rem*: quest'ultima si presenta come l'approdo di un ragionamento articolato, che passa attraverso una complessa casistica, tutta permeata, nella sostanza, dalla questione dello scollamento tra autore dell'opera dannosa e proprietario del fondo<sup>9</sup>.

Ma ciò che interessa approfondire in queste note, anche con l'ausilio della ricerca palinogenetica, è l'atteggiarsi del *ius controversum*, per indagare il quale si possono prendere le mosse dal particolare caso che si legge nel *principium*.

## 2. *Actio aquae pluviae arcendae e actio sepulchri violati*

Prima di entrare nello specifico, occorre premettere che una lettura complessiva del titolo 39.3 mette in risalto una notevole presenza labeoniana nelle discussioni relative allo sviamento dell'acqua piovana. Al giurista augusto è dunque da ascrivere un ruolo importante nella elaborazione di alcuni principi legati a questo ambito<sup>10</sup>. Ora, proprio Labeone viene citato da Ulpiano in relazione ad una fattispecie molto particolare, nella quale si intersecano l'*actio aquae pluviae arcendae* e l'*actio sepulchri violati*.

Il passaggio può essere meglio indagato partendo dalla prima parte del testo palinogeneticamente restituito dell'opera di Labeone, corrispondente a D. 39.3.3.3-4<sup>11</sup>; qui, sebbene tra i *loci incerti*, abbiamo innanzi tutto la distinzione tra *opus* costruito sul suolo pubblico e *opus* costruito sul suolo privato, rispetto al quale *publicum interveniat*.

<sup>7</sup> Colui, *qui in suo opus faciat*, in altri luoghi viene indicato come *dominus operis*. Su queste denominazioni, cfr. F. Sitzia, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, cit., p. 111 ss.

<sup>8</sup> Del quale mi sono occupata, complessivamente, in un precedente lavoro, al quale fin d'ora mi sia permesso rinviare: F. Pulitanò, *Actio aquae pluviae arcendae non in rem, sed personalis est*, in *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, p. 373 ss.

<sup>9</sup> La *regula* occupa il § 5 di un assai più lungo frammento, D. 39.3.6 *pr.*: *si tertius vicinus opus fecerit, unde decurrens aqua per fundum primi vicini mei mihi noceat, Sabinus ait posse me vel cum primo vel cum tertio omissis primo agere: quae sententia vera est. 1. si ex plurium fundo decurrens aqua noceat vel si plurium fundo noceatur, placuit eoque iure utimur, ut, sive plurium fundus sit, singuli in partem experiantur et condemnatio in partem fiat, sive cum pluribus agatur, singuli in partem conveniantur et in partem fiat condemnatio. 2. Inde quaeritur, si communi agro meo et tuo ex proprio agro tuo aqua noceat, an agi possit aquae pluviae arcendae: et putem agendum, sic tamen, ut pars damni praestetur. 3. Versa quoque vice si communis ager sit, qui nocet proprio, poterit aquae pluviae arcendae agi, ut quis damnum consequatur, sed in partem. 4. Si quis prius, quam aquae pluviae arcendae agat, dominium ad alium transtulerit fundi, desinit habere aquae pluviae arcendae actionem eaque ad eum transibit, cuius ager esse coepit: cum enim damnum futurum contineat, ad eum qui dominus erit incipiet actio pertinere, quamvis, cum alterius dominium esset, opus a vicino factum sit. 5. Aquae pluviae arcendae actionem sciendum est non in rem, sed personalem esse.*

<sup>10</sup> F. Sitzia, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, cit., p. 165.

<sup>11</sup> O. Lenel, *Palinogenesia iuris civilis*, 1, Roma, 2000, c. 551.

Ulp. 53 ad ed. D. 39.3.3.3: *Aquae pluviae arcendae non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat, receptum est eoque iure utimur. quare si quis in publico opus facit, haec actio cessat, sibi que imputare debet is, qui damni infecti cautione sibi non prospexit. si tamen in privato opus factum sit et publicum interveniat, de toto agi posse aquae pluviae arcendae Labeo ait. 4. Neque fructuarius neque cum eo aquae pluviae arcendae agi potest.*

Per la prima eventualità, si nega la concessione dell'*actio aquae pluviae arcendae* e si individuano conseguenze negative sul proprietario del fondo vicino che non abbia chiesto *cautio damni infecti* a proprio favore, conseguenze che si sostanziano nell'impossibilità di ottenere tutela, come si desume dalla frase *imputare sibi debet*. Nel secondo caso, nel quale l'azione riprende vigore, con l'espressione *et publicum interveniat* indica l'ipotesi in cui vi sia un fondo pubblico che si interpone tra il fondo privato dal quale l'acqua proviene e un altro fondo privato verso il quale essa si dirige<sup>12</sup>. A questo testo è da accostarne un altro, tratto sempre dal titolo 39.3, nel quale Giavoleno affronta la medesima questione:

Iav. 10 ex Cass. D. 39.3.18 pr.: *Si in publico opus factus est, quo aqua pluvia noceret, agi non potest: interveniente loco publico agi poterit. causa eius rei est, quod ea actione non tenetur nisi dominus solus.*

Afferma il giurista che, mentre nel caso di costruzione effettuata sul suolo pubblico l'*actio aquae pluviae arcendae* non potrà essere impiegata, il principio secondo cui essa si può dirigere soltanto contro il *dominus* ne giustifica l'uso qualora il fondo pubblico sia frapposto tra quelli privati.

Da un punto di vista concettuale, questi passi mettono in luce la preoccupazione dei giuristi (Labeone, per quel che riguarda da vicino il testo qui in esame, ma con analogo ragionamento anche Giavoleno) di discutere la possibilità che l'attività svolta da un privato vada in qualche modo ad interferire con interessi pubblici.

La stessa preoccupazione si nota anche nel passo da cui avevamo preso le mosse, cioè D. 39.3.4 pr.

In quest'ultimo abbiamo infatti una costruzione sepolcrale che arreca danno incidendo sul normale scorrimento delle acque, e quello stesso luogo diviene poi religioso a causa del seppellimento del cadavere. La più piana ricostruzione è quella che immagina che il sepolcro fosse stato

<sup>12</sup> L'eventualità è presentata dai giuristi anche in altri luoghi: così, ad esempio, in Paul. 15 ad Sab. D. 8.1.14.2: *Publico loco interveniente vel via publica haustus servitus imponi potest, aquae ductus non potest [...]*; Paul. 48 ad ed. D. 39.1.8 pr.: *[...] nam et servitutes quaedam intervenientibus mediis locis vel publicis vel privatis esse possunt*; Paul. 15 ad Plaut. D. 39.3.17.3: *interveniente via publica vel flumine [...] loco sacro vel religioso vel sancto interveniente.*

costruito dal proprietario del fondo, secondo la regola generale che attribuiva soltanto al *dominus* il diritto di seppellire il morto<sup>13</sup>, ma quest'ultima operazione, una volta avvenuta, aveva mutato la natura del terreno e conseguentemente escluso una fruizione privata su di esso (esattamente, dice il passo, il costruttore ha cessato di essere *dominus operis*).

Labeone ritiene che sia *magis probandum*, dunque maggiormente da approvare, la soluzione secondo cui l'*actio aquae pluviae arcendae* sia intentata contro colui che era proprietario al momento della costruzione dell'*opus*, perché altrimenti non sarebbe possibile individuare un legittimato passivo all'azione. Inoltre tale soluzione appare perfettamente in linea con la 'regola' per cui è tenuto con la nostra azione chi *in suo opus faciat*, cioè – possiamo dire in questo caso – non necessariamente il proprietario che è tale al momento della produzione del danno, ma quello che aveva edificato sul suo. Si tratta di due posizioni soggettive logicamente distinguibili, che nella visione dei giureconsulti hanno lo stesso trattamento giuridico<sup>14</sup>.

Ricapitolando quanto fin qui osservato, constatiamo che i due casi presentati da Labeone presentano presupposti diversi, perché in uno il suolo è *ab origine* 'pubblico', nell'altro il suolo diventa 'pubblico' in un secondo tempo. Ad ogni modo, la considerazione complessiva del discorso permette di leggere i due paragrafi come esempio di una tensione tra pubblico e privato che, nel caso prospettato da D. 39.3.4 *pr.*, viene risolta nel senso della prevalenza del secondo. In questa direzione si muove anche la soluzione posta alla fine del *principium*, secondo cui l'esecuzione del *iussum* del giudice di *opus restituere*, cioè di demolire l'opera dannosa, non integra gli estremi della violazione del sepolcro.

L'appena richiamata ricostruzione palinogenetica dell'opera di Labeone, e con essa il testo D. 39.3.3, rendono possibile, come si è visto, attribuire a questo giurista anche l'idea secondo cui, laddove il suolo fosse originaria-

<sup>13</sup> G.I. Luzzatto, voce *Actio sepulchri violati*, in *NNDI*, 17, Torino, 1970, p. 31 ss. Afferma l'Autore (p. 32) come il sepolcro fosse la *res religiosa* per eccellenza, che diventava tale con il seppellimento del cadavere. Ancora, la condizione più importante perché il luogo diventasse religioso era proprio 'il diritto sul luogo', vale a dire il principio per cui nel diritto romano potesse seppellire soltanto il proprietario. Dunque il nudo proprietario non poteva seppellire senza il consenso dell'usufruttuario e, viceversa, il proprietario della cosa data in pegno necessitava del consenso del creditore pignoratizio e il condomino di quello degli altri condomini. Cfr. anche A. Palma, *Sepolcro e sepoltura*, in *ED*, 42, Milano, 1990, p. 1 ss. (in particolare, p. 4). Ancora G.I. Luzzatto, voce *Actio sepulchri violati*, cit., p. 33 ricorda come in epoca decemvirale probabilmente esistesse una tutela di natura pontificale, poi nella tarda repubblica si introdusse un'azione *in factum* (se ne parla in D. 11.7 e 11.8); l'editto conteneva anche un'*actio sepulchri violati*, il cui spettro applicativo era piuttosto ampio, e che portava ad una condanna al *quanti ob eam rem aequum videatur*, secondo quanto risulta da Ulp. 25 *ad ed.* D. 47.12.3.

<sup>14</sup> F. Sitzia, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, cit., p. 176 s. dice che la fissazione della legittimazione passiva in capo al *dominus* era dettata da esigenze pratiche e per questo poteva anche subire eccezioni (ad esempio nel nostro passo e in D. 39.3.6 *pr.*, che riguarda *primus e tertius vicinus*).

mente pubblico, il vicino avesse a disposizione soltanto la *cautio damni infecti*; quest'ultima, guardata in modo più generale, e dall'opposto punto di vista del *dominus*, si palesa come il rimedio che permette a costui di alleggerire la propria responsabilità. Alla *cautio damni infecti* si collega anche un'altra parte del discorso labeoniano, che oggi leggiamo in D. 39.3.5, riferito da Paolo. Se ne parlerà tra breve, dopo aver presentato la casistica giuliana.

### 3. Le due fattispecie discusse da Giuliano

Proseguendo nella disamina di D. 39.3.4, si incontrano i §§ 1 e 2, nei quali Ulpiano riferisce due pronunce di Giuliano<sup>15</sup>, introdotte dalla frase *Iulianus quoque scribit*. In mancanza di omogeneità di presupposti fattuali tra i casi trattati da Labeone nel *principium* e quelli di Giuliano che tra poco si vedranno, si dovrebbe ritenere che l'impiego dell'avverbio 'anche'<sup>16</sup> alluda, se non all'identità delle fattispecie, ad una comunanza di *ratio* giuridica tra esse.

Innanzitutto Giuliano fa riferimento ad una alienazione del fondo, verificatasi *post iudicium susceptum*, da parte del convenuto: in altri termini, il *dominus fundi*, chiamato correttamente in giudizio con l'*actio aquae pluviae arcendae*, decide di disfarsi del fondo prima della conclusione del processo<sup>17</sup>. Il giudice, secondo il giurista adrianeo, dovrà pronunciarsi contro il *dominus* sull'ammontare dei danni e sulla *restitutio*, come se non fosse avvenuta alcuna alienazione.

La chiusa del paragrafo, che, per la verità, ha l'aspetto di un commento successivamente redatto, precisa la *ratio damni*, individuandola in un ammontare da calcolarsi tenendo conto della vicenda complessiva dell'alienazione. Su questo caso Emilio Betti aveva puntualizzato come l'alienazione della *res litigiosa* avrebbe senz'altro avuto effetto traslativo tra i soggetti tra i quali essa era avvenuta, ma non avrebbe inciso sulla legittimazione passiva dell'alienante.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Anche in questo caso non è possibile contestualizzare le fattispecie trattate dal giurista adrianeo nell'ambito della sua opera, trattandosi di citazioni generiche, prive dell'indicazione del luogo di riferimento. O. Lenel, *Palīngenesia iuris civilis*, 1, cit., c. 499 attribuisce a Giuliano i §§ 1 e 2 del passo. Secondo questa impostazione il § 3 sarebbe invece ascrivibile ad Ulpiano, il quale si appoggerebbe alle idee di Giuliano, esprimendo però una propria posizione relativamente al *procurator*. Inoltre, da O. Lenel, *Palīngenesia iuris civilis*, 1, cit., c. 429 ss. apprendiamo che Lenel poneva la riflessione giuliana nel supposto titolo *Aquae pluviae arcendae*, collocato nel libro 41 dei *Digesta*. Qui il nostro passo viene indicato con il numero 583, e ad esso segue il testo nel quale Paolo 49 *ad ed.* D. 39.3.11.3-4 discute del valore dell'*officium iudicis* in alcuni casi.

<sup>16</sup> Sulla presenza di tale avverbio non risultano dubbi di genuinità. Cfr. E. Levy-Rabel, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, tomo III, Weimar, 1935, c. 93.

<sup>17</sup> Cfr. la citazione dei §§ 1 e 2 in F. Peters, *Patientiam praestare*, cit., p. 136 e ntt. 4, 6 e 9; per l'opinione di Sargenti circa l'interpolazione di tali testi, cfr. p. 140 nt. 40. Ancora, a proposito del venir meno della responsabilità a seguito dell'alienazione, cfr. p. 177 nt. 187.

<sup>18</sup> E. Betti, *Diritto romano*, 2, Padova, 1960, p. 610.

Possiamo a questo punto confermare come la *ratio* comune rispetto al precedente caso di Labeone sia quella dell'individuazione del legittimato passivo in un *dominus* che non è più tale.

Passando a D. 39.3.4.2, troviamo una fattispecie giuliana più articolata, nella quale il giurista affronta il caso in cui l'*opus* sia stato edificato da un colono, che abbia agito *ignorante domino*. Come nel caso precedente, i soggetti in gioco sono tre: mentre nel § 1 il terzo protagonista era l'acquirente, qui abbiamo una delle svariate ipotesi nelle quali il proprietario del fondo non si occupa personalmente di esso, ma ne ha preposto alla coltivazione un colono<sup>19</sup>. Giuliano ritiene che al colono debba essere richiesto

<sup>19</sup> Occorrerebbe a questo punto soffermarsi sulla nozione di colonato nel II d.C., in modo da poter correttamente interpretare la fattispecie. Uno specifico approfondimento sul punto potrebbe però appesantire eccessivamente l'esegesi. Ci si limiterà perciò ad alcune precisazioni. Si veda, ad esempio, O. Seeck, *Colonatus*, in *PWRE* 4.1, Stuttgart, 1900, c. 486, il quale mette in luce tre possibili significati del termine *colonus*: originariamente la parola *colonus* indicava colui che coltivava il proprio campo, ed in questo senso si intendeva per *colonia* un insediamento di cittadini coltivatori; in un secondo significato i *coloni* sono indicati dalle fonti in contrapposizione con gli *incolae*; in un terzo significato essi sono contrapposti agli *inquilini* (si veda, ad esempio, Ulp. 32 *ad ed.* 19.1.13.30). Verso la fine della repubblica i contadini di fatto scompaiono e i proprietari dei grandi latifondi non amministrano più personalmente i loro beni, preferendo viaggiare (lo testimoniano, tra gli altri, Catone e Columella). Il nome *coloni* viene allora attribuito a uomini liberi dedicati personalmente all'agricoltura, detti anche conduttori (Cic., *pro Caec.*, 94). Il termine in Italia si generalizza al punto che anche coloro che non praticano personalmente l'agricoltura, ma sono soltanto conduttori-gestori, vengono chiamati *coloni*. Da notare, inoltre, come nel Digesto siano usati scambievolmente i termini *conductor* e *colonus*. Anche G. Segrè, *Colonato*, in *Enciclopedia Treccani*, 10 (1935, rist. 1950), p. 817 ss. ritiene che, in origine, il colono fosse "originariamente un libero che coltivava il suo o il fondo rustico altrui". Ad un certo momento la proprietà fondiaria finì per essere concentrata nelle mani di poche persone e i liberi misero di coltivare direttamente i propri fondi: allora, "*colonus* fu detto di solito il conduttore di una parcella d'un latifondo". Ricorda l'Autore come gli atti relativi alle parcelle dei terreni avessero di solito una durata quinquennale e fosse possibile la riconduzione tacita qualora il colono, nonostante la scadenza del termine, continuasse a coltivare il fondo col consenso del locatore. Continua il Segrè dicendo che nei primi secoli dell'Impero il colono poteva avvalersi della manodopera di diversi schiavi; successivamente, una pluralità di cause, tra le quali il generale impoverimento e l'estensione della cittadinanza romana a categorie sempre più vaste di abitanti dell'impero (con l'apice della costituzione antoniniana), ebbero la conseguenza di abbassare il livello delle classi borghesi più che di innalzare quello delle classi subalterne. Si vedano gli studi meno recenti dello stesso G. Segrè, *Studio sull'origine e sullo sviluppo storico del colonato romano*, in *Archivio giuridico*, 42, p. 467; 43, p. 150; 44, p. 36; 46, p. 261 ss.; per la situazione conseguente all'editto del 212 d.C., cfr. G. Segrè, *L'Editto di Caracalla sulla concessione della cittadinanza romana e il papiro Gisse 40.I*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi nel 40 anno del suo insegnamento*, Palermo, 1925, p. 137 ss. La voce enciclopedica di M.A. Benedetto, *Colonato*, in *NNDI*, 3, Torino, 1959, p. 503 ss. parte invece dalla caduta dell'impero romano d'occidente. In diversi luoghi della sua opera allude ad un colonato esistente già in età antica M.J. Castillo Pascual, *Espacio*, cit., p. 32 nt. 3 si cita Varr. L.I. 4.5.1, *terra dicta ab eo, ut Aelius scribit, quod teritur. Itaque tera in augurum libris scripta cum R uno. Ab eo colonis locus communis qui prope oppidum relinquitur teritorium, quod maxime teritur*. L'autrice menziona più volte il colonato, collocandolo in varie epoche (cfr. p. 49 nt. 74; 81, per il problema della ripopolazione della Dacia per mezzo dei coloni; 87, per gli esempi di centuriazione e deduzione di colonie già nel III a.C.; 94 per l'assegnazione ai coloni da parte degli agrimensori, 95 nt. 87, 96 nt. 90, p. 100, p. 125, p. 126 nt. 62, p. 128, p. 130 nt. 82, p. 171 ss., p. 184 ss., p. 202, p. 244 nt. 14, p. 253.

di *impensam restituendi operis praestare*<sup>20</sup> e di risarcire eventuali danni a mezzo dell'*interdictum quod vi aut clam*, mentre il *dominus fundi* sarà tenuto, a mezzo dell'*actio aquae pluviae arcendae*, soltanto a *patientiam praestare*. Questo concetto non è isolato: in altri luoghi la responsabilità del *dominus fundi* viene attenuata, facendosi leva sulla circostanza che l'*opus* dannoso sia stato costruito a sua insaputa.

Per meglio penetrare nelle pieghe del ragionamento di Giuliano, è molto utile occuparsi anche del testo che, nel titolo del Digesto, segue immediatamente quello qui commentato, cioè Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.5. In esso l'argomentare di Labeone trova una forma più completa<sup>21</sup>, al punto che il frammento è stato oggetto, anche recentemente, di considerazione specifica in dottrina. Uno studio di Parenti del 2012, al quale si può senz'altro rinviare per ulteriori considerazioni in tema di responsabilità, ha confermato come il criterio del *patientiam praestare* fosse conosciuto e apprezzato da Labeone: in tal modo l'Autore ha ritenuto di poter fugare i dubbi in proposito in precedenza espressi dagli studiosi<sup>22</sup>.

In D. 39.3.5 Paolo-Labeone prende le mosse, ancora una volta, dalla costruzione dell'*opus* avvenuta ad opera del *colonus*, sempre *insciente domino*. Contro il colono sarà utilizzabile l'*interdictum quod vi aut clam*, ma il testo non chiarisce espressamente che cosa si possa ottenere con esso. Quanto al *dominus*, la regola generale impone che contro di lui sia esperita l'*actio aquae pluviae arcendae*, ma questa affermazione è declinata in due eventualità: se egli si sia fatto prestare *cautio damni infecti* (non si specifica da chi, forse dallo stesso colono), la responsabilità sarà limitata al *patientiam praestare*; se, invece, il *dominus* preferisca procedere personalmente al *restituere*, potrà poi rivolgersi al colono con lo strumento più adatto a definire il loro rapporto, vale a dire l'*actio locati*.

Il passo si chiude con l'ipotesi che il colono abbia agito *iussu domini*: in tal caso lo stesso *dominus* sarà legittimato passivo all'interdetto, secondo un principio normalmente informatore dei rapporti tra *dominus* e sottoposti. In altri termini, il rapporto personale tra i due sembrerebbe prevalere sulla regola secondo la quale contro il proprietario si userebbe l'*actio aquae pluviae arcendae*.

<sup>20</sup> Cfr. A. Di Porto, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza*, cit., p. 547 e nt. 278; per la questione terminologica, cfr. J. Reszczyński, *Impendere, impensa, impendium (sulla terminologia delle spese nel diritto romano)*, in *SDHI*, 55 (1989), p. 240 e nt. 220 e 221.

<sup>21</sup> O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 2, cit., c. 551. Cfr. *supra*, § 2.

<sup>22</sup> L. PARENTI, *Osservazioni sul patientiam praestare in Labeone*, on line in *Teoria e storia del diritto privato*, <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=259>. W. Frier, *Tenant's Liability for Damage to Landlord's Property in Classical Roman Law*, in *ZSS*, 95 (1978), p. 240 e nt. 23 e A. Di Porto, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza*, cit., p. 547.

La descrizione del contenuto di Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.5 è utile per meglio affrontare l'interpretazione della chiusa di D. 39.3.4, ove si legge un'affermazione per molti versi sibillina e, peraltro, solo apparentemente consequenziale rispetto al tratto iniziale del frammento: *si tamen dominus desideret caveri sibi damni infecti ab eo ex cuius praedio nocet, aequissimum erit caveri oportere.*

La comprensione della prima parte della frase non sembra presentare elementi di dubbio: il *dominus* potrebbe decidere di farsi prestare garanzia con la *cautio damni infecti*. Anche l'opinione del giurista appare chiaramente enunciata, con la frase *aequissimum erit caveri oportere*, nella quale compare il riferimento cogente all'*oportere*. Meno limpido è invece il riferimento al soggetto dal quale il *dominus* dovrebbe ottenere la suddetta garanzia. Il Peters, per il quale la versione giustiniana rappresenterebbe un maldestro accorciamento del testo, osservava che ad una lettura superficiale avrebbe potuto risultare molto facile ingannarsi sull'identità delle persone che avrebbero dovuto, rispettivamente, prestare e ricevere la garanzia a mezzo di *cautio damni infecti*. In particolare, il Peters riteneva che al copista dovesse essere sembrato, paradossalmente, che fosse il danneggiato a dover prestare ancora garanzia, cosicché lo stesso copista avrebbe mutato la frase originale *ab eo, cuius praedio aqua nocet*, in quella che oggi si legge: *ab eo, ex cuius praedio aqua nocet*<sup>23</sup>. Ad ogni modo, nonostante la difficoltosa ricostruzione della lettera del paragrafo, il Peters esprimeva propensione per la classicità di esso<sup>24</sup>.

Le difficoltà interpretative non erano sfuggite nemmeno a Sitzia, il quale notava la stranezza di un *dominus* del fondo potenzialmente danneggiante che decidesse di chiedere la garanzia al vicino che rischiava il danno, quando a logica avrebbe dovuto avvenire il contrario<sup>25</sup>. Anche lo Studioso sardo ribadiva comunque la sostanziale genuinità del testo, limitandosi a segnalare le sconessioni formali e le conseguenti difficoltà ricostruttive in ordine alla prestazione della *cautio damni infecti*.

Da ultimo, l'esegesi del tratto è stata rivista anche dallo stesso Parenti, il quale, dopo aver riferito le correzioni proposte dal Mommsen<sup>26</sup> e l'opinione della dottrina precedente appena citata, ha formulato la propria

<sup>23</sup> F. Peters, *Patientiam praestare*, cit., p. 172 s. Nel senso dell'interpolazione si era invece pronunciato, per via del richiamo all'*aequitas*, A. Guarneri Citati, *Le obbligazioni indivisibili*, 1, Palermo, 1921, p. 137 nt. 1.

<sup>24</sup> L'opinione è tanto più attendibile, se si considera la tendenza del medesimo Autore ad individuare interpolazioni in altre parti del testo: ad esempio, quanto al § 3, Egli aveva rilevato come la frase *quatenus adversus colonum* rappresentasse una scorrettezza linguistica, pur non inciuciando la comprensione del vero significato ed aveva proposto l'inserzione delle parole *me propter* dopo *adversus*.

<sup>25</sup> F. Sitzia, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, cit., p. 124.

<sup>26</sup> La lettura di Th. Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Hildesheim, 2000, p. 398 nt. 5 era la seguente: *si tamen dominus desideret caveri sibi damni infecti is ex cuius praedio aqua nocet ab eo, cuius praedio nocet.*

ricostruzione<sup>27</sup>: Egli ritiene che l'espressione introduttiva *si tamen* servirebbe "a porre un'alternativa rispetto alla responsabilità del *dominus* al *patientiam praestare*". In tal modo, continua lo Studioso, il caso trattato da Giuliano rispecchierebbe un punto di vista del giurista adrianeo diverso da quello che emergeva dal caso trattato da Paolo-Labeone in D. 39.3.5. In particolare, il proprietario del fondo nel quale l'acqua scorreva arrecando danno avrebbe potuto scegliere, anziché di far valere la responsabilità del *dominus insciente* limitatamente al *patientiam praestare*, di avere una garanzia da quest'ultimo a mezzo di una *cautio*. Tale garanzia avrebbe avuto lo scopo di coprire i danni che avrebbero potuto eventualmente scaturire, appunto, dallo scorretto scorrimento dell'acqua.

Sembra interessante soffermarsi ancora qualche istante sul passaggio, per vederne l'interpretazione della Glossa Accursiana, la quale, pur essendo stata generalmente trascurata dalla dottrina che si è occupata del frammento, presenta una lettura idonea a ridimensionare i dubbi.

Essa (*lex Quamquam*, s, c. 132) riferisce il caso con le parole *desideret sibi caveri ab eo, cui nocet aqua, pro damno, quod posset contingere ex demolitione*. Secondo questo commento, la *cautio* dovrebbe essere prestata dal soggetto al cui fondo il danno si produce a causa dello scorrimento anomalo delle acque, per garantire gli eventuali danni che potrebbero successivamente derivare dalla demolizione dell'opera attuata dal vicino. Diversamente, continua la Glossa, non si potrebbe comprendere il *sensus legis*: né, infatti, il *dominus* dal cui fondo scorre l'acqua potrebbe richiedere a favore di se stesso la garanzia relativa ai danni prodotti dall'acqua, né il *dominus* al quale si produce il nocumento potrebbe chiedere una garanzia per sé, *quia non vitio loci sed hominis culpa damnum timetur*.

Dunque il testo considererebbe l'eventualità di un danno derivante dalla demolizione dell'opera da parte del vicino e prevederebbe un rimedio a favore del *dominus insciens*, il quale – giova ricordarlo – era rimasto estraneo alla dinamica dei fatti, essendo l'*opus* frutto dell'iniziativa del colono.

È infatti logico pensare che il proprietario del fondo sul quale si sia prodotto – per fatto del colono – il cambiamento che ha determinato il danno, debba permettere al vicino di intervenire direttamente per rimuovere la causa della deviazione delle acque. D'altro canto, un principio di bilanciamento tra gli opposti interessi richiede che tale ingerenza non possa essere lasciata all'arbitrio del vicino, ma debba essere in qualche modo circoscritta al minimo indispensabile. Per questo anche i danni da demolizione debbono essere risarciti.

Questa spiegazione risulta preferibile rispetto all'idea secondo cui il passaggio alluderebbe alla possibilità che al *dominus* venisse richiesta la

<sup>27</sup> L. PARENTI, *Osservazioni*, cit., p. 13 nt. 65.

*cautio damni infecti* per ottenere il risarcimento del danno prodotto dall'*opus*: quest'ultima appare infatti come una forzatura rispetto alla regola, che i giuristi non sembrano disattendere, secondo cui al *dominus insciens* dovesse essere richiesto il semplice *patientiam praestare*.

Per questo l'interpretazione della Glossa sembra essere l'unica davvero rispondente alla dinamica della fattispecie e pare più convincente anche rispetto alle ultime pronunce dottrinali sul tema.

#### 4. La chiusa ulpianea

Infine, nel § 3, verosimilmente opera dello stesso Ulpiano (così fa pensare l'abbandono della costruzione infinitiva), viene considerato l'analogo caso dell'*opus* compiuto dal *procurator* del *dominus fundi*<sup>28</sup>: tale ipotesi è equiparata a quella del colono, e dunque il *procurator* sarà passivamente legittimato all'*interdictum quod vi aut clam*, mentre il *dominus* sarà chiamato solamente a *patientiam praestare*. Anche se non viene precisato espressamente, sembra plausibile ritenere che si tratti di un altro caso di costruzione *insciente domino*. Per la verità, il testo non si esprime in modo esplicito, ma afferma genericamente che contro il *dominus* sarà possibile intentare l'azione così come lo era nel caso del colono: dunque, per deduzione, la responsabilità si limiterà, appunto, al *patientiam praestare*.

Inoltre, seguendo la Palingenesi<sup>29</sup>, possiamo affermare – e in questo non v'è nulla di sorprendente – che ad Ulpiano si possa ascrivere una elaborazione sul piano dei principi generali, che parte dall'affermazione della legittimazione passiva del *dominus* (*actio aquae pluviae arcendae non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat...*), passa attraverso la configurazione di alcune eccezioni, in un appiattimento concettuale che accosta brani di Labeone e di Giuliano relativi alla differenza tra autore dell'*opus* e *dominus* del fondo, e si conclude con l'affermazione dell'ambulatorietà dell'obbligazione<sup>30</sup>, sancita in D. 39.3.6.4. Al giurista severiano attribuiamo anche la

<sup>28</sup> Sul *procurator* come figura socio-economica cfr. P. Angelini, *Il procurator*, Milano, 1971, p. 84 e nt. 14; M. David, *Études su l'interdit quod vi aut clam*, Paris, 1947, p. 148 ss., con recensione di A. Burdese, in *SDHI*, 37 (1971), p. 310. Dei §§ 2 e 3 si occupa anche F. Peters, *Patientiam praestare*, cit., p. 189 e nt. 238 e p. 199 nt. 286. Similmente, per C. García Vázquez, *Algunas consideraciones en torno al procurator y a la negotiorum gestio*, in *RIDA*, 38 (1991), p. 158 e nt. 17, questo passaggio, insieme ad altri come Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.1.1 e Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.3.5, rappresenterebbe una testimonianza dell'antico ruolo non giuridico del *procurator* (cioè i *procuratores* sarebbero stati liberti genericamente incaricati dell'organizzazione dei fondi) che sarebbe passata inalterata nella compilazione. Sul *procurator* si veda anche F. Briguglio, *Studi sul procurator*, Milano, 2007.

<sup>29</sup> O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 2, cit., c. 755, testo n. 1286, formato dalla sequenza di Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.3.3-4; D. 39.3.4; D. 39.3.6 *pr.*-5.

<sup>30</sup> Come già altrove osservato, si tratta di un'ambulatorietà che sembra enunciata espressamente per il lato attivo. Cfr., su tutto il brano, F. Pulitanò, *Actio aquae pluviae arcendae non in rem, sed personalis est*, cit., p. 381 ss.

qualifica dell'*actio aquae pluviae arcendae* come *personalis*, che certamente si contrappone a quella di *actio in rem*, ma che evoca anche un ruolo di primo piano attribuito alle persone dei proprietari dei fondi coinvolti nell'equilibrio tra interesse privato e gestione di un fenomeno naturale<sup>31</sup>.

Ulpiano, ancora, mostra di appiattare la prospettiva problematica, inserendo le diverse fattispecie nell'alveo dei principi generali della legittimazione attiva e passiva. Quello che specificamente interessa in questa sede è l'affermazione contenuta in D. 39.3.4.3, vale a dire nella chiusa del testo qui analizzato: in esso il giurista severiano si esprime in continuità con il ragionamento in precedenza condotto da Giuliano ed allude, con la frase *adversus me hactenus erit actio, quatenus adversus colonum*, ad una duplice tutela: al *dominus* sarà richiesto soltanto il *patientiam praestare*, mentre il *procurator* potrà essere convenuto con l'*interdictum quod vi aut clam secundum Iuliani sententiam*, vale a dire per recuperare quanto speso nella *restitutio* e per ottenere il risarcimento del danno. La situazione del *procurator* è descritta esplicitamente, mentre quella del *dominus* si ricava in via di interpretazione dalla lettura combinata dei §§ 2 e 3. Da essa, infatti, si dedurrebbe che Ulpiano estendesse anche a questo caso la possibilità per il *dominus* di farsi prestare dal vicino la *cautio damni infecti* relativa agli eventuali danni conseguenti alla demolizione, secondo il principio che si ricava dalla lettura, sopra accolta, della Glossa Accursiana.

Con questa precisazione ulpiana si chiude il frammento. È dunque il momento di abbandonare il dettaglio casistico per procedere a qualche osservazione d'insieme.

##### 5. Scorrimento delle acque e rimedi processuali: gli interessi in gioco

Come si è visto, i rimedi che la giurisprudenza collega allo scorrimento delle acque nei brani appena analizzati sono, oltre all'*actio aquae pluviae arcendae*, l'*interdictum quod vi aut clam* e, in via preventiva, la *cautio damni infecti*. In tutti e tre i casi l'obiettivo finale è quello di rimediare ai danni prodotti da un *facere* illegittimo.

L'indagine sulle relazioni tra i tre rimedi citati non è materia sconosciuta alla dottrina; certamente si deve ascrivere una posizione di primo piano agli studi di Di Porto, al quale va il merito di aver ricondotto queste forme edittali al più ampio tema della tutela della *salubritas*; con riguardo,

<sup>31</sup> Tra l'altro, a proposito della chiusa di D. 39.3.6 si può affermare che, siccome i giustinianeî attraggono questo tema preferibilmente nel campo delle azioni *in rem*, può essere che nella loro concezione la parola *personalis* faccia riferimento proprio a quell'idea di autogestione della proprietà che già stava alla base, sia pure in chiave casistica, delle soluzioni classiche: in tal modo i compilatori avrebbero salvato la lettera del testo classico ma ne avrebbero sfumato il tecnicismo, non più in sintonia con il diritto del loro tempo.

nello specifico, all'*actio aquae pluviae arcendae*, è stato questo Autore ad approfondire la riflessione labeoniana sul concetto di *nocere* ed a presentare un orientamento interpretativo che ha inevitabilmente condizionato la discussione dottrinale successiva.

Quanto all'*interdictum quod vi aut clam*, la molteplicità di sfaccettature del rimedio non può essere dimenticata, riducendone la menzione a poche parole. Tuttavia, in questa sede preme ricordare la possibilità di un collegamento con l'idea che l'interdetto in questione si potesse accostare agli interdetti popolari. Di questo aspetto si era occupata la Fagnoli<sup>32</sup>, arrivando a negare, nella sostanza, il carattere popolare dell'*interdictum quod vi aut clam*. Pur presentando, infatti, una caratteristica propria degli interdetti popolari, cioè quella dell'assenza, nella formula, del pronome indicante il postulante<sup>33</sup>, visto invece in relazione alla casistica giurisprudenziale il nostro rimedio sembrerebbe volgersi pressoché esclusivamente alla tutela di interessi privati. Ciò nonostante, sarebbe possibile considerare l'interdetto come una figura in un certo qual modo intermedia, perché, pur trattandosi di un rimedio posto a tutela di interessi privati, esso presentava comunque elementi di affinità con gli interdetti dichiaratamente pubblici.

In effetti, anche un recente studio della Solidoro mette in luce come l'*interdictum quod vi aut clam* potesse soccorrere in una vasta gamma di casi, accomunati dal fatto di integrare “un qualsiasi *facere* per il quale mancasse l'acquiescenza del controinteressato e che producesse un danno suscettibile di *restitutio*”<sup>34</sup>, secondo una nozione di interesse da salvaguardare che appare più lata di quella del semplice vicino: ad esempio, l'interesse di un altro vicino il cui fondo non fosse direttamente danneggiato ma soltanto minacciato, o, su un piano più ampio, l'interesse collettivo a che non si creasse uno scompenso generale nello scorrimento delle acque.

Ciò premesso, in conseguenza degli spunti da ultimo individuati e in linea con una parte della dottrina che si è occupata di questi temi, preme rileggere il testo di D. 39.3.4 in una chiave specifica, cioè quella della dialettica tra pubblico e privato, dandosi rilievo, al contempo, alla diversa impostazione dei giuristi che si susseguono nel frammento, le personalità dei quali sembrerebbero, pur con le cautele del caso, emergere con un tratteggio piuttosto definito.

Nel *principium* del testo, come si è sopra accennato, Labeone ritiene che il *iussum iudicis* relativo al ripristino prevalga sull'interesse alla con-

<sup>32</sup> Si veda, in particolare, I. Fagnoli, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdictum quod vi aut clam*, Milano, 1998, p. 99 ss.

<sup>33</sup> La formula dell'interdetto è desunta da Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.1 *pr.* Si veda O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, p. 483; D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*<sup>2</sup>, Padova, 1999, p. 88.

<sup>34</sup> L. Solidoro, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica: l'esperienza del mondo antico*, Torino, 2009, p. 65 s.

servazione del sepolcro. Guardando alla restituzione dell'opera labeoniana così come è presentata nella *Palingenesia*, si coglie una impostazione focalizzata sull'interazione tra *actio aquae pluviae arcendae* e *actio sepulchri violati*. Quest'ultima è un'azione popolare ed in questo senso ben può essere definita come rimedio di stampo anche pubblicistico<sup>35</sup>. Potremmo allora affermare che Labeone, escludendo l'operatività dell'*actio sepulchri violati* nel caso in cui l'*opus* dannoso sia il sepolcro stesso, compie un giudizio di valore che vede l'interesse privato del proprietario del fondo vicino prevalere su quello, pubblicistico, della salvaguardia del sepolcro<sup>36</sup>. Non si può negare, d'altra parte, che il discorso labeoniano prenda le mosse da una distinzione concettuale tra pubblico e privato, così come già era apparso da Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.3.4.

Quanto a Giuliano, egli si occupa essenzialmente della fattispecie in cui l'opera dannosa sia stata edificata da un soggetto che non è proprietario, ma che con lui abbia un rapporto giuridicamente definito (in particolare, si parla del colono). Il giurista presenta le possibili vicende in una prospettiva che permette di individuare un ruolo di primo piano dei proprietari dei fondi coinvolti nella scelta dello strumento giuridico da impiegare per tutelarsi in caso di danni provocati dalla deviazione dell'acqua piovana. Tra costoro, infatti, si gioca la partita relativamente alla decisione circa la prestazione della *cautio damni infecti*. Questo discorso di Giuliano, al di là del dettaglio casistico, permette insomma di cogliere un principio di autoresponsabilità dei *domini* nella gestione dei rapporti di vicinato; tale principio, in una prospettiva ancora più ampia, si collega alla generale estensione dei poteri del proprietario<sup>37</sup>, e va posto, nel nostro caso, in relazione con l'interesse al corretto scorrimento dell'acqua piovana.

<sup>35</sup> M. GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 5 (2012). <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&CID=229>.

Sulle azioni popolari cfr., V. Crisafulli, voce *Azione popolare*, in *Nuovo dig. it.*, 2, Torino, 1937, p. 138 ss.; L. Paladin, voce *Azione popolare*, in *NNDI*, 2, Torino, 1958, p. 88 ss.; A. Lugo, voce *Azione popolare*, in *ED*, 4, Milano, 1959, p. 861 ss.; si debbono richiamare anche i lavori di L. Garofalo, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, in *Iura*, 46 (1995), p. 107 ss., ora in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2009, p. 195 ss. e di B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, p. 67 ss.; per qualche osservazione sulla natura 'intermedia' di tali giudizi, cfr. M. Miglietta, voce *Azione Popolare*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, 1, a cura di E. Sgreccia A. Tarantino, Napoli, 2009, p. 696.

<sup>36</sup> Con questa osservazione intendo meglio precisare quanto avevo solamente accennato nel già citato saggio *Actio aquae pluviae arcendae*, cit., p. 378, ove parlavo – troppo genericamente – di azione non più necessaria.

<sup>37</sup> Quanto ai poteri del proprietario, secondo M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 402 il diritto di proprietà assicura al titolare i più ampi poteri sulla cosa, che gli permettono di comportarsi nel modo che ritenga più opportuno, salvi i limiti posti dall'ordinamento o dal proprietario medesimo nell'esercizio dell'autonomia privata. L'Autore li accosta in questa prospettiva all'*imperium* del magistrato. Ancora, ricorda Talamanca (p. 404 s.), il proprietario non era tenuto ad utilizzare la cosa nell'interesse della comunità, anche se esistevano limiti alle facoltà del proprietario di fondi urbani

I *domini* avevano discrezionalità nel decidere la prestazione delle garanzie in due sensi: da un lato, il proprietario del fondo cui potenzialmente poteva derivare un danno aveva la possibilità di chiedere al vicino una *cautio damni infecti* per preconstituirsì una tutela; dall'altro, come si è visto, il proprietario del fondo da cui provenisse, per opera di un terzo, la deviazione dannosa delle acque, poteva chiedere la medesima *cautio* al *dominus fundi* che avesse concretamente subito il danno e dopo il verificarsi del danno medesimo, al fine di poter poi ottenere il risarcimento di eventuali danni connessi alla demolizione (a bilanciamento del *patientiam praestare*, che consiste comunque nel permettere l'ingerenza di un altro soggetto sul proprio fondo).

Questo meccanismo si lega strettamente a più profili: ad esempio, ai principi di limitazione della proprietà di cui ha parlato la Solidoro, secondo i quali da un lato non si può alterare il corso dell'acqua piovana con opere manufatte, dall'altro non si può impedire il deflusso e far ristagnare l'acqua nel fondo superiore; è possibile inoltre individuare il principio più ampio del bilanciamento del conflitto di interesse tra i proprietari fondiari. Infine, sappiamo dalle fonti che la giurisprudenza, anche prima di portare compiutamente a termine l'idea della legittimazione passiva del *dominus operis/fundi* rispetto all'*actio aquae pluviae arcendae*, aveva individuato tra gli strumenti di tutela utilmente impiegabili l'*interdictum quod vi aut clam*: in questa prospettiva può riconoscersi alla tutela dei luoghi interessati dallo scorrimento dell'acqua piovana una rilevanza anche pubblicistica, in virtù, da un lato, del carattere 'ambiguo' dell'interdetto in questione, dall'altro perché sembra opportuno isolare un interesse al corretto scorrimento delle acque piovane, che non è solo una 'faccenda privata' tra i proprietari di due fondi<sup>38</sup>.

Ricapitolando per grandi linee, le fattispecie trattate in D. 39.3.4 possono essere ricollegate con la vicenda della nascita delle prime forme di 'pubblicizzazione' delle acque, così come descritta dalla Solidoro: anche se l'Autrice non nomina espressamente il tema dell'acqua piovana, esso si può considerare compreso, in via interpretativa, nel generale rilievo che la nozione di interesse pubblico incomincia ad acquisire in questo periodo. Si tratta, in particolare, dell'interesse alla corretta amministrazione delle acque nell'ambito di opere pubbliche, come l'acquedotto, o di opere pubbliche e private, come le fognature, "ma in progresso di tempo il rilievo pubblicistico delle acque in sé fu percepito a più ampio raggio"<sup>39</sup>.

o rustici in funzione degli interessi della comunità nel suo complesso e dei vicini. Ad ogni modo, nei rapporti di vicinato si lascia libera esplicazione all'autonomia privata.

<sup>38</sup> Sui rapporti tra vicini sia sufficiente citare, per tutti, A. Palma, *Iura vicinitatis: solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988.

<sup>39</sup> L. Solidoro, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica*, cit., p. 67.

Sulla stessa linea di pensiero si possono collocare le osservazioni di Fasolino, che contrappone l'età tardo-repubblicana a quella dei giuristi severiani: nella prima “sembra [...] che non vi fosse, o quantomeno non fosse realmente così diffusa tra i giuristi, una piena e generale coscienza dell'esigenza di tutelare l'ambiente in quanto tale, né una sensibilità rapportata in via diretta ed immediata verso le problematiche connesse”<sup>40</sup>. Quanto all'età dei Severi, in essa sarebbe possibile notare “una più significativa propensione alla difesa della *salubritas* e, parallelamente, una adeguata e matura concettualizzazione di questa quale oggetto di una tutela funzionale, in via primaria, al soddisfacimento della *publica utilitas*”. Fasolino nota, in generale, come la giurisprudenza romana della tarda repubblica si sia occupata di ambiente in modo atecnico e disorganico, attraverso l'estensione in via utile di strumenti giuridici già noti; allo stesso tempo, però, i giuristi mostrano di assumere decisioni ispirate a “*rationes* formali, al di sotto delle quali traspaiono esigenze e sensibilità nuove”<sup>41</sup>.

Anche se in questo ragionamento non viene direttamente contemplata l'epoca abbracciata dal tratto del nostro testo corrispondente al *principium* ed ai §§ 1 e 2, dalle testimonianze sopra viste di Labeone e di Giuliano possiamo confermare come l'articolarsi dell'impiego dell'azione, piuttosto che dell'interdetto *quod vi aut clam* o della *cautio damni infecti*, sia idoneo a fotografare, anche in questo lasso di tempo, una tensione giurisprudenziale alla ricerca di un equilibrio tra pubblico e privato, dove il ‘pubblico’ è rappresentato dalla predisposizione dell'interdetto *lato sensu* ‘popolare’ e il privato dalla legittimazione passiva del *dominus* all'*actio aquae pluviae arcendae*<sup>42</sup>; la tensione tra posizioni proprietarie contrapposte è invece risolta con il sistema della *cautio*, il cui operare concreto è lasciato all'autonomia dei singoli *domini* coinvolti.

Ogni giurista qui rappresentato mostra di dare rilievo all'uno o all'altro aspetto; si può senz'altro affermare che il punto di vista privatistico è ancora fortemente privilegiato nell'argomentare di Labeone, ed appare addirittura esclusivo nella dialettica tra proprietari descritta da Giuliano; d'altro canto, ugualmente evidente è la problematicità nel risolvere il conflitto tra le prerogative assolute del diritto di proprietà e l'interesse della

<sup>40</sup> F. FASOLINO, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas tra III e I sec. a.C.*, on line in *Teoria e storia del diritto privato*, 2010, p. 3. <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=150>.

<sup>41</sup> F. FASOLINO, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas tra III e I sec. a.C.*, cit., p. 28.

<sup>42</sup> Ancora F. FASOLINO, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas tra III e I sec. a.C.*, cit., p. 29 afferma che alcuni rimedi “apprestati dai giuristi si collocano infatti a metà tra il *ius privatum* e il *ius publicum*; per meglio dire, è collocato a metà tra queste due sfere l'interesse da essi di volta in volta tipicamente tutelato che è sicuramente un interesse individuale ma al contempo anche, e forse soprattutto, un interesse di una collettività”.

collettività a che non si alterino equilibri ‘naturalisti’<sup>43</sup>: più che mai dunque sembrerebbe opportuno, in questo ambito, un ripensamento delle categorie ‘pubblico’ e ‘privato’ anche in chiave epistemologica<sup>44</sup>, al di là dei tecnicismi processuali che permeano il titolo 39.3.

<sup>43</sup> Per l’età ulpiana queste considerazioni sono oggetto di approfondimento da parte di R. Scevola, *Utilitas publica*, tomo secondo, *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, p. 137 ss. A p. 144 l’Autore compie delle puntualizzazioni che, pur riferite nel contesto all’esegesi di un testo, possono essere assunte come indicazioni generali: afferma Egli infatti che in questo periodo esiste “una considerazione complessiva degli interessi posti a confronto, in un’ottica di disvelamento dell’eventuale compressione dell’uno rispetto all’altro [...]”.

<sup>44</sup> Seguendo un suggerimento ricevuto da Chouquer (cfr. la nt. 2 per i riferimenti bibliografici), i cui studi sul territorio hanno ispirato alcune riflessioni contenute nel presente studio.