



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Dipartimento di *Scienze Giuridiche 'Cesare Beccaria'*

Corso di Dottorato in *Scienze Giuridiche 'Cesare Beccaria'*

*Curriculum* in Diritto Romano

XXXIII ciclo

Tesi di Dottorato di Ricerca

(IUS/18)

L'autonomia privata nei *iura praediorum*

dottoranda: dott.ssa Alessia Turetta

matr. R11953

Tutor: ch.mo prof. Lorenzo Gagliardi

Coordinatore del dottorato: ch.mo prof. Claudio Raffaele Luzzati

a.a.

2019-2020

## INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE .....	1
--------------------	---

### CAPITOLO I IL CONTRIBUTO DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELL'EMERSIONE DEI PRIMI IURA PRAEDIORUM RUSTICORUM

1. <i>Lo stato dell'arte sulla genesi delle prime servitù prediali.</i> .....	5
2. <i>Il contesto giuridico contemporaneo alla genesi dei 'iura praediorum'.</i> .....	11
3. <i>I primi 'iura praediorum'.</i> .....	19
4. <i>La condizione della viabilità interpodereale negli scritti degli agrimensori.</i> .....	20
5. <i>Le 'viae' nelle speculazioni giurisprudenziali.</i> .....	33
6. <i>La 'via' e la complessa distinzione tra i 'iura itinerum'.</i> .....	44
7. <i>Le testimonianze della prassi.</i> .....	60
8. <i>L'evoluzione dalla struttura comproprietaria a quella di diritto su cosa altrui.</i> .....	72
9. <i>La servitù di acquedotto e la relativa evoluzione.</i> .....	78

### CAPITOLO II LE SERVITÙ URBANE E LE ALTRE SERVITÙ RUSTICHE: L'EMERSIONE DELLA CATEGORIA DEI IURA PRAEDIORUM

1. <i>L'origine dei 'iura praediorum urbanorum'.</i> .....	99
2. <i>Gli altri 'iura aquarum'.</i> .....	106
3. <i>I 'iura praediorum rusticorum' più recenti.</i> .....	115
4. <i>La tutela processuale.</i> .....	116
5. <i>Il ruolo della giurisprudenza.</i> .....	122
6. <i>La categoria della 'servitus'.</i> .....	125
7. <i>Il requisito dell'"utilitas' e le servitù innominate.</i> .....	149
8. <i>Tipicità e 'numerus clausus'.</i> .....	171
9. <i>L'atipicità dei 'iura praediorum'.</i> .....	174

CAPITOLO III  
L'AUTONOMIA NEGOZIALE NELL'ESERCIZIO DELLE SERVITÙ

1. <i>L'usus' antico</i> .....	183
2. <i>La tutela interdittale</i> .....	193
3. <i>'Modus servitutis'</i> .....	196
4. <i>'Pactionibus et stipulationibus'</i> .....	205
CONCLUSIONI.....	211
BIBLIOGRAFIA.....	223
INDICE DELLE FONTI.....	243

## INTRODUZIONE

Servitù prediali ed autonomia negoziale sono nozioni che raramente si trovano accostate. La seconda, infatti, è più comunemente riferita al contesto contrattuale o obbligatorio, in cui trovò, grazie all'imprescindibile intervento del pretore, fertile campo d'azione. La presente ricerca è, quindi, volta a vagliare il ruolo che l'autonomia privata ricoprì nell'ambito dei *iura praediorum*, sia sotto il profilo contenutistico, in una prospettiva che si potrebbe definire statica, che sotto quello dinamico dell'*usus servitutis*.

Si valuterà, pertanto, l'autonomia negoziale in riferimento al momento genetico delle servitù e in relazione alla loro fase più strettamente applicativa, nella persuasione che lo spazio riservato alla volizione dei privati fosse molto più ampio di quanto tradizionalmente si insegna e che la prassi ebbe un'incidenza fondamentale e determinante nell'emersione dei primi *iura in re aliena*, nonché, attraverso il continuo arricchimento del novero delle figure prediali, nell'offrire lo spunto all'elaborazione giurisprudenziale della *servitus*, quale categoria unitaria.

L'analisi del ruolo dell'autonomia negoziale nell'emersione e nella determinazione contenutistica delle servitù sottende un tema di grande rilievo, che, comparso alla fine del XIX secolo, affascino la dottrina romanistica del '900, ricomparendo ripetutamente negli studi dei giuristi più autorevoli, come si vedrà *infra*.

Il principio della tipicità delle servitù è stato per secoli sostenuto dalla dottrina maggioritaria, a fronte di poche, seppur brillanti, voci dissenzienti<sup>1</sup>. Esso risulta dogmaticamente enunciato dalla migliore manualistica nella sua indiscussa vigenza in epoca repubblicana e classica. Nonostante tale orientamento, si è ritenuto che il suddetto tema meritasse d'essere oggetto di una specifica revisione critica, alla luce delle nascenti istanze di ripensamento espresse da alcuni giuristi<sup>2</sup>, che ne hanno rivelato la celata fragilità argomentativa propria di un dogma incontestato.

---

<sup>1</sup> Si veda per tutti V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, in *Foro It.*, IV, 1959, c. 5. Pare opportuno sottolineare che il principio di tipicità, che nella presente ricerca viene riferito all'ambito dei *iura praediorum*, proviene dal diritto civile contemporaneo. Tipicità ("Typenfixierung") e *numerus clausus* ("Typenzwang") non sono, infatti, espressioni rinvenibili nelle fonti romane e risultano utilizzate, prima ancora che dai giuristi italiani, dalla dottrina tedesca: giova, quindi, non tralasciare che si tratta di nozioni apposte all'analisi del diritto romano, in un esame che forse, come si vedrà, pecca nel definire una realtà con categorie che non le appartengono.

<sup>2</sup> Cfr., per citare solo i più importanti, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, 1 ss., V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei 'iura in re aliena' ed il*

La tipicità delle servitù, dal punto di vista metodologico, è argomento che viene trattato dai romanisti sotto una duplice prospettiva. Se alcuni, infatti, prediligono soffermarsi sull'analisi della natura delle fonti di diritto<sup>3</sup> che hanno introdotto i *iura in re aliena*, altri invece concentrano il loro sforzo ricostruttivo sull'emersione delle servitù, per vagliare se esse siano sorte singolarmente e fossero intese individualmente dai *veteres* oppure se facessero parte di una categoria dai confini ben definiti, all'interno della quale l'autonomia privata si poteva muovere con un certo grado di libertà nell'ideare nuove figure conformemente ai bisogni di volta in volta emergenti<sup>4</sup>.

Si deve, inoltre, precisare che la questione della tipicità dei *iura praediorum* in diritto romano si esplica tra due estremi: quello secondo cui l'ordinamento romano fosse rigorosamente tipico e quindi riconoscesse solo determinati tipi di servitù e la posizione di coloro che invece ritengono che la giurisprudenza romana giunse a creare la categoria della *servitus*<sup>5</sup>, con il riconoscimento pertanto di un sistema atipico delle servitù o quantomeno di una tipicità debole<sup>6</sup>. S'intende, pertanto, dimostrare come sia difficile collocare nel contesto giuridico e culturale latino un concetto di rigida tipicità, quale quella che si è sempre asserita in tema di diritti reali.

Per poter vagliare la compatibilità del principio in esame con l'ordinamento da cui il nostro deriva e cui più gli è debitore, non ci si potrà esimere dal considerare l'emersione delle più antiche figure prediali allo scopo di determinarne la fonte d'introduzione e specificamente il ruolo che la prassi negoziale ricoprì nel processo formativo dei singoli istituti. Si dedicherà, quindi, il primo capitolo all'emersione delle prime servitù rustiche: in particolare, dopo una rapida rassegna delle più importanti teorie dottrinali sul tema, s'intende primariamente delineare il contesto giuridico in cui sorsero i *iura praediorum rusticorum* più antichi, soffermandosi sul profondo mutamento che subì la nozione di appartenenza per giungere dall'istituto del *mancipium* a quello del *dominium ex iure Quiritium*, nonché sull'altra figura reale che stava sorgendo parallelamente alle servitù, l'*usufructus*,

---

dogma del 'numero chiuso', Napoli, 1992 e M.F. CURSI, *Modus servitutis: il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, 1 ss.

<sup>3</sup> Cfr. F. GALLO, *Recensione a V. GIUFFRÈ, L'emersione dei 'iura in re aliena' e il dogma del numero chiuso*, Napoli, 1992, in *Iura*, 1992, 201 ss.

<sup>4</sup> Cfr. G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 34 ss.

<sup>5</sup> B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano, 1938, 629.

<sup>6</sup> Cfr. S. PEROZZI, *Sulla struttura delle servitù prediali nel diritto romano*, Roma, 1888, 11 s., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1966, 134 ss.

cercando di dare ad entrambi una collocazione temporale, per quanto approssimativa, minimamente indicativa di quello che dovette essere il loro processo evolutivo.

Dopo aver individuato le prime servitù in *via, iter, actus e aquaeductus*, sulla scorta delle poche fonti disponibili e delle ampie trattazioni dottrinali, ci si dedicherà primariamente alle servitù di passaggio: a tale scopo è necessario premettere un'attenta analisi sulla condizione della viabilità interpodereale ed il primo contesto che si ritiene di dover approfondire è quello degli scritti agrimensori, che rappresentano una fonte preziosissima per comprendere il sistema viario romano. In particolare, ci si concentrerà sulle *viae duum communes*, nozione cui si può affiancare quella di *rivi communes*, e sui passaggi che erano assicurati ai privati quando la capillare rete di *viae vicinales* non era sufficiente a garantire l'accesso a tutti i fondi, alcuni dei quali, pertanto, restavano interclusi. La trattazione proseguirà, approfondendo il tema delle *viae* nelle fonti giurisprudenziali, che testimoniano generalmente una concezione dicotomica tra vie pubbliche e vie private, perdendo spesso la complessità che si rileva invece nelle fonti gromatiche. Si esaminerà, quindi, ciò che ci è stato tramandato del precetto duodecimtabulare sulla *munitio* della *via*, nonché alcuni importanti passi ulpiane, per giungere, infine, a tracciare la ricostruzione della *via* e tentare di individuarne i tratti peculiari e distintivi rispetto agli altri due *iura itinerum*, che, pur nella risalenza della loro origine, risultano di più facile definizione. Infine, si sonderanno le testimonianze della prassi tramandateci dall'epigrafia, per verificare se sussiste in esse un riscontro di quanto emergerà dalle fonti giuridiche e gromatiche. Si ripercorrerà poi il quadro evolutivo emerso dall'analisi di tali passi e lo si contestualizzerà nell'ambito dei mutamenti che, nel medesimo arco temporale, interessarono complessivamente il diritto proprietario ed i rapporti reali, al fine di tracciare la probabile evoluzione dei *iura itinerum*.

Resterà, inoltre, da esaminare la *servitus aquae ductus*, che fu una delle prime servitù rustiche insieme a quelle di passaggio, al fine di scoprirne il percorso evolutivo sempre attraverso l'esegesi di fonti giuridiche, gromatiche ed epigrafiche.

Il secondo capitolo tratterà, invece, delle servitù urbane e di quelle rustiche recenziori, la cui emersione consentì ai *prudentes* di delineare la categoria della *servitus*. Si dovrà, quindi, considerare primariamente l'origine dei *iura praediorum urbanorum*, senza tralasciare il contesto sociale ed urbano che ne fu la causa. Successivamente, si prenderanno in considerazione gli *iura aquarum*, che si affiancarono all'*aquae ductus* dopo la sua definitiva evoluzione in *ius in re*

*aliena* e le altre servitù rustiche più recenti. Ci si dovrà poi soffermare sulla tutela processuale garantita a tali diritti e specialmente sul rimedio della *vindicatio servitutis* e quello speculare dell'*actio negativa*. Dopo aver vagliato il ruolo svolto dalla giurisprudenza nell'elaborazione dei *iura praediorum*, si giungerà al cuore della ricerca, esaminando la possibile emersione della categoria unitaria della *servitus*, di cui verranno indicati i requisiti e i tratti peculiari individuati dai *prudentes*. Si sonderanno, inoltre, le servitù innominate ed il fondamentale criterio dell'*utilitas*, impiegato dai giuristi per analizzare e collocare dogmaticamente le nuove figure emergenti dalla prassi privatistica. Infine, dopo aver definito la portata delle nozioni di tipicità e *numerus clausus*, derivanti dal diritto contemporaneo, si tenterà di vagliare appunto la tipicità o l'atipicità dei *iura praediorum*.

Il terzo ed ultimo capitolo sarà dedicato all'autonomia privata nell'*usus servitutis* ed ai modi di costituzione che presumibilmente la prassi impiegò per l'introduzione delle prime servitù rustiche e dei nuovi *iura praediorum*. Si considereranno, primariamente, l'*usus* acquisitivo e le *leges mancipii*, che paiono, tra i modi di costituzione, quelli più idonei a spiegare le notevoli innovazioni introdotte dall'autonomia negoziale. Esaminata brevemente la tutela interdittale concessa per le diverse servitù, si analizzerà il *modus servitutis*, quale strumento di adattamento delle stesse ai bisogni occasionalmente palesatesi nella prassi quotidiana, cercando di darne una definizione coerente con il sistema delineato nei capitoli precedenti, accennando, infine, alla deriva giustiniana delle servitù costituite *pactionibus et stipulationibus*.

CAPITOLO I  
IL CONTRIBUTO DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELL'EMERSIONE DEI  
PRIMI *IURA PRAEDIORUM RUSTICORUM*.

SOMMARIO: 1. Lo stato dell'arte sulla genesi delle prime servitù prediali. - 2. Il contesto giuridico contemporaneo alla genesi dei *iura praediorum*. - 3. I primi *iura praediorum*. - 4. La condizione della viabilità interpodereale negli scritti degli agrimensori. - 5. Le *viae* nelle speculazioni giurisprudenziali. - 6. La *via* e la complessa distinzione tra i *iura itinerum*. - 7. Le testimonianze della prassi. - 8. L'evoluzione dalla struttura comproprietaria a quella di diritto su cosa altrui. - 9. La servitù di acquedotto e la relativa evoluzione.

1. *Lo stato dell'arte sulla genesi delle prime servitù prediali.*

L'esame della configurazione tipica (o atipica) dei *iura praediorum* e del conseguente margine concesso all'autonomia negoziale non può prescindere dallo studio dell'emersione di tali figure e, conseguentemente, dello schema giuridico del *ius in re aliena*. Com'è noto, infatti, la genesi dei diritti reali limitati è inestricabilmente legata alla nascita delle servitù rustiche, che ne costituirono il nucleo primo e più antico<sup>7</sup>.

Sul tema dell'origine delle servitù rustiche, sprovvisto di esplicite testimonianze, si sono quindi succedute numerose teorie, le più rilevanti delle quali pare opportuno ripercorrere rapidamente.

Fu avanzata per la prima volta dal Voigt<sup>8</sup> l'ipotesi, ormai consolidatasi nella *communis opinio*, sull'originaria struttura proprietaria delle prime servitù, superando così le tesi che

---

<sup>7</sup> In particolare, le fonti, come si vedrà *infra*, si riferiscono a quattro originarie figure. Esse s'individuano nell'*aquae ductus* e nelle servitù di passaggio, che si specificarono conformemente al mezzo utilizzato per l'attraversamento del fondo vicino. Sommarariamente, si può compendiare come segue il quadro tramandato dalle fonti: *Iter*, la più elementare, indicava il passaggio della persona a piedi, a cavallo, in lettiga o in sedia portatile. Seguiva per complessità l'*actus*, che consentiva di condurre bestiame e veicoli nell'altrui ed infine la *via*<sup>7</sup>, in cui sono ricomprese entrambe le succitate facoltà, cui si deve aggiungere il *ius trabendi lapidem aut tignum* e quello, non meglio precisato, di *hastam rectam ferre*. Per il momento si osservi fra tutte le fonti la più esemplificativa, Paul. 21 *ad ed. D.* 8.3.7 pr.: *Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur: iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, et plostrum ducere et iumenta agere potest. Sed trabendi lapidem aut tignum neutri eorum ius est: quidam nec hastam rectam ei ferre licere, quia neque eundi neque agendi gratia id faceret et possent fructus eo modo laedi. Qui viam habent, eundi agendique ius habent: plerique et trabendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat. In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit.*

<sup>8</sup> La tesi si trova per la prima volta compiutamente enunciata in M. VOIGT, *Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der Römischen Republik*, in *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Klasse*, 1874, XXVI, 159 ss. ed è



riconducevano la genesi dei *iura praediorum* a convenzioni pattizie o stipulative. Secondo tale teoria, in epoca arcaica e protorepubblicana il titolare del fondo avvantaggiato poteva vantare una forma di appartenenza<sup>9</sup>, gravante su una porzione materialmente individuata del fondo vicino, in particolare sulla striscia di terra calpestata nel transito o sul canale dell'acquedotto, considerata come appendice del proprio campo<sup>10</sup>.

Tale ricostruzione si basava principalmente su tre elementi approfonditi dall'analisi dottrinale contemporanea al Voigt. Il primo imprescindibile fondamento logico per questa tesi era l'originaria concezione delle servitù come *res corporales*: si ritiene probabile che, non ancora astratti in un diritto autonomo, i *iura praediorum* s'identificassero concretamente con la porzione di fondo su cui era consentito il passaggio o la conduzione dell'acqua. Tale corrispondenza è pure testimoniata dall'utilizzo promiscuo, anche in epoca posteriore, dei termini *via*, *iter*, *actus*, *aquae ductus* sia per il diritto vantato sia per l'oggetto dello stesso<sup>11</sup>. Compatibilmente, inoltre, la tutela processuale concessa in tali

---

oggi accettata dalla quasi totalità della dottrina. Per citare solo i più recenti autori, M. BRETONI, *La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli, 1962, 26 ss., F. GALLO, *Recensione a M. BRETONI, La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli, 1962, in *BIDR*, LXVI, 1963, 199 ss., G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 3 ss., A. BURDESE, voce *Servitù prediali (dir. rom.)* in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1990, 119; A. CORBINO, voce *Servitù (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 243 ss.; A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981, 8 ss., ma soprattutto L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, I, cit., 6 ss., in cui peraltro si mette in luce, con onestà di pensiero, come il Voigt sia stato indubbiamente influenzato dall'orientamento storiografico tedesco degli inizi del XIX secolo (tra questi l'autore annovera il Bergmann, Hugo, Dernburg ed il Du Roi, per la bibliografia dei quali si rinvia alle succitate pagine del Capogrossi Colognesi), che tendeva sempre più verso una concezione unitaria dei poteri del *pater familias*, per la principale letteratura del quale si legga G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944, 10 ss.; e ancora G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 14 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, I, cit.; A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 8, nt. 5. Il Voigt peraltro, a differenza di quel che ora generalmente si ritiene, annoverava tra le servitù più antiche *iter*, *actus*, *haustus*, *aquaeductus* (distinto a sua volta in *aqua* e *rivus*) e *cloaca*.

<sup>9</sup> Cfr. M. VOIGT, *Über den Bestand*, cit., 176 ss., in particolare: «die älteste Volksanschauung das Rechtsverhältniss des Servituten-Berechtigten als ein Proprietätsrecht an dem bezüglichen Objecte: an *rivus*, wie *aqua* d. i. *fons*, an *iter*, wie *actus* sich dachte, somit also die von dem Volke getragene juristische Auffassung darin nicht ein *ius in re aliena*, sondern eine einige, dem Eigentumsrechte, der *manus* der *patria potestas* u. dgl. coordinierte Unterart des *ex iure Quiritium* meum esse anerkannte». Una forma di appartenenza individuabile in principio come *mancipium*, successivamente nel *dominium ex iure Quiritium*, ma unicamente per quelle servitù per cui il passaggio a *ius in re aliena* fu più arduo. Cfr. *infra* p. 12 ss.

<sup>10</sup> G. GROSSO, *I problemi*, cit., 9 e s., spiega tanto chiaramente: «La proprietà, l'attribuzione generale della cosa alla dominazione del soggetto costituisce il *prius* logico e storico rispetto alla configurazione di altri diritti reali che hanno per contenuto una sfera delimitata di utilizzazione della cosa. Essi presuppongono, nella loro configurazione, la esistenza della proprietà; [...] E storicamente la proprietà costituisce anche la matrice da cui è partita, in rapporto a particolari oggetti, la individuazione e configurazione di altri diritti reali». Peraltro, lo stesso autore, appena una pagina più avanti, mette sull'avviso il lettore sull'utilizzo del termine in senso generico, «come designazione di un rapporto di appartenenza dell'oggetto», esigendo il tema una certa elasticità riguardo all'evoluzione della proprietà romana.

<sup>11</sup> Cfr. M. VOIGT, *Über den Bestand*, cit., 168: «... die Bezeichnungen *iter aquae* oder *aquaeductus* oder *aquagium* werden erst von einer späteren Periode in Bezug auf jene Servitut verwendet», considerazione preceduta da un lungo elenco di fonti volte a confermarla.

ipotesi era la *legis actio sacramento in rem*, esclusivamente destinata ad affermare il ‘*meum esse*’ su una cosa corporale, secondo la visione dell’autore<sup>12</sup>.

Rileva, inoltre, l’inclusione di tali figure nell’elenco delle *res Mancipi*<sup>13</sup>, tra cui rimasero classificate fino all’epoca classica, che ne consentiva ovviamente la costituzione tramite *mancipatio* (cui più tardi si affiancò l’*in iure cessio*<sup>14</sup>).

Non si deve tralasciare, infine, l’usucapibilità delle prime servitù rustiche, anteriore ad una *lex Scribonia*<sup>15</sup> dell’ultima età repubblicana, l’intervento della quale ci permette di supporre che l’antica *usucapio* delle servitù si collegasse alla concezione delle stesse quali *res corporales*<sup>16</sup>.

Tutti questi argomenti, unitamente considerati, portarono il Voigt a ritenere che l’originaria struttura delle prime servitù prediali fosse proprietaria e insistesse appunto su una *portio fundi*.

---

<sup>12</sup> Cfr. M. VOIGT, *Über den Bestand*, cit., 171 ss., in particolare 174 in cui l’autore ricostruisce il formulario relativo alle servitù: «Für jene *servitutis vindicatio* selbst aber kann, da hier somit die Formulierung auf *ius Aulo Ager. esse* nicht Platz griff, in der *formula petitoria* die Klagenformel nur gelautet haben: *Si parret rivum* oder *iter* oder *actum, q. d. a., ex iure Quiritium Auli Agerii esse*, sowie für die *Legisaction*: *Hunc ego rivum* oder *actum* oder *hanc ego aquam* oder *hoc ego iter ex iure Quiritium meum, resp. Meam esse aio*. Und diese Annahme findet auch durch folgendes ihre weitere Bestätigung. a) als wesentliche Stücke umfasste die *vindicatio* zwei Acte von symbolischer Bedeutung: sowohl die symbolische Besitzergreifung des Objectes: von *res* oder *homo* mittelst Handanlegung, als auch das *festucam imponere*: die symbolische Besitzentsetzung des Gegners durch Berührung des Objectes mit der *festuca*. Wenn immer nun auch unter gewissen Voraussetzungen eine Repräsentation solchen Objectes durch einen seiner Bestandtheile, wie z. B. der Schafheerde durch das einzeine Schaf zugelassen war, so ist doch wiederum eine Repräsentation eines nicht körperlichen durch ein körperliches Object im *Legisactionen*prozeesse schlechterdings nicht anerkannt. Und dies nun bedingt, dass die *Vindication* eines unkörperlichen Objectes und insbesondere eines *ius eundi, agendi* oder dergl. in der *Legisaction* eine juristische Unmöglichkeit war, somit aber die *servitutis vindicatio* nur auf ein körperliches Object: *rivus, aqua, iter* oder *actus* sich richten konnte, wobei dann eine Repräsentation des in seiner Totalität nicht greifbaren Objectes durch einen Theil desselben jenes *manu adprehendere*, wie *festucam imponere* ermöglichte; b) jene *servitutis vindicatio* steht gleichmässig und gleichlautend dem Eigenthümer ebenso des *praedium dominans*, wie aber auch des *serviens* zu ... ». Le formalità rituali descritte da Gai. 4. 16, infatti, sembrano presupporre ineluttabilmente una cosa individuata nella sua fisicità, tale da poter essere portata in giudizio, affinché si potesse *rem adprehendere*, su di essa *festucam imponere* e si potesse ottemperare l’ordine del giudice di *mittere ambo rem*.

<sup>13</sup> Ulp. 19.1: *Omnes res aut Mancipii sunt aut nec Mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus: item iura praediorum rustico rum, velut via iter actus aquaeductus: item servi et quadrupedes, quae dorso collove domatur, velut boves muli equi asini. Ceterae res nec Mancipii sunt. Elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec Mancipii sunt.* Gai. 2.17: *Sed item fere omnia quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum, nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium. Via, iter, actus, item pecoris ad aquam adpulsus, item ius aquae ducendae. Haec iura tam rusticorum quam urbanorum praediorum servitutes vocantur. Est etiam alia rerum diuisio: nam aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi sunt velut fundus in Italico solo, item aedes in Italico solo, item servi et ea animalia quae collo dorsove domari solent, velut boves equi muli asini; item servitutes praediorum rusticorum. Nam servitutes praediorum urbanorum nec Mancipi sunt.* Gai. 2.29: *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt, rusticorum vero etiam Mancipari possunt.* Si deve ritenere, tuttavia, che Gaio si riferisse unicamente a *via, iter, actus* e *aqueductus* che rappresentavano i prototipi delle servitù rustiche.

<sup>14</sup> L’uso della stessa fu introdotto inizialmente per le servitù urbane, mai configurate come *res corporales*, e successivamente esteso a tutte le servitù in quanto *iura in re aliena*.

<sup>15</sup> Paul. 54 *ad ed. D.* 41.3.4.28, in cui Paolo cita la *lex Scribonia*, che esclude l’usucapione dai modi di acquisto delle servitù.

<sup>16</sup> M. VOIGT, *Über den Bestand*, cit., 178 s.

Tale ordine d'idee fu, dal principio, fortemente osteggiato dalla dottrina contemporanea e di poco successiva<sup>17</sup>. La remora principale all'accoglimento della succitata tesi era il paventato frastagliamento della proprietà sul fondo<sup>18</sup>. A questa critica se ne aggiunse un'altra derivante da un'indagine, che proprio in quegli anni appassionava gli studiosi, incentrata sull'individuazione delle figure di servitù più antiche. Il risultato della medesima rivelò l'elencazione ancor oggi accolta e finora esposta: essa divergeva, quindi, da quella proposta dal Voigt, che invece comprendeva, oltre a *iter, actus e aquae ductus*, anche l'*haustus*, ma non la *via*. La parte centrale della sua ricostruzione, riguardante la genesi di tali figure, venne in tal modo screditata, a causa di un errore che, rispetto all'intuizione generale, pare marginale e che tuttavia riuscì ad esercitare un'influenza sfavorevole<sup>19</sup>.

La fortuna della teoria, tuttavia, mutò bruscamente nei primi decenni del Novecento, quando il Fadda<sup>20</sup> contribuì a rivalutarla, arricchendola di un elemento che ne determinò un duraturo successo. L'autore si limitò ad osservare come la concezione dello studioso tedesco non fosse incompatibile con la possibilità di una comproprietà dei titolari dei due fondi sul sentiero o sul *rivus*. Questo estinse il timore di un frastagliamento del fondo,

---

<sup>17</sup> Cfr. R. ELVERES, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856, 8 ss.; A. PERNICE, *Recensione a M. VOIGT, Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der Römischen Republik*, in *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Klasse*, 1874, XXVI, in *Jenaer Literaturzeitung*, XLIV, 1875, 767 ss.; B. BRUGI, *Le servitù prediali secondo l'antico diritto romano. Un'opinione del Voigt*, in *Gravina*, 2, 1884, 1 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 495, nt. 1; S. PEROZZI, *Problemi di origini*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto, pubblicati in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, II, Milano 1905, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, 543 s.

<sup>18</sup> Si obiettava infatti che, se fosse stata riconosciuta l'appartenenza al *dominus* del fondo avvantaggiato su parte di quello vicino, quest'ultimo sarebbe risultato diviso in molteplici frazioni, con un notevole detrimento nell'esercizio delle facoltà dominicali per il suo proprietario. Questa critica tuttavia ebbe vita breve e non fu ripresa nemmeno dai giuristi più recenti che insistono a contestare la teoria del Voigt.

<sup>19</sup> Per un'interessante analisi di quanto avvenne nella dottrina dell'epoca, si rimanda a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, 2, nt. 1. L'autore, infatti, evidenzia l'equivoco in cui incorsero molti studiosi alla comparsa della rivoluzionaria tesi del Voigt, ritenendo che la sua ricostruzione fosse in contrasto con quanto fino ad allora sostenuto dalla dottrina tradizionale, di cui si fece esponente soprattutto il Brugi nella costante ed esplicita critica all'autore lipsiano (B. BRUGI, *Le servitù prediali*, cit., 1 ss.; B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, Verona - Padova, 1897, 368 ss.). La contrapposizione tra le teorie del Voigt e quelle del Brugi, erratamente supposta, condusse in un primo momento ad una svalutazione delle prime e, successivamente, all'oblio delle seconde. Le due tesi, invece, come affermò il Capogrossi Colognesi, non necessariamente si escludono a vicenda. Se, infatti, lo sforzo ricostruttivo dell'autore tedesco si concentra soprattutto sulla struttura giuridica originaria delle servitù, il Brugi invece ne indagava maggiormente, in una prospettiva forse di più ampio respiro, la funzione ed i presupposti socio-economici che ne determinarono l'emersione. Chiarito quindi il differente approccio delle due ricerche, si può intendere come le stesse possano presentare punti di contatto ed elementi ugualmente e coevamente validi.

<sup>20</sup> C. FADDA, *Servitù, lezioni [di] Carlo Fadda*, Napoli, Alvano, 1913, 26 ss.

tanto da far guadagnare alla tesi sempre più credito, fino alla sua totale affermazione. Di modo che, attorno agli anni Trenta del secolo scorso, non si avanzarono più dubbi in merito alla ricostruzione del romanista tedesco, ma s'iniziò a svilupparne gli spunti di maggior interesse e a sondarne le implicazioni ancora inesplorate.

I punti attorno ai quali si concentrò la riflessione dottrinale furono essenzialmente due: la definizione del tipo d'appartenenza che aveva ad oggetto la *portio fundi* e il passaggio evolutivo dall'assetto originario alla nascita del nuovo schema giuridico del *ius in re aliena*<sup>21</sup>.

In un primo momento l'idea della comproprietà dei due *domini* dei fondi vicini fu sposata da più autori, sebbene si continuasse a discutere incessantemente sulle caratteristiche della stessa. Al Grosso, che sosteneva trattarsi di una 'forma di concorso solidale'<sup>22</sup> dei due proprietari, rispondevano il Koschaker e il Kaser<sup>23</sup>, i quali, rifiutando l'ipotesi dei diritti solidamente concorrenti, propendevano piuttosto per la tesi della proprietà divisa, funzionalmente limitata<sup>24</sup>. Nondimeno, per quanto i loro argomenti siano stati riconosciuti dallo studioso degni di considerazione e dotati di un'innegabile acutezza, non riuscirono a scalfirne l'opposta convinzione<sup>25</sup>.

Si può notare come la dottrina, sebbene discorde sul suo atteggiarsi, non dubitava più della struttura comproprietaria che originariamente presentavano *iter, actus, via* ed *aquae ductus*. A stravolgere questo assetto di nuove certezze venne il Bretone<sup>26</sup>, che, basandosi sulla notazione che la *mancipatio*, tipico strumento di costituzione delle più

---

<sup>21</sup> A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 14 ss.

<sup>22</sup> Cfr. G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 31 ss. e G. GROSSO, *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica: lo sviluppo e la elaborazione dei diritti limitati sulle cose*, in *ANRW*, I,2, 1972, 140 ss., che in particolare la riconduce al modello del *consortium exco non cito*.

<sup>23</sup> P. KOSCHAKER, *Recensione a E. BUSSI, La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, in *Studi di diritto privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi*, XXVII, 1937, 377 s., in *ZSS*, LVIII, 1938, 258 ss., M. KASER, *Recensione a M. BREONE, La nozione romana di usufrutto*, Napoli, 1962, in *Labeo*, IX, 1963, 369.

<sup>24</sup> Come si evince dagli scritti del più convinto oppositore di tale teoria, G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 32 ss. e G. GROSSO, *Schemi giuridici*, cit., 140 ss. per citarne solo alcuni contributi, la proprietà di colui cui era dovuto il passaggio o l'acquedotto non aveva la stessa estensione di quella concorrente del proprietario del fondo gravato. Essa, infatti, era funzionalmente limitata allo scopo di passaggio o di acquedotto. Una proprietà divisa dunque, ma in rapporto alla sua funzione. Tale tesi collega quindi questo tipo di proprietà al *mancipium*, che per l'ampia sfera di oggetti cui veniva applicato, si dovrebbe considerare un diritto teleologicamente limitato, in contrapposizione al *dominium*, dotato della sua caratteristica pienezza.

<sup>25</sup> Come si ricava, tra le altre opere, da G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 32 ss. Acutamente osserva anche M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 125: «mi pare non si possa accettare la traduzione del concetto di *mancipium*, che caratterizza la più antica configurazione delle servitù di passaggio e di acqua (tutte *res mancipi*), nei termini di un diritto che evoca decisamente il più tardo *dominium*, il cui carattere assoluto si pone in netto contrasto con la divisione funzionale della proprietà».

<sup>26</sup> M. BREONE, *La nozione romana*, cit., 31 ss.

antiche servitù, fosse inadatta alla formazione di un rapporto di condominio, riportò in auge la tesi di un'appartenenza esclusiva, solo apparentemente dimenticata.

Il dibattito così prese una nuova direzione, spostandosi sull'alternativa tra proprietà esclusiva e struttura comproprietaria delle originarie servitù rustiche. In particolare, la prima ipotesi fu tenacemente sostenuta dal Franciosi, che inquadrò la nascita dei *iura praediorum* nello schema della *potestas* piuttosto che nel *dominium*<sup>27</sup>, a cui si oppose acutamente Capogrossi Colognesi, la cui ricerca ha riaffermato, in un ragionamento squisitamente complesso ed elaborato, la tesi delle comproprietà, analizzando la metamorfosi dei *iura itinerum et aquarum*.

Per quanto attiene all'*aquaeductus*<sup>28</sup> infatti, l'autore distinse la proprietà del *fons* da quella del *rivus*: la prima garantiva il diritto sull'acqua, mentre la seconda permetteva la conduzione della stessa fino al fondo vicino. Tale concezione resistette al passaggio allo schema del *ius in re aliena*, tanto che la proprietà del *fons* non venne subito meno ma rimase condizione imprescindibile fino all'età repubblicana per la costituzione della servitù di acquedotto, che si concretava più propriamente in un *iter aquae*, cioè nel diritto di condurre l'acqua<sup>29</sup>.

L'articolata ricostruzione dello studioso seguita considerando come più prossimo antecedente delle servitù di passaggio le *viae duum communes*<sup>30</sup>, il cui schema si ridimensionò

---

<sup>27</sup> G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 18 ss. Questa ricostruzione appare foriera di incomprensioni. Sarebbe oltremodo periglioso, infatti, svincolare l'antica configurazione delle prime servitù alla percezione delle stesse in termini di entità materiale e supporre così la società arcaica matura per l'astrazione che richiederebbe la loro qualificazione come poteri di appartenenza.

<sup>28</sup> La servitù di acquedotto sembra conosciuta già all'epoca delle XII Tavole, Paul. 16 *ad Sab.* D. 43.8.5: *Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino sarviatur*. Inoltre, risulta dimostrato che la servitù di presa d'acqua fosse nota, fra i giuristi repubblicani, sicuramente già a Quinto Mucio Scevola, Pomp. 31 *ad Q. Mucium* D. 8.3.15: *Quintus Mucius scribit, cum iter aquae vel cottidianae vel aestivae vel quae intervalla longiora habeat per alienum fundum erit, licere fisyulam suam vel fictilem vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret, et quod vellet in rivo facere, licere, dum ne domino praedii aquagium detergi faceret*. Mentre la conoscenza della vera e propria servitù di acquedotto, compiutamente sviluppata, è attestata in riferimento a Servio in Paul. 13 *ad Plant.* D. 8.6.7: il *modus servitutis* esposto nel frammento, infatti, parrebbe incompatibile con la proprietà del *fons*, che quindi in tale epoca sarebbe già stata sostituita dalla servitù d'acquedotto, così come conosciuta dai giuristi classici.

<sup>29</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, 52 ss.

<sup>30</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 51: «Negli scritti dei gromatici compaiono infine alcune figure di vie, qualificate come *communes*, il cui esercizio appare limitato ad un numero ristretto di proprietari fondiari o addirittura solo a due proprietari vicini. Tali vie, è interessante, non compaiono invece negli scritti dei giuristi. ... tali vie potevano essere concepite come oggetto di un condominio (identificandosi quindi l'esercizio con la proprietà) oppure come oggetto di un più complesso intrecciarsi di servitù di passaggio attribuite a più titolari, restando quindi riassorbite nella più generale categoria delle *viae privatae*». Il principio di tale teoria si legge peraltro in GROSSO, *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in BIDR, LXX, 1967, ora in *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato: cose e diritti reali*, Torino, 2001, 105 ss.

sempre più con l'introduzione della *limitatio*, acquisendo, verso la fine di questo processo evolutivo, un contenuto più marcatamente funzionale all'esercizio della facoltà di passaggio<sup>31</sup>. Convinto della diversità contenutistica dei *iura itinerum*, partendo da un'analisi etimologica, il Capogrossi Colognesi sostenne che la *via*, pur essendo la più antica tra le servitù di passaggio mutò la sua configurazione molto più tardi delle altre due figure ed individuò proprio in *iter* ed *actus* la chiave ed il punto di partenza dell'evoluzione delle servitù da diritti comproprietari in *iura in re aliena*.

Infine, dell'argomento si occupò ampiamente anche Maria Floriana Cursi, la cui teoria si basa sul valore del *modus servitutis* quale correttivo della tipicità delle servitù.

Questi, per sommi capi, il percorso scientifico ed i dibattiti dottrinali che hanno condotto alla tesi ora comunemente accettata in dottrina in merito alla nascita della categoria dei diritti reali, ma veniamo alla ricostruzione che ci pare più plausibile, senza alcuna pretesa di poter giungere a qualche certezza.

## 2. Il contesto giuridico contemporaneo alla genesi dei 'iura praediorum'.

Si è ritenuto di dover ripercorrere il dibattito dottrinale, protrattosi per più di un secolo, sul tema dell'originaria derivazione proprietaria delle servitù rustiche, poiché questa nozione costituisce il punto di partenza del nostro ragionamento e la si darà, pertanto, per assodata. Fra i diritti reali la figura primigenia e principale infatti, allora come oggi, era la proprietà<sup>32</sup>. Essa ne costituiva il precedente storico e il presupposto logico<sup>33</sup>, pur differenziandosi nettamente dai *iura in re aliena*, in quanto sola ad avere esplicazione autonoma e contenuto omnicomprensivo. I diritti reali limitati, infatti, potevano costituirsi unicamente su di un bene su cui insistesse anche il diritto dominicale e venivano ad appagare una funzione specifica e determinata sullo stesso, che contrastava con l'indefinitezza di scopi, che era idonea a soddisfare la proprietà.

La tesi che, quindi, ci pare più plausibile è quella che individua in capo al *paterfamilias* sin dall'epoca arcaica e sicuramente dai primi secoli di quella repubblicana un potere

---

<sup>31</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 99.

<sup>32</sup> Per un recente studio archeologico sulla proprietà si legga G. CIFANI, *Indicazioni sulla proprietà agraria nella Roma arcaica in base all'evidenza archeologica*, in *Suburbium. Il suburbio di Roma dalla fine dell'età monarchica alla nascita del sistema delle ville (V-II secolo a.C.)*, II, a cura di V. Jolivet, C. Pavolini, M.A. Tomei e R. Volpe, Roma, 2009, 311-324.

<sup>33</sup> Cfr. G. GROSSO, *I problemi*, cit., 9.

proprietario di carattere unitario, una signoria che si estrinsecava su beni e persone rientranti nel suo nucleo familiare nei termini di fattiva appartenenza<sup>34</sup>. La signoria sulle cose, costituente l'essenza del diritto in esame, non ebbe quindi fin dal principio la configurazione di istituto autonomo, bensì era ricompresa originariamente nel più ampio potere che il *pater familias* esercitava sul fondo e le sue appendici, sugli animali<sup>35</sup> e sulla sua intera *familia*, composta da membri liberi e schiavi, intesi come complesso unitario<sup>36</sup>. Essa si esplicava, quindi, sul patrimonio delle *res Mancipi*<sup>37</sup>, così come sui figli e gli altri membri della *familia proprio iure dicta*<sup>38</sup>. Le espressioni che ricorrenti figurano nelle fonti ad indicare questa peculiare sovranità erano svariate, *potestas*, *manus*<sup>39</sup> e *Mancipium* e la

---

<sup>34</sup> Tale pare essere anche il presupposto della tesi di M. VOIGT, *Über den Bestand*, cit., 20. Sul lungo ed elaborato percorso che ha condotto alla formulazione, o meglio al recupero, di tale teoria si veda la completa e ricca trattazione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., I, § 4 e G. GROSSO, *Schemi giuridici*, cit., 136. Sull'utilità di tale definizione unitaria della struttura proprietaria e dei poteri del *pater familias* in epoca arcaica e protorepubblicana, tuttavia, si esprime con scetticismo L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *proprietà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 166: «La decisione se i poteri attribuiti al *pater* della famiglia romana arcaica fossero configurati in termini unitari o meno, in questa prospettiva, non serve essa stessa a interpretare altri fenomeni giuridici, altri processi storici. Essa si esaurisce piuttosto in uno sforzo definitorio, privo di rilevanti effetti pratici. L'affermazione di tale unitarietà non aiuterà a illuminare meglio i vari istituti né offrirà una chiave interpretativa particolarmente efficace per comprendere la loro specifica evoluzione: al contrario essa in tanto sarà possibile in quanto si siano preventivamente illuminati, secondo una certa direzione, questi stessi istituti ... Derivante appunto da metodi e questioni classificatorie è il dubbio che può essere sollevato in proposito. Che cioè il carattere unitario o meno dei poteri in questione derivi essenzialmente dall'angolo visuale dell'osservatore. Se infatti esso si allarga, nulla vieta di affermare il loro carattere unitario sino a parlare di un unico potere. In tal caso le diversità di regime all'interno, l'applicabilità o meno di singoli meccanismi negoziali o processuali, il fatto stesso che questo potere in alcuni casi non sia trasferibile, si presentano come semplici variazioni di specifiche situazioni all'interno di una categoria unica. Il livello definitorio si sposta quindi verso una elevata genericità. Si può invece sostenere che queste stesse diversità nella disciplina delle posizioni potestative, che fanno capo allo stesso soggetto e che variano a seconda dei vari oggetti, corrispondano alla presenza di categorie vicine ma non identiche, e che i poteri restino distinti. In questo caso il sistema di classificazione si abbassa a un livello maggiore di analiticità. Si tratta di scelte possibili, che in sostanza riflettono un alto grado di arbitrio nell'osservatore».

<sup>35</sup> Com'è noto, non si trattava di tutti gli animali indistintamente, ma solo di quelli che, secondo Gai 2.16, *collo dorsove domari solent*. È palese l'attinenza di questi all'utilizzo a fini agricoli ed il prezioso contributo che gli stessi dovevano dare al mantenimento della *familia* nella prima fase arcaica. Essendo, quindi, strumentali al sostentamento della medesima, era inevitabile che assumessero un valore tale da essere ricompresi tra le *res Mancipi*.

<sup>36</sup> L'insieme delle entità su cui veniva esercitato potere sovrano del *pater familias* è stata ricavata dalla dottrina dall'intuizione di unire concettualmente le *res Mancipi* ed i possibili oggetti di *Mancipatio*, tra cui rientravano appunto anche i figli, che pure erano persone libere: G. GROSSO, *I problemi*, cit., 5.

<sup>37</sup> Gai. 1.120: *Eo modo et serviles set liberae personae Mancipantur; animalia quoque quae Mancipi sunt, quo in numero habentur boues, equi, muli, asini; item praedia tam urbana quam rustica quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent Mancipari*. Recentemente il tema della distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* è stato oggetto di studi di G. NICOSIA, *La nascita postdecemvirale della 'Mancipatio' e quella ancora posteriore della distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, in *AUPA*, LIX, 2016, 303 ss.

<sup>38</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, *Proprietà*, Milano, 1966, 211 ss.

<sup>39</sup> Questa specifica denominazione, peraltro, riveste una rilevanza particolare nella ricerca dell'origine semantica della signoria del *pater*: collegare infatti una simile potestà all'organo della mano suggerisce l'elementare immediatezza del potere e dà adeguata percezione della concezione unitaria che ne dovevano avere i Romani in epoca storica. Peraltro, un simile scenario antropologico, che accostava i beni materiali alle persone, non solo schiave, bensì anche libere e addirittura strettamente imparentate, tutte sottoposte alla medesima

differente terminologia impiegata è forse il solo dato certo che possiamo riscontrare<sup>40</sup>. Gradualmente, tuttavia, tale sommo potere si specificò in base agli oggetti su cui era esercitato: *manus* e *potestas* trovarono il loro impiego in riferimento alle persone<sup>41</sup>, mentre la nozione di *mancipium* aveva nelle *res* il suo ambito applicativo; in particolare il fondo

---

volizione sovrana, non doveva essere avvertito con il disagio che ha creato nella dottrina contemporanea tante difficoltà e frequenti dubbi ricostruttivi: le *res Mancipi* erano beni di primaria necessità, preziose e vitali per la sopravvivenza del nucleo familiare. Allo stesso modo in epoca arcaica gli schiavi erano pochi e godevano di una considerazione quasi pari a quella che veniva riservata ai figli (cfr. V.A. SIRAGO, *L'agricoltura italiana nel II secolo a.C.*, Napoli, 1971 28 s. e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi. I. (età arcaica)*, Roma, 1981, 141 ss., il quale approfondisce anche in tal sede la distinzione terminologica tra *erus* e *dominus*, riverbero di una condizione sociale che mutò radicalmente con l'affermarsi della produzione economica basata sull'opera schiavistica). Infine, questa potestà del *pater*, che poteva spingersi fino agli atti più atroci nei confronti di tutti coloro che ne erano sottomessi - il riferimento più immediato che sorge alla mente è sicuramente il *ius vitae ac necis* del padre sul figlio -, al contempo comportava anche la responsabilità di una costante, istintuale protezione su tutto ciò e tutti coloro che il *pater* aveva in suo potere.

<sup>40</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà*, cit., 167: «irrisolta appare la domanda banale ma importante sull'atteggiamento che in proposito pur dovette essere assunto dai Romani nell'epoca remota alla quale ci riferiamo. Vi fu in essi coscienza della eterogeneità dei vari poteri che pure davano sovente al *pater* lo stesso grado di arbitrio, la stessa latitudine di comportamenti nei riguardi di vari destinatari? Vi fu piuttosto lo sforzo di regolare specificamente le diverse relazioni all'interno di una visione tuttavia unitaria di questa posizione potestativa? ... Dalle fonti antiche, ancora una volta, rischiamo però di avere un'indicazione solo in relazione alla terminologia ivi impiegata - *manus*, *potestas*, *mancipium* e poi *dominium*, troppo poco in verità».

<sup>41</sup> Per tracciare un rapido quadro più preciso: *potestas* e *manus* indicavano il potere esercitato rispettivamente su figli e schiavi da una parte e quello su moglie e nuora dall'altra. Tuttavia, il termine *mancipium* mantenne una sua applicazione anche con riferimento alle persone libere, per indicare la potestà esercitata su coloro che erano stati oggetto di *mancipatio*.



(*heredium*)<sup>42</sup> e gli *instrumenta fundi* furono sempre avvertiti come l'oggetto preferenziale e paradigmatico di tale autonomo diritto di proprietà<sup>43</sup>.

È ancora oggetto di dibattito dottrinale la concreta attuazione del passaggio alla nozione di *dominium*: pare probabile che una simile evoluzione prese l'avvio dalla crescente rilevanza economica delle *res nec Mancipi* e parimenti dalla loro potenziale strumentalizzazione all'utilità del singolo uomo più che alla comunità familiare, che immancabilmente si riverberava nel carattere individualistico del potere su di esse esercitato. Indubbiamente una simile caratterizzazione patrimoniale ebbe qualche peso nella comparsa della nozione di *dominium ex iure Quiritium*, descritto come 'il derivato di una sintesi del *mancipium* e dell'antica proprietà di contenuto economico patrimoniale'<sup>44</sup>. Codesta nozione dominicale della proprietà, d'altra parte, gradatamente si venne rafforzando e affermando anche in riferimento alle *res Mancipi*, a tal punto che la sola

---

<sup>42</sup> In merito non è possibile trascurare la teoria del Bonfante, che attraverso la sua brillante deduzione, rivoluzionò il pensiero dottrinale sull'originaria configurazione della proprietà. La ricostruzione dell'autore si basò essenzialmente sulla distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, classificazione che in particolare avrebbe permesso di comprendere la fondamentale differenziazione tra proprietà della *gens* e proprietà del singolo individuo, come emerge ad esempio in P. BONFANTE, *Corso*, cit., II, 211 ss. La dottrina a lui contemporanea era riuscita ad individuare nell'appartenenza collettiva la più antica e primitiva forma di manifestazione del potere proprietario: la tribù viveva il territorio in cui risiedeva non solo come luogo di dimora, ma anche come base di sfruttamento, senza che però si venisse a formare un legame esclusivo tra porzioni dello stesso e le singole famiglie. Le tecniche agricole erano ancora molto rudimentali e transitori erano i campi, in un contesto in cui la terra doveva apparire sovrabbondante rispetto alle poche colture di sussistenza cui ci si dedicava. Applicando questa teoria alle origini di Roma, non si può non pensare che il nucleo collettivo cui attribuire la proprietà delle *res Mancipi* fosse la *gens*, nucleo parentale più ampio della semplice *familia* ed organismo politico autonomo. Le *res Mancipi* pertanto rappresentavano i beni di valore sociale e utilizzo collettivo. Il Bonfante, tuttavia, spinse la sua analisi al di là della centrale proprietà fondiaria, che indubbiamente rappresentò sempre il riferimento primo e principale dell'esercizio potestativo primitivo e si concentrò sui beni prevalentemente mobili e personali. Sovrapponendo al binomio *res Mancipi et nec Mancipi* quello di *familia et pecunia*, descrisse la proprietà individuale, a differenza di ciò che si era creduto fino a quel momento, come contemporanea o comunque di poco successiva a quella collettiva gentilizia, identificandone l'oggetto appunto con il secondo termine di entrambi gli accostamenti. Il punto nodale di tale tesi fu, tuttavia, lo sviluppo preminente della *civitas* a discapito dell'organismo politico della *gens*, che venne gradualmente relegato ad un ambito esclusivamente sociale. I rapporti parentali, quindi, iniziarono sempre più a concentrarsi attorno ad un nucleo minore, quello della *familia* e questo nuovo assetto influi inevitabilmente anche sulla configurazione della proprietà: il *mancipium* si tramutò in *dominium ex iure Quiritium* (P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, 1926, 305 ss.). Tale acuta teoria, che, quindi, superava il problema fino ad allora dibattuto della priorità dell'appartenenza individuale o di quella collettiva, affermando la coesistenza di queste due forme fin dall'origine, fu la base dello studio del diritto proprietario per tutta la romanistica successiva, sposata od osteggiata, dalla stessa non si poté comunque in alcun modo prescindere. Tra i più eminenti oppositori si annovera L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà*, cit., 160 ss., il quale propende piuttosto per una primigenia nozione pluriforme dell'appartenenza, specialmente nella sua fase applicativa, avente struttura unitaria esclusivamente dal punto di vista sociale e apparendo quindi giuridicamente distinta nella sua esplicazione sulle cose.

<sup>43</sup> Si noti tuttavia, come evidenzia L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà*, cit., 161 s. al carattere unitario dei negozi traslativi corrispondeva anche una medesima tutela per tutte le situazioni di appartenenza esaminate che si identificava nella *vindicatio*.

<sup>44</sup> G. GROSSO, *I problemi*, cit., 8. Cfr. anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà*, cit., 177 ss.

distinzione rilevante sotto il profilo pratico tra le due categorie di cose finì per essere la possibilità di acquisto mediante *mancipatio*<sup>45</sup>.

Non sorprende poi che, sebbene l'istituto della proprietà avesse portata fondamentale sia nell'ambito giuridico che in quello sociale, non ne sia pervenuta alcuna definizione dalle fonti romane<sup>46</sup>. Dalle stesse emerge, tuttavia, che la concezione nucleare del *dominium* risiedeva nel potere materiale che veniva concretamente esercitato sulla *res*, a tal punto che spesso il diritto stesso veniva identificato con la cosa senza che fosse avvertita l'opportunità di distinguere il piano astratto-giuridico e quello fattuale. Esemplificativa al riguardo la struttura della *rei vindicatio*, ricca di elementi denotanti una apprensione materiale della *res*: la necessità dell'iniziale presenza fisica della *res* in giudizio, del contatto con la stessa mediante la *festuca* mentre venivano pronunciati i *certa verba*, che peraltro non si riferivano al diritto che si stava rivendicando ma all'oggetto dello stesso attraverso l'immediata ed eloquente espressione '*ego hominem (rem) meum (meam) esse aio*'<sup>47</sup>.

Al contempo il contenuto della proprietà era d'immediata comprensione e la sua enunciazione fu il risultato di un'opera posteriore rispetto alla giurisprudenza romana, che tendeva solitamente a concretarlo e a specificarlo in riferimento al particolare caso di cui si occupava. Il diritto di proprietà pertanto veniva inteso indeterminatamente come composto dai più ampi ed assoluti poteri, che consentivano al titolare la più libera ed ampia gestione della cosa, secondo quanto più lo aggradava. Esso poteva, quindi, essere definito solo negativamente attraverso l'esame dei condizionamenti che alla proprietà l'ordinamento imponeva, i cosiddetti limiti legali, nonché di quelli fisici dell'immobile.

Questa pare una plausibile e sommaria ricostruzione di come doveva atteggiarsi il processo evolutivo del diritto di appartenenza, quando da esso derivarono le prime servitù rustiche che, appunto, ancora non dovevano avere la forma di diritto su cosa

---

<sup>45</sup> Per un'analisi dettagliata e approfondita delle due categorie di *res* si legga F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, Torino, 1958.

<sup>46</sup> Contrariamente, i giuristi medievali si dedicarono profusamente alle concettualizzazioni definitorie, esplicando così, con la consueta tendenza enfatica ed iperbolica, la proprietà come *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur* (BARTOLUS, *Commentaria in Corpus iuris civilis, ad D. 41.2.17.1*, Paris, 1581) oppure *ius utendi et abutendi re sua quatenus ratio patitur*. Era contemplata, quindi, anche la paradossale ipotesi che il proprietario abbandonasse o distruggesse la cosa. Tali enunciazioni peraltro devono essere accolte senza mai scordare il contesto storico a cui appartenevano e al contempo andranno mediate attraverso la considerazione, espressa da E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942, 371, «che contenuto e misura di ogni diritto soggettivo è sempre un interesse umano nell'orbita della vita sociale».

<sup>47</sup> Significativa è la posizione dell'*hominem*, che in tale specifico caso si riferisce allo schiavo e quindi alla *res*: esso è collocato tra *ego* e *meum*, praticamente accerchiato dal pronome personale e dall'aggettivo possessivo, elementi volti ad indicare l'appartenenza che desidera ripristinare chi agisce in rivendica.

altrui. Sebbene gli argomenti del Voigt al riguardo mostrino piena forza persuasiva e si considerino ormai pienamente verosimili anche dal punto di vista dogmatico<sup>48</sup>, pare, tuttavia, opportuno volgere lo sguardo pure alla condizione concreta in cui i *iura praediorum* emersero, sotto la spinta delle esigenze pratiche della vita agricola. Prima di addentrarsi in tale complesso argomento, nondimeno, ci si dovrà soffermare fugacemente su un altro istituto, che è approssimativamente coevo alle servitù prediali e la cui emersione risulta connessa con quella dei *iura praediorum: l'usufructus*.

Le testimonianze della priorità delle prime servitù rustiche rispetto agli altri *iura praediorum* ci giungono, a voler escludere momentaneamente la menzione della *via rivenibile* nelle XII Tavole, attraverso una fonte letteraria<sup>49</sup>. È, infatti, Catone il Censore, ad annoverare le due servitù di passaggio e, parrebbe, quella di acquedotto tra legumi, asparagi e legna, con un'elencazione che lascia supporre la natura materiale di tutti i suoi elementi<sup>50</sup>.

Cato agr. 149.2: *Holeris, asparagis, lignis, aqua, itinere, actu domini usioni recipitur.*

Nondimeno, l'assenza di date certe ha posto in dottrina il quesito sull'antiorità delle servitù alla quasi coeva figura dell'usufrutto, sull'origine del quale, parimenti, non ci sono stati tramandati riferimenti cronologici o avvenimenti storici significativi cui accostarne l'emersione. Specificamente, il problema si incentra su quale delle due figure sia giunta per prima alla configurazione, elaborata dalla giurisprudenza, di *ius in re aliena*, influenzando quindi l'altra e consentendone un più agevole passaggio alla sua teorizzazione giuridica definitiva<sup>51</sup>. La questione può essere esaminata sotto una duplice

---

<sup>48</sup> Si veda p. 6.

<sup>49</sup> Marco Porcio Catone, infatti, vissuto tra il III e il II secolo a.C., rappresenta uno dei riferimenti più risalenti sulle servitù di *iter* ed *actus*.

<sup>50</sup> A favore di questa tesi A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 109, M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma – Bari, 1998, 274 e M.F. CURSI, *L'autonomia dei privati nelle XII Tavole e nell'interpretatio*, in *XII Tabulae*, a cura di M.F. Cursi, II, Napoli, 2018, 802, nt. 8, che, tuttavia, vi ravvisa il riferimento unicamente ad *iter* ed *actus* e non all'acquedotto, poiché traduce *aqua* come acqua viva. *Contra* L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 168 nt. 97, 192 nt. 140.

<sup>51</sup> Cfr. V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 122 ss. il quale propende per la priorità dell'usufrutto rispetto alle servitù. Secondo l'autore, infatti, le esigenze sottostanti alla nascita dei *iura praediorum* furono sicuramente le prime a comparire, ma le servitù si mantennero più a lungo la conformazione proprietaria, per giungere a compiuta teorizzazione solo in una fase successiva all'emersione dell'usufrutto e sulla base del suo precedente modello. Tale teoria viene ravvisata anche in M. BRETONE, *La nozione romana*, cit., 34, almeno secondo la prospettiva di F. GALLO, *Recensione a M. BRETONE, La nozione romana*, cit., 202, interpretazione che tuttavia non

prospettiva, ma pare condurre alla medesima conclusione, ovvero alla posteriorità dell'*usufructus* ai *iura itinerum* ed all'*aquae ductus*.

Sotto il profilo dogmatico, si possono rilevare numerosi elementi, propri dei *iura praediorum* più antichi, che non compaiono nella figura dell'usufrutto e che, tuttavia, paiono la traccia di un'origine quantomeno arcaica<sup>52</sup>. A differenza di quanto avvenne per le servitù, infatti, l'usufrutto non venne mai qualificato quale *res corporalis* o *res mancipi*, non era conseguentemente oggetto di *mancipatio* e non veniva tutelato tramite la *legis actio sacramento in rem*. Ciò che pare logico dedurre dall'assenza di tali fattori è che il diritto considerato non abbia dovuto attraversare la fase intermedia della transitoria configurazione proprietaria<sup>53</sup>, che invece conobbero le servitù più antiche. Conseguentemente, se ne ricava l'immediata configurazione dello stesso in termini di *ius in re aliena*<sup>54</sup>.

Dal punto di vista storico invece, si può notare come l'usufrutto abbia le sue radici nella sopraggiunta crisi della *familia* tradizionale arcaica<sup>55</sup>. Le condizioni della sua genesi presuppongono, infatti, la comparsa più frequente del matrimonio *sine manu*, una buona diffusione dell'*emancipatio* e una certa disinvoltura nel costruire le disposizioni testamentarie: la collocazione temporale, quindi, non può essere anteriore alle XII Tavole. Il primo riferimento cronologico certo è rappresentato dalla disputa sulla natura del *partus ancillae*, che vide coinvolti M. Manilio e P. Mucio Scevola da una parte e M. Giunio Bruto dall'altra<sup>56</sup>, giuristi vissuti nel II secolo a.C. Considerando che l'usufrutto

---

pare pienamente condivisibile. Cfr. G. GROSSO, *Recensione a M. BRETONE, La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli, 1962, in *SDHI*, XXIX, 1963, 343 ss.

<sup>52</sup> Sulla genesi dell'usufrutto già nella forma di *ius in re aliena* si veda R. LA ROSA, '*Usus fructus*', cit., 80 ss., nonché F. ZUCCOTTI, *Vivagni VIII. Le origini dell'usufrutto*, in *Rivista di diritto romano*, VIII, 2008, 24 ss. e specialmente 44 ss., in cui l'autore compendia gli esiti delle ricerche di La Rosa, evidenziandone l'importanza nello studio del dialogo genetico tra servitù prediali e usufrutto.

<sup>53</sup> Su cui inizialmente si era soffermata la dottrina, cfr., seppur nella diversità delle teorie proposte, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, I, Roma, 1928, 781; B. BIONDI, *La categoria*, cit., 665; M. KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar, 1939, ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, 458 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *Annali di Palermo*, XX, 1949, 381 ss., che ammette espressamente in nota di essersi ispirato al Riccobono; R. AMBROSINO, '*Usus fructus*' e '*communio*'. *Profilo storico dell'usufrutto*, in *SDHI*, XVI, 1950, 183 ss.

<sup>54</sup> R. LA ROSA, '*Usus fructus*'. *Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli, 2008, 8.

<sup>55</sup> Per una diversa tesi avanzata di recente in merito all'origine dell'usufrutto si veda S. PETRINI, *Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008, VIII ss. *Contra* F. ZUCCOTTI, *Vivagni. VIII. Una nuova ipotesi sulla nascita dell'ius utendi fruendi*, *Rivista di diritto romano*, VIII, 2008, 15 ss., specialmente 17, il quale sottolinea soprattutto l'esigenza della vedova di continuare la sua vita nella casa familiare, che ella doveva sentire come la soluzione naturale alla morte del capofamiglia.

<sup>56</sup> Ulp. 17 *ad Sab. D.* 7.1.68 pr.: *Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. Hac ratione nec usum fructum in eo fructuarium*

degli schiavi doveva essersi sviluppato posteriormente a quello sui fondi, oggetto originario di tale istituto, la sua nascita si situerebbe, con irrinunciabile approssimazione, attorno alla fine del III secolo a.C. Alcuni autori<sup>57</sup>, nel tentativo di definire un arco temporale più preciso entro cui collocare la genesi dell'usufrutto, indicano, quale momento iniziale, i primi decenni del II secolo a.C., primo periodo di diffusione del matrimonio *sine manu*, susseguente alla fine delle guerre puniche<sup>58</sup>. Quale momento conclusivo di tale processo genetico, invece, richiamano la summenzionata *quaestio* sul *partus ancillae*, che, come detto, è riconducibile alla metà del II secolo a.C.

Quale che sia la datazione più corretta tra le due, non ha poi gran peso ai fini della presente ricerca. Nel prosieguo della trattazione, infatti, si intende dimostrare l'origine almeno duodecimtabulare della *servitus viae*, nonché l'esistenza nel periodo appena considerato, ovvero tra gli ultimi anni del III secolo a.C. ed i primi del II, della concezione della *servitus* già in termini di *iura in re aliena*<sup>59</sup>. Il raffronto temporale permetterebbe conseguentemente di affermare priorità dei *iura praediorum* più antichi rispetto all'usufrutto, nonché la sua contemporanea evoluzione parallelamente alle servitù urbane.

Se, quindi, pare logico sostenere che esso fosse di poco posteriore alle prime servitù rustiche, ma non ai *iura praediorum urbanorum*, la genesi di questo istituto o, meglio, la pressione delle esigenze allo stesso sottese pare un fattore rilevante nel processo che portò alla configurazione dello schema giuridico del diritto su cosa altrui<sup>60</sup>, anche unitamente all'evoluzione della figura proprietaria, cui si è accennato *supra*. Si delinea, quindi, un quadro in cui la prassi avanzava forti istanze di innovazione dei rapporti proprietari e, più in generale, reali, affinché potessero soddisfare le esigenze - che non potevano più essere appagate dallo schema dell'appartenenza - emergenti dai significativi mutamenti sociali ed economici, che interessarono la seconda epoca repubblicana.

---

*habebit. Quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? Et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius.* Nonché, Cic. *de fin.* 1.4.12: *an partus ancillae stine in fructus habendus, dissereretur inter principes civitatis, P. Scaevolam Maniumque Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet;*

<sup>57</sup> Cfr. G. GROSSO, *Schemi giuridici*, cit., 156 ss. e R. LA ROSA, *Usus fructus*, cit., 1-10.

<sup>58</sup> In tal senso anche G. GROSSO, *I problemi*, cit., 18 s., P. BONFANTE, *Corso*, cit., 74 s.

<sup>59</sup> R. LA ROSA, *Usus fructus*, cit., 84.

<sup>60</sup> Su cui si dirà *infra*, Cap. II, § 1.

### 3. I primi 'iura praediorum'.

Invero, risulta impossibile dimostrare la priorità delle servitù rispetto all'usufrutto, senza sostenere anche quella di *aqua, iter, actus* e *via* su tutti gli altri *iura praediorum*. Sulla loro origine risalente si richiamano primariamente gli argomenti svolti dal Voigt, seppure in riferimento ad altre servitù, già succintamente suesposti<sup>61</sup>: non si deve, infatti, tralasciare che queste quattro figure primigenie erano considerate *res corporales* e, specificamente, venivano annoverate tra le *res nec mancipi*. Nondimeno, altri elementi possono deporre per la loro anteriorità. Le fonti, infatti, lasciano propendere per la loro emersione in un tempo ben distinto e precedente rispetto a quello in cui comparvero le servitù urbane e, successivamente, quelle rustiche recenziari.

Pomponio, ad esempio, le nomina assieme, come principali esempi di *servitus* (o forse come sinonimi della categoria che ormai era nata), il che sembra far propendere per una collocazione cronologica anteriore rispetto a quella dei successivi *iura praediorum urbanorum*.

Pomp. *l. sing. reg. D. 8.1.17: Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: ...*

Parimenti, la netta cesura, leggibile nel seguente passo ulpiano, tra *iter actus via aquaeductus* e le altre servitù rustiche potrebbe deporre a favore della priorità delle prime quattro. L'elenco dei *iura praediorum rusticorum* si dilunga principalmente sulle servitù di passaggio e di acquedotto, delle quali viene tratteggiato il contenuto principale, per poi procedere più speditamente per le restanti figure, cui pare venga attribuita una posizione residuale o comunque secondaria, che potrebbe rispecchiare non solo o non tanto una minore frequenza di utilizzo di queste ultime, ma anche o piuttosto una posteriorità cronologica.

Ulp. 2 *inst. D. 8.3.1 pr.: Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus. Iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento.*

---

<sup>61</sup> V. p. 6 s.

*Via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquae ductus est ius aquam ducendi per fundum alienum. In rusticis computanda sunt aquaehaustus, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae. Traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris.*

Allo stesso modo, frequentemente le solite quattro servitù compaiono citate assieme per riferirsi a quella che oramai doveva essere divenuta la categoria della *servitus*, di cui erano divenute quasi un sinonimo, come testimoniato dal frammento seguente<sup>62</sup>.

Paul 3 *ad Sab.* D. 33.2.1: *Nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest.*

Da questi primi quattro *iura praediorum rusticorum* si è ritenuto opportuno prendere le mosse nell'analisi dell'intera categoria, come appunto sovente avviene anche nelle fonti. In particolare, l'analisi volgerà primariamente sulle servitù di passaggio e sulle condizioni in cui le stesse dovettero sorgere.

#### 4. *La condizione della viabilità interpoderale negli scritti degli agrimensori.*

Le esigenze concrete, che stimolarono lo sviluppo dei primi *iura in re aliena*, scaturirono con buona probabilità in epoca arcaica risalente: esse sono da ricondurre alla soluzione di problemi pratici, derivanti anche dalle più semplici forme di coltivazione della terra, principale attività economica sin dalle origini della società romana. Con l'avvento dell'agricoltura intensiva<sup>63</sup> poi, da collocarsi secondo alcuni attorno alla prima guerra sannitica<sup>64</sup>, secondo altri al più tardi nel V secolo a.C., le servitù rustiche si rivelarono irrinunciabili strumenti per il pieno sfruttamento dei fondi<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Nondimeno, non si può escludere che l'ultima proposizione sia di matrice giustiniana e fosse finalizzata ad illustrare più chiaramente il principio sotteso alla statuizione paolina.

<sup>63</sup> Per un breve quadro dello sviluppo romano successivo alla sistemazione delle questioni emerse nel territorio laziale, si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni e contadini nell'Italia repubblicana*, Roma, 2012, 111 ss., specialmente 122 ss.

<sup>64</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni*, cit., 111.

<sup>65</sup> V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 121. La priorità nella trattazione del Digesto del libro settimo sull'usufrutto, rispetto all'ottavo dedicato alle servitù, aveva spinto la dottrina ad ipotizzare che fosse questo il primo fra i *iura in re aliena* ad essere nato e che quindi Giustiniano avesse deciso di seguire l'ordine cronologico di emersione dei diversi diritti reali. Tale tesi è ora del tutto superata a favore della maggior vetustà dei *iura praediorum*. A ciò si aggiunga che se si dovesse seguire la sistemazione riportata nel Digesto, si sarebbe tratti in

La situazione originaria che si può immaginare è quella di fondi non raggiungibili dalla pur capillare viabilità pubblica (latamente intesa), sia per la tendenza alla concentrazione delle proprietà, sia a causa delle alienazioni, dei frazionamenti<sup>66</sup> o di altri interventi simili, derivandone la necessità di collaborazione da parte dei proprietari dei fondi contigui<sup>67</sup>.

Sulla viabilità nell'antica Roma la testimonianza più completa è rappresentata da Sic. Flacc. *cond. agr.*, Th. 110.2-111.11 (= Lach. 145.26-147.11), in cui l'agrimensore si dilunga nello spiegare il complessivo sistema delle *viae* romane. Il passo è tratto da un'opera dedicata alle qualità dei campi e, più in generale, del suolo dal punto di vista tecnico, in cui le vie vengono considerate principalmente quali strumenti di determinazione del confine degli *agri occupatorii*<sup>68</sup>.

Sic. Flacc. *cond. agr.*, Th. 110.2-111.11 (=Lach. 145.26-147.11): *quaedam ergo viae aliquando fines transeunt possessionum. quarum tamen non omnium una eademque est condicio. nam sunt viae publicae [regales], quae publice muniuntur et auctorum nomina optinent. nam et curatores accipiunt, et per redemptores muniuntur, et in quarundam tutelam a possessoribus per tempora summa certa exigitur. uicinales autem viae, de publicis quae deuertuntur in agros, et saepe ipsae ad alteras publicas perueniunt, aliter muniuntur, per pagos, id est per magistrorum pagorum, qui operas a possessoribus ad eas tuendas exigere soliti sunt. aut, ut comperimus, uni cuique possessori per singulos agros certa spatia adsignantur, quae suis impensis tueantur. etiam titulos finitis spatiis positos habent, qui indicent cuius agri quis dominus quod spatium tueatur. ad omnes autem agros semper iter liberum est. nam aliquando*

---

inganno anche sulla priorità delle servitù rustiche rispetto a quelle urbane, posto che le prime sono trattate nel titolo terzo del libro ottavo mentre le seconde in quello precedente del medesimo libro.

<sup>66</sup> Su cui si veda *infra* Sic. Flacc. *cond. agr.*, Th. 116.6-116.18 (= Lach. 152.5-152.18).

<sup>67</sup> Dalle fonti gromatiche possiamo apprendere con precisione la suddivisione dei terreni ed il sistema della limitazione. In particolare, si veda Hyg. *gener. contron.*, Th. 133.10-134.14 (=Lach. 168.8-169.13): *Decimanus autem primus maximus appellatur, item kardio: nam latitudine ceteros praecedunt. alii limites sunt actuarii, adque alii linearii. actuarius limes est qui primus actus est, et ab eo quintus quisque; quem si numeres cum primo, erit sextus, quoniam quinque centurias sex limites cludunt. Reliqui medii limites linearii appellantur, in Italia subbrunicii. actuarii autem, extra maximos decimanum et kardinem, habent latitudinem ped. XII. per hos iter populo sicut per viam publicam debetur: id enim cautum est lege Sempronia et Cornelia et Iulia. quidam ex his latiores sunt quam ped. XII, velut hii qui sunt per viam publicam militarem acti: habent enim latitudinem viae publicae. linearii limites a quibusdam mensurae tantum determinandae causa sunt constituti, et si finitimi interueniunt, latitudinem secundum legem Mamiliam accipiunt. in Italia etiam itineri publico seruiunt sub appellatione subbrunctorum: habent latitudinem ped. VIII: hos conditores coloniarum fructus asportandi causa publicauerunt. nam et possessiones pro aestimio ubertatis angustiores sunt adsignatae: ideoque limites omnes non solum mensurae sed et publici itineris causa latitudines acceperunt.* Per quanto qui rileva, si noti come il passaggio fosse concesso attraverso i *limites actuarii* sicut per viam publicam.

<sup>68</sup> Cfr. Sic. Flacc. *cond. agr.*, Th. 102.16-102.17 (= Lach. 138.18-138.20): *Hi tamen finiuntur terminis et arboribus notatis et ante missis, et superciliis, et uepribus, et uiis, et riuis, et fossis.*



*deficientibus uicinalibus uis per agros alienos iter praestatur. quidam etiam conueniunt specialiter uti seruitutem prestant his agris ad quos necesse habent transmittere per suum. nam et his uerbis comprehenditur, ITA UT OPTIMVS MAXIMVSQVE EST. nam et aquarum ductus solent per alienos agros iure transmittere. itaque, ut diximus, uiae saepe necessario per alienos agros transeunt; quae non uniuerso populo itinera praestari uidentur, sed eis ad quorum opera, et eis ad quorum agros per eas uias peruenire necesse est. hae ergo de uicinalibus solent nasci. nam et communes uiae ex uicinalibus nascuntur; quae aliquando inter binos possessores in extremis finibus, pari utrimque modo sumpto, communique inpensa, iter praestant. priuatae itaque uiae ad finitiones agrorum non pertinent, sed ad itinera eis praestanda: quae sub exceptione nominari in emptionibus agrorum solent. ergo uiae publicae et uicinales et communes in finibus incidunt: non enim finium causa diriguntur, sed itinerum. ita tam fas est finem facere quam et transire uiam.*

La spiegazione del gromatico si inquadra nell'analisi delle *viae* che attraversano una proprietà, valicandone i confini: nel loro insieme si individuano, tuttavia, strade dalle condizioni giuridiche piuttosto diverse. Le prime elencate sono, quindi, le vie pubbliche, che sono realizzate con impiego di risorse pubbliche e che vengono denominate secondo i loro promotori<sup>69</sup>.

Le seconde, invece, sono dette *viae uicinales* e la loro funzione è quella di collegare tra loro le vie pubbliche ovvero di condurre dalle vie pubbliche fino ai campi. La loro manutenzione è affidata ai *pagi* tramite apposita magistratura istituita presso gli stessi ovvero ai proprietari dei campi finitimi viene assegnato un tratto di strada cui provvedere a proprie spese<sup>70</sup>.

Giunge, quindi, la parte più rilevante ai fini della presente ricerca, ovvero quella relativa all'ipotesi in cui le *viae uicinales* non siano sufficienti a consentire l'accesso a tutte le proprietà. Si deve pertanto supporre che fino a questo momento siano state descritte le diverse vie che erano frutto del sistema della *limitatio* romana: non si deve, infatti, tralasciare al riguardo che le categorie appena considerate presentano, seppur in diversa misura, una funzione di pubblico transito.

---

<sup>69</sup> Per un'analitica riflessione sulla distinzione tra vie pubbliche e private si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 1 ss.

<sup>70</sup> A. BURDESE, *Recensione a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, in *BIDR*, LXXX, 1977, 384 rileva come tale categoria di vie non necessariamente debba essere considerata privata, essendo possibile che il passaggio attraverso le stesse fosse concesso ad un numero limitato di persone e non a tutta la comunità.

Afferma, quindi, Flacco che il passaggio deve sempre essere garantito e pertanto, qualora manchino appunto le vie vicinali, è concesso l'*iter*. Si stipula, quindi, la costituzione del diritto di servitù a favore di chi ha la necessità di giungere al proprio fondo, poiché intercluso. Non si tralascia, inoltre, la servitù di acquedotto: anche i canali per le acque sono soliti, infatti, attraversare i campi altrui. Grazie a tali accorgimenti, i terreni interclusi possono assumere la qualifica di *optimi maximi*<sup>71</sup>.

Si è ben consapevoli che l'autore di tale passo si colloca a diversi secoli di distanza dal periodo ipotizzato per l'emersione delle servitù, tuttavia, la parte finale della

---

<sup>71</sup> Pare opportuno interrogarsi sull'esatta valenza dell'espressione *optimus maximus* impiegata da Flacco. Si possono rinvenire, invero, alcune fonti giuridiche in cui essa viene impiegata per indicare le proprietà fondiaria libere da ogni peso che potesse essere rappresentato da un diritto reale da altri vantato, fondi, quindi, il cui diritto dominicale era pieno e integro. Ci si riferisce in particolare a Paul. 5 *ad Sab.* D. 50.16.169: *Non tantum in traditionibus, sed et in emptioibus et stipulationibus et testamentis adiectio haec 'uti optimus maximusque est' hoc significat, ut liberum praestetur praedium, non ut etiam servitutes ei debeantur*. Ma anche a Venul. 16 *stipul.* D. 21.2.75: *Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt et vindicentur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant venditorem ob evictionem teneri non posse: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere: nisi ut optimus maximusque esset traditus fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum ...*. Nel caso di specie, tuttavia, tale interpretazione risulterebbe contraddittoria e priverebbe di significato il passo esaminato. Pare plausibile che tale qualifica non abbia solamente una valenza giuridica ma sia ricollegabile anche e primariamente ad una prospettiva pragmatica ed al pieno sfruttamento di questi fondi, possibile proprio grazie alla costituzione delle summenzionate servitù. Si deve ritenere, quindi, che Siculo Flacco impieghi tale qualifica impropriamente, per designare un fondo non tanto privo di pesi servili, quanto piuttosto non più giuridicamente intercluso, poiché dotato di una via d'accesso tutelabile *erga omnes*. In tal senso anche M.P. PAVESE, *Iter actus. Ricerche sulla viabilità privata nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2013, 94 s., che riconduce tale espressione appunto al fondo dominante, la cui limitazione fisica dell'interclusione era stata appunto compensata dalla costituzione dell'*iter*. Prima ancora B. BRUGI, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali I*, in *AG*, XXV, 1880, 356 ss., IDEM, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali II*, in *AG*, XXVII, 1881, 216 e IDEM, *L'opinione di Teofilo circa alla servitù di passo nel diritto romano*, in *AG*, XXIX, 1882, 525, in cui l'autore esamina la figura del passaggio necessario al fondo, elemento, secondo la sua ricostruzione, «presupposto», ordinariamente presente in ogni fondo e non coincidente con una servitù prediale. Il *ius praedi*, infatti, avrebbe potuto avere ad oggetto solo ciò che risultava meramente utile allo sfruttamento del fondo, con esclusione, perciò, del passaggio necessario. Egli, pertanto, riconduce alla qualifica esaminata la presenza nel fondo del passaggio necessario, di cui, tuttavia, esclude il carattere servile. Sull'origine romana della servitù coattiva di passaggio si è soffermato, in maniera determinante per l'affermazione di tale tesi, B. BIONDI, *Passo necessario*, in *Studi in onore di E. Besta*, I, Milano, 1939, 267 ss. Sulla questione ha avuto occasione di soffermarsi anche P.F. GIRARD, *L'auctoritas' et l'action 'auctoritatis'. Inventaire d'interpolations*, in *Mélanges de droit romain*, II, Paris 1923, 233, che a commento del succitato passo paolino, osserva: «des termes de la formule conduiraient plutôt à penser que le fonds présenté comme étant dans la meilleure condition possible devrait non pas seulement être libre de servitudes, mais jouir des servitudes nécessaires à son plein rendement ... ». L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 111, nt. 141, tuttavia, non accoglie tale ricostruzione sull'assunto che non pare verosimile che Siculo Flacco, a distanza di più di un secolo e mezzo da Quinto Mucio, potesse manifestare un'ignoranza talmente grave su un punto stabilizzatosi nella giurisprudenza e, conseguentemente, anche nell'ambito delle pratiche negoziali. Né parimenti sarebbe credibile che in Flacco rimanesse una reminiscenza di una prassi già ampiamente superata. Argomento che forse pare un po' estremo, posto che, come si è detto, l'errore del grammatoc non sembrerebbe così macroscopico. Il Capogrossi, inoltre, a sostegno della sua teoria cita anche una testimonianza epigrafica. *CIL* III, 945: ... *eam domus partem dimidiam, q(ua) d(e) a(gitur), cum su[is] s[ae]pibus sae/pimentis finibus aditibus claustris fienestris, ita uti/clao fixsa et optima maximaque est ...* Nel testo di questa *mancipatio* sono semplicemente elencati i vantaggi e le pertinenze con cui veniva ceduta la porzione di abitazione considerata. Non è, quindi, possibile trarre molto di più dall'iscrizione esaminata ed anzi il fatto che ne vengano indicate tutte le qualità concretamente esistenti forse deporrebbe più a favore di un contenuto positivo, che negativo, dell'espressione *optima maximaque*.

testimonianza citata può rappresentare un utile spunto di riflessione per tratteggiare un'ipotesi circa la genesi dei *iura itinerum*, che appunto paiono nascere sotto la spinta della necessità di raggiungere i fondi interclusi, come alternativa o correttivo ad una mancanza di viabilità pubblica o rurale. Ciò verrebbe confermato dall'assunto *itaque, ut diximus, uiae saepe necessario per alienos agros transeunt; quae non uniuerso populo itinera praestari uidentur, sed eis ad quorum opera, et eis ad quorum agros per eas uias peruenire necesse est*. Con esso l'autore ribadisce quanto appena spiegato, affermando che alcune vie spesso passano attraverso i campi altrui per pura necessità. Queste non sembra che consentano diritti di passaggio a chiunque o all'intera comunità, ma unicamente a coloro che hanno l'esigenza di attraversare la proprietà altrui al fine di raggiungere i propri campi o le proprie attività lavorative<sup>72</sup>. In tal modo, a mio avviso, Siculo Flacco non si riferisce a tutte le vie in generale e nemmeno ad una nuova categoria che andrebbe ad esporre nel prosieguo<sup>73</sup>, quanto piuttosto alle vie di cui aveva poco prima trattato (*uti diximus*), cioè quelle imposte tramite la concessione di una servitù su un fondo e che sono finalizzate ad integrare la viabilità vicinale.

Il passo, infatti, poi prosegue constatando come queste vie nascano dalle *vicinales* proprio come le *communes*, che - descrive il gromatico - talora garantiscono il passaggio tra due *possessores*<sup>74</sup> lungo i loro confini esterni, occupando in egual modo la proprietà di ciascuno di essi e con aggravio comune di spesa. Le vie private, quindi, non rispondono al fine di segnare i confini tra i campi, quanto piuttosto ad offrire l'accesso agli stessi: esse sole, quindi, vengono generalmente nominate negli atti di compravendita. Al contrario le

---

<sup>72</sup> Il riferimento alle *opera* non può essere ignorato, poiché pare proprio richiamare la nozione di servitù industriali di cui si dirà *infra*.

<sup>73</sup> Queste le interpretazioni datane dalla dottrina. Se L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 43 ss., specialmente 47 ss. pare ritenere che con la locuzione evidenziata si voglia enunciare una prima categoria di *viae communes*, così come A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del principato*, in *ANWR*, II.14, Berlin - New York, 1982, 875 e G. IMPALLOMINI, *In tema di strade vicinali*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 545, già in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, III, Milano, 1987, 269-297. *Contra* M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 90, che ritiene invece che l'autore si stia sempre riferendo alle vie su cui vengono costituite servitù prediali.

<sup>74</sup> Il termine *possessores* pone non pochi problemi, posto che verrebbe più logico ritenere che vantaggi ed oneri della viabilità, pubblica o privata, fossero attribuibili ai proprietari. Sicuramente si può credere che questi ultimi fossero ricompresi nella categoria appena menzionata. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 46, nt. 46 avanza l'ipotesi che il termine impiegato da Flacco sia volutamente vago poiché potevano esistere diverse prassi a seconda della località o del periodo presi in considerazione. Invero, si deve notare come anche nella parte precedente del passo e nel resto dell'opera ci si riferisca alla *possessio* per indicare con buona probabilità la proprietà, non pare potersi ipotizzare un errore terminologico dell'autore, che infatti dal punto di vista giuridico pare preparato sotto altri aspetti molto meno banali, quale per esempio la nozione di inerenza delle servitù prediali.

vie pubbliche, vicinali e comuni coincidono coi confini, pur non essendo state disegnate originariamente per stabilire i limiti, ma per garantire il passaggio. È così parimenti lecito che una via segni il confine o che lo attraversi.

Analizzando il passo, si nota che la prima distinzione che si pone in evidenza è la classica bipartizione tra vie pubbliche e private<sup>75</sup>. L'autore però la supera, collocando tra questi due poli le vie vicinali e quelle comuni, senza tuttavia specificare il rapporto esistente tra le diverse categorie. Se, quindi, le vie private hanno il solo scopo di assicurare l'ingresso ai fondi interclusi, le altre tre sono accomunate da una duplice funzione, poiché ne costituiscono anche il confine<sup>76</sup>.

Sul punto una particolare valenza è rappresentata dal verbo *incidere*, su cui pare opportuno soffermarsi brevemente. Tale lemma, da quanto apprendiamo dal *Thesaurus linguae latinae*<sup>77</sup>, è composto da *in* + *cado* e nella costruzione con *in* + ablativo si può tradurre come 'coincidere' nel senso di 'cadere sopra', 'sovrapporsi'<sup>78</sup>.

Esso viene menzionato anche proprio nei periodi che precedono ed introducono il passo esaminato.

Sic. Flacc. *cond. agr.*, Th. 109.19-110.2 (=Lach. 145.19-146.1): *Viae autem si finem faciunt, adtendendum erit quales viae et quomodo. nam et saepe incidunt in finibus, et saepe trans viam aliquas possessores particulas habent. quaedam ergo viae aliquando fines transeunt possessionum. quarum tamen non omnium una eademque est condicio.*

Al fine di una più lineare esposizione l'autore presenta l'argomento che intende trattare, ovvero la viabilità limitare. Egli rileva, quindi, come possa accadere sia che le vie *incidunt* sui confini, sia che i *possessores* abbiano al di là della via alcuni appezzamenti di terra. Se ne deduce che a volte le vie attraversano i confini delle proprietà fondiarie.

---

<sup>75</sup> Su cui L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 1 ss.

<sup>76</sup> M.F. CURSI, *Nota sull'interpretazione di un passo di Siculo Flacco*, in *BIDR*, XCI-XCII, 1989-1990, 641.

<sup>77</sup> *Thesaurus linguae latinae*, s.v. *incidere*, VII, 1, Leipzig, 1939, 905.

<sup>78</sup> In tal senso anche M.F. CURSI, *Nota*, cit., 641 ss. la quale osserva come questa particolare costruzione che si trova quale alternativa rispetto ad *in* + accusativo potrebbe indicare la permanenza della condizione della via che si è definitivamente sovrapposta al *finis*. Si noti tuttavia che in *Thesaurus linguae latinae*, s.v. *incidere*, VII, 1, Leipzig, 1939, 906 si può trovare un'applicazione del verbo *incidere ab. in* + *caedere* che ammette anche la costruzione con *in* + ablativo nel significato di *in aere vel in alia materia insculpere*

Peraltro, la duplice funzione delle vie tramite il verbo considerato viene ripresa anche in chiusura con un'apprezzabile circolarità espositiva che conclude l'analisi delle vie.

Tornando, invece, a Sic. Flacc. *cond. agr.*, Th. 111.2-111.11 (=Lach. 147.2-147.11), si nota come la riflessione finale contenuta tra *ergo-viam* possa destare qualche perplessità in quanto apparentemente contraddittoria. Pare logico dedurre che con l'espressione *non enim finium causa diriguntur, sed itinerum* l'autore volesse intendere che le vie appena menzionate, pubbliche, vicinali e comuni, non siano sorte con la funzione primaria di tracciare i confini, quanto piuttosto di fornire una rete di viabilità per i fondi e successivamente appunto assunsero questa duplice funzione<sup>79</sup>. Si conclude poi ribadendo l'eventualità che le vie sia segnino il confine sia lo attraversino.

Ciò che pare di più difficile interpretazione in questo passo che, complessivamente, risulta lineare è il rapporto intercorrente tra vie private e vie comuni. È stata al riguardo avanzata dal Pavese un'ipotesi verosimile, secondo cui le comuni costituirebbero un sottoinsieme delle vie private e che la maggior differenza tra le due si possa individuare nella collocazione del tratto stradale soggetto a servitù: nelle vie comuni, infatti, questo si situerebbe lungo il confine, al contrario nelle vie private il *locus servitutis* potrebbe anche attraversare il campo<sup>80</sup>. Parimenti, non è trascurabile quanto osserva su tale frammento il Capogrossi Colognesi<sup>81</sup>, il quale evidenzia la possibilità di una visuale diacronica in cui la costituzione dei percorsi comuni sarebbe precedente a quella dei *iura itinerum*.

Mi pare, tuttavia, che la prospettiva più corretta dal punto di vista metodologico sia quella assunta dal Palma, il quale evidenzia come i gromatici seguissero diversi criteri classificatori rispetto a quelli dei giuristi. L'approccio pragmatico prevale, infatti, su quello giuridico-formale e si può, quindi, evidenziare un'elencazione di vie ordinate a seconda dell'esclusiva o prevalente utilizzazione collettiva. Si noti, inoltre, che le trattazioni gromatiche, così come si vedrà anche nel successivo frammento, paiono assolvere ad uno scopo eminentemente descrittivo più che dogmatico-definitorio<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. M.F. CURSI, *Nota*, cit., 643 s.

<sup>80</sup> Sul punto A. PALMA, *Le strade*, cit., 875 osserva come nel sistema delineato dal gromatico la categoria delle vie private avesse in un certo senso una portata marginale, in quanto lo stesso intendeva concentrarsi maggiormente su quelle vie che potessero anche coincidere con i confini dei campi, funzione principalmente svolta dalle vie pubbliche, vicinali e comuni, come illustra egli stesso.

<sup>81</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Servitù di passaggio e organizzazione del territorio romano nella media e tarda età repubblicana*, in *Misurare la terra: centuriazione e coloni nel mondo romano*, Modena, 2003, 29.

<sup>82</sup> A. PALMA, *Le strade*, cit., 877.

È interessante, tuttavia, notare come la terminologia impiegata sia molto simile a quella che si riscontra nel Digesto in riferimento alla costituzione delle servitù. Le espressioni *servitutem praestare/iter praestare*, infatti, sono riportate anche da numerosi passi dell'opera giustiniana e si ritiene che siano tratte dal formulario negoziale<sup>83</sup>. Similmente, la conoscenza del contesto giuridico è dimostrata anche dalla consapevolezza palesata in merito all'inerenza, carattere proprio dei *iura praediorum* (*servitutem praestent his agris*)<sup>84</sup>.

La condizione delle campagne e della viabilità interpodereale è delineata ancora più efficacemente in un'altra testimonianza del medesimo autore.

Sic. Flacc. *cond. agr.*, Th. 116.6-116.18 (=Lach. 152.5-152.17): *Praeterea et in multis regionibus comperimus quosdam possessores non continuas habere terras, sed particulas quasdam in diuersis locis, interuenientibus complurium possessionibus; propter quod etiam complures uicinales uiae sint, ut unus quisque possit ad particulas suas [10] iure peruenire. sed et de uiarum condicionibus locuti sumus. quorundam agri seruitutem possessoribus ad particulas suas eundi redeundique praestant. quorundam etiam uicinorum aliquas siluas quasi publicas, immo proprias quasi uicinorum, esse comperimus, nec quemquam in eis [15] cedendi pascendique ius habere nisi uicinos quorum sint; ad quas itinera saepe, ut supra diximus, per alienos agros dantur.*

Da tale frammento si può primariamente cogliere la condizione di frammentazione podereale che presumibilmente condusse all'emersione delle servitù di passaggio. Si descrive, infatti, la situazione di coloro che non hanno tutti i campi attigui tra loro, bensì appezzamenti ubicati in diverse zone della medesima regione, poiché separati dai fondi altrui. A tale scopo venivano tracciate le vie *vicinales* già descritte, affinché tali soggetti potessero giungere legittimamente ai loro campi, in tal modo frazionati. Inoltre, i campi di alcuni potevano essere gravati da servitù, sempre al fine di garantire ai suddetti proprietari l'accesso ed il ritorno dai loro appezzamenti. L'autore afferma, infine, di aver anche potuto riscontrare l'esistenza di un diritto di accesso attraverso fondi altrui a dei

---

<sup>83</sup> In tal senso anche M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 94, il quale riporta un lungo elenco di passi in cui si può riscontrare l'impiego di tali espressioni: Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.6.1.1, Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.6.1.4, Marcell. 4 *dig.* D. 8.2.10, Paul. 48 *ad ed.* D. 8.2.31, Pap. 2 *resp.* D. 8.3.4, Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.3.20 pr., Ulp. 28 *ad Sab.* D. 8.6.4.3a, Iavol. 10 *ex Cass.* D. 8.6.14.1, Paul. 23 *ad ed.* D. 10.2.25.9, Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.12 pr., Pomp. 31 *ad Q. Mucium* D. 18.1.66 pr., Venul. 16 *stip.* D. 21.2.75, Gai 18 *ad ed. prov.* D. 30.7.1, Paul. 3 *ad Sab.* D. 33.2.1, Marcell. 13 *dig.* D. 33.2.15.1, Pap. 7 *resp.* D. 33.3.6.

<sup>84</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 94.

boschi che venivano considerati quasi pubblici, o meglio, quasi in comproprietà tra più vicini, che appunto vi esercitano il diritto di tagliar legna e condurvi gli armenti al pascolo.

Anche in questa ipotesi dunque si evidenzia come la costituzione delle servitù prediali di passaggio fosse finalizzata a sopperire alla mancanza di accesso a determinati fondi. Ciò che più rileva ai nostri fini, tuttavia, è l'esplicito richiamo alla *servitus itineris*, nonché al *cedendi pascendique ius*<sup>85</sup>. Quest'ultimo in particolare ha dei notevoli profili di interesse, poiché pare profilarsi nella configurazione di diritto reale, di cui ne presenta diversi elementi: è pur vero che si fa riferimento ad un diritto vantato da persone fisiche, tuttavia queste sono individuate in ragione della titolarità dei fondi vicini alle *silvae quasi publicae*. Il *cedendi pascendique ius* è, quindi, costituito a favore di tali fondi e non è esercitabile da soggetti diversi da quelli suindicati: questa specificazione pare riferirsi pertanto alla nozione di inerenza, carattere proprio delle servitù prediali, insieme a quello della *vicinitas*. Si noti, inoltre, che l'espressione *immo proprias quasi vicinorum* pare riconducibile più ad una condizione opponibile *erga omnes*, simile a quella dominicale, che ad una situazione obbligatoria.

Nondimeno, dalla trattazione generica qui delineata non pare possibile stabilire se l'autore faccia riferimento a terreni pubblici o ad una delle rare ipotesi di costituzione di un *ager compascuus* privato<sup>86</sup>. Né è facile stabilire se si trattasse di *silvae* acquistate dai *vicini*

---

<sup>85</sup> Tale riferimento, quindi, non è solo alle *silvae* ma anche ai *compascua* ed apre una tematica che non è ora possibile affrontare. Sull'*ager compascuus* con specifico riferimento a tale frammento si veda G. IMPALLOMENE, *Il diritto di compascuolo di cui a D. 8,5,20,1 di Scevola*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, V, Milano, 1984, 399 ss., 407 ss. (da cui le successive citazioni), ora in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996 e A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, 126 ss., che negano espressamente la qualificazione di tale diritto in termini di servitù. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Persistenza e innovazione nelle strutture territoriali dell'Italia romana*, Napoli, 2002, 31 ss., che si interroga sulla natura privatistica o pubblicistica di questo compascuo. Sui *compascua* anche U. LAFFI, *L'ager compascuus*, in *REA*, C, 1998, ora in *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001. Per la qualificazione del fenomeno esaminato in termini di comproprietà destinata si legga M.F. MEROTTO, *'Ager compascuus': un esempio di vincolo di destinazione di interesse pubblico*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016.

<sup>86</sup> Anche se si stesse trattando di tale sporadica ipotesi - in tal senso G. IMPALLOMENE, *Il diritto*, cit., 395 osserva: «Le fonti giuridiche romane scarseggiano in tema di servitù di pascolo, tuttavia conosciute ed elencate tra le rustiche. In Italia la loro frequenza doveva essere limitata, essendone la funzione verosimilmente assolta in maniera cospicua dai compascoli ammessi nelle aree pubbliche, ivi comprese quelle appartenenti a colonie e municipi» - si deve comunque rilevare in relazione al *ius compascendi* che «Anche per tali pubblici compascoli manca la teorizzazione dottrinale, e il motivo è facilmente intuibile: nonostante l'ovvia importanza economica essi dovevano essere variamente disciplinati da normative territoriale, e come tali lontani dagli interessi della grande giurisprudenza». Quanto all'unica testimonianza di *compascuus* privato si veda Scaev. 4 *dig.* D. 8.5.20.1. Sebbene tale fonte testimoni l'esistenza di un diritto molto simile ad una servitù prediale, anche dal punto di vista strutturale, due sono le argomentazioni più convincenti che portano la succitata dottrina dominante a negare tale qualificazione (G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 124 ss., G. IMPALLOMENE, *Il diritto*, cit., 399 ss., A. BURDESE, *Studi*, 126 ss., M.F. MEROTTO, *Ager compascuus*, cit., 210 ss.). Primariamente, si rileva come Scevola non avrebbe potuto considerare l'ipotesi della cessione del fondo privo del *ius compascendi*, qualora fosse stato

medesimi o se fossero in proprietà di un terzo. Nonostante ciò, pare rimarchevole la tendenza, presente nella prassi ed efficacemente rilevata dalle opere dei gromatici, a costituire sempre nuove figure reali.

Infine, la quadripartizione descritta da Siculo Flacco viene confermata anche da quanto ci è testimoniato da un altro agrimensore, suo predecessore, Igino, attivo tra il I ed il II secolo d.C.

Hyg. *gen. controv.*, Th. 91.5-91.8 (= Lach. 128.5-128.8): *Nam si fossa erit finalis, uidendum utrum unius aut utrius[que sit] partis, et si in extremo sine facta; itemque <uia> utrum publica aut vicinalis aut duum communis aut priuata alterius.*

Al termine di questo frammento, infatti, possiamo leggere la medesima suddivisione del sistema viario presentata da Siculo Flacco: le vie, pertanto, potevano essere pubbliche, vicinali, comuni a due soggetti o private *alterius*. Quest'ultimo concetto dell'alterità sarà presente, peraltro, anche in Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.23, come si vedrà *infra*. Anche in tale contesto pertanto le vie vicinali sono distinte da quelle pubbliche e costituiscono un insieme separato.

Pare, quindi, opportuno soffermarsi brevemente sulla categoria delle vie comuni, che, pur considerata dalle succitate fonti, si era lasciata in disparte: essa è attestata anche dalle risultanze epigrafiche e, specialmente, da *CIL V*, 2548<sup>87</sup>. Come si è più volte ribadito, nella figura delle *viae duum communes*, alcuni autori hanno visto il più prossimo antecedente

---

certo della sua collocazione nell'ambito dei *iura in re aliena*. Secondariamente, si noti che il fondo servente, caso in esame, era stato acquistato dai vicini e si trovava, quindi, in comproprietà tra gli stessi: ciò comporterebbe per questi ultimi la costituzione di una servitù su un fondo che è anche proprio, in aperta violazione del principio *nemini res sua seruit*, di cui si trova testimonianza nelle fonti in Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.2.26., ma anche in Iul. 2 *ex Min.* D. 8.3.31; Afric. 9 *quaest.* D. 8.3.33.1; Ulp. 10 *ad Sab.* D. 8.4.10; Paul. 15 *ad Plant.* D. 39.3.17.3. In tal senso anche M.F. MEROTTO, *Ager compascuus*, cit., 211. Tale soluzione pare condivisibile, tuttavia si deve osservare come esistano altre testimonianze da cui risultano deroghe a tale principio, che forse non era avvertito in maniera tanto stringente dai *prudentes*. Faccio riferimento a Marcell. 13 *dig.* D. 33.2.15.1, in cui il giurista si interroga sull'implicita concessione di una servitù di passaggio a favore del legatario usufruttuario di un fondo intercluso. Tale discrepanza sarebbe risolta dalla lettura che ne offre S. RANDAZZO, 'Servitus iure imposita'. *Destinazione del padre di famiglia e costituzione 'ipso iure' della servitù*, in *Rivista di diritto romano*, II, 2002, 293 la cui interpretazione, pur essendo indubbiamente la più corretta dal punto di vista dogmatico, non pare così inequivocabilmente supportata dal frammento. Sull'origine del *compascuus*, inoltre, si sofferma anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Persistenza*, 38 s., evidenziandone il carattere consuetudinario e riflettendo sulla scarsa compatibilità di tale figura con il territorio centuriato, dovuta alla rottura del reticolo ortogonale che il *compascuus* inevitabilmente provocava. Tale area irregolare e disordinata rispetto all'ambiente circostante testimonia la sua affermazione riconducibile primariamente ad una questione morfologica del territorio.

<sup>87</sup> *CIL IX*, 2827 tratta, invece, dell'*iter commune*. Cfr. A. BURDESE, *Recensione* a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., 385.



della *servitus viae*, posto che, secondo la teoria ormai generalmente accolta, le prime servitù di passaggio presentavano una struttura comproprietaria<sup>88</sup>. I due autorevoli romanisti hanno ipotizzato che il passaggio dalla via *privata* di cui godeva esclusivamente il proprietario alla conformazione di *ius in re aliena* fosse stato mediato dalla figura delle *viae communes*<sup>89</sup>. In particolare, si è riflettuto sulle procedure di *adsignationes* avvenute tra il IV ed il II secolo a.C.: esse comportavano l'attribuzione di appezzamenti di terreno dalle dimensioni assai modeste e, conseguentemente l'assegnazione di un alto numero di fondi a proprietari distinti. È, pertanto, difficile immaginare che la viabilità pubblica, sia nella sua forma consolare che in quella vicinale, potesse giungere ad ogni singolo appezzamento<sup>90</sup>, ma anche se questo si volesse ammettere, come fece il Brugi<sup>91</sup>, è sempre possibile che le transazioni commerciali avessero determinato l'accorpamento ovvero il frazionamento delle unità fondiari originarie, causando anche trasformazioni della viabilità rurale. È, quindi, probabile che i proprietari dei fondi confinanti abbiano deciso di far correre lungo il confine dei passaggi comuni, che supplissero a tale esigenza. Su queste premesse quindi si sostiene che prima della fine del III secolo a.C., epoca in cui si colloca la nascita delle servitù di passaggio nella forma di *iura in re aliena*, le esigenze di transito dovute alla *centuriatio*, comunque esistenti, dovessero essere soddisfatte dalle *viae duum communes*, che invece successivamente e gradatamente persero importanza.

---

<sup>88</sup> Cfr. GROSSO, *La genesi delle servitù*, cit., 105 ss.; IDEM, *Le servitù prediali*, cit., 22 ss. Ne tratta ampiamente anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 51 ss., il quale, nel tentativo di spiegare la totale assenza di questa categoria nelle fonti giuridiche, ipotizza che essa sia dovuta alla concezione che ne avevano i giuristi quale oggetto di condominio ovvero di un complesso sistema di servitù di passaggio corrispettive.

<sup>89</sup> Cfr. G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 23 che, invero, si riferisce alle *viae vicinales* e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 250. Specificamente tale teoria si basa, oltre che sul carattere comproprietario di queste vie, sul rilievo dell'uso del plurale nel predicato *muniunto* che ci è pervenuto quale dettato decemvirale da Fest. s.v. *viae* (Lindsay 508). L'uso del plurale, infatti, dovrebbe suggerire che l'onere di munire la via fosse posto a carico di una pluralità di soggetti. Pare questa un'argomentazione forse un po' troppo debole per confermare la derivazione delle servitù dalle vie comuni.

<sup>90</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 85 s. Come rilevato da M.F. CURSI, *Nota*, cit., 651, la lettura delle fonti gramatiche attraverso le classificazioni giuridiche attinenti alle vie romane può risultare forviante, così come cercare di ricondurre le vie comuni alla macrocategoria delle private.

<sup>91</sup> Cfr. soprattutto B. BRUGI, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali I*, cit., 321 ss. Invero, l'esistenza stessa delle *viae communes* mi pare possa smentire la tesi, dall'autore fermamente sostenuta, secondo la quale il sistema limitare romano garantisse, sempre e per ogni fondo, il passo necessario. Questo è altamente probabile, se non certo, per la fase immediatamente successiva all'opera di *limitatio*, quando ancora non erano avvenute cessioni di fondi, accorpamenti, suddivisioni o altri interventi similari; ma pare verosimile che, a distanza di qualche decina d'anni, la situazione delle vie minori fosse sensibilmente mutata a seguito dell'ingerenza dell'autonomia privata.

Addirittura, si ipotizza che le stesse possano avere avuto un ruolo fondamentale nell'antico territorio romano, quando ancora non era impiegata la tecnica della *limitatio*<sup>92</sup>.

Tale ricostruzione sarebbe poi confermata dal regime delle conduzioni d'acqua. Nelle fonti è rinvenibile, infatti, anche la menzione del *rivus communis*, un'ulteriore espressione ambigua che non consente di precisare se si trattasse di una forma di condominio ovvero se insistessero sul medesimo corso d'acqua più servitù rustiche a favore di diversi proprietari. Ne abbiamo una prima testimonianza nel seguente passo, che almeno nella sua parte iniziale, viene ritenuto genuino<sup>93</sup>.

Paul. Sent. 5.6.9: *Si inter vicinos ex communi rivo aqua ducatur, induci prius debet et his vicibus, quibus a singulis duci consuevit, ducenti (autem) vis fieri prohibetur.*

In particolare, la comune conduzione dell'acqua lungo il rivo viene riportata anche da Proculo, che tuttavia ne evidenzia una concezione molto più elaborata e raffinata rispetto alla semplice configurazione comproprietaria.

Proc. 1 ep. D. 8.6.16: *Aquam, quae oriebatur in fundo vicini, plures per eundem rivum iure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum eumque communem, deinde ut quisque inferior erat, suo quisque proprio rivo, et unus statuto tempore, quo servitus amittitur, non duxit. Existimo eum ius ducendae aquae amisisse nec per ceteros qui duxerunt eius ius usurpatum esse: proprium enim cuiusque eorum ius fuit neque per alium usurpari potuit. Quod si plurium fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset. Item si quis eorum, quibus aquae ductus servitus debebatur et per eundem rivum aquam ducebant, ius aquae ducendae non ducendo eam amisit, nihil iuris eo nomine ceteris, qui rivo utebantur, adcrevit idque commodum eius est, per cuius fundum id iter aquae, quod non utendo pro parte unius amissum est: libertate enim huius partis servitutis fruatur.*

---

<sup>92</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 90 ss. si rifa primariamente alle teorie di G.I. LUZZATTO, *In tema di 'limitatio'*, in *Mèlanges Meylan*, I, Lausanne, 1963, 230 ss., il quale pone in luce la totale assenza di testimonianze sulla *limitatio* nel più antico territorio romano.

<sup>93</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 92, nt. 112.

Come si evince dal brano<sup>94</sup>, l'autore riflette sull'estinzione per *non usus* della servitù di acquedotto esercitata su un canale comune. Il ragionamento palesa un elevato grado di raffinatezza del pensiero giuridico e, conseguentemente, il totale superamento della concezione materialistica dell'*aquae ductus*. Per l'autore, infatti, i singoli diritti servili erano distinti ed autonomi gli uni dagli altri ed egli, pertanto, non manca di sottolineare la diversità tra la situazione prospettata e quella della medesima servitù costituita a favore di un fondo in regime comproprietario. Tale comparazione, tuttavia, non deve essere sottovalutata poiché potrebbe indicare il superamento di una preesistente concezione comproprietaria. 'Una sopravvivenza di schemi arcaici'<sup>95</sup>, quindi, potrebbe riconoscersi nel *rivus communis*, il cui attributo, tuttavia, rivela ora una diversa portata semantica: esso, infatti, non è più riferibile alla comproprietà del rivo tra il titolare del fondo servente e quelli dei fondi dominanti, quanto piuttosto alla contitolarità della servitù tra questi ultimi. Addirittura, considerata la peculiare struttura della servitù in esame, è stato ipotizzato che Proculo cercasse, forse inconsapevolmente, di nascondere dietro l'aggettivo considerato un certo impaccio teorico nel descrivere una fattispecie in cui, secondo un serrato ragionamento dogmatico, vi sarebbero dovuti essere anche tanti altri diritti di acquedotto tra i fondi dominanti finitimi a quello servente, o comunque intermedi, e quelli invece più lontani, servitù di cui l'autore pare non avvedersi. Nondimeno, il passo risulta rilevante per la traccia, che può cogliersi, di uno schema giuridico molto simile a quello delle *viae duum communes*.

Tuttavia, pur convinti della validità delle osservazioni suesposte, non si può fare a meno di rilevare che le vie comuni a due soggetti, così come il rivo comune, se si accoglie la teoria appena esaminata, presentino un palese elemento di diversità rispetto all'originaria configurazione comproprietaria delle servitù, che, ad opinione di chi scrive, li rende difficilmente accostabili dal punto di vista genetico. Se, infatti, nelle vie comuni,

---

<sup>94</sup> Nel frammento, infatti, si descrive la condizione peculiare di una condotta comune che consente la presa d'acqua dal fondo in cui essa sgorga fino a più fondi vicini, ciascuno dei quali gode della servitù d'acquedotto. L'acqua, pertanto, scorre per un primo tratto nella conduzione principale, che si suppone corra lungo il confine, e successivamente si immette nelle condotte secondarie, ciascuna collocata in un fondo diverso e quindi in proprietà esclusiva di ogni vicino. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 93, nt. 112 quindi suggerisce che si dovesse costituire anche una servitù di acquedotto tra i fondi dominanti finitimi a quello servente, o comunque intermedi, e quelli invece più lontani, che altrimenti non avrebbero avuto garanzia di conduzione dell'acqua nei giorni a loro dedicati. Tuttavia, come ammette lo stesso autore, non vi è traccia di una simile problematizzazione nel pensiero del giurista.

<sup>95</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 93, nt. 112.

come rilevato da Siculo Flacco, entrambi i vicini destinavano alla costituzione della via una parte del loro fondo, che si suppone coincidesse con una striscia del terreno di confine della larghezza pari alla metà della via che si voleva costruire, nell'originaria *via privata* la comproprietà viene a costituirsi su una *portio fundi* in proprietà di uno solo di essi; a ciò si aggiunga che non necessariamente la stessa doveva correre lungo il confine. Il sacrificio di destinazione della sede stradale pertanto non è equamente spartito ma ricade su uno solo proprietario: non vi è una comune rinuncia ad una banda del proprio campo ma uno dei due vicini acconsente a cedere parte delle proprie facoltà proprietarie all'altro, presumibilmente dietro un giusto corrispettivo.

In un primo caso l'esigenza di passaggio era comune ed il fine della reciproca rinuncia era certamente quello di poter *ambulare*, ma, posto che nessuno dei due campi era attraversato dalla via, si può ritenere che lo scopo principale fosse quello di sacrificare la minor estensione possibile di terreno coltivabile al fine di costruire una via sufficientemente larga per far passare il carro od il bestiame, in una strategica sinergia di costi, privazioni di *ager* e sforzi di *refectio*, che sicuramente risultava più conveniente del tracciamento di due vie attigue in due fondi diversi.

Nell'altra ipotesi, invece, l'urgenza di passaggio o, successivamente, la mera convenienza dello stesso era individuabile in capo ad una sola delle parti, che invero necessitava di attraversare il fondo del vicino per raggiungere il sistema viario pubblico o rurale ed il sacrificio pertanto era posto unicamente a carico del titolare del fondo attraversato, da cui l'idea di una sua soggezione e della distinzione tra fondo dominante e servente.

Le due fattispecie erano, quindi, ontologicamente diverse e pare difficile che nella prassi arcaica una abbia potuto precedere l'altra, bensì è più probabile che si siano sviluppate parallelamente e che l'origine della *servitus viae* non possa ricercarsi e ricondursi oltre alla costituzione di un diritto a carattere comproprietario sul sentiero collocato sul fondo altrui.

##### 5. Le 'viae' nelle speculazioni giurisprudenziali.

Si è preferito premettere tali classificazioni di carattere pratico a quelle elaborate dai giuristi, poiché si ritiene che le prime possano offrire una rappresentazione più fedele del complesso sistema viario romano. Le fonti giuridiche, infatti, testimoniano una dicotomia

tra la qualificazione pubblica o privata delle vie, che, proponendo una prospettiva limitata e sensibilmente orientata della viabilità dell'antica Roma, tralascia forse aspetti fondamentali ai fini della presente ricerca.

Il primo imprescindibile riferimento è costituito dalla legislazione decemvirale che si occupò di disciplinare la *latitudo* e la *munitio* delle *viae privatae*. Il dettato del codice duodecemtabulare è oggi ricostruibile grazie a due testimonianze letterarie, che di seguito si riportano.

Fest. s.v. *viae* (Lindsay 508): *Et ita privatae (viae) VIII pedes in latitudine iure et lege (...) lex iubet XVI <in anfracto fle->xunque pedes esse vias ut qui vias muniunt: †onisam† dilapidassunt, qua volet, iumento ageto.*

Dopo aver menzionato la suddivisione della viabilità in pubblica e privata, Festo ci tramanda le misure legislativamente stabilite per la *via privata*, la quale doveva estendersi per otto piedi nel rettilineo e la cui larghezza raddoppiava in curva. Si suppone, pertanto, che in tale contesto *agere iumentum* si riferisse alla facoltà di condurre lungo la via un animale aggiogato ad un carro<sup>96</sup>, questo era infatti il significato attribuito a tale espressione da Gellio<sup>97</sup>. Parimenti, la diversa larghezza della sede stradale a seconda che ci si trovasse nel rettilineo o nella curva pare giustificabile solo con la necessità di consentire al carro la manovra di svolta<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Contro tale interpretazione si è espresso A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 150 s., il quale primariamente esclude che il precetto decemvirale possa riferirsi alla *servitus viae* ovvero al suo antecedente comproprietario, posto che la determinazione legale di una *latitudo* tradirebbe un interesse pubblicistico difficilmente conciliabile con il carattere privatistico delle servitù prediali. Secondariamente, egli sostiene, sulla base del solo dato empirico, che la disposizione intendesse dettare la larghezza di otto piedi per «tratti aperti, estesi e pianeggianti» ovvero quella di sedici piedi per tratti nei quali il terreno presentava un andamento irregolare ed a causa della differenza altimetrica non consentiva una buona visuale. Una simile interpretazione, tuttavia, non convince, poiché pare puramente congetturale. A ciò si aggiunga che non si capisce come possa giovare una strada più ampia quando il problema è la pendenza della carreggiata. Peraltro, una simile interpretazione pare smentita anche dai Basilici tomo V, liber LVIII, tit. III, l. 8, in cui l'espressione *in flexum* è tradotta con εἰς κάμψιν.

<sup>97</sup> Gell. 20.1.28: *Iumentum quoque non id solum significat, quod nunc dicitur; sed vectabulum etiam, quod a iunctis pecoribus traherentur, veteres nostri 'iumentum' a 'iugendo' dixerunt.* Sul lemma *vectabulum* cfr. P.K. MARSHALL, *Four Lexicographical Notes on Gellius*, in *Mnemosyne*, XV, 1962, 272-274, che nega l'esistenza di tale vocabolo, correggendolo in *vectaculum*, come dalle testimonianze di Tert. *anim.* 53.3 e Tert. *bapt.* 3.

<sup>98</sup> M.F. CURSI, *L'autonomia*, cit., 803. Si veda inoltre Paul.-Fest. s.v. *delapidata* (Lindsay 64): *lapide strata.* Sul punto una simile testimonianza ci è tramandata anche da Frontin. *controv.*, Lach. 12.12-12.15: *De fine enim lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem praescribit, quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedens occupat vel circumactus aratri.* In essa l'autore avanza la medesima supposizione sullo scopo della determinazione legislativa della *latitudo*.

La seconda fonte è, invece, ciceroniana<sup>99</sup>:

Cic. *Caec.* 19.54<sup>100</sup>: ... *si via sit immunita, iubet qua velit agere iumentum.*

E ancora gli stessi precetti si leggono anche nei seguenti passi:

Gai 7 *ad ed. prov.* D. 8.3.8: *Viae latitudo ex lege duodecim tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est ubi flexum est, sedecim.*

Varro *l.l.* 7.15: *anfractum est flexum, ab origine duplici dictum, ab 'ambitu' et 'frangendo'; ab eo leges iubent in directo pedum VIII esse, in anfracto XVI, id est in flexu.*

La disposizione decemvirale viene, quindi, ricostruita come segue<sup>101</sup>.

XII Tab. VII.7: *viam muniunto: ni sam (eam) dilapidassint, qua volet iumento agito.*

Apprendiamo, perciò, che la via privata deve essere *munita* ovvero lastricata di pietrame, verosimilmente su modello di quella pubblica<sup>102</sup>. Tale precetto si impone con piena effettività dal momento che si prevede che, in ipotesi di sua violazione da parte del proprietario del fondo servente<sup>103</sup>, il proprietario del fondo dominante avrebbe potuto

---

<sup>99</sup> Il precetto decemvirale viene tramandato da Fest. s.v. *viae* (Lindsay 508), che si preoccupa di riportarne la lettera, mentre Cic. *Caec.* 19.54 si limita a riferirne la sostanza, con grande vantaggio della dottrina moderna, permettendo, infatti, di coglierne a pieno il senso della disposizione: nell'ipotesi in cui la via non venisse materialmente individuata attraverso il pietrame, il titolare del fondo avvantaggiato avrebbe potuto condurre il bestiame, passando per dove preferiva. Norma mantenutasi anche in epoca classica, come si può leggere in molti passi. Per citarne solamente uno, Cel. 5 *dig.* D. 8.1.9: *Si cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequae commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet: sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est.*

<sup>100</sup> Sulla riferibilità di tale frammento alle servitù prediali dubitava fortemente B. BRUGI, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali II*, cit., 257, preferendo leggerci un richiamo al «sistema politico-giuridico di divisione dei terreni».

<sup>101</sup> FIRA, I, 50.

<sup>102</sup> M.F. CURSI, 'Modus servitutis', cit., 54 e M.F. CURSI, *I rapporti di vicinato*, in *XII Tabulae*, a cura di M.F. Cursi, I, Napoli, 2018, 426, cui si rimanda anche per l'ulteriore bibliografia.

<sup>103</sup> La lezione di TH. MOMMSEN, *Festi codicis quaternio decimus sextus*, in *Gesammelte Schriften*, VII, Berlin, 1909, 278 s. per †*onisan†* è infatti *ni sam (eam)*. Non convince invece la soluzione *suam* proposta da A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 143 s. Peraltra, l'inammissibilità di una simile ingerenza legislativa nella sfera privata di quest'ultimo, lamentata dall'autore, pare smentita dalla circostanza che nelle XII Tavole vi siano altri precetti di tale specie,

attraversare il campo altrui dovunque volesse, conducendo ovviamente l'animale o, più probabilmente, il bue aggiogato al carro dove gli fosse più comodo<sup>104</sup>. Il quadro che ne emerge è, quindi, quello di una norma precettiva che poneva in capo al titolare del fondo servente l'obbligo di lastricare la sede stradale su cui era stata costituita la servitù, obbligo appunto sanzionabile tramite la facoltà del titolare del fondo dominante di non passare più in aderenza ai confini dell'altrui ovvero lungo il percorso tracciato dall'altro soggetto, in modo tale da recargli il minor disturbo possibile, ma di attraversare il fondo dove più lo accomodava, con evidente svantaggio per il suo proprietario. Tale precetto prevedeva, quindi, un eventuale aggravio, che in ipotesi di inosservanza della norma decemvirale, doveva costituire una sorta di coazione indiretta a *munire* la via<sup>105</sup>.

Pare opportuno interrogarsi su quale fosse all'epoca del codice duodecimtabulare la concezione della *via*. Una prima analisi porterebbe a ritenere che in epoca così risalente la *servitus viae* non esistesse e che la via non fosse ancora concepita quale diritto su cosa altrui: non è, infatti, trascurabile il riferimento al dato materiale e pertanto alla nozione di *via* più immediata ed elementare, ovvero quella di sede stradale, rinvenibile non solo nella determinazione delle larghezze minime, ma anche nell'onere di *munire*. Tutte le considerazioni sinora svolte pertanto devono e possono riferirsi ad una striscia di terra in regime di coappartenenza. Nonostante ciò, la testimonianza festina può dirsi tanto più preziosa, poiché tramanda l'inizio di un lunghissimo processo che si concluderà con l'emersione della figura del *ius in re aliena* e che già in essa si può avvertire. Specificamente, si profila nella possibilità di passare ovunque nel fondo servente l'idea che la *via* non sia solo ricollegabile ad un dato fisico e corporeo ma anche nella facoltà di passaggio che sulla stessa è concessa, in una prospettiva funzionale che annuncia già il superamento della prima struttura comproprietaria<sup>106</sup>. La via, infatti, si sta lentamente staccando dalla

---

quali XII Tab. III.1-5, XII Tab. IV.2a e b, XII Tab. VI.5, che appunto, come osservato anche da M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 62, nt. 116, pongono prescrizioni in ambito civilistico.

<sup>104</sup> In tal senso B. ALBANESE, *Su alcuni frammenti di Gaio 'ad legem XII Tabularum'*, in *Labeo*, XLIV, 1998, 177-193 (ora in *Scritti giuridici*, III, Torino, 2006, 569) e M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 426, nt. 9, conformemente a quanto testimoniato da Gell. 20.1.28. Si noti, inoltre, come la lezione *iumento ageto* riportata da Festo rappresenti un *unicum* nella letteratura latina, che non ha ancora trovato riscontro o spiegazione alcuna. Per tale ragione spesso gli autori (M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 426, nt. 10) preferiscono la diversa lezione *iumenta agito*.

<sup>105</sup> Al riguardo non si spiegano i dubbi avanzati da M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 60 s., come rilevato anche da F. ZUCCOTTI, *Vivagni IV. Ancora sul «modus servitutis»*, in *Rivista di diritto romano*, IV, 2004, 8 s. Ne si giustifica l'ingerenza del legislatore che l'autrice vede nella disciplina decemvirale con riferimento alla collocazione della via.

<sup>106</sup> M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 68 s.

nozione di sede stradale per indicare anche quella di diritto o facoltà di passaggio su un fondo altrui.

È stato osservato in dottrina che tale disposizione, qualora fosse riferita alla *servitus viae* contrasterebbe con il principio *servitus in faciendo consistere nequit*<sup>107</sup>. Si deve replicare, tuttavia, che in una fase talmente risalente simili teorizzazioni giurisprudenziali erano ancora lontane. Inoltre, se si volesse riferire l'obbligo di *munire* alla via pubblica, esso risulterebbe ancora più difficilmente giustificabile, alla luce di quanto osservato nelle testimonianze dei gromatici ed in particolare Sic. Flacc. *cond. agr.*, Th. 110.2-111.11 (= Lach. 145.26-147.11), secondo cui le vie pubbliche *publice muniuntur*. Infine, si noti che l'onere in questione pare più plausibile se si considera l'assetto comproprietario delle prime servitù di passaggio: si può ipotizzare, infatti, che entrambi i comproprietari fossero tenuti a provvedere alla *munitio* della via e ciò sarebbe confermato dall'uso dell'imperativo plurale. Se per il titolare del fondo dominante essa costituiva un'esigenza diretta, per quello del fondo servente lo diveniva tramite la previsione di un maggiore aggravio, qualora lo stesso non vi avesse provveduto. Se, quindi, pare logico ritenere che l'obbligo di *munitio* fosse primariamente dettato nei confronti del proprietario del fondo servente, si può anche ipotizzare che in ipotesi di inerzia di questo vi potesse provvedere anche il titolare del diritto di passaggio. Altra interpretazione persuasiva è che la normativa decemvirale avesse posto l'obbligo di cui si tratta, ma che poi spettasse all'autonomia privata determinarne la spartizione, tenendo in considerazione tutte le peculiarità della singola fattispecie concreta, con la possibilità che, addirittura, i due vicini decidessero di dividerlo<sup>108</sup>.

Altre testimonianze estremamente importanti sul sistema viario romano sono rappresentate da alcuni passi di Ulpiano, in cui il giurista cerca di indagare le definizioni di via pubblica e privata. Ci si riferisce primariamente a

Ulp. 68 *ad ed. D.* 43.8.2.21: *Viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est: non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus: viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui ius publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur.*

---

<sup>107</sup> A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 162 ss.

<sup>108</sup> In tal senso, M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 68.



Questo primo passo in realtà ci offre indicazioni meno univoche di quanto ci si potrebbe aspettare. Se quindi la via pubblica è quella il cui suolo è pubblico, la via privata è invece collocata sul suolo altrui e «a noi» spetta tanto il diritto di *iter* quanto quello di *actus*. L'autore, quindi, nell'intento di stabilire un canone di ripartizione per l'usuale classificazione dicotomica, ribadisce primariamente la natura pubblica della via collocata su suolo pubblico: tale considerazione, che *prima facie* potrebbe apparire quasi banale, ne è in realtà ben lontana, poiché nella parte finale del frammento si profila un secondo fattore, che è appunto quello dell'utilizzazione pubblica della via e che deve necessariamente conciliarsi con il primo.

Secondo autorevole dottrina<sup>109</sup> in un primo momento pare porsi, quale criterio distintivo tra vie pubbliche e private, quello del suolo su cui poggiano, successivamente ad esso si affianca invece l'utilizzazione (pubblica) che delle stesse viene fatta. Altri<sup>110</sup>, invece, secondo una lettura che pare maggiormente condivisibile, non attribuiscono una simile rilevanza alla parte terminale del frammento che viene, quindi, interpretata come una semplice specificazione: sarebbe necessario l'intervento del magistrato addetto alla *publicatio* del suolo, affinché questo divenisse fruibile alla generalità dei passanti. È innegabile che accanto al criterio dell'appartenenza del suolo venga, infatti, menzionato anche quello della sua utilizzazione, tuttavia dal passo succitato si deduce la prevalenza del primo sul secondo.

In tale sede si tralascerà volutamente la questione attinente alle vie pubbliche, per concentrarsi solo su quelle private, sulle quali spetta *nobis* il diritto di passare a piedi o il con carro. Ci si domanda, anzitutto, se tale diritto debba essere inteso genericamente e quindi vantabile dall'intera cittadinanza ovvero se con la summenzionata espressione si voglia fare riferimento ad una specifica condizione servile posta a vantaggio dei soli proprietari dei fondi dominanti. Tuttavia, un elemento mi pare che deponga in maniera determinante contro l'individuazione di servitù di passaggio: mi riferisco al fatto che il *ius*

---

<sup>109</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 18 s. e 20, nt. 19, cui si rinvia per una compiuta analisi del passo in tutte le sue implicazioni. L'autore ritiene inoltre che dal frammento esaminato si possa desumere che sia privata anche la via che, pur posta su suolo privato, consenta un passaggio pubblico. Per tale interpretazione deporrebbe anche l'uso del pronome personale di prima persona plurale *nobis*, che si pone in perfetta coerenza con gli altri plurali del frammento ed indicherebbe una generalità di soggetti piuttosto che individui determinati ed individuabili nei titolari dei fondi dominanti.

<sup>110</sup> A. PALMA, *Le strade*, cit., 854.

*tantum eundi et agendi* viene attribuito dal giurista a persone fisiche e non a fondi. Se si volesse, quindi, sostenere che si tratti di una servitù, si dovrebbe ammettere un grossolano errore da parte di uno dei più illustri giuristi dell'epoca imperiale su una delle caratteristiche essenziali dei *iura praediorum*. Nondimeno, l'impiego specifico dei verbi da cui derivano due delle prime servitù non pare un elemento secondario: l'unica spiegazione plausibile sarebbe ammettere che espressioni quali *iter* e *actus* fossero utilizzate anche per indicare diritti strutturalmente diversi dalle due servitù cui vengono generalmente associate, fatto parzialmente testimoniato dalle fonti epigrafiche, come si vedrà *infra*.

A tal fine pare opportuno proseguire nella lettura del frammento.

Ulp. 68 *ad ed. D.* 43.8.2.22-23: *Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Publicas vias dicimus, quas Graeci βασιλικὰς, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt vel quae in vicos ducunt: has quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. Aliter atque si ex collatione privatorum reficiatur: nam si ex collatione privatorum reficiatur, non utique privata est: refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet. 23. Privatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeari liceat, in quas exitur de via consulari et sic post illam excipit via vel iter vel actus ad villam ducens. Has ergo, quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse.*

Questi due frammenti presentano una suddivisione più coerente e simile a quella suesposta e tratta dalle fonti gramatiche, sebbene non vengano prese in considerazione le strade private, che ricorrono spesso nelle fonti epigrafiche con il nome di *iter privatum*, su cui unicamente il proprietario del fondo poteva esercitare le facoltà di passaggio. Secondo la descrizione ulpiana, infatti, le vie possono essere pubbliche, private o vicinali. Tralasciando le prime, ci si vuole concentrare anzitutto sulle private, che, come si è visto al paragrafo precedente, insistono sul suolo altrui: esso infatti non è né in proprietà della comunità, né di coloro che lo attraversano<sup>111</sup>. Tali vie, conosciute anche

---

<sup>111</sup> Cfr. M.F. CURSI, *Nota*, cit., 644, nt. 21.

come agrarie, possono intendersi in due modi: o quelle che corrono lungo i campi su cui è imposta una servitù, affinché conducano alle proprietà altrui; ovvero quelle che portano ai fondi e attraverso cui è concesso a tutti andare e tornare, percorrendo le quali si esce dalla via consolare (pubblica) e così dopo quella segue la *via*, l'*iter* o l'*actus* conducendo alla fattoria. «Pertanto, crederei che siano pubbliche anche quelle che dopo la via consolare seguono conducendo alle fattorie o in altri poderi».

Il testo in esame, pertanto, sembra, coerentemente con quello che subito lo precede, porre un unico criterio discretivo della natura delle vie private, che tali possono essere in base all'appartenenza del suolo su cui esse insistono, piuttosto che per l'utilizzazione che ne viene fatta<sup>112</sup>. Questo almeno secondo una prima analisi, posto che il frammento prosegue con un'argomentazione piuttosto articolata, che rischia quasi di rivelarsi contraddittoria.

Tuttavia, l'iniziale affermazione dell'autore porta a ritenere che il criterio della natura giuridica del suolo fosse il primo cui i giuristi ed i gramatici si rifacevano. Una diversa soluzione porterebbe, infatti, ad una duplice ed ambigua categorizzazione delle vie pubbliche, cui sarebbero applicabili due distinti criteri. Ciò, peraltro, creerebbe una significativa difformità con le vie private, che invece si individuerrebbero solamente attraverso la determinazione della proprietà della sede stradale<sup>113</sup>.

Ciò che lascia spiazzato il lettore è, tuttavia, la chiosa del passo, che parrebbe smentire quanto fino a quel momento illustrato dal giurista, che appunto afferma '*Has ergo, quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse*'. Le vie che sono appena state classificate quali private mutano la loro qualifica in pubbliche. La soluzione che più immediata si propone a chi tenti un'esegesi del frammento è, quindi, ritenere che quest'ultima frase sia il frutto di un'aggiunta posteriore<sup>114</sup>.

Si può, tuttavia, considerare anche una diversa ipotesi, ovvero che dopo aver descritto la classificazione canonica, Ulpiano avanzi una proposta di suddivisione alternativa, ricorrendo appunto al criterio dell'utilizzazione pubblica dell'accesso a tali

---

<sup>112</sup> *Contra* L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 22.

<sup>113</sup> Cfr. M.F. CURSI, *Nota*, cit., 645.

<sup>114</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 24, nt. 26 ipotizza l'intervento di un glossatore o di un compilatore. L'autore, peraltro, avanza dubbi anche in merito alla proposizione *et sic post illam excipit via vel iter vel actus ad villam ducens* per l'uso brusco del singolare al posto del plurale, che invece ricorre in tutto il periodo. Questo argomento, pur supportato da un impiego sospetto della preposizione *post*, pare forse provare troppo.

poderi. Questa riflessione, nondimeno, esprimerebbe un'opinione affatto personale del giurista, come si evince dal predicato *putem*<sup>115</sup>. Tale mutamento di prospettiva si può spiegare ragionando sullo scopo della suddivisione avanzata da Ulpiano, che consisteva nella determinazione dell'ambito applicativo della tutela interdittale propria dei luoghi pubblici. Il ricorso agli *interdicta* per i *loca publica*, com'è stato convincentemente dimostrato<sup>116</sup>, era ammesso nei limiti in cui gli stessi fossero soggetti ad un'utilizzazione estesa all'intera cittadinanza, senza che avesse una particolare rilevanza l'appartenenza della *res*. Tale approccio sarebbe anche coerente con la mancata menzione delle vie private mantenute in godimento esclusivo del relativo proprietario.

Altra parte della dottrina<sup>117</sup> ha, invece, avanzato una diversa ipotesi ricostruttiva, basata sostanzialmente sulla differenza tra le vie che escono da quelle consolari e conducono ai campi e quelle che conducono *in villas vel in alias colonias*, attribuendo a questi ultimi due lemmi un significato legato ad una funzione pubblicistica di luoghi urbani, da cui conseguirebbe la qualifica ibrida di *privatae* ed *urbanae* contemporaneamente. In proposito, nondimeno, si deve rilevare come i sostantivi considerati possano presentare anche un significato più strettamente legato ad una sfera privata<sup>118</sup>. La ricostruzione più plausibile, pertanto, rimane quella di una personale proposta classificatoria avanzata da Ulpiano, dovuta appunto alla particolare prospettiva assunta dal giurista nella sua trattazione.

Tra le due categorie, appena esaminate, delle vie pubbliche e di quelle private se ne colloca un'altra, che potremmo definire ibrida<sup>119</sup>, rappresentata dalle *viae vicinales*<sup>120</sup>. Esse coincidevano con la viabilità periferica e collegavano tra loro i vari distretti rurali, nonché

---

<sup>115</sup> In tal senso anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 25, nt. 26 e A. PALMA, *Le strade*, cit., 856, nt. 19.

<sup>116</sup> A. PALMA, *Le strade*, cit., 857 ss. Sulla correlazione tra il criterio della pubblica utilizzazione e la tutela interdittale si veda anche Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.2: *Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur. Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad optinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. Propter quod si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem hoc interdictum propositum est.* Nonché Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.5: *Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.*

<sup>117</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 25.

<sup>118</sup> Cfr. *supra* p. 20 ss. In tal senso anche M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 110, nt. 69, che non manca di evidenziare come tale semantica possa essere rinvenuta anche in altre fonti, quali Colum. 11.1.23, Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.24.4 e Scaev. 3 *resp.* D. 33.7.20.3

<sup>119</sup> M.F. CURSI, *Nota*, cit., 644, nt. 21 descrive tale categoria attribuendole una «duplice natura». Tale espressione pare suggerire che le *viae vicinales* talvolta siano pubbliche, talaltra private.

<sup>120</sup> Per un confronto con le fonti epigrafiche su tale tema si veda AE 1994, 1093, nonché *CIL VIII*, 688, su cui M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 145 ss.

le piccole località di campagna con le vie consolari<sup>121</sup>. Da quanto ci riporta Ulpiano, si trovavano nei villaggi o conducevano ad essi e la maggior parte dei giuristi le definiva pubbliche<sup>122</sup>. L'autore, pur aderendo a tale interpretazione, ritiene opportuno evidenziare l'eccezione di quelle vie vicinali costituite *ex collatione privatorum*, che quindi – ne deduciamo – dovevano rientrare tra le private, non ammettendo la sua analisi alternative classificatorie.

La natura pubblica delle vie vicinali, invece, rimaneva indiscussa qualora fossero state tracciate su un terreno di proprietà pubblica. Si precisa, inoltre, che qualora ai privati fossero affidati la manutenzione ed il restauro della sede stradale, le vicinali non sarebbero state perciò solo considerate private<sup>123</sup>. Ne segue una valutazione che non può che suscitare qualche perplessità: l'autore motiva la manutenzione privata e la contemporanea qualifica pubblica della via vicinale, spiegando che *refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet*, ma, com'è stato autorevolmente osservato<sup>124</sup>, «proprio in questa affermazione ci sembra si possa rilevare una discrepanza tra il valore che *communis* assume obiettivamente se riferito all'uso e all'utilità delle strade in questione e quello che invece ha a proposito della *refectio* stessa. Questa, infatti, è *communis* solo tra i proprietari dei fondi costeggiati o attraversati, mentre invece, quanto all'uso, è verosimile che essa fosse *communis* a tutti i consociati». Ne emerge, quindi, una categoria che non si può dire basata su criteri giuridici unitari e presenta invece un carattere inevitabilmente disorganico<sup>125</sup>.

Giunti al termine del frammento, l'impressione che se ne ricava complessivamente è, pertanto, quella di una categorizzazione dogmatica piuttosto forzata e fortemente influenzata dal fine di stabilire quali vie godessero della tutela interdittale prevista per i *loca publica*. Tale classificazione, quindi, non riesce, nonostante gli sforzi sistematici di Ulpiano, a sfociare in una sintesi omogenea ed organica, ma si presenta come

---

<sup>121</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 51.

<sup>122</sup> I gromatici invece non paiono così disinvolti nella loro collocazione, tanto che le *viae vicinales*, lo si ricorda, venivano descritte come una categoria a sé stante.

<sup>123</sup> Confermerebbe tale interpretazione Ulp. 33 *ad Sab. D.* 43.7.3: *Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt. 1. Sed inter eas et ceteras vias militares hoc interest, quod viae militares exitum ad mare aut in urbes aut in flumina publica aut ad aliam viam militarem habent, harum autem vicinalium viarum dissimilis condicio est: nam pars earum in militares vias exitum habent, pars sine ullo exitu intermoriuntur.*

<sup>124</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 32, nt. 32.

<sup>125</sup> A. BURDESE, *Recensione a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, La struttura*, cit., 384.

un'argomentazione ondivaga tra il criterio classificatorio tradizionale e l'ottica peculiare seguita dal giurista.

Emerge, infatti, dalle fonti giuridiche appena considerate, una certa difficoltà a forzare la varietà e la complessità della situazione stradale all'interno del binomio pubblico/privato, tra cui, ad esempio, oscillano alternativamente le vie vicinali, seppur in esse possano dirsi prevalenti gli aspetti pubblicistici. Tale prospettiva, che nell'ottica dei giuristi, rispondeva indubbiamente al precipuo fine di individuare la disciplina correttamente applicabile alle diverse vie in tema di costruzione e, soprattutto, manutenzione della sede stradale<sup>126</sup>, portava inevitabilmente ad uno snaturamento delle suddivisioni emerse nella prassi e descritte nelle opere dei gromatici, che, invero, ripetutamente testimoniano un sistema di quadripartizione delle *viae*. Una simile forzatura, peraltro, era avvertita anche dagli stessi giuristi, come nel caso di Ulpiano, che è portato a definire pubbliche vie che poco prima aveva qualificato private. Le contraddizioni, quindi, sarebbero riconducibili «alla necessità di costringere in schemi formali ... una realtà che si adattava liberamente alle necessità dei luoghi e delle popolazioni»<sup>127</sup>.

Ciò che ci preme ancora evidenziare è che in tutti questi frammenti la *via*, genericamente intesa, costituisce la sede stradale e, tralasciando, il passaggio che essa consente. In particolare, la *via privata* rappresenta il passaggio attraverso un fondo privato, come si è più volte ribadito, concesso al titolare del fondo medesimo ovvero ad altri soggetti determinati, individuati in ragione della proprietà dei fondi finitimi. Le fonti, sia giuridiche che agrimensorie, quindi, identificano tale espressione anche con il passaggio costituito tramite assoggettamento servile di un fondo ad un altro. Da questo si trae la convinzione che la *via* sia nata prima tra le altre servitù e che essa designasse appunto un passaggio che consentiva l'ingresso al proprio fondo intercluso mediante l'attraversamento di un altro campo contiguo. In un primo momento nulla di più e sicuramente non doveva avere la configurazione di *iura in re aliena*, costruzione dogmatica elaborata dalla giurisprudenza in un momento successivo. Il nome di tale istituto peraltro confermerebbe tale teoria: l'immediatezza di una definizione che ricomprende condizioni varie tanto diverse, ma che primariamente si riferisce alla sede stradale è pienamente

---

<sup>126</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 34.

<sup>127</sup> A. PALMA, *Le strade*, cit., 856, nt. 20.

compatibile con un'epoca arcaica in cui l'elaborazione giuridica era in una fase che si può definire, alla luce dell'evoluzione successiva, embrionale. L'attenzione per la denominazione delle diverse servitù, inoltre, potrebbe essere significativa anche considerandole complessivamente: non sfugge infatti un climax negli appellativi delle servitù che si svilupparono gradatamente a partire dall'età tardo repubblicana. Essi, oltre a quello di *via* ovviamente, coincidono con l'attività che era concessa al titolare del fondo dominante: se i primi, tuttavia, erano composti da un solo sostantivo, avente anche un significato legato alla sfera materialistica, nel prosieguo di tempo, invece, le denominazioni si fecero sempre più complesse, poiché composte da perifrasi caratterizzate dal termine *servitus* accompagnato da un gerundivo e dal sostantivo dell'oggetto ovvero da un avverbio, in una costruzione caratterizzata da sempre maggiore astrazione e ormai lontana da qualsiasi riferimento materialistico.

#### 6. La 'via' e la complessa distinzione tra i 'iura itinerum'.

La *via*, quale *ius itineris*, invero, ha sempre rappresentato una figura controversa e la sua collocazione nel novero delle più antiche servitù rustiche è stata oggetto di un lungo dibattito dottrinale. Sebbene oggi dai più venga ritenuta, non senza un certo grado d'incertezza, d'origine risalente almeno quanto, se non di più, le altre due servitù di passaggio, essa è stata protagonista delle tesi più disparate e diverse: per citarne solo alcune, a partire da quella dell'Arangio-Ruiz<sup>128</sup>, che la considera di origine antichissima, risalente almeno all'epoca delle XII Tavole, a differenza degli altri due *iura praediorum*, di origine pretoria, a quella del Corbino<sup>129</sup>, che invece la ritiene il frutto di un'interpolazione giustiniana. Tale ultima ipotesi, peraltro, pare forse la meno convincente: non si può tacere, infatti, che l'unico passo su cui principalmente si basa la sovraesposta tesi, che vuole un'origine più recente della *via*, è Cic. *Caec.* 26.74. Anche volendo tralasciare il fatto che si tratti di una fonte letteraria, si deve rilevare che lo stesso contiene probabilmente un elenco esemplificativo e parziale di servitù rustiche e quindi, proprio per tale ragione, non indica anche la *servitus viae*<sup>130</sup>. Più equilibrata e verosimile appare la posizione del

---

<sup>128</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Per la classificazione delle servitù di passaggio*, in *Studi in onore di B. Brugi*, Palermo, 1910, 262, che riconduce l'espressione esaminata ad una semantica militare.

<sup>129</sup> A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 170 ss. Nel senso della sua posteriorità rispetto alle altre due servitù di passaggio si esprime anche B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche*, cit., 353.

<sup>130</sup> Cfr. G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 36 ss.

Capogrossi Colognesi<sup>131</sup>, che esclude una scissione temporale talmente ampia tra lo sviluppo delle diverse servitù di passaggio, tutte sorte quindi in epoca arcaica, come forme di comproprietà, imputando la diversità terminologica e soprattutto l'incertezza circa il contenuto della *via* ad una più rapida e agevole mutazione in *iura in re aliena* dell'*iter* e dell'*actus*. «Al contrario la *via* ... non sembrerebbe aver sopportato altrettanto agevolmente tali modificazioni»<sup>132</sup>.

Volendo, quindi, tracciare una prima ipotesi sul possibile processo evolutivo che interessò gli *iura itinerum*, anche alla luce dell'analisi sulla viabilità romana appena esposta, si può osservare quanto segue. Come detto, secondo la tesi più probabile, la *via* emerse dal complesso sistema viario romano, come prima fra i diritti di passaggio e da essa in seguito derivarono *iter* e *actus*<sup>133</sup>, sorti per consentire di costituire diritti di minor aggravio sul fondo attraversato rispetto al loro antecedente<sup>134</sup>: è certo, infatti, che i tre *iura itinerum* presentassero differenti misure latitudinali del sentiero, a partire da quello della *via* per terminare in ordine decrescente con l'*iter*<sup>135</sup>. Si può immaginare, pertanto, che la restrizione determinata dalla presenza della *via* nel fondo assoggettato talvolta potesse risultare relativamente gravosa per il relativo proprietario e che l'inutilità di una tale compressione del diritto dominicale fosse stata progressivamente avvertita, soprattutto in riferimento a tutte quelle ipotesi in cui le necessità del fondo servente ben si sarebbero potute soddisfare tramite un passaggio meno invasivo e in cui, quindi, i caratteri tanto ampi della *via* apparivano probabilmente superflui.

---

<sup>131</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 255 ss.

<sup>132</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 255.

<sup>133</sup> Vi è chi, come A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 178, ritiene che la risalenza della *via* sia da escludere anche sulla base della considerazione che l'*actus* in sé racchiudesse anche la facoltà di passare a piedi e che quindi costituisse la somma delle due servitù di passaggio, con cui s'identificava la *via*, la cui originaria esistenza pertanto sarebbe stata superflua. A ciò si può replicare rifacendosi all'osservazione di G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 26, che riconosce questa possibilità per l'epoca postclassica o giustiniana, ma rileva come tale concezione non sia sostenibile per il periodo arcaico e classico per i motivi che verranno esposti in seguito. La teoria del Corbino presenta, inoltre, un altro significativo limite, ovvero un eccessivo ricorso alla teoria interpolazionistica, come riconosciuto anche da M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 52 s., inerentemente a tutte le testimonianze giuridiche e letterarie che ci sono giunte sulla *via*.

<sup>134</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., I, 263; G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 21 ss., e G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 21 ss. *Contra* A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 97 ss.

<sup>135</sup> Si rammenta che la *via* era una strada carreggiabile larga otto piedi, l'*actus* ne misurava la metà in larghezza e l'*iter* era un semplice sentiero pedonale. Fest. s.v. *viae* (Lindsay 508): *Et ita privatae (viae) VIII pedes in latitudine iure et lege ... lex iubet XVI in anfracto flexuque pedes esse vias*. Paul.-Fest. s.v. *actus* (Lindsay 16): *Actus modo significant in comoediis et tragoediis certa spatia cantivorum; modo iter inter vicinos quattuor pedum latum*. Varro, *l.l.* 5.35: *Qua ibant, ab itu iter appellarunt; qua id anguste, semita, ut semiter dictum*.



Tuttavia, la prima aporia che si presenta allo studioso nell'esame dei *iura itinerum* è non tanto, o non solo, la collocazione delle diverse figure in un'immaginaria linea cronologica, quanto appunto la loro differenziazione dal punto di vista contenutistico.

La perimetrazione dei diversi *iura itinerum*, invero, risulta ulteriormente complicata dalle fonti che ci sono giunte e dalla suddivisione che ne fanno i giuristi romani, apparentemente piana e coerente, ma in realtà non priva di profili di illogicità.

Ulp. 2 *inst.* D. 8.3.1 pr.: *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus. Iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. ...*<sup>136</sup>

Il passo, dall'evidente portata sistematica, si pone in apertura del titolo terzo dell'ottavo libro. Dopo la descrizione del contenuto servile delle prime due figure, Ulpiano procede in un'ottica comparatistica dei diversi *iura itinerum* tramite una descrizione esplicativa della relazione intercorrente tra le medesime: chi ha quindi l'*iter*, non può vantare l'*actus*, mentre il titolare dell'*actus* può esercitare anche l'*iter*, in quanto ricompreso nel suo diritto. Si passa quindi ad esaminare la *via*, il più ostico tra questi *iura praediorum*: essa si identifica con il diritto di *ire*, *agere* e *ambulare*<sup>137</sup>. In riferimento a tale ultimo lemma non pare in realtà che esso sia rivelatore di una significativa differenza tra le due più ampie servitù di passaggio e che quindi meriti un approfondimento autonomo, potendo identificarsi con il passaggio in entrambi i versi lungo un'unica direzione<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Similmente si esprimono le Istituzioni giustiniane I. 2.3 pr.: *Rusticorum praediorum iura sunt hae: iter, actus, via, aquae ductus. iter est ius eundi, ambulandi homini, non etiam iumentum agendi vel vehiculum: actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum. itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet eoque uti potest etiam sine iumento. via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. aquae ductus est ius aquae ducendae per fundum alienum.*

<sup>137</sup> Tale verbo, che viene anche ripetuto, è considerato un'aggiunta posteriore da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 143. Prima di lui, V. ARANGIO-RUIZ, *Per la classificazione*, cit., 260 ricostruisce invece il passo come segue: *Iter est ius eundi. actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum. via est ius eundi et agendi; nam et iter et actum in se via continet.* In particolare, tale versione è dall'autore ricavata dal confronto del frammento esaminato con il suo corrispondente delle Istituzioni, il succitato I. 2.3 pr. Anche volendo accettare una simile proposta ricostruttiva, non si riuscirebbe comunque a superare la difficoltà di una classificazione poco efficace.

<sup>138</sup> In H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1958, 30 apprendiamo che il significato del verbo considerato viene individuato semplicemente in «hin und her gehen, spazieren gehen». Parimenti, il *Thesaurus linguae latinae*, s.v. *ambulo*, I, Leipzig, 1900, 1870 ss. pare offrire quale significato più calzante quello generale di *pedibus ire*, che comunque nel caso di specie non sarebbe di alcun aiuto, ovvero *spatiari*, *circumire*, *vagari*, *deambulare*, *obambulare*, che, pur essendo alcuni tra questi composti dello stesso *ambulare*, conservano l'idea di un passaggio in un senso e nell'altro.

Il quesito che, quindi, sorge spontaneo è quale possa essere la differenza tra *actus* e *via*<sup>139</sup>, posto che entrambi ricomprendono l'*ire* e l'*agere*<sup>140</sup>. Al di là del dato letterale sembra, infatti, molto arduo ipotizzare che l'*actus* comprendesse unicamente il diritto di condurre gli armenti attraverso un fondo e non la facoltà di potervi passare anche senza animali. Anche volendo ipotizzare quindi un intervento interpolazionistico da *itaque* a *iumento*, non si potrebbero ignorare le altre fonti che testimoniano l'implicita facoltà di *ire* ricompresa nell'*actus*<sup>141</sup>. L'unico passo che invece pare deporre per l'opposta conclusione è Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.1 che sembra attestare la possibile esistenza di *iter sine actu vel actum sine itinere*. Ne è stata, tuttavia, offerta in dottrina una lettura che consente di ricomporre convincentemente il contrasto con le fonti summenzionate<sup>142</sup>. Secondo tale interpretazione, l'espressione vorrebbe indicare l'*iter* e l'*actus* autonomamente considerati, in contrapposizione alle ipotesi in cui gli stessi venivano citati congiuntamente in sede processuale per riferirsi alla *via*. Spiegazione alquanto convincente e basata anche sull'evidente osservazione che altrimenti non sarebbe nemmeno concepibile un *iter sine actu*.

L'intera differenza, quindi, dovrebbe risiedere in quell'*ius ambulandi*, qualora non si volesse ritenere l'esatta coincidenza tra i due, che tuttavia, come si è detto, non pare un elemento rivelatore.

Qualche elemento ulteriore per approfondire il distinguo ci è fornito da Paolo.

Paul. 21 *ad ed.* D. 8.3.7 *pr.*: *Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur: iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, et plostrum ducere et iumenta agere potest. Sed trabendi lapidem aut tignum neutri eorum ius est: quidam nec hastam rectam ei ferre licere, quia neque eundi neque agendi gratia id faceret et possent fructus eo modo laedi. Qui viam habent, eundi*

<sup>139</sup> Cfr. *Modus servitutis*, cit., 1999, 30 ss.

<sup>140</sup> Per un'interessante critica all'idea che nell'*actus* sia incluso anche il *ius itineris* si legga P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *I diritti reali*, 1972, Milano, 53 ss.

<sup>141</sup> Paul. 3 *ad Sab.* D. 34.4.1, Iul. 54 *dig.* D. 45.1.58, Ulp. 47 *ad Sab.* D. 46.2.9.2 ed in particolare Paul. 21 *ad ed.* D. 8.6.2: *Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non perisse actum, sed manere Sabinus Cassius Octavenu* aiunt: *nam ire quoque per se eum posse qui actum haberet.*

<sup>142</sup> Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.1: *Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.* V. SCIALOJA, *Due interpretazioni in materia di servitù*, in *BIDR*, II, 1889, 166 ss. e così anche V. ARANGIO-RUIZ, *Per la classificazione*, cit., 249 ss.

*agendique ius habent: plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat.*<sup>143</sup>

Si delinea, quindi, la rappresentazione di una struttura concentrica in cui le tre servitù sono contenute le une nelle altre, partendo, in ordine crescente, dall'*iter*, che contenutisticamente è la più povera, e giungendo alla *via*, comprensiva di tutte le facoltà di passaggio che si potevano realizzare<sup>144</sup>. Procedendo *a contrario*, si può anche rilevare come l'*iter* sia concepito come una parte dell'*actus*, che a sua volta rappresenta, seppur con le precisazioni che seguiranno, una porzione della *via*<sup>145</sup>.

Le differenze fondamentali con la *via* sono, perciò, rappresentate da due enigmatiche attività: il *trahere lapidem aut tignum* e l'*hastam rectam ferre*, di cui la dottrina non è ancora riuscita a trovare una soddisfacente interpretazione ed in parte vi dispera.

Quanto, invece, al suo aspetto più prettamente materialistico, la *via* sarebbe stata un sentiero lastricato e ciò sarebbe confermato proprio da una delle facoltà appena menzionate, il *trahere lapidem aut tignum*, che non è pensabile se non in un passaggio *munito*<sup>146</sup>. L'attività di trascinare un masso o una trave, infatti, comporterebbe inevitabilmente su un sentiero battuto lo scavamento di solchi che lo danneggerebbero ed ostacolerebbero notevolmente il passaggio: essa, pertanto, presuppone immancabilmente che lo stesso sia lastricato<sup>147</sup>. Questa, quindi, per la prima delle espressioni esaminate pare senz'altro l'esegesi preferibile e più persuasiva.

---

<sup>143</sup> Come perspicacemente osservato da M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 35, nt. 13, il criterio analitico cui ricorre Paolo è diverso da quello impiegato da Ulpiano. Il primo, infatti, tenta di fissare il contenuto della *via*, andando ad evidenziare le facoltà liminali è più peculiari nella stessa contenute. Sarei, inoltre, concorde con l'autrice nel non vedere nel *quidam* nulla di più della testimonianza di un dibattito giurisprudenziale, a differenza di quanto sostenuto da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 147 ss., alimentato anche dalla difficoltà definitoria che potevano incontrare gli stessi giuristi dinanzi ad attività proprie di un'età lontana anche rispetto a loro e quindi concretamente oscure nelle loro modalità attuative e nei loro scopi.

<sup>144</sup> Il criterio contenutistico quale prevalente canone di classificazione dei *iura itinerum* compare anche in Mod. 9 *diff.* D. 8.3.12: *Inter actum et iter nonnulla est differentia: iter est enim, qua quis pedes vel eques commeari potest, actus vero, ubi et armenta traicere et vehiculum ducere liceat.*

<sup>145</sup> In tal senso si vedano anche Iul. 54 *dig.* D. 45.1.58, Ulp. 47 *ad Sab.* D. 46.2.9.2, Ulp. 50 *ad Sab.* D. 46.4.13.1. Con riferimento a tale ultimo frammento si rileva, inoltre, come l'*acceptilatio* di *iter* ed *actus* consenta l'estinzione dell'obbligo di costituire la *via*, che quindi pare ancora una volta identificata nella somma delle altre due servitù di passaggio.

<sup>146</sup> G.F. PUCHTA, *Dissertatio de itinere, actu et via*, Erlangen, 1820, ora in *Kleine zivilistische Schriften*, Leipzig, 1851, 4 ss. In tal senso dalle fonti ci provengono diverse testimonianze Fest. s.v. *viae* (Lindsay 508) e Cic. *Caec.* 19.54, da cui XII Tab. VII.7.

<sup>147</sup> Conformemente anche R. MARTINI, '*Hastam rectam ferre*' e '*ars ignorandi*', in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2862, il quale richiama la definizione che si può rinvenire in AE. FORCELLINI, *Lexicon*, cit., 394 per il verbo *trahere*: «*ducere ut tamen humo non sustollatur*».

Se perciò una delle due attività può dirsi, se non del tutto chiarita, almeno plausibilmente decifrata, autorevole dottrina, invece, si è espressa negativamente sull'utilità dell'interpretazione di *bastam rectam ferre*<sup>148</sup>. Al di là delle diverse teorie interpolazionistiche che sono state avanzate da numerosi autori<sup>149</sup>, ciò che si può notare è un tentativo mal riuscito dei giuristi di ricondurre a coerenza l'apparente duplicazione di *iura itinerum*, tramite il riferimento a facoltà che anche per i *prudentes* dovevano essere poco intelleggibili dal punto di vista contenutistico in ragione della loro origine arcaica. Non si può tralasciare, infatti, come nel passo testé citato Paolo concluda definendo la via essenzialmente come *eundi agendique ius* e contemporaneamente richiamando ciò che i *plerique* dicono, un'opinione terza, che l'autore non tralascia di menzionare, senza tuttavia aderirvi con particolare convinzione.

Nell'analisi di tale espressione non soccorre l'estrema genericità dei termini che la compongono: il sostantivo *hasta* o *asta*, l'aggettivo *rectus*, *a*, *um* e i due verbi *ferre* o *referre*, che compaiono alternativamente quali predicati, sono, infatti, compatibili con un numero significativo di aree semantiche e ciò ha consentito la formulazione delle più varie interpretazioni, su cui mai si è formata un'opinione dottrinale dominante, a causa dell'insormontabile mistero che avvolge il riferimento ad un'epoca tanto lontana, a noi, come ai giuristi che ci hanno tramandato le testimonianze esaminate.

Non rimane, quindi, che tentare di desumere dal testo paolino elementi ulteriori che riescano ad illuminare, per quanto possibile, l'aspetto contenutistico più concreto del *ius astam referendi*. In tal senso, si può innanzitutto notare che tale facoltà può essere esercitata nel limite in cui non leda i frutti (*si modo fructus non laedat*): si suppone che il riferimento attenga ai frutti pendenti dagli alberi del fondo servente ed una prima suggestione è che, quindi, l'asta cui ci si riferisce venisse tenuta verticalmente e tale prima lettura, sufficientemente persuasiva, confermerebbe il significato dell'aggettivo *recta*<sup>150</sup>. Ciò che è già meno evidente è, invece, se la medesima fosse fissata a terra per segnare il confine o

---

<sup>148</sup> Cfr. M. BRETONNE, *La nozione romana*, cit., 33, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 123, nt. 15, 125, nt. 20, 148, nt. 71, che esclude che tale facoltà potesse rappresentare l'elemento discretivo tra *actus* e *via*, e A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 140, nt. 28.

<sup>149</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Per la classificazione*, cit., 264 e G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 1967, 16, nt. 54, che peraltro ipotizza, poco convincentemente, che il riferimento al *ius astam referendi* fosse stato inserito da Paolo quale reminiscenza della sua originaria struttura proprietaria e non al fine di individuarne una reale differenza contenutistica con l'*actus*.

<sup>150</sup> Cfr. VIR, s.v. *rectus*: proprie *erectus*.

ad altri scopi simili ovvero se venisse trasportata lungo tutto il percorso. Nella prima ipotesi tuttavia, pare più probabile che l'autore avrebbe impiegato un verbo diverso, che rendesse più efficacemente l'idea della staticità di una pertica saldamente piantata al suolo<sup>151</sup>. La seconda invece, a mio avviso molto più plausibile, spinge, tuttavia, ad interrogarsi sulla funzione dell'asta e sullo scopo del suo trasporto lungo il fondo del vicino, che quindi sarebbe molto meno chiaro che nella prima ipotesi.

Evidenziati pertanto gli elementi più manifesti, pare opportuno vagliare rapidamente le numerose tesi che al riguardo sono state formulate in dottrina e che si possono riassumere come segue. Si è primariamente tentato di ricondurre l'attività di tenere retta l'asta ad una semantica propriamente militare, leggendovi quindi la facoltà di passare armati lungo il fondo altrui<sup>152</sup>. Tale ricostruzione tuttavia è priva di qualsiasi coerenza con le restanti facoltà che costituiscono la *via* e non pare supportata da alcuna risultanza testuale<sup>153</sup>.

Segue cronologicamente la teoria dell'Arù, che, tuttavia, non pare meritevole di accoglimento, poiché l'autore, rifacendosi all'originaria concezione comproprietaria delle servitù, sostiene che la facoltà di *bastam referre* consistesse in un atto di esibizione della dominanza del titolare del fondo avvantaggiato attuabile appunto attraverso l'*bastam militaris* che simboleggiava originariamente il diritto proprietario sulla preda bellica<sup>154</sup>. Non pare plausibile, nondimeno, che un simile gesto di appropriazione potesse essere manifestato da uno solo dei due comproprietari: pare logico, infatti, che anche il titolare del fondo lungo cui correva la *via* potesse esibire la propria condizione proprietaria,

---

<sup>151</sup> Il verbo *fero* invece si ricollega in tutti i suoi molteplici significati alla nozione di moto. Cfr. *Thesaurus linguae latinae*, s.v. *fero*, VI, 1, Leipzig, 1912-1916, 530: *I) de actu tam sustinendi quam movendi, non indicato quo vel unde (nil refert an ferens moveatur necne)*.

<sup>152</sup> Cfr. S. PEROZZI, *Problemi*, cit., 4 e V. ARANGIO-RUIZ, *Per la classificazione*, cit., 262, nt. 2.

<sup>153</sup> G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano. Le servitù prediali*, I, Modena, 1931-1932, 45 s.

<sup>154</sup> Cfr. L. ARU, *Nota minima sull'origine storica della 'servitus viae'*, in *Studi economico-giuridici*, XLIII, 1936, 405 ss. Tale teoria viene criticata anche dal Kaser, il quale argomenta sotto due profili. Primariamente, accogliendo la teoria del Koschaker, la proprietà doveva ritenersi suddivisa funzionalmente tra i due proprietari dei fondi e pertanto nessuno di essi avrebbe potuto vantare una dominanza esclusiva. Secondariamente, non ci sono indizi che permettano di ritenere che l'asta fosse piantata nel terreno ma pare più aderente al testo paolino ritenere che essa fosse solo trasportata attraverso il fondo, senza rappresentare così un gesto di appropriazione dominicale (P. KOSCHAKER, *Recensione* a E. BUSSI, *La formazione*, cit., 258 s. e M. KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar, 1939, ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, 73 ss.). L'autore, peraltro, ricava la fondamentale differenza tra la *via* e le altre due servitù di passaggio proprio dalla loro struttura originaria: se, quindi, la prima si presentava originariamente come proprietà della *portio fundi*, come testimonia l'analisi dell'espressione *bastam rectam ferre* dallo stesso proposta, i restanti *iura itinerum* si presentarono fin dalla loro emersione nella forma di diritto su cosa altrui (L. ARU, *Nota minima*, cit., 414 s.).

portandovi l'asta, in tal modo tuttavia la facoltà di *bastam rectam ferre* del vicino sarebbe totalmente svuotata di significato.

Da ultimo è stata avanzata un'interessante ipotesi che ricollega l'attività menzionata ad una funzione di misurazione del proprio diritto da parte del titolare del fondo avvantaggiato, che quindi avrebbe tenuto l'asta verticalmente passando lungo la via al fine di verificare che anche in altezza il suo diritto si estendesse nella misura sufficiente ad esercitare le altre facoltà proprie della *via*. Qualora l'asta avesse toccato i frutti pendenti dai rami, essi sarebbero risultati troppo bassi, sottraendo così al passaggio luce ed aria, ovvero – aggiungerei - rischiando di ostacolare il passaggio del veicolo carico<sup>155</sup>. Tale ricostruzione sarebbe avvalorata anche dall'esistenza di una determinazione legale dell'altra grandezza, ovvero la *latitudo*<sup>156</sup>, nonché da alcuni elementi di carattere testuale: si è notato, infatti, che nel prosieguo del frammento l'attività si specifica in *rectam bastam ferre*, come a voler sottolineare la funzione della posizione verticale dello strumento di misurazione tramite l'anticipazione del predicativo dell'oggetto; nonché, grazie ad un raffronto con il *Thesaurus Linguae Latinae*, si rinviene per *bastam* il sinonimo *pertica*, che viene individuato dalla dottrina in uno strumento impiegato in agricoltura per il percotimento degli alberi<sup>157</sup>.

Per quanto questa ricostruzione sia suggestiva, non è esente da profili esegetici problematici, poiché il passo paolino non menziona un mero contatto con i frutti degli alberi, bensì riporta l'impiego del verbo *laedere*, che suggerisce piuttosto una limitazione dell'attività dell'*bastam rectam ferre* volta alla conservazione dei prodotti agricoli del fondo servente, che appunto non ne dovevano essere danneggiati. Parte della dottrina ha ritenuto che questa sia una specificazione insitica a cui dovettero ricorrere i giuristi di epoca classica per trovare una spiegazione plausibile a quest'attività ovvero una limitazione che i medesimi ponevano alla sua esplicazione concreta<sup>158</sup>. Anche in tal caso, tuttavia, si potrebbe obiettare che il dato testuale non pare supportare interamente questa

---

<sup>155</sup> Una simile spiegazione si può leggere anche in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar X*, 1808, 162, che tuttavia dichiara di essersi ispirato al D'Avenza.

<sup>156</sup> Cfr. A. BURDESE, *Recensione a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, La struttura*, cit., 387, R. MARTINI, *Hastam rectam ferre*, cit., 2862 s. e M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 67 nt. 134.

<sup>157</sup> R. MARTINI, *Hastam rectam ferre*, cit., 2863, ntt. 26, 27 e 29.

<sup>158</sup> Cfr. R. MARTINI, *Hastam rectam ferre*, cit., 2864, che menziona il principio ricavabile da Cel. 5 *dig.* D. 8.1.9, per cui le modalità di esercizio della servitù devono essere tali da arrecare il minor aggravio al fondo servente.

teoria: se, infatti, la chiusura del frammento pone chiaramente un vincolo a chi esercita lo *ius astam referendi*, la precisazione *possent fructus eo modo laedi* non sarebbe giustificabile, se non ricorrendo ad un intervento dei compilatori. Se, infatti, il diritto di via comprende la facoltà di condurre verticalmente l'asta nel limite in cui questo non danneggia i frutti, allora non si spiega perché il danneggiamento del raccolto sia la motivazione per cui escludere tale facoltà nell'*iter* e nell'*actus*. Nondimeno, quella suillustrata, pur nella sussistenza dei dubbi appena esposti, pare la ricostruzione più convincente, sia alla luce del dettato testuale che della comparazione con le altre attività caratterizzanti la via: il titolare del fondo avvantaggiato avrebbe avuto, quindi, la facoltà di misurare l'altezza dello spazio libero sovrastante la sede stradale o, meglio, di pretendere che la stessa corrispondesse ad una determinata dimensione, tale da consentirgli di passare con un veicolo carico alla sua massima capienza.

Dal punto di vista contenutistico pertanto, *lapidem aut tignum trahere e hastam rectam ferre* paiono le due differenze che si possono evidenziare tra le figure di *via* e di *actus*. Nondimeno, nell'ambito dei *iura itinerum* si possono cogliere altre diversità, attinenti ad un profilo più strettamente materialistico. Come evidenziato dall'esame delle fonti gromatiche, il termine *via* indicava primariamente l'impianto materiale lungo cui correva il percorso stradale nonché, in via derivata e in accompagnamento all'aggettivo *privata*, designava anche il diritto prediale di passaggio. Conformemente, si legge nel *Lexicon*<sup>159</sup> sotto la voce *via* che essa è il luogo *per quem sive vehiculo, sive pedibus sive alia ratione ire licet*. Le altre due servitù di passaggio presentano, invece, una denominazione legata maggiormente all'attività che su di esse poteva esercitarsi. Il *Lexicon* ci soccorre nuovamente, insegnandoci che *universim iter dicitur profectio; via autem locus, quo iter instituitur*<sup>160</sup>. Pertanto, se il sostantivo *via* pare corrispondere primariamente alla *res* materiale dell'impianto stradale<sup>161</sup>, i termini *iter* ed *actus* invece evocano la funzione di

---

<sup>159</sup> AE. FORCELLINI, *Lexicon*, cit., 318.

<sup>160</sup> AE. FORCELLINI, *Lexicon*, cit., 634. Ovviamente a tale significato tecnico se ne affiancano altri, tra cui preme evidenziare quello più strettamente materialistico di 'percorso' o 'sentiero'. Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 170 per un'analitica ricognizione dell'uso che ne viene fatto nella letteratura latina.

<sup>161</sup> Si veda al riguardo Isid. *agr.*, Lach. 370.10-370.12: *Via est qua potest ire uehiculum, et uia dicta est a uehiculorum incurso: nam duos actus capit propter euntium et uenientium uehiculorum incursum*. Critica su questa fonte è M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 49 s.

passaggio, pur continuando a condividere con la prima la natura di cose corporali, ovvero di sentieri.

Assumendo tale prospettiva, è, quindi, ipotizzabile che l'autonomia privata abbia elaborato le figure dell'*iter* e dell'*actus*, che differivano da quella originaria primariamente quanto a *latitudo*, anche per garantire al fondo assoggettato un minor limitazione non solamente dal punto di vista contenutistico, ma anche sotto l'aspetto spaziale e materiale, cui si affiancava, come visto, anche l'obbligo di *munitio*<sup>162</sup>.

Dalla normativa decemvirale, infatti, apprendiamo che la *via* doveva rispettare una *latitudo legitima* stabilita dal legislatore, che probabilmente intendeva bilanciare le concorrenti esigenze dei proprietari dei due fondi coinvolti, che diverranno in prosieguo di tempo servente e dominante<sup>163</sup>. Si è più volte ribadito che il suo contenuto consentiva il passaggio con il carro (*agere iumentum*) e per tale ragione la misura era stata fissata, nel rettilineo, in otto *pedes*, pari a quasi due metri e mezzo, e nel doppio in curva<sup>164</sup>. Se, quindi, le parti intendevano costituire una servitù di passaggio che non avesse alcuna funzione limitare e che fosse più contenuta rispetto alla *via* ricorrevano agli altri due *iura itinerum*, a seconda che fosse sufficiente il passaggio a piedi o in lettiga, ovvero si volesse attraversare il fondo cavalcando, con il gregge o sempre con il carro, ma fosse sufficiente una minore ampiezza della sede stradale<sup>165</sup>. Invero, ci sono state tradite diverse fonti che

---

<sup>162</sup> M.F. CURSI, *L'autonomia*, cit., 802 ss.

<sup>163</sup> Non si ritiene pienamente condivisibile tuttavia l'interpretazione di M.F. CURSI, *L'autonomia*, cit., 802 che definisce la prescrizione duodecimtabulare come «la scelta del legislatore di fissare un modello standardizzato di servitù di passaggio», posto che la nozione di servitù doveva, con buona probabilità, ancora emergere dalle riflessioni giurisprudenziali e che il legislatore non intendeva forse tipizzare l'intera figura, quanto piuttosto disciplinare unicamente gli aspetti più delicati, quali la larghezza e la *munitio*, di un diritto che era sorto nella prassi e che, come tale, fino a quel momento era abbandonato alla determinazione privatistica.

<sup>164</sup> Tale calcolo si basa sull'assunto che l'unità del *pedes* corrispondesse a 0,296 m, come sostenuto da A. SEGRÈ, *Pesi e misure*, in *Guida allo studio della civiltà romana antica*<sup>2</sup>, a cura di V. Ussani e F. Arnaldi, II, Napoli, 1959, 536 ss. Se questa è la misurazione corretta, si deve allora rilevare che la stessa non pare compatibile con il passaggio contemporaneo di due carri o comunque di due coppie di buoi aggiogati, come riportato da Isid. *agr.*, Lach. 370.10-370.12, a meno che non si voglia ritenere che la doppia estensione del tratto stradale in curva dovesse consentire ad un carro di attendere che l'altro gli cedesse il passo. Tale dato, inoltre, è particolarmente significativo, se si considera che una simile dimensione non consentiva il passaggio dei carri più grandi, idonei al trasporto di grosso materiale da costruzione: ciò potrebbe spiegare perché si riconducesse alle facoltà proprie della *via* anche il *lapidem aut tignum trahere*, inevitabile qualora appunto la larghezza della sede stradale non consentisse il trasporto di massi e ingombranti tronchi mediante gli appositi veicoli.

<sup>165</sup> La larghezza della *via* è stata considerata anche da C. MÖLLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010, 45 ss. quale elemento rivelatore dell'originaria derivazione delle servitù prediali di passaggio, che l'autrice riconduce alla figura dei *limites subruncivi*, ispirandosi a quanto già osservato dal Puchta: «Durch die Heranziehung der Schriften der Feldmesser konnte er zeigen, daß die Bestimmung der Wegbreite mit den Festlegungen für die *limites* der Agrimensoren übereinstimmt. Diese Parallele hat er zu Recht als Beweis für die Identität von *limites subruncivi* und *viae* angesehen. Die doppelte



attestano una larghezza standardizzata anche per l'*actus*. Ci si riferisce in particolare a Varro *l.l.* 5.34<sup>166</sup>, Isid. *orig.* 15.15.4-5<sup>167</sup> e Plin. *nat. hist.* 18.3.9<sup>168</sup>. Le quali, nondimeno, paiono trattare di una figura diversa rispetto al diritto servile<sup>169</sup>, dal momento che accanto alla misura della larghezza dell'*actus* è prevista anche quella della lunghezza, che certamente in ipotesi di una servitù prediale non poteva essere predeterminata. Nulla risulta, invece, per l'*iter*: le fonti che ne fanno menzione, infatti, non ci consentono concretamente di stabilirne una larghezza prefissata<sup>170</sup>. Pare, quindi, che si possa concludere per l'inesistenza di norme di origine legislativa che stabilissero una *latitudo legitima* anche per le servitù di passaggio recenziori.

La genesi di tali successive figure, la cui metamorfosi in *iura in re aliena* sembra aver preceduto quella della *via*, ancorata più saldamente ad una concezione comproprietaria, è quindi da rintracciarsi anche nella necessità di libera determinazione della misura latitudinale, che potrebbe rappresentare un altro valido elemento distintivo tra *via* ed *actus*.

Parte della dottrina ha, tuttavia, rilevato come la libera determinazione privata della *latitudo* si fosse successivamente estesa anche alla *servitus viae*<sup>171</sup>. In particolare, ci si

---

Wegbreite in der ‚Kurve‘ erklärte er damit, daß an der Kreuzung solcher *limites* eine Handhabung von Fuhrwerken nur mit dieser größeren Breite möglich gewesen sei. Puchta hat überzeugend auf das verkehrstechnische Erfordernis hingewiesen, daß in einer Kurve, die sich aus einer rechtwinkligen Kreuzung ergibt, zusätzlicher Spielraum für die Fuhrwerke vorhanden sein muß. Voigt hat das Argument hinzugefügt, daß die Schwerfälligkeit und Ungelenkigkeit des römischen *plaustrum* eine derartige Verbreiterung erforderlich gemacht habe». La teoria di una funzione eminentemente pubblica della *via privata* (cfr. C. MÖLLER, *Die Servituten.*, cit., 61 s.), che avrebbe rappresentato la maggior distinzione con le altre servitù di passaggio, non pare tuttavia condivisibile. È pur vero che la *via* è l'unica delle servitù prediali ad essersi inserita almeno nella sua fase genetica nel sistema della viabilità romana che era perlopiù di natura pubblicistica. Non si deve tralasciare, tuttavia, che accanto al sostantivo *via* i giuristi, i gromatici e spesso anche le fonti epigrafiche affiancavano l'aggettivo *privata* e, come si è potuto vedere dall'esame delle diverse fonti, ne avevano concepito una categoria autonoma, composta appunto da quelle vie che non garantivano il passaggio all'intera comunità, ma solo a soggetti determinati in ragione di specifiche qualità.

<sup>166</sup> Varr. *l.l.* 5.34: *ager dictus in quam terram quid agebant, et unde quid agebant fructus causa; alii quod id Graeci dicuntur ὄργον. Ut ager quo agi poterat, sic qua agi actus. Eius finis minimus constitutus in latitudinem pedes quattuor (fortasse an ab eo quattuor, quod ea quadrupedes agitur); in longitudinem pedes centum viginti; in quadratum actum et latum et longum esset centum viginti.*

<sup>167</sup> Isid. *orig.* 15.15.4-5: *actus minimus est, latitudine pedum quattuor ... 5. Actus quadratus undique finitur pedibus CXX ... Actus duplicatus iugerum facit ... Iugerum autem constat longitudine pedum ducentorum XL, latitudine CXX.*

<sup>168</sup> Plin. *nat. hist.* 18.3.9: *actus (scil. Vocabatur) in quo boves agerentur cum aratro uno impetu iusto; hic erat CXX pedum.*

<sup>169</sup> M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 48 ha ritenuto che facciano più che altro riferimento all'*actus minimus*, su cui si legga G. POLARA, '*Actus minimus*' e '*actus quadratus*', in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 655 ss.

<sup>170</sup> Per una rassegna di passi che menzionano la *latitudo* dell'*iter* si legga G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 96 ss. L'irrelevanza o la scarsa utilità di tali testimonianze è eccepita tuttavia da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 132, nt. 43.

<sup>171</sup> Cfr. M.F. CURSI, *L'autonomia*, cit., 806 ss., in cui l'autrice ipotizza che la definitiva trasformazione della *via* in *ius in re aliena* ne abbia mutato anche la disciplina, consentendo ai privati di stabilirne discrezionalmente la *latitudo*, come ricavabile da Iav. 10 *ex Cass.* D. 8.3.13.1-3.

sofferma sulla lettura di un passo paolino, in cui l'autore tramanda che la larghezza della via poteva risultare maggiore o minore degli otto piedi legislativamente stabiliti, a condizione che consentisse comunque il passaggio con il carro, altrimenti si sarebbe trattato di una servitù di *iter*.

Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.3.23 pr.: *Via constitui vel latior octo pedibus vel angustior potest, ut tamen eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest: alioquin iter erit, non via.*

La lettura di questo frammento, dunque, pare nuovamente affievolire la differenza materiale tra *via* ed *actus*, appena individuata ed aumentare i dubbi circa l'opportunità di conservazione della figura più risalente, che, tuttavia, risulta ancora presente nelle fonti. Se, infatti, sia la larghezza della via che quella dell'*actus* possono essere liberamente determinate dall'autonomia privata, la loro sede stradale può perfettamente coincidere quando a misure latitudinali. La dottrina tenta di rispondere a tale interrogativo, richiamando primariamente il tradizionalismo della giurisprudenza romana, nonché il «suo modo di operare per tipi»<sup>172</sup>, considerazioni che, tuttavia, non rendono una spiegazione soddisfacente. Pur ammettendo un sistema tipico, infatti, non si comprende, quale sarebbe la ragione della conservazione di un tipo privo di alcuna utilità. A ciò si aggiunga che il tradizionalismo della giurisprudenza romana non era talmente accentuato da offuscarne il celebre pragmatismo o, almeno, una simile valutazione non si può ritenere valevole per l'intero sviluppo della scienza giuridica romana.

La libera determinazione della *latitudo* della via può essere ricavata anche dalla lettura di un'altra commentatissima fonte, che, in tale contesto, si riporta solo in riferimento alla parte che più ci interessa.

---

<sup>172</sup> M.F. CURSI, *L'autonomia*, cit., II, 806 s. Le medesime motivazioni erano già state vagliate da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 266 ss., il quale, tuttavia, vi aggiunge anche una speculazione di carattere pratico-economico. L'autore, infatti, ritiene che la trasformazione della via in un diritto reale costituisse quasi una scelta obbligata per la giurisprudenza, ricollegabile all'esigenza di tutelare i fondi da forme di vincoli così invasivi, quali potevano essere quelli comproprietari. La conservazione della via, comunque, presupporrebbe che *iter* ed *actus* non fossero sufficienti a soddisfare tutte le esigenze relative alla viabilità romana: dato che, mi pare, non venga dimostrato dall'autore, nella misura in cui sceglie di non approfondire la differenza contenutistica di *via* ed *actus*, anche in riferimento a quelle facoltà che si reputano di risalenza arcaica, quale ad esempio *l'bastam rectam ferre*, su cui lo stesso valuta più opportuno l'esercizio dell'*ars ignorandi* (Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 123, nt. 15).

Iav. 10 ex Cass. D. 8.3.13.2: *Latitudo actus itinerisque ea est, quae demonstrata est: quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est. in via aliud iuris est: nam si dicta latitudo non est, legitima debetur.*

Il giurista cerca di stabilire quali possano essere le modalità di determinazione della *latitudo* delle servitù di passaggio e a tal fine opera una debita distinzione. Per *iter* ed *actus* essa dovrà essere determinata dalle parti e qualora questo non avvenga, poiché le stesse non sono in grado di trovare un accordo o, magari, perché ritengano opportuno farsi assistere da un tecnico, si individuerà un arbitro che vi provveda<sup>173</sup>. Nell'ipotesi in cui invece non fosse stata stabilita la larghezza della via, com'è noto, esisteva una specifica disposizione legislativa, XII Tab. VII.7, che dettava le misure minime della *servitus viae* e che quindi poteva fungere da criterio residuale di definizione della relativa larghezza della sede stradale.

Tuttavia, tale fonte presenta un altro profilo di rilevanza ai fini della presente ricerca: da essa si ricava che il primo e principale criterio di determinazione della *latitudo* consisteva nella volontà delle parti<sup>174</sup>, circostanza che confermerebbe

Seguendo sempre il criterio della consistenza materiale delle servitù di passaggio, nondimeno, si può evidenziare quanto tramandatoci da altra fonte, che aggiunge degli elementi di valutazione ulteriori in merito alle facoltà che costituivano il contenuto dei *iura itinerum*.

Pomp. 14 ad Q. Mucium D. 8.1.13: *Si tam angusti loci demonstratione facta via concessa fuerit, ut neque vehiculum neque iumentum ea inire possit, iter magis quam via aut actus adquisitus videbitur: sed si iumentum ea duci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur adquisitus.*

Secondo Pomponio, dunque, se, dopo il sopralluogo di uno spazio angusto, la via è stata comunque concessa, nonostante non vi possa entrare né un carro, né il bestiame, è più opportuno ritenere che sia stato acquisito l'*iter* o l'*actus*, piuttosto che la *via* e se

---

<sup>173</sup> Nel caso di specie, come si apprende dalle parole che precedono questo frammento, la servitù veniva costituita mediante un legato e non tramite un negozio *inter vivos*. Ne consegue logicamente che la determinazione della larghezza della servitù spettasse al testatore e qualora questo non vi avesse provveduto risultava inevitabile rivolgersi ad un *arbiter*.

<sup>174</sup> Per un'approfondita analisi del frammento si legga M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 78 ss.

attraverso la stessa si riesce a condurre solo l'armento, ma non il carro, pare sia stato acquisito l'*actus*. Il giurista pone, quindi, in luce una possibile caratterizzazione peculiare dell'*actus*, che lo distinguerebbe dalla *via*: esso, infatti, può ritenersi costituito, quando si preveda unicamente la facoltà di passare con il bestiame e non con i veicoli.

Tale specifica distinzione, tuttavia, non compare dalle altre fonti, che, anzi, come visto, testimoniano sempre la contemporanea compresenza delle due facoltà di condurre bestiame e di passare con il carro; non è, pertanto, pensabile che l'*actus* in origine si identificasse unicamente con la prima. Si è, quindi, ipotizzato che la questione trattata sia riconducibile alle riflessioni dei giuristi tardorepubblicani e che fosse frutto di un tentativo di delineare una plausibile differenziazione tra *via* ed *actus*. Tale ricostruzione, tuttavia, non ebbe fortuna presso i giuristi successivi<sup>175</sup>. Nondimeno, ciò che è possibile ricavare da questa testimonianza, senza timore di contraddire gli altri passi esaminati, è che il contenuto dell'*actus* poteva essere ridotto ad opera dell'autonomia negoziale alla mera conduzione di bestiame, con esclusione del transito di veicoli. Tale limitazione, invece, pare non fosse nemmeno concepibile per la *via*, che, considerate la sua struttura comproprietaria ed il suo inquadramento nell'ampio sistema della viabilità romana, non doveva ammettere modifiche strutturali tanto invasive. Per l'*actus*, invece, le parti potevano escludere una delle facoltà che gli erano proprie, essendo loro riconosciuta la possibilità di modellarlo al di là della sua configurazione usuale, sebbene non dovesse essere un'ipotesi frequente.

È, inoltre, rilevante la fattispecie concreta in cui pare inserirsi la riflessione di Pomponio: la *angusti loci demonstratio* fa supporre che la costituzione della servitù abbia seguito un sopralluogo, necessario per la particolare condizione topografica del fondo servente. Se, quindi, non vi era uno spazio sufficiente per concedere una *servitus viae*, sarebbe comunque stato pensabile l'*actus*, che quindi doveva essere necessariamente più stretto. Tale considerazione, pertanto, porta a supporre che la sede stradale della via potesse essere ridotta nella sua *latitudo*, ma mai oltre un certo limite che probabilmente coincideva con la misura idonea alla concreta possibilità di esercizio delle facoltà che ne rappresentavano il contenuto.

---

<sup>175</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 152.

Infine, la collocazione della disputa sulla distinzione contenutistica e materiale di *via* ed *actus* verso la fine della repubblica pare coerente anche con la più tarda metamorfosi della prima in diritto reale limitato: in tale contesto pare, quindi, logico che i giuristi, mutata la struttura comproprietaria della *via*, che inizialmente doveva costituire la differenza più evidente con l'*actus*, si interrogassero in cosa ancora potessero differire queste due figure.

Riassumendo quanto si è potuto ricavare dall'analisi delle fonti giuridiche, la distinzione tra *via* ed *actus*, sebbene minimale, può essere valorizzata sia sotto un profilo contenutistico, che sotto l'aspetto materialistico. La *via*, che appunto era più estesa sotto entrambe le prospettive, ricomprendeva due facoltà ulteriori individuabili nella possibilità di trascinarvi massi o travi, da cui derivava anche l'obbligo di *munitio*, e da quella di misurarne l'altezza allo scopo di mantenervi un sovrastante spazio libero, sufficiente a consentire il passaggio ai veicoli con il massimo carico. Originariamente, come si è dimostrato, la sede stradale della *via* era legislativamente determinata ed era più ampia di quella degli altri *iura itinerum*. In un secondo momento, venne riconosciuta ai privati la facoltà di costituire una *via* di ampiezza diversa rispetto a quella dettata dal precetto decenvirale, ma comunque sufficiente all'esercizio di tutte le facoltà che ne costituivano il contenuto tipico. Per tutte le servitù di passaggio l'autonomia privata divenne il primo criterio di definizione della *latitudo*, oltre che ovviamente della collocazione della sede stradale e dell'andamento del percorso, ma per la *via* sola si conservava ancora il criterio alternativo della disposizione legislativa.

Nondimeno, si deve evidenziare che la tendenza della giurisprudenza a collocare le servitù di passaggio le une dentro le altre è elemento rivelatore di un dato che non può essere sottovalutato: era perfettamente ammissibile, nell'ottica dei giuristi, che ognuna di esse fosse costituita da un certo numero di facoltà, che potevano essere isolate e rese autonome nella costruzione di *ius in re aliena* in un processo in cui i privati agivano secondo la loro immediata convenienza. La tipicità delle prime figure prediali emerge, comunque, quale limite all'autonomia privata nell'impossibilità di costituire una *servitus viae* che non presentasse appunto il contenuto tipico, nondimeno tale stringente restrizione non è ravvisabile nell'*actus*, che appunto poteva anche costituirsi escludendone la facoltà di transito dei carri.

Pare coerente ipotizzare, pertanto, che in tempi assai più risalenti sia stata proprio la forza propulsiva dell'autonomia negoziale a superare il dettato decenvirale e, senza che fosse legislativamente ammessa la relativa possibilità ovvero che vi fosse un diverso intervento da parte dei protagonisti delle fonti del diritto, le parti si convinsero che anche le singole facoltà che componevano la *via* potevano essere estrapolate dalla stessa e divenire figure autonome<sup>176</sup>. La larghezza di otto piedi sarebbe stata eccessiva per tagliare il fondo altrui a piedi o anche con il carro ed il vicino forse non si sarebbe nemmeno reso disponibile a sacrificare un così largo tratto del suo campo, destinato a coltura, ma se invece si fosse pattuita la costituzione un sentiero più ristretto, ovvero non si fosse imposto al proprietario del fondo di lastrarlo, egli si sarebbe mostrato disposto, a fronte di un adeguato corrispettivo, a comprimere per una così piccola parte il suo diritto dominicale e a cedere l'*iter* ovvero l'*actus*. Quel passaggio, infatti, a causa della predeterminazione decenvirale, non poteva considerarsi una *via* e doveva necessariamente configurarsi in altre figure autonome, dalla stessa ontologicamente diverse.

Se queste due ultime servitù vissero una prima fase in cui esse avevano una struttura comproprietaria, ugualmente alla *via*, ovvero si siano configurate immediatamente quali *iura in re aliena* non è oggettivamente possibile stabilirlo. Nondimeno, la prima pare la tesi più probabile, anche volendo considerare la distinzione *res corporales/res incorporales* l'elaborazione di una giurisprudenza più evoluta, non si riesce, tuttavia, a dimostrare convincentemente che le *res mancipi* fossero un insieme spurio costituito da soli elementi che avessero uno specifico valore sociale, senza che la loro qualifica di *res* rendesse imprescindibile la loro individuazione materiale e, conseguentemente, nell'ipotesi dei *iura praediorum* un'originaria struttura comproprietaria<sup>177</sup>. Fu solo in un secondo momento, quindi, che si avvertì l'inadeguatezza di tale schema giuridico per la configurazione di simili diritti che si atteggiavano ormai più come facoltà limitate sul fondo altrui che come un'effettiva appartenenza della striscia del campo assoggettato. L'essenziale intervento giurisprudenziale, pertanto, si può cogliere non tanto nel momento in cui dalla *via* vennero estrapolate le altre due servitù di passaggio, bensì quando alle stesse si dovette

---

<sup>176</sup> Cfr. M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 133 s.

<sup>177</sup> Si veda al riguardo M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 138 ss., la quale in nt. 362 avanza un'interessante ipotesi sulla testimonianza Gai. 1.120, nella quale le servitù non verrebbero tralasciate, poiché prive di carattere concreto, ma addirittura coinciderebbero con i *praedia*.

fornire un'adeguata veste giuridica<sup>178</sup>. I veri protagonisti, quindi, del primo mutamento e della derivazione dei *iura itinerum* dalla *via* furono i privati, nell'esercizio della loro autonomia negoziale<sup>179</sup>.

### 7. Le testimonianze della prassi.

Quanto sinora osservato sull'emersione dei *iura praediorum* più antichi impone di soffermarsi sulle fonti che meglio tramandano la prassi quotidiana della società romana. Ci si riferisce alle epigrafi<sup>180</sup>, testimonianze particolarmente preziose per desumere le esigenze che hanno portato i privati, giuridicamente digiuni, ad escogitare sistemi per superare anche i problemi più banali, ma non per questo meno impellenti.

L'esame complessivo delle fonti epigrafiche ci offre un quadro, in cui, forse impropriamente, possiamo cercare di individuare le categorie trattate dai giuristi o ancora meglio dai gromatici. Sicuramente vi è testimonianza di numerose vie pubbliche, la cui natura è ricavabile dalla menzione della loro costituzione o del restauro ad opera di un determinato magistrato, ovvero del decreto istitutivo della via medesima o da altri elementi similari<sup>181</sup>. Esse, tuttavia, esulano dall'oggetto della presente trattazione e non verranno quindi investigate. Paiono, invece, totalmente assenti le *viae vicinales*: circostanza che suscita, invero, un certo stupore, tanto che autorevole dottrina ha ipotizzato che non si tratti di una casualità, ma che il riferimento ad una via vicinale in un'iscrizione, considerata l'eterogeneità di condizioni in cui ricadeva la relativa viabilità, avrebbe potuto

---

<sup>178</sup> *Contra* F. ZUCCOTTI, *Ancora sul «modus servitutis»*, cit., 4 ss.

<sup>179</sup> In particolare, M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 146 ss. ritiene, desumendolo da un passo di Giavoleno che si vedrà *infra*, Iav. 10 *ex Cass.* D.8.3.13.1-3, che lo strumento attraverso cui la prassi riuscì a modificare la *via* per trarne *iter* ed *actus* fu il *modus servitutis* che veniva apposto alla prima. Non è chiaro da dove l'autrice tragga la convinzione, che il *modus*, in epoca classica impiegato quale correttivo della tipicità delle servitù esistenti, in età arcaica abbia, per converso, consentito la nascita di nuovi tipi. Tale argomentazione inoltre risulta contraddittoria: se davvero il *modus* fosse stato lo strumento attraverso cui incidere nella struttura di un diritto prediale al fine di crearne una nuova figura, avendo «un ruolo propulsivo nello stesso processo di tipizzazione», non è spiegato come poi il medesimo istituto potrebbe essere mutato al punto da consentire unicamente modificazioni attinenti all'esercizio del diritto.

<sup>180</sup> Posto che il fine del presente capitolo è quello di rinvenire ed esaminare il momento genetico delle servitù prediali, verranno ovviamente privilegiate le iscrizioni rinvenute in località in cui potesse dirsi esistente il diritto proprietario nella forma di *dominium ex iure Quiritium*, con esclusione, quindi, delle regioni in cui prevaleva l'*ager publicus* e in cui le esigenze agricole potevano forse essere soddisfatte altrimenti. Ci si concentrerà, pertanto, sull'*ager divisus et adsignatus*.

<sup>181</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 53, 54, nt. 60, cui si rimanda per un'analisi di queste epigrafi.

creare troppa confusione circa il suo regime ed il conseguente contegno da seguire<sup>182</sup>. Inoltre, si è già visto come rarissime siano le iscrizioni che trattano delle *viae communes*<sup>183</sup>.

Emerge chiaramente la categoria delle vie private, che sovente vengono menzionate espressamente tramite il sostantivo *via* ovvero *iter* accompagnati dall'aggettivo *privatus, a, um*. Essa, tuttavia, ha un carattere estremamente eterogeneo e spesso le indicazioni testuali non sono sufficienti a stabilire se si faccia riferimento ad un *ius itineri* o ad altra forma di passaggio attraverso il fondo. Ciò che, nondimeno, apprendiamo da tali testimonianze è che la pur capillare viabilità pubblica e centuriale non era sufficiente a consentire l'accesso a tutti i fondi. Questo principalmente, da quanto risulta dagli scritti degli agrimensori, è riconducibile sia ad una parcellizzazione degli *agri* successiva alla loro *limitatio*, sia alla mancata centuriazione di alcune aree<sup>184</sup>. Questo problema concreto offrì l'occasione per lo sviluppo di una viabilità privata, che consentisse di accedere alle proprietà intercluse. La stessa, tuttavia, non presentava sempre la medesima condizione giuridica ed anzi dalle fonti considerate si può evidenziare come le soluzioni rinvenute nella prassi potessero concretarsi in tre diverse vesti giuridiche.

*In primis* infatti, nelle testimonianze che risultano essere le più numerose nell'epigrafica attinente alla viabilità privata troviamo iscrizioni in cui si attesta la costituzione su una via di un diritto di proprietà esclusivo. Esse generalmente presentano un sostantivo quale *via* o *iter* accompagnato dall'aggettivo *privatus, a, um* ed il nome del titolare al genitivo, in mancanza del quale l'attribuzione della sede stradale ad un determinato soggetto veniva segnalata tramite l'apposizione del cippo in un luogo specifico<sup>185</sup>. Pare plausibile, quindi, che queste epigrafi fossero state collocate dal *dominus* agli ingressi del suo passaggio privato al fine di palesare appunto l'esclusività del diritto vantato sulla striscia di terra: l'epigrafe pertanto aveva la funzione principale di rendere noto ai passanti il divieto di accesso alla via. Il diritto vantato si configurava come *dominium ex iure Quiritum* per i fondi italici e come proprietà provinciale per gli altri. In entrambi i casi tuttavia la *via privata* non rappresentava un diritto reale su cosa altrui o una situazione giuridica di natura obbligatoria, ma un vero proprio diritto dominicale sulla sede stradale che assicurava l'accesso alla via pubblica o al rifornimento d'acqua.

---

<sup>182</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 55.

<sup>183</sup> V. p. 29.

<sup>184</sup> Cfr. M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 81 s.

<sup>185</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 125.



Secondariamente, si può notare il ricorso all'istituto del *precarium*, che tuttavia pare una concessione temporanea e attribuibile a soggetti determinati, non individuati tuttavia nella loro condizione di proprietari di fondi finitimi, ovvero addirittura ad una pluralità di persone. L'indeterminatezza dei beneficiari della concessione, spesso corrispondenti a piccole comunità, porta pertanto a ritenere che il precario potesse anche servire piccoli insediamenti rurali. Tale soluzione, maggiormente impiegata nell'arco temporale tra la prima metà del I secolo a.C. e i primi due secoli del principato, aveva sicuramente il pregio di una maggiore elasticità ma era anche caratterizzata ovviamente da un'imprescindibile durata temporanea<sup>186</sup>. Dall'analisi dei caratteri sommariamente esposti è stato ipotizzato che la funzione principale della concessione precaria rappresentasse inizialmente una valida alternativa provvisoria a tratti stradali interrotti o stagionalmente impraticabili e che successivamente invece essa si sia stabilizzata quale modalità di concessione transitoria di un percorso<sup>187</sup>.

La terza via che emerge dai documenti della prassi è, invece, quella di *iter* ed *actus* nella forma di servitù di passaggio, configurazione che garantiva la perpetuità del diritto, ma anche lo sfruttamento della sede stradale da parte di più soggetti specificamente determinati in quanto titolari del fondo dominante. Le più risalenti iscrizioni da cui risulta con una significativa probabilità la costituzione di un *ius praedi* vengono collocate attorno agli ultimi decenni del I secolo a.C.

La prima epigrafe su cui ci si vuole soffermare, *CIL* I, 1831, non consente in realtà di stabilire se ci si riferisse ad un diritto reale limitato, ovvero alla concessione di una facoltà revocabile tramite l'istituto del precario<sup>188</sup>.

*CIL* I, 1831: *Via inferior / privatast / T(iti) Umbreni C(ai) F(ili) / precario itur / pecus plostru(m) / niquis agat.*

---

<sup>186</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 117.

<sup>187</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 148 s. il quale ricollega l'ampio uso del precario nelle zone rurali ad una resistenza dei *domini* a concedere diritti più stabili e duraturi, come le servitù.

<sup>188</sup> Sull'origine ed il contenuto di tale istituto si rimanda a V. SCIALOJA, *Sopra il 'precarium' nel diritto romano*, Roma, 1878, ora in *Studi Giuridici*, I, Roma, 1933, 1 ss.; P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano, 1969; M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 113 ss.

L'epigrafe si legge in un cippo calcareo rinvenuto nella località di Carcariola, nel comune di Civita Ducale, ed è riconducibile alla prima metà del secolo I a.C.<sup>189</sup>. Tale datazione, estremamente rilevante ai fini della presente ricerca, è desunta dal tracciato delle lettere, tra cui la *L* incisa con angolo acuto, ma anche dalla parola *plostrum*, variante più antica di *plaustrum*<sup>190</sup>. A ciò si aggiungono altri aspetti morfologici e stilistici, quali *privatast* e *itur*.

Il frammento tratta di una via inferiore che appartiene ad un soggetto privato. Sulla medesima è concesso il passaggio a titolo precario solo nella forma dell'*iter* ed è invece precluso l'*actus*. Tale divieto assume significato, considerando che si tratta di una zona in cui erano molto diffuse la pastorizia e la transumanza delle greggi tra pascoli posti a diverse altitudini<sup>191</sup>. Pertanto, in un contesto in cui frequentemente i campi dovevano essere attraversati dagli armenti, è ipotizzabile che in questo particolare caso si volesse porre un cippo che rammentasse la vigenza del relativo divieto, necessario magari alla conservazione di una particolare coltura. In tale epigrafe, dunque, la *via* è concepita primariamente come sede stradale appartenente ad un determinato soggetto; tuttavia, risulta di un certo interesse la menzione di *iter* ed *actus*, che pur essendo, rispettivamente, concesso e vietato ad una pluralità indefinita di soggetti, paiono ricalcare esattamente i corrispondenti diritti prediali<sup>192</sup>. In particolare, rileva la precisa definizione del contenuto dell'*actus* tramite l'espressione *pecus plostru(m) / niquis agat*, che trova quasi esatto riscontro in Ulp. 2 *inst.* D. 8.3.1 pr. e Paul. 21 *ad ed.* D. 8.3.7 pr. *supra* esaminati.

Segue cronologicamente un'altra iscrizione ora irreperibile e attribuita a *Carthago Nova*, oggi Cartagena, in Spagna<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> In tal senso M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 3 s.

<sup>190</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 4. La grafia *plostrum* è l'unica impiegata da Catone, come si può leggere in Cato *agr.* 2.10.62. Essa inoltre è rinvenibile in Varro *rust.* 1.22.3. Infine, ricorre anche in l.l. 60 e 62 della *Tabula Heracleensis* (CIL I, 589). È interessante notare al riguardo che il medesimo lemma, se riportato nelle fonti successive, assume una valenza pseudoarcaizzante.

<sup>191</sup> M. PASQUINUCCI, *La transumanza nell'Italia romana*, in *Strutture agrarie e allevamento transumante nell'Italia romana (III-I sec. a.C.)*, a cura di E. Gabba e M. Pasquinucci, Pisa, 1979, 114, 143 ss., nonché P. CAMERIERI – T. MATTIOLI, *Transumanza e agro centuriato in alta Sabina, interferenze e soluzioni gramatiche*, in *Lazio e Sabina. 7. Atti del convegno* (Roma, 9-11 marzo 2010), a cura di G. Ghini, Roma, 2011, 11 ss.

<sup>192</sup> Tra le molte epigrafi dal contenuto simile si segnala CIL I, 2214: *Vieam precaream*. Essa, tuttavia, porta ad ipotizzare un errore del lapicida, tesi coerente con il ritrovamento del reperto, avvenuto nella cava romana di Aurisina. Nondimeno, non si può nemmeno escludere definitivamente l'opposta tesi della correttezza testuale, poiché esistono altre testimonianze dell'uso del sostantivo *vieam*, databili sempre attorno al secolo I a.C. M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 6, nt. 16 cita Varro *rust.* 1.2.14: *A quo rustici etiam nunc quoque viam vebam appellant propter vecturas*.

<sup>193</sup> Cfr. M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 8., il quale rileva anche come le recenti notizie sulla centuriazione del territorio dell'odierna Cartagena ci permettono di supporre che la proprietà potesse configurarsi come *dominium*.

CIL II, 3443: *Iter privat(um) / [---] ab pariete / [---]n iter late / pedes III ad / [---]inta summa*<sup>194</sup>.

L'interesse che suscita il reperto è riconducibile soprattutto alla determinazione della misura di questo percorso, di cui vengono specificate larghezza<sup>195</sup> e, presumibilmente, lunghezza e che, pertanto, non doveva rappresentare un avvertimento per il viandante circa l'esclusività del tratto stradale posto appunto sul fondo privato, quanto piuttosto la determinazione della sede su cui insisteva la servitù di *iter* per il fondo confinante.

Altra epigrafe di grande interesse e, forse, la più importante ai fini della presente ricerca è leggibile in un cippo di calcare proveniente da *Corduba*, odierna Cordoba, nella regione della Betica, e databile al secolo I a.C.<sup>196</sup>.

CIL II, 699a: *[Hi]c viae / servitus / imposita / est ab soc(iis) / Sisap(onensibus) susum / ad montes / sociorum S(isaponensium) lat(a) ped(es) XIV*<sup>197</sup>.

Quanto alla terminologia impiegata si noti, primariamente, che l'espressione *viae servitus imposita est* è propria del formulario negoziale e ricorrente anche dalle fonti giuridiche quali, per citarne alcune, Ulp. 18 *ad Sab. D. 7.1.14.7*; Pomp. 5 *ad Sab. D. 7.1.19 pr.*; Pomp. 5 *ad Sab. D. 7.6.2*; Ulp. 17 *ad ed. D. 8.1.2*; Paul. 15 *ad Plaut. D. 8.1.8 pr.*; Paul. 15 *ad Sab. D. 8.1.14.2*.

---

<sup>194</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 8 s. per l'ultima lacuna ipotizza si trattasse di un aggettivo numerale cardinale corrispondente ad una decina. Pertanto, lo stesso integra con *[tri]inta*, *[quadri]inta* aut similia, preceduto da *pedes*, che rappresenterebbe la lunghezza del percorso. Dalla rappresentazione tratta dal *Corpus inscriptionum latinarum*, infatti, è possibile riscontrare una frattura lungo il margine destro, che tuttavia risulta assai ardua da ricomporre a causa dell'impossibilità di un rilievo autoptico.

<sup>195</sup> Stimata da M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 8 in poco meno di un metro, essa si calcolava dalla parete, che doveva trovarsi nelle vicinanze dell'iscrizione.

<sup>196</sup> A. VENTURA VILLANUEVA, '*Susum ad montes s(ocietatis) S(isaponensis)*': *nueva inscripción tardorrepública de Corduba*, in *Anales de Arqueología Cordobesa*, IV, 1993, 49 ss.; E. RODRIGUEZ ALMEIDA, *Una nuova iscrizione ispanica relativa ai 'soci miniarum Sisaponensium'*, in *BCAR*, XCVI, 1994-1995, 173 ss.; E. MELCHOR GIL, *La red viaria romana y la comercialización de los metales de Sierra Morena*, in *Rutas, ciudades y moneda en Hispania*, Madrid, 1999, 322; C. FERNÁNDEZ OCHOA - C. ZARZALEJOS PRIETO - C. BURKHALTER THIEBAUT - P. HEVIA GÓMEZ - G. ESTEBAN BORRAJO, *Arqueominería del Sector Central de Sierra Morena: introducción al estudio del Área Sisaponense*, Madrid, 2002, 52 ss.; M.P. PAVESE, '*Iter actus*', cit., 10.

<sup>197</sup> Si adotta in tale sede, per i motivi suesposti, la lettura di M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 10. Tuttavia, A. VENTURA VILLANUEVA, *Susum ad montes*, cit., 49 ss. propone due diverse versioni integrate: *[Hi]c viae / servitus / imposita / est ab soc(ietate) / Sisap(onensi) susum / ad montes / sociorum S(isaponensium) lat(a) ped(es) XIV* ovvero *[Hi]c viae / servitus / imposita / est ab soc(ietatis) / Sisap(onensis) susum / ad montes / sociorum S(isaponensium) lat(a) ped(es) XIV*.

Questa iscrizione, come detto, riveste un'importanza particolare al fine del presente studio, poiché testimonia la costituzione di una *servitus viae* al fine di consentire il trasporto dei prodotti dell'attività mineraria. Apprendiamo che la sede stradale su cui insisteva il *ius praediorum* aveva una larghezza di quattordici piedi<sup>198</sup>, pari a poco più di 4 metri: essa doveva correre dal punto di apposizione del cippo fino ai *montes*, oggi identificati con quelli situati a nord di Cordoba. Tale passaggio era stato costituito a favore dei soci Sisaponensi, ovvero coloro che appartenevano alla *societas Siasaponensi*, la quale ci è nota anche grazie ad altre fonti, sia letterarie quale Cic. *phil.* 2.19-48, che epigrafiche, come *CIL* X, 3964 e *CIL* VI, 9634. La lezione *s. Sisap.* è stata, tuttavia, sciolta facendo riferimento ai soci e non alla summenzionata società, poiché le testimonianze appena richiamate attestano chiaramente l'assenza di soggettività giuridica della società. Conseguentemente, i rapporti che la coinvolgevano si instauravano in capo ai soci: pertanto, anche nel caso di specie, si ritiene che agli stessi spetti la *servitus viae*.

Secondo le attestazioni che ci sono giunte<sup>199</sup>, la società Sisaponense si occupava dello sfruttamento minerario della regione *Betica* ed i suoi prodotti, quindi, dovevano essere trasportati verso la vicina città di Cordoba. Si noti, infatti, che la via considerata si congiungeva probabilmente alla viabilità principale che collegava l'antica città di *Sisapo*, collocata sulle montagne settentrionali, a quella di *Corduba* appunto, posta a meridione. Tale reperto, dunque, ha un duplice profilo di rilevanza, poiché esso rappresenta non solo la prima esplicita attestazione epigrafica di una *servitus viae*, ma testimonia soprattutto la sua costituzione al fine di favorire un'attività extraagricola. Il passaggio tra la cava e la viabilità pubblica, infatti, doveva consentire prevalentemente il trasporto dei prodotti minerari ed in particolare del cinabro, necessario per ricavare il mercurio: esso, pertanto, agevolava lo sfruttamento di un fondo tramite il compimento di un'attività con evidente scopo commerciale<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> Dato perfettamente compatibile con la prescrizione decemvirale di cui si è detto e che ci viene tradita dal già citato Fest. s.v. *viae* (Lindsay 508): *Et ita privatae (viae) VIII pedes in latitudine iure et lege ... lex iubet XVI in anfracto flexuque pedes esse vias.*

<sup>199</sup> Per le quali si rimanda a A. VENTURA VILLANUEVA, *Susum ad montes*, cit., 53 s. e C. FERNÁNDEZ OCHOA - C. ZARZALEJOS PRIETO - C. BURKHALTER THIEBAUT - P. HEVIA GÓMEZ - G. ESTEBAN BORRAJO, *Arqueominería*, cit., 52 s.

<sup>200</sup> Su questo punto si veda anche Cap. II, § 7.

Proseguendo nell'elencazione delle epigrafi che sinora ci sono giunte e che ci paiono più significative, si deve citare anche un grosso blocco di calcare presente nel muro di un'abitazione collocata a sud di Beirut, nella provincia della *Siria*<sup>201</sup>.

AE 1958, 165: *Via ad mur(um) / hac preca / rio itur et / agitur.*

Tale iscrizione ci narra dei diritti di *iter* ed *actus* esercitati a titolo di precario lungo la via privata che si accosta ad un muro. Specificamente, si può ritenere che la traduzione sia la seguente: «lungo questa via, tracciata fino al muro, si può passare a piedi ovvero la si può percorrere conducendo carri e veicoli a titolo precario». Altra versione possibile è, invece, quella per cui *hac* costituirebbe un avverbio di luogo indicando il punto dal quale inizia la via per cui si potrebbe *ire* ed *agere* gli armenti<sup>202</sup>.

Ai nostri fini quindi tale epigrafe è forse la meno rilevante, in quanto è espressamente citato il titolo precario della concessione sulla *via*, che pertanto deve essere tradotta come sede stradale. Nondimeno, preme evidenziare ancora una volta l'impiego della terminologia propria delle servitù di passaggio<sup>203</sup>. Senza volersi addentrare nella complessa questione della natura e della genesi del precario, si deve anche osservare che, se si accettano le tesi per cui esso derivava la sua origine da una concessione dell'*ager publicus*, attuata dallo Stato ovvero dai privati, si deve comunque notare che lo stesso aveva inizialmente ad oggetto cose corporali ed in particolare beni immobili o porzioni degli stessi. Non stupisce, quindi, che vi siano numerose attestazioni<sup>204</sup>, anche risalenti all'epoca arcaica<sup>205</sup>, che tramandano la concessione a titolo precario di *via*, *iter*, *actus* ed *aqueductus*. Questi ultimi, infatti, come già esplicitato, erano avvertiti come *res* ed in particolare venivano identificati con la *portio fundi* su cui insistevano<sup>206</sup>: non pare, quindi, che la loro concessione possa qualificarsi quale *precarium iuris*, quanto piuttosto come

---

<sup>201</sup> Cfr. M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 14 ss., il quale rileva come in tale località fosse stata costituita una colonia in età augustea, con conseguenti assegnazioni fondiarie ai veterani del principe, non potendosi quindi escludere che la forma proprietaria fosse, anche in questo caso, quella dominicale.

<sup>202</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 15, nt. 43.

<sup>203</sup> Sebbene l'espressione *precario itur* sia rinvenibile anche in *CIL I*, 1606, *CIL I*, 1831 e *CIL I*, 1905. Sulla frequenza con cui si utilizzava il termine *precario* con valore avverbiale nella letteratura latina e nelle fonti giuridiche si veda P. ZAMORANI, *Precario habere*, cit., 285 ss.

<sup>204</sup> *CIL I*, 1606, *CIL I*, 1831, *CIL I*, 1905, *CIL I*, 2214, *CIL V*, 2447, *CIL V*, 3472, *CIL X*, 1285, *CIL XI*, 3743, AE 1958, 165, AE 1982, 399, AE 1989, 146, ZPE 181 (2012), 215-217.

<sup>205</sup> Cfr. E.H. WARMINGTON, *Remains of old latin*, IV, London, 1979.

<sup>206</sup> Cfr. P. ZAMORANI, *Precario habere*, cit., 64 ss. *Contra* V. SCIALOJA, *Sopra il 'precarium'*, cit., 22 ss.

*precarium corporis*, se proprio ci si vuole affidare a tale distinzione<sup>207</sup>. Questo almeno per l'epoca di datazione delle fonti epigrafiche, contrariamente invece a quanto si può rilevare dalle fonti giuridiche, che ci offrono una diversa prospettiva.

Gai 25 *ad ed. prov.* D. 43.26.3: *Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas.*

In tale frammento, infatti, Gaio accosta alla concessione a titolo precario delle facoltà proprie delle prime quattro servitù rustiche quella di altre due servitù urbane. Pare logico dedurne, quindi, che la concessione in tali ipotesi venisse concepita quale *precarium iuris* per tutte le figure indicate, conformemente al superamento del retaggio che identificava i primi *iura praediorum* quali *res corporales*<sup>208</sup>.

Altra epigrafe che preme ricordare è la seguente<sup>209</sup>, proveniente da un cippo in trachite trovato nel comune di Montagnana e databile attorno alla prima metà del secolo I d.C.<sup>210</sup>.

CIL V, 2548: *Via priva / ta C(ai) Q(uinti) Lar / gis L(uci) f(ili) et C(ai) / Oli Salvi / iter debet / ur fundo / Eniano et / SEX SAUFFEIO*<sup>211</sup>.

L'iscrizione tramanda l'esistenza di una via privata comune a diversi soggetti, due dei quali sono identificati con lo stesso gentilizio, *Largi*, patronimico associato alle abbreviazioni *C.* e *Q.*: si tratta quindi, con buona probabilità, di due fratelli. Compare, inoltre, anche un terzo personaggio, che viene menzionato con un diverso *nomen* nella

---

<sup>207</sup> Essa viene evidenziata da W. ROELS, *Het Voorwerpen de Toepassingen van het 'precarium'*, in *RIDA*, IV, 1951, 177 ss., ma già era stata delineata da S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 877, il quale ne offre una ricostruzione più plausibile, ritenendo che il precario di diritto fosse un'evoluzione dell'originario *precarium corporis*.

<sup>208</sup> Cfr. Pomp. 29 *ad Sab.* D. 43.26.15.2.

<sup>209</sup> Per la cui analisi stilistico-formale si rimanda a M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 24 s.

<sup>210</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 56 ss.; M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 23.

<sup>211</sup> Precede questa iscrizione un'epigrafe che potrebbe testimoniare un altro diritto di servitù. CIL V, 2547: *[I]er Q. Critonii. / Iter debetur / [Q.] Critonio Q. f(ilio) et / [...] Pomponio Siloni, / [al] nulli*. Il testo presenta l'oggettiva difficoltà della ripetizione di *iter* che viene per di più attribuito a soggetti diversi. Si può, quindi, ritenere che in tal contesto esso assumesse prima il significato di sentiero e conseguentemente il primo personaggio ne fosse il proprietario e successivamente debba essere inteso come servitù di passaggio, costituita a vantaggio dei fondi di Quinto Critonio e di Pomponio Silone (cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 200 ss.; A. BURDESE, *Recensione a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, La struttura*, cit., 388 e M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 19 ss.).

usuale formula tripartita. Se, dunque, la contitolarità tra i due parenti ha, molto probabilmente, origine ereditaria<sup>212</sup>, la menzione del terzo personaggio non pare giustificabile se non rifacendosi ad un istituto già descrittoci anche dai gromatici. Tale scenario, infatti, è plausibilmente riconducibile alle *viae duum communes*<sup>213</sup>: in particolare, la *via* menzionata, ovvero la sede stradale, si troverebbe al confine tra due fondi di proprietà rispettivamente dei fratelli *Largi* e di *C. Olius Salvius*.

Ne è stata offerta, tuttavia, anche una diversa interpretazione, secondo la quale i due parenti sarebbero i proprietari del fondo e della via che corre sullo stesso, secondo lo schema ricorrente ‘via privata di Tizio’ ed invece il terzo personaggio potrebbe coincidere con il titolare del fondo dominante poco dopo menzionato e della relativa servitù di *iter*<sup>214</sup>.

In entrambi i casi il risultato ai nostri fini non è poi così diverso. Anche in questa testimonianza, infatti, il nome *via* deve tradursi come sede stradale, al contrario dell’*iter* che appare riferirsi proprio ad una servitù di passaggio costituita a vantaggio del fondo Eniano, la cui indicazione quale fondo dominante pare evidente<sup>215</sup>.

Segue un’epigrafe che viene riportata nel *Corpus Inscriptionum Latinarum* sia tra le *Veronenses* sia tra le atestine<sup>216</sup> e che è stata rinvenuta su un cippo a sezione quadrata di provenienza incerta, ora conservato presso il Museo Maffeiiano di Verona<sup>217</sup>.

CIL V, 3473: *Iter / T(iti) Vibi T(iti) l(iberti) / Eronis p(edes) II s(emissem) la(tum)*.

Se ne ricava l’esistenza di una servitù di passaggio spettante ad un liberto individuato, come di consueto, dai *tria nomina*. La misura del sentiero viene indicata in due piedi e mezzo, corrispondenti a poco meno di un metro e l’indicazione della larghezza permette di supporre che lo stesso corresse appunto lungo la proprietà altrui, motivo per il quale

---

<sup>212</sup> Per altre iscrizioni in cui sembra prevalere l’origine ereditaria della comproprietà della sede stradale si veda *CIL* V, 3159 e *CIL* XI, 3042 (per quest’ultima iscrizione si legga anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 63, che vi ravvede, tuttavia, un semplice condominio).

<sup>213</sup> Un’altra iscrizione che ci testimonia l’esistenza di un passaggio comune è *CIL* X, 2632, che, tuttavia, non fornisce sufficienti elementi per comprendere se si tratti dell’effettiva appartenenza del sentiero comune a più proprietari terrieri ovvero se si faccia riferimento ad un diritto reale di cui gli stessi erano contemporaneamente titolari (cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 61). Pare, invece, altamente probabile la comproprietà del bene materiale e del passaggio allo stesso in *CIL* X, 3157 e *CIL* X, 3158.

<sup>214</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 60.

<sup>215</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 25 s.

<sup>216</sup> Cfr. *CIL* V, 2750. Si veda anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 217.

<sup>217</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 34.

si era inteso delimitarne l'estensione<sup>218</sup>. La concessione di una *servitus itineris* sarebbe, quindi, confermata anche dalla *latitudo* particolarmente ristretta del percorso.

Ricaviamo invece dai Supplementa un'altra epigrafe, che, in ragione della sua laconicità, è stata sciolta in diverse alternative da più autori.

Suppl.It.n.s., 25, p. 116, n. 10: *Iter / privatum / L. M(---) P(---)*.

Invero, si è sostenuto che le iniziali presenti alla terza linea potrebbero essere riconducibili ai *tria nomina* dell'onomastica latina. Tuttavia, pare più convincente la ricostruzione di coloro che le riconducono all'indicazione di una misura, specificamente della lunghezza dell'*iter* menzionato. Le soluzioni proposte sono quindi: *L(ongum) M(ille) P(assus)* (Pistarino<sup>219</sup>) ovvero *L(ongum) M(ille) P(edes)* (Pavese)<sup>220</sup>.

Tale interpretazione, unitamente al contesto topografico del reperimento, induce a ritenere che si facesse riferimento ad una servitù di passaggio nella forma dell'*iter*. Il ritrovamento è, infatti, avvenuto «non lontano dai resti di un pozzo romano che parrebbe collegato alla vicina villa di I sec. d.C., riccamente decorata da affreschi e mosaici»<sup>221</sup>. Nei pressi di tale insediamento si trovano i resti di un tracciato stradale che potrebbe coincidere con uno dei percorsi che collegavano *Aquae Statiellae* ed *Alba Pompeia*. È stato, quindi, ipotizzato che il sentiero indicato dall'epigrafe potesse fungere da collegamento tra la villa e la viabilità pubblica, o, più probabilmente, tra la villa ed il pozzo<sup>222</sup>.

Altra epigrafe da cui pare possa ricavarsi l'esistenza di una servitù di passaggio è rappresentata dalla seguente.

CIL VI, 29784: *Via quae ducit / per agrum / Nonianum / a m(iliario) XX devertic(ulo) / sinistrosus (sic) / per compitum / secus piscinam / in fundo / Decimiano / Thalamiano / iunctis debetur / ita uti hodie / in uso est.*

---

<sup>218</sup> Contra M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 35 che vi vede l'indicazione di un viottolo in proprietà del liberto.

<sup>219</sup> V. PISTARINO, *Aquae Statiellae*, in *Suppl.It.*, 25, Roma, 2010, 116 s. nr. 10.

<sup>220</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 37.

<sup>221</sup> V. PISTARINO, *Aquae*, cit., 117.

<sup>222</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 38 s.



Il testo riporterebbe una via dovuta sull'*ager Nonianus* a partire dal ventesimo miglio di una determinata strada, che si assume coincidere con una via pubblica, seguendo, all'incrocio, il tracciato che corre a sinistra, lungo tutto il margine della piscina collocata nei fondi Decimiano e Thalamiano<sup>223</sup>. Un certo interesse solleva l'espressione *ita uti hodie in uso est*, che pare richiamare non solo la natura del diritto servile, ma anche le condizioni del suo esercizio, che si sarebbero dovute mantenere inalterate, com'era avvenuto fino a quel momento. Tale elemento, unitamente all'indicazione dei fondi dominanti, porta a ritenere che si tratti probabilmente di una servitù di passaggio.

Si consideri, inoltre, un cippo in travertino ritrovato nel comune di Torri di Sabina, in provincia di Rieti, ora irreperibile e datato attorno ai secoli I-II d.C.<sup>224</sup>.

CIL IX, 4792: *Per hanc / viam fundo / C(ai) Marci C(ai) l(iberti) / Phileronis / iter actus / debetur.*

Tale iscrizione, che risulta invero molto semplice, ci narra che sulla via designata attraverso l'apposizione del cippo erano state costituite le servitù di *iter* ed *actus*<sup>225</sup> a favore del fondo del liberto Filerone. Nell'epigrafe viene efficacemente rappresentata la distinzione concettuale tra *via* quale sede stradale e le restanti servitù di passaggio, indicate col consueto binomio; nonché, ancora una volta si riporta la costituzione dei *iura praediorum* nel pieno rispetto del requisito dell'inerenza.

Infine, si cita un'iscrizione ritrovata nel territorio dell'antica *Minturnae*, oggi irreperibile.

CIL X, 5370: *Iter actum / [p]er fundum Bab / uleianum / in fundum / Flaminianum.*

Si rileva, anzitutto, come *actum* venga considerato un'anomalia, frutto dell'attrazione da parte del sostantivo neutro *iter*. Altrimenti, secondo una diversa traduzione, lo si può

---

<sup>223</sup> La lezione alternativa propone quale referente *ad quem* del tracciato stradale descritto i fondi Decimiano e Thalamiano. La *piscina*, pertanto, costituirebbe un'indicazione utile a seguire il percorso della via. Accogliendo tale ipotesi, la via condurrebbe ai due fondi e potrebbe, sotto tale aspetto, ricordare le *viae duum communes*. Cfr. M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 44 ss.

<sup>224</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 61.

<sup>225</sup> Coerente con l'attività di piccola transumanza che si svolgeva nella regione della Sabina sin dall'epoca più antica (cfr. M. PASQUINUCCI, *La transumanza*, cit., 114, 143 ss. e M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 61).

considerare un caso accusativo con funzione dichiarativa. Altra ipotesi è la caduta di un verbo transitivo all'inizio dell'incisione per frattura del supporto: ovviamente, in ragione dell'irreperibilità dello stesso, quest'eventualità non è oggi verificabile<sup>226</sup>. In ogni caso, risulta documentato un diritto di passaggio dal contenuto coincidente con *iter* ed *actus* e con esplicita indicazione del fondo servente e di quello dominante.

Oltre a queste iscrizioni, tuttavia, ne risultano numerose altre in cui la terminologia tecnica propria delle servitù di passaggio viene impiegata in maniera impropria<sup>227</sup>. Nondimeno, pare che si possa rilevare come nel complesso delle testimonianze epigrafiche esaminate si contrapponga il termine *via*, che perlopiù viene impiegato per designare la sede stradale, ad *iter* ed *actus*, che, invece, denotano chiaramente *iura in re aliena*. Raramente, quindi, *via* viene impiegato per indicare una servitù prediale, al contrario in nessuna iscrizione *actus* pare ricollegabile ad una nozione dominicale. Era, quindi, presente nella prassi una nozione di *via* quale tracciato materiale su cui potevano insistere *iura itinerum*, le cui collocazione, condizioni di esercizio e, soprattutto, estensione, non solo in larghezza, ma anche in lunghezza, erano liberamente determinati dalle parti, che al fine di meglio tutelare il fondo servente ne evidenziavano i limiti di assoggettamento. Le iscrizioni considerate testimoniano, altresì, come dai privati venisse impiegata una terminologia corrispondente a quella ricavabile dalle fonti giuridiche, che, per esempio nella sua formula di *viae servitus imposita est*, trasmette l'idea della costituzione di servitù ad opera delle parti, senza necessario intervento da parte della giurisprudenza o del pretore, con autonoma definizione dei caratteri essenziali delle stesse.

Tutte queste testimonianze epigrafiche paiono confermare quanto sostenuto da un acuto studioso del tema: «il diritto non è puro ed arbitrario precetto del legislatore, né una semplice speculazione del filosofo, sivvero scaturisce dai bisogni della vita vera e reale ed a questa conformasi tanto se il giureconsulto tecnicamente lo formola, quanto se il legislatore solennemente lo esprime»<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> M.P. PAVESE, *Iter actus*, cit., 65.

<sup>227</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 230 ss. cita quale esempio *CIL* V, 444 in cui si fa menzione di una *via ad Silvanum*, ma richiama anche le numerose epigrafi in cui si attesta un *iter ad sepulchrum*.

<sup>228</sup> B. BRUGI, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali* I, cit., 325.

8. *L'evoluzione dalla struttura comproprietaria a quella di diritto su cosa altrui.*

Pare, quindi, opportuno ripercorrere il quadro evolutivo che è emerso dall'analisi delle fonti giuridiche, gromatiche ed epigrafiche e contestualizzarlo nell'ambito dei mutamenti che, nel medesimo arco temporale, hanno interessato complessivamente il diritto proprietario ed i rapporti reali.

Si è già evidenziato più volte come il termine *via* sia l'unico esattamente coincidente con la *res* su cui si esercita l'appartenenza, deducendo da ciò la maggior vetustà di questa servitù rispetto alle altre. Il vocabolo stesso, infatti, valorizza l'aspetto materiale dell'oggetto del diritto, differentemente dai nomi *iter* e *actus*, che, sebbene anteriori alla formazione dello schema reale, esprimono pienamente la portata funzionale dell'appartenenza e palesano *ictu oculi* lo scopo economico ad essa sotteso, cioè un'utilizzazione specifica del sentiero<sup>229</sup>. Questi ultimi, inoltre, erano concepibili anche come facoltà estraibili dalle diverse modalità di passaggio che caratterizzavano la *via*. Da ciò si ricava che la *via* resistette molto più a lungo nella sua configurazione originaria, continuando ad atteggiarsi nelle forme di una proprietà piena. Per gli altri due *iura itinerum*, al contrario, la trasformazione in diritti reali fu piuttosto agevole: gradualmente la proprietà sulla *portio fundi* perse la caratteristica assolutezza, andando a restringersi sempre più alle facoltà che più specificamente attenevano all'esercizio del passaggio<sup>230</sup>. Ben presto quindi la nozione di proprietà per *iter* ed *actus* dovette essere avvertita come concettualmente inadatta e parimenti inidonea risultava ormai dal punto di vista pratico, stante il limite per il proprietario di esercitarla in forme rigidamente preordinate. Non sono chiaramente determinabili i passaggi logici compiuti dai *veteres*, tuttavia si può ipotizzare che ad un dato momento apparve più opportuno qualificare questi due *iura itinerum* come diritti distinti ed autonomi sulla *res* di proprietà altrui, piuttosto che come forme di coappartenenza. Pertanto, la loro genesi costituì una circostanza di grande rilievo, dando avvio alla crisi dell'unitaria struttura dell'appartenenza. La caratterizzazione teleologica e la dinamica flessibilità, che li contraddistinsero fin dal principio dal loro

---

<sup>229</sup> Per le ragioni appena esposte l'autore ritiene che questi due *iura itinerum* rientrassero nel novero delle *res mancipi* solo in un primo momento, per uscirne molto prima della *via*.

<sup>230</sup> Totalmente contrario a tale ricostruzione A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 31 ss. Tuttavia, non si comprende come le critiche che muove abbiano maggior fondamento della tesi che tanto disprezza. Non convince infatti l'inammissibilità di una comproprietà motivata ora con l'estinguibilità per *non usus*, ora con la possibile coincidenza di *iter*, *actus* e *via*, che appare ormai del tutto superata.

antecedente, segnarono l'inizio di una rivoluzionaria metamorfosi. Erano gli albori del *ius in re aliena*<sup>231</sup>.

La trasformazione della *via*, inoltre, fu probabilmente ostacolata anche dall'esistenza di queste due servitù di passaggio che coprivano la quasi totalità delle necessità di transito e la sua collocazione nel novero dei *iura praediorum* è forse da ricondursi più ad esigenze sistematiche che ad un'effettiva utilità pratica<sup>232</sup>. D'altronde, non doveva più ritenersi accettabile che il diritto di *via* fosse qualificato in termini dominicali.

Per una più accurata collocazione temporale di queste due figure si devono prendere in esame diversi fattori: come più volte ribadito, appartengono alla categoria delle *res Mancipi*, che può dirsi definitivamente chiusa e stabilizzata non prima del III secolo a.C.; a questo si aggiunga che i *iura praediorum urbanorum*, sicuramente successivi alle servitù rustiche, essendo anche sulle stesse modellati, fecero la loro apparizione attorno al II secolo a.C. Questo ci porta a propendere per una risalenza di *iter* e *actus* almeno al III secolo a.C., mentre della *via* ci sono attestazioni nelle XII Tavole<sup>233</sup>.

Verosimilmente essa entrò nel novero delle servitù in una fase più tarda, nel II secolo a.C., dovendo incidere su questo anche il fatto che *iter* e *actus* coprivano già quasi tutte le più importanti esigenze attinenti al passaggio<sup>234</sup>. La configurazione delle altre due servitù

---

<sup>231</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 256 ss. Ivi l'autore riconosce il valore delle teorie del Kaser, che egli tuttavia fermamente rifiuta quale chiave interpretativa della struttura originaria dell'appartenenza sul sentiero o sul corso d'acqua, ma mutua piuttosto per provare a delineare la fase conclusiva dell'emersione dei diritti reali. Lo studioso, infatti, ritiene che essa si possa applicare unicamente alla metamorfosi di *iter* ed *actus*: solo questi due *iura itinerum* denotano quella connotazione teleologica, che ci permette di supporre che la proprietà sul sentiero fosse limitata nel suo esercizio al solo scopo di passaggio. Si vede come il Capogrossi Colognesi riesca a recuperare una teoria tanto brillante, come quella della proprietà funzionalmente limitata, che non si voleva abbandonare del tutto, ma che effettivamente non era stata formulata in maniera soddisfacente. La semplice ricollocazione temporale e la contestualizzazione della stessa permettono di apprezzare un'intuizione acuta, ma non adeguatamente circostanziata. A sostegno dell'idea che la *via* sia stata l'ultima delle servitù più antiche a liberarsi dello schema dell'appartenenza si legga anche G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 37.

<sup>232</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 264.

<sup>233</sup> Ci si riferisce, ovviamente, alla già commentata XII Tab. VII.7: *Viam muniunto: ni sam delapidassint, qua volet iumento agito*. Com'è risaputo, delle *servitutes* non v'è menzione espressa nella legislazione decemvirale. Esisteva però il diritto di attraversare il fondo altrui, nell'ipotesi di mancata *munitio* della *via*, in presenza di determinati presupposti. Si può ipotizzare che sussistendo condizioni analoghe l'esercizio dell'autonomia privata fosse bastevole per costituire un simile diritto. Questa situazione, contemplata dai *Decemviri Legibus Scribundis*, avrebbe potuto costituire quindi un riferimento, di cui l'interpretazione pontificale si sarebbe servita per dare veste giuridica ad un analogo diritto privato. Così A. CORBINO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Le droit romain et le monde contemporain Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszeński*, Varsavia, 1996, 108, che tuttavia su questa notazione basa la tesi della risalenza dei *iura in re aliena* almeno al IV secolo a.C.

<sup>234</sup> L. ARU, *Nota minima*, cit., 410 s. ha sostenuto che la relativa datazione sia addirittura posteriore, basandosi sull'analisi del summenzionato passo festino, Fest. s.v. *viae* (Lindsay 508), in cui la *via* privata viene individuata in riferimento ai suoi titolari: la specifica menzione di soggetti personali e non di fondi pertanto porterebbe a ritenere che all'epoca di Festo la *via* non fosse ancora qualificabile come diritto su cosa altrui e

di passaggio in termini di diritti reali, invece, pare sia stata quasi immediata e si può collocare infatti, senza alcuna pretesa di precisione, tra il concludersi del III e gli inizi del II secolo a.C.<sup>235</sup>, poiché solo in età classica si dà per compiuto il processo di pensiero che portò al superamento della concezione delle più antiche servitù quali *res corporales*<sup>236</sup>.

È stato sostenuto in dottrina<sup>237</sup> che il mezzo tramite il quale i privati derivarono dalla *via* le servitù di *iter* ed *actus* fosse il *modus servitutis*, strumento che, in età classica, fungeva, secondo la medesima prospettazione, da correttivo della tipicità dei *iura praediorum*, consentendo ai privati di introdurre modifiche alle modalità di esercizio del diritto, pur mantenendolo inalterato nella sua sostanza. In epoca arcaica e repubblicana, invece, ovvero quando nacquero gli *iura itinerum*, esso avrebbe svolto «un ruolo propulsivo nello stesso processo di tipizzazione». Attraverso l'apposizione del *modus*, quindi, i privati avrebbero potuto estrarre dalla *via* singole facoltà ed isolarle in autonome figure, superando in tal modo la tassatività che caratterizzava la figura della *via* ed era riconducibile al dettato decemvirale. Le altre due servitù di passaggio si sarebbero configurate nella sostanza come «modalità di esercizio della *via*».

Tali conclusioni, tuttavia, paiono svilupparsi in maniera contraddittoria. È, invero, ammissibile la supposizione che la prescrizione decemvirale comportasse un carattere tassativo degli elementi della *via* dalla stessa determinati. Nondimeno, proprio per tale ragione pare illogico che gli stessi potessero essere modificati attraverso l'apposizione del *modus servitutis* nel momento della concessione e della costituzione della stessa. Se tale figura era immutabile nei suoi caratteri essenziali, non è possibile che i privati li potessero emendare e regolare alle loro esigenze tramite il *modus*. L'unica ipotesi prospettabile è, quindi, che gli stessi ne avessero fin da subito isolato le altre due figure, senza mai attraversare una fase in cui si sarebbe costituita una *via* di larghezza inferiore a quella

---

non fosse dotata pertanto del carattere dell'inerenza. All'epoca di Festo, quindi, ovvero nel II secolo d.C., la *via* avrebbe ancora avuto l'originaria conformazione comproprietaria.

<sup>235</sup> A. BURDESE, voce *Servitù prediali (dir. rom.)*, cit., 120. Mentre M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 456 propende più per la fine del III secolo a.C. Determinante in tal senso altra ricerca del Burdese: A. BURDESE, *Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù (a proposito di taluni recenti studi)*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968, 516, in cui l'autore individua i primi frammenti riportanti un riferimento ai *iura in re aliena*, in cui tuttavia ancora non si può trovare l'uso del termine *servitus*. Essi sono Pomp. 14 *ad Q. Mucium* D. 8.1.13, Pomp. 32 *ad Q. Mucium* D. 8.3.14, Pomp. 31 *ad Q. Mucium* D. 18.1.66. pr. Chiaramente le opinioni ivi esposte sarebbero attribuibili allo stesso Quinto Mucio.

<sup>236</sup> Il già citato Gai. 2.17 riporta, inoltre, la necessaria indicazione del giurista classico, che si preoccupa di precisare l'inclusione delle prime servitù nel novero delle *res mancipi*, sebbene fossero considerate *res incorporales*.

<sup>237</sup> M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 155 s.

legislativamente prestabilita, ovvero priva di una delle facoltà che paiono caratterizzarla rispetto all'*actus*, quale il *lapidem aut tignum trahere*<sup>238</sup>.

Inoltre, il passaggio da una concezione potestativa di proprietà ad un essenziale concetto di attribuzione patrimoniale sicuramente favorì questo fenomeno<sup>239</sup>. Se, infatti, l'arcaico *mancipium* ammetteva una configurazione solidale in caso di plurimi titolari del diritto, così non poteva essere per il *dominium*<sup>240</sup>, comportante piuttosto una divisione più qualitativa che quantitativa del diritto, in rapporto alla diversa posizione che ricoprivano i due comproprietari, uno titolare del sentiero o del *rivus* del fondo e l'altro titolare del sentiero o del *rivus* al fondo. Sorsero così, di necessità, il diritto di passaggio o di acquedotto su fondo altrui, come distinti dal diritto di proprietà<sup>241</sup>.

Si deve ricordare, infine, che le situazioni riconosciute come immediate su una *res* non si limitavano più a quelle rientranti nel modello dell'appartenenza<sup>242</sup>. Si conosceva primariamente il *dominium ex iure Quiritum*, avente ad oggetto *res* immobili, come i *fundi*, ma anche immobili ed infine *moventia*, individuabili in schiavi ed animali. Esisteva poi la *possessio*, situazione a carattere fattuale, avente ad oggetto le *res privatae*, come pure l'*ager publicus*, purché legittimamente occupato. Infine, esisteva già quella peculiare situazione di vantaggio consistente nella facoltà di utilizzare cose che non appartenevano ad un determinato soggetto o che, come si sarebbe detto posteriormente, non rientravano nel suo *patrimonium*, poiché non le aveva né nel suo *dominium*, né *in bonis*: queste facoltà

---

<sup>238</sup> Questa soluzione, in una conclusione non del tutto coerente, viene riportata anche da M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 155. Sul punto si veda *infra* Cap. III, § 2.

<sup>239</sup> Illuminante in merito la descrizione della situazione sociale resa da G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 23, che sottolinea come l'importanza crescente della dimensione economica influì su entrambi i fenomeni.

<sup>240</sup> Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.15: *Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scribit 'scripsit' libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Usus autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur)*. Tryph. 18 *disp.* D. 49.17.19.3: *Pater peculii castrensis filii servum testamento liberum esse iussit: intestato defuncto filio familias, mosx patre quaeritur, an libertas servo competat. Occurrebat enim non posse dominium apud duos pro solido fuisse: denique filium posse manumittere talis peculii servum Hadrianus constituit: et si testamento tam filii quam patris idem servus accepisset libertatem et utrique pariter decessissent, non dubitaretur ex testamento filii liberum eum esse*. Pap. 17 *quaest.* D. 31.66.2: *... neque plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis optinent*. Tuttavia, il passaggio alla nuova concezione di *ius in re aliena* non poté che essere lento e graduale e questo sarebbe testimoniato anche da un interessante frammento: Paul. 4 *ep.* Alf. dig. D. 8.3.30: *Qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam, quae in fundo nasebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat: quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. Respondit, si ita recepisset: 'Circa eam aquam late pedes decem', iter dumtaxat videri venditoris esse*. In esso Alfeno s'interroga se il rapporto preso in esame possa essere qualificato come proprietà e quindi *dominium* oppure in termini di diritto su cosa altrui.

<sup>241</sup> G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 46 ss.

<sup>242</sup> Termine utilizzato dallo stesso A. CORBINO, *Il numero*, cit., 107 e riportato, in accezione volutamente atecnica, al fine di ricomprendervi non solo le diverse situazioni di tipo proprietario ma anche la *possessio*.

possono essere inquadrare, a seconda della natura della *res* su cui insistevano, nel *ius publicum*, come il diritto sull'*ager compascuus* oppure nell'ambito del *ius privatum*, come appunto il diritto di attraversare il fondo del vicino, di derivazione decemvirale, ed il *pignus captum*<sup>243</sup>. Il moltiplicarsi delle modalità di utilizzazione della *res* non consentiva più l'impiego della sola categoria dell'appartenenza che ne sarebbe divenuta troppo ampliata: emergeva, quindi, la necessità di sviluppare nuovi schemi giuridici che potessero efficacemente tradurre la nuova realtà di sfruttamento dei fondi e dei beni in generale<sup>244</sup>. Questi due fenomeni che si verificarono, da quel che possiamo presumere, contemporaneamente sono espressione di un'elaborazione più tecnica e circoscritta della nozione di proprietà, di cui fu protagonista la giurisprudenza romana dell'epoca repubblicana.

Coeva fu anche la comparsa di altro istituto che ben esprimeva le esigenze di rinnovamento della figura proprietaria che si stavano vivendo in quell'epoca. Ci si riferisce all'usufrutto<sup>245</sup>. L'origine dell'usufrutto trovò la sua ragione nella volontà di tutelare alcuni soggetti che non sarebbero potuti succedere *ab intestato* e che non si voleva nominare eredi in via testamentaria, al fine di assicurare loro il godimento e l'uso di determinati beni, per un certo periodo di tempo o vita natural durante. L'esempio più importante è rappresentato dalla vedova, che non fosse caduta *in manu* del marito (o del *pater* di lui). Anticamente, infatti, la donna che si univa in matrimonio ad un cittadino romano diveniva un membro della di lui famiglia mediante la *conventio in manu*: nel momento della morte del marito pertanto gli sarebbe succeduta con i figli, in qualità di *filia*. Con la diffusione del matrimonio *sine manu* invece, sempre più frequentemente la donna, sposandosi, rimaneva legata alla sua originaria famiglia e non partecipava, alla dipartita del marito, alla sua successione. Tuttavia, in questi peculiari casi il testatore desiderava in genere assicurarle le sostanze necessarie a mantenere il suo precedente

---

<sup>243</sup> Gai 4.28.: *Lege autem introducta est pignoris capio veluti lege XII tabularum adversus eum qui hostiam emisset nec pretium redderet; item adversus eum qui mercedem pro eo iumento quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium impenderet. Item lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eum qui aliqua lege vectigalia deberent.* Tale *pignoris capio*, sebbene derivante da norme di *ius sacrum*, trova origine da un conflitto tra privati e si svolge in forme processuali private. Allo stesso modo anche il diritto sull'*ager occupatorius* o *compascuus* implica una tutela verso altri privati e quindi, inevitabilmente, una tutela di natura privatistica.

<sup>244</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *proprietà*, cit., 179 ss., il quale tuttavia dissente dall'individuare tali fattori quali causa principale dello sviluppo del sistema romano dei diritti reali.

<sup>245</sup> Della cui collocazione cronologica si è trattato *supra*.

tenore di vita, senza intaccare però i diritti ereditari della prole. Intervenne, quindi, l'*interpretatio* giurisprudenziale al fine di elaborare una soluzione giuridica che permettesse di raggiungere tale scopo<sup>246</sup>. Altre ipotesi di beneficiari di un simile legato potevano essere i figli emancipati e quelli diseredati. Essendo, quindi, necessario provvedere ai bisogni alimentari e al sostentamento di questi soggetti, si cercò di costruire un istituto che fosse quanto più vicino possibile nella struttura ad una proprietà temporanea. Tale assetto dominicale non era però praticabile nel diritto romano: l'unica via percorribile fu quindi quella di costituire un diritto autonomo che garantisse al beneficiario unicamente il godimento della cosa, di cui doveva essere tuttavia conservata la destinazione economica<sup>247</sup>, per un determinato periodo di tempo. La proprietà ne risultava così inevitabilmente svuotata e necessariamente compressa<sup>248</sup>, ma comunque mantenuta dagli effettivi titolari.

Pertanto, si può legittimamente supporre che nell'esperienza giuridica dell'epoca l'esistente molteplicità di rapporti tra privato e *res* favorisse il sorgere dell'idea che l'interesse dei privati allo sfruttamento di una *res* potesse concretizzarsi in facoltà limitate sulla stessa, senza necessariamente implicarne l'appartenenza. Questo fattore venne, quindi, ad unirsi, come si è visto, al ruolo esercitato da *iter* ed *actus* e al nuovo concetto di proprietà rappresentato dal *dominium*.

Nonostante si profili già una tendenza all'apertura e alla creazione da parte dell'autonomia privata di nuove figure, è innegabile come le prime servitù siano nate per singoli tipi: non è sorto originariamente il concetto generale di *servitus*, ma è emersa la *via* e da essa poi sono derivati *iter* ed *actus*, dando l'avvio ad un processo che avrebbe visto aumentare sempre più il numero di queste figure, fino al punto da costituirne una categoria che poteva essere indagata e considerata complessivamente. Nondimeno, è possibile notare come il ruolo propulsivo dell'autonomia negoziale abbia avuto una rilevanza fondamentale e determinante nella genesi dei primi *iura praediorum*, isolando le facoltà proprie della figura decemvirale e costituendone autonome figure sulla scorta delle loro concrete esigenze. Attraverso la modifica del modello tipico della *via* e la costituzione

---

<sup>246</sup> G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, 277 s.

<sup>247</sup> Paul. 3 *ad vit.* D. 7.1.1: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. È stato ipotizzato che proprio da questa definizione si sia tratto lo spunto per la denominazione di *iura in re aliena*, che venne poi estesa a tutti i diritti reali limitati: G. GROSSO, *I problemi*, cit., 121 s.

<sup>248</sup> Un simile sacrificio per il *dominus* risultava tollerabile solo grazie alla temporaneità del diritto reale in questione, che non poteva protrarsi oltre la vita dell'usufruttuario.



di figure che ne differissero sia a livello contenutistico che materiale, essi si resero i primi fautori di una fondamentale innovazione. Solo un altro elemento mancava perché si completasse quest'evoluzione: l'emersione delle servitù urbane.

#### 9. *La servitù di acquedotto e la relativa evoluzione.*

Com'è più volte stato ribadito, tra i più antichi *iura praediorum*, accanto alle servitù di passaggio si annoverava anche quella di *aquae ductus*, che con gli *iura itinerum* condivise l'antica concezione materialistica e l'originaria struttura comproprietaria<sup>249</sup>. Si ritiene, pertanto, che anche tale diritto prediale nella sua prima configurazione si identificasse nell'appartenenza della striscia di fondo su cui scorreva l'acqua e fosse quindi concretamente rappresentato dal *rivus*. Tale ricostruzione pare essere confermata, peraltro, anche da quelle fonti che ci testimoniano come in ambito pubblicistico la soluzione più immediata alla necessità di far scorrere le condutture idriche in un determinato fondo fosse l'acquisto della striscia di terra che risultava all'uopo necessaria<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> Esiste, invero, un frammento che parrebbe attestare l'esistenza dell'*aquae ductus* già in epoca decemvirale (cfr. G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 38 s.). Ci si riferisce, in particolare, a Paul. 16 *ad Sab.* D. 43.8.5: *Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino sarciatur*. Tuttavia, si dubita che tale fonte possa effettivamente riferirsi ad una servitù di acquedotto. A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 107 ss. ipotizza, piuttosto, che il passo testimoni l'esistenza di un diritto, fin d'allora riconosciuto al privato, al risarcimento del danno causato dal comportamento illecito altrui, che nella prospettiva rimediaria romanistica corrisponde ad un'*actio* e prescinde, invece, dalla tutela interdittale. Cfr. al riguardo anche F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani. I. La struttura giuridica*, Napoli, 2012, 20 s., il quale sostiene la risalenza dell'*aquae ductus* almeno al IV secolo a.C., sulla scorta dell'idea che la stessa abbia rappresentato il modello per la costruzione dell'acquedotto Appio, databile al 312 a.C. Sulla storia di questa opera idrica si veda, inoltre, A.D. BIANCO, *'Aqua ducta, aqua distributa'. La gestione delle risorse idriche in età romana*, Torino, 2007, 24 ss.

<sup>250</sup> Al riguardo di grande interesse è un ritrovamento epigrafico di Cabezo de las Minas, a meridione di Saragozza, conosciuto con il nome di *Tabula* di Contrebia. Tale iscrizione incisa su supporto bronzeo e recante la data del 15 maggio 87 a.C. tramanda la composizione di una controversia nata tra quattro popolazioni dell'*Hispania Citerior*, i *Contrebienses*, gli *Allavonenses*, i *Salluenses* ed i *Sosinestani*. Essa era destinata alla pubblica esposizione e a tale scopo vi vengono tratteggiati gli elementi salienti della lite e la sentenza arbitrale che la risolve. Del lungo testo si riporta solo la prima parte, che contiene appunto il riferimento ai nostri fini più rilevante: *Senatus Contrebiensis quei tum aderunt iudices sunt. Sei par[ret] agrum quem Salluenses / ab Sosinestaneis emerunt rivi faciendi aquaive ducendae causa qua de re agitur Sosinestanos / iure suo Salluensisibus vendidisse inviteis Allavonensibus, tum sei ita parret eei iudices iudicent / eum agrum qua de re agitur Sosinestanos Salluensisibus iure suo vendidisse; sei non parret iudicent / iur[e] suo non vendidisse*. Ci si affida in questo caso alla traduzione resa da L. MAGANZANI, *'Tabula' di Contrebia*, in *Annali del Seminario Giuridico (AUPA). Revisione ed integrazione dei 'Fontes Iuris Romani Anteinstiniani'*. I. *Leges*, a cura di G. Purpura, Torino, 2012, 169: «Siano giudici i membri del senato Contrebiense che saranno allora presenti. Se pare che il terreno che i Salluensi hanno comprato dai Sosinestani per farvi un canale e condurvi acqua, di cui è causa, i Sosinestani lo abbiano venduto ai Salluensi con pieno diritto nonostante l'opposizione degli Allavonensi, allora, se così pare, questi giudici giudichino che i Sosinestani hanno venduto ai Salluensi il terreno di cui è causa con pieno diritto. Se non pare, giudichino che non hanno venduto con pieno diritto». In questa specifica fattispecie, pertanto, non viene costituita una servitù d'acquedotto, ma i Salluensi acquistano una striscia di terreno su cui poi costruire la conduttura: vi è, quindi, il trasferimento della proprietà della *portio fundi*, secondo una configurazione più vicina a quella originaria dei *iura praediorum*. Si è

Nell'ambito dei primi *iura praediorum*, tuttavia, come si è visto *supra* per le servitù di passaggio, non si trattava di una semplice cessione della proprietà della striscia, ma la configurazione originaria era caratterizzata da maggiore complessità, ovvero da una struttura comproprietaria. Ciò è indirettamente confermato nel caso specifico anche da una disputa giurisprudenziale narrataci da Pomponio.

Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.3.24: *Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est.*

È dal pensiero di Labeone, il quale appunto ammette che si possa *commodare* l'acqua, che ricaviamo la rappresentazione del diritto di acquedotto quale proprietà sul *rivus*. Proculo, infatti, nell'escludere tale facoltà, sottolinea il carattere servile del diritto acquisito. Sia che il verbo in esame venga tradotto come *comodare*<sup>251</sup> o che si prediliga il significato atecnico che vi legge un generico esercizio di disposizione<sup>252</sup>, tale facoltà viene presumibilmente esclusa da quest'ultimo giurista in ragione della perdita del requisito

---

ipotizzato (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 116 nt. 212) che in simili circostanze, considerato il carattere pubblico di uno dei due soggetti coinvolti, fosse difficile individuare il fondo dominante e che quindi, nella prassi, fosse più semplice l'acquisto della striscia di terra su cui scorreva il rivo. Su questo notissimo ritrovamento si può citare una nutrita dottrina: G. FATÁS, *Noticia del nuevo bronce de Contrebia*, in *Boletín de la Real Academia de la Historia*, CLXXVI, 1979, 421 ss.; A. D'ORS, *Las fórmulas procesales del 'bronce de Contrebia'*, in *AHDE*, L, 1980, 1 ss.; A. BALIL, *Un nuovo testo giuridico della penisola iberica, la tavola enea da Botorrita (Zaragoza)*, in *Epigraphica*, XLII, 1980, 199 ss.; G. FATÁS, *Romanos y Celtiberos en el siglo I antes de Cristo*, in *Caesarangusta*, LIII-LIV, 1981, 195 ss.; ID., *El Bronce de Contrebia Belaisca*, in *Cuadernos de trabajos de la escuela española de historia y arqueología en Roma*, XV, 1981, 57 ss.; S. MARINER, *Il bronzo di Contrebia: studio linguistico*, in *Cuadernos de trabajos de la escuela española de historia y arqueología en Roma*, XV, 1981, 67 ss.; A. TORRENT, *Consideraciones jurídicas sobre el Bronce de Contrebia*, in *Cuadernos de trabajos de la escuela española de historia y arqueología en Roma*, XV, 1981, 95 ss.; ID., *El arbitraje en el bronce de Contrebia*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982, 639 ss.; ID., *El origen de la 'servitus aquaeductus' a la luz de la Tabula Contrebiensis*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982, 261 ss.; G. FATÁS, *The 'Tabula Contrebiensis'*, in *Antiquity*, LVII, 1983, 12 ss.; J.L. MURGA GENER, *El 'iudicium cum addictione' del bronce de Botorrita*, in *Cuaderno de Historia Jerónimo Zurita*, XLIII-XLIV, 1982, 7 ss.; ID., *La 'addictio' del Gobernador en los litigios provinciales*, in *RIDA*, III S. 30, 1983, 151 ss.; P. FUENTESECA, *Las novedades jurídicas del bronce de Contrebia*, in *Epigrafía hispánica de época romano-republicana*, Zaragoza, 1983, 177 ss.; P.B.H. BIRKS, *A new argument for a narrow view of 'litem suam facere'*, in *TR*, LII, 1984, 373 ss.; U. LAFFI, *Le funzioni giudiziarie dei senati locali nel mondo romano*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, XLIV, 1991, 73 ss.; E. BIANCHI, *'Fictio iuris'. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, 311 ss.; G. FATÁS, *El pleito más antiguo de España. Tabula Contrebiensis, Aquaria. Agua, territorio y paisaje en Aragón*, Saragoza, 2006, 81 ss.; M. GIUSTO, *Riflessioni sulla Tabula Contrebiensis*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, IX, 2006, 101 ss.; B. DÍAZ ARINO, *Epigrafía latina republicana de Hispania*, Barcelona, 2008 ed infine L. MAGANZANI, *Tabula*, cit.

<sup>251</sup> Cfr. S. PEROZZI, *Fructus servitutis esse non potest*, in *BIDR*, VI, 1893, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, 184 s. e S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, 53.

<sup>252</sup> Sul significato di tale verbo nel senso atecnico di 'concedere gratuitamente' si vedano C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato*, in *AG*, LII-LIII, 1894, ora in *Opere*, III, Milano, 1929, 142 s., B. BIONDI, *La categoria*, cit., 147 e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 160.

essenziale dell'*utilitas fundi*, che inevitabilmente si verificherebbe qualora il titolare del *ius praedi* si spogliasse della possibilità di derivare l'acqua<sup>253</sup>. Pare ragionevole ipotizzare, pertanto, che Labeone si sia reso interprete di un orientamento più risalente, che ammetteva una concezione proprietaria del diritto sul *fons*, cui si accompagnava necessariamente quello di poter condurre l'apporto idrico al proprio fondo<sup>254</sup>. In tale prospettiva è evidente come il titolare del *fons* potesse servirsi dell'acqua come meglio riteneva e pertanto anche comodarla o comunque disporne a favore del vicino. Tale ampia facoltà, invece, in epoca successiva e con l'avvento di una nozione più evoluta dell'acquedotto, rammentata da Proculo, non poteva più essere riconosciuta al titolare del fondo dominante, il cui diritto reale era caratterizzato da tutti i limiti derivanti dall'*utilitas fundi*.

Quanto al contenuto di tale servitù, ce ne dà contezza il già commentato frammento ulpiano, da cui si evince che essa consente appunto la conduzione dell'acqua attraverso il fondo altrui.

Ulp. 2 *inst.* D. 8.3.1 pr.: ... *aquae ductus est ius aquam ducendi per fundum alienum.*

Invero, da altra fonte apprendiamo che la servitù di acquedotto poteva avere anche una definizione più ampia.

Ulp. 53 *ad ed.* D. 8.5.10.1: *Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. Et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri poterit.*

Nel testo riportato, quindi, Ulpiano si riferisce ad un'azione utile che si sarebbe potuta esperire non solo nei confronti del titolare del fondo da cui sorgeva l'acqua o di quello attraverso cui essa veniva condotta, ma anche contro tutti quelli che impedivano

---

<sup>253</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 160. La motivazione addotta da Proculo (*ut ne in meam partem fundi aliam*) pone in realtà non pochi dubbi, considerando che la servitù generalmente si costituisce a favore dell'intero fondo. Sulla stessa si rimanda a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 166 ss.

<sup>254</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 161. G. GROSSO, voce *Acquedotto*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 467 e M. BRETONE, *La nozione*, cit., 28 nt. 19 ritengono invece che Labeone fosse influenzato piuttosto dalla concezione dell'acquedotto quale proprietà del *rivus*.

di incanalarla, sull'esempio delle altre servitù. Il frammento conclude, ribadendo che in via generale, si poteva agire con questa azione nei confronti di chiunque impedisse al titolare del *ius praedii* di condurre l'acqua.

Non è tanto la riflessione in ordine al mezzo di tutela che rileva in tal sede, quanto piuttosto proprio le prime righe che sembrerebbero descrivere due diverse modalità di attuazione della servitù considerata: il legittimato passivo del rimedio citato è, infatti, sia colui nel cui fondo l'acqua sgorga dalla terra, ma anche il proprietario del campo lungo il quale essa viene incanalata: ciò porterebbe a ritenere integrata la fattispecie in esame anche qualora l'unica facoltà prevista fosse quella di conduzione idrica, svincolata dalla derivazione dell'acqua poi condotta.

Tale quadro, all'apparenza semplice, risulta, tuttavia, complicato da altre testimonianze che non pongono queste due facoltà in via tra loro alternativa, bensì richiedono che al fine della configurazione della servitù di acquedotto coesistano entrambe e tolgono, quindi, autonomia all'*aquae ductus* che consenta unicamente la conduzione dell'acqua nel fondo servente<sup>255</sup>. Ne è un esempio il seguente frammento paolino, secondo il quale la servitù di acquedotto o quella di *aquae haustus* non può essere costituita se non dalla sorgente o dalla fonte.

Paul. 1 *sent.* D. 8.3.9: *Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.*

Come ci rivela il passo, pertanto, in età classica la derivazione *ex capite* era requisito imprescindibile per la costituzione della servitù di acquedotto<sup>256</sup> e solo in epoca successiva essa cadde in desuetudine, con la conseguenza che tale *ius praedii* poteva essere derivato *ex quocumque loco*<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, 47 vi ricollega anche Inst. 2.3.4: *Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altius aedes tollat, ne luminibus aedium vicini officiat: vel ut patiatum eum tignum in parietem immittere vel stillicidium habere: vel ut patiatum eum per fundum ire, agere aquamve ex eo ducere.*

<sup>256</sup> Su tale tema si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 13 ss. e A.D. BIANCO, *Aqua ducta*, cit., 117 s. F.M. DE ROBERTIS, *Costituzione 'ex capite' e costituzione 'aliunde' nella 'servitus aquae ducendae' (a proposito del fr. 9 Dig. VIII, 3, Paulus, libro I Sententiarum)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Bari*, I, 1938, 61 ss.

<sup>257</sup> Cfr. A.D. BIANCO, *Aqua ducta*, cit., 117. Sul brano si è soffermato anche G. GROSSO, *Sulla servitù di 'aquae haustus'*, in *BIDR*, XL, 1932, 401 ss., ora in *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001, 1 ss., il quale deponeva per l'interpolazione dell'ultima proposizione.

Dalle fonti citate le due definizioni paiono, dunque, coesistere e la discrepanza definitoria evidenziata può essere giustificata ricorrendo alla circostanza che la conduzione poteva esistere separatamente ed a carico di più fondi<sup>258</sup>. Invero, è ipotizzabile che dinanzi a determinate fattispecie si sia dovuta ammettere la possibilità di costituire su un fondo la servitù di mera conduzione dell'acqua: essa poteva essere attinta, infatti, da un fiume pubblico, ovvero da una fonte collocata in un proprio fondo che fosse distaccato dal resto della proprietà. In simili ipotesi era, quindi, inevitabile che lo *ius praedi* costituito comprendesse unicamente la facoltà di far scorrere l'acqua sul fondo intermedio.

Anche per questo diritto prediale è attestata un'originaria denominazione diversa da quella che noi oggi conosciamo. Primariamente, si tramanda la parola *rivus* quale oggetto della servitù di acquedotto<sup>259</sup>: essa ci è testimoniata dai frammenti relativi alla tutela interdittale specificamente predisposta, come si evince da D. 43.21 (*de riviis*), nonché dall'uso che ne facevano i *veteres*, come Quinto Mucio Scevola<sup>260</sup>, Servio<sup>261</sup>, Ofilio<sup>262</sup>, Sabino<sup>263</sup>, Proculo<sup>264</sup> e Labeone<sup>265</sup>. È, quindi verosimile, che nella fase risalente in cui il

<sup>258</sup> S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 47.

<sup>259</sup> Cfr. Fest. s.v. *rivus* (Lindsay 336): *rivus vulgo appellatur tenuis fluor aquae, non [spe] <ope?> consiliove factus, verum naturali suo impetu. Sed hi rivi dicuntur, qui manu facti sunt, sive super terram fossa, sive super (subter?) specu; cuius vocabuli origo ex Graeco pendet.* La definizione festina evidenzia primariamente la nozione volgare di *rivus*, che si riferisce ai corsi d'acqua naturali a cielo aperto e che si riverbera anche in *CIL* I, 584 = V, 7749. Il secondo significato, invece, è caratterizzato da un'accezione più tecnica e si riferisce ad un insieme più ristretto ricomprendente i fossati ed i canali artificiali, scoperti o sotterranei. Tale etimologia sarebbe confermata anche da Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.21.1.2: *Ait ergo praetor 'rivum specus'. Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrat, cui nomen est ἀπό τοῦ ῥέιν.* Altre indicazioni pratiche le ricaviamo da Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.12.1.1: *Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium.* Cfr. al riguardo M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2003, 99 ss. Sulla concreta struttura di canali e condotte si deve richiamare anche una rilevante fonte epigrafica. *CIL* X, 4842, ll. 43-47: *dum ne ea aqua, quae ita distributa discripta deve qua / ita decretum erit, aliter quam fistulis plumbeis d(um) t(axat) ab rivo pedes L ducatur, neve / eae fistulae aut rivos nisi sub terra, quae terra itineris viae publicae limi / tise erit, ponantur conlocentur, neve ea aqua per locum privatum in / vito eo, cuius is locus erit, ducatur.* Tale testimonianza ci conferma la possibilità che il rivo potesse essere anche interrato lungo un fondo privato, ovviamente con il consenso del relativo proprietario, o, addirittura, sotto una via pubblica. Sulla conformazione dei manufatti idonei ad assicurare la conduzione dell'acqua un utile spunto può essere rinvenuto anche in *Vitr.* 8.6.1: *Ductus autem aquae fiunt generibus tribus: rivis per canales structiles, aut fistulis plumbeis, seu tubulis fictilibus.* In tale frammento ci vengono indicati i tre tipi di condutture idriche: canali portanti, tubi di piombo e tubature fittili e la medesima terminologia è rinvenibile anche in *Pomp.* 31 *ad Q. Mucium* D. 8.3.15 e *Pomp.* 34 *ad Sab.* D. 43.20.3.5.

<sup>260</sup> Cfr. nt. 28.

<sup>261</sup> Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.21.3.1: *Servius et Labeo scribunt, si rivum, qui ab initio terrenus fuit, quia aquam non continebat, cementicium velit facere, audiendum esse: sed et si enim rivum, qui structilis fuit, postea terrenum faciat aut partem rivi, aequae non esse prohibendum. Mibi videtur arguens et necessaria reffectio esse admittenda.*

<sup>262</sup> Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.17.

<sup>263</sup> Cui si possono attribuire, in via diretta o indiretta, *Cels.* 5 *dig.* D. 8.1.9, *Pomp.* 33 *ad Sab.* D. 8.4.11 pr.-1, *Cels.* 23 *dig.* D. 8.6.12, *Pomp.* 34 *ad Sab.* D. 43.20.3.5.

<sup>264</sup> *Proc.* 1 *ep.* D. 8.6.16, come si vedrà in nt. 305.

<sup>265</sup> *Paul* 66 *ad ed.* D. 43.21.2 ed il già citato Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.21.3.1.

diritto proprietario si identificava con la *res* su cui lo stesso veniva esercitato, il *rivus* indicasse l'appartenenza sullo stesso vantata dal titolare del fondo avvantaggiato. Nondimeno, anche il termine *aquae ductus*, che verrà impiegato solo in un momento successivo per designare la servitù esaminata, mantiene una duplice accezione terminologica, potendosi riferire appunto al *ius praedi*, ma anche alla condotta attraverso cui veniva fatta scorrere l'acqua.

Nel successivo sviluppo delle figure servili e nell'elaborazione in chiave teleologica delle medesime, tale denominazione, così come avvenne per gli *iura itinerum*, dovette essere avvertita come inadeguata dalla giurisprudenza, propensa piuttosto ad enfatizzare la funzione del diritto servile che la sua componente corporale. Le fonti riconducibili al pensiero di giuristi quali Quinto Mucio Scevola<sup>266</sup>, Alfeno<sup>267</sup> o Labeone<sup>268</sup> attestano, invero, anche l'appellativo *iter aquae*. La presenza della parola *iter* richiama inevitabilmente la corrispondente servitù di passaggio e può forse essere il frutto di un parallelismo non solo lessicale, ma anche contenutistico tra questi due *iura praediorum*: come, infatti, la prima consente al suo titolare l'attraversamento del fondo altrui generalmente su una sede stradale individuata, l'*iter aquae* gli permetterebbe di far scorrere su una striscia di terreno altrui l'acqua di cui era proprietario e che doveva necessariamente condurre al suo

---

<sup>266</sup> Scaev. *lib. sing.* ὄρων D. 43.20.8: *Cui per fundum iter aquae debetur, quacumque vult in eo rivum licet faciat, dum ne aquae ductum interverteret.* Si noti come in tale contesto la parola *aquae ductus* non si riferisca alla servitù prediale, bensì alla condotta dell'acqua. Pare che si possa ritenere una riproduzione fedele del pensiero del medesimo giurista anche Pomp. 31 *ad Q. Mucium* D. 8.3.15: *Quintus Mucius scribit, cum iter aquae vel cottidianae vel aestivae vel quae intervalla longiora habeat per alienum fundum erit, licere fistulam suam vel fictilem vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret, et quod vellet in rivo facere, licere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret.*

<sup>267</sup> Cfr. Paul. 4 *ep. Alf.* D. 18.1.40.1: *In lege fundi aquam accessuram dixit: quaerebatur, an etiam iter aquae accessisset. Respondit sibi videri id actum esse, et ideo iter quoque venditorem tradere oportere.* L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 81 riconduce il pensiero contenuto in tale frammento addirittura a Servio e, comparandolo a D. 43.21.3 pr., ipotizza la seguente distinzione terminologica: *iter aquae* sarebbe il nome del diritto, mentre l'espressione *aquam ducere* si riferirebbe all'esercizio dello stesso.

<sup>268</sup> Tale giurista è quello che rappresenta probabilmente il momento di passaggio terminologico. Nei passi che ci riportano il suo pensiero, infatti, compare plurime volte l'espressione *iter aquae*, come in Lab. 1 *piib. a Paulo epit.* D. 8.5.21, Ulp. 70 *ad ed.* D. 10.3.19.4, ma anche la locuzione *aquae ductus*, come in Lab. 4 *post. a Iav. ep.* D. 8.1.19, Paul. 49 *ad ed.* D. 8.3.10, Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.3.24, Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.12 e Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.16, che testimonia forse un'elaborazione concettuale ulteriore rispetto a *aquam ducere*. Secondo L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 156, 170 ss., tale particolare concezione della servitù di acquedotto ravvisabile in Labeone ne influenzò anche l'interpretazione del carattere dell'*utilitas*. Per tale giurista, infatti, l'utilità dell'acquedotto era identificabile nella mera conduzione dell'acqua dalla fonte al fondo dominante, indipendentemente dagli scopi per cui la stessa fosse poi impiegata: giunta l'acqua a destinazione l'utilità poteva considerarsi, quindi, realizzata. Per i giuristi successivi, invece, a questa prima funzione se ne doveva accostare una ulteriore ricollegabile all'irrigazione o all'approvvigionamento idrico per esigenze umane o animali, in una visione più coerente con la nuova configurazione della *servitus aquae ductus*.

campo<sup>269</sup>. Esso, quindi, postula una precisa conoscenza della *servitus itineris* e non si può che collocare cronologicamente in una fase posteriore rispetto a questa.

La denominazione esaminata, inoltre, è rinvenibile anche al cap. 79 della *lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis* del 44 a.C.<sup>270</sup>. In tale epigrafe pare che l'*iter aquae* rappresenti il diritto di conduzione d'acqua che potevano conservare i coloni sulle loro terre, anche se dal testo risulta difficile desumere ulteriori elementi per individuarne la natura.

Lex. col. gen. Iul. (FIRA, I, n. 21 = *CIL* II Suppl., 5439 o *CIL* V, c. 24, 6) 79: *Qui flumi rivi fontes lacus aquae stagna paludes sunt in agro, qui colon(is) huiusc(e) colon(iae) divisus erit, ad eos rivos fontes lacus aquasque stagna paludes itus actus aquae haustus iis item esto, qui eum agrum habebunt possidebunt, uti iis fuit, qui eum agrum habent possident habebunt possidebunt, itineris aquarum lex iusque esto.*

Come si è già osservato, nelle fonti ricorre contestualmente anche il termine *aquae ductus*, denominazione classica e definitiva della servitù esaminata, che tuttavia in un primo momento indicava unicamente la condotta o la costruzione materiale finalizzata allo scorrimento delle acque incanalate. È stato, quindi, ipotizzato da autorevole dottrina che nella fase intermedia, in cui entrambe le espressioni esaminate venivano usate dai giuristi senza più indicare una realtà meramente materiale, esistesse comunque una differenza, seppur labile, tra le due<sup>271</sup>: la prima descriveva il diritto in sé, mentre la seconda atteneva all'esercizio dello stesso. La totale assimilazione tra *iter aquae* e *aquae ductus* venne pienamente realizzata nell'opera di Proculo, come testimoniato da Proc. 1 *ep.* D. 8.6.16<sup>272</sup>, in cui pare che le due espressioni vengano impiegate come sinonimi. A partire dai giuristi

---

<sup>269</sup> Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, 754, A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 126 nt. 89 e G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 92, che in questo richiamo all'*iter* legge un'assimilazione delle due servitù sotto il profilo della facoltà di passaggio che si esplica ovviamente diversamente a seconda del suo soggetto.

<sup>270</sup> Su di essa si veda il prezioso lavoro di A. CABALLOS RUFINO, '*Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis*'. *Índice de palabras en su contexto*, in *Studia historica. Historia antigua*, XV, 1997, 303 ss. e più in generale il numero monografico di *Studia historica. Historia antigua* specificamente dedicato *La 'Lex Ursonensis': Estudio y edición crítica*, in *Studia historica. Historia antigua*, 15, 1997, nonché su tale documento epigrafico fondamentali sono i contributi di E. GABBA, *Riflessioni sulla 'lex Coloniae Genetivae Iuliae'*, in *Estudios sobre la tabula siariensis (Anejos de Archivo español de arqueología)*, Madrid, 1988, 157ss., M. CRAWFORD, *Roman statutes*, I, London, 1996, A.R. JUREWICZ, '*Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis*' – rassegna della materia. *Gli organi della colonia*, in *RIDA*, LIV, 2007, 294 ss. e C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, voce *Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis*, in *Encyclopedia of Ancient History*, 2013, 4037 ss.

<sup>271</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 81.

<sup>272</sup> Cfr. nt. 305.

successivi, invece, *iter aquae* cadde totalmente in desuetudine a favore di espressioni quali *aquae ductus*, *aquam ducere*, *ius aquae ducendae*, *servitus aquae ducendae*<sup>273</sup>. Fanno eccezione due passi, Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.3.21 e Pomp. 32 *ad Sab.* D. 8.6.19 pr., rispettivamente attribuiti a Paolo e Pomponio: essi sono tratti dai commentari a Sabino di questi due autori, che, quindi, potrebbero aver mantenuto la terminologia desueta nell'intenzione di riprodurre fedelmente il testo commentato. La nuova terminologia, pertanto, in tali passi coesiste con le più antiche espressioni, mutate probabilmente dalle opere che tali giuristi avevano studiato.

Pertanto, anche il termine *aquaeductus*, come visto per le servitù di passaggio, indicava sia la condotta dell'acqua, che la servitù prediale, presentando una duplice semantica, caratterizzata sia da un significato materialistico che da uno più propriamente giuridico e astratto.

Tornando a considerare la struttura originaria del diritto di condurre acqua sul fondo altrui, si deve evidenziare una significativa peculiarità, che sotto questo profilo differenzia l'acquedotto dai *iura itinerum*. Si è già ribadita l'esistenza di una condizione di coappartenenza sul rivo: autorevole dottrina, tuttavia, ricostruisce in termini comproprietari anche il diritto sulla fonte da cui l'acqua sgorgava<sup>274</sup>. La proprietà della sorgente era, infatti, imprescindibile per poter acquisire quella dell'acqua medesima, che costituiva il precedente logico alla sua conduzione lungo il *rivus*. Tale concezione si sarebbe mantenuta anche nella prima fase di emersione della servitù di acquedotto, quando questa ancora veniva denominata *iter aquae*: al diritto di condurre l'acqua nel proprio fondo, pertanto, necessariamente si accompagnava ancora e doveva essere ceduto quello dominicale sulla fonte. Solo con la compiuta elaborazione della figura esaminata, nella servitù di *aquae ductus* si concentrarono le facoltà di derivare e condurre l'acqua attraverso il fondo altrui<sup>275</sup>. Nella concezione più antica, quindi, la presa e la conduzione dell'acqua erano oggetto di due diritti diversi e solo in un secondo momento divennero facoltà ricomprese nel diritto prediale di acquedotto.

In particolare, l'analisi di due passi consentirebbe di ipotizzare l'esistenza in epoca risalente di due distinti diritti in capo al proprietario del fondo dominante. Essi

---

<sup>273</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 87.

<sup>274</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 52, F. VALLOCCHIA, *Studi*, cit., 26 s.

<sup>275</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 69.



appartengono entrambi all'epitome realizzata da Paolo dei Digesta di Alfeno Varo<sup>276</sup>. La terminologia e le argomentazioni, tuttavia, presentano uno stile che ha spinto parte della dottrina ad interrogarsi sulla loro riconducibilità a Servio<sup>277</sup>; nondimeno, gli elementi testuali sono troppo scarsi per poterne trarre una conclusione se non certa, quantomeno probabile<sup>278</sup>.

Paul. 4 *ep. dig. Alf. D.* 8.3.30: *Qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat: quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. Respondit, si ita recepisset: 'circa eam aquam late pedes decem', iter dumtaxat videri venditoris esse.*

La fattispecie si può brevemente riassumere come segue: il proprietario di due fondi decide di venderne uno, ma dello stesso si riserva l'acqua che vi sgorga e dieci piedi di estensione attorno alla fonte medesima<sup>279</sup>. Ci si chiede, quindi, se ad egli spetti la proprietà della *portio fundi* o se egli possa (solo) accedere attraverso quel luogo. Il giurista, chiamato a dare veste giuridica al contenuto negoziale divisato dai privati, rispose che se la formula '*circa eam aquam late pedes decem*'<sup>280</sup> era stata inserita nel testo contrattuale, pareva si potesse desumere che al venditore spettasse solo il passaggio e che pertanto non avesse acquisito un diritto al trasferimento della proprietà di quella porzione di fondo. Tale quesito alternativo tra il dominio del luogo indicato ovvero la semplice servitù di *iter* attraverso

---

<sup>276</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 70, nt. 140 ipotizza che i due passi fossero susseguenti nell'opera di Alfeno, alla quale possono ricondursi altri paragrafi relativi al tema delle servitù prediali. Essi, infatti, appartengono al medesimo libro dell'epitome paolina e nel contesto in cui Paul. 4 *ep. dig. Alf. D.* 18.1.40.1 si trova collocato nel Digesto giustiniano non pare avere una così stretta aderenza con i frammenti che lo precedono e lo seguono. Tale teoria sarebbe, inoltre, confermata dalla ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, 50, che li ha raccolti sotto la medesima rubrica *De legibus mancipi aut venditionis*.

<sup>277</sup> M. BRETONE, *La nozione*, cit., 28 nt. 20 e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 70.

<sup>278</sup> Invero, quel '*respondit*' ha indotto parte della dottrina a sperare che si trattasse addirittura del pensiero di Servio e che fosse stato fedelmente riportato da Paolo nell'esame del testo di Alfeno; nondimeno, è ugualmente plausibile che esso sia stato inserito dall'autore dell'epitome per rendere più fluido il discorso.

<sup>279</sup> A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 508 s. traduce «uno spazio circolare circostante di dieci piedi di raggio».

<sup>280</sup> Sui possibili significati di *circa* si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 97 ss., 97 nt. 178. L'espressione, invero, risulta particolarmente problematica in quanto pare sicuro che venga usata nel suo significato di 'attorno a' e pertanto una traduzione fedele al dato testuale porterebbe a ritenere che il venditore si fosse riservato un diritto sulla zona materiale circostante alla fonte e non un eventuale passaggio fino alla stessa come invece ritengono G. GROSSO, *Sulla servitù*, cit., 421, ora in *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001, 21, nt. 37, S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 99, B. BIONDI, *La categoria*, cit., 664 e M. BRETONE, *La nozione*, cit., 29. Si potrebbe anche ipotizzare che l'area di dieci piedi fosse tangente al confine in uno dei suoi punti e consentisse, quindi, non solo lo stazionamento attorno alla fonte ma anche l'accesso alla medesima (*contra* L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 99). Sull'uso similare che di *circa* si fa in Proc. 11 *epist. D.* 18.1.69 si veda M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 212 nt. 31.

lo stesso ci testimonia contemporaneamente due rilevanti circostanze: *in primis* il superamento della concezione proprietaria dell'*iter*, nonché da questa duplice possibilità si potrebbe trarre conferma delle modalità di trasformazione di tale diritto in *iura in re aliena* e quindi anche dell'originaria struttura proprietaria dello stesso. In aggiunta, possiamo anche desumerne che la proprietà della fonte fosse stata indubbiamente trattenuta dal venditore: non avrebbe avuto senso interrogarsi sul regime del passaggio se la fonte medesima fosse stata sfruttabile solo in virtù di un diritto servile, poiché in tale circostanza sarebbe stata scontata la qualificazione di *ius praedii* del passaggio stesso<sup>281</sup>. Infine, dall'analisi dell'intera fattispecie si ricava che il *dominium loci* poteva essere riconosciuto unicamente al venditore che ne avesse fatta espressa riserva.

Dalla risposta del giurista, invece, parte della dottrina ha ipotizzato piuttosto che il proprietario del fondo dominante godesse anche di un ulteriore *ius itineris* che gli consentiva di accedere alla fonte e alla porzione di terreno circostante. Secondo tale ricostruzione, pertanto, oltre alla proprietà del *fons* il testo contrattuale prevedeva l'*exceptio* anche di due servitù, quella sulla porzione di terreno circostante la fonte e quella di passaggio attraverso il fondo servente per poter attingere alla stessa<sup>282</sup>. Invero, tale interpretazione non pare pienamente coerente con il dato testuale: se forse può esservi il dubbio per la formula contrattuale, nel *responsum* giurisprudenziale, invece, si qualifica esplicitamente *iter* il diritto avente ad oggetto la porzione di terreno circostante alla fonte. Se quindi il negozio, così come riportato dal frammento in esame, tace riguardo alla servitù di passaggio fino alla fonte, l'omissione non necessariamente è da imputare ad una modalità di espressione particolarmente concisa di Paolo, ma può anche dipendere dalla formulazione ermetica o infelice del testo contrattuale. Alfeno, quindi, trovandosi dinanzi alla necessità di conservare un qualche significato alla volontà delle parti<sup>283</sup>, è

---

<sup>281</sup> Cfr. G. GROSSO, *Sulla servitù*, cit., 421, nt. 37; M. BRETONNE, *La nozione*, cit., 29; F. GALLO, *Recensione a M. BRETONNE, La nozione romana*, cit., 205. *Contra* S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 99; S. SOLAZZI, *Alfeno Varo e il termine 'dominium'*, in *SDHI*, XVIII, 1952, 218 s.; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 48 ss. e da ultimo V. MANNINO, *La tolleranza dell'usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 1996, 13 ss.

<sup>282</sup> Cfr. A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 509 s., che rileva come non ci sia da stupirsi del fatto che il testo non vi faccia menzione, poiché la soluzione sulla stessa doveva sembrare scontata: ciò che effettivamente era incerto era il regime giuridico della porzione di fondo in cui il sentiero terminava e che circondava la fonte. Al riguardo L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 97 che rivede nella striscia di terreno di dieci piedi una figura anticipatrice della servitù di *aquae haustus*.

<sup>283</sup> In proposito G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 47 osserva: «che Alfeno si trovi a risolvere più una *quaestio voluntatis* che non un problema di dogmatica configurazione del *ius praedii* è provato dal fatto che il giurista prende le mosse, nella soluzione del caso prospettato, dalla formulazione letterale della *lex venditionis*».

costretto a forzare il tenore letterale della vendita ed interpreta l'espressione considerata quale costituzione di un diritto di passaggio fino alla fonte caratterizzato da una particolare estensione nella fase terminale del sentiero per esplicita volontà delle parti<sup>284</sup>. È, quindi, una brillante intuizione quella del Capogrossi Colognesi che vede nel tenore del testo contrattuale una formulazione problematica della volontà delle parti, che forse intendevano addirittura trasferire la proprietà della *fons* e dei *decem pedes* circostanti. Tuttavia, pare improbabile che nel riportarlo Paolo abbia ommesso intenzionalmente uno degli oggetti della *lex venditionis* e sembra piuttosto molto più verosimile, come detto, che l'imprecisione fosse rinvenibile nel contratto stipulato tra le parti.

Su tale aspetto un significativo spunto di riflessione sulla fattispecie considerata ci viene offerto da un dato empirico che spesso viene ignorato<sup>285</sup>: la titolarità della risorgiva implicava sempre ed inevitabilmente dal punto di vista materiale anche l'acquisto del dominio sulla parte di suolo ad essa circostante, seppur generalmente per una superficie limitata<sup>286</sup>.

Rilevante sul punto è un'iscrizione rinvenuta a Carpentras nel dipartimento della Vaucluse, la quale ci tramanda la cessione di una fonte e del relativo spazio circostante per un'estensione considerevole.

*CIL XII, 1188: fontem lon(gum) p(edes) XXX lat(um) p(edes) XV.*

Da questa breve epigrafe possiamo apprendere le dimensioni della fonte o più propriamente della superficie del fondo che le afferiva e che veniva quindi con la stessa ceduta, similmente a quanto doveva avvenire nel contratto del frammento paolino

---

L'autore, tuttavia, ritiene più probabile che Alfeno si riferisca ad una servitù di acquedotto invece che di *haustus* (48 s.) e per tale ragione a tale frammento affianca Pomp. 33 *ad Sab. D.* 8.4.11.1.

<sup>284</sup> Pare, quindi, plausibile l'idea di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 75, 101, il quale ipotizza che inizialmente la clausola negoziale stabilisse il trasferimento della proprietà sia della fonte che dell'*iter*, ma che successivamente sia stata l'interpretazione giurisprudenziale a forzarne il significato e a trarne la costituzione di una servitù prediale. Alfeno, dunque, per offrire un'adeguata ricostruzione giuridica di ciò che le parti avevano inteso stipulare, dovette dare nuova veste al contenuto contrattuale. Il giurista, quindi, destinatario del quesito attinente ad un'espressione che già allo stesso doveva apparire antiquata, fu costretto ad una reinterpretazione del testo che superasse almeno parzialmente il suo significato originario. Tuttavia, il summenzionato autore ritiene di escludere che il contratto abbia avuto ad oggetto unicamente il diritto costituito sull'area circostante alla fonte e che pertanto la servitù di passaggio fosse considerata implicita.

<sup>285</sup> È L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 102 ss. ad attirare l'attenzione sul punto.

<sup>286</sup> In tal senso depongono le fonti epigrafiche, da cui pare si possa desumere che il *fons* spesso fosse anche la struttura artificiale che veniva costruita sulla sorgente per attingere l'acqua che ne scaturiva. Così sembra potersi tradurre in *CIL III*, 990, *CIL VIII*, 2369 e 2370, *CIL IX*, 3351, *CIL XI*, 1162 e *CIL VI*, 8718.

summenzionato. Sulla funzione pratica di tale zona si può ipotizzare che servisse principalmente a consentire lo stazionamento degli animali che si dovevano abbeverare ovvero degli strumenti e del bestiame destinato al trasporto dell'approvvigionamento idrico<sup>287</sup>.

Sebbene questo si presenti come un dato pragmatico di non scarsa rilevanza, non si ritiene si possa completamente equiparare al caso descritto da Paolo, poiché nello stesso, come si è più volte ribadito, è il giurista a riqualificare la fattispecie riversata nell'accordo negoziale, discostandosi quindi dalle risultanze della prassi ed è plausibile che le parti intendessero effettivamente trasferire la proprietà dell'area esaminata, come nella testimonianza epigrafica. Tuttavia, questo non rileva ai fini della qualificazione giuridica della medesima e della distinzione tra proprietà del *fons* e diritto di *iter aquae*.

Quanto al profilo contenutistico della servitù considerata, indipendentemente dall'interpretazione che si voglia accogliere sul dettato contrattuale, si può desumere dall'espressione *per eum locum accedere possit* e dal successivo esplicito riferimento all'*iter*, ma non all'*iter aquae*, che non si trattasse di un diritto di acquedotto, bensì di un *iter ad aquam*<sup>288</sup>. Può forse stupire che all'epoca di Alfeno non si qualificasse tale figura come *aquae haustus*, servitù che, come si vedrà, era stata riconosciuta già all'epoca di Quinto Mucio Scevola. Tuttavia, una spiegazione plausibile può rinvenirsi nella circostanza che il frammento esaminato prende le mosse dalla lettera di una *lex mancipii*, ovvero, come si è ribadito più volte, dalla formulazione contrattuale scelta dai privati. Si può, quindi, ritenere che nella prassi fosse presente una tendenza conservativa dei vecchi schemi negoziali e che residuassero talvolta figure già superate dalla scienza giuridica<sup>289</sup>. A tale propensione, peraltro, non erano immuni nemmeno i giuristi, talvolta: un esempio ne è Labeone<sup>290</sup>, che sovente si riferisce all'antica struttura dell'acquedotto, differenziandosi

---

<sup>287</sup> Cfr. M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 219, la quale ipotizza anche che lo spazio attorno alla fonte sia piuttosto destinato alla *refectio* della stessa.

<sup>288</sup> Su tale espressione si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 79 ss. e G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 87 nt. 14. Vi ravvede una servitù di *aquae ductus* G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 44 nt. 158.

<sup>289</sup> Similmente prende le mosse da un caso pratico anche Paul. 4 *ep. dig. Alf.* D. 18.1.40.1, che si analizzerà *infra*. Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 103 s., il quale sottolinea che, se si confrontano tali passi con gli altri frammenti a noi pervenuti sul medesimo tema e relativi al pensiero dei giuristi repubblicani, nessuno di questi ultimi tramanda termini ed istituti così antiquati, come si può constatare da Pomp. 31 *ad Q. Mucium* D. 8.3.15, Paul. 13 *ad Plaut.* D. 8.6.7, Scaev. *lib. sing.* ὄρων D. 43.20.8, Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.21.1.10, Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.21.3 pr..

<sup>290</sup> Tale orientamento può essere anche ricondotto ad una personale posizione conservatrice del giurista (cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 159). Si può altrimenti sostenere, come il medesimo autore ha altrove ipotizzato (p. 162 nt. 268), che ai tempi di tale giurista la giurisprudenza «non era riuscita a prendere

dall'orientamento a lui contemporaneo. Quello che condusse alla desuetudine dello schema *fons + iter aquae* fu, quindi, un processo lungo, graduale e non privo di momenti di stasi.

Nel secondo dei summenzionati frammenti, invece, si espone il seguente caso: il proprietario di un fondo lo ha ceduto, tramite *lex venditionis*, insieme ad una sorgente collocata in un fondo diverso, sempre in sua proprietà.

Paul. 4 ep. dig. Alf. D. 18.1.40.1: *In lege fundi aquam accessuram dixit: quaerebatur, an etiam iter aquae accessisset. Respondit sibi videri id actum esse, et ideo iter quoque venditorem tradere oportere*<sup>291</sup>.

La questione su cui ci si interroga è, quindi, se con l'*aqua* si dovesse trasferito anche il diritto di condurla lungo il fondo servente fino a quello dominante. Anche in tale ipotesi, il giurista risponde che, secondo quanto stipulato dalle parti, il venditore doveva cedere anche l'*iter aquae*. Pare logico dedurre che il diritto sulla fonte si configurasse anche in tale fattispecie in termini dominicali e fosse concettualmente distinto dalla servitù di conduzione dell'acqua.

In entrambe le ipotesi considerate pare si possa tradurre *aqua* nel senso di *fons* ovvero di *caput*, come peraltro nel primo dei frammenti esaminati viene anche esplicito. La norma che si può ricavare dai passi analizzati, pertanto, è che qualora in una vendita vi fosse cessione o *retentio* del diritto di proprietà sulla fonte, la *lex mancipii* o *venditionis*, pur non stabilendolo esplicitamente, comprendeva anche la servitù di passaggio fino alla fonte ovvero quella di acquedotto, che pertanto doveva essere ceduta. La *ratio* di tali riflessioni giurisprudenziali, quindi, sembra si possa rinvenire nella necessità di garantire al titolare del *fons* la concreta possibilità di sfruttarlo.

La peculiare struttura originaria dell'acquedotto verrebbe confermata, inoltre, anche dallo studio delle fonti epigrafiche, che testimoniano - ancora in epoca imperiale, quando

---

coscienza del significato innovatore che la nuova concezione dell'acquedotto, inteso come presa e conduzione d'acqua, non poteva non assumere nei riguardi della precedente valutazione dell'utilità rappresentata dalla servitù di *iter aquae*. L'*utilitas* era, quindi, soddisfatta per Labeone ogniqualvolta la servitù di *iter aquae* era tale da condurre l'acqua dalla fonte al fondo dominante. La giurisprudenza successiva presenta, invece, un'impostazione diversa, richiedendo che venisse soddisfatto uno scopo ulteriore.

<sup>291</sup> L'ultima frase *et ideo - oportere* viene considerata dalla maggior parte degli autori frutto di un'interpolazione compilatoria (cfr. *ex multis* L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 77, nt. 145).

ormai la servitù considerata era giunta al suo sviluppo definitivo - la necessaria costituzione di un autonomo diritto sul *fons*, affinché fosse possibile la conduzione delle acque<sup>292</sup>. La più significativa tra queste è composta da un gruppo di iscrizioni piuttosto lacunose provenienti dalla Gallia Narbonense e databili attorno al I secolo d.C., il cui testo viene ricostruito come segue<sup>293</sup>.

CIL XII, 1882-1889: *Q. Gellius L. fil(ius) Volt(inia) Capella IIIvir, D. Sulpicius D. fil(ius) Volt(inia) Censor aedilis IIIvir, aquas novas itineraque aquarum per suos fundos colonis Viennensium donaverunt [i]nque eos titulos tuendos in perpetuu[m Sulpicia D.f.] Censilia sestertium n(umero) quinquaginta milia testamento [isdem(?) dari] iussit.*

Se ne ricava una netta distinzione tra il diritto sull'acqua e quello da esso derivante di condurla, che nell'epigrafe viene identificato con la denominazione più antica (o arcaicizzante) di *iter aquarum*: entrambi sono donati dai due personaggi menzionati alla colonia di Vienna, cedendo primariamente la proprietà della fonte e in aggiunta quella della striscia di terreno lungo la quale l'acqua scorreva o, molto più probabilmente, la servitù prediale di acquedotto sui fondi privati dei donanti<sup>294</sup>.

Tale epigrafe è particolarmente rilevante anche perché ci testimonia che nelle colonie romane veniva impiegata la medesima terminologia riscontrabile nelle fonti giuridiche più risalenti, ovvero l'espressione *iter aquae*, che, quindi, era sopravvissuta e continuava ad essere impiegata nella prassi quotidiana<sup>295</sup>.

<sup>292</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 88 s. cita a sostegno di tale ricostruzione una serie di iscrizioni che testimonia la cessione a titolo donativo di diritti di servitù a carico di fondi privati e a favore di *civitates*, tra cui CIL XIII, 966: *L. Marullius L. Marulli Arabi / filius Quir. Aeternus IIvir / aquas earumque ductum / d(e) s(uo) d(edit)*. Nonché CIL XI, 5942: *L. Vennius Sabi[n]us cum / Efficace fil. Fontem et / conceptum aquae suis / terminis usq(ue) ad kaput / formae publicae / Tifernatibus Tiberinis / d(e) suo d(edit)*. In tali epigrafi la menzione dell'*aqua* precede sempre quella dell'acquedotto e, quindi, del relativo diritto di condurla: tale ordine non può ritenersi casuale e sembra coerente supporre che indichi anche una priorità concettuale e logica. Si poteva, pertanto, costituire il diritto di condurre l'acqua solo se il titolare del fondo avvantaggiato fosse stato anche proprietario dell'acqua medesima. Ancora più esplicita, per la menzione espressa di un *ius aquarum tubo ducendarum*, è CIL XIII, 2493-2494: *C. Sennius C. f. Vol. Sabinus praef. Fabr. / balineum, campum, porticus, aquas, insque / earum aquarum tubo ducendarum, ita ut recte / perfluere possint, vicinis Albinnensibus d(e) s(uo) d(edit)*. La concessione della proprietà dell'acqua è, perciò, una condizione preliminare per la sua conduzione attraverso il fondo servente.

<sup>293</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 90 si rifà alla versione dell'Hirschfeld nel *Corpus Inscriptionum Latinarum*. Si noti, inoltre, come sottolinea lo stesso autore (p. 90 nt. 167), che le lacune fortunatamente non interessano passaggi testuali essenziali ai fini della presente indagine.

<sup>294</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 91 valuta più probabile la seconda delle ipotesi riportate.

<sup>295</sup> L'uso di *iter aquae* è riscontrabile anche in altre due iscrizioni provenienti rispettivamente da Rovigo e dalla zona circostante ad Ariano. CIL V, 2447: *Iter aq(uae) / hoc pre / car(io) dat(um) / ab Rufo / Ciloni*. Tale iscrizione ha comunque un profilo di rilevanza ai fini della presente ricerca, poiché testimonia la possibilità di

Vi è poi un'altra importante testimonianza epigrafica rinvenuta nella provincia di Viterbo e risalente al II secolo a.C.

CIL XI, 3003 = FIRA, III, n. 106, o: *Mummius Niger / Valerius Vegetus consular(is) / aquam suam Vegetianam, quae / nascitur in fundo Antoniano / maiore P. Tulli Varronis cum eo loco, / in quo is fons est emancipatus, duxi[t] / per millia passuum VDCCCCL in vil / lam suam Calvisianam, quae est / ad aquas Passerianas suas, compara / tis et emancipatis sibi locis itineri / busque eius aquae a possessoribus / sui cuiusque fundi, per quae aqua / s(upra) s(cripta) ducta est, per latitudinem structu / ris pedes decem, fistulis per latitudi / nem pedes sex, per fundos Antonian(um) / maiorem et Antonianum minor(em) / P. Tulli Varronis et Baebianum et / Philinianum Avilei Commodi / et Petronianum P. Tulli Varronis / et Volsonianum Herenni Polybi / et Fundanianum Caetenni Proculi / et Cuttolonianum Corneli Latini / et Serranum inferiorem Quintini / Verecundi et Capitonianum Pistrani / Celsi et per crepidinem sinisterior(em) / viae publicae Ferentiensis et Scirpi / anum Pistraniae Lepidae et per viam / Cassiam in villam Calvisianam suam, / item per vias limitesquae publicos / ex permisso s(senatus) c(onsulti).*

Questa estesa iscrizione ci narra il lungo tragitto di un acquedotto che, partendo dal fondo Antoniano maggiore, permetteva lo scorrimento dell'acqua nata dalla fonte Vegetiana attraverso numerosi fondi, fino alla fattoria Calvisiana<sup>296</sup>. Tuttavia, alcuni elementi di questo lungo testo e soprattutto la sua prosecuzione consentono di stabilire che Mummio Nigro Valerio Vegeto aveva acquistato non solo la proprietà della fonte, ma anche quella della striscia di terreno lungo cui doveva far scorrere l'acqua che gli apparteneva. Nondimeno, è palesata la distinzione tra *iter aquae* e l'appartenenza del *fons*, che viene percepita tanto distintamente da portare a definire l'*aqua* acquistata da Vegeto *Vegetiana* appunto. Complessivamente, pertanto, dall'iscrizione ci è tradita una

---

costituire l'*iter aquae* anche a titolo precario, proprio come avveniva per *iter* e *via* (cfr. pp. 41 ss., *contra* L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 91 nt. 168). Il secondo testo invece, CIL IX, 1426, si presenta gravemente lacunoso e si può appena ricostruire la menzione all'*iter aquae*.

<sup>296</sup> Tale frammento riveste anche una particolare rilevanza in riferimento alla necessaria costituzione *ex capite* della servitù di acquedotto: senza l'applicazione di tale principio, infatti, il proprietario del fondo da cui l'acqua sgorgava avrebbe avuto sulla stessa ogni più ampio potere in ragione del relativo diritto dominicale, costituitosi per accessione, ed eventualmente sarebbe stato anche legittimato ad impedirne il deflusso nei fondi altrui. Per potersi garantire la disponibilità assoluta dell'acqua e la continuità della sua conduzione, quindi, era necessario per il titolare del fondo dominante acquisire la proprietà del *fons*. Sul punto si legga L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 13 ss.

condizione ben più arretrata rispetto allo sviluppo della scienza giuridica contemporanea: non solo è ancora presente la distinzione tra diritto sulla fonte e quello sulla condotta idrica, ma addirittura quest'ultimo è ancora configurato quale proprietà della striscia di terreno attraversata dall'acqua, che, coerentemente, porta ancora la denominazione di *iter aquae*. Anche in tale contesto pertanto, la tradizione epigrafica ci testimonia la conservazione nella prassi di istituti ed espressioni che nell'elaborazione giuridica erano ormai superati.

Pare, infatti, verosimile che nelle province l'innovazione giurisprudenziale della *servitus aquaeductus* sia giunta con un sensibile scarto temporale e che, perciò, in tali luoghi si sia mantenuta più a lungo, almeno nella prassi, la struttura più risalente. L'analisi complessiva di tali epigrafi, pertanto, porta ad un risultato coerente con i frammenti dei giuristi classici e con la terminologia usata dai *veteres*: si può, cioè, ipotizzare che l'elaborazione definitiva della servitù d'acquedotto sia stata preceduta da una fattispecie suddivisa in due distinti diritti, in origine entrambi con configurazione proprietaria o comproprietaria e successivamente trasformati nella combinazione del *dominium* del *fons* con il *ius praedii* conosciuto come *iter aquae*.

Esaurita l'analisi della servitù di acquedotto nelle sue specifiche componenti che più rilevano ai nostri fini, ci si deve soffermare ora su una valutazione di carattere sistematico. Il *rivus*, come la *via* ed il *flumen*, da quanto ci tramandano i testi degli antichi agrimensori<sup>297</sup>, aveva, tra le altre, anche una funzione limitare e si distingueva appunto dal *flumen* in ragione delle sue più esigue dimensioni<sup>298</sup>. Se ne ricava l'impressione di un quadro complessivo molto simile a quello che si è potuto esaminare per la viabilità romana, ovvero di una complessa rete idrica costituita primariamente dai fiumi, la cui natura è generalmente pubblica<sup>299</sup>, che si dirama in numerosissime derivazioni secondarie e

---

<sup>297</sup> *Ex multis*, Frontin. *controv.*, Lach. 12.17-12.21, Hyg. *cond. agr.*, Th. 89.6-89.13 (= Lach. 126.9-126.15), Hyg. *cond. agr.*, Th. 91.9-91.11 (= Lach. 128.8-128.10), Sicul. Flacc. *cond. agr.*, Th. 102.16-102.17 (= Lach. 138.18-138.20.7), Sicul. Flacc. *cond. agr.*, Th. 114.7 (= Lach. 150.7), Sicul. Flacc. *cond. agr.*, Th. 114.25-114.26 (= Lach. 150.24-150.25), Grom., *lib. colon. II*, Lach. 255.11, Grom., *lib. colon. II*, Lach. 256.7-256.12, Grom., *lib. colon. II*, Lach. 257.23-257.25, Grom., *lib. colon. II*, Lach. 260.3-260.5, Grom., *lib. colon. II*, Lach. 261.26-262.1.

<sup>298</sup> Cfr. M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 105 s.

<sup>299</sup> Sulla distinzione tra fiumi pubblici e privati si legga M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 72 ss., in cui l'autore nel tentativo di razionalizzare la contraddizione delle fonti - rappresentate da Marc. 3 *inst.* D. 1.8.4.1: *sed flumina paene omnia et portus publica sunt*, e I. 2.1.2: *Flumina autem omnia et portus publica sunt*. - rifiuta le ricostruzioni tradizionali, che si suddividono generalmente tra la tesi della svista compilatoria e quella della volontaria interpolazione, per riportare l'attenzione sui criteri distintivi evidenziati da Ulpiano in Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.12.1.2-3, in cui la natura pubblica è riconosciuta solo ai fiumi perenni, con esclusione, quindi di quelli a regime torrentizio, che si devono considerare privati. Sulla nozione di fiume si legga A. BURDESE, voce *Flumen*, in



terminali al fine di garantire alle comunità ed ai privati il soddisfacimento delle esigenze agricole e di approvvigionamento di acqua potabile. In merito una prima descrizione complessiva ci viene fornita da Ulpiano.

Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.12.1.2-3: *Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. Perenne est, quod semper fluat, ἀένναος, torrens ὁ χειμάρρους: si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est. 3. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.*

I fiumi, pertanto, potevano essere perenni o a carattere torrenziale: l'acqua nei primi scorreva in tutti i periodi dell'anno, i secondi, invece, nel periodo estivo andavano costantemente in secca. Se, infatti, per qualche estate si inaridiva un fiume, che altrimenti scorreva perennemente, per tale ragione non avrebbe perso la qualifica di *perenne*. Alcuni fiumi erano pubblici, mentre altri privati. Secondo l'interpretazione di Cassio il fiume pubblico era quello perenne e questo parere, che anche Celso approvava, sembrava a Ulpiano probabile.

La precisa classificazione offertaci da Ulpiano in tale passo richiama quella che il medesimo autore descrive in Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.22, primariamente per le categorie che ne vengono teorizzate, un sistema binario che divide entrambi i beni in pubblici e privati, come si è potuto ricavare dalla suesposta analisi sulla viabilità romana: benché, infatti, la suddivisione del sistema viario comprenda anche la categoria delle vie vicinali, l'autore, nel succitato passo, si profonde nel tentativo di forzare quest'ultima nel classico binomio pubblico/privato. Il parallelismo, inoltre, si riverbera anche sulla struttura testuale, non solo dal punto di vista sintattico, ma anche nella scelta dei vocaboli: *Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae*, richiama fortemente *Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non*.

---

*Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1957, 414, secondo cui vi è una prima accezione lata del termine esaminato, indicante genericamente il corso d'acqua e comprensiva anche dei *torrentia*, e una tecnica, ristretta ai soli *rivi*, caratterizzati da una portata maggiore e dal requisito della *perennitas*.

Se ne ricava *a contrario* che i corsi d'acqua di notevoli dimensioni potevano essere anche oggetto di dominio privato, qualora scorressero all'interno dei fondi privati<sup>300</sup> e purché avessero carattere torrentizio<sup>301</sup>. Stupisce, però, che il primo criterio discrezionale individuato dalla giurisprudenza al fine di determinare la natura dei fiumi fosse di carattere morfologico e non tecnico: non vi è in tale frammento alcun riferimento alla condizione del suolo su cui il fiume scorreva ovvero all'uso che dello stesso poteva essere fatto, ma la natura giuridica del corso d'acqua si basava interamente sul relativo regime idrico. Sotto il profilo pratico, questo comporta evidentemente che su un fondo privato potesse scorrere un fiume pubblico, qualora presentasse il requisito della *perennitas*. Nondimeno, si deve rilevare come l'espressione *sententia*<sup>302</sup>, con cui il giurista severiano accoglie l'opinione di Cassio, dopo averne constatato l'adesione di Celso, si inquadra, molto probabilmente, in un contesto in cui non era ancora possibile stabilire canoni certi e generali, ma si potevano porre solo degli orientamenti valutativi tali da delineare una classificazione che doveva essere necessariamente contestualizzata nella fattispecie concreta<sup>303</sup>. Peraltro, Ulpiano non pare accogliere senza riserve tale argomentazione.

Sulla classificazione dei fiumi possiamo evidenziare come alla nozione di fiume privato corrispondesse un diritto di appartenenza, come si è già potuto rilevare per le *viae privatae*, che sovente anche nel contesto epigrafico indicano appunto tratti di strada di

---

<sup>300</sup> Il criterio della natura del suolo su cui essi insistevano, che era prioritariamente impiegato dai giuristi nell'ipotesi delle *viae*, in tale contesto, invece, è richiamato dai gromatici, come si evince da Sicul. Flac. *cond. agr.*, Th. 121.26-122.3 (= Lach. 157.18-157.21): *in quibusdam regionibus fluminum modus assignationi cessit, in quibusdam vero tamquam subsecivus relictus est, aliis autem exceptis inscriptumque FLUMINI ILLI TANTUM* (cfr. A. BURDESE, s.v. *Flumen*, cit., 414). Al contrario, in tale opera, il carattere torrentizio viene riconosciuto ad un fiume la cui natura pubblica è indiscutibile, ovvero il Po. Si legge, infatti, in Hyg. *cond. agr.*, Th. 87.12-87.14 (= Lach. 124.11-124.13): *Circa Padum autem cum ageretur, quod flumen torrens et aliquando tam violentum decurrit, ut alveum mutet et multorum late agros trans ripam ...*. In questa fonte, quindi, *torrens* viene impiegato con valore aggettivale al fine di descrivere una qualità della corrente di un qualsiasi corso d'acqua (cfr. M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 80 ss.).

<sup>301</sup> Il *flumen torrens* si individua in ragione di un apporto idrico discontinuo, che in estate si riduce al minimo fino alla secca totale, per poi arrivare a piene ed esondazioni durante stagione delle precipitazioni intense. Nondimeno, Ulpiano si premura di specificare che una secca eccezionale di un fiume perenne non sarà sufficiente a trasformarne il regime in privato. D'altra parte, un fiume privato, pur soggetto a secche estive, sarà comunque distinguibile dal *rivus*, in ragione della larghezza dell'alveo. Tale differenziazione pare essersi basata sulla necessità che un corso d'acqua pubblico garantisse un flusso continuo: nella ricerca di vene d'acqua, pertanto, si dovevano prediligere quelle che assicuravano non solo una soddisfacente qualità dell'acqua, ma anche la costanza dell'apporto idrico (cfr. F. VALLOCCHIA, *Studi*, cit., 25, che rimanda a Frontin. *aq.* 5.2). Nondimeno, non era escluso, secondo quanto rilevato da A. BURDESE, voce *Flumen*, cit., 415, che alcuni fiumi non perenni o addirittura alcuni rivi potessero anche essere qualificati come pubblici, in ragione dell'adozione del criterio del suolo o di quello della *vetustas*.

<sup>302</sup> In riferimento a tale espressione il VIR riporta otto riferimenti dal Digesto: Gai *ad ed. prov.* D. 2.1.11.2, Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.8.27.2, Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1.5, Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8 pr., Ulp. 4 *ad Sab.* D. 28.5.4. pr., Ulp. 31 *ad Sab.* D. 41.9.1.2, Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.12.1.3 e Paul. 17 *ad Plaut.* D. 45.1.91.3.

<sup>303</sup> M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 88.

proprietà esclusiva del soggetto sul cui fondo correvano. La diramazione minore era, invece, rappresentata dal *rivus* che, da quanto ci viene tramandato<sup>304</sup>, poteva essere scavato sia su un terreno pubblico che su un fondo privato. Anche il rivo privato, quindi, al pari delle vie e dell'*iter* poteva essere oggetto di un diritto di proprietà esclusiva ovvero poteva costituire l'estrinsecazione materiale di una servitù prediale.

Si è già brevemente trattato della nozione di *rivus communis*<sup>305</sup> ricorrente nelle fonti giuridiche: esso inizialmente indicava un corso d'acqua in regime di coappartenenza e, successivamente, tale figura venne impiegata per costrutti giuridici più complessi, quali quelli delle comunità di irrigazione<sup>306</sup>. La sua arcaica derivazione condominiale, tuttavia, non viene dimenticata dai *prudentes*<sup>307</sup>.

Purtroppo, in tale contesto non ci soccorrono gli scritti dei gromatici, a differenza di quanto si è potuto rilevare in tema di *iura itinerum*, se non per un fugace riferimento al *rivus communis*<sup>308</sup>. Tale lacuna è stata giustificata con il maggior interesse che dovevano

---

<sup>304</sup> Ulp. 70 *ad ed. D.* 43.21.3.4: *Hoc interdictum ad omnes rivus pertinet, sive in publico sive in privato sint constituti.* La domanda che sorge spontanea dinanzi a questo laconico frammento è se il *rivus* segua il regime del terreno su cui scorre. A complicarne l'interpretazione viene anche un diverso passo Paul. 23 *ad ed. D.* 10.1.6: *Sed si rivus privatus intervenit, finium regundorum agi potest.* Da esso diversi autori (G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945, 110, G. FUNKE, *Beiträge zum Wasser-Recht*, in *ACP*, XII, 1829, 285 ss., C.G. SCHWAB, *Die Conflict der Wasserfabrt auf den Flüssen mit der Benützung der letztern zum Maschinenbetriebe, erörtert nach den Grundsätzen des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts: Ein Beitrag zur Lehre vom Wasserrechte*, in *ACP*, Beilageheft, XXX, 1847, 13) hanno dedotto *a contrario* l'esistenza del *rivus publicus* quale unica alternativa possibile al *rivus privatus*. Si deve rilevare tuttavia che resta sempre possibile che la contrapposizione riguardasse piuttosto i rivi privati e quelli comuni (M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 124 nt. 134).

<sup>305</sup> V. *supra* p. 31 s., in cui si analizza un passo di Proculo particolarmente significativo, che, per comodità del lettore, si riporta. Proc. 1 *ep. D.* 8.6.16: *Aquam, quae oriebatur in fundo vicini, plures per eundem rivum iure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum eumque communem, deinde ut quisque inferior eret, suo quisque proprio rivo, et unus statuto tempore, quo servitus amittitur, non duxit. Existimo eum ius ducendae aquae amisisse nec per ceteros qui duxerunt eius ius usurpatum esse: proprium enim cuiusque eorum ius fuit neque per alium usurpari potuit. Quod si plurium fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus bis, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset. Item si quis eorum, quibus aquae ductus servitus debebatur et per eundem rivum aquam ducebant, ius aquae ducendae non ducendo eam amisit, nihil iuris eo nomine ceteris, qui rivo utebantur, adcrevit idque commodum eius est, per cuius fundum id iter aquae, quod non utendo pro parte unius amissum est: libertate enim huius partis servitutis fruitor.* La medesima configurazione pare emergere anche da Paul.-Fest., s.v. *dividicula* (Lindsay 62): *antiqui dicebant, quae nunc sunt castella, ex quibus a rivo communi aquam quisque in suum fundum ducit.* Nonché lo stesso riferimento è rinvenibile in Paul.-Fest., s.v. *incilia* (Lindsay 94): *fossae, quae in visis fiunt ad deducendam aquam, sive derivationes de rivo communi factae.* Tali testimonianze si presentano particolarmente interessanti nell'esame della fattispecie considerata, poiché paiono riferirsi proprio alla situazione descritta da Proculo nel passo succitato, portandoci in tal modo ad ipotizzare che il fenomeno della derivazione comune d'acqua fosse piuttosto frequente nell'epoca del principato. In tal senso L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 94, nt. 112, che tuttavia non vi ravvede la conferma di un complesso sistema di servitù di acquedotto, quanto piuttosto 'un generico diritto di proprietà' sul rivo comune.

<sup>306</sup> Al riguardo non si può tralasciare il contributo di L. MAGANZANI, *Comunità di irrigazione e rapporti fra 'rivales': riflessioni giurisprudenziali e tutela pretoria*, in *JUS*, II, 2017, 190 ss.

<sup>307</sup> Come testimoniato anche da altra fonte, Ulp. 31 *ad ed. D.* 17.2.52.12: *Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum Cassius scripsit.*

<sup>308</sup> Hyg. *cond. agr.* Th. 91.9-91.11 (=Lach. 128.8-128.9): *item rivis si observabitur finis, utrum naturalis sit rivus aut ex fossis arcessita aqua rivum fecerit, et utrum privatus observari aut communis debeat.* Questo passo primariamente

suscitare negli agrimensori i confini artificiali dei fondi, rispetto agli elementi geologici che spesso, invece, dovevano costituirne il limite naturale<sup>309</sup>. A conferma di ciò, si può rilevare una maggiore attenzione per il sistema delle *fossae*, ovvero i fossati scavati lungo i confini dei fondi, la cui funzione principale era il deflusso delle acque meteoriche: l'aggettivo comune, infatti, compare spesso in riferimento a questi canali di scolo<sup>310</sup>.

In conclusione, ad un sistema pubblico, che riusciva a garantire una buona copertura, ma ovviamente non poteva soddisfare tutte le esigenze agricole, si aggiunse ancora una volta la risposta privata, che, sotto la pressione di necessità pratiche, seppe pensare a nuove figure che assicurassero l'approvvigionamento idrico, senza comprimere eccessivamente le prerogative dominicali<sup>311</sup>. Non si deve tralasciare infatti che «la distribuzione idrica nei lotti di terreno centuriato era irregolare» e che «le fonti d'acqua naturale erano in netta minoranza rispetto all'estensione dei terreni da irrigare»<sup>312</sup>: le acque private rappresentavano, quindi, una risorsa preziosa, la cui condivisione divenne ben presto necessaria<sup>313</sup>.

---

conferma quanto accennato in apertura, ovvero, che il rivo poteva avere carattere naturale o essere il frutto di un intervento artificiale. Tale frammento, inoltre, testimonia anche la possibile esistenza di un *rivus communis*, che, a differenza di quanto sostenuto da M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 133 nt. 151, non pare configurabile in termini di coappartenenza: la contrapposizione al *rivus privatus*, infatti, secondo questa logica non troverebbe giustificazione, posto che anche il rivo in comproprietà si sarebbe dovuto classificare quale privato, conformemente anche alle categorie prospettate per le *viae*. Ritengo ragionevole estendere a questo ambito il medesimo criterio classificatorio impiegato dai gromatici per il sistema viario in ragione anche di quanto precede il frammento suriportato. Hyg. *cond. agr.*, Th. 91.5-91.8 (= Lach. 128.5-128.8): *Nam si fossa erit finalis, videndum utrum unius aut utriusque sit partis, et si in extremo sine facta; itemque via utrum publica aut vicinalis aut duum communis aut privata alterius*. Nell'analisi della tipologia di fosse viene, quindi, individuata quella di un singolo proprietario, che si può agevolmente ricondurre alla qualifica di *privata*, ovvero quella che appartiene ad entrambe le parti e sia stata posta in coincidenza del confine, con destinazione di una striscia di terreno di ambo i fondi. È l'autore stesso a delinearne, quindi, il parallelismo con le vie romane, sostenendo che parimenti la via può essere, pubblica, vicinale, comune a due (confinanti) ovvero privata in proprietà esclusiva di un singolo soggetto. Ciò confermerebbe, pertanto, che il gromatico impiegando l'aggettivo *communis* si riferisca precisamente a tutti quegli elementi limitari che si pongono al confine e che appunto sono comuni a due vicini, poiché l'uso ne è condiviso e per la loro costruzione ciascuno dei due ha destinato parte, generalmente una striscia, del proprio fondo all'estremità dello stesso.

<sup>309</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 93, nt. 112.

<sup>310</sup> Sic. Flacc. *cond. agr.*, Th. 112.6-112.11 (= Lach. 148.4-148.8).

<sup>311</sup> Sull'importanza delle servitù prediali d'acqua anche in relazione all'allevamento ittico e alle grandi risorse che nello stesso venivano investite si legga C.J. BANNON, *Gardens & Neighbors. Private Water Rights in Roman Italy*, Ann Arbor, 2009, 219 ss. L'autrice in particolare si sofferma (229) sull'attività di allevamento ittico di Gaio Sergio Orata, richiamata anche da Varro, *rust.*, 3.10 in merito alla *pastio villatica*, nonché Varro, *rust.*, 3.3.10 e Varro, *rust.*, 3.17, in cui «Varro emphasized traditional cost control, but he also recognized that fish farms required extensive capital investment and careful management . . . . Fishponds were expensive to build and, if they were not properly maintained, the fish died».

<sup>312</sup> A.D. BIANCO, *Aqua ducta*, cit., 117.

<sup>313</sup> Sulla primaria funzione della servitù di acquedotto ci dà conferma anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 141, nt. 240: essa era ovviamente l'irrigazione del proprio campo, come testimoniato da Ulp. 70 *ad ed. D.* 43.20.1.11 e Pomp. 34 *ad Sab. D.* 43.20.3 pr. (cfr. S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 21). Tale circostanza «del resto si comprende facilmente se si considera che, in un'epoca abbastanza arcaica, opere relativamente ingenti

L'elaborazione giurisprudenziale della figura sopraesposta in un compiuto *ius in re aliena*, così come per le servitù di passaggio, doveva corrispondere alla necessità, avvertita e recepita dai *veteres*, di alleggerire il gravame che queste rappresentavano per il diritto dominicale sui fondi serventi. La configurazione di un diritto di attingere e condurre l'acqua che, quindi, permettesse di abbandonare la combinazione dell'*iter aquae* alla necessaria proprietà del *fons* era sicuramente in linea con questa tendenza giurisprudenziale<sup>314</sup>, che si può anche ricollegare alla *ratio* della summenzionata *lex Scribonia*, che escludeva l'usucapione della servitù prediali<sup>315</sup>.

---

come la costruzione di *rivi* e di condutture dovevano essere effettuate solo per attuare delle esigenze fondamentali e non diversamente soddisfacenti dall'agricoltura. Ai bisogni degli esseri umani e del bestiame si doveva far fronte, in modo più semplice e meno gravoso per tutti, con la semplice attribuzione, in epoca più antica, della proprietà del *fons* e di una servitù di passaggio e, successivamente, mediante la costituzione della *servitus aquae haustus* e della *servitus pecoris ad aquam adpellendis* (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 141 s., nt. 240).

<sup>314</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 185 ss., in particolare 187: «Appaiono dunque nell'opera della giurisprudenza degli ultimi decenni a.C., decisamente orientata a favore della libertà dei fondi, concreti legami con interessi e problemi attinenti al complesso della vita sociale ed economica in cui i giuristi si sono trovati ad operare».

<sup>315</sup> Sul punto però si legga L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 186 nt. 306.

CAPITOLO II

LE SERVITÙ URBANE E LE ALTRE SERVITÙ RUSTICHE:  
L'EMERSIONE DELLA CATEGORIA DEI *IURA PRAEDIORUM*

SOMMARIO: 1. L'origine dei *iura praediorum urbanorum*. - 2. Gli altri *iura aquarum*. - 3. I *iura praediorum rusticorum più recenti*. - 4. La tutela processuale. - 5. Il ruolo della giurisprudenza. - 6. La categoria della *servitus*. - 7. Il requisito dell'*utilitas* e le servitù innominate. - 8. Tipicità e *numerus clausus*. - 9. L'atipicità dei *iura praediorum*.

1. *L'origine dei 'iura praediorum urbanorum'.*

Lo sviluppo delle servitù urbane pare potersi collocare temporalmente in un periodo coevo alla nascita dell'usufrutto, ovvero tra gli ultimi anni del III secolo a.C. ed i primi del II<sup>316</sup>. Ripercorrendo brevemente quanto già esposto nel primo capitolo, si evidenzia che il contesto di emersione di questi due istituti è rappresentato da un processo iniziato con la derivazione, dalla più risalente figura della *via*, di *iter* ed *actus*, il cui sviluppo, ispirato ad una prospettiva meno materialistica e più teleologica, si coronò con il superamento della struttura proprietaria e l'elaborazione della nozione del *ius in re aliena*<sup>317</sup>. Solo in un secondo momento assunsero questa nuova veste giuridica anche la *via* ed i *iura aquarum*, che più a lungo nella prassi mantennero la configurazione di diritti di coappartenenza. Le servitù urbane, invece, pur essendo più recenti della *via*, così come il parallelo diritto di usufrutto, si rivelarono irriducibili a tale schema comproprietario e, pertanto, fin dal principio necessitarono di una diversa configurazione<sup>318</sup>. Trattasi, dunque, di un lungo processo che coprì l'arco di un intero secolo, svolgendosi dall'inizio del II secolo a.C. al periodo appena precedente a Quinto Mucio Scevola<sup>319</sup>, e che, analizzato da diversa angolazione, interessò primariamente il diritto di appartenenza: da una concezione

---

<sup>316</sup> Sul rapporto cronologico tra queste due figure si è già detto nel capitolo I, p. 16 s.

<sup>317</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 280: «La determinazione dell'*iter* e dell'*actus* come figure autonome segna l'inizio di un processo di approfondimento concettuale e di una maturazione della riflessione scientifica rispetto alla quale le altre antiche figure di *iura praediorum rusticorum* restano irrimediabilmente arretrate. Questo processo giunge alla piena maturazione col riconoscimento delle servitù urbane come categoria unitaria di *iura in re aliena*: riflettendosi quindi, in modo pressoché immediato, sulla concezione dell'*iter* e dell'*actus* 'tradotti' in termini di *ius*, sganciati definitivamente dallo schema dell'appartenenza».

<sup>318</sup> Cfr. p. 13.

<sup>319</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 281.

unitaria e totalizzante, lo stesso iniziò una graduale evoluzione di disgregazione, da cui furono desunte le diverse figure di diritti reali.

Un primo riferimento cronologico in tema di *iura praediorum urbanorum* ci è fornito da Cic. *top.* 4.24, in cui si menziona la *servitus proiciendi*.

Cic. *top.* 4.24: *Quoniam P. Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit, quod parietis communis tegendi causa tectum proiceretur, ex quo tecto in eius aedis, qui protexisset, aqua deflueret, id tibi ius videri.*

Il frammento non rileva in tale sede tanto per la riflessione in esso contenuta, quanto piuttosto per la menzione di un famoso giurista. Proprio all'esordio della fonte, infatti, è nominato Publio Mucio Scevola, cui è riconducibile anche la disputa riferita da Cic. *de fin.* 1.4.12 e Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.1.68 pr., che costituisce il primo riferimento cronologico dell'usufrutto. Tale eminente giurista, che rappresenta quindi il primo punto di incontro dei due istituti, fu console nel 133 a.C.: ne consegue logicamente che anche le servitù urbane possono considerarsi sicuramente esistenti attorno alla metà del II secolo a.C. Esse ovviamente sono pienamente riconosciute dalla generazione successiva di giuristi, quali Quinto Mucio Scevola, Aquilio Gallo, Servio, Alfeno, Trebazio, Ofilio, Aulo Cascellio e Labeone<sup>320</sup>, senza considerare i riferimenti di autori letterari quali Cicerone e Varrone<sup>321</sup>. Si è, quindi, ipotizzata un'evoluzione parallela dei due istituti o quantomeno estremamente prossima dal punto di vista temporale. Ad ogni modo, ciò che pare certo è che le esigenze che si posero alla base della loro emersione si presentarono verso la fine del III secolo a.C. e che le due costruzioni giuridiche che si stavano sviluppando si influenzarono reciprocamente<sup>322</sup>.

Questa tendenza centrifuga al superamento dello schema unitario dell'appartenenza fu alimentata anche da un fondamentale accadimento storico, che si può ritenere approssimativamente coevo, rappresentato dalla nascita della giurisprudenza laica, emblema di una significativa e determinante maturazione della scienza giuridica romana.

---

<sup>320</sup> Cfr. Pomp. 26 *ad Q. Mucium* D. 8.2.7, Paul. 2 *epit. Alfeni dig.* D. 8.2.16, Paul. 5 *epit. Alfeni dig.* D. 8.2.33, Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2, Alfeno. 2 *dig.* D. 8.5.17, Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.1.17, Venul. 1 *interdict.* D. 43.23.2.

<sup>321</sup> Cic. *orat.* 1.38.173, Cic. *orat.* 21.72 e Varro, *ll.* 5.27.

<sup>322</sup> Cfr. G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 205 s., il quale osserva come servitù urbane e usufrutto trassero la loro origine dalle nuove istanze di una società in cui si stava disgregando la tradizionale organizzazione familiare.

Furono proprio i giuristi laici a creare i presupposti metodologici per l'introduzione di un elemento dalla portata dirimpante, come una nuova categoria di diritti.

La genesi delle servitù urbane, tuttavia, fu determinata primariamente da condizioni materiali, quali lo sviluppo demografico<sup>323</sup> e la conseguente crescita edilizia, cui seguì inevitabilmente una riorganizzazione urbanistica. L'aumento della popolazione, infatti, risale almeno alle guerre sannitiche e s'intensificò nell'età delle guerre puniche, andando ad influire su questo processo anche la nutrita massa di stranieri che si riversarono nella città<sup>324</sup>: il dato demografico urbano giunse rapidamente quasi al milione di abitanti<sup>325</sup>. Ad essi si devono assommare tutti i Latini che, dalle colonie migrando a Roma, potevano acquistare la cittadinanza<sup>326</sup>. La densità demografica, tuttavia, crebbe in maniera disomogenea nelle diverse zone di Roma<sup>327</sup>, impennandosi solo nei quartieri più poveri,

---

<sup>323</sup> Sul punto un'ampia analisi dei conteggi volti alla distribuzione delle *frumentationes* ci è offerta da E. LO CASCIO, *Le procedure di 'recensus' dalla tarda Repubblica al Tardo antico e il calcolo della popolazione di Roma*, in *La Rome Impériale. Démographie et logistique. Actes de la table ronde (Rome, 25 mars 1994)*, Roma, 1997, 3 ss., il quale (14 ss.) calcola il numero degli appartenenti alla plebe frumentaria, ovvero di tutti coloro che avevano residenza stabile a Roma e che per le loro condizioni patrimoniali avevano diritto alle distribuzioni annonarie, in una cifra che varia dalle 200.000 alle 350.000 persone al tempo di Cesare. Tale categoria è ai nostri fini tanto più rilevante, poiché doveva coincidere in larga parte con coloro che abitavano le *insulae*: come afferma il medesimo autore infatti (11): «Le frumentazioni si risolvono ... in un beneficio che spetta agli inquilini degli immobili urbani ...». Si deve, tuttavia, sempre considerare che i destinatari di tali provvedimenti assistenziali erano ovviamente solo i cittadini maschi adulti, ovvero di età maggiore di 17 anni, e liberi. Sulla base di tali dati, l'autore (24) stima la popolazione degli *accipientes* di Roma in età cesariana in 700.000/750.000 persone.

<sup>324</sup> Sulle teorie avanzate in merito a tale fenomeno si veda E. LO CASCIO, *La popolazione*, in *Roma imperiale. Una metropoli antica*, a cura di E. Lo Cascio, Roma, 2000, 30, il quale esclude, a differenza di P.A. BRUNT, *Italian Manpower 225 B.C. - A.D. 14*, Oxford, 1971, 384, che l'aumento del numero degli acquedotti e la solerzia nella loro edificazione possano costituire un indizio particolarmente significativo della crescita demografica urbana, poiché il medesimo dato potrebbe essere riconducibile anche ad un miglioramento delle condizioni di vita nell'Urbe, circostanza altamente plausibile. Cfr. anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 289 nt. 31, che individua un importante indice dell'aumento demografico nell'istituzione del *praetor peregrinus*.

<sup>325</sup> Cfr. G. CALZA, *La popolazione di Roma antica. Rassegna bibliografica*, in *Bullettino della Commissione archeologica comunale di Roma*, LXIX, 1941, 154 s., E. LO CASCIO, *Popolazione e risorse nel mondo antico*, in *Storia dell'economia mondiale, I, Dall'antichità al medioevo*, a cura di V. Castronovo, Roma - Bari, 1996, 288 e L. GAGLIARDI, *La tutela prevista dal diritto romano per i superficari: dalle azioni 'in personam' alle azioni 'in rem'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, 6 s., con ampia indicazione bibliografica, cui si rimanda sia in riferimento all'incremento demografico (nt. 3), sia alla diffusione delle *insulae* quale nuova soluzione abitativa (nt. 4). Su tale tema, inoltre, si rimanda all'ampia trattazione di S. HIN, *The demography of roman Italy: population dynamics in an ancient conquest society 201 BCE-14 CE*, Cambridge, 2013, 1 ss., che dopo un'approfondita analisi delle condizioni dell'Italia tardorepubblicana, considerando il dato sociale, quello economico e che quello climatico, conclude (297): «a plausible 'middling' estimate reaches a level of c.8.2 million inhabitants of Italy in 28 BCE».

<sup>326</sup> Cfr. E. LO CASCIO, *La popolazione*, cit., 30, che (33) stima la popolazione di Roma nel 28 a.C. in 12 milioni di abitanti.

<sup>327</sup> Cfr. A.G. MCKAY, *Houses, Villas, and Palaces in the Roman World*, London, 1975, 85, il quale nota come l'assenza di trasporti accessibili costringesse i cittadini più poveri a vivere in città, determinando ovviamente un'impennata della densità demografica e un'iniziale crisi delle risorse abitative. L'autore, infatti, conclude (98): «Rome undoubtedly remained a slum city in large areas of its sprawling mass, a prey to congestion and claustrophobia, surrounded by noisy cluttered streets, invaded on every side by the clatter of trades and with a host of *botteghe oscure* in almost every quarter».



costituiti perlopiù da pericolanti caseggiati in legno<sup>328</sup>, chiamati *insulae*<sup>329</sup>, dove si giunse di necessità a reputare vantaggioso uno sviluppo delle abitazioni in altezza<sup>330</sup>.

La struttura urbanistica originaria era tale da garantire ad ogni edificio la sua indipendenza, essendo *impluvium* ed *ambitus* elementi strutturali delle abitazioni romane<sup>331</sup>, la cui architettura non prevedeva che più famiglie dovessero condividere la medesima *domus*, consistente peraltro in un unico piano. L'evoluzione verticale e la contiguità, divenute necessarie allo scopo di aumentare il numero delle unità abitative<sup>332</sup>, intensificarono inevitabilmente le interferenze tra le costruzioni. Nell'impossibilità di garantire ad ognuna l'autonomia dalle altre, la norma sull'*ambitus* venne sempre più

---

<sup>328</sup> G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 189 evidenzia il rilevante fenomeno di età imperiale delle *insulae*, enormi caseggiati finalizzati alla produzione di un reddito per i relativi proprietari tramite la locazione delle singole unità abitative: si trattava, infatti, di grandi edifici che si sviluppavano in altezza, suddivisi in numerosi appartamenti e generalmente circondati dalle strade. Parimenti, F. COARELLI, *La consistenza della città nel periodo imperiale: 'pomerium', 'vici', 'insulae'*, in *La Rome Impériale. Démographie et logistique. Actes de la table ronde (Rome, 25 mars 1994)*, Roma, 1997, osserva come la nozione di *insula*, quale imponente edificio suddiviso in plurimi appartamenti a fini speculativi, dovesse essere contrapposta a quella di *domus*, intesa invece come casa padronale, dimora della classica *familia* romana. Su tale contrapposizione si era espresso anche G. CALZA, *La popolazione*, cit., 151, il quale oltre alle consuete differenze strutturali evidenzia anche come la *domus*, quale residenza signorile, fosse in genere isolata, mentre le *insulae*, nonostante le loro dimensioni, si concentravano numerose nella stessa area urbana. Sul punto, inoltre, A.G. MCKAY, *Houses*, cit., 83 osserva anche come le *insulae* si fossero sviluppate da negozi con le sovrastanti abitazioni dei proprietari e, invero, «the apartment block, often three or four storeys high, was indigenous to Rome because there were no convincing antecedents in the Near East, where shops, fundamental to Roman *insulae*, were either located in the civic centre or clustered along main streets». Quanto, invece, al pericolo che queste strutture potevano rappresentare per la società romana, il medesimo autore rileva come «The rapid growth in population and the turbulence of the last centuries of the Republic engendered serious problems of building and security». Ci si riferisce in particolare al pericolo di crollo che rappresentavano queste palazzine, ma anche e soprattutto ai frequenti incendi che divampavano dalle abitazioni costruite in legno, ogniquale volta il fuoco acceso per cucinare l'unico pasto caldo della giornata prendeva il pavimento e le pareti: per tali ragioni si ricorse successivamente all'*opus caementicium*, che risultò molto più sicuro e stabile.

<sup>329</sup> Paul.-Fest. s.v. *Insulae* (Lindsay 98): *insulae dictae propriae, quae non iunguntur communibus parietibus cum vicinis, circumituque publico aut privato cinguntur; a similitudine videlicet earum terrarum, quae in fluminibus ac mari eminent, suntque in salo*. In tale frammento pare farsi riferimento ad un edificio delimitato dall'*ambitus* e quindi ad una definizione piuttosto risalente dell'abitazione considerata, che F. COARELLI, *La consistenza*, cit., 97 stima risalire all'epoca delle XII Tavole. Sulla definizione di *insula* si veda soprattutto G. CALZA, *La popolazione*, cit., 143 ss. Da quanto ci viene tramandato, infine, verso la metà del IV secolo d.C., le *insulae* nell'intero territorio dell'Urbe ammontavano a 46.602 unità, mentre le *domus* a sole 1.797 (Cfr. A.G. McKay, *Houses*, cit., 83).

<sup>330</sup> La crescita verticale degli edifici viene correlata anche ad un importante fattore, come osservato in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 293 s.: ci si riferisce alla cinta muraria costruita attorno alla città dopo la catastrofe gallica, che ragionevolmente era stata pensata per accogliere una popolazione cittadina in espansione, ma che attorno al III secolo a.C. doveva racchiudere un'area insufficiente per consentire la costruzione delle nuove abitazioni al suo interno. Le soluzioni che, quindi, si profilavano furono inevitabilmente l'urbanizzazione dell'area esterna alle mura ovvero una riorganizzazione verticale degli edifici all'interno della cinta muraria. Sempre attorno al medesimo periodo viene ricondotta l'introduzione del materiale cementizio, che dovette costituire un elemento fondamentale della struttura inferiore delle *insulae*, poiché era necessario che almeno la base delle stesse fosse sufficientemente solida da reggere i piani superiori, che invece erano notevolmente più leggeri grazie all'impiego del legno (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 300). Su tale fenomeno cfr. E. LO CASCIO, *Popolazione*, cit., 290.

<sup>331</sup> G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 49.

<sup>332</sup> Secondo quanto osservato da G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 188, questo avvenne anche nelle abitazioni più facoltose al fine di offrire una dimora ai nuovi nuclei familiari oppure ai numerosi schiavi che servivano in casa.

disapplicata e l'*impluvium* venne sacrificato per consentire la suddetta sopraelevazione degli edifici, con la conseguente necessità di scoli, stillicidi e cadute d'acqua, apertura di finestre e luci che garantissero l'aerazione e, più in generale, di una inevitabile revisione della regolamentazione di *iura parietum* e *iura luminum*<sup>333</sup>.

Di tali sottocategorie, impiegate anche nella classificazione delle servitù urbane, ci è giunto solo un elenco, per stessa ammissione dell'autore, non esaustivo, su cui ci si soffermerà anche in seguito<sup>334</sup>. Esso viene, tuttavia, integrato dai compilatori giustiniani mediante la giustapposizione di un frammento ulpiano che appunto segue immediatamente nei *Digesta*<sup>335</sup>.

Gai 7 *ad. ed. prov. D. 8.2.2: Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officiendi luminibus vicini aut non extollendi: item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi: item immittendi tigna in parietem vicini et denique proiciendi protegendive ceteraque istis similia*<sup>336</sup>.

Ulp. 29 *ad Sab. D. 8.2.3: Est et haec servitus, ne prospectui officiat.*

Grazie ad una raffinata riflessione giurisprudenziale, quindi, comparvero i *iura praediorum urbanorum*: i *iura parietum* suddivisi in *servitus tigni immittendi*, il diritto di inserire il proprio trave o altro materiale nella costruzione altrui, *oneris ferendi*, diritto di appoggiare il proprio edificio sull'altrui, *proiciendi protegendive*, diritto di far sporgere il tetto o altre strutture sull'edificio altrui; i *iura luminum*, articolatisi in *servitus luminum*, diritto di aprire

---

<sup>333</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 286 ss. Si pensi inoltre alla necessità di stabilità che poteva derivare dalla costruzione di edifici in legno di altezza sempre maggiore, che per reggersi si dovevano appoggiare inevitabilmente gli uni sugli altri.

<sup>334</sup> Vedi § 6.

<sup>335</sup> Pare opportuno anche in questo caso affiancare quanto viene riportato nelle Istituzioni, in cui si cerca di fornire una classificazione più ordinata e completa dei *iura urbanorum*. I. 2.3.1: *Praediorum urbanorum sunt servitutes quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae quoniam aedificia omnia urbana praedia appellantur, etsi in villa aedificata sunt. item praediorum urbanorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem eius liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non recipiat: et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiat.*

<sup>336</sup> Quest'ultima specificazione, che pare più che altro una clausola aperta, è da considerarsi come un altro argomento a favore dell'atipicità delle servitù: sembra più probabile, infatti, che, qualora le servitù urbane fossero state tipiche, il giurista le citasse tutte in maniera esaustiva e non scegliesse di concludere l'elenco con un'espressione generica, tale da ammetterne altre. Tale argomentazione ricorre anche in S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 4.

vedute sull'altrui, *altius non tollendi*<sup>337</sup>, diritto che il vicino non sopraelevi, *ne luminibus officiat*, diritto che il vicino non oscuri le luci del proprio edificio, *ne prospectui officiat*, diritto che non si impedisca una determinata veduta; infine, i *iura stillicidiorum*, distinti in *servitus stillicidi*, diritto di lasciar sgocciolare sull'altrui l'acqua piovana, *fluminis*, diritto di incanalare sull'altrui, *cloacae*<sup>338</sup>, diritto di scaricare le acque sudice nell'altrui.

L'emersione di tale figura prediale consentì, quindi, fin dal principio, di operare la fondamentale e più importante distinzione nell'insieme dei diritti servili: quella tra *iura praediorum rusticorum* e *urbanorum*<sup>339</sup>. Tale discriminazione si basava su un criterio quantomai immediato, ovvero la collocazione rustica o urbana appunto del fondo su cui originariamente si costituiva un determinato tipo prediale<sup>340</sup>. È interessante notare come,

---

<sup>337</sup> Quanto alle servitù *altius tollendi* e *stillicidium non avertendi*, è stata avanzata in dottrina da G. GROSSO, *Sulle servitù 'altius tollendi' e 'stillicidii non avertendi'*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, Padova, 1933, 453-490, ora in *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001, 83 ss., l'ipotesi che le stesse siano di origine giustiniana e che siano state inserite nelle fonti appena menzionate ad opera di un intervento compilatorio. Sull'ammissibilità in epoca classica della *servitus altius tollendi* si è approfonditamente soffermato anche S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 91 ss.

<sup>338</sup> In verità la classificazione della *servitus cloacae* non è indubitabilmente sicura, poiché Nerazio in un famoso passo (Ner. 4 reg. D. 8.3.2 pr.) la qualificò come rustica. Tuttavia, nello stesso frammento il giurista proculiano propone una collocazione improbabile anche per altri *iura praediorum urbanorum*, il ché ci legittima a dubitare che la *servitus cloacae* fosse considerata rustica, per ritenere piuttosto che fosse urbana. G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 29 ss., invece, esclude che la medesima si potesse ricondurre al novero delle servitù più antiche. Su tale figura, inoltre, ha indugiato anche la trattazione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 307 ss., specialmente 342 ss., il quale evidenzia, dopo un'accurata analisi delle poche fonti disponibili, come la diffusione delle fognature private dovesse essere piuttosto scarsa in Roma e come la *servitus cloacae* dovesse limitarsi solamente all'ipotesi dell'immissione delle fognature in pozzi neri, richiedendo che il sistema di scarico rimanesse interamente in un contesto privato, posto che molte fognature collegate con le cloache pubbliche erano per ciò stesso escluse dal novero delle servitù. A ciò si aggiunga che l'interdetto *de cloacis* palesemente non si limitava a tutelare solo una servitù ma era volto a coprire tutta una serie di situazioni che potessero riguardare latamente il sistema di scarico dei rifiuti. *Contra* G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 57 e ID., *Specie*, cit., 60 ss. Si veda per una recente analisi della tutela interdittale volta a garantire la manutenzione delle cloache private e pubbliche M. FIORENTINI, *Cloache e sanità urbana nello specchio del diritto*, in *Index*, XLVI, 2018, 320 ss.

<sup>339</sup> G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 49. L'*ambitus* era, peraltro, oggetto della regolamentazione duodecimtabulare, che ne fissava la larghezza in due piedi e mezzo, come testimoniato dalle seguenti fonti. Tra due edifici pertanto correva una distanza di almeno cinque piedi. Varro *l.l.* 5.22: *Ambitus iter, quod circumeundo teritur: nam ambitus cicuitus; ab eoque duodecim tabularum interpretes «ambitus parietis» circuitum esse describunt.* Fest. s.v. *ambitus* (Lindsay 5): *Ambitus proprie dicitur circuitus aedificiorum patens in latitudinem pedes duos et semissem, in longitudinem idem quod aedificium: sed et eodem vocabulo crimen avaritiae vel affectati honoris appellatur.* Fest. s.v. *ambitus* (Lindsay 15): *Ambitus proprie dicitur inter vicinorum aedificia locus duorum pedum et semipedis ad circumeundi facultatem relictus. Ex qua etiam honoris ambitus dici coeptus est a circumeundo supplicandoque. Ambitio est ipsa actio ambientis.* Sul tema cfr. anche G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 186 ss., il quale aderisce alla dottrina dominante secondo la quale tale istituto non fu mai abolito, ma cadde in desuetudine a causa dei più pressanti interessi della prassi. Le prime deroghe a tale disciplina vengono testimoniate dagli storici (Liv. 5.55, Tac. *ann.* 15.43 e Diod. 14.116) in riferimento al periodo appena successivo all'incendio gallico, anche se dovette trattarsi di ipotesi di ricorrenza modesta. Invero, la prima causa del fenomeno diffuso di violazione delle disposizioni sull'*ambitus* fu lo straordinario aumento demografico che si registrò nel corso della seconda guerra punica. In tal senso anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 286 s.

<sup>340</sup> Cfr. C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, Torino, 1895, 99 ss., G. GROSSO, *Appunti storici e 'de iure condendo' sulla distinzione tra servitù rustiche e urbane*, in *Rivista di diritto agrario*, XVII, 1938, ora in *Scritti storico giuridici*, II. *Diritto privato: cose e diritti reali*, Torino, 2001, 307, S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 2 ss., B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*<sup>2</sup>, Milano, 1954, 200 ss., G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 49 ss., 167 ss., G. FRANCIOSI,

una volta consolidatasi, tale classificazione venne applicata fedelmente anche dalla giurisprudenza successiva<sup>341</sup>: per i giuristi dell'epoca classica, pertanto, al fine di stabilire se uno *ius praedii* fosse rustico o urbano, non era più necessario procedere al vaglio della natura del fondo su cui veniva costituita la servitù, ma ogni tipo apparteneva ormai in via consolidata ad una determinata sottocategoria<sup>342</sup>. Come si noterà nel prosieguo della ricerca, la prima di esse, ovvero quella delle servitù rustiche, risulta molto più ardua da ricondurre ad una certa coerenza, a causa dello iato temporale che intervenne tra l'emersione dei quattro *iura* antichi e la nascita di quelli più recenti. Non così ovviamente per le servitù urbane, che pare siano sorte tutte in un lasso di tempo piuttosto breve e sotto lo stimolo appunto di esigenze coeve nel tempo e nello spazio: si configurò, pertanto, un gruppo di *iura praediorum* dotato di una maggiore organicità.

Come appare evidente, in tali ipotesi risultava impossibile ciò che si ipotizza sia avvenuto per le quattro servitù rustiche più antiche<sup>343</sup>, ovvero isolare una porzione di fondo su cui condividere il diritto dominicale con il titolare del fondo dominante e che costituisse oggetto di un'eventuale rivendica da parte dello stesso<sup>344</sup>. Ciò è tanto più manifesto per i *iura luminum*, in cui è gravato l'intero fondo servente e manca una sezione materiale con cui identificare concretamente il diritto servile e su cui concentrare il relativo esercizio. Questa totale irriducibilità allo schema precedente, come evidenziato, fu decisiva nello spingere i *prudentes* alla rottura del modello omnicomprensivo dell'appartenenza e nel condurli ad un punto di svolta nella scienza giuridica.

---

*Studi*, cit., 181 ss., L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 286 ss., V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 182 ss. Pare opportuno soffermarsi brevemente anche sulla denominazione generale che viene utilizzata per queste figure, ovvero il termine *servitus*, che risulta essere più recente di *ius praedi* ma al tempo stesso frutto di un'elaborazione scientifica più raffinata e più strettamente correlato ad una nozione tecnica di questi diritti. *Iura praediorum*, che secondo la dottrina (B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 79) fu la prima espressione a comparire in base a quanto risulta dalle testimonianze giuridiche e letterarie, letteralmente indicava i diritti spettanti ai fondi. Si può anche osservare che la terminologia più antica valorizza il lato attivo del rapporto servile, mentre il vocabolo *servitus* richiama piuttosto la condizione passiva del fondo assoggettato.

<sup>341</sup> Con la nota eccezione di Ner. 4 reg. D. 8.3.2 pr.: *Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere*. In tale frammento Nerazio, infatti, come già rilevato, qualifica come rustiche servitù che, invero, erano nate per la soddisfazione di necessità intercorrenti tra fondi urbani. Il giurista giunge a tale conclusione applicando fino alle estreme conseguenze il criterio del *locus* della servitù, che in tali ipotesi si esercita appunto sui *praedia rustica* (cfr. M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 206 nt. 7). Invero, ad esso si affianca, nella riflessione ulpiana, anche quello forse più raffinato della *materia*, come si evince da Ulp. 2 *inst.* D. 8.4.1 pr., Ulp. 2 *de omn. Trib.* D. 50.16.198, Tit. Ulp. 19.1, I. 2.3.1. In tali fonti, infatti, l'autore in riferimento ai *praedia urbana* individua il criterio dell'inerenza agli edifici.

<sup>342</sup> Cfr. G. GROSSO, *Appunti storici*, cit., 308 ss.

<sup>343</sup> La tesi dell'origine comproprietaria di *via, iter, actus* e *aquaeductus* è stata oggetto di approfondimento nel capitolo I, § 3.

<sup>344</sup> Per un'accurata indagine in tal senso si veda G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 195 ss.

La circostanza che le servitù urbane, a differenza delle rustiche, si formarono fin dal principio come una categoria unitaria ed omogenea, quindi, è da imputare probabilmente sia alla contemporaneità del loro sviluppo sia ad una più lineare evoluzione, in quanto scevra del peso di una precedente configurazione in termini di comproprietà, che, come più volte osservato, sarebbe stata inconcepibile. Una simile unitarietà costituisce argomento di non poco momento a favore della loro configurazione in termini di diritti reali, ma anche dell'atipicità delle servitù, come si vedrà in seguito. Tale carattere, inoltre, porta ad escludere una loro trattazione specifica nell'ambito della presente ricerca, poiché spingerebbe l'analisi su temi troppo lontani rispetto a quelle figure servili dal contenuto più inusuale, da cui meglio si evince il fondamentale apporto dell'autonomia privata.

Nondimeno, sotto anche sotto il profilo genetico le due categorie possono essere accomunate per un importante aspetto: così come si è potuto vedere per gli *iura itinerum*, anche le servitù urbane sono sorte in ragione di una pressante esigenza di collaborazione tra vicini in un assetto urbanistico e sociale radicalmente mutato. Se, infatti, la precisa procedura della *limitatio* aveva tra i suoi molteplici scopi anche quello di garantire l'indipendenza tra i fondi che erano sempre raggiungibili dalla strada, come si è potuto evidenziare nel corso del capitolo primo, parimenti anche l'organizzazione urbanistica originaria presentava una serie di accorgimenti, quali l'*ambitus* e l'*impluvium*, che assicuravano una totale indipendenza tra i *praedia urbana*. Anche in questa ipotesi pertanto, intervennero dei mutamenti primariamente sociali e secondariamente architettonici che condussero ad una necessaria collaborazione tra i proprietari di fondi finitimi o vicini. Le esigenze della prassi che determinarono l'emersione dei *iura praediorum urbanorum*, dunque, sono sotto questo profilo assimilabili a quelle che spinsero all'ideazione delle servitù rustiche. La fondamentale differenza, tuttavia, si può rinvenire nella circostanza che nel secondo dei casi contemplati, i privati si trovarono notevolmente avvantaggiati, poiché esisteva già un'elaborazione giurisprudenziale in grado di fornire un'adeguata veste giuridica a ciò che le parti intendevano costituire.

## 2. Gli altri 'iura aquarum'.

La seconda fase di ampliamento della categoria dei *iura praediorum* interessò, invece, le servitù rustiche, insieme che venne arricchito da nuove ed originali figure. Trattasi,

come più volte ribadito, di un'aggiunta piuttosto disomogenea, di cui ci dà contezza Ulpiano.

Ulp. 2 *inst.* D. 8.3.1.1: *In rusticis computanda sunt aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae.*

Ci si soffermerà, anzitutto, sulle prime due delle servitù citate, le quali presentano caratteri piuttosto coerenti con quelle che cronologicamente le precedono ed in particolare sui cosiddetti *iura aquarum*<sup>345</sup>, che oltre all'acquedotto, di cui si è già trattato, ricomprendono anche la *servitus aquae haustus*<sup>346</sup> e l'*adpulsus pecoris ad aquam*.

Come abbiamo potuto apprendere da Paul. 4 *ep. Alf. dig.* D. 8.3.30, le esigenze agricole legate all'acqua e non appagabili tramite una servitù di acquedotto venivano realizzate tramite l'acquisto della proprietà del *fons*, esattamente come per la figura dell'acquedotto, cui si accompagnava la costituzione di una *servitus itineris* o *actus*. Questa, secondo la tesi maggiormente accreditabile, era la struttura originaria delle altre due servitù d'acqua conosciute nel diritto romano, ovvero l'*aquae haustus* e la *servitus pecoris ad aquam adpellendi*. Soffermandoci sulla prima, si deve solo brevemente premettere che si tratta di una servitù di derivazione dell'acqua intesa in senso stretto, poiché appunto prevedeva la facoltà per il proprietario del fondo dominante di attingere l'acqua dalla sorgente e di trasportarla attraverso appositi mezzi nella sua proprietà e ciò chiaramente spiega anche la ragione per cui in un primo momento essa fosse concepita come l'unione del diritto di derivazione e di quello di passaggio a piedi attraverso il fondo servente<sup>347</sup>.

---

<sup>345</sup> Tale espressione definitoria non è rinvenibile in realtà nelle fonti giuridiche, ma in Cic. *Caec.* 13.36, Cic. *Caec.* 26.74 e Cic. *leg.* 2.47. Sul punto si è soffermato G. GROSSO, *Sulla servitù*, cit., 14 ss. e IDEM., *Le servitù prediali*, cit., 57 ss., il quale sostiene che tale denominazione non potesse avere alcun valore per la sistematica giuridica, ma venisse impiegata da Cicerone, che non era ovviamente un tecnico del diritto, al fine di designare figure che avevano evidentemente una certa somiglianza tra loro, dovuta anche solo al comune scopo di soddisfare le esigenze di approvvigionamento idrico. Gli *iura aquarum*, pertanto, non avrebbero alcuna univoca corrispondenza con le servitù d'acqua succitate, quanto piuttosto indicherebbero genericamente «la condizione giuridica delle acque». Di tale diversa concezione che avevano i giuristi, nondimeno, non viene presentata alcuna esplicita dimostrazione.

<sup>346</sup> Tale servitù era stata - oggi si ritiene erroneamente - inserita dal Voigt nel novero delle più antiche servitù rustiche anche sull'opinabile interpretazione di Paul. 4 *ep. dig. Alf.* D. 8.3.30, di cui si è ampiamente trattato nel capitolo I, p. 86, cui si rimanda. Per una puntuale critica di tale ricostruzione esegetica cfr. G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 27 ss.

<sup>347</sup> In proposito si deve anche rilevare che, così come per l'*aquae ductus*, il diritto di passaggio attraverso il fondo servente aveva anch'esso in origine configurazione proprietaria, o almeno così fu concepito dalla prassi in un primo momento. Ci sono giunte, infatti, diverse testimonianze epigrafiche che depongono in tal senso. Ci si riferisce in particolare a CIL IX, 4791: *Via sive ager est / infra fontem / Q. Maeli Cerdonis / longum p(edes) ∞*

Di tale concezione, peraltro, pare che ne sia rimasta un'evidente traccia in alcune riflessioni giurisprudenziali in cui la *servitus itineris* sembra essere considerata quale *adminiculum* del diritto di *haustus*. Se il diritto di attingere l'acqua dal *fons*, infatti, costituisce il contenuto essenziale di tale figura, la facoltà di accedere alla sorgente presenta, invece, carattere accessorio, come sarebbe confermato anche dalla denominazione della servitù esaminata<sup>348</sup>. A differenza di quanto avveniva per l'acquedotto pertanto, nella servitù di

---

*CC, latum / p(edes) X, usque ad rivom / Consuletum privata / est Q.Maeli Cerdo / nis*. In tale iscrizione, proveniente dalla Sabina, ci viene tramandato il diritto di *via privata* di un certo Quinto Melio Cerdone, che viene quantificato in milleduecento piedi di lunghezza e dieci di larghezza. Tale via conduceva alla fonte di proprietà del medesimo personaggio e non vi sono sufficienti elementi per stabilire se si trattasse di una servitù di passaggio o se la via fosse oggetto di proprietà. Tale seconda ipotesi pare forse più probabile se si considera l'espressione *Via sive ager*, che viene corretta da diversi autori (F. MAROI, *Sopra un'iscrizione ostiense relativa ad un 'iter privatum'*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 626, nt. 18; L. ARU, *Nota minima*, cit., 412 e nt. 23 e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 115 ss., nt. 211) in *Via sive ager*, affinché possa assumere un significato sensato in cui i due lemmi sono sinonimi e si riferiscono quindi molto più probabilmente ad un diritto di appartenenza vantato da Cerdone su tali *res*, che ragionevolmente si può supporre non si trovassero nel suo stesso fondo. Altra epigrafe che riveste una certa rilevanza è *CIL XII, 1188: C. Veveius / Fronto / fontem lon(gum) / p(edes) XXX lat(um) p(edes) XV / et viam ad font(em) lat(am) p(edes) IIII / populo / d(e) s(uo) d(edit)*. Tale ritrovamento è riconducibile alla *colonia Iulia Meminorum Carbantorate* nella Gallia Narbonense e risulta particolarmente interessante non solo perché, come già visto, ci dà contezza delle dimensioni della fonte, ma anche perché si rinviene un esplicito riferimento alla *via ad fontem*, che nondimeno non è indubitabilmente qualificabile quale servitù prediale, poiché la concessione interveniva tra un privato ed una *civitas*. Ancora più peculiare, invece, la fattispecie di *CIL V, 3849: Huius monument. / emptioni accessit / iter, ac[A]us ad pu / teum, haustus / aquae ex subur / bano Rutiliano*. In tale contesto, infatti, non solo viene fatta cessione della servitù espressamente individuata quale *haustus aquae*, ma anche di *iter, actus ad puteum*, che evidentemente non era ricompreso nella figura appena menzionata.

<sup>348</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 110 nt. 204. Diverse fonti ci testimoniano questa concezione nella giurisprudenza romana. Pomp. 11 *ex variis lect.* D. 8.6.17: *Labeo ait, si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse*. La subalternità del passaggio rispetto alla derivazione dell'acqua in tale frammento è testimoniata dal fatto che il mancato esercizio del diritto di attingere dalla sorgente avrebbe comportato anche l'estinzione della facoltà di passaggio, sebbene la stessa fosse stata esercitata per altre ragioni, andando così a segnare una netta strumentalità rispetto alla suddetta facoltà derivazione. In tal senso depono anche il lungo passo Marcell. 4 *dig.* D. 8.2.10, di cui si riporta solo la parte che rileva ai fini della presente riflessione: *... ceterum usu fructu loci legato etiam accessus dandus est, quia et haustu relicto iter quoque ad hauriendum praestaretur. ...* Ricorrono, invero, anche altre ipotesi in cui nella struttura di una servitù una mera facoltà rappresenta un elemento accessorio e viene indicata dai giuristi come secondaria rispetto ad una diversa che ne costituisce il contenuto fondamentale: sul tema si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 111 nt. 205. Quanto alla denominazione viene osservato anche da G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 42 che quella di *haustus* indicherebbe necessariamente una servitù posteriore ai primi quattro *iura praediorum*, poiché essa indica un'attività e non un oggetto corporale su cui potesse concentrarsi il diritto di appartenenza, circostanza che, peraltro, potrebbe ritenersi integrata anche per *iter* ed *actus*. Considerata la genesi dell'istituto forse questa osservazione potrebbe essere superata constatando che inizialmente la figura in esame era costituita dalla combinazione della proprietà del *fons* e dell'*iter ad aquam* e che, quindi, materialmente esisteva una conformazione proprietaria. Nondimeno, l'elemento nominalistico ha comunque un suo peso se si considera che la denominazione che viene scelta per le servitù introdotte in un momento successivo ai più antichi *iura praediorum* richiama generalmente l'attività che grazie alla stessa si poteva compiere, in prosieguo di tempo addirittura mediante l'uso di perifrasi al gerundivo. Sul punto si veda anche B. CIPOLLA, *Tractatus de Servitutibus tam Urbanorum quam Rusticorum*, Köln, 1759, trad. it. di F. Cirani, annotata da N. De Vergottini, Venezia, 1859, 54, il quale, come si vedrà *infra*, riportando l'insegnamento di Paolo di Castro, evidenzia una distinzione tra le servitù, il cui nome proviene dal diritto (*nomina iuris*), e quelle il cui nome richiama l'attività in cui si sostanzia l'esercizio del diritto servile (*nomina actus*). Se quest'ultima espressione pare sufficientemente chiara nella sua portata semantica, di più difficile interpretazione è invece la prima, che viene altresì richiamata in *nomina proprie*, traducibile con 'nomi propriamente detti'. La contrapposizione che pare, quindi, più sensata è

*haustus* la derivazione ne era appunto l'elemento contenutistico fondamentale e caratterizzante: ne consegue logicamente che la sua configurazione quale *ius in re aliena* non poté che seguire un'altra importantissima evoluzione, ovvero l'abbandono della concezione proprietaria del *fons* quale elemento costitutivo della fattispecie dell'*aquae ductus*<sup>349</sup>.

Si è anche già evidenziato come sia probabile che la riunione in una stessa figura, ovvero l'*aquae ductus*, dei diritti di derivare e condurre l'acqua, fino ad allora concepiti separatamente, si sia verificata attorno al I secolo a.C.<sup>350</sup>. Se, infatti, fino ad allora per soddisfare il bisogno di portare acqua al proprio fondo, si era costretti a ricorrere alla combinazione, attestata dalle fonti, di proprietà del *fons* e *iter ad aquam*, pare evidente che per l'emersione del diritto di *aquae haustus*, fosse necessario svincolarsi dalla conformazione dominicale della sorgente e che, quindi, fosse sufficiente la titolarità di un diritto reale per l'utilizzazione del *fons*, affinché se ne potesse impiegare l'acqua. In altre parole, doveva prima giungere alla sua definitiva configurazione la servitù di acquedotto. Si può, quindi, supporre che nel medesimo lasso temporale si ebbe il riconoscimento della servitù di *aquae haustus* come diritto dotato di una sua compiutezza. Si deve, infatti, rilevare la sua comparsa, sebbene al di fuori delle riflessioni giuridiche, già nel 60 a.C., come attestato dalla seguente fonte letteraria, in cui lo stesso viene nominato.

---

quella tra nomi derivanti appunto dall'esercizio del diritto (*actus utendi*) e nomi invece definiti in base al contenuto del diritto medesimo. Si può anche ipotizzare che quel riferimento al *ius* debba essere inteso quale richiamo al diritto proprietario e che pertanto tali servitù portino il nome della *res* su cui si esplicava il dominio.

<sup>349</sup> Sul punto si veda G. GROSSO, *Sulla servitù*, cit., 20 ss., IDEM., *Le servitù prediali*, cit., 27 ss., L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 107 ss., G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 42 ss. e A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 126 ss. Cfr. anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 111 ss., il quale si sofferma anche (112 nt. 205) su Paul. 15 *ad Plant.* D. 39.3.17.4, evidenziando come da tale fonte si possa notare la basilare differenza strutturale tra acquedotto e *aquae haustus*: se, infatti, il primo veniva costituito su un fondo intermedio, manteneva appunto la stessa qualifica. Nell'ipotesi in cui, invece, questa necessità interessasse la seconda figura, non era possibile costituire una servitù di *aquae haustus* sul fondo intermedio, appunto perché la facoltà caratterizzante di tale *ius praedii* era la derivazione dell'acqua. L'unica soluzione valida era, quindi, la costituzione, solo su tale fondo ovviamente, di una semplice *servitus itineris*. Ne deriva un quadro che rivela da una parte una concezione unitaria di alcune servitù, come confermato anche da Ulp. 14 (17 o 18 Krüger, 19 Lenel) *ad ed.* D. 8.3.18, dall'altra invece figure prediali che non si adatterebbero a tale principio.

<sup>350</sup> Una conferma di ciò ci proviene anche dalla già citata *lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis* del 44 a.C., che rappresenta lo statuto municipale della colonia spagnola dei cittadini di *Urso*. *Lex. col. gen. Iul.* (FIRA, I, n. 21 = *CIL* II Suppl., 5439 o *CIL* V, c. 24, 6) 79: *Qui fluvii rivi fontes lacus aquae stagna paludes sunt in agro, qui colon(is) huius(e) colon(iae) divisus erit, ad eos rivos fontes lacus aquasque stagna paludes itus actus aquae haustus iis item esto, qui eum agrum habebunt possidebunt, uti iis fuit, qui eum agrum habent possident habebunt possidebunt, itineris aquarum lex iusque esto*. Come si può leggere, tale fonte menziona appunto, tra i vari diritti legati alle acque, anche l'*aquae haustus*. Osserva L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 120 s. come in tale fonte *itus actus* siano identificabili nei diritti di accesso all'acqua, che dovevano consentire al titolare della *servitus aquae haustus* l'esercizio del suo diritto. La fattispecie sarebbe, quindi, ancora più peculiare di quelle esaminate alla nota precedente, poiché si avrebbe la combinazione di due *iura in re aliena* e non più di un diritto di proprietà ed una *servitus*.



Cic. *Caec.* 26.74: *Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur.*

Si può ritenere che per l'epoca in cui scriveva l'autore la servitù considerata avesse già la configurazione di *ius in re aliena*, sebbene dallo stesso venga catalogata, assieme alle altre servitù prediali antiche, tra le *res*. Si deve rammentare, infatti, che le altre tre figure menzionate all'epoca di Cicerone avevano indubbiamente già assunto la loro struttura definitiva, come si è già ampiamente osservato.

La seconda figura *supra* menzionata è, invece, l'*adpulsus pecoris*, che consentiva al suo titolare la conduzione del bestiame lungo il fondo servente, perché lo stesso si potesse abbeverare alla sua sorgente<sup>351</sup>. In tale fattispecie, quindi, sotto il profilo dogmatico, la proprietà del *fons* in origine si combinava alla servitù di *actus*, che appunto, consentiva non solo il passaggio a piedi nell'altrui, ma anche l'attraversamento dello stesso con il bestiame. L'unica fonte a noi giunta in cui vi sia una trattazione della figura esaminata sotto l'aspetto contenutistico è la seguente.

Ulp. 70 *ad ed. D.* 43.20.1.18: *Trebatius, cum amplior numerus pecoris ad aquam appelletur, quam debet appelli, posse universum pecus impune prohiberi, quia iunctum pecus ei pecori, cui adpulsus debeat, totum corrumpat pecoris adpulsus. Marcellus autem ait, si quis ius habens pecoris ad aquam appellendi plura pecora adpulserit, non in omnibus pecoribus eum prohibendum: quod est verum, quia pecora separari possunt.*

Il passo si concentra sulla questione del numero dei capi di bestiame che si possono condurre alla sorgente per l'abbeveramento e ci vengono al riguardo riportate due opinioni divergenti. Trebazio, infatti, ritiene che si possa impunemente proibire l'esercizio dell'intera servitù al titolare del fondo dominante che conduca sul fondo servente un numero di capi maggiore rispetto a quello stabilito. La ragione sarebbe ravvisabile nella circostanza che l'armento si debba considerare unitariamente:

---

<sup>351</sup> Tale servitù viene generalmente citata in elenchi di figure servili e soprattutto in fonti che trattano della tutela interdittale, che è comune anche all'*aquae haustus*: Ulp. 2 *inst. D.* 8.3.1.1, Pap. 2 *resp. D.* 8.3.4, Ulp. 17 *ad ed. D.* 8.3.5.1, Paul. 15 *ad Plant. D.* 8.3.6.1, Ulp. 2 *fideic. D.* 34.1.14.3, Ulp. 68 *ad ed. D.* 43.14.1.8-9, Paul. 66 *ad ed. D.* 43.21.2, Ulp. 70 *ad ed. D.* 43.22.1.2, Gai Epit. 2.1.3, I. 2.3.2.

L'accorpamento dei diversi capi in un solo gruppo porterebbe inevitabilmente a viziare l'intera servitù. Marcello, invece, sostiene che, qualora il titolare dello *ius praedi* esaminato conduca alla sorgente più capi rispetto al limite convenuto, a questi non si potrà per tale sola ragione vietare l'esercizio complessivo della servitù. Ulpiano, autore del frammento, aderisce a questa seconda tesi, tramite la consueta clausola del *quod verum est*, rilevando la *ratio* che ne sta alla base nella possibilità di separare appunto i capi di bestiame. Ne deduciamo, pertanto, che la tutela interdittale nei confronti del proprietario del fondo dominante sarebbe stata esperibile per il numero di animali in eccesso.

Ciò che preme evidenziare delle figure sinora esaminate, che per praticità vengono raggruppate sotto la denominazione di *iura aquarum*, è l'originaria struttura comune desunta dall'esame delle fonti<sup>352</sup>: esse infatti, come si è potuto constatare anche all'inizio del paragrafo, consistevano sempre nella combinazione della proprietà del *fons* e una diversa servitù, che appunto poteva essere l'*iter aquae*, l'*iter ad aquam* o *ad hauriendum*, ovvero l'*actus*. Tale elemento, quindi, ci rivela come dalla prima figura dell'acquedotto si siano evolute anche le altre due fattispecie, attraverso una modificazione strutturale e qualitativa rispondente alle esigenze agricole dei privati<sup>353</sup>.

Pare ora opportuno rilevare brevemente anche una diversa questione attinente sempre all'ambito dei *iura aquarum* e alla libertà negoziale che ai privati veniva concessa nella modellazione degli stessi. Più in particolare, ci si riferisce alla servitù di *aquae ductus*, il cui *rivus* pare potesse essere indistintamente *apertus* o *terrenus*, ovvero esposto o sotterraneo: addirittura secondo quanto riportatoci da Ulpiano, se ne ammetteva la trasformazione in un senso o nell'altro<sup>354</sup>. Nondimeno, ci viene tramandato un passo paolino, in cui sembra escludersi tale facoltà.

Paul. 66 *ad ed. D.* 43.21.2: *Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia*

---

<sup>352</sup> Ci si riferisce in particolare a Paul. 4 *ep. dig. Alf. D.* 8.3.30 e Paul. 4 *ep. dig. Alf. D.* 18.1.40.1, esaminate nell'ultimo paragrafo del precedente capitolo.

<sup>353</sup> Cfr. M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 222: «L'unica modificazione della quale si possa discutere è, nel caso che ci interessa, di natura qualitativa, ossia la diversa funzione assunta dall'*iter* nella differente utilizzazione della sorgente da parte del titolare della servitù. E questa modificazione, a ben vedere, incidendo sulla funzione della servitù, potrebbe aver causato la nascita di un nuovo tipo di *ius in re aliena*».

<sup>354</sup> Ulp. 70 *ad ed. D.* 43.21.1.11 e Ulp. 70 *ad ed. D.* 43.21.3 pr. Sul punto si è soffermata anche M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 224.

*id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset.*

Ci viene riportata primariamente l'opinione di Labeone, il quale afferma che non si possa trasformare, dopo la costituzione di una servitù, un rivo aperto in uno sotterraneo, poiché al proprietario del fondo verrebbero sottratte le facoltà di abbeverare il bestiame e derivare l'acqua. Da tale orientamento, tuttavia, si discosta Pomponio: egli afferma, infatti, che tali facoltà toccano al proprietario più per sorte che per diritto, a meno che non si sia stabilito diversamente fin dall'inizio nell'atto di costituzione della servitù<sup>355</sup>.

In questo passo, pertanto, si ammette che i privati modellino il diritto costituendo, privando il titolare del fondo dominante di una facoltà che altrimenti non gli sarebbe stata generalmente riconosciuta e riservando al proprietario del fondo servente delle attività che diversamente egli avrebbe potuto porre in essere sul suo fondo solo perché se ne presentava la concreta opportunità, ma senza poter avanzare alcuna pretesa giuridicamente tutelabile. D'altra parte, l'accordo intervenuto su tale punto costituiva per la controparte un «limite alla libertà di trasformazione della configurazione del rivo»<sup>356</sup>.

L'autonomia negoziale era, quindi, libera di modellare il tipo servile secondo gli interessi di volta in volta divisati dalle parti e non solo quanto all'esercizio del diritto medesimo, ma anche in relazione alla sua struttura, come si evince dal caso di specie: riservare, infatti, una facoltà al proprietario del fondo servente, togliendone in tal modo specularmente una a quello del fondo dominante, non può che incidere che sull'aspetto contenutistico e strutturale della servitù che si vuole costituire<sup>357</sup>.

---

<sup>355</sup> M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 225 si interroga se questa clausola negoziale potesse assumere la forma di un *modus*. Tuttavia, non mi pare che vi siano indici testuali per stabilirlo. Si noti, inoltre, che l'ultima proposizione del frammento è stata sospettata di interpolazione da S. PEROZZI, *Fructus*, cit., 181 s., 191 s. e F. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della 'refectio' delle servitù di passaggio*, in *Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, Napoli, 1967, 661, nt. 143. Di opinione contraria, invece, M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 225, nt. 85.

<sup>356</sup> M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 225, la quale alla pagina successiva nota, tuttavia, come non si crei in tal modo né una diversa figura di acquedotto, né una nuova servitù.

<sup>357</sup> Simile, anche se speculare, è la fattispecie contemplata in Paul. 15 *ad Plant.* D. 39.3.17.1: *Recto placuit non alias per lapidem aquam duci posse, nisi hoc in servitute constituenda comprehensum sit: non enim consuetudinis est, ut qui aquam habeat per lapidem stratum ducat: illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, ut per fistulas aqua ducatur, etiamsi nihil sit comprehensum in servitute constituenda, fieri possunt, ita tamen, ut nullum damnum domino fundi ex his detur*. In essa si ammette che sempre nel momento genetico della servitù di acquedotto si riservare stavolta al titolare del fondo dominante la facoltà di condurre l'acqua attraverso una pietra appianata. Generalmente la stessa non era ricompresa nelle facoltà contemplate dalle consuetudini negoziali, a differenza della conduzione attraverso condutture, ed era pertanto esclusa dalla servitù di acquedotto, a meno che non venisse espressamente prevista al momento della sua costituzione.

Le fonti menzionano, infine, anche altre servitù attinenti alla gestione delle acque, che tuttavia non compaiono nelle ordinarie classificazioni dei giuristi<sup>358</sup>. Nondimeno, le stesse debbono essere menzionate nell'analisi che si vuole condurre, poiché evidenziano come il novero dei *iura praediorum* fosse molto più ricco ed articolato di quanto si possa desumere dalle elencazioni tramandatici: circostanza che confermerebbe ancora una volta il loro carattere esemplificativo e la loro voluta incompletezza, chiaramente giustificabile con la consapevolezza dei giuristi di un possibile ampliamento costante della categoria della *servitus*.

Prima fra queste è la *servitus aquae venas non incidendi* caratterizzata da un contenuto negativo: il titolare del fondo dominante in cui sgorgasse una sorgente, le cui falde erano collocate in quello servente, poteva vantare il diritto ad impedire qualsiasi intervento del vicino sulle vene acquifere medesime, al fine di non vedersi interrotto l'andamento delle acque.

Pomp. 32 *ad Q. 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.*

Segue la *servitus aquae immittendae*, per la quale il proprietario del fondo superiore poteva immettere l'acqua piovana in quello inferiore. Anche questa servitù ci perviene da un frammento collocato tra quelli relativi all'*actio aquae pluviae arcendae*<sup>359</sup>. Come si vedrà nel prosieguo, i confini della nozione di *servire* in queste ipotesi sono piuttosto incerti e non sempre risulta chiaro se il riferimento sia ad un assoggettamento giuridicamente costituito o piuttosto ad un assoggettamento naturale tra fondi finitimi. Nondimeno, il passo seguente pare di un certo interesse perché a fronte dell'esistenza di una *servitus* si afferma l'impossibilità di esperire l'*actio aquae pluviae arcendae*.

Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.10: *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*

---

<sup>358</sup> Su queste servitù cfr. S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 51 ss.

<sup>359</sup> Su alcuni casi di dubbia applicazione di tale peculiare rimedio, si veda F. SCOTTI, *Diritto e agronomi latini: un caso in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'*, in *Agri centuriati*, X, 2013, 9 ss.

*modum noceat. Cui consequens est, quod Labeo putat, si quis vicino cesserit ius ei esse aquam immittere, aquae pluviae arcendae eum agere non posse.*

Nel libro ottavo, è invece rinvenibile la *servitus aquae educendae*. Il frammento presenta la frequente ipotesi di vendita di un solo fondo da parte del proprietario, che contemporaneamente ne trattava un altro per sé, costituendo stavolta una servitù a favore del fondo superiore che aveva alienato. Secondo tale schema servile il compratore poteva aprire un solco nella sua proprietà, allo scopo di far scorrere l'acqua in quello inferiore<sup>360</sup>. Tale diritto tuttavia comprendeva unicamente l'acqua stagnante e non si estendeva all'acqua ricevuta da altro fondo<sup>361</sup>.

Paul. 2 dig. D. 8.3.29: *Qui duo praedia confinia habuerat, superiorem fundum vendiderat: in lege ita dixerat, ut aquam sulco aperto emptori educere in fundum inferiorem recte liceat: si emptor ex alio fundo aquam acciperet et eam in inferiorem ducere vellet, quaesitum est, an possit id suo iure facere nec ne. Respondi nihil amplius, quam quod ipsius fundi siccandi causa derivaret, vicinum inferiorem recipere debere.*

Viene infine nominata nelle fonti la *servitus aquae non quaerendae*, anch'essa dal contenuto negativo, che impone al fondo servente il peso di non ricercare nello stesso l'acqua, garantendo così a quello dominante il vantaggio di averne a disposizione un apporto maggiore<sup>362</sup>.

Pomp. 33 ad Sab. D. 8.1.15 pr.: *... aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia.*

---

<sup>360</sup> Il passo è poi arricchito dal quesito che era stato posto ad Alfeno attinente alla quantità delle acque che potevano essere fatte defluire nel fondo inferiore, o meglio, della provenienza delle stesse. Ci si domandava, infatti, se il fondo inferiore, in forza della servitù sullo stesso costituita, dovesse sopportare anche lo scolo delle acque che al fondo superiore potessero derivare da un terzo. La risposta pare negativa e orientata, quindi, ad un'interpretazione restrittiva, nonché favorevole al venditore, proprietario del fondo servente, poiché si riteneva che allo stesso non potesse essere imposto altro peso che il deflusso delle acque del fondo superiore al fine di consentirne il prosciugamento.

<sup>361</sup> Sulle *fossae* necessarie al deflusso delle acque dai fondi si legga F. SCOTTI, 'Actio aquae pluviae arcendae' e 'fossae agrorum siccandorum causae factae' per un'esegesi di D. 39.3.2.1,2,4,7 alla luce delle tecniche agronomiche antiche, in *Jus*, II, 2014, 273 ss.

<sup>362</sup> Oltre che al frammento citato, la medesima servitù pare potersi riconoscere anche in altro passo Ulp. 17 ad ed. D. 43.20.1.28: *Si quis hoc cesserit, ne liceat sibi aquam quaerere, ea cessio valet.*

All'opposto, risulta da Paul. 49 *ad ed.* D. 8.3.10 l'esistenza di una servitù dal contenuto speculare, che consentiva al titolare del fondo dominante di cercare la vena d'acqua in quello servente e, una volta trovata, di condurla al suo fondo.

Si può sin da subito notare ciò che sarà oggetto di una più ricca dimostrazione nei paragrafi successivi: i *iura praediorum*, in questo caso quelli riferibili all'uso delle acque private, erano numerosi e di vario contenuto, in piena rispondenza alle esigenze che i privati potevano riscontrare nell'esplicazione delle loro attività di coltivazione o di allevamento.

### 3. I *'iura praediorum rusticorum'* più recenti.

La nascita delle ultime servitù rustiche è collocabile cronologicamente, come visto, dopo l'emersione delle servitù urbane e fu determinata da un profondo cambiamento dell'agricoltura e dalla conseguente modificazione delle tecniche produttive, che interessarono il secolo II a.C.<sup>363</sup>. Il primo dato rilevante in merito è la formazione del *latifundum*<sup>364</sup>, che necessariamente richiedeva l'introduzione più ampia possibile della manodopera servile, a discapito della forza lavoro libera, che fino a quel momento era diffusa nelle campagne laziali. La proprietà fondiaria, pertanto, veniva a concentrarsi in capo ad un numero sempre più limitato di soggetti, con notevole aggravamento della contrapposizione sociale<sup>365</sup>: la concentrazione dei nuovi strumenti di produzione ovviamente determinò un significativo peggioramento delle condizioni dei piccoli contadini, alcuni dei quali seppero trovare nuove soluzioni economiche<sup>366</sup>, altri invece andarono ad alimentare il ceto della plebe urbana. Le grandi unità agricole necessitavano, quindi, di tecniche di sfruttamento più avanzate, esperibili solo mediante una razionalizzazione delle attività agrarie. Molti cittadini pertanto, per mancanza di risorse,

---

<sup>363</sup> Cfr. F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1980, 63 ss.

<sup>364</sup> Sull'uso di tale termine si deve mostrare in realtà una certa cautela, come chiarito da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra*, cit., 253, che evidenzia come lo stesso possa essere impiegato efficacemente per richiamare 'un particolare modo di sfruttamento della grande proprietà fondiaria', indicativo del rapporto tra forme di proprietà e modi di produzione.

<sup>365</sup> Cfr. G. SALVIOLI, *Il capitalismo antico*, Bari, 1929, 92 ss., in cui si osserva che anche nella media e piccola proprietà si esercitava la coltura estensiva, che nondimeno era sufficiente per il commercio nei piccoli centri urbani disseminati nelle campagne.

<sup>366</sup> Si veda sul tema l'acuta riflessione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra*, cit., 257 ss. sulla *locatio-conductio* e sui *coloni*.

vennero emarginati dall'impiego di tecniche di produzione su larga scala, andando ad incrementare la plebe urbana e contribuendo alla migrazione dalle campagne alla città, di cui si è detto *supra*. Nascevano, quindi, le grandi aziende agricole, caratterizzate ovviamente da dimensioni più ampie dei piccoli appezzamenti caratteristici della prima fase della storia agricola romana, ma anche e soprattutto da un diverso approccio allo sfruttamento delle risorse umane e delle tecniche produttive, nonché da una maggior concentrazione del capitale economico, che assicurava la possibilità di notevoli investimenti iniziali<sup>367</sup>. Ciò che si delinea è, quindi, una proprietà agraria che supera la mera autosussistenza per raggiungere una dimensione sufficiente a produrre nuova ricchezza, che spesso si apriva al commercio estero<sup>368</sup>. Questo pare sia stato il modello egemonico nel panorama agricolo romano, nondimeno non doveva essere l'unico e continuavano a coesistere anche altre forme di organizzazione agraria, quali quelle dei piccoli e medi coltivatori<sup>369</sup>.

Per l'analisi delle singole figure si rimanda al paragrafo dedicato alle servitù innominate, in cui le stesse vengono esaminate sotto la prospettiva che più rileva ai fini della presente ricerca.

#### 4. *La tutela processuale.*

Conviene ora volgere lo sguardo all'impostazione processuale delle servitù, al fine di comprendere la prospettiva prediletta dai *prudentes*, ovvero quella rimediale. Com'è noto, la prima forma di tutela della *pars dominii* fu la *legis actio sacramento in rem*<sup>370</sup>. Ciò che è ancora oggetto di discussione in dottrina invece è l'atteggiarsi della formula utilizzata: parte della dottrina ha ipotizzato che l'antica *vindicatio* si concretasse in un'affermazione di appartenenza dell'oggetto materiale, a cui si replicava con una *contravindicatio* in senso

---

<sup>367</sup> Ce ne fornisce un'attenta descrizione L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra*, cit., 251 s., il quale indica l'estrazione dei nuovi proprietari nei membri della *nobilitas* e dell'*ordo* equestre, che appunto ne avevano le possibilità economiche. Sull'età dell'espansione imperialistica si veda invece F. DE MARTINO, *Storia*, cit., 87 ss.

<sup>368</sup> Sul punto L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra*, cit., 252 rileva come vi sia stata anche una transizione da colture essenziali e povere a coltivazioni più pregiate e redditizie, cui seguì una tensione verso nuovi mercati esteri. Strumento fondamentale di tale notevole cambiamento fu l'immissione nelle zone agricole di una massa di schiavi di origine orientale, portatori di tecniche agricole innovative e spesso più avanzate.

<sup>369</sup> Sul punto approfondisce L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra*, cit., 257 ss. con relativa bibliografia.

<sup>370</sup> Cfr. A. CORBINO, voce *Servitù (dir. rom)*, cit., 253 ritiene peraltro che questo sia attestato anche dall'applicabilità *in iure cessio* quale mezzo di costituzione delle servitù.

negativo<sup>371</sup>, risultando inutilizzabile la classica formula della rivendica in ipotesi di concorso solidale<sup>372</sup>. Si presuppone così necessariamente una certa elasticità del formulario, di cui si dovrebbe ammettere una variazione rispetto al modello gaiano<sup>373</sup>, andando a configurare la *legis actio sacramento in rem* come un costante *modus agendi*, uno schema processuale applicabile ad un complesso assai vario di situazioni giuridiche<sup>374</sup>. Dall'altra qualora volessimo invece rimanere fedeli all'unico schema delle *legis actiones* riportatoci da Gaio, si potrebbe, mantenendo inalterata la formula, rinvenirne l'elemento duttile nell'espressione '*secundum suam causam*'. Cercando di sfruttare la potenzialità insita in tale indefinita locuzione, la si può quindi riferire al titolo della pretesa fatta valere in giudizio. Si sarebbero potute utilizzare così la *legis actio sacramento in rem* al fine di ottenere la tutela di situazioni giuridiche anche non rientranti nello schema del simmetrico *meum esse*.

Quest'ultima si presenta come l'ipotesi più probabile, se si considera che l'obsolescenza delle *legis actiones*, che portò alla nascita del processo formulare, è attribuibile soprattutto alla loro estrema rigidità, la quale mal si adattava ad una società in crescita eterogenea e ad un'economia che si faceva sempre più dinamica<sup>375</sup>. Sembra più agevole, perciò, escludere l'esistenza di altre formule della *legis actio sacramento in rem*, che peraltro non risultano attestate, per propendere per un utilizzo ragionato e abile del *secundum suam causam*.

Alcuni autori, invece, hanno ritenuto opportuno concentrarsi sull'evoluzione che nel II secolo a.C. stava subendo il sistema processuale romano<sup>376</sup>. La diffusione del nuovo processo *per formulas* probabilmente venne ad interessare anche la tutela dei *iura praediorum*:

---

<sup>371</sup> Cfr. G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 34 ss. Tesi difficilmente sostenibile vista la chiarezza delle fonti in merito alla specularità della *contravindicatio* del convenuto. Gai. 4.16: ... *Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat*. Singolare invece la posizione di G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 13, che invece sostiene che la *legis actio sacramento in rem* non avrebbe subito modifica alcuna nella sua formula e che venisse utilizzato proprio il tradizionale schema costituito da due affermazioni positive, poiché la potestà assoluta di uno dei due contendenti giudizialmente accertata avrebbe ineludibilmente escluso l'altra.

<sup>372</sup> In una simile situazione, infatti, entrambi i contendenti avrebbero potuto legittimamente sostenere che la *res* fosse loro, senza risultare soccombenti in alcun modo.

<sup>373</sup> Gai. 4.16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabatur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat 'hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui', et simul homini festucam imponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat*.

<sup>374</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 347 ss.

<sup>375</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 361 ss.

<sup>376</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 363, nt. 35, in cui indica R. STINTZING, *Über das Verhältniss der 'legis actio sacramento' zu dem Verfahren durch 'sponsio prejudicialis'*, Heidelberg, 1853, 44 ss.



è stata, quindi, avanzata l'ipotesi alternativa che i nuovi *iura in re aliena* rappresentassero uno dei principali esempi di diritti sprovvisti della tutela che il *ius civile* garantiva tramite le *legis actiones*. Conseguentemente, tale lacuna del sistema processuale sarebbe stata colmata dall'introduzione dell'*actio in rem per sponsionem*, applicata così alle situazioni lasciate scoperte dalla *legis actio sacramento in rem*. Indubbiamente, pertanto, deve essere riconosciuto all'*agere per sponsionem* un ruolo significativo, ma non si può arrivare ad attribuirgli un peso esclusivo nella protezione dei diritti reali emergenti. Esso potrebbe aver rappresentato verosimilmente il 'trait d'union' tra la tutela garantita alla comproprietà tramite *legis actio sacramento in rem* e i rimedi formulari successivamente apprestati dal pretore ai *iura praediorum* già compiutamente sorti<sup>377</sup>.

Si può ragionevolmente sostenere, infatti, che i nuovi *iura in re aliena* non potessero più rientrare nello schema della *legis actio sacramento in rem*: non sussisteva, infatti, la simmetria dei due *meum esse* contrapposti, che si poteva forse conservare nell'ipotesi di comproprietà, ma deve negarsi per i diritti su cosa altrui. La relativa tutela, piuttosto, doveva già essere impostata nella formula come affermazione *ius mihi esse* e successiva replica *ius tibi non esse*, sfociando così in un'inedita condizione dispari dei due contendenti. Tale impostazione si tradusse in epoca successiva in uno sdoppiamento delle azioni, a seconda che l'attore intendesse affermare o negare l'esistenza del diritto reale: accanto alla *vindicatio servitutis* e *ususfructus*, divenute poi nel linguaggio dei compilatori *actio confessoria*, la contrapposta *actio negatoria*<sup>378</sup>.

La tutela principale delle servitù, nell'ambito del processo formulare, fu quindi la *vindicatio servitutis*, finalizzata all'accertamento positivo del diritto di servitù, la cui esistenza veniva affermata, nell'ambito della tutela formulare, nell'*intentio*<sup>379</sup>. Essa presupponeva la

---

<sup>377</sup> In tal senso L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 364 ss. e G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 14, sebbene l'autore susciti qualche perplessità nella pagina appena successiva asserendo, in maniera piuttosto contraddittoria, che quindi si possa ritenere a ragione che l'*actio confessoria* e *negatoria servitutis* siano derivate direttamente dalla *vindicatio* e *contravindicatio* presenti nella *legis actio sacramenti in rem*, con la precisazione che questo avvenne solo dopo la perdita della struttura bilaterale della stessa. Tesi da escludere se si vuole appunto ammettere che la mediazione dell'*agere per sponsionem* abbia avuto un qualche peso. *Contra* A. BURDESE, *Recensione* a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., 392 s. Sull'*agere per sponsionem* si veda, più recentemente, M. RIZZI, *Spunti interpretativi in tema di 'agere per sponsionem'*, in *Iura*, LIV, 2003, 156 ss.

<sup>378</sup> Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.2 pr.: *De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usum fructum pertinent, tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat*. Le due azioni, quindi, corrispondono pertanto ad un accertamento, rispettivamente, positivo e negativo.

<sup>379</sup> Nondimeno, si deve ricordare che la diversa struttura di quelle che vengono denominate servitù positive e servitù negative, ovvero a livello contenutistico rispettivamente consistenti in un *patis* o in un *non facere*, implicava inevitabilmente che queste ultime presentassero una formulazione negativa appunto nell'*intentio*, come nella paradigmatica ipotesi della *servitus altius non tollendi*.

contestazione del diritto stesso o l'impedimento al suo esercizio da parte del *dominus* del fondo vicino: a ciò si ricollega anche la funzione secondaria dell'azione, cioè quella restitutoria, consistente nel ripristino della situazione violata<sup>380</sup>. Una simile azione poteva essere esperita anche nell'ipotesi in cui il proprietario del fondo dominante contestasse una facoltà inerente alla servitù in oggetto<sup>381</sup>. Quanto alla legittimazione attiva, essa viene riconosciuta nelle fonti al titolare della servitù ovviamente, identificato nel proprietario del fondo dominante, ai diversi comproprietari dello stesso<sup>382</sup>, nonché si vagliava la possibilità che essa fosse concessa all'usufruttuario del fondo medesimo<sup>383</sup>. In merito a

---

<sup>380</sup> Cfr. B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 343 ss.

<sup>381</sup> Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.5: *Si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiatur, pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum: nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter inivium vel inhabile facit, marcellus quoque apud iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam. sed de refectioe viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit: non tamen si silice quis sternere velit, nisi nominatim id convenit.* A. CORBINO, voce *Servitù (dir. rom.)*, cit., 254 brevemente riporta anche le maggiori questioni attinenti alla legittimazione attiva e passiva della *vindicatio servitutis*. Esse non possono essere approfondite come meriterebbero, pertanto, seguendo l'esempio dell'autore, ci si limita a rilevare nuovamente come la prima fosse generalmente destinata al titolare del fondo dominante, ma che alcuni giuristi la riconobbero anche all'usufruttuario dello stesso. Sul tema si legga V. ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie. Appunti*, in *Scritti di Storia di Filologia e d'arte per le nozze Fedele-De Fabritiis*, Napoli, 1908, 147 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 113 ss. Mentre la legittimazione passiva veniva riconosciuta in capo al titolare del fondo servente, nonché al suo possessore (S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 14 ss.), ma poteva essere estesa anche verso qualsiasi terzo che tenesse un comportamento ostativo, rendendo in tal modo effettiva la realtà della tutela. Una trattazione separata merita, invece, la tutela processuale della *servitus viae*: com'è noto, la sua evoluzione dallo schema unitario della comproprietà avvenne in età repubblicana inoltrata. A questo fatto è da ricondurre, oltre ad un certo impaccio dei *prudentes* nel definire questo istituto, la mancanza di una tutela specifica, di cui goderonο invece gli altri *iura itinerum*. Tuttavia, considerando che la formula della *vindicatio servitutis* per la *viam* faceva riferimento all'*ire agere*, è stata avanzata l'ipotesi che l'interdetto, nel far riferimento all'*iter* e all'*actus* cumulativamente intesi, fosse utilizzabile in primo luogo per la *viam*; mentre, per ottenere un rimedio a tutela di uno degli altri due diritti di passaggio, fosse sufficiente espungere dalla formula editale il termine eccedente (cfr. G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 37 ss.). Tale argomentazione trova conferma nel passo che segue. Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.19.1.2: *Hoc interdicto praetor non inquit, utrum habuit iure servitatem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. Sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus. neque ad praesens tempus refertur usus, quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit ita.* Come si può notare, nonostante si stiano descrivendo i presupposti per la concessione dell'*interdictum de itinere actuque privato* si fa esplicita menzione dello *ius viae*, per riferirsi al diritto di servitù da salvaguardare. Altro spunto è ricavabile da Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.19.1.7: *Is, cuius colonus aut hospes aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere vel actu vel via, et idcirco interdictum habebit: et haec ita pedius scribit et adicit etiamsi ignoravit, cuius fundus esset, per quem iret, retinere eum servitatem.* Così anche in Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.19.1.11 si fa riferimento unicamente alla *viam* come servitù di passaggio, a fronte di molti altri passi precedenti e seguenti in cui essa non viene nominata. La scarsa precisione nell'indicare a quale fra i *iura itinerum* ci si riferisse non può che essere letta come fungibilità dello stesso interdetto per più servitù di passaggio, con un'eventuale minima modifica della formula. Tuttavia, questo non ci permette di desumere che simili rimedi siano nati per la *servitus viae*. Nonostante la tesi sia suggestiva, pare comunque più logico ritenere che essi sorsero per *iter* ed *actus* e che successivamente siano stati adattati anche alla *viam*, quando questa, in un momento sicuramente posteriore ai primi, venne configurata come diritto su cosa altrui.

<sup>382</sup> Cfr. Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.3, Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.4, Marc. 5 *reg.* D. 8.5.19, Ulp. 17 *ad ed.* D. 43.27.1.5.

<sup>383</sup> All'opinione favorevole di Giuliano (Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.25.1.4), si contrapponeva quella contraria di Labeone, Nerva, Marcello ed Ulpiano (Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.6.1 *pr.*, Ulp. 17 *ad ed.* D. 7.6.5.1, Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.2.1 e Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.3). A ciò si aggiunga che, in base a quanto tramandatoci da Iul. 49 *ad ed.* D.

quella passiva, invece, al di là delle eccezioni rappresentate dalla *servitus oneris ferendi* e dall'*aquae ductus*<sup>384</sup>, essa si riconosce in capo al *dominus* del fondo servente primariamente, ma pare sia attribuibile anche al possessore e, in determinati casi, addirittura ai terzi non possessori<sup>385</sup>.

La dottrina ora è pacifica nel ritenere che anche nella formula della *vindicatio servitutis*, come in quella della *reivindicatio*, fosse presente, tra l'*intentio* e la *condemnatio*, una clausola restitutoria, concedendo in tal modo al giudice la possibilità di ordinare al proprietario del fondo servente la restituzione della servitù e di evitare in tal modo la relativa condanna, che era di natura pecuniaria e calcolata sulla base del giuramento estimatorio dell'attore<sup>386</sup>. Naturalmente, la *restitutio* conseguente all'*arbitratus* nell'ambito dei *iura praediorum* assume una diversa concretizzazione a seconda del contenuto della servitù considerata, sebbene consistesse sempre in via generale nell'eliminazione della situazione ostativa all'esercizio del diritto tutelato e nella cessazione di ogni turbativa o impedimento<sup>387</sup>. Prima che il giudice ordinasse la restituzione, tuttavia, doveva accertare l'esistenza della servitù e pertanto dal punto di vista logico era necessaria una *pronuntiatio de servitute*. Inoltre, la mancata *restitutio* comportava la condanna del convenuto al pagamento di una somma di denaro, non potendosi ricorrere ad una procedura di esecuzione forzata che attenesse direttamente al diritto azionato. Qualora, quindi, il convenuto preferisse pagare la condanna pecuniaria piuttosto che restituire il diritto che turbava con il suo comportamento, l'attore sarebbe stato privato della sua servitù: al duplice fine di sottoporre il convenuto ad una coazione indiretta e di compensare almeno parzialmente l'attore della perdita eventualmente subita, la stima del diritto era superiore

---

8.1.16, era concessa un'*utilis petitio servitutis* anche al creditore pignoratorio del fondo e a colui che sullo stesso vantava lo *ius in agro vectigali*. Cfr. sul tema S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 10 ss.

<sup>384</sup> Sulle quali si rimanda a G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 286 s.

<sup>385</sup> Cfr. G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 288 s., il quale si riferisce a titolo paradigmatico al titolare di altra servitù che potesse essere esercitata in collisione a quella per cui si richiedeva tutela. In senso recisamente contrario si esprime V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura*, cit., 42 ss., che, oltre ad una dettagliata analisi delle fonti che lo porta a propendere per diversi interventi giustiniani, ragiona anche sulla valenza del giudicato che può scaturire da una *vindicatio servitutis*: sebbene si abbiano davvero poche attestazioni al riguardo, l'autore ritiene che in ogni caso esso dovesse avere ad oggetto la servitù costituita da titolare del fondo servente e del fondo dominante e pone questo ulteriore argomento a sostegno della tesi secondo cui la legittimazione attiva fosse riservata unicamente al *dominus*.

<sup>386</sup> Per tutti si veda G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 294 ss.

<sup>387</sup> Come viene rilevato da G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 294 ss., poteva trattarsi non solo della demolizione, ricostruzione o adattando un'opera, ma anche, secondo quanto riportato da Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7, Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.9 pr. e Iav. 2 *ep.* D. 8.5.12, nella prestazione di una *cautio* di vario contenuto.

al suo valore effettivo, tramite il giuramento prestato dall'attore medesimo, come si evince da Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7<sup>388</sup>.

Vale una veloce menzione, per la rilevanza che avrà nel seguito della ricerca, anche l'azione antitetica alla *vindicatio servitutis*, che quindi non era concessa a tutela di un diritto servile, bensì per salvaguardare l'integrità della proprietà fondiaria. Essa è l'*actio negativa* o *negatoria*<sup>389</sup> ed era volta ad un accertamento negativo del diritto di servitù, che avrebbe in tal modo delegittimato l'intromissione nella sfera dominicale dell'attore rispetto alla *res*, e pertanto veniva esercitata a tutela del dominio dal presunto proprietario del fondo servente. Essa merita considerazione in ragione delle corrispondenze e delle interferenze che poteva presentare con la *vindicatio servitutis*, poiché per ogni *vindicatio* che accertava l'esistenza di un diritto vi era la corrispondente *actio negativa*, che ne accertava invece l'inesistenza, non così certa e precisa era invece la corrispondenza inversa, ma del problema relativo all'estensione di tale tutela alle situazioni che *a contrario* potevano anche non configurarsi in termini di servitù prediali, si dirà *infra*<sup>390</sup>.

Anche in riferimento a questo rimedio si deve richiamare ciò che è già stato osservato per la *vindicatio servitutis*, in tema di clausola restitutoria e *condemnatio*, con una rilevante differenza: il rifiuto di adempiere all'ordine restitutorio del giudice, cui conseguiva la condanna del convenuto, ed il pagamento della relativa *aestimatio*, comportava l'acquisto della servitù che prima del giudizio era indebitamente esercitata e

---

<sup>388</sup> Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.7: ... *Si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.* Secondo B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 303, il convenuto era anche tenuto a prestare la *cautio de amplius non turbando*, con cui prometteva di non ostacolare ulteriormente l'esercizio della servitù.

<sup>389</sup> Si dirà più profusamente come in età classica la denominazione *negativa* atteneva alla formulazione dell'*intentio*, che era nell'ipotesi dell'azione considerata negativa appunto poiché negava l'esistenza di un diritto affermativamente formulato; in epoca giustiniana, invece, la distinzione tra azione *negatoria* e *confessoria* si basava unicamente sull'accertamento cui queste erano volte, ovvero rispettivamente all'inesistenza o esistenza del diritto servile. Cfr. A. PEZZANA, voce *Azione confessoria e negatoria* (dir. rom.), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 839, il quale sostiene che entrambe le espressioni *negativa* e *negatoria* fossero attribuibili ai classici, con la differenza che la prima veniva impiegata con riferimento all'*intentio*, mentre la seconda era riferibile allo scopo dell'azione stessa. Sulla corretta distinzione terminologica riguardo all'*actio negativa* e quella *negatoria* è intervenuta recentemente anche E. NICOSIA, *Actio negativa e actio negatoria*, in *Iura*, LXI, 2013, 258 ss.

<sup>390</sup> Cfr. § 7. Se la legittimazione attiva, come accennato, spettava al *dominus fundi*, quello della legittimazione passiva di tale azione è strettamente legato alla questione dell'estensione del suo ambito applicativo: si può solo osservare che ragionevolmente il legittimato passivo doveva generalmente essere il titolare di un fondo vicino, indipendentemente dalla circostanza che contestualmente pretendesse di esercitare una servitù o meno, che appunto verrà esaminata *infra*. Sul punto, si veda anche A. VALINO, *La 'aemulatio' en el Derecho Privado Romano: Su examen en sede de relaciones de vecindad y de 'calumnia' procesal*, Santiago de Chile, 2002, 24 s. Preme rilevare, inoltre, che non era strettamente necessario, ai fini dell'individuazione della turbativa legittimante l'esperimento dell'azione, che il convenuto si pretendesse titolare di una servitù prediale sul fondo di cui si voleva tutelare il dominio, ma risultava sufficiente la sussistenza di uno stato di fatto corrispondente all'esercizio del diritto servile (cfr. A. PEZZANA, voce *Azione confessoria e negatoria*, cit., 839).

che da tale momento veniva tutelata *iure praetorio*<sup>391</sup>. Quanto all'onere probatorio gravante in capo all'attore, si deve ritenere che lo stesso fosse soddisfatto tramite la dimostrazione della sola esistenza del diritto dominicale, non richiedendosi al titolare del fondo anche di provare l'inesistenza dell'altrui diritto servile. Era, pertanto, il convenuto che volesse vittoriosamente difendersi in giudizio a dover dimostrare la titolarità di un *ius praedii*<sup>392</sup>.

Le servitù godevano anche di altro importantissimo rimedio, ovvero gli interdetti, di cui tuttavia per ragioni di ordine argomentativo, si tratterà nel successivo capitolo, cui si rinvia.

### 5. *Il ruolo della giurisprudenza.*

Non si può prescindere nella presente trattazione da una realistica riflessione sulla giurisprudenza romana, di cui si è già sottolineata l'imprescindibile rilevanza nella genesi delle servitù prediali ed il cui ruolo nel *iura condere* fu profondamente diverso da quello, purtroppo assai più contenuto, della dottrina contemporanea<sup>393</sup>. Ci si riferisce in particolare alla giurisprudenza laica, che fece la sua comparsa tra il III-II secolo a.C.<sup>394</sup>. La sua inclusione nelle fonti normative dell'ordinamento romano è attestata in plurimi frammenti<sup>395</sup> e testimoniata altrettanto convincentemente dalla raffinatezza del diritto romano stesso, che non avrebbe potuto raggiungere la perfezione, se non per mezzo di un'inarrestabile attività scientifica. Per il tema in esame il contributo giurisprudenziale, come detto, fu fondamentale, forse ancor più di quello del pretore, e il lavoro più

---

<sup>391</sup> G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 302 ss.

<sup>392</sup> Cfr. A. PEZZANA, voce *Azione confessoria e negatoria*, cit., 840. *Contra* V. ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni*, cit., 159 ss.

<sup>393</sup> *Contra* V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità*, cit., c 5. La tematica del rapporto tra giurisprudenza e magistratura viene approfondito da P. GIUNTI, *Index e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *Iura*, LXI, 2013, 47 ss.

<sup>394</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra*, cit., 146 rileva come l'evoluzione della scienza giuridica fu coeva e spesso causa di profondi mutamenti giuridici che interessarono l'inizio del II secolo a.C. Di non poco peso furono, peraltro, i notevoli sconvolgimenti sociali ed economici dell'epoca: il sensibile aumento demografico successivo alle guerre annibaliche e l'influenza di altre culture contribuirono al sorgere di tecnicismo giuridico affidato ai cultori del diritto. La teorizzazione dei *iura praediorum* ed in particolare dei *iura itinerum et aquarum* determinò ovviamente un restringimento dell'ambito applicativo del diritto dominicale, ma al contempo il suo potenziamento e la sua esaltazione, poiché la proprietà guadagnava rinnovata autonomia in virtù della minore compressione che su di essa esercitavano le nuove figure prediali a differenza della fattispecie comproprietaria.

<sup>395</sup> Solo per citare il più importante, Gai. 1.2: *constant iura populi romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*. Per quanto attiene ai *responsa*, lo stesso Gaio al § 7 li definisce '*sententiae et opiniones eorum, quibus permixtum est iura condere*'. Pap. 2 *def. D.* 1.1.7 *pr.: Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*.

cospicuo si ebbe sicuramente in epoca repubblicana<sup>396</sup>. Sebbene sia risaputo ed incontestabile che la giurisprudenza fu una vera e propria fonte di diritto nel sistema romano, si deve comunque riconoscere che si tratta di una fonte *sui generis* e che i singoli giuristi laici non godono di certo del potere di introdurre nuove norme nell'ordinamento. L'elemento basilare per l'opera di *interpretatio* era quindi il costume<sup>397</sup>, che il giurista riusciva a portare, con l'eleganza di una mirabile deduzione logica, a migliore espressione e formulazione che nella prassi, sotto l'attenta vigilanza degli altri *prudentes*. Il compito elettivo della giurisprudenza fu quindi quello di fissare, riconoscere e rendere manifesta la tradizione<sup>398</sup>. Il processo normativo, perciò, dalla consuetudine si evolveva lentamente attraverso un graduale affermarsi del parere del giurista, che veniva contestato, integrato e perfezionato dagli altri *iuris periti*<sup>399</sup>. Un lavoro corale dunque, che non aveva alcuna attinenza con le istituzioni statali e che non poteva prescindere dall'intervento di più giuristi su un unico concetto, in un costante dialogo critico coi *veteres* del passato. Sebbene di tanto in tanto il lavoro dei *prudentes* fosse prevalentemente creativo, esso era sempre avvertito come un'opera di recezione del costume, un'attività quindi semplicemente interpretativa, in un conforme prosieguo di quella che era stata la ricognizione dei *mores* pontificale. La giurisprudenza pertanto rappresentò la più importante fonte extrastatuale, trovando la legittimazione del suo potere normativo non nell'autorità della *civitas*, ma nella bontà del suo pensiero e nella validità del ragionamento scientifico. Se ci si vuole concentrare, pertanto, sulla natura delle fonti di diritto, le figure reali che vennero introdotte nell'ordinamento dall'*interpretatio prudentium* furono dai giuristi semplicemente recepite. Ed infatti, esse si erano prima affermate nella prassi,

---

<sup>396</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1984, 123, infatti, spiega: «Fra gli stessi romani, nei primi secoli dell'Impero, la giurisprudenza raggiunse certamente una maggior perfezione tecnica: ma forse in nessun periodo fu così aderente alla vita, così potentemente progressiva, come nell'epoca repubblicana, e mai come allora il giurista, che era anche uomo politico ed uomo colto, poté intendere la connessione profonda tra gli aspetti giuridici e i sociali delle relazioni che si offrivano al suo esame, e assegnare alla scienza giuridica il suo posto nel sistema della conoscenza».

<sup>397</sup> Pomp. *l. sing. ench.* D. 1.2.2.12: *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.* Una splendida definizione di *iuris peritus* ci viene regalata da Cic. *de or.* 1.48.212: *Sin autem quaereretur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinibus eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset.*

<sup>398</sup> In L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989, 64 si legge: «... la *ratio* della singola decisione non è altro che una manifestazione particolare della *ratio* generale dell'ordinamento romano, il risultato del porre 'in evidenza' il diritto che già esiste, sia pure solo allo stato latente, nella 'coscienza sociale'. Tuttavia, questa operazione implica necessariamente una sostanziale 'creazione del diritto', in quanto sino al momento in cui il giurista non l'ha evidenziato, quel principio non era conoscibile; solo chi possiede l'*ars iuris* è in grado di individuare il diritto e dichiararlo in relazione al caso concreto».

<sup>399</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*, cit., 132.

erano state ideate ed escogitate nella loro forma più grezza dall'autonomia privata. Nell'operare della fonte giurisprudenziale perciò non si riscontra quell'esclusione dei privati propria delle altre fonti, bensì si può notare un concorso di prassi e giurisprudenza nel processo normativo, testimoniato anche dal carattere casistico della riflessione dei *prudentes*: l'autonomia privata dava voce alle esigenze sociali di volta in volta emergenti e i giuristi, invece, conferivano loro veste giuridica e sistemazione dogmatica. Può quindi dirsi operante il principio del *numerus clausus* in materia di servitù e di diritti reali, se si riconosce un ruolo così determinante all'autonomia privata?

Sul ruolo giocato dai *prudentes* in questo processo, si possono evidenziare due distinte stagioni della riflessione giurisprudenziale. La prima s'individua nelle testimonianze dei giuristi che operarono da Quinto Mucio Scevola<sup>400</sup> fino a Servio ed Alfeno<sup>401</sup>: in tale prima fase, che si estende quindi verso la fine dell'epoca repubblicana, si registra una notevole apertura alla sperimentazione di nuovi *iura praediorum*, che si aggiungono a quelli già noti e tipizzati. In particolare, Alfeno risulta un giurista particolarmente fecondo nella ideazione di figure servili fino ad allora sconosciute all'ordinamento giuridico e totalmente scevro di un approccio dubitativo in relazione al riconoscimento di tali nuove servitù: preme evidenziare, inoltre, che in questa sua attività di recezione di ciò che era stato modellato nella prassi, Alfeno non parve mai ostacolato dall'esistenza di *iura praediorum* già tipizzati<sup>402</sup>.

La seconda stagione è, invece, quella dei giuristi di età imperiale, che si concentrano più in uno sforzo sistematico e classificatorio degli esiti cui erano giunti i loro predecessori, enucleando i caratteri propri dei *iura praediorum*, che venivano considerati pertanto più come un complesso unitario che come singoli istituti. Si delineava la categoria della *servitus*.

In conclusione, grande peso ebbe, quindi, la vicenda metamorfica che subì la giurisprudenza nel passaggio da una forma di governo ad un'altra: il merito dell'escogitazione di un'apposita forma giuridica in cui riversare le figure che la prassi grezzamente abbozzava è d'attribuirsi alla tendenza innovatrice e all'innegabile genio dei

---

<sup>400</sup> Cfr. Pomp. 32 *ad Q. Muc.* D. 39.3.21. Ad esso si può accostare anche Ulp. 81 *ad ed.* D. 39.2.26, in cui è riportato il pensiero di Ulpiano, su cui si veda anche nt. 102.

<sup>401</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 478 evidenzia «una notevole agilità nella determinazione di nuove figure di servitù che, anche per quanto concerne i rapporti fra fondi rustici, vengono senza alcuna difficoltà ad aggiungersi alle figure più antiche e maggiormente note».

<sup>402</sup> Cfr. G. GROSSO, *L'evoluzione*, cit., 207 e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 495, nt. 73.

giuristi dell'ultima età repubblicana, che, con lo sguardo costantemente volto alle manifestazioni della realtà fattuale, si gettavano in rivoluzionarie ideazioni, protesi verso l'intrepida ricerca di soluzioni, che potessero incoraggiare lo sviluppo economico, di cui erano testimoni e in tal modo anche fautori. Tale prospera stagione si concluse con il procedere dell'età imperiale, la cui giurisprudenza fece della raffinatissima elaborazione tassonomica e concettuale il suo tratto distintivo.

È evidente come nell'ambito esaminato l'apporto della prassi negoziale fu raccolto e valorizzato in maniera determinante dai *prudentes*.

#### 6. La categoria della 'servitus'.

Si è appena visto come la riflessione giurisprudenziale nel mondo romano prendesse generalmente l'avvio dalla prassi negoziale. Ed è proprio tale stretta connessione tra consuetudine e giurisprudenza a rappresentare il punto d'ingresso della volizione privatistica nella creazione di nuove *servitutes*.

Si reputa, pertanto, di poter dissentire con quella dottrina che vuole il momento ricognitivo di nuove servitù proprio nell'esperienza processuale<sup>403</sup>: essa sicuramente assunse un peso quasi esclusivo in molti ambiti del diritto, ma in quello in esame la sua portata deve essere ridotta. Come si vedrà infatti, le fonti indicano l'ingresso di una servitù rifacendosi soprattutto all'autonomia negoziale e quindi alla sua costituzione ad opera delle parti. La sanzione pretorile viene a rappresentare pertanto una fase ulteriore e successiva rispetto alla diffusione pratica della nuova figura e alla sua elaborazione da parte dei *prudentes*<sup>404</sup>.

Si è già riconosciuto che le prime servitù, cioè quelle rustiche, furono tipiche, sorte quindi come singoli tipi concreti, senza costituire in un primo momento una categoria generale che potesse rappresentare un modello astratto ed elastico. Questa tesi risulta confermata sotto entrambi i punti di vista che segue generalmente la dottrina attuale<sup>405</sup>: *iter, actus, via* ed *aquaeductus* infatti, essendo stati il nucleo originario delle servitù e più in generale dei *iura in re aliena*, non poterono che fare la loro comparsa come tipi

---

<sup>403</sup> F. GALLO, *Recensione* a V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 207 afferma: «Il nuovo diritto reale limitato può dirsi riconosciuto solo quando si è formata su di esso una giurisprudenza pacifica».

<sup>404</sup> Cfr. F. GALLO, *Recensione* a M. BRETONI, *La nozione romana di usufrutto. I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, in *BIDR*, LXVI, 1963, 209.

<sup>405</sup> Su tali orientamenti dottrinali si veda p. 73.



specificamente individuati e, senza dubbio alcuno, non costituirono una categoria unitaria. Come si è osservato, la fonte che ne determinò l'ingresso nell'ordinamento romano fu l'*interpretatio prudentium* e in un secondo momento sicuramente intervenne il pretore ad assicurare loro adeguata tutela. Pertanto, tali servitù furono concepite da una fonte extrastatuale e solo successivamente sancite dal magistrato, rappresentante invece un fonte autoritativa. Nondimeno, determinanti in tal senso appaiono altri indizi: primo fra tutti la trattazione sempre distinta che riservò loro la giurisprudenza<sup>406</sup>. Significativa anche la loro tutela interdittale: come si vedrà al capitolo successivo, solo per queste figure originarie furono elaborati singoli e specifici interdetti. Il fatto che fossero state fin dal principio avvertite come stereotipe può forse essere correlato anche alla loro iniziale configurazione in termini di appartenenza, già ampiamente approfondita. Tale assetto si mantenne inalterato e tipiche rimasero sempre queste quattro servitù, anche nei secoli successivi quando la sorte delle altre invece si differenziò nettamente.

In riferimento poi alla particolare ipotesi della servitù d'acquedotto, inoltre, si può osservare che nel Digesto la relativa azione precede l'*actio aquae pluviae arcendae*. Tale particolare collocazione deporrebbe sempre a favore dell'originaria indiscutibile configurazione tipica delle prime servitù, stante la considerazione individuale dedicata al *iura aquae ductus* e al relativo contenuto<sup>407</sup>. La volontà di unificare tutte le azioni relative a questa figura nel medesimo titolo suggerirebbe una trattazione della tutela processuale per tipi. E non si vuole negare che questa sussisteva per le figure originarie, ma si deve rilevare come invece tale tendenza andò perdendosi per le servitù successive.

Diversa, infatti, la valutazione in ordine alle servitù urbane, che appunto costituirono un insieme più omogeneo: esse sorsero in rapida successione, tanto da potersi dire sostanzialmente contemporanee e dovettero certo iniziare a suggerire un concetto generale entro cui far rientrare i *iura praediorum* nella loro interezza. D'altronde di fronte a queste situazioni giuridiche, come detto, non vi era la possibilità di isolare una porzione

---

<sup>406</sup> Pomp. L. *sing. reg.* D. 8.1.17: *Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.*

<sup>407</sup> Cfr. G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, in *SDHI*, III, 1937 (ora in *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato: cose e diritti reali*, Torino, 2001), 275 ss. Tuttavia, appare difficile trarre dalla serie di passi citati dall'autore e dalla dimostrata analisi minuziosa cui la giurisprudenza si dedicò per tale servitù, un sostegno alla tesi del numero chiuso, in quanto, anche ammettendo l'esistenza di una categoria generale di *servitus*, non si può pretendere che i *prudentes* si esimessero dallo studiare e perfezionare le figure che erano già venute ad esistenza.

del fondo servente su cui esercitare una qualche forma di proprietà e questo segnò una notevole differenza rispetto alle prime servitù rustiche, che sicuramente non poté essere ignorata dalla giurisprudenza.

Indubbiamente, quindi, la configurazione originaria dei *iura praediorum* fu tipica. Tuttavia, lo sviluppo che ne seguì è costellato da molteplici elementi che inducono a pensare vi sia stato un mutamento sistematico, lento e graduale, ma comunque non trascurabile, nella rappresentazione concettuale delle servitù.

Spesso a sostegno della tesi della tipicità delle servitù e, più in generale, del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, si porta la convinzione che un eccessivo ampliamento degli stessi fosse del tutto incompatibile con la mentalità romana, così gelosamente legata al concetto di proprietà, in particolare di quella fondiaria. Se queste osservazioni possono sicuramente valere ed essere quindi accettate per l'epoca arcaica, non così può pensarsi per l'età repubblicana. Se, infatti, teniamo in debito conto che l'economia dell'antica società romana non era certo mercantile, bensì intensivamente agricola, non si può immaginare che si arrestasse ad una semplice coltivazione del proprio fondo e all'alienazione dello stesso. Se esso rappresentava l'effettiva ricchezza di un *pater familias* doveva apparire necessario e patrimonialmente vitale elaborare sempre nuovi metodi per il pieno sfruttamento della proprietà fondiaria. E cosa poteva essere più conveniente della possibilità per il singolo *dominus* di escogitare ogni tipo di servitù che gli permettesse di trarre il vantaggio maggiore dal proprio immobile, entro dei limiti ben definiti e perfezionati dall'opera raffinata della scienza giuridica?

Proprio il numero aperto delle servitù, infatti, permetteva di valorizzare al massimo grado il *dominium* del fondo, che altrimenti verosimilmente sarebbe stato alienato. Quindi, non si nega l'importanza rivestita dalla proprietà nella società e nell'economia di Roma antica, tuttavia si rifiuta di ipotizzare quella rigidità delle interrelazioni con cui viene descritta, propugnando piuttosto la necessità di situazioni dinamiche che si mettessero in rapporto dialettico con la proprietà stessa per esprimerne a pieno le potenzialità<sup>408</sup>.

Altro argomento rilevante nell'analisi della possibile creazione della categoria servile è rappresentato dalla sistematica che i *iura praediorum* trovano in giurisprudenza: essa venne organizzata di frequente in elenchi di figure contemplate nella loro individualità,

---

<sup>408</sup> Cfr. V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 136.

come risulta per esempio da Gai 7 *ad ed. prov.* D. 8.2.2 e da Ulp. 2 *Inst.* D. 8.3.1<sup>409</sup>. Tuttavia, si deve sottolineare come tali trattazioni, ed in particolare il secondo frammento, riguardino soprattutto le servitù più antiche, *via, iter, actus* e *aquae ductus*, di cui più volte è stato riconosciuto il carattere tipico. Il primo frammento inoltre conclude l'elencazione con un'espressione aperta, che di certo non suggerisce un numero chiuso: *ceteraque istis similia*.

Piuttosto si può notare come la classificazione generale delle servitù appaia invece aperta alla possibilità di introdurne di nuove. La suddivisione in *servitutes rusticorum et urbanorum*, sebbene non originaria, deve tuttavia considerarsi risalente almeno al comparire delle servitù urbane<sup>410</sup>. Lo sforzo classificatorio non si arrestò qui, bensì venne approfondito in entrambe le sottocategorie: così si parlò di *iura itinerum et aquarum*<sup>411</sup> per le più antiche servitù; mentre per quanto attiene le servitù urbane il riordino si fece più articolato, distinguendosi, come è stato sopra descritto, in *iura parietum, luminum, stillicidiorum*. Una così attenta ripartizione dei *iura praediorum* lascia immaginare che nei sottogruppi fosse ammessa una certa libertà di elaborazione.

Lo stesso concetto del *servire*<sup>412</sup> può aver costituito un elemento unificante. Esso fu l'antecedente del relativo sostantivo e si riferiva abitualmente alla particolare condizione

---

<sup>409</sup> G. GROSSO, *L'evoluzione*, cit., 275 s., come argomento a sostegno della succitata tesi, porta a paradigma l'analitica trattazione che viene riservata all'acquedotto in Lab. 4 *post. a Iav. ep.* D. 8.1.19, Pomp. 33 *ad Sab. D.* 8.3.24, Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.11 e Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.16.

<sup>410</sup> Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.1.17: *Item sciendum est hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat: ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista, agi autem ita poterit ius non esse stillicidia flumina immittere. et ideo Labeo et Cascellius aiunt aquae quidem pluviae arcendae actionem specialem esse, de fluminibus et stillicidiis generalem et ubique agi ea licere. itaque aqua, quae agro nocet, per aquae pluviae arcendae actionem coerebitur.* Il paragrafo ci riporta le riflessioni dei due giuristi in merito alla possibile applicazione dell'*actio aquae pluviae arcendae* al di fuori del suo ambito abituale ed in particolare alle servitù urbane in cui vi sia uno scolo di acque, testimoniando quindi come la distinzione tra i due sottogruppi di *iura praediorum* fosse già avvertita. Sulla succitata precedenza della denominazione di *iura praediorum*, Gai 2 *inst.* D. 1.8.1.1: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles: incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.*

<sup>411</sup> Essa, come già rilevato, è da attribuibile a Cicerone (Cic. 26.74 *Caec.*), personaggio certo avulso dalla scienza giuridica, ma che non si può per questo ritenere totalmente digiuno da nozioni di diritto.

<sup>412</sup> Com'è risaputo, quella di *servitus* è la denominazione più recente per tali diritti reali. È già stato osservato come inizialmente si privilegiasse la prospettiva attiva di chi godeva dei *iura praediorum* appunto, mentre con l'introduzione del concetto di *servire* si passò a considerare piuttosto il lato passivo del rapporto. È opportuno evidenziare fin d'ora ciò che verrà precisato anche in seguito, ovvero che tale verbo veniva impiegato, come notato *ex multis* da G. GROSSO, *L'evoluzione*, cit., 209, anche in un'accezione atecnica per indicare una naturale soggezione del fondo inferiore a ricevere lo scolo delle acque dal fondo superiore (Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2).

di svantaggio in cui veniva a trovarsi il fondo gravato dagli *iura praediorum*, da cui conseguiva l'impossibilità di esercitare una facoltà per il titolare del medesimo fondo oppure una particolare facoltà aggiuntiva per quello del fondo avvantaggiato<sup>413</sup>.

Questa nozione tuttavia, come pure l'esperibilità dell'*actio negativa*<sup>414</sup>, venne estesa anche a situazioni non riconducibili all'esatta definizione di servitù: indicava, pertanto, la condizione non solo giuridica, ma anche semplicemente materiale, di assoggettamento di un fondo ad un altro<sup>415</sup>. In particolare, queste sperimentazioni si verificarono in epoca tardo-repubblicana, quando cioè si ebbe il maggior approfondimento sul tema trattato e si assistette ad una poderosa opera di estensione della categoria, al fine di rispondere alle emergenti occorrenze della realtà sociale. Se, quindi, si stava operando questo tentativo di ampliamento del *servire* non sarebbe errato pensare che esso permise l'ingresso di nuove servitù. La nozione di *locus qui servit* sembra, pertanto, più ampia di quella di semplice servitù prediale, come viene testimoniato, fra gli altri, dal passo che segue. Esso risulta particolarmente sintetico nella sua formulazione e questo spinge a presumere che sia intervenuta la mano dei compilatori, per riassumere dei concetti che comunque sembrano attribuibili a Paolo<sup>416</sup>. Il giurista sembra voler indagare tutte le ipotesi in cui si poteva riscontrare una soggezione di un fondo rispetto ad un altro: se *lex* e *vetustas*<sup>417</sup> possono essere ricondotte ad una servitù giuridica, costituita mediante *lex privata* o altro mezzo di

---

<sup>413</sup> Non convince l'osservazione di come il termine *servitus* venisse utilizzato in senso atecnico basata su Ulp. 53 ad ed. D. 39.3.1.23: *Denique aut condicionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut, quibus agris magna sint flumina, liceat mihi, scilicet in agro tuo, aggeres vel fossas habere: si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire atque hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore compensareque debere cum alio commodo: sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere. si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur. non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus: eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum*. Innanzitutto, si può notare come si parli di *quasi servitus*, mancando quindi una totale sovrapposizione con la categoria di cui si tratta. Quando anche tuttavia tale termine fosse adoperato in modo non effettivamente appropriato, si ritiene ammissibile un disorientamento classificatorio, vista l'ampiezza della sfera applicativa di tale nome, come si dirà in seguito. Ma sembra sicuramente più plausibile che si stesse cercando di portare il concetto ai limiti estremi della sua sfera applicativa, poiché non pare imputabile ad Ulpiano l'utilizzo di un termine giuridico in maniera erronea. Il tema è stato affrontato anche da F. ZUCCOTTI, *Le servitù prediali nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009, 1043 s.

<sup>414</sup> Cfr. G. GROSSO, *L'evoluzione storica*, cit., 205 s., che ne richiama l'uso nell'ambito dei rapporti tra condomini, citando Iav. 9 ep. D. 33.3.4, Paul. 15 ad Sab. D. 8.2.26, Pomp. 33 ad Sab. D. 8.2.27, Marc. 6 dig. D. 8.5.11, Paul 21 ad ed. D. 8.5.9 pr.

<sup>415</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 550.

<sup>416</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 521 s.

<sup>417</sup> Specificamente la *vetustas* ricorderebbe l'antica possibilità di usucapire le prime servitù, che appunto erano considerate *res corporales* e pertanto suscettibili di *possessio*. Al riguardo si legga M. GIAGNORIO, *Il contributo della 'civis' nella tutela delle 'res in publico usu'*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 8.

costituzione, non così per la *natura loci*, che sembrerebbe suggerire un asservimento pratico, derivante da una particolare situazione morfologica dei fondi.

Paul. 49 *ad ed. D. 39.3.2 pr.*: *In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas: quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.*

Questo orientamento inoltre si riscontra insistentemente nelle riflessioni dei *prudentes* riguardanti l'*actio aquae pluviae arcendae*. E ciò sarebbe confermato da un complesso ed impegnativo frammento, Ulp. 53 *ad ed. D. 39.3.1.22*, in cui Labeone sembra prospettare una naturale servitù necessitata dalla configurazione geologica: quella del fondo inferiore ad accogliere l'acqua che scorreva dal fondo superiore. Questo pensiero viene, quindi, esplicitato nel paragrafo successivo, in cui il giurista afferma '*semper inferiorem superiori servire*<sup>418</sup>.

La convincente conclusione cui giunge autorevole dottrina è, quindi, quella per cui l'approfondimento scientifico avutosi in tema di *actio aquae pluviae arcendae* abbia impedito uno snaturamento ed un'eccessiva espansione dell'*actio negativa*. Il concetto di *servire*, infatti, si era esteso al punto tale da ricomprendere anche alcune fattispecie rientranti nei meri rapporti di vicinanza<sup>419</sup>.

Anche in tema di *actio negativa*, peraltro, si registra la medesima tendenza riportata per l'*actio aquae pluviae arcendae*: si riscontra, infatti, in genere l'utilizzo di questo rimedio per negare al vicino qualsivoglia diritto che venisse a ledere o ad impedire l'esercizio del proprio diritto di proprietà<sup>420</sup>, sebbene non si possa d'altra parte sostenere una generica applicazione di tale rimedio ai rapporti di vicinato, che sovente conoscevano altri strumenti di tutela<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> Per un'approfondita analisi delle correlazioni tra tale frammento e l'*actio aquae pluviae arcendae* nel pensiero di Labeone si legga L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 527 ss. Decisivo in tal senso Paul. 49 *ad ed. D. 39.3.2.10*, che potrebbe sovvertire le idee finora esposte, delineando una figura di servitù alquanto vicina alla situazione giuridica descritta dal passo in esame. Sarebbero, quindi, in esso indicate tutte le ipotesi in cui un *naturaliter servire* o una *servitus* giuridica impedirebbero l'esperimento dell'*actio aquae pluviae arcendae*. Quest'ultima parte costituirebbe l'integrazione di Labeone al pensiero di Ofilio. Paul. 49 *ad ed. D. 39.3.2.10*: *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.*

<sup>419</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 543.

<sup>420</sup> Addirittura, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 513 rinviene un'applicazione del rimedio considerato in Ulp. 53 *ad ed. D. 39.2.9.2*.

<sup>421</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 514.

Non risulta possibile asserire, perciò, una totale coincidenza tra l'immissione colpita dalla *negatoria* e l'oggetto della servitù<sup>422</sup>. Nondimeno, sebbene si debba ammettere che vi sono ipotesi in cui le facoltà ricavabili *a contrario* non possono essere ricondotte ad alcun tipo di *ius praedii*<sup>423</sup>, sembra probabile che i diritti di cui si voleva negare l'esistenza, frequentemente potessero essere oggetto di un'apposita *in iure cessio*, finalizzata alla costituzione di una servitù<sup>424</sup>.

I passi più importanti in tal senso appartengono ad Alfeno Varo, più illustre rappresentante, di cui ci sia giunta testimonianza, della tendenza a considerare le servitù come categoria unitaria ed aperta. È stato al riguardo osservato come la scuola di Servio risulti dalle fonti molto attiva nel cercare di definire i confini applicativi di tale strumento rimediale e si può ragionevolmente ipotizzare che fosse parsa necessaria una sperimentazione maggiore in riferimento all'*actio negativa*, poiché la stessa non aveva, come la *vindicatio servitutis*, una solida tradizione processuale<sup>425</sup>.

Alf. 2 dig. D. 8.5.17.2: *Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.*

Il frammento ci tramanda di un *dominus* che costruisce un letamaio nel proprio fondo, ma in adiacenza al muro del vicino, che a causa dello stesso marcisce. Sulla questione viene quindi interrogato Alfeno Varo, che dovrà rendere un parere al fine di chiarire al proprietario del muro in che modo egli possa ottenere la rimozione dello *sterculinum*. Il giurista risponde che se questo fosse avvenuto in un luogo pubblico si sarebbe potuto ricorrere alla tutela interdittale, ma poiché ciò si era verificato in un luogo privato la tutela esperibile era quella prevista per le servitù.

---

<sup>422</sup> Cfr. A. BURDESE, *Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, in *AG*, CCXVIII.1-2, 1998, 3 ss.

<sup>423</sup> Indubbiamente l'applicazione dell'*actio negativa* ai rapporti fra condomini, com'è attestato dalle fonti, non può che essere estranea al rapporto di servitù. In tal senso anche G. GROSSO, *L'evoluzione storica*, cit., 284 s.

<sup>424</sup> In tal senso anche A. BIGNARDI, *'Actio', 'interdictum', 'arbores'*. *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in *Index*, XII, 1983-1984, 476, la quale pare riconoscere che Pomponio in D. 43.27.2

<sup>425</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 515.

Senza dubbio la facoltà di costruire una latrina a margine del fondo rientra nel diritto di proprietà<sup>426</sup>, ma così non è per quella di collocarlo in modo tale da recar danno al muro del vicino, che quindi può costituire oggetto di un'apposita servitù<sup>427</sup>. L'evento dannoso in tal caso costituirebbe parte del contenuto del *ius praedii* e si individuerrebbe nell'esposizione della parete altrui all'umidità conseguente ad un *facere in suo*. Per il proprietario del fondo servente, quindi, si prospetta l'onere di tollerare un'eventuale immissione di umidità nel muro che lo divide dalla latrina. Pertanto, qualora la stessa non fosse stata collocata a margine della parete, la servitù non si sarebbe potuta nemmeno pensare<sup>428</sup>. Resta irrisolta la questione se questa possa qualificarsi come servitù rustica o una di quelle, che vengono definite dalla dottrina servitù industriali<sup>429</sup>. Nondimeno, pare più convincente la prima soluzione: nulla, infatti, legittima l'interpretazione che vede la *stercoratio* destinata alla vendita e sembra pertanto più lineare supporre che fosse utilizzata per la coltivazione del fondo dominante.

Segue un altro passo che tramanda sempre un caso di due abitazioni finitime e delle relative interferenze.

Alf. 2 dig. D. 8.5.17 pr.: *Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se.*

---

<sup>426</sup> Come osservato anche da S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 55.

<sup>427</sup> *Contra* A. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 16.

<sup>428</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 504 ss. Cfr. anche S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 54, che la ritiene una novità giustiniana.

<sup>429</sup> Cfr. V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 189 s. Pare eccessivo parlare di industria in epoca tardo-repubblicana. Forse una denominazione più adeguata potrebbe essere quella di servitù artigianali. Questa, infatti, potrebbe distogliere l'attenzione dal termine per focalizzarla sulla sostanza di questo diritto reale, la cui esistenza spesso è stata negata dai giuristi contemporanei, adducendo come motivazione principale lo stato dell'economia romana, che mal si accosta ad una produzione intensiva, quale vuole essere quella industriale. Una simile giustificazione deve essere rigettata, fermandosi la stessa solo alla soglia della problematica e limitandosi ad un'analisi meramente formale. Se, infatti, si esamina più accuratamente il frammento, non si può negare che si stia trattando proprio di una servitù fino ad allora sconosciuta. Rilevante in proposito anche l'opinione di S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 26 ss., che rifiuta la denominazione di 'servitù industriali', poiché implicherebbe un'utilità per il proprietario del fondo e la sua attività commerciale, non tanto per il fondo stesso. In questi specifici casi, le fonti che si esamineranno, dimostrano, infatti, come il contenuto della servitù sia sempre limitato ai bisogni del fondo.

Tra due edifici adiacenti, il muro ha formato una protuberanza e sporge di circa mezzo piede nella casa del vicino, che pertanto potrà agire per far accertare che l'altro non ha il diritto di mantenere quella sporgenza senza il suo consenso<sup>430</sup>.

Chiaramente in questo caso, invece, risulta improbabile ricavare una servitù di poter far sporgere la propria parete di una certa lunghezza nella casa del vicino, non palesandosi nemmeno un'effettiva utilità in tal senso, e possiamo agevolmente renderci conto come la *negativa* venisse utilizzata semplicemente per tutelare il proprietario che subisse un'invasione nel suo rapporto esclusivo con la *res*, tale da procurargli una diminuzione delle facoltà caratteristiche del diritto dominicale e quindi in sostanza per far valere un *ius prohibendi*<sup>431</sup>. Nondimeno, anche questo frammento ha una sua importanza nell'illustrare l'impegno del giurista ad esplorare i confini applicativi della *servitus*.

Rimanendo nell'ambito della tutela processuale, risulta problematica l'interpretazione del passo successivo, utilizzato dalla dottrina contemporanea sia per sostenere la tipicità, che per avvalorare la tesi contraria:

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.6: *Sed et de haustu, quia servitus est, competunt nobis in rem actiones.*

L'Arangio-Ruiz<sup>432</sup> asserì che proprio la specificazione del '*quia servitus est*' dovrebbe suggerire una categoria generale data per presupposta da Ulpiano. Per contro il Grosso<sup>433</sup> replicò che lo scopo del giurista dell'età severiana in questo caso fosse solamente quello di specificare che a questa servitù, come a tutte le altre, debba essere accordata la tutela piena di un'*actio in rem*. Quest'ultima ricostruzione appare la più plausibile. Diverso, infatti, sarebbe stato se Ulpiano avesse citato proprio la *vindicatio servitutis*.

La definizione che nell'Editto perpetuo trovava tale azione, costituente la principale tutela delle servitù, presenta interessanti spunti per avvalorare la tesi dell'atipicità. La

---

<sup>430</sup> Come rileva A. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 15 il frammento riporta fedelmente l'*intentio* dell'*actio negatoria*.

<sup>431</sup> Cfr. A. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 15. Alla stessa conclusione conduce l'analisi di Proc. 5 *ep.* D. 8.5.13. Sul tema si è soffermata anche A. BIGNARDI, *Actio*, cit., 478 ss.

<sup>432</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità*, cit., c. 5. Tuttavia, a parere di V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 129, non si può ritenere che una tale concezione delle formule dell'Editto sussistesse prima del principato avanzato, quando l'avvento della *cognitio extra ordinem* doveva aver reso i formulari edittali dei semplici moduli.

<sup>433</sup> Cfr. G. GROSSO, *L'evoluzione storica*, cit., 213. L'autore, peraltro, nel suo contributo appare in costante oscillazione fra l'una e l'altra tesi, sempre sul punto di conciliarle ma senza poi arrivare ad esprimere il potenziale del suo ragionamento fino a compiutezza, appiattendolo tutto ad una mera ricostruzione storica, come egli stesso la definisce.



relativa rubrica riporta una dicitura generica ‘*si servitus vindicetur*’, che appare aperta nella sua formulazione. Sembra perciò consentito dedurne che nell’*intentio* si potesse riversare qualsiasi diritto pattuito con il vicino, che fosse tale da superare il vaglio del pretore. Per vero il contenuto della rubrica potrebbe trarre in inganno: nel titolo si possono rinvenire solo le servitù di passaggio e tre servitù urbane (*altius non tollendi, oneris ferendi, tigni immittendi*)<sup>434</sup>. Sicuramente rispetto alla servitù che di volta in volta s’intendeva rivendicare, le parole contenute nelle relative formule (*eundi agendi, aquae ducendae, tigni in parietum immittendi, etc.*) erano inderogabili, quando queste erano presenti nell’Editto, tuttavia non si può credere che la tutela fosse limitata alle sole servitù di cui è riportata una formula<sup>435</sup>. Sappiamo, infatti, che nell’Editto era assicurata protezione giuridica anche ai *iura aquae haustus e cloacae*<sup>436</sup>. Sembra legittimo quindi supporre che tali formule venissero intese dai pretori (ed in particolare da Salvio Giuliano) come paradigmi degli schemi tradizionali e più comuni, di cui servirsi per modellare la tutela di tutte le servitù che emergessero attraverso la riflessione giurisprudenziale, e che le espressioni contenute nell’Editto fossero sostituite con le denominazioni che i giuristi avevano elaborato per le servitù sprovviste di formula edittale<sup>437</sup>. Si ipotizza che i *prudentes* quindi fossero liberi di riconoscere nuove servitù, che risultassero opportune o vantaggiose, in funzione completiva di quelle lacune che un elenco esemplificativo e non tassativo non può esimersi dal lasciare. Questo dimostrerebbe, quindi, che le servitù non venivano intese come un catalogo chiuso, ma piuttosto come un modello che poteva essere adattato dai

---

<sup>434</sup> Le formule che si leggono in O. LENEL, *Das ‘edictum perpetuum’*, Leipzig, 1927, 188 e 190 ss. sono: ‘*Si paret A° A° ius esse per fundum illum ire agere*’; ‘*Si paret A° A° ius esse aedes suas altius tollere invito N° N°*’; ‘*Si paret A° A° ius esse cogere N° N°*, ut A° A° onera sustineat et parietem reficiat ad onera ea sustinenda’; ‘*Si paret A° A° ius esse in parietem illius aedificii tigna immittere*’; ‘*Si paret A° A° ius esse stillicidium in tectum illius aedificii immittere*’. In particolare, il fatto che in tali formule sia nominato lo *ius* porta a ritenere che l’intervento del pretore sia giunto in un momento in cui l’elaborazione giurisprudenziale era già arrivata al punto di astrarre dalle figure concrete nate nella prassi il concetto di diritto su cosa altrui, che venne poi trasposto nell’*intentio* di tali *vindicationes* da parte del pretore.

<sup>435</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità*, c. 49 ss. e S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, 6 ss.

<sup>436</sup> Ulp. 70 *ad ed. D.* 43.22.1 pr. e Ulp. 71 *ad ed. D.* 43.23.1 pr.

<sup>437</sup> Sorprendentemente G. GROSSO, *L’evoluzione storica*, cit., 265 ss., ritiene che tale elemento non sia decisivo al fine di stabilire la tipicità o meno delle servitù, ammettendo che ben potesse essere esemplificativo l’elenco dell’Editto, ma non per questo che l’interpretazione suppletiva dei *prudentes* fosse sintomo di un’atipicità di tali figure. Indubbiamente, una tale convinzione non può che basarsi su un diverso significato da attribuire al ruolo della giurisprudenza. *Contra* anche F. ZUCCOTTI, *Ancora sul ‘modus servitutis’*, cit., 10: «per quanto riguarda l’epoca del processo *per formulas* la nascita di una nuova servitù avrebbe implicato addirittura un intervento edittale del pretore che, introducendo un’azione *ad hoc*, avrebbe così autoritativamente sanzionato ed anzi introdotto nell’ordinamento tale nuova figura di *ius in re aliena*». Non si coglie la ragione del necessario intervento del pretore quando esisteva la *vindicatio servitutis*, la cui *intentio* era adattabile al contenuto della singola servitù che fosse stata costituita tra le parti.

privati ai bisogni occasionalmente emergenti nelle loro attività quotidiane. E se ne possono riscontrare vari esempi<sup>438</sup>.

Ulp. 17 *ad ed. D. 8.3.3 pr.: Item sic possunt servitutes imponi, et ut boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur: quam servitutem imponi posse Neratius libro secundo membranarum scribit.*

1. *Idem Neratius etiam ut fructus in vicini villa cogantur coactique habeantur et pedamenta ad vineam ex vicini praedio sumantur, constitui posse scribit.*

Dal *principium* emerge la possibilità di costituire (*imponi*), sia per Ulpiano, autore del frammento, che per Nerazio, citato a supporto, una servitù di pascolo dei buoi che servono alla coltivazione del fondo dominante<sup>439</sup>. Sempre Nerazio ammette la costituzione di altre servitù dal contenuto originale ed inedito, che consentono al titolare del fondo dominante di cogliere i frutti nella *villa* del vicino e di immagazzinarli nella stessa ovvero quella di procurarsi dal fondo del vicino i sostegni per le vigne.

Ulp. 17 *ad ed. D. 8.3.5.1: Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit:*

Anche tale frammento sarà richiamato nel prosieguo; per il momento, è interessante notare come si ammetta la costituzione delle servitù di cuocere la calce o di estrarre la creta, secondo il fabbisogno del fondo dominante.

Colpiscono le espressioni di cui si servirono i giuristi per ammettere una nuova figura di servitù: '*imponi posse*', '*constitui posse*' e '*cedi posse*<sup>440</sup> verrebbero a testimoniare sia

---

<sup>438</sup> Ai seguenti si aggiunga Paul. 15 *ad Plant. D. 8.3.6.1: Item longe recedit ab usu fructu ius calcis coquendae et lapidis eximendi et harenae fodiendae aedificandi eius gratia quod in fundo est, item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant? non est dubitandum, quin servitutis sit: et hoc et Maecianus probat in tantum, ut et talem servitutem constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet si habeam pascui servitutem aut pecoris appellendi, ut si hiemps ingruerit, habeam quo me recipiam.* Questo paragrafo appare tanto più interessante per la preoccupazione del giurista di distinguere le servitù, di cui ammette la costituzione, dall'usufrutto sulla base dell'inerenza al fondo delle prime.

<sup>439</sup> Tale limitazione, come si vedrà *infra*, è di particolare rilievo al fine di conservare il carattere prediale della servitù.

<sup>440</sup> Per citare solo alcuni passi: il già visto Paul. 49 *ad ed. D. 8.3.10: Labeo ait talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat: nam si liceat nondum aedificato aedificio servitutem constituere, quare non aequae liceat nondum inventa aqua eandem constituere servitutem? et si, ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest.* E ancora Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.8.1: Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem, ut in parietem*

l'immediata aderenza dell'elaborazione giurisprudenziale alla realtà sociale, sia l'affermazione che nella prassi avevano già trovato le figure atipiche. Esse paiono volte nel senso di una libera determinazione dell'autonomia privata, che, sebbene sotto la vigilanza dei giuristi, era pur sempre legittimata a riversare ogni sua occorrenza in un atto costitutivo di servitù<sup>441</sup>.

Questa convinzione può essere rafforzata dalla formulazione delle *leges privatae*<sup>442</sup>, che attestano una certa disinvoltura dei privati contraenti nel modellare il contratto in base alle esigenze concrete, senza troppo preoccuparsi della riconosciuta esistenza del tipo di servitù che delineavano. Infine, pare determinante l'approccio dei *prudentes*, che, nel riconoscere tali nuove servitù, non si curavano più di tanto di richiamare l'affermata ammissione delle medesime da parte di altro giurista anteriore o l'esistenza di una qualche formula edittale.

Sotto questo profilo, uno dei frammenti più importanti è da rinvenire in Pomp. 32 *ad Q. Mucium* D. 39.3.21, già citato: si suppone, infatti, che Pomponio stia riportando il pensiero di Quinto Mucio Scevola, che egli intende commentare. Questo rappresenterebbe il primo dubbio attestato riguardo alla possibilità di costituire una servitù che non appartenesse ai tipi già consolidatisi<sup>443</sup>. Tale frammento attesterebbe, quindi, la possibilità di costituire una *servitus aquae non quaerendae* o *servitus aquae vena non incidendi*, il cui contenuto sarebbe stato costituito dal diritto di limitare la facoltà del vicino di scavare il proprio terreno al fine di ricavarne acqua sotterranea, affinché la stessa giungesse interamente al fondo dominante.

---

*eius tigna inmittere mihi liceat supraque ea tigna verbi gratia porticum ambulatoriam facere superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant.* In tal senso e con più ricca indicazione di frammenti rilevanti, cfr. G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 217.

<sup>441</sup> Cfr. S. SEYED-MAHDAVI RUIZ, *Die rechtlichen Regelungen der Immissionen im römischen Recht und in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen. Unter besonderer Berücksichtigung des geltenden deutschen und spanischen Rechts*, Göttingen, 2000, 71: «schließlich war es möglich, jeden beliebigen Inhalt als Dienstbarkeit aufzunehmen, solange bestimmte, im Wesen der Servituten begründete Mindestanforderungen («*utilitas, vicinitas, perpetua causa*») erfüllt waren».

<sup>442</sup> Paul. 2 *ep. Alf. dig.* D. 8.3.29, che verrà analizzato *infra*.

<sup>443</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 480 ss. Peraltro, come scrive lo stesso autore, che il quesito fosse già oggetto di discussione in epoca tardo-repubblicana si può ricavare anche da Cic. *ad Att.* 15.26.4, in cui Cicerone propone una situazione simile alla precedente, ritenendo, con dubbiosa approssimazione, si trattasse di una servitù. Parimenti importante sarebbe inoltre un altro passo, Ulp. 81 *ad ed.* D. 39.2.26, in cui Ulpiano espone la riflessione di Proculo in tema di rapporti di vicinanza. L'impressione che se ne ricava è che il giurista consideri due situazioni parallele, rientranti nelle facoltà del proprietario, ma che tuttavia si sarebbero potute limitare attraverso la costituzione di una servitù. Se una riguarda i rapporti urbani e la relativa servitù è la *ne altius tollendi*, l'altra rientra, invece, nei rapporti rustici e viene descritta nel seguente modo: '*si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces...*'. Si può pertanto legittimamente supporre che si potesse costituire un'apposita servitù anche in quest'ultimo caso.

Se forse si può avvertire ancora una certa prudenza nell'ammettere l'ingresso di nuovi *iura praediorum* in età repubblicana, essa svanì verso la fine della stessa<sup>444</sup>. Il più notevole tentativo di generalizzazione della categoria delle servitù, infatti, fu operato dalla scuola di Servio Sulpicio Rufo<sup>445</sup>, in particolare, come detto, dall'allievo su cui esercitò maggiore influenza, ossia Alfeno Varo. Uno degli esempi più importanti della sperimentazione di tale giurista è quanto tramandatoci da Paul. 2 *epit. Alfeni dig.* D. 8.3.29, già citato in riferimento ai *iura aquarum*. Si può pacificamente attribuire il ragionamento ivi contenuto ad Alfeno, di cui Paolo riporta semplicemente il pensiero<sup>446</sup>. L'ipotesi è, come visto, quella di un proprietario che vendette il fondo superiore e trattene per sé quello inferiore, apponendo all'atto di vendita una clausola che permettesse all'acquirente di far scendere l'acqua nell'altro fondo: trattasi, quindi, con buona probabilità di una *lex mancipio dicta* inserita nell'atto di alienazione al fine di assicurare il diritto di scaricare l'acqua mediante un apposito canale. In tale sede, non si può evitare di stupirsi di fronte alla sicurezza con cui il giurista ammise l'esistenza della *servitus aquae educendae praedii siccandi causa*<sup>447</sup>.

Più ardua la lettura del testo che segue e oscuro rimane il contenuto della servitù in questione. Tuttavia, si deve evidenziare come le incertezze dell'autore anche in questo caso non vertano sulla possibilità di dare tutela giudiziale alla situazione giuridica esaminata, che peraltro sicuramente viene interpretata come una servitù, bensì sul

---

<sup>444</sup> Sebbene sia stato giustamente osservato da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 504 come nell'età imperiale l'orientamento dei giuristi fosse per lo più quello di rifarsi alle figure già delineate nei secoli precedenti, si può motivare tale apparente arresto con la scarsità di ulteriori dirimenti esigenze urbane o agrarie, tali da poter permettere di costruirvi una nuova servitù. In aggiunta si deve osservare che, pur essendo cambiato in concreto in numero delle servitù introdotte dai medesimi giuristi, il loro approccio teorico non sembra poi tanto mutato, su cui vedi *infra*. Dallo studio di A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli, 1982, 146 emerge una tendenza più tradizionalista della giurisprudenza classica, al contrario della forza creatrice propria di quella di età repubblicana.

<sup>445</sup> Se si vuole dar credito all'ipotizzato antagonismo fra la sua scuola e quella di Quinto Mucio Scevola, tanto più peso assumerà, ai fini dell'analisi che si conduce, il fatto che entrambi i giuristi stessero ponderando la possibile estensione della figura della *servitus*. Su Servio Sulpicio Rufo scrive F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, 42: «This man was a true jurisconsult in the style of the second and third centuries. He reckoned himself a member of the nobility, though according to his friend Cicero it was rather an obscure nobility (his father was an *eques*). He climbed the ladder of magistracies, attaining, after a failure at his first candidature, the consulship in 51 B.C.». Quanto a Publio Alfeno Varo, invece, dal medesimo autore apprendiamo che era originario da Cremona e che da *homo novus* raggiunse la carica consolare nel 39 a.C.

<sup>446</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 496 ritiene probabile per vero che Alfeno a sua volta stesse riportando un responso di Servio.

<sup>447</sup> Denominazione coniata da S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 51. Peraltro, anche nell'esame di questa ignota servitù si ricorre al parametro dell'*utilitas* per ammetterne o negarne il riconoscimento.

contenuto concreto del diritto<sup>448</sup> e pertanto se il comportamento di Gaio Seio costituisse una violazione del diritto del vicino e se addirittura le piante del giardino fossero legittimamente mantenute, posto che lo stesso doveva lasciare libero uno spazio in cui non avrebbe dovuto depositare alcun oggetto.

Alf. 2 *dig.* D. 8.5.17.1: *Cum in domo Gaii Sei locus quidam aedibus Anni ita serviret, ut in eo loco positum habere ius Seio non esset, et Seius in eo silvam sevisset, in qua labra et tenes cucumellas positas haberet, Annio consilium omnes iuris periti dederunt, ut cum eo ageret ius ei non esse in eo loco ea posita habere invito se.*

Nella dimora di questo personaggio, Gaio Seio, esisteva una porzione assoggettata ad una servitù a favore dell'abitazione di Annio: tale diritto comportava che Seio non potesse collocare cose in quel luogo e che lo stesso avesse lì piantato un boschetto, in cui teneva vasche e vasi. Annio fu, perciò, consigliato da tutti i giuristi ad agire tramite l'*actio negativa*.

Colpisce, infine, che in questo caso non si avverta nemmeno l'esigenza di richiamare altra giurisprudenza che attesti l'esistenza della figura, ma se ne recepisca semplicemente la costituzione ad opera della prassi.

Lo sforzo di Alfeno, in definitiva, non sembra orientato a valutare la possibile ammissione di tali emergenti figure di servitù, quanto piuttosto alla determinazione precisa del contenuto delle medesime.

Una simile prospettiva si può rinvenire anche in altro frammento celsino, già esaminato altrove. Il lungo passo affronta il tema della individuazione della parte del fondo servente su cui insiste la servitù e a tal fine si opera un parallelismo tra l'*iter* e l'*aquaeductus*. Ci si concentrerà, quindi, solo sull'ultima parte.

Cels. 5 *dig.* D. 8.1.9: ... *verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet: sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est.*

---

<sup>448</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 498, nt. 78 ipotizza che esso sia ricollegabile all'impianto di recipienti per l'acqua.

Nel frammento esaminato si osserva come si possa passare, a piedi o col bestiame, solo per quella parte di fondo in cui fin dal principio fosse stata tracciata la via, che poi non si aveva più la facoltà di modificare. Si chiama quindi a sostegno il parere di Sabino, che aveva esaminato la medesima questione, sebbene nell'ambito della servitù di acquedotto: secondo l'eminente giurista, dal principio il rivo poteva essere fatto passare ovunque, ma una volta scelta la sua sede, non poteva più essere spostato. Il medesimo ragionamento è, quindi, ammesso anche per la via.

Al fine della determinazione del luogo di esercizio della servitù, pertanto, Celso in via analogica rinviene il criterio nell'ambito di diverso tipo di figura prediale<sup>449</sup>. Tale tipo di ragionamento pare testimoniare una prima concettualizzazione da parte dei *prudentes* della tarda Repubblica e della prima età imperiale di criteri che possano travalicare i confini del singolo tipo ed essere applicati, in via analogica appunto, anche ad altre figure prediali<sup>450</sup>.

Volendo azzardare una ricostruzione di come avvenisse l'elaborazione di nuove servitù, si deve presumere che la giurisprudenza operasse un vaglio di meritevolezza in funzione di filtro, al fine di evitare un'esagerata dilatazione della figura della *servitus*. Considerando che per lo più esse venivano costituite mediante *in iure cessio*, possiamo ipotizzare che i due vicini giungessero di fronte al magistrato muniti di un *responsum prudentis* o accompagnati *in iure* dal giurista stesso, al fine di persuadere il pretore sull'adeguatezza dello schema scelto<sup>451</sup>. E difficilmente lo stesso poi sarebbe stato contraddetto da un suo successore in carica in un'eventuale fase contenziosa<sup>452</sup>.

Tracce di una simile attività di analisi da parte dei *prudentes* sono rappresentate dai passi in cui i giuristi si preoccupano di respingere l'ingresso di servitù che non risultassero

---

<sup>449</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 486, nt. 60, il quale evidenzia anche come Celso e Sabino operino il confronto con la *servitus viae*, che più degli altri due *iura itinerum*, era strettamente collegata all'impianto stradale su cui insisteva, rappresentando quindi, per tale ragione, un valido riferimento per la determinazione del *rivus*.

<sup>450</sup> *Contra* L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 489 s.

<sup>451</sup> Molto acuta l'osservazione di V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 142, nt. 28. Valutando l'opportunità del pretore, che spesso apparteneva alla classe dei giuristi, di disattendere il *responsum* di un suo collega autorevole, creando un pericoloso precedente per il prestigio della categoria. «La carica di pretore sarebbe durata un anno, lo status di *iurisperitus* tutta la vita».

<sup>452</sup> Se invece si vogliono considerare gli altri strumenti di costituzione di una servitù (*lex mancipii*, *legatum*), si deve ritenere che la liceità dell'operazione venisse discussa in una potenziale fase processuale.

conformi a determinati criteri<sup>453</sup>. Questi tentativi di porre delimitazioni negative all'insieme delle servitù, avendo ben chiari quindi i caratteri peculiari di tale diritto reale, sono sintomo del manifestarsi di una categoria. Mai si negò la qualifica di *servitus* ad una situazione giuridica, sulla sola base dell'estraneità della stessa agli elenchi di servitù conosciute, che quindi erano notoriamente e volutamente incompleti<sup>454</sup>. Nella giurisprudenza si possono riscontrare, invece, numerosi esempi di situazioni a cui i giuristi ricusarono la qualifica di servitù, risultando le stesse prive di uno dei caratteri propri della categoria.

Paolo, a titolo paradigmatico, escluse che utilità superflue e non strettamente legate alle necessità del fondo dominante, ma piuttosto a desideri voluttuari del proprietario, potessero costituire oggetto di una servitù. Non ammette, pertanto, la costituzione di servitù di raccogliere un frutto, di passeggiare o di cenare sulla proprietà altrui. In una simile ipotesi, infatti, il fondo dominante non ne risulterebbe realmente avvantaggiato.

Paul. 15 *ad Plaut.* D. 8.1.8 pr.: *Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.*

Nel seguente frammento invece la riflessione di Giavoleno parte da una servitù già nota, la *ne altius tollendi*, per negare che possa essere ricompreso nella stessa il diritto a che un monumento sia edificato fino ad una certa altezza. Parimenti quello a che un certo numero di persone sia sepolto in un unico luogo non potrebbe essere qualificato come *servitus*, sulla base della considerazione *'quia id, quod humani iuris esse desiit, servitutem non recipit'*.

Iav. 10 *ex Cass.* D. 8.4.4: *Caveri, ut ad certam altitudinem monumentum aedificetur, non potest, quia id, quod humani iuris esse desiit, servitutem non recipit: sicut ne illa quidem servitus consistere potest, ut certus numerus hominum in uno loco humetur.*

---

<sup>453</sup> È pur vero che non si assiste mai ad un'enunciazione di carattere generale dei criteri, ma questa non pare necessaria per ammettere che gli stessi effettivamente esistessero nel pensiero dei giuristi e peraltro non sembra nemmeno rispondente allo stile dei giuristi repubblicani o classici.

<sup>454</sup> Gai. 2.31: *... in provincialibus praediis ... quis ... ius ... altius tollendi aedes ... ceteraque similia iura consistere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest ...*

Segue un altro passo in cui si legge un'ulteriore restrizione: sul mare non può essere costituita alcuna servitù privata, essendo un luogo accessibile a tutti<sup>455</sup>.

Ulp. 6 *opin.* D. 8.4.13 pr.: *Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.*

Il testo presenta il seguente caso: il proprietario di due fondi decide di venderne uno solo, trattenendosi l'altro per sé. A tale scopo inserisce nell'atto di compravendita una *lex venditionis*, nella quale pone il divieto di pesca dei tonni a danno del fondo Botriano, che appunto sarebbe rimasto in sua proprietà<sup>456</sup>. Ulpiano, pertanto, constatava la natura obbligatoria di tale clausola contrattuale, che non poteva produrre effetti reali tramite la costituzione di una servitù, in ragione del fatto che il mare, per sua natura era liberamente godibile da tutti<sup>457</sup>.

Anche Pomponio intese porre un freno all'eccessivo ampliarsi del numero delle servitù ed indicò come limite negativo l'utilità del fondo<sup>458</sup>. Si ha qui un esempio di come s'iniziassero a delineare quindi le caratteristiche inderogabili delle servitù, attraverso il confronto dei tipi già teorizzati e sufficientemente indagati.

---

<sup>455</sup> V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 198 s., tuttavia, ha avanzato forti dubbi sulla genuinità dell'ultimo periodo del frammento, che è quello che qui rileva. Sembra, infatti, più probabile che Ulpiano negasse la configurabilità di una servitù, in questo specifico caso, più per com'è stata espresso questa situazione giuridica: '*ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur*'. Questa formulazione appunto farebbe più propendere per un diritto a carattere obbligatorio. Tuttavia, ai compilatori non dev'essere sembrato così ovvio e pertanto introdussero una loro motivazione per negare una simile servitù, che infatti appare piuttosto ingenua e banale: *quod natura omnibus patet*.

<sup>456</sup> Su tale frammento G. FRANCIOSI, *Il divieto di 'piscatio tinnaria': un'altra servitù prediale*, in *RIDA*, XLIX, 2002, 102, il quale evidenzia come la ragione dell'imposizione del divieto possa essere rinvenuta non solo nel movimento migratorio dei tonni, ma anche nella particolare tecnica di pesca impiegata, che illustra accuratamente. L'autore, peraltro, ritiene si possa rinvenire nel passo in esame una vera e propria servitù (106 s.): tesi che forse, nell'ipotesi in esame, pare troppo contrastante con il dato testuale.

<sup>457</sup> Nondimeno, osserva rettamente G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 212, «Significativa è la fattispecie prospettata nel famoso D. 8.4.13 pr.: l'impossibilità di configurare una servitù per ragioni oggettive, estranee alla volontà delle parti, non sminuisce punto l'importanza che il passo ha come esempio dell'atteggiamento della pratica contrattuale».

<sup>458</sup> G. GROSSO, *L'evoluzione storica*, cit., 221, tuttavia, ipotizza l'interpolazione dell'inciso *quia nihil vicinorum interest*. Su tale fonte cfr. anche G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 64 s., L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 481, V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 41 s. e A. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 26.



Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15 pr.: *Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas: et ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia.*

Secondo quanto si apprende dalla fonte citata, ogniqualvolta le servitù non erano a vantaggio né di uomini, né di fondi, poiché non sussisteva alcun interesse per i fondi vicini, la loro costituzione non era valida, come nell'ipotesi in cui un soggetto non dovesse passeggiare o trattenersi nel suo fondo. Parimenti, qualora si fosse concesso che un soggetto non avesse l'usufrutto del fondo altrui, non accadeva nulla dal punto di vista giuridico; diversamente, invece, se fosse stato ceduto il diritto del titolare di un fondo di non cercare acqua nella sua proprietà al fine di garantirne un apporto maggiore al vicino. In quest'ultimo caso Pomponio riteneva integrata la fattispecie della *servitus*, poiché era ravvisabile un interesse, e quindi un'utilità, del fondo finitimo.

I giuristi così preceduti dalla prassi nella scoperta delle esigenze sociali ed economiche che poi avrebbero costituito la linea guida della loro riflessione, valutavano la nuova figura in rapporto alla rispondenza a determinati caratteri, che si sono potuti determinare progressivamente, con la moltiplicazione delle servitù riconosciute. Spesso si è cercato di obiettare che non si trova alcuna definizione di *servitus* negli scritti dei *prudentes*. Senz'altro è così, ma sarebbe forse ingenuo aspettarsela, considerando la scarsa propensione della giurisprudenza romana a procedere per dichiarazioni di portata generale. Un tale approccio sistematico anzi avrebbe stupito e sarebbe apparso come una bizzarra discordanza rispetto all'analisi casistica, che caratterizzò il loro metodo di ricerca. Se, invece, si vuole sostenere che l'opera dei giuristi fosse prevalentemente volta a verificare il possibile inquadramento di una nuova situazione giuridica entro una servitù già conosciuta, si dovrà ribattere che quest'operazione fu necessaria, prima di poter decretare la nascita di una nuova servitù prediale.

Dalla lettura degli scritti dei *prudentes* possiamo quindi ricavare una sequela di attributi<sup>459</sup>, che verosimilmente costituirono i confini del nascente istituto della *servitus*, in

---

<sup>459</sup> Tra questi non viene nemmeno citato quello della *perpetua causa*, che ormai da tempo non si annovera più tra i caratteri della *servitus*. Per un'analitica critica delle fonti al fine di dimostrarne l'origine bizantina, si veda S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 35 ss.

quanto è palese che non siano limitati alla sola figura che occasionalmente viene trattata. In particolare, quest'attività di classificazione si concentrò nell'età imperiale: il bisogno della giurisprudenza di riordinare la categoria si tradusse in un'intensa elaborazione dogmatica.

Si esclude primariamente che il diritto di servitù potesse concretarsi un *facere* a carico del titolare del fondo servente, constava bensì in un *patis* o in un *non facere*<sup>460</sup>: concetto espresso con il principio '*servitus in faciendo consistere nequit*'. Su tale regola si fondava la distinzione tra servitù affermative o negative. Nelle prime il titolare del fondo servente era tenuto a tollerare che l'altro compisse una qualche attività sul suo fondo. Nelle seconde, invece, egli doveva astenersi da un qualche atto, che in base alla pienezza del diritto di proprietà gli sarebbe stato legittimo compiere. Il *facere* è, quindi, consentito al solo proprietario del fondo dominante nelle servitù affermative. Come si legge nel passo seguente, invero, la natura delle servitù non richiedeva che qualcuno facesse qualcosa, come rimuovere piante o abbellire la veduta, ma che tolleri qualcosa o non compia una determinata attività.

Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.1.15.1: *Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.*

---

<sup>460</sup> Anche questo principio, come il seguente, in realtà può essere considerato valevole per tutti i diritti reali. G. GROSSO, *I problemi*, cit., 175 ss. Del tutto peculiare rispetto al principio *servitus in faciendo consistere nequit* è la servitù *oneris ferendi*, con il suo particolare obbligo di *refectio*. Addentrarsi nella disputa dottrinale riguardante questo diritto risulterebbe troppo dispersivo. Se ne ricorda pertanto il passo principale in cui si tramanda la divergenza di opinioni tra due giuristi dell'epoca repubblicana, Aquilio Gallo e Servio: Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.2. La ricostruzione più persuasiva sembra quella di G. SEGRÉ, *La clausola restitutoria nelle azioni 'de servitutibus' e le formule delle azioni relative alla 'servitus oneris ferendi'*, in *BIDR*, XLI, 1933, 52 ss., che, concentrandosi piuttosto sull'oggetto della stessa, sostiene che la servitù richiedesse come già esistente una *paries eiusdem modi*, basandosi sull'illuminante Paul. 4 ep. *Alf. dig.* D. 8.2.33. Del tutto peculiare la posizione del Bonfante, che propende invece per l'inesistenza di siffatto principio, riuscendo a dimostrare come i passi in cui esso viene riscontrato generalmente dalla dottrina, presentano sempre la mancanza di almeno una delle caratteristiche fondamentali che sono state elaborate per l'istituto della *servitus* e che, quindi, la negazione della sussistenza di una nuova figura di servitù in essi potrebbe essere ricondotta ad altra motivazione: P. BONFANTE, *Corso*, III, cit., 30 ss. Il tema è stato di recente affrontato anche da S. MASUELLI, *La 'refectio' nelle servitù prediali*, Napoli, 2009, 1 ss. e R. BASILE, *'Iura praediorum' e attività di 'refectio'*, in *Index*, XXXIX, 2011, 447 ss.

Fu formulato poi il principio ‘*nemini res sua servi*’<sup>461</sup>, in base al quale il fondo non può essere servente rispetto a se stesso. Da ciò si ricava che dei due fondi, servente e dominante, non potrà essere titolare lo stesso proprietario. Tuttavia, è importante notare come questo requisito non fosse ristretto alle sole servitù ma valesse per tutti i diritti reali<sup>462</sup>. Le uniche ipotesi in cui sembrò legittimo derogare a tale principio, in virtù di un’utilità maggiore, furono il legato di servitù e l’alienazione con *deductio servitutis*, cioè la vendita simultanea di due fondi su cui il proprietario impone una servitù prima della *traditio*. In entrambi i casi, i fondi erano ancora di proprietà del *dominus*<sup>463</sup>, tuttavia si poteva ammettere la costituzione della *servitus* in vista del futuro distacco dei medesimi e dell’attribuzione a persone diverse.

Un accenno merita anche l’inalienabilità delle servitù, intesa come impossibilità di trasmettere una servitù indipendentemente dalla proprietà del fondo cui ineriva. La servitù, quindi, non poteva costituire oggetto di negozi separatamente dal fondo, di cui pertanto seguiva la sorte giuridica: qualsiasi atto riguardasse la servitù, andava ad incidere anche sulla proprietà del fondo stesso<sup>464</sup>. E, sebbene coloro che avevano un qualsiasi godimento del fondo potessero esercitare il *ius praedii*, la titolarità permaneva comunque in capo al *dominus fundi*<sup>465</sup>.

Altro carattere di cui si riscontra menzione è l’indivisibilità della servitù. Essendone impossibile l’esercizio diviso, la servitù palesemente non poteva essere costituita per frazioni: il rapporto non poteva che esistere per intero. E, specularmente, anche qualora l’uso ne fosse stato parziale, essa non si poteva estinguere. Non è, quindi, possibile obbligarsi a costituire una frazione della servitù, *quia usus eorum indivisus est*.

---

<sup>461</sup> Paul. 15 *ad Plaut.* D. 39.3.17.3: ... *quamvis servitutem ipse per fundum meum non habeam*. African. 9 *quaest.* D. 8.3.33.1: ... *nullum enim praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus contitui potest*; Ulp. 10 *ad Sab.* D. 8.4.10: ... *nemo sibi ipse servitutem debet*.

<sup>462</sup> Cfr. S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 13 ss., in cui si critica esaurientemente la genuinità di Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.2.26, frammento più importante, quando si tratta di provare l’esistenza del principio in questione.

<sup>463</sup> Pomp. 8 *ad Sab.* D. 8.4.8: *Si cum duas haberem insulas, duobus eodem momento tradidero, videndum est, an servitus alterutris imposita valeat, quia alienis quidem aedibus nec imponi nec adquiri servitus potest. sed ante traditionem peractam suis magis acquirit vel imponit is qui tradit ideoque valebit servitus*.

<sup>464</sup> Ulp. 7 *ad ed.* D. 19.2.44: *Locare servitutem nemo potest*.

<sup>465</sup> Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 145 ss, in cui si nota come le uniche figure a fare eccezione rispetto a questo principio furono quelle relative alle acque, per le quali la giurisprudenza a volte ammetteva che venisse ceduta non la titolarità del diritto, bensì l’esercizio dello stesso, entro certi limiti. È interessante notare come i passi in cui si rileva tale tendenza coinvolgano per lo più Labeone, giurista che, com’è noto, chiuse la stagione della giurisprudenza repubblicana e ne rappresentò ancora lo spirito, votato com’era allo sperimentalismo giuridico: Pomp. 23 *ad Sab.* D. 8.3.24 e Paul. 66 *ad ed.* D. 43.21.2.

Pomp. *l. sing. reg. D. 8.1.17: Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.*

Non si sarebbe potuto costituire solo una parte di una delle servitù di passaggio, poiché non era divisibile il loro esercizio. Ne conseguiva inevitabilmente la legittimazione attiva e passiva per l'intero nell'ipotesi in cui si agisse giudizialmente.

Ne derivò poi che la servitù non potesse essere costituita *per partes* sul fondo comune o a favore del fondo comune. Se infatti la servitù veniva avvertita come uno *status* del fondo servente, investendo quindi tutto il fondo, o era costituita per intero oppure non sorgeva affatto<sup>466</sup>. La costituzione poteva avvenire pertanto solo con il concorso di tutti i condomini in un unico atto di costituzione<sup>467</sup>. Qualora, inoltre, fosse costituita a carico di più fondi serventi e a favore di un solo fondo dominante, i giuristi la consideravano un'unica servitù<sup>468</sup>.

Se, invece, s'intendeva procedere alla divisione del fondo dominante, coinvolgendo sempre la servitù l'intero fondo, ciascun proprietario della parte divisa avrebbe potuto esercitarla. In maniera simmetrica, se invece si procedeva con la divisione del fondo servente, ciascuna delle due parti poi sarebbe stata assoggettata al fondo dominante.

La servitù poi non poteva essere costituita *ad tempus*, non tollerando né termine finale né condizione risolutiva, e richiedeva quindi la perpetuità, intesa come durata indefinita, che poteva essere interrotta solo da una causa giuridica di estinzione. *Mancipatio* ed *in iure cessio*, essendo *actus legitimi*, erano incompatibili con tali elementi accessori: pertanto qualora termine finale e condizione risolutiva venivano introdotti nelle relative formule essi viziavano l'intero atto, rendendolo nullo. Inseriti invece negli altri atti costitutivi, essi si davano per non apposti, come si evince dal seguente passo papiniano.<sup>469</sup>

---

<sup>466</sup> Paul. 15 *ad Plant.* D. 8.1.8.1: *Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterat.*

<sup>467</sup> Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 162.

<sup>468</sup> Ulp. D. 8.3.18: *Una est via et si per plures fundos imponatur, cum una servitus sit. denique quaeritur, an, si per unum fundum iero, per alium non per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitatem? et magis est, ut aut tota amittatur aut tota retineatur: ideoque si nullo usus sum, tota amittitur, si vel uno, tota servatur.*

<sup>469</sup> Cfr. S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 73.

Pap. 7 *quaest.* D. 8.1.4 pr.: *Servitudes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia 'quamdiu volam') constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.*

La specificazione della concessione dell'*exceptio doli* contro il titolare delle servitù che la rivendicasse dopo la scadenza del termine o l'avveramento della condizione si deve imputare, tuttavia, all'opera dei compilatori, i quali ritenevano possibile tutelare un'attività pattizia che desse origine ad una servitù *ad tempus* o *sub condicione*<sup>470</sup>.

Altra caratteristica, strettamente legata alla precedente e spesso ad essa coincidente, che possiamo ricavare dal confronto di tutte le figure di servitù è la durata: essa si concreta nell'attitudine a soddisfare un bisogno continuativo, non transitorio del fondo dominante.

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.3.3.2: *Eodem libro ait vicino, cuius lapidicinae fundo tuo immineant, posse te cedere ius ei esse terram rudus saxa iacere posita habere, et ut in tuum lapides provolvantur ibique positi habeantur indeque exportentur.*

Ulpiano riporta il pensiero di Nerazio, il quale ammetteva la costituzione di una servitù a favore del fondo vicino, su cui si trovavano delle cave di pietra, a scaricare sul proprio terra di scavo, detriti e macerie, nonché di farvi rotolare le pietre che derivino appunto dal fondo superiore, di lasciarvele e di portarle via successivamente<sup>471</sup>.

Da questo frammento appare chiaro che un singolo atto di esercizio del diritto non potesse costituire oggetto di una *servitus*, ma era necessaria una ripetizione continua o una situazione duratura nel tempo per poter costituire un simile *ius in re aliena*. Nondimeno, pare evidente che la fattispecie descritta si concreti anche in un'utilità evidente per il

---

<sup>470</sup> Cfr. G. LONGO, *Corso di diritto romano*, I, *I diritti reali*, Padova, 1962, 285.

<sup>471</sup> Come nota G. NEGRI, *Diritto minerario*, Milano, 1985, 123 s., tale servitù risponde ad esigenze tecniche, che possono rinvenirsi anche in Vitr. 2.7.30, che il medesimo autore cita nella traduzione di Q. VIVIANI, *L'architettura di Vitruvio*, II, Udine, 1830, 38: «Dovendosi fare una fabbrica si scavino due anni prima quei sassi, non d'inverno, ma d'estate, e si lascino giacere all'aperto. Quelli poi, che in quei due anni saranno stati offesi dall'intemperie, si gettino dentro le fondamenta, gli altri non viziati, stante la bontà della loro natura, dureranno posti in fabbrica sopra terra: né solamente ciò dovrà osservarsi nelle opere di pietre quadrate, ma ben anche in quelle opere di cemento».

fondo dominante, che in tal modo poteva essere oggetto di un pieno e proficuo sfruttamento al fine di produrre il materiale minerario<sup>472</sup>.

Si ricava poi *a contrario* il carattere della vicinanza dei fondi<sup>473</sup>, essendo inconcepibile la servitù tra fondi lontani, poiché la distanza tra i fondi verrebbe ad indebolire la stessa inerenza, rendendo più probabile la configurazione del diritto in termini di *servitus personarum*, piuttosto che di *servitus praediorum*. Non risulta un criterio fisso e certo per stabilire quando la vicinanza dei fondi sia sufficiente. È più probabile che, semplicemente, essa venisse valutata sulla base della possibilità dell'esercizio del *ius praedi*.

Paul. 13 resp. D. 33.1.12: *Gaius Seius praedia diversis pagis Maeviae et Seiae legavit et ita cavuit: Praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundaie annua librarum singula milia: quaero, an id legatum defuncta legataria extinctum sit. Paulus respondit servitutem iure constitutam non videri neque in personam neque in rem: sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri.*

In tale frammento ci viene riportato il caso di Gaio Seio, che lascia in legato a Mevia e a Seia dei fondi disposti in diversi villaggi, prevedendo che i fondi Potiniani prestassero annualmente ai fondi Lutatiani un determinato ammontare di fogli di giunco e di salice, per tutta la durata della vita della legataria. Secondo il parere di Paolo, tuttavia, questa disposizione non poteva considerarsi traslativa di una servitù - né personale, né reale - in ragione della sua durata vitalizia e del carattere annuale della prestazione. Il giurista, quindi, fornisce traccia del suo percorso argomentativo, seppur in maniera concisa.

Nondimeno, pare rilevante nell'analisi della fonte considerata la posizione nella frase del complemento di stato in luogo '*diversis pagis*', che lascia supporre che per Paolo avesse

---

<sup>472</sup> Contro il carattere 'industriale' di tale servitù si esprime, G. NEGRI, *Diritto minerario*, cit., 124.

<sup>473</sup> Sul tale carattere si legga S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 29 ss. La vicinanza quale requisito essenziale si ricava, oltre che dal frammento seguente, anche da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.2.1: *Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: servitutem enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi.* Secondo tale frammento la servitù può essere rivendicata solamente dal proprietario del fondo vicino, cui spetta la medesima.

un certo rilievo, al fine di escludere la sussistenza di un *ius praedii*, che i fondi in questione si trovassero in villaggi diversi<sup>474</sup>.

Il carattere della vicinanza deve essere tenuto distinto dalla contiguità tra fondi, requisito necessario solo per particolari ipotesi che non potevano costituirsi diversamente in ragione del contenuto stesso dello *ius praedii*, come ad esempio la *servitus oneris ferendi* o la *tigni immittendi*. Altrimenti, non era richiesto che i due fondi fossero tra loro confinanti: così, a titolo paradigmatico, la servitù di passaggio si ritenne validamente costituita anche quando fosse necessario attraversare una via pubblica, per poi esercitarla sul fondo del vicino<sup>475</sup>.

È più verosimile, tuttavia, che questo criterio non fosse giudicato autonomo, ma strettamente collegato al requisito dell'*utilitas*, di cui si parlerà nel prossimo paragrafo, essendo in sostanza uno dei parametri più immediati per verificare che la servitù risulti realmente utile al fondo<sup>476</sup>. Nondimeno, pare evidente che la teorizzazione di tutti questi principi e di numerosi caratteri propri dei *iura praediorum* derivassero da una concezione degli stessi già radicalmente mutata nel pensiero dei *prudentes*: non esistevano più tanti singoli tipi, la cui disciplina doveva essere considerata ed elaborata indipendentemente dagli altri, ma si era dapprima delineato un gruppo di figure prediali<sup>477</sup>, che aveva portato poi all'emersione di una categoria coerente, in grado di fornire una regolamentazione unitaria in merito ai caratteri fondamentali della *servitus*. «I *veteres* vengono realizzando questo complesso processo di unificazione dei vari tipi di *iura praediorum* sulla base di una chiara rappresentazione della *servitus* come assoggettamento di un fondo, attraverso un *non facere* o un *pati* del di lui proprietario, a un dato comportamento del titolare di un fondo vicino»<sup>478</sup>.

---

<sup>474</sup> Sebbene, si possa ragionevolmente ricondurre il parere negativo su tale caso anche all'impossibilità di configurare a carico del titolare del fondo dominante un obbligo di *facere*.

<sup>475</sup> In tal senso si legga Paul. 21 *ad. ed. D.* 8.2.1 pr.: *Si intercedat solum publicum vel via publica, neque itineris actusve neque alius tollendi servitutes impedit: sed immittendi protegendi prohibendi, item fluminum et stillicidiorum servitutum impedit, quia caelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.*

<sup>476</sup> Cfr. S. SOLAZZI, *Ricerche*, cit., 30 ss.

<sup>477</sup> Tale prospettiva nei frammenti è spesso tradita dal modo di esprimersi dei giuristi, come si appalesa in Ulp. 17 *ad. ed. D.* 8.5.6.2: *et Gallus putat non posse ita servitutum imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus reffectio ad eum pertinet, qui sibi servitutum adserit, non ad eum, cuius res servit.* La giustificazione che Gallo pone alla base della sua riflessione sull'onere di *reffectio* gravante sul titolare del fondo servente, infatti, richiama un criterio valevole per tutte le servitù, la cui disciplina è quindi accomunata da requisiti essenziali, ritenuti applicabili alla generalità delle figure prediali.

<sup>478</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 493 s.

### 7. Il requisito dell'*utilitas*' e le servitù innominate.

Conviene, dunque, soffermarsi in particolare sul requisito dell'*utilitas fundi*, appena menzionato. Era imperativo che la servitù procurasse una qualche utilità al titolare del fondo dominante, o per meglio dire al fondo stesso<sup>479</sup>, di cui migliorava l'efficienza o la produttività. Come si ricava dal seguente passo, fintanto che perdurasse una concreta *utilitas*, era ammissibile la costituzione della servitù.

Paul. 21 *ad ed. D. 8.5.5: Et ideo si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis*<sup>480</sup>.

Se tra due edifici ne esisteva un altro, si poteva imporre una servitù di non sopraelevare a quello tra i due più lontano, sebbene la stessa non venisse costituita a carico del fondo intermedio: permaneva, infatti, l'utilità di tale *ius praedii*, finché l'edificio di quest'ultimo non fosse stato innalzato.

Tale carattere ovviamente doveva essere inderogabilmente diretto a favore del fondo. Se il vantaggio fosse stato arrecato direttamente alla persona, evidentemente si discuterebbe di usufrutto o di uso e non di servitù. L'utilità quindi rappresentava, più che un requisito, il contenuto essenziale della servitù e doveva necessariamente essere riferita al fondo<sup>481</sup>. Nondimeno, risulta come vi fosse nella prassi una tendenza a dilatarla, fino quasi a rischiare d'invadere l'ambito applicativo di altri diritti reali, ragion per cui i giuristi erano sempre attenti a specificare con precisione i contenuti e i limiti delle servitù.

Il carattere considerato rileva particolarmente per l'analisi che si sta conducendo, poiché più dei precedenti sembra fondamentale come limite negativo di una categoria,

---

<sup>479</sup> Ulp. 2 *inst. D. 8.4.1.1: Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem acquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium 'nec quisquam debere, nisi qui habet praedium'*.

<sup>480</sup> Questo frammento riveste una certa importanza anche rispetto al requisito della vicinanza, già trattato: come si può notare, si dice possibile costituire una *servitus ne altius tollendi* anche in ipotesi di edifici che siano separati da un altro fondo, finché il proprietario intermedio non fabbrichi. Qualora quest'eventualità si verificasse, il diritto tuttavia non si estinguerebbe, ma rimarrebbe quiescente. Se si avesse, quindi, una successiva demolizione, la servitù tornerebbe ad esplicare i suoi effetti, in base a quanto si legge in Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.6 pr.*

<sup>481</sup> Anche in questo frammento si può notare la limitazione funzionale che verrà riscontrata nei passi che seguono. *Si praedii fructus maxime in pecore consistat*: il termine *fructus* pare utilizzato in senso atecnico e dovrebbe tradursi con 'guadagno'. Una simile specificazione pare tanto più preziosa, in quanto appalesa come per i giuristi classici fosse fondamentale la sussistenza di un'utilità diretta al fondo, per potersi ammettere una nuova servitù.



essendo strettamente correlato all'opportunità di introdurre una nuova servitù. L'unica vera condizione per la libera determinazione delle parti dovette essere un bisogno socialmente ed economicamente giustificato dei fondi. Tuttavia, esso viene di tanto in tanto messo in dubbio dalla dottrina nella sua categoricità, sussistendo un noto passo, che esplicitamente lo nega<sup>482</sup>.

Lab. 4 *ex post. a Iav. ep.* D. 8.1.19: *Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui dedere ducere non expediret, nibilo minus constitui ea servitus possit: quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.*

Il senso del passo si presenta profondamente difforme rispetto alle testimonianze succitate: secondo l'opinione di Labeone, infatti, si sarebbe potuto imporre una servitù a carico del fondo che si era in procinto di vendere, sebbene ciò non risultasse di alcuna utilità. Il giurista chiarirebbe, inoltre, tale sua tesi, sostenendo che anche una servitù di *aquae ductus* potrebbe costituirsi anche qualora non giovi a nessuno, poiché possiamo avere anche le cose che non ci sono utili.

Si ritiene al riguardo che la particolare ipotesi che viene esaminata, cioè quella di alienazione con *deductio servitutis*, abbia influenzato la prospettiva del giurista, che potrebbe riferirsi quindi alla sola mancanza di un'utilità nel momento della costituzione della servitù appena antecedente alla vendita. A ciò si aggiunga che la regola di portata generale, che chiude il frammento, sembra poco caratteristica del linguaggio della giurisprudenza tardo-repubblicana, di cui Labeone è l'ultimo rappresentante. Si può ipotizzare pertanto che il suo pensiero fosse formulato in un più ampio ed articolato discorso, sommariamente sintetizzato dai compilatori, che così, decontestualizzandolo, l'avrebbero privato del suo senso originario.

Il rilievo del carattere dell'utilità viene testimoniato d'altronde anche da un altro famoso passo riferito alle servitù *calcis coquendae* e *cretae eximendae*, il cui contenuto viene esplicitamente limitato al bisogno del fondo dominante<sup>483</sup>.

---

<sup>482</sup> È arduo trovare un'adeguata giustificazione alla negazione di Labeone del requisito dell'utilità e d'altronde non si riesce nemmeno a ricostruire in maniera soddisfacente il passo, che appare visibilmente compromesso.

<sup>483</sup> Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.3.5.1: ... *quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.* E Paul. 15 *ad Plaut.* D. 8.3.6 pr.

Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.3.5.1: *Neratius libris ex Plautio ait nec haustum nec appulsum pecoris nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat: et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit:*

Nerazio, quindi, nell'opera *ex Plautio*, esclude che possano esercitarsi le facoltà di *haustus*, *pecoris appulsum*, *cretae eximendae* e *calcis coquendae* sul fondo altrui, se non si è titolari anche del fondo vicino. Tale opinione era stata sostenuta anche da Proculo e Atilicino. Al contempo però, rileva Ulpiano, lo stesso Nerazio affermava che soprattutto le servitù di cuocere la calce e di estrarre la creta non si potevano costituire per quantità superiori a quelle strettamente necessarie al fondo dominante<sup>484</sup>.

Il Giuffrè<sup>485</sup> riguardo questo frammento s'interrogò su quale dovesse essere l'opera che si voleva portare a termine per giustificare un'esigenza continua e durevole di acquisire materiali dal fondo del vicino. Com'è già stato evidenziato, la perpetuità era pur sempre una caratteristica essenziale della servitù. Se, infatti, si fosse voluto semplicemente erigere una stalla o altra costruzione, sarebbe stato molto più agevole ricorrere ad un accordo ad effetti obbligatori piuttosto che ad un'*in iure cessio*. Qualora invece si volesse giustificare la precisazione finale *quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit*, individuando la perpetuità nella destinazione alla vendita dei mattoni prodotti, si verrebbe contraddetti da Paul. 15 *ad Plant.* D. 8.5.6 pr., in cui tale ipotesi viene classificata come usufrutto, venendosi così a creare una contraddizione insoluta tra i due passi<sup>486</sup>. Tuttavia, non si può concordare con l'autore quando afferma che l'ultima parte del frammento appena esaminato sia da imputare ai compilatori. Come si è appena visto infatti, i giuristi trattando di simili servitù fanno costantemente ricorso a limitazioni di ordine funzionale, che permettono di ancorare l'utilità prodotta dalla *servitus* al fondo stesso, come emerge anche dal passo seguente.

---

<sup>484</sup> Cfr. G. NEGRI, *Diritto minerario*, Milano, 1985, 122 s.

<sup>485</sup> Cfr. V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 191 ss.

<sup>486</sup> Il Giuffrè, per vero, propone di vedere una specificazione giustiniana aggiunta al testo paolino, quando si tratta l'ipotesi di vendita dei vasi, per limitare la validità di questa servitù di cui non si apprezzava più a pieno l'utilità: V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 192. Per vero non pare riconducibile ai compilatori una simile limitazione.

Paul. 15 ad Plaut. D. 8.3.6 pr.: *veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur (sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evebatur aut ut dolina fiant), vel tegulae vel ad villam aedificandam. sed si, ut vasa venirent, figlinae excercerentur, usus fructus erit.*

Il passo si concentra su fattispecie che si pongono al limite applicativo esistente tra lo *ius praedii* e l'*ususfructus*. Se, dunque, uno aveva delle botteghe da ceramista, in cui si producevano i vasi impiegati per esportare i prodotti del fondo, come ad esempio le anfore per il vino o le giare, oppure le tegole ed i materiali per l'edificazione della *villa*, si poteva qualificare il rapporto quale *servitus*. Qualora, invece, nella bottega la lavorazione della ceramica fosse stata esercitata a scopo imprenditoriale, si sarebbe avuto un usufrutto.

Era quindi ammessa, secondo Paolo, la servitù di estrazione e di cottura di calce, ma solo a favore di una fabbrica di terrecotte, che confezionasse vasi destinati al solo scopo di conservare ed esportare i prodotti del fondo, oppure a favore di una fabbrica di tegole, che fossero esclusivamente confezionate per la riparazione del tetto della casa. L'utilità delle servitù al fondo sarebbe venuta meno nel momento in cui i prodotti della fabbrica fossero stati negoziati, così viene insegnato da Paolo, che intendeva in tal modo ancorare saldamente la produzione di queste strutture artigianali alle esigenze del fondo, affinché non si sconfinasse in altro diritto reale.

Il requisito dell'utilità, quindi, da limite negativo si trasformò in un potente e flessibile strumento per il riconoscimento di nuove servitù atipiche. E questo sarebbe indicato anche dal passo immediatamente seguente, in cui Paolo esamina anzitutto delle servitù atipiche, specificamente quella di cuocere calce, di rimuovere i sassi dalla terra e di estrarre sabbia. Tutte paiono limitate allo scopo di costruire un manufatto nel fondo dominante: *aedificandi eius gratia quod in fundo est*. Ad esse si aggiunge un'altra figura, già nominata in altro passo<sup>487</sup>, la servitù di tagliare gli arbusti del bosco, a cui parimenti viene posta una limitazione teleologica: perché non vengano mai meno i sostegni alle vigne. È palese, quindi, per il giurista la finalità di queste servitù, cioè quella di migliorare la condizione dei fondi. Ne deriva un'evidente utilità per gli stessi. Prosegue poi il

---

<sup>487</sup> Ulp. 17 ad ed. D. 8.3.3.1: *Idem Neratius etiam ut fructus in vicini villa cogantur coactique habeantur et pedamenta ad vineam ex vicini praedio sumantur, constitui posse scribit*. Tale frammento sembra, quindi, confermare l'esistenza della servitù di procurarsi dal fondo vicino i sostegni per le vigne, nonché riconoscere l'esistenza del diritto servile a tenere i frutti raccolti nella fattoria del vicino. Cfr. S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 53.

ragionamento considerando un'altra servitù, ammessa da Meciano, cioè quella di costruire una capanna, in cui il proprietario del fondo dominante potesse rifugiarsi dal freddo, mentre sorvegliava il bestiame al pascolo o che si abbeverava nel fondo servente. È evidente che in una simile ipotesi l'utilità viene resa maggiormente alla persona e non al fondo, ma probabilmente si vuole ammettere tale servitù sulla base del fatto che il proprietario non si troverebbe in quel fondo, se non stesse esercitando la servitù di pascolo.

Paul. 15 *ad Plaut.* D. 8.3.6.1: *Item longe recedit ab usu fructu ius calcis coquendae et lapidis eximendi et harenae fodiendae aedificandi eius gratia quod in fundo est, item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant? non est dubitandum, quin servitutis sit: et hoc et Maecianus probat in tantum, ut et talem servitutem constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet si habeam pascui servitutem aut pecoris appellendi, ut si hiemps ingruerit, habeam quo me recipiam.*

Si deve ritenere pertanto che tutti questi limiti negativi, riscontrabili in Paolo come in Ulpiano, non siano imputabili ai compilatori, bensì siano parte integrante del ragionamento dei giuristi stessi: se, infatti, non fossero state poste simili restrizioni di ordine funzionale, la *servitus* si sarebbe potuta confondere con altri *iura in re aliena*, quali uso ed usufrutto per esempio, che sono invece volti a procurare un vantaggio alla persona a favore della quale sono stati costituiti e non al fondo. Pertanto, si deve ragionevolmente negare l'esistenza delle servitù industriali. Volendo anche tralasciare la denominazione, che pare peraltro esagerata, considerando la condizione economica della Roma imperiale, e che molto più realisticamente potrebbe essere sostituita da quella di 'servitù artigianali', non si può sostenere che esse fossero destinate a produrre un'utilità all'attività produttiva svolta nel fondo dominante. E anche se si riuscisse a dimostrare che nei fatti questo era l'obiettivo per cui venivano costituite, non si può ignorare la rappresentazione che gli stessi giuristi romani ne facevano: le consideravano, infatti, finalizzate al giovamento del fondo dominante, affinché allo stesso fosse meno gravosa l'attività che su di esso doveva essere svolta. Non risulta più necessario perciò screditare quei passi in cui simili servitù

vengono qualificate come rustiche<sup>488</sup>: non erano dirette a favorire occupazioni agricole, ma erano pur sempre rivolte a vantaggio del fondo rustico.

Similmente, in alcune ipotesi, il carattere prediale dell'*utilitas* non era così netto e rigido come dovette essere avvertito in un primo momento: la *servitus pecoris ad aquam adpellendi*, ad esempio, non fu mai oggetto di dubbio quanto alla sua qualifica quale *ius praedii*, nondimeno risulta evidente come il vantaggio concreto che essa procurava non attenga direttamente al fondo dominante in quanto tale, quanto piuttosto quale luogo di pascolo del bestiame. Emerge, perciò, con il trascorrere del tempo, una tendenza ad ampliare il requisito dell'*utilitas*, che presenta confini sempre più sfumati. In riferimento alla simile ipotesi di servitù di pascolo è stato, comunque, osservato dalla dottrina che i buoi risultano necessari per il traino dell'aratro e quindi per la coltivazione del fondo<sup>489</sup>: tale correttivo riporterebbe l'*utilitas* nel segno di quanto tramandatoci dai giuristi, se non fosse che il passo seguente pare deporre in senso contrario.

Pap. 2 resp. D. 8.3.4: *Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur: si tamen testator personam demonstravit, cui servitutum praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus.*

Secondo la visione di Papianiano, le servitù di pascolo e quella di abbeverare il bestiame, se lo stesso costituiva il principale guadagno del fondo, sono riferibili più a quest'ultimo che alla persona.

Il frammento citato è stato sospettato di un intervento compilatorio almeno nella parte centrale *praedii – videtur*, che invero riporta una classificazione propria dell'epoca giustiniana e che doveva essere estranea ai giuristi classici<sup>490</sup>. Nondimeno, riveste un certo interesse, in quanto la necessità che il bestiame venga considerato la principale fonte di reddito del fondo pone l'attenzione su due rilevanti aspetti. Primariamente, pare che in tal modo ci si possa riferire unicamente a quel tipo di animali che non servissero per la coltivazione del fondo medesimo<sup>491</sup>: la specificazione, infatti, non si sarebbe resa

---

<sup>488</sup> Ulp. 2 inst. D. 8.3.1.1: *In rusticis computanda sunt aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae.*

<sup>489</sup> S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 23.

<sup>490</sup> S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 51.

<sup>491</sup> Cfr. S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 51.

necessaria se si fosse trattato di buoi destinati al lavoro nei campi. In secondo luogo, al contrario di quanto pare tramandarci il passo, se *fructus* si traduce appunto quale ‘reddito’, ‘guadagno’, sarà inevitabile riconoscere come il vantaggio procurato dalla *servitus* in realtà andasse a beneficiare direttamente il proprietario del fondo dominante. Nondimeno, come già evidenziato, questa circostanza non pare avvertita dai *prudentes*.

Una certa disinvoltura nel modellare il contenuto dei diritti servili si può riscontrare anche in un altro frammento<sup>492</sup>, in cui Labeone nega la possibilità di costituire una servitù di acquedotto o quella di *iter ad aquam*, nell’ipotesi in cui la stessa manchi nel fondo servente.

Lab. 1 *pihb. a Paulo epit.* D. 8.5.21: *Si qua aqua nondum apparet, eius iter ductus constitui non potest. Paulus: immo puto idcirco id falsum esse, quia cedi potest, ut aquam quaereres et inventam ducere liceret.*

Paolo, nondimeno, argomentava in senso contrario, constatando come fosse possibile cedere il diritto di cercare l’acqua e, una volta trovata, condurla al proprio fondo. Quest’ultima riflessione, che invero si rinviene anche in Paul. 49 *ad ed.* D. 8.3.10<sup>493</sup>, dove viene attribuita proprio a Labeone, assume un particolare rilievo ai fini della presente ricerca, poiché testimonia la possibilità, riconosciuta anche da giuristi di epoca imperiale, di plasmare il *ius praedii* adattandolo quanto più possibile alle esigenze dei privati: non

---

<sup>492</sup> Per una dettagliata disamina del passo si legga G. GROSSO, *Costituzione di servitù a favore o a carico di fondo futuro*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1934, 39-54, ora in *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001, 43 ss., in cui il giurista lo pone a confronto con altro notissimo frammento, Paul. 49 *ad ed.* D. 8.3.10, in cui pare che Labeone si esprime in senso diametralmente opposto. Il Grosso, analizzando Lab. 1 *pihb. a Paulo epit.* D. 8.5.21, esclude che il giurista abbia potuto cambiare idea e, parimenti, ritiene altamente improbabile che lo stesso non avesse nemmeno considerato l’argomentazione poi esplicita da Paolo. Si può forse avanzare l’ipotesi che Labeone intendesse riferirsi al caso in cui l’acqua ancora non affiorasse, sebbene fosse stata cercata dal titolare del fondo dominante, ma che al contempo si fosse espresso in maniera particolarmente laconica (*Si qua aqua nondum apparet*), tanto da essere frainteso da Paolo. L’impiego del pronome relativo in funzione dimostrativa, infatti, lascia intendere che il frammento era preceduto da una più ampia riflessione sull’*aqua* e allo stesso tempo l’avverbio *nondum* può suggerire che l’acqua non sgorgi ancora, nonostante l’attività volta al suo reperimento. Non si spiegherebbe, tuttavia, il diverso senso attribuito alla simile espressione impiegata in Paul. 49 *ad ed.* D. 8.3.10, a meno che non si ipotizzi che *Si qua aqua nondum apparet* sia il frutto di una semplificazione paolina, e che Paolo, avendo mal interpretato il pensiero di Labeone, l’abbia riscritto impiegando le sue stesse parole.

<sup>493</sup> Paul. 49 *ad ed.* D. 8.3.10: *Labeo ait talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat: nam si liceat nondum aedificato aedificio servitutem constituere, quare non aequae liceat nondum inventa aqua eandem constituere servitutem? Et si, ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest.* Anche in questo frammento, pertanto, si ammette la possibilità di costituire una servitù di ricerca e conduzione dell’acqua *inventum* o addirittura, come emergerebbe dall’ultima frase, che tuttavia è sospettata di interpolazione da G. GROSSO, *Costituzione*, cit., 44 s., un diritto prediale che consenta anche solamente la ricerca dell’acqua medesima.

solo si poteva costituire il diritto di cercare l'acqua nel fondo altrui - e lo stesso si deve presumere avesse configurazione servile, posto che non viene specificato altrimenti dai *prudentes* – ma anche sottoporre il diritto di acquedotto ad una sorta di condizione che ne subordinasse l'esercizio al reperimento dell'acqua nel fondo servente.

I frammenti sinora esaminati, tuttavia, appartengono a giuristi dell'epoca severiana, essendo stati questi i più inclini ad una specificazione del requisito dell'*utilitas*, così come gli altri già considerati. La loro tendenza all'enucleazione dei caratteri della *servitus* e alla sistemazione concettuale si basò comunque sull'elaborazione della categoria da parte dei giuristi anteriori, che fu raggiunta attraverso un'indagine induttiva e casistica sull'utilizzo che dell'istituto era stato fatto nella prassi.

Il primo e più importante fra questi ultimi fu, come più volte ribadito, Alfeno Varo: florido innovatore, egli analizzò diverse servitù che fino ad allora erano conosciute solo nella prassi ed erano rimaste ignote alla letteratura giurisprudenziale. Ci si riferisce in particolare a quelle, già contemplate, citate in Alf. 2 *dig.* D. 8.5.17.1-2, cioè alla servitù di deposito e a quella di tenere uno *sterculinum* addossato alla parete del vicino. E ancora, tra le tante figure innovative descritte dalle fonti esaminate nel presente paragrafo, l'ingegno del giurista si può apprezzare in Paul. 2 *ep.* Alf. *dig.* D. 8.3.29, in cui viene descritta una servitù *aquae educendae siccandi causa*, che permetterebbe al titolare del fondo dominante di scolare l'acqua stagnante nel fondo servente, attraverso un solco appositamente scavato nel terreno.

Segue il passo forse più importante per la presente ricerca, in cui vengono descritte due servitù mai riconosciute prima<sup>494</sup>, che potrebbe testimoniare come l'opera di Alfeno avesse avuto un qualche seguito e stimolato la riflessione dei giuristi di poco successivi, nonché costituisce un chiaro esempio di *ius controversum* e di come si articolasse il metodo scientifico del diritto romano<sup>495</sup>.

Aristone viene interrogato da un certo Cerellio Vitale circa la facoltà di immettere fumo nelle proprietà altrui. Cerellio, infatti, è il titolare di un caseificio ed ha preso in locazione dai *municipes* di Minturno l'edificio in cui svolge la sua attività artigianale. Nel preparare i suoi prodotti dalla sua *taberna* fuoriescono vapori maleodoranti e gli inquilini

---

<sup>494</sup> La genuinità del frammento viene ampiamente esaminata ed esaurientemente dimostrata da A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, 71 ss.

<sup>495</sup> Come evidenziato anche da A. PALMA, *Iura vicinitatis*, Torino, 1988, 186.

dei piani superiori se ne lamentano, negando che egli fosse legittimato ad una tale attività. Da questa fattispecie prende le mosse il parere reso da Aristone.

Ulp. 17 *ad ed. D. 8.5.8.5-7: Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenus denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.*  
6. *Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare.* 7. *Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.*

Aristone, appunto, viene interrogato da un tal Cerellio Vitale, gestore di una *taberna casiaria*, bisognoso di chiarimenti riguardo alla possibilità di immettere fumi nella proprietà del vicino, nell'esercizio della sua attività commerciale<sup>496</sup>. La situazione prospettata è, quindi, quella di una bottega per la produzione casearia appunto, che è stata data in locazione con tale destinazione, e che immette nelle abitazioni superiori fumi eccedenti quelli propri di un normale uso dell'edificio ed esorbitanti la comune tollerabilità dei vicini. La proprietà di questi è situata in posizione più elevata, tale da subire tutte le esalazioni. Il giurista negò l'esistenza di una simile facoltà in base alla

---

<sup>496</sup> È rilevante che la *taberna*, pur essendo stata locata, fosse stabilmente destinata, anche prima della locazione, alla produzione casearia. Questa forse è l'ipotesi che più si presta ad essere configurata in termini di servitù artigianale: trattandosi infatti di una destinazione artificiale del fondo, ne risulta ostacolata la collocazione nel novero dei *iura praediorum urbanorum*. Tuttavia, si ha un'assegnazione duratura e stabile, che collega strettamente la sorte del fondo all'attività commerciale e questo suggerisce che la stretta correlazione spingesse i giuristi a considerare anche quella in ipotesi una servitù volta a procurare un vantaggio al fondo genericamente inteso, integrato quindi dall'edificio che su di esso sorgeva.



regolamentazione dei rapporti di vicinato, ritenendo quindi sussistente un diritto di *prohibitio* da parte degli edifici superiori e una conseguente *actio negatoria*. Volendo riservarsi una simile facoltà pertanto, al locatario della *taberna* non restava che costituire un'apposita servitù<sup>497</sup>, così come sarebbe avvenuto anche se si fosse preteso di immettere altro fumo o acqua.

L'insigne giurista, al fine di rendere un parere quanto mai completo, citò un caso esaminato da Alfeno Varo, il quale aveva prospettato l'esperimento dell'*actio negatoria* allo scopo di impedire al vicino di far legittimamente cadere sul proprio fondo schegge e altro materiale derivante dall'attività estrattiva o di lavorazione mineraria: Alfeno, pertanto, riteneva che in questa ipotesi si potesse costituire un'apposita servitù per esercitare tale facoltà. È d'uopo rilevare come al tempo di Aristone, rispetto al secolo anteriore, la tendenza ad estendere l'ambito applicativo dell'*actio negatoria* si fosse arrestata e che l'azione fosse applicata unicamente a quelle immissioni che avrebbero potuto costituire oggetto di un *ius praedii*<sup>498</sup>.

Pomponio, che sembra aver conosciuto il celebre caso, fece tesoro di questo insegnamento e lo ripropose in un suo *responsum*, riguardante la necessità di immettere nel fondo altrui, attraverso un condotto, i vapori di un impianto balneare aperto al pubblico, configurando quindi la possibilità di costituire una servitù.

Un primo elemento che si impone all'attenzione è l'originalità del contenuto prediale riversato nella servitù di cui si tratta che sarebbe, quindi, una *servitus fumi immittendi* di carattere urbano. Non è, invero, un caso isolato, poiché dal Digesto, come abbiamo ampiamente esposto, ci giunge testimonianza di altri *iura praediorum* dal carattere insolito e quanto mai specifico. Tali fattispecie, quindi, escono dai summenzionati elenchi che generalmente vengono proposti dai *prudentes*, quali Gai 7 *ad. ed. prov.* D. 8.2.2<sup>499</sup> e I. 2.3.1.

---

<sup>497</sup> L. SOLIDORO, *Immissioni e conflitti di vicinato: il caso della 'taberna casiaria'*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Sconamiglio e P. Pasquino, Torino, 2018, 43, osserva come il regime dei rapporti di vicinato, da quanto risulta dalle fonti, in particolare Dion. Hal. 2.74.3 e Paul-Fest. s.v. *Termino* (Lindsay, 505), è ricollegabile più che ad un'esigenza di temperamento di interessi contrastanti, alla «realizzazione della massima indipendenza dei *domini*», al fine di garantire l'invulnerabilità dei confini della proprietà privata.

<sup>498</sup> Cfr. A. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 21. A testimonianza di ciò, lo stesso autore a p. 27 sottolinea come successivamente venisse utilizzata un'*actio in factum* per le immissioni che non potevano essere oggetto di una *confessoria*, essendo cessato l'uso improprio della *negatoria*: Pomp. 10 *ad Sab.* D. 8.2.18 confrontato con Proc. 5 *ep.* D. 8.5.13.

<sup>499</sup> Gai 7 *ad. ed. prov.* D. 8.2.2: *Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi ed officendi luminibus vicini aut non extollendi; item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi; item immittendi tigna in parietem vicini et denique proiciendi protegredive ceteraque istis similia.*

Fin da subito pare il caso di notare che alcune parti del testo sono state sospettate dalla dottrina del primo Novecento e qualche altra voce più recente quali oggetto di interpolazione additiva. Dall'*Index Interpolationum* risulta, infatti, quanto segue: *nisi – admittit*, da più parti<sup>500</sup>; *posse – admittit; et ex – ita facere; agique – fin*.

È, tuttavia, da evidenziare che attualmente la dottrina si orienta per la genuinità dell'intero frammento, quantomeno dal punto di vista sostanziale, stante l'evidente rimaneggiamento stilistico<sup>501</sup>. Nell'opinione di chi scrive, è estremamente probabile un intervento da parte dei compilatori ma non in senso additivo, quanto piuttosto tramite interpolazioni omissive, per tagliare, come di consueto, una parte di *ius controversum* che poteva forse appesantire troppo la disposizione avente portata normativa, poiché riversata nel *Corpus Iuris Civilis*. Ciò parrebbe testimoniato da diverse evidenze testuali: primariamente, in alcuni punti manca una perfetta concordanza tra i verbi, poiché il frammento inizia con il perfetto *respondit*, per poi passare al presente, che forse si potrebbe qualificare come presente storico, ed infine giungere persino al futuro semplice *poterit*. L'espressione *locum habere* non pare abbia riscontri nel lessico tardo repubblicano o proto-imperiale che dovrebbe appartenere ad Aristone. Inoltre, la proposizione reggente non è sempre esplicitata, forse perché tagliata nel riordinare e sintetizzare un discorso argomentativo più ampio. Infine, si noti il passaggio da una costruzione impersonale, attuata tramite la terza persona della diatesi passiva del verbo, a quella realizzata tramite il pronome indefinito *quis*.

Se quindi, almeno formalmente, si deve riconoscere un intervento dei compilatori, non pare altrettanto certo che lo stesso abbia stravolto anche il senso della riflessione

---

<sup>500</sup> Tale frase è ritenuta insitica anche da V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 420; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 631, nt. 5, 728, nt. 2, il quale addirittura ritiene che i giuristi menzionati nel frammento negassero l'esistenza delle servitù citate e che fossero stati i compilatori a stravolgere il senso delle relative frasi al fine di farne risultare il riconoscimento; G. GROSSO, *L'evoluzione*, cit., 286, nondimeno lo stesso affermava: «Io ritengo che il passo riferisse diverse opinioni dei giureconsulti, le quali sono state ritagliate dai giustinianeî, lasciando qua e là traccia di sé, come nella frase *nisi ei rei servitatem talem admittit*, che non mi pare possa essere stata integralmente introdotta dai compilatori». Sui possibili interventi di rielaborazione postclassica o giustiniana si veda anche F. DE MARTINO, *D. 8.5.8.5*, cit., 137 ss.

<sup>501</sup> Cfr. M. BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle 'actiones negativae'*, in *BIDR*, XVIII, 1939, 169: «La scorrettezza formale non è una prova necessaria contro l'origine classica del suo contenuto. Similmente, anche implicitamente, A. WATSON, *The Law of Property in the Roman Republic*, Oxford, 1968, 177 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 511 ss.; A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., 185 ss.; A. MANTELLO, *I dubbi*, cit., 73 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 185; J.M. RAINER, *Die immisionen: Zur Entstehungsgeschichte des § 906 BGB*, in *Vestigia iuris romani. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, Graz, 1992, 358 ss.; A. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 11; M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 302, P. STARACE, *Aristone e i fumi della 'taberna casiarum'*, in *Studi in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli, 2007, 5404 ss., L. SOLIDORO, *Immissioni*, cit., 46 ss.

scientific<sup>502</sup>. La *communis opinio* attualmente, come detto, si attesta sulla genuinità contenutistica del passo esaminato, in ogni sua parte.

Detto ciò, pare opportuno inserirlo nel suo contesto originario: il frammento proviene dal libro XVII del commento all'editto di Ulpiano ed è stato ricollocato nel libro ottavo del Digesto, che com'è noto è dedicato alle servitù, al Titolo V '*si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*', modellato con buona probabilità su analoga rubrica editale ed attinente ai rimedi volti all'accertamento positivo o negativo dei *iura praediorum*<sup>503</sup>; anche nella ricostruzione leneliana, lo stesso viene posto nella trattazione relativa alle azioni a difesa della servitù<sup>504</sup>. La sua sistemazione ci suggerisce quale fosse il principale tema esaminato, cioè l'individuazione delle tutele e dei rimedi esperibili in ipotesi di immissioni su fondo altrui, con particolare riferimento all'*actio negativa*<sup>505</sup>: questo, tuttavia, coinvolgeva inevitabilmente l'esame di servitù fino ad allora sconosciute.

Quanto all'impostazione argomentativa del frammento<sup>506</sup>, si può notare un'essenziale esposizione del *responsum* nelle prime due righe, che poi viene approfondita ed esplicitata dal giurista tramite una riflessione generica ed un'opera di astrazione. Aristone prosegue riportando come argomento *ex auctoritate* un precedente di Alfeno, relativo ad una fattispecie mineraria<sup>507</sup>. Giunge, quindi, il cuore della questione, che per noi nondimeno non è così rilevante, le tutele apprestate nella fattispecie esposta da Cerellio Vitale: ricondotta la riflessione al caso concreto, si introduce l'elemento ulteriore del contratto di *locatio-conductio*. Al § 6 si esaminano, invece, le diverse immissioni, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, quali presupposto per l'esperimento delle tutele appena esposte; ed infine al § 7 si riporta un terzo caso di *servitus fumi immittendi*. Le due parti del frammento che più rilevano ai fini della presente ricerca sono, quindi, l'inizio del § 5 ed il § 7.

---

<sup>502</sup> Cfr. A. VALIÑO, *La 'aemulatio'*, cit., 74.

<sup>503</sup> Cfr. F. DE MARTINO, *D. 8.5.8.5: i rapporti di vicinato e la tipicità delle servitù*, in *Index*, XII, 1942, 137.

<sup>504</sup> Cfr. O. LENEL, *Das 'edictum perpetuum'*, cit., 191 ss.

<sup>505</sup> Cfr. F. DE MARTINO, *D. 8.5.8.5*, cit., 137 e P. STARACE, *Aristone*, cit., 5407.

<sup>506</sup> In essa A. MANTELLO, *I dubbi*, cit., 76 vi individua «quasi un perfetto *epichirema*».

<sup>507</sup> Su tale fattispecie A. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 13, osserva come la stessa non possa essere così facilmente accomunata a quella di cui al frammento Ner. 4 reg. D. 8.3.3.2, poiché in quest'ultimo caso il fondo era stabilmente destinato e per sua natura a cava: non si potrebbe, quindi, «implicare comunque l'ammissibilità di una generale servitù di spaccare pietre sul proprio con ricaduta di schegge sull'altrui a favore di una qualsiasi attività svolta sul fondo quant'anche artigianale, benché non inerente alla natura dello stesso, quale quella di scalpellino».

Quanto alla prima, sulla scia di Mantello<sup>508</sup>, si può ritenere che il pensiero di Aristone sia riportato, se non nella sua completezza, almeno nei passaggi logici salienti e lo si traduce, quindi, come segue: «Aristone rispose a Cerellio Vitale che non riteneva si potesse a buon diritto dal caseificio immettere fumo nelle abitazioni superiori, se non in forza di una specifica servitù (letteralmente: a meno che non conceda una tale servitù/soggezione a questo fine). Lo stesso dice: non è lecito nemmeno che dal piano superiore si immetta in quello inferiore acqua o qualsiasi altra cosa: è, infatti, consentito anche all'altro fare nel proprio fino al punto in cui nulla si immetta nel fondo altrui, di fumo come di acqua è comunque un'immissione: può dunque l'inquilino superiore contro quello inferiore agire, affinché venga negativamente accertato il suo diritto di comportarsi in tal modo».

Si rinviene, quindi, al di là delle discrepanze testuali, una logica ed una coerenza nel pensiero di Aristone, così come riportato da Ulpiano<sup>509</sup>. In particolare, quell'*alii* pare traducibile come un dativo dell'aggettivo pronominale *alius, alia, aliud* e andrebbe riferito all'inquilino del fondo superiore<sup>510</sup>, come se Aristone ribadisse che il divieto di immissioni in alieno dovesse valere per l'uno come per l'altro vicino, pur nella diversità della materia immessa e, inevitabilmente, del verso dell'immissione.

Una delle parti più discusse, tuttavia, è la proposizione *nisi ei rei servitutem talem admittit*, cui pare impossibile in dottrina dare un significato soddisfacente<sup>511</sup>. Primariamente, si osserva come la congiunzione che introduce tale proposizione esprima una deroga al regime legale dei rapporti di vicinato e questo ha fatto propendere gli autori che non la ritengono interpolata<sup>512</sup>, per l'identificazione della fattispecie con una servitù volontaria. Questo ad escludere l'interpretazione del Biondi che vedeva nel termine *servitus* un limite

---

<sup>508</sup> A. MANTELLO, *I dubbi*, cit., 72 s.

<sup>509</sup> Cfr. G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*<sup>2</sup>, Bologna, 2018, 34.

<sup>510</sup> L. SOLIDORO, *Immissioni*, cit., 46 rende, invece, la seguente traduzione libera: «colui che abita sopra può agire nei confronti del proprietario sottostante, ... ».

<sup>511</sup> Sull'impiego del verbo *admittere* si veda P. STARACE, *Aristone*, cit., 5410 s., che si sofferma anche sull'anteposizione di *servitutem a talem*, da cui si può dedurre che non si facesse riferimento ad una determinata servitù, quanto piuttosto ad una servitù dal contenuto non ancora specificato esaustivamente.

<sup>512</sup> Cfr. F. DE MARTINO, *D. 8.5.8.5*, cit., 137, che spiega come inizialmente considerasse la frase «un innocuo glossema esplicativo» e successivamente, dopo una seconda analisi del frammento, la sintesi di «problemi esaminati dai classici in tema di servitù». Egli, nondimeno, ritiene che tali parole possano sostituire un'espressione dal significato analogo, quale «*quia eius rei servitus admittitur*».

legale all'utilizzo libero del proprio fondo<sup>513</sup>. Più verosimile, anche se non del tutto condivisibile, la ricostruzione esegetica che lo interpreta come un termine atecnico, traducibile genericamente come 'soggezione': al riguardo pare che il dativo *ei rei* possa confermare una simile lettura, posto che il lemma *servitus*, inteso in senso tecnico, è in genere accompagnato dal genitivo; ma anche fosse così ci si interroga su che altra fattispecie giuridica si possa ricondurre la soggezione che intervenga tra due fondi. Forse ad un atto di tolleranza?

Qualche dubbio suscita al riguardo l'esegesi fattane da Starace<sup>514</sup>, che traduce: «Aristone risponde a Cerellio Vitale che non ritiene si possa immettere per diritto negli edifici superiori il fumo proveniente da una fabbrica di formaggi, a meno che il vicino dell'edificio superiore non ammette una servitù di tal genere per quella cosa», intendendo per questo 'un tipo non ancora ben definito di subordinazione', più avanti '*usus iuris*'. Pare, però, che questa ricostruzione privi del suo senso il *responsum* e la relativa richiesta e che sia inutile per Aristone anche solo considerare l'ipotesi in cui questa soggezione sia ammessa dal vicino senza che si espliciti in un diritto, ma rimanendo solo allo stato di fatto. Quindi si ritiene di dover riportare l'espressione esaminata nell'ambito dei *iura praediorum*<sup>515</sup>. A conferma di ciò si osserva che il precedente di Alfeno, riportato da Aristone a sostegno della sua interpretazione, pare configurare un'ulteriore figura prediale, che sembra ammissibile in quanto molto vicina, se non coincidente alla *servitus harenae fodiendae*, successivamente riconosciuta, di cui al passo Ulp. 2 *inst.* D. 8.3.1.1. In tal modo verrebbe anche organicamente completata la trattazione delle immissioni distinte in ragione del materiale immesso, avendo Aristone considerato prima i gas, poi i liquidi ed infine i solidi. Si noti, infine, che viene concessa anche la tutela interdittale *uti possidetis* nei confronti del proprietario del fondo finitimo che assumesse un contegno impeditivo dell'attività servile.

Quanto al § 6, esso può avere una minima rilevanza anche ai nostri fini, poiché dallo stesso emerge come non fosse esperibile l'azione di accertamento negativo dinanzi ad attività che, pur potendo creare un qualche incomodo al vicino, rientravano nell'uso

---

<sup>513</sup> Cfr. B. BIONDI, *La categoria*, cit., 336. *Contra* F. DE MARTINO, *D. 8.5.8.5*, cit., 137 s., che rettamente osserva come *nisi* esprima appunto una deroga ad un regime legale e, pertanto, inevitabilmente ci si riferisca ad una servitù volontaria.

<sup>514</sup> P. STARACE, *Aristone*, cit., 5412, secondo la quale sarebbe necessario far emergere il tono dubitativo sotteso al frammento in esame, che, invero, non pare di poter cogliere.

<sup>515</sup> Così anche V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., I, 421.

ordinario e tradizionale del fondo e, come tali, non potevano costituire oggetto di un apposito diritto prediale<sup>516</sup>. Il vicino, quindi, non poteva che sopportare tali pesi, poiché facevano parte dell'esplicazione del *dominium* altrui. La distinzione fondamentale sembra, perciò, non quella tra *facere in suo* e *immittere in alieno*, ma il vero *discrimen* tra la turbativa che può costituire oggetto di servitù e quella che non potrebbe mai configurarla è la misura dell'immissione e quindi la sua *gravitas*. Le servitù pertanto paiono coprire quell'area grigia dei rapporti di vicinato che superano il limite della normale tollerabilità, ma che colpiscono un interesse eventualmente e negozialmente sacrificabile<sup>517</sup>.

Vi è poi il problema della legittimazione attiva e passiva di Cerellio Vitale, in considerazione del suo titolo, che era quello di locatore e non di proprietario del fondo. Tuttavia, mi pare una difficoltà superabile, posto che la prima parte del ragionamento è formulata in via generica e si può pensare che Aristone avesse prima espunto l'elemento contrattuale per vagliare il caso in un contesto più semplice, in cui i contraddittori fossero i due proprietari dei fondi finitimi, per poi reinserire tale complicazione in un secondo momento e ammettendo pur sempre che il legittimato attivo alla *vindicatio servitutis* sia il proprietario del fondo, mentre quello passivo sia colui che pretende di avere un tale diritto prediale, in questo caso quindi il conduttore.

Infine, al § 7, abbiamo testimonianza di un'altra *servitus fumi immittendi*, ammessa da Pomponio, il quale pare aver appreso gli insegnamenti di Aristone: essa prevede la costruzione di un condotto che faccia defluire nell'altrui i fumi degli impianti balneari aperti al pubblico. È il caso di Quintilla che aveva costruito nei suoi bagni un tubo che consentisse lo sfianto dei vapori e che sporgeva nella proprietà di Urso Giulio<sup>518</sup>. Attraverso la costituzione di un simile *ius praedii*, pertanto, un'immissione altrimenti illecita diveniva lecita e, in tal modo, necessariamente tollerata dal proprietario del fondo servente<sup>519</sup>. Al riguardo è stato osservato da Solidoro<sup>520</sup>, e con buon fondamento, che

---

<sup>516</sup> Cfr. L. SOLIDORO, *Immissioni*, cit., 48 s. Sono, quindi, attività perfettamente lecite, poiché rientranti nel normale esercizio del diritto dominicale, accendere un fuoco nel proprio fondo, sedervisi o lavare.

<sup>517</sup> Cfr. M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 305.

<sup>518</sup> P. BONFANTE, *Corso*, cit., III, 58, nt. 2 ammette in tal caso l'esistenza di una *servitus cuniculi balneari habendi*.

<sup>519</sup> Secondo L. SOLIDORO, *Immissioni*, cit., 50, ciò che avrebbe escluso l'obbligo di tolleranza in tale fattispecie non era tanto l'emissione di vapori in misura eccessiva, come sostenuto da M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 304, quanto piuttosto l'impiego da parte di Quintilla di uno stratagemma apposito finalizzato a convogliare i fumi verso nel fondo del vicino in maniera diretta: «è l'immissione cagionata *in alienum* mediante *opus manu factum* ad indurre il giurista ad escluderne la liceità (salva la costituzione di apposita servitù)».

<sup>520</sup> L. SOLIDORO, *Immissioni*, cit., 49 s., 58.

L'utilizzo del verbo *imponere* non deve sviare e portare ad immaginare una servitù legale. Tale interpretazione sembra coerente con il resto del frammento che riporta tutte fattispecie prediali volontarie e con l'uso che viene fatto di tale verbo in molti altri passi del medesimo libro, sempre in riferimento a servitù volontarie<sup>521</sup>: addirittura in Ulp. 6 *opin.* D. 8.4.13 pr. con specificazione '*privata lege*'.

Ciò che più preme evidenziare è, quindi, la corrispondenza biunivoca che in questo passo viene instaurata tra la turbativa contro cui era esperibile l'*actio negativa* e il contenuto della servitù<sup>522</sup>. In questo frammento, pertanto, pare mantenersi il principio per cui l'*actio negativa* spetta contro colui che ha esercitato una turbativa il cui contenuto sia identificabile con una servitù<sup>523</sup>. È pur vero che è stato convincentemente dimostrato in dottrina<sup>524</sup>, attraverso l'esegesi di passi che sono stati analizzati *supra*, che Alfeno, e la

---

<sup>521</sup> Cfr. p. 135 s.

<sup>522</sup> In tal senso anche V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., I, 422: «ma si ritiene da molti scrittori, e credo giustamente, che l'azione negatoria non si contrapponga a tutte le turbative, ma solamente a quelle il cui contenuto può costituire il contenuto di un diritto, cioè a quelle turbative che si presentano come pretesa dell'esercizio di un diritto: per le altre turbative l'azione negatoria non ha luogo». Cfr. J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, 104: «der Betreiber der Käserei die Behauptung vertreten konnte, daß er rechtens den Rauch auf das Grundstück des Nachbarn ableite. Beide Aspekte, der negatorische wie der konfessorische, werden von den Juristen Seite an Seite gestellt, ja geradezu mit dem ausdrücklichen Hinweis, daß, wenn die Möglichkeit gegeben ist, negatorisch vorzugehen, folgerichtig der konfessorische Aspekt nicht vernachlässigt werden dürfte». A tale conclusione pare aderire anche A. VALIÑO, *La 'aemulatio'*, cit., 31 ss. P. STARACE, *Aristone*, cit., 5408 osserva: «non ci sono azioni per affermare o negare situazioni che non hanno un contenuto idoneo a rappresentare un reale peso per il fondo vicino, trattandosi di attività che non rientra nel normale esercizio della proprietà e che invece causa un disagio al vicino, come nel caso della costruzione di un tubo sporgente nella proprietà altrui per lo sfianto dei vapori dei bagni, allora Pomponio riconosce la possibilità di costituire una vera e propria servitù».

<sup>523</sup> La questione è talmente vetusta che lo stesso S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 728, nt. 2 la definisce 'vecchia': l'autore prende lo spunto da un passo delle Istituzioni gaiane in cui si afferma che non vi possa essere un'azione negativa se non per una fattispecie che sia riversabile nella sua forma positiva in un'*actio in rem* e, basandosi sul presupposto della tipicità dei diritti reali, che viene assunto in tale ragionamento quale dogma incontestabile, conclude per la perfetta corrispondenza tra *actio negativa* e servitù, con esclusione quindi, dall'ambito applicativo di tale azione delle lesioni parziali del diritto di proprietà. Il frammento è Gai. 4.3: *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive, aut cum actio ex diverso adversario est negativa*. Il passo, invero, parrebbe molto chiaro nello stabilire una corrispondenza tra le due azioni, confessoria e negativa; non sembra, tuttavia, altrettanto sicuro l'altro presupposto dell'argomentazione del Perozzi, ovvero la tipicità dei *iura in re aliena* ed in particolar modo delle servitù, che peraltro nel frammento in esame vengono nominate in numero assai esiguo, a titolo meramente esplicativo. Se ne deduce, *a contrario*, che al tempo di Gaio le azioni negative corrispondevano ad altrettante servitù e che conseguentemente tale rimedio potesse essere esperito, a parti invertite rispetto alla *vindicatio*, ogniquale volta il titolare di un fondo vicino avanzasse una pretesa che nella sostanza poteva astrattamente concretarsi nell'esercizio di una servitù. In tal senso anche P. STARACE, *Aristone*, cit., 5418 s.

<sup>524</sup> In particolare, G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 68 s. e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 511. *Contra*, in senso assai originale, A. BIGNARDI, *Actio*, cit., 479, la quale analizzando Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6. pr., Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.5 e Alf. 2 *dig.* D. 8.5.17.2, evidenzia come il primo invero riporti il pensiero di Ulpiano stesso, che, secondo la prospettazione dei succitati autori, sarebbe stato contrario alla tendenza estensiva dell'ambito applicativo dell'*actio negatoria servitutis*. L'autrice, quindi, ipotizza l'esperibilità di una generica *actio negatoria* anche da parte del titolare del *ius praedii*. Al riguardo si deve osservare come Bignardi riporti tutte ipotesi in cui il titolare del fondo dominante agisce in giudizio per l'accertamento dell'esistenza di una servitù dal

scuola di Servio più in generale, tendessero ad allargare i confini dell'*actio negativa* rispetto a quelli che le erano propri, fino ad includere turbative non coincidenti *a contrario* con il contenuto di una figura prediale. Tuttavia, non sembra vi sia margine per sostenere che questa estensione sia operata anche nel frammento analizzato e ciò in ragione di quanto segue<sup>525</sup>. Primariamente, non risulta unicamente un riferimento all'*actio negativa*, ma si fa anche esplicita menzione della servitù in almeno due punti. Inoltre, sulla scorta di Scialoja<sup>526</sup>, pare sensato sostenere che la turbativa posta in essere e contro cui si poteva esperire l'*actio negativa* corrispondesse ad un diritto e non ad una situazione fattuale o ad un generico comportamento lecito, questo anche solo basandosi sulla formula dell'azione medesima: l'*intentio* infatti riportava, secondo Lenel, '*Si paret Numerio Negidio ius non esse ... invito Anulo Agerio*'. L'*actio negativa*, in definitiva, si contrappone 'a quelle turbative che si presentano come pretesa dell'esercizio di un diritto'. Nelle fattispecie prospettate, quindi, l'azione in esame è concessa a fronte di una possibile servitù. Al fine di distinguere, anche altrove, queste ultime ipotesi dalle altre, pare logico ricorrere al criterio principe in materia di *iura praediorum*: in numerosi passi, tra cui Paul. 21 *ad ed.* D. 8.5.5, Pap. 2 *resp.* D. 8.3.4, Lab. 4 *ex post. a Iav. ep.* D. 8.1.19, i giuristi medesimi per distinguere le servitù da altri diritti reali o da fattispecie prive di tutela guardano all'*utilitas* che ne deriva il fondo dominante. Sotto questa prospettiva, quindi, non si può escludere aprioristicamente il riconoscimento delle tre servitù citate in D. 8.5.8.5-7, in virtù della concreta utilità rappresentata per il fondo dominante, con la conseguenza inevitabile di dover considerare la possibilità che nell'ordinamento romano l'emersione delle figure prediali

---

contenuto negativo e in cui pertanto l'*intentio* della formula vindicatoria assumerà la formulazione *ius N° N° non esse*, nondimeno, ciò non fa di queste azioni un'*actio negatoria*, bensì resteranno *vindicationes servitutis*, com'è facilmente dimostrabile dalla circostanza che alla fine del primo dei frammenti citati è lo stesso Ulpiano che definisce tale azione *vindicatio*. Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6. pr.: ... *Et si forte qui medius est, quia servitutem non debebat, alius extulerit aedificia sua, ut iam ego non videar luminibus tuis obstaturus, si aedificavero, frustra intendes ius mihi non esse ita aedificatum habere invito te: sed si intra tempus statutum rursus deposuerit aedificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio*. Con tali azioni, pertanto, si negava che una determinata facoltà rientrasse ancora nel novero di quelle ricomprese nel diritto dominicale sul fondo, poiché la stessa era stata temporaneamente ceduta al titolare del fondo dominante, mediante la costituzione di apposita servitù, come riconosce la stessa autrice alle pagine seguenti. Si noti al riguardo che nei frammenti esaminati non si vi è alcun riferimento testuale alla *negatoria*. Sul punto l'autrice pare correggersi qualche pagina dopo (A. BIGNARDI, *Actio*, cit., 482), sostenendo, da quanto si può capire, che l'azione cui si era fino a quel momento riferita con l'appellativo *negatoria* sia in realtà da denominare *negativa*, poiché dotata di *intentio* formulata appunto in senso negativo: «da *vindicatio* di una servitù negativa è negativa: l'azione negatoria ivi concessa pertanto sarebbe l'azione di rivendica della servitù espressa in termini negativi». Non pare, tuttavia, che sia questo il presupposto, ovvero una questione terminologica, peraltro ancora discussa, per individuare una reale estensione dell'ambito applicativo dell'*actio negatoria servitutis*, specificamente intesa come quell'azione volta ad accertare l'inesistenza di un diritto di servitù.

<sup>525</sup> *Contra* G. NEGRI, *Diritto minerario*, cit., 125.

<sup>526</sup> V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., I, 422.



seguisse gli andamenti ed i bisogni della prassi. Come accennato *supra*, il passo palesa sia la nozione di tipicità intesa come esistenza di una categoria estendibile tramite l'inserimento di nuove figure, ma testimonia anche la raffinata opera ricostruttiva dell'*interpretatio prudentium*, tesa al recepimento delle necessità agricole ed urbane, al fine di introdurre ulteriori fattispecie che le potessero soddisfare.

Altro aspetto che accomuna le tre fattispecie prediali riportate nel frammento D.8.5.8.5-7 è la loro costituzione non a vantaggio di un fondo in quanto tale, quanto piuttosto al fine di facilitare l'attività che sullo stesso si svolge e quindi conseguendo un'utilità al fondo, così come artificialmente destinato e modificato. Si tratta, infatti, di tre attività commerciali, quella casearia, quella mineraria ed infine quella turistica-termale. Si noti, però, che questa medesima declinazione del requisito dell'*utilitas* viene presentata anche dalle servitù rustiche recenziori, che pur vengono classificate nella categoria dei *iura praediorum*, da quanto si legge in Ulp. 2 *inst.* D. 8.3.1.1.

Il cambiamento che della percezione dell'*utilitas* si ebbe nel corso dei secoli, seguendo i mutamenti sociali ed economici, è testimoniato anche dalla vicenda della servitù d'acquedotto: essa nacque per l'esigenza primaria di irrigare il fondo, successivamente se ne ammise la cessione anche per soddisfare altre necessità, quali abbeverare il bestiame e addirittura infine per rendere il fondo più gradevole<sup>527</sup>. Al riguardo pare opportuno osservare che ogniqualvolta la stessa (o, altrimenti, il diritto di derivazione<sup>528</sup>) veniva costituita per l'approvvigionamento di acqua potabile, l'utilità che la stessa produceva era più volta verso la persona del proprietario che al fondo medesimo e, pertanto, si allontanava ancora una volta dal carattere della predialità che era proprio della *servitus*. Circostanza, tuttavia, che forse non deve meravigliare particolarmente, considerando che anche quando le servitù rustiche producevano un'effettiva utilità per il fondo dominante, accrescendone le capacità produttive, lo facevano sovente nel contesto non di una coltivazione di autosussistenza, bensì di un'agricoltura intensiva, che pertanto era destinata ad una commercializzazione dei prodotti del fondo medesimo. Sotto questa

---

<sup>527</sup> Pomp. 34 *ad Sab.* D. 43.20.3. pr.: *Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.* Col passare del tempo quindi, si permise l'ingresso di utilità più strettamente legate alla persona e non solamente al fondo.

<sup>528</sup> Tale circostanza poteva aver forse ingenerato nella prassi una certa confusione sulla natura della figura menzionata, tanto che le fonti ci tramandano la necessità, da parte di un giurista come Pomponio, di ribadire la natura di *iura praedii* del diritto considerato, come testimoniato dal passo seguente. Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.3.20.3: *Hauriendi ius non hominis, sed praedii est.* Cfr. sul punto G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 50.

prospettiva, le limitazioni funzionali che venivano apposte dai giuristi alle nuove servitù rustiche, *supra* esaminate, risultano meno giustificabili: che senso poteva avere limitare la produzione di vasellame o di cocci alle sole necessità del fondo dominante, quando la produzione agricola dello stesso era comunque destinata al mercato e consentiva in ogni caso al suo proprietario di trarne un profitto? Dall'analisi dei passi sinora considerati emerge, pertanto, che il requisito dell'*utilitas* dovesse essere diretto al fondo considerato nella sua destinazione naturale o persino artificiale, purchè stabile<sup>529</sup>.

Circa un secolo più tardi rispetto ad Alfeno e quasi contemporaneamente ad Aristone, la sperimentazione in tema di servitù fu ripresa da Nerazio, giurista che si mostrò particolarmente sensibile alle problematiche e alle esigenze dell'economia agricola della sua epoca. Oltre a Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.3.5.1, già attentamente esaminato, abbiamo testimonianze della sua opera in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.3.3 pr., 1-2, già citato. Nel *principium*, in cui viene prospettata la possibile costituzione di una servitù di pascolo, si nota nuovamente la tendenza alla delimitazione negativa, volta a garantire l'inerenza della servitù al fondo: essa, infatti, può aversi unicamente nell'ipotesi in cui i buoi vengano utilizzati per coltivare il fondo dominante<sup>530</sup>. Al § 1 invece, si ammette la servitù di immagazzinare nella proprietà vicina i frutti prodotti dal proprio fondo. Mentre al § 2 si prospetta una *servitus* ancora più ardua: un fondo, sfruttato stabilmente come cava di pietra, non fornisce lo spazio sufficiente per poter depositare i materiali lapidei da esso ricavati, prima della loro vendita o consegna. Pertanto, Nerazio propone una servitù di tenere pietre e terra nel fondo vicino in attesa che vengano spostate. Tutte queste figure devono essere classificate come servitù rustiche, sebbene nella dottrina contemporanea siano stati sollevati dubbi in merito alla loro attinenza ad un'esigenza agricola<sup>531</sup>: come è già stato osservato per quelle descritte dai giuristi di epoca severiana, esse non soddisfano esigenze agricole, ma rendono un'utilità al fondo rustico. In questo caso si deve tener in debito conto anche il contesto sociale in cui operava l'autore: Nerazio fu, infatti, sempre interessato a risolvere i problemi della proprietà terriera<sup>532</sup>.

---

<sup>529</sup> Cfr. A. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 23.

<sup>530</sup> *Contra* V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 194.

<sup>531</sup> Cfr. V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 182 ss., solo per citarne uno.

<sup>532</sup> Così viene descritto da V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 195: « ... conoscitore profondo ed interessato degli aspetti giuridici dei problemi della proprietà terriera, specificamente esperto dei criteri di conduzione e di valorizzazione delle aziende agricole; preoccupato delle sorti economiche languenti di intere plaghe italiane.

Altro giurista che dimostrò una certa inclinazione per il tema in esame fu Papiniano: in un'epoca in cui l'esercizio dell'*actio negativa*<sup>533</sup> coincideva ormai totalmente con il possibile oggetto di un'eventuale servitù, egli ne ammette l'esperimento per negare il diritto di tenere l'albero piegato dal vento sul fondo altrui, nonché di lasciare che l'albero immetta le sue radici nell'altrui, ipotesi assimilata a quella di far sporgere un tetto sul fondo vicino, peraltro già tipizzata nella *servitus proiciendi protegendive*<sup>534</sup>.

Sebbene non risulti mai dalle fonti l'espressione *servitutes innominatae*, pare che la relativa intuizione fosse sottesa al pensiero dei *prudentes*, o almeno di quelli sinora menzionati. Un simile concetto, tuttavia, non era estraneo all'*habitus mentis* romano, considerando l'analoga e pressoché contemporanea vicenda del consensualismo atipico e dei contratti innominati, che si sviluppò, successivamente, in un riconoscimento di qualificazione giuridica alla reciprocità delle prestazioni piuttosto che al consenso. Il merito di una simile innovazione è da attribuire a Labeone<sup>535</sup>, che, anche se non riconobbe nel suo maestro Alfeno Varo, ma piuttosto Ofilio e Trebazio, appartenne comunque alla stessa scuola e fu più volte *auditor* di Alfeno<sup>536</sup>. L'idea di una serie di figure tipizzate che si aprono venendo a formare una categoria generale non doveva essere sconosciuta a questa scuola, che probabilmente l'applicò a due ambiti tanto diversi quali dovevano essere le servitù ed i contratti.

La giurisprudenza classica di epoca successiva, come detto, appare molto meno incline a sperimentazioni: l'esperienza giuridica di fase severiana in particolare non accrebbe il numero dei *iura in re aliena*. Del resto, erano state recepite e concretizzate molte pretese economiche e sociali. Perciò l'opera dei giuristi divenne prevalentemente sistematoria. Tuttavia, si può ritenere che l'autonomia privata fosse ormai libera ed autosufficiente nella creazione di nuove servitù, che potessero soddisfare i bisogni

---

Egli studia modelli più moderni ed efficienti di fattorie, e lascia intravedere altre possibili attività produttive sui fondi». E tuttavia l'autore ritiene fermamente che si debba parlare di servitù industriali.

<sup>533</sup> Sul significato che il termine *actio negativa* assume nel diritto giustiniano si legga G. GROSSO, *Sulle servitù*, cit., 73 ss., in cui l'autore in particolare si sofferma sull'ipotesi in cui l'*intentio* della *vindicatio* di una servitù negativa fosse ovviamente concepita in senso negativo ed invece la *negativia* fosse formulata in termini positivi.

<sup>534</sup> Pomp. 34 *ad Sab.* D. 43.27.2: *Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege duodecim tabularum de adimenda ea recte agere potes ius ei non esse ita arborem habere.* Pomp. 20 *ad Sab.* D. 47.7.6.2: *Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit non esse ei ius (sicuti tignum aut protectum) immissum habere. si radicibus vicini arbor aletur, tamen eius est, in cuius fundo origo eius fuerit.*

<sup>535</sup> Cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari, 1987, 153 ss.

<sup>536</sup> Cfr. A. SCHIAVONE, *Ius*, Torino, 2005, 276.

occasionalmente emergenti e che accanto alle servitù tipiche e conosciute, ne sorgessero di innominate.

L'espressione di 'servitù innominate' compare, invero, in un giurista veronese del XV secolo, Bartolomeo Cipolla<sup>537</sup>, il quale esponendo le diverse classificazioni dei *iura praediorum*, si soffermò sulla bipartizione attinente alle servitù nominate e innominate: «*Et nominatae dicuntur secundum Paul de Castr., quia sunt nomina iuris, ut iter, actus, via, aquaeductus, et similia, sed innominatae ideo dicuntur, quia illa sunt nomina actus, non nomina proprie, sicut sunt aquae haustus, pecoris ad aquam compulsus, ius pascendi, calcem coquendi, et arenam fodiendi. ... Denominantur ergo istae servitutes ab ipso actu utendi: sicut videmus, quod quaedam sunt maleficia nominata, ut furtum, falsum, et similia, quae sunt nomina iuris. II. Quaedam innominata, quae non nominantur: quia denominantur ab ipso actu, ... Et ideo posset forte dici, quod illae, de quibus in d. § in praediis, possent dici nominatae: sed illae quae non reperiuntur habere nomen proprium, sicut est quando constituitur aliquid quod possit fieri in praedio, quod de iure non possis facere fenestram in muro communi, vel cum non possis id, quod de iure posses: ut puta promittis non facere fenestram in fundo tuo proprio, et similes sunt innominatae.*».

L'autore, quindi, riflette dapprima sulla distinzione operata dal suo maestro Paolo di Castro: se le nominate sono quelle servitù che hanno un loro nome proprio che si è consolidato nell'ordinamento giuridico, le innominate invece vengono appellate secondo l'azione in cui si concreta l'esercizio del diritto considerato. L'autore, quindi, opera un parallelismo con le denominazioni dei delitti. Prosegue poi Cipolla con una riflessione personale, argomentando come nel § *de praediis* della Glossa vengano riportare solo servitù nominate, poiché tutte le servitù rustiche ivi elencate (compresi lo *ius pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae*) hanno un nome loro proprio, derivante anch'esso più dal diritto che dal *factum*. Perciò, conclude l'autore, quelle sono nominate, mentre le innominate devono rinvenirsi in tutti quei *iura praediorum rusticorum*, che non hanno un nome proprio e specifico e che sono stati costituiti prevedendo che si possa compiere nel fondo una determinata attività (come non aprire legittimamente una finestra nel fondo comune, oppure non fare ciò che generalmente il diritto ammetterebbe, come non aprire finestre nel proprio fondo o ipotesi simili).

---

<sup>537</sup> B. CIPOLLA, *Trattato*, cit., 54 ss.

A ciò segue un importante dato empirico: «*Dicit etiam Petr. et Cyn. quod nominatae servitutes non sunt plures, sed bene plures sunt innominatae. Quod si aliquis concedat mihi ut in fundo suo recipiam omni anno unum starium frumenti, vel unum modium bladi, vel quod pomum ex viridario suo percipiam: istae tamen servitutes constitui possunt*»<sup>538</sup>. Le servitù innominate, pertanto, sono le più numerose e possono avere il contenuto più svariato, poiché se ne possono costituire di ogni tipo.

Si è, quindi, persuasi che l'atteggiamento sulla tipicità delle servitù debba essere più sfumato rispetto a quello che si è potuto finora riscontrare. Non si può né si vuole negare che le fonti spesso presentino l'esame di servitù trattate come stereotipe e tipiche. Ed infatti è pur vero che l'intensa attività scientifica venne poi per tipizzare alcune servitù, andando cioè a delinearne i caratteri peculiari in modo talmente approfondito, da costituirne un tipo, ma ciò non implica necessariamente che simultaneamente non potessero esserne introdotte di ulteriori<sup>539</sup>. La collaborazione fruttuosa di giurisprudenza e pretore riuscì ad apportare il cambiamento che a livello sociale era tanto agognato: i *iuris periti* si servirono del loro tecnicismo per estrapolare dai tipi conosciuti gli elementi fondamentali, strumentalizzandoli poi all'immissione nel sistema di nuove figure. Mentre il pretore fornì la sua autorità, sia in sede di concessione dell'*in iure cessio*, sia quando trasferiva il contenuto dell'inedito diritto di servitù nella formula della *vindicatio servitutis*. Pertanto, sembra potersi ammettere che le figure nate come stereotipe andarono poi a confluire in una categoria, abbandonando così la chiusura di un sistema tipico. La distinzione che si venne a creare quindi fu quella tra servitù nominate, conosciute e ampiamente analizzate dalla giurisprudenza e servitù innominate<sup>540</sup>, in un sistema in cui il nuovo non andava a sostituire il vecchio, ma piuttosto ad esso si affiancava.

---

<sup>538</sup> Lo stesso commentatore dell'opera, Filippo Cirianni, in B. CIPOLLA, *Trattato*, cit., 55, osserva: «Le servitù così dette innominate che ponno esistere sono tante da essere vano tentativo voler enumerarle». Nondimeno, in tale ipotesi, B. CIPOLLA, *Trattato*, cit., 55 ritiene che tali diritti debbano essere denominati servitù personali, probabilmente in ragione del fatto che l'utilità non viene attribuita ad un soggetto in quanto titolare del fondo dominante, quanto piuttosto allo stesso a titolo personale appunto. Ciò tuttavia comporterebbe un significativo cambiamento della questione posta, ovvero ci si sposterebbe dal tema dell'atipicità delle servitù a quello dell'atipicità dei diritti reali, poiché tali servitù personali dovrebbero essere affiancate alle altre così denominate in epoca medievale, ovvero usufrutto, uso e figure affini.

<sup>539</sup> G. GROSSO, *L'evoluzione*, cit., 216 s. rileva come la sistematica ulpiana, ad esempio, si concentri sui singoli contenuti, ma questo non mi pare un argomento determinante, poiché appunto non esclude che oltre alle figure prese in esame dal giurista nelle diverse occasioni potessero sorgere altre.

<sup>540</sup> L'assimilazione alla terminologia contrattuale è stata ripresa da B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 49. L'autore, tuttavia, si riferisce alla scomparsa della tipicità, che egli colloca in epoca giustiniana.

## 8. Tipicità e 'numerus clausus'.

Pare opportuno premettere una breve digressione sulla terminologia cui si ricorre in dottrina per trattare il principio di tipicità, che nella presente ricerca viene riferito all'ambito dei *iura praediorum*, ma che proviene principalmente dal diritto civile contemporaneo. Tipicità ('Typenfixierung') e *numerus clausus* ('Typenzwang') sono, infatti, espressioni che, come visto, non sono rinvenibili nelle fonti romane e risultano utilizzate, prima ancora che dai giuristi italiani, dalla dottrina tedesca<sup>541</sup>: giova, quindi, definirne il significato e non tralasciare che si tratta di nozioni apposte all'analisi del diritto romano, in un esame che forse pecca fin dal suo esordio nel tentativo di definire una realtà con categorie che non le appartengono.

I due concetti, cui si fa costante riferimento, furono oggetto di dibattito dottrinale in merito alla loro identificabilità o, piuttosto, al loro distinto significato. È stato da alcuni autori sostenuto che i suddetti principi dovrebbero essere intesi distintamente: una prima interpretazione è quella per cui il *numerus clausus* implicherebbe l'impedimento per i privati a creare nuovi diritti reali, la tipicità invece comporterebbe l'operatività di questo limite anche per il legislatore<sup>542</sup>. Tale interpretazione è forse troppo radicale: considerando che non è sostenibile una derivazione logico-filosofica della tipicità e pertanto il legislatore potrebbe in qualsiasi ordinamento introdurre nuovi diritti reali, non si riscontrerebbe mai una condizione diversa dall'atipicità e tale distinzione, pertanto, perderebbe di pregnanza e significato. Altro criterio di distinzione sarebbe quello di individuare nel *numerus clausus* il principio che limita appunto l'autonomia negoziale in materia di diritti reali, mentre nella tipicità la determinazione legislativa che viene fatta del contenuto della situazione

---

<sup>541</sup> Così riportano G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 972; A. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 4; M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011, 225.

<sup>542</sup> Cfr. M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, 169 ss. Pur distinguendo i due concetti, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 248 s. si sofferma unicamente sulla definizione della tipicità in materia di diritti reali, ritenendo indispensabile, per comprendere a pieno la questione, distinguere la tipicità della fonte del rapporto giuridico, che non escluderebbe la stipulazione di contratti atipici, da quella del rapporto medesimo, che invece si incardinerebbe saldamente nel *numerus clausus* in ambito reale. Da ciò deriverebbe che i tipi predisposti dall'ordinamento non possano essere derogati nel loro schema essenziale, tuttavia l'attività volta alla creazione o al trasferimento di questi diritti non soltanto può essere diversa, quanto alla struttura, ma può anche essere utilizzata per fini diversi da quelli corrispondenti alla struttura. Conclusione che lascia alquanto perplessi: perché si dovrebbero utilizzare le forme reali stereotipe per raggiungere scopi che non sono loro propri, attività peraltro che nella sua attuazione concreta molto probabilmente sarebbe considerata illecita, invece di sfruttare fino alle sue estreme potenzialità la libertà contrattuale al fine di costituire diritti reali atipici?

reale e la sua conseguente inderogabilità<sup>543</sup>. Se però da una simile premessa si vuole asserire la vigenza di entrambi i principi non pare di poterli separare, in quanto i medesimi costituirebbero, piuttosto, due correlate specificazioni applicative del medesimo postulato.

Sulla scorta della discriminazione dei due concetti, altra interpretazione è poi stata sostenuta: la tipicità comporterebbe un limite, per le parti private, a regolare i diritti reali tipici costituendo in deroga a quanto strettamente stabilito dall'ordinamento per gli stessi. Tale eccessiva rigidità nel nostro ordinamento non potrebbe pertanto che trovare il suo complementare nel numero aperto dei diritti reali e verrebbe, quindi, compensata dalla libertà privata nell'ideazione di nuove figure<sup>544</sup>.

Il Burdese, invece, sostiene: « ... tipicità e numero chiuso appaiono realtà diverse se con la prima ci si limita ad indicare l'individuazione di tipi di situazioni giuridiche rispondenti tutti a caratteristiche comuni salvo essere previsto ciascuno con un proprio

---

<sup>543</sup> Cfr. M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, 294. Tale sembra anche l'interpretazione di D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 128, il quale, tuttavia, ritiene che i due concetti siano strettamente correlati, quasi che la tipicità fosse da ricomprendere nel *numerus clausus* e ne individuasse la dimensione interna. Egli inoltre osserva come l'idoneità ad essere oggetto di 'rapporti reali' sia propria unicamente delle cose, che, in quanto entità materiali, sono le uniche suscettibili di quel godimento caratterizzato dall'esclusività e dall'immediatezza. In tal senso pare orientato anche E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998, 24, il quale reputa che la tipicità non riguardi tanto la limitazione numerica dei diritti reali, quanto piuttosto la fonte da cui gli stessi vengono introdotti nell'ordinamento, che si deve necessariamente rinvenire nella legge. Sulla stessa linea interpretativa sembra porsi anche F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, 73 s., il quale ritiene che la tipicità riguardi il contenuto della situazione, mentre il *numerus clausus* attenga piuttosto alla fonte della medesima. La prima, quindi, individua tutte quelle situazioni cui è stato riconosciuto un valore dall'ordinamento, in quanto corrispondenti allo schema tracciato positivamente, e che risulterebbero pertanto irripetibili, se non nei termini che ne condizionano l'efficacia.

<sup>544</sup> V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., 135. Anche A. DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969, 77 distingue tipicità e *numerus clausus* identificando nel primo l'impossibilità per i privati di derogare alla disciplina prevista per i tipi e nel secondo il divieto di introdurre nuove figure reali. Anche P. VITUCCI, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1972, 869 s., ritiene opportuno distinguere i due concetti: l'autore tuttavia sostiene, che anche qualora si volesse riconoscere il *numerus clausus*, dogma che peraltro si preoccupa poi di smentire, non sarebbe possibile individuare nella tipicità delle figure reali un comando talmente rigido da togliere ogni spazio all'autonomia negoziale, che pertanto anche solo tramite le deroghe convenzionali alla disciplina legislativa troverebbe un primo ingresso nella materia dei diritti reali. Da lì il passo sarebbe breve verso il riconoscimento ai privati della possibilità di creare nuove situazioni meritevoli di tutela reale. *Contra* M. COMPORTI, *Diritti reali*, cit., 149 ss., il quale ritiene che lo spazio concesso ai privati da parte del legislatore nella determinazione concreta dei poteri, delle facoltà, dei limiti e degli obblighi delle varie situazioni reali non comporterebbe necessariamente l'autorizzazione ad inventare nuovi schemi meritevoli di tutela reale. Una simile questione risulta particolarmente delicata: non è facile stabilire quando il privato 'disponga altrimenti' e quando piuttosto abbia introdotto un diritto reale atipico, tenendo a mente che comunque la prassi si ispira alle figure note per crearne di nuove. La convinzione che i due principi osservati debbano essere concettualmente distinti emerse peraltro anche in giurisprudenza, come si può leggere nella pronuncia Cass. 5 luglio 1988, n. 4420, in *Giust. Civ.*, 1988, I, 2561. Diverso invece l'orientamento più recente, come può dedursi da Cass. 26 febbraio 2008, n. 5034, in *Guida al diritto*, 2008, 21, 49.

contenuto (rispettivamente essenziale e naturale), ma con facoltà da parte dell'autonomia privata di derogarvi entro i limiti di quelle caratteristiche atte a definire una generale categoria unitaria, e con il secondo ci si voglia invece riferire alla inderogabilità di quelle situazioni, come individuate nel loro contenuto tipico, se non attraverso i modi di produzione normativa riconosciuti dall'ordinamento che le contempla ... »<sup>545</sup>.

Per quanto questa ricostruzione possa apparire affascinante, si deve nondimeno tener conto del concreto processo formativo delle figure atipiche da parte della prassi negoziale: i privati, nell'escogitare le forme atipiche, non trovarono alternativa che ispirarsi agli schemi che l'ordinamento offriva loro, ovvero agli istituti che venivano importato da altri ordinamenti. La creazione di diritti reali atipici, pertanto, non può prescindere dalla modifica degli stereotipi conosciuti, che, per varie ed innumerevoli ragioni, non si adattano al bisogno emergente in quel dato momento e in quel preciso contesto: sarà, quindi, imprescindibile partire dallo schema già esistente nell'ordinamento per modellarlo in base alle esigenze puntuali e derivarne una nuova, autonoma figura.

Altra parte della dottrina, invece, non ritiene opportuno separare concettualmente i due principi, che pertanto andrebbero ad identificarsi: dalla definizione positiva di un contenuto tipico deriverebbe necessariamente la sua inderogabilità ad opera dei privati, che conseguentemente pertanto sarebbero impediti nella creazione di figure inedite tutelabili *erga omnes*<sup>546</sup>.

L'impressione che se ne ricava è che la nozione di *numerus clausus* sia sostanzialmente coincidente nella visione dei diversi autori, mentre quella più equivoca risulta essere la tipicità: si può anche ammettere che essa venga intesa come l'indicazione contenutistica di schemi determinati da parte del potere autoritativo, tuttavia non pare condivisibile che questo abbia come effetto imprescindibile la volontà dell'ordinamento a porre un limite all'autonomia negoziale. Pertanto, si ritiene di non poter aderire alla tesi che propende per la coincidenza terminologica e concettuale dei due dogmi, poiché sembra che, pur tipizzando specifici modelli di diritti reali, non necessariamente il sistema debba essere

---

<sup>545</sup> A. BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., 4 s.

<sup>546</sup> Cfr. A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Rivista dir. civ.*, II, 1983, 236 e A. BARBERINI, *La proprietà nella Costituzione*, in *Proprietà e diritti reali*, I, Milano, 2011, 23 ss. Tuttavia, quest'ultimo autore pare convinto che sia il legislatore che i privati possano modificare il contenuto dei diritti reali tipici. In particolare, l'iniziativa negoziale può elaborare nuove *species*, che saranno però da ricondurre obbligatoriamente ad un *genus* conosciuto. Lo studioso, inoltre, si sofferma in una veloce ricostruzione dell'attuale dibattito dottrinale in tema di atipicità dei diritti reali, dando atto almeno della crescente critica al *numerus clausus*.



inteso come chiuso e così inaccessibile all'autonomia negoziale, quanto piuttosto possa rimanere aperto a forme non stereotipe e quindi, in definitiva, atipico<sup>547</sup>. La tipicità, pertanto, intesa come predisposizione da parte dell'ordinamento di modelli tipici, non impedirebbe ai privati di elaborarne di nuovi e non potrebbe essere fatta coincidere con il *numerus clausus*, a meno che non si voglia correlare inevitabilmente alla stessa la volontà autoritativa a chiudere il sistema dei diritti reali mediante la sola tipizzazione, assunto che non pare dimostrabile. La nozione di tipicità sarebbe, quindi, identificabile con la predisposizione espressa di uno schema dimostratosi funzionale nella tradizione giuridica, indipendente dall'assunta riserva, in materia reale, di esclusivo intervento di una forte autoritativa.

Nell'opinione di chi scrive, si può anche ritenere di definire la tipicità come la predisposizione da parte dell'ordinamento di figure dai caratteri predeterminati e dallo stesso individualmente considerate, escludendo la possibilità di ricondurle ad una categoria unitaria; nonché, ritenere operante il principio del *numerus clausus*, ogniqualvolta un ordinamento non ammetta l'introduzione di nuove figure ad opera dell'autonomia privata. Nondimeno, tali aspetti non sono in realtà perfettamente scindibili, poiché la prassi, nell'ideare nuove figure rispetto a quelle già tipizzate dall'ordinamento non fa altro che ispirarsi a quelle già esistenti, modificandone i caratteri tipici e venendo così a crearne di originali. Si deve, infine, rilevare come nell'ambito del diritto romano ed in particolare quando ci si riferisca alle servitù, i due concetti esaminati paiono sovrapporsi e, pertanto, sovente si nomina la tipicità, rinvenendo nella vigenza di questo principio l'impossibilità dei privati di introdurre nuovi *iura praediorum*.

#### 9. L'atipicità dei 'iura praediorum'.

All'esito di tale analisi che si è voluta condurre, per quanto possibile, scevra dell'influenza di definizioni dogmatiche, si deve necessariamente tornare al tema principale della ricerca, cioè a quello della tipicità delle servitù nell'ordinamento romano e analizzarlo in senso critico quanto sinora esposto.

---

<sup>547</sup> A. DE VITA, *La proprietà*, cit., 76 s.: «La tipicità dei possibili modelli giuridici di per sé non impone all'autonomia privata limitazioni esorbitanti dal principio generale di agire nel rispetto della legge, poiché le modalità del comportamento privato sono regolate entro confini abbastanza ampi e la previsione di uno schema legale non paralizza la creazione di schemi analoghi di derivazione individuale». Per tipicità in questo specifico contesto pare potersi leggere la tipizzazione da parte del legislatore degli schemi dei tradizionali diritti reali.

La tipicità delle servitù dal punto di vista metodologico è argomento che viene trattato dai romanisti sotto una duplice prospettiva. Se alcuni, infatti, prediligono soffermarsi sull'analisi della natura delle fonti di diritto<sup>548</sup> che hanno introdotto i *iura in re aliena*, altri invece concentrano il loro sforzo ricostruttivo sull'emersione delle servitù e dei diritti reali, per vagliare se essi siano sorti singolarmente e fossero intesi individualmente dai *veteres* oppure se facessero parte di una categoria dai confini ben definiti, all'interno dei quali l'autonomia privata si poteva muovere con un certo grado di libertà nell'ideare nuove figure conformemente ai bisogni di volta in volta emergenti<sup>549</sup>.

Sebbene il secondo criterio di analisi sembri il più corretto, si è voluta approfondire *supra* anche la prima delle succitate posizioni, per cui ora pare opportuno impostare la questione in maniera leggermente diversa rispetto a quanto fatto dal suo principale esponente, Filippo Gallo<sup>550</sup>: la differenziazione non si dovrà operare tanto tra fonti legislative ed extralegislative, quanto piuttosto tra quelle autoritative ed extraautoritative. La *lex* infatti, com'è noto, si ricavò un ben misero spazio nel panorama normativo tardo repubblicano, almeno nell'ambito privatistico, e ad essa si ricorreva prevalentemente per operare stravolgimenti, cui giurisprudenza e pretore non potevano ambire<sup>551</sup>. Tuttavia, essa non fu l'unica fonte di diritto a trarre la sua forza normativa dal potere statale, in modo da escludere ogni margine di operatività all'autonomia privata, non fu quindi l'unica fonte autoritativa. Ad essa, infatti, si deve aggiungere il pretore, il cui *imperium* deriva chiaramente dalla *civitas*, essendo qualitativamente identico a quello consolare.

Si deve, inoltre, precisare che la questione della tipicità dei *iura praediorum* in diritto romano si esplica tra due estremi: quello secondo cui l'ordinamento romano fosse rigorosamente tipico e quindi riconoscesse solo determinati tipi di servitù e la posizione

---

<sup>548</sup> Il merito di aver impostato la problematica sotto una nuova e più acuta prospettiva va a F. GALLO, *Recensione a V. GIUFFRÈ, L'emersione*, cit., 201 ss., il quale tuttavia, dopo aver inquadrato il fenomeno nella produzione extralegislative del diritto, ritiene necessario stabilire una preminenza fra le fonti, che si individuano nella consuetudine, nell'*interpretatio prudentium* e nella *iurisdictio* del pretore. Non sembra corretto, invece, scindere così nettamente il processo normativo quando si vuole considerare l'opera della giurisprudenza, che appare intimamente connessa con la consuetudine e la prassi privatistica. Nondimeno, l'autore afferma (206): «le servitù prediali, sia rustiche che urbane ... , sono un prodotto della recezione *moribus*».

<sup>549</sup> Cfr. G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 34 ss.

<sup>550</sup> Cfr. F. GALLO, *Recensione a V. GIUFFRÈ, L'emersione*, cit., 201 ss.

<sup>551</sup> Di tale fenomeno risulta fondamentale testimonianza in Iul. 84 *dig.* D. 1.3.32: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

di coloro che invece ritengono che la giurisprudenza romana giunse a creare la categoria della *servitus*<sup>552</sup>, con il riconoscimento pertanto di un sistema atipico delle servitù o quantomeno di una tipicità debole<sup>553</sup>. Qualche perplessità desta, invece, il concetto di ‘tipicità aperta’, che consisterebbe nella «possibilità di adattare il sistema delle servitù alle concrete esigenze economiche e sociali, attraverso la creazione di una serie indefinita di tipi»<sup>554</sup>, in quanto pare che tale definizione possa essere perfettamente sovrapponibile a quella di atipicità.

Altra interpretazione che si può considerare moderata è quella che rinviene nel *numerus clausus* delle servitù non un dogma insuperabile, ma una «semplice linea di tendenza di fronte allo straripare della prassi»<sup>555</sup>, ammettendo tuttavia che le servitù si moltiplicavano con il solo filtro dell’intervento giurisprudenziale, senza mai giungere a chiudersi in un elenco cristallizzato.

Al di là delle voci più originali, la *communis opinio* si attesta tradizionalmente nell’escludere il carattere tipico dei *iura praediorum* in epoca classica, per riconoscere un totale mutamento in età giustiniana, in cui si riscontrava un sistema atipico delle servitù. Il Bonfante, in particolare, riassume le argomentazioni portate a sostegno dell’antica tipicità individuandole nella «mancanza di ogni accenno alla libera costituzione delle parti», nell’«invocazione di autorità per il riconoscimento delle singole servitù» e nell’«accrescimento graduale delle medesime che in origine sembrano ridursi alle quattro elencate nei cataloghi classici (*via, iter, actus, aquae ductus*)»<sup>556</sup>.

---

<sup>552</sup> B. BIONDI, *La categoria*, cit., 629.

<sup>553</sup> Per una sommaria ricostruzione delle posizioni dottrinali si veda anche A. VALIÑO, *La ‘aemulatio’*, cit., 25 ss. Tra i primi si annovera primariamente S. PEROZZI, *Sulla struttura*, cit., 11 s., il quale fu il primo a dedicare un apposito scritto alla dimostrazione della tipicità del sistema servile romano. Seguono G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 134 ss.

<sup>554</sup> M.F. CURSI, *Modus servitutis*, Napoli, 1999, 20 s. Similmente si era espresso anche B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 42: «Queste [le servitù] sono sempre tipiche, ma i tipi possono essere infiniti, purché rispondano allo stesso schema fondamentale. Le *servitutes* sono sempre tipiche, giacché ciascuna presenta un determinato contenuto legale fisso; ma il riconoscimento di nuovi tipi è continuo. Elenco dunque aperto all’infinito di servitù tipiche». Non si spiega, quindi, come nella medesima pagina l’autore sostenga che la tipicità venga a cadere in epoca giustiniana, allorché si ammise la costituzione di servitù mediante *stipulatio*, poiché l’effetto pratico prodottosi era esattamente il medesimo, ovvero la possibilità di costituire qualsiasi servitù purché «il rapporto risponda allo schema della *servitus*» (43). Ne risulta un quadro estremamente contraddittorio, che porta a ritenere che dietro alla nozione di tipicità aperta si celi in realtà il mancato riconoscimento di un sistema atipico.

<sup>555</sup> G. FRANCIOSI, *Il divieto*, cit., 107.

<sup>556</sup> P. BONFANTE, *Corso*, cit., III, 40. Si noti, nondimeno, che l’ultimo dei fattori rilevati pare deporre più per la tesi opposta a quella propugnata dall’autore. Un altro efficace riepilogo delle maggiori critiche avanzate contro la tesi dell’atipicità delle servitù si rinviene in S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 6 s.

Nondimeno i più partono, nella loro riflessione, da un dato che è stato forse eccessivamente sopravvalutato, ovvero la totale assenza nelle fonti romane di «qualsiasi formulazione o nozione generale di *servitus*»<sup>557</sup>, a fronte, invece, di numerosissimi elenchi di figure prediali<sup>558</sup>. Come si è già evidenziato, tale critica nasce forse da un approccio eccessivamente moderno al problema, che dimentica la complessità e la peculiarità della giurisprudenza romana: i *prudentes*, infatti, assumono assai di rado un approccio classificatorio e definitorio, tanto che l'assenza dell'enunciazione di un principio non dimostra inequivocabilmente la mancanza della relativa tendenza o addirittura il riconoscimento e l'applicazione dello stesso nell'ordinamento romano<sup>559</sup>.

Segue il rilievo che attiene ad una trattazione casistica da parte dei giuristi delle singole servitù, priva di alcun riferimento ad una categoria generale, cui rifarsi costantemente. Anche su tale argomento si è già notato come lo studio dei singoli tipi di volta in volta presentati nei casi proposti ai giuristi poteva essere finalizzato a verificarne la sovrapposizione ad uno dei tipi già esistenti, ovvero ad indagare i limiti delle singole figure citate<sup>560</sup>. A ciò si aggiunga che, come si è potuto vedere, proprio dall'analisi dei singoli *iura praediorum*, che non di rado venivano paragonati ed accostati gli uni agli altri, si ricavarono i principi che consentirono di tracciare i caratteri essenziali della *servitus*.

A ciò la dottrina tradizionale aggiunge la presenza nelle fonti di elenchi in cui viene citato un numero finito di *iura praediorum*, al posto di un generico riferimento alla categoria della servitù. Si è già evidenziato come gli stessi non siano completi e come palesemente abbiano l'unico scopo di menzionare alcune tra le più famose e ricorrenti figure prediali al solo fine esplicativo.

Sovente la nozione di tipicità nell'ambito dei diritti reali viene confrontata con quella impiegata per i contratti<sup>561</sup>. La tipicità contrattuale, pertanto, si interpreta nel senso che

---

<sup>557</sup> B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 40.

<sup>558</sup> Cfr. prima di ogni altro S. PEROZZI, *Sulla struttura*, cit., 11 s.; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 134.

<sup>559</sup> Cfr. S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 6 s.

<sup>560</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le servitù prediali: interessi contrastanti e cooperazione tra vicini*, in *BIDR*, CV, 2011, 415.

<sup>561</sup> Anzi come si rinviene in B. BIONDI, *La categoria*, cit., 630 con una riflessione che forse prova troppo, la tipicità delle servitù verrebbe confermata dal carattere tipico degli altri istituti giuridici dell'ordinamento romano: «tipiche sono tutte le figure giuridiche romane: tipiche le *obligationes*, i *contractus*, i delitti privati, i diritti reali, le disposizioni testamentarie. Tipiche dunque anche le *servitutes*». E ancora in B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 39: «Si può dire anzi che la tipicità sia uno dei lati più caratteristici del diritto romano, corrispondente a quel senso di concretezza, rifuggente dalle astrazioni, che caratterizza lo spirito latino. Tipiche, infatti, sono le *obligationes*, i *contractus*, i *delicta*, le *actiones*, le disposizioni testamentarie». Nondimeno il medesimo autore (B. BIONDI, *La categoria*, cit., 635) riconosce una differenziazione fondamentale tra la tipicità delle obbligazioni e

un negozio bilaterale volto alla produzione di effetti obbligatori non è giuridicamente riconosciuto se non ne è prevista la tutela tramite un'apposita formula nell'editto<sup>562</sup>.

Sebbene non paia metodologicamente corretto estendere il medesimo criterio alle servitù prediali, si può riscontrare anche in tale ambito è stata vagliata la prospettiva rimediale: sostiene, infatti, il Franciosi<sup>563</sup> che la tipicità delle più antiche servitù sarebbe strettamente ricollegabile all'esistenza di una tutela interdittale specifica per ciascuna di esse, poiché «in un sistema di figure tipiche ben definite e delimitate anche sotto il profilo quantitativo si chiarisce il rapporto tra la singola servitù e il singolo interdetto», ma «in una successiva fase di slargamento della categoria si spiega invece l'estensione della tutela a figure simili o il ricorso ad interdetti di carattere generale». Per l'autore le servitù non possono che essere considerate tipiche, poiché la giurisprudenza romana non le definì mai come categoria generale e non pose mai il criterio distintivo tra *iura praediorum rusticorum* e *urbanorum*, ma si limitò a studiare le figure prediali per singoli tipi<sup>564</sup>; nondimeno, come visto, non si esita a riconoscere la tendenza dell'ordinamento romano ad ammettere, a partire da una certa epoca, una tutela interdittale generalizzata per tutti gli *iura praediorum*.

Quanto alla tutela vindicatoria, è stato parimenti osservato come nell'Editto non venga citata un'unica formula, ma ne siano esposte diverse, esperibili per tipi di servitù scelti in base ad un criterio che non risulta ancora chiaro. Anche su tale punto, si è potuto osservare come in realtà le formule prescelte avessero probabilmente una funzione esemplificativa. Il loro esiguo numero rispetto al novero delle servitù riconosciute dalla giurisprudenza non può che suggerire che la *vindicatio servitutis* costituisse uno strumento processuale flessibile e che nella relativa *intentio* fosse riversato il contenuto del diritto prediale per la tutela del quale di volta in volta si agiva in giudizio.

A ciò si aggiunga un argomento suaccennato e spesso dimenticato, ovvero la necessità di un diverso criterio per quei diritti reali che nacquero in via giurisprudenziale e non pretoria. Se, infatti, il riconoscimento processuale dell'obbligazione ne

---

quella delle servitù: il novero delle obbligazioni ben presto si chiude, grazie anche al correttivo offerto dall'astrattezza della *stipulatio*, mentre il numero delle servitù continua costantemente ad aumentare attraverso il riconoscimento, sempre mediante gli stessi procedimenti, di nuovi tipi.

<sup>562</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità*, cit., c. 7.

<sup>563</sup> Cfr. F. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 41.

<sup>564</sup> Cfr. F. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 183. Pare, ancora una volta, che solo l'identificazione di una categoria omogenea consenta di ammettere l'atipicità delle servitù prediali.

rappresentava il momento genetico fondamentale, diversamente avvenne per le servitù e più in generale per gli *iura in re aliena* derivanti dallo *ius civile*. Al riguardo è stato, infatti, rettamente osservato quanto segue. «Tutti si può dire i diritti reali limitati di godimento, che sorsero dopo l'usufrutto e di cui conosciamo in modo sufficientemente chiaro il processo di formazione (*ius in agro vectiagli*, enfiteusi, superficie), e parimenti l'ipoteca e la proprietà pretoria, furono preceduti da rapporti soltanto personali.

Per tutti si ebbe quindi, storicamente, il salto dalla configurazione come rapporti obbligatori alla realtà e per tutti il salto venne compiuto sul piano processuale mediante l'estensione o la trasformazione della tutela da relativa in assoluta.

... il passaggio alla realtà avvenne grazie alla concessione di mezzi pretorii, mentre l'usufrutto – come il *dominium* e le servitù – si formò nell'ambito del *ius civile*, in cui la tutela processuale costituisce anche secondo noi un *posterius* rispetto alla pretesa sostanziale»<sup>565</sup>.

Proseguendo nell'analisi delle critiche rivolte al principio di atipicità, si deve rilevare, inoltre, come pare che la relativa nozione nell'ambito delle servitù soffra di un pregiudizio derivante dall'originaria e antica configurazione tipica di tali figure. Esse infatti, come più volte ribadito sulla scorta delle fonti esaminate, non nacquero da una categoria unitaria, bensì confluirono nella stessa<sup>566</sup>. Una delle più efficaci descrizioni del percorso evolutivo dei *iura praediorum* ci è resa da un autore che pare deporre proprio per la loro tipicità, nonostante le parole che seguono: «È certo che quello che affiora nell'orbita del diritto non è la servitù, ma un determinato e concreto tipo di servitù. La giurisprudenza poi in via di analogia, procedendo da questo primitivo tipo di rapporto o nucleo di rapporti, viene a riconoscere gradatamente, ad uno ad uno, altri diritti che presentavano affinità di struttura con quei tipi primitivi. Ognuno di questi rapporti ha propria denominazione e proprio regime ... Manca anzi una denominazione comprensiva»<sup>567</sup>.

Non pare, invero, si possa dubitare che le servitù nacquero per singoli tipi e vennero conseguentemente studiate dai *prudentes*, i quali secondo il tradizionale metodo casistico prendevano in esame il contenuto delle singole figure prediali: ne conseguì ovviamente una tipizzazione dei *iura praediorum*, ma non pare che questo possa escludere l'evoluzione

---

<sup>565</sup> F. GALLO, *Recensione a M. BRETONI, La nozione romana*, cit., 209.

<sup>566</sup> G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, in *SDHI*, III, 1937, ora in *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato: cose e diritti reali*, Torino, 2001, 196.

<sup>567</sup> B. BIONDI, *La categoria*, cit., 631.

di un sistema atipico, in cui accanto ai modelli già noti la prassi negoziale potesse idearne di nuovi rispondenti alle caratteristiche generali enucleate dai giuristi.

Prosegue, infatti, il Biondi: «Naturalmente in questo processo di sviluppo che determina l'ampliamento della categoria delle *servitutes*, si viene a delineare la dottrina degli elementi comuni che presentano i singoli tipi via via riconosciuti, giacché l'analogia, che era il processo tecnico con cui venivano riconosciuti i nuovi tipi, importava l'analisi della struttura di quelli già esistenti»<sup>568</sup>. Questo specifico riferimento metodologico risulta, peraltro, particolarmente rilevante, perché invero conferma l'intuizione per cui le nuove figure che emergevano nella prassi non potevano che derivare dalla variazione e dalla trasformazione di quelle già tipizzate e note ai privati<sup>569</sup>: dai tipi diffusi i *prudentes* potevano, quindi, estrarre quei caratteri essenziali che avrebbero dovuto essere presenti anche nelle nuove figure emerse autonomia negoziale.

Si riconosce, poi, che «Man mano che i tipi di servitù diventano sempre più numerosi, si sente la opportunità non solo di una denominazione complessiva, ma soprattutto di una dottrina generale dell'istituto ... Si delinea così sia la categoria che la dottrina delle *servitutes*. Accanto cioè al regime particolare per ciascun tipo di servitù, abbiamo una dottrina generale che vale per qualunque *servitus*»<sup>570</sup>.

Ne consegue inevitabilmente che lo studio dei giuristi procedesse con metodo casistico e quindi tipico, ma al contempo che il novero dei *iura praediorum* non costituisse un elenco chiuso ed immutabile e ciò è appunto testimoniato dal fatto che lo stesso si è arricchito in tutte le epoche storiche ad opera della giurisprudenza e sulla spinta della prassi negoziale: «È una categoria che mai si chiude o irrigidisce, ma è sempre in continuo sviluppo»<sup>571</sup>.

Secondo tale interpretazione, pertanto, la tipicità s'individuerebbe con l'enucleazione di un contenuto tipico, ovvero proprio di ogni figura prediale, da parte dei *prudentes* e

---

<sup>568</sup> B. BIONDI, *La categoria*, cit., 631.

<sup>569</sup> Lo stesso autore (B. BIONDI, *La categoria*, cit., 635 s.) evidenzia come al processo genetico dei nuovi tipi conferiscano il loro apporto il pretore e la giurisprudenza secondo le diverse competenze: «Mentre il giurista apporta il suo tecnicismo, il Pretore fornisce la sua autorità, sia che consenta la *in iure cessio* costitutiva di servitù, sia che rilasci la formula della *vindicatio servitutis*».

<sup>570</sup> B. BIONDI, *La categoria*, cit., 631.

<sup>571</sup> B. BIONDI, *La categoria*, cit., 635. In tal senso anche S. SEYED-MAHDAVI RUIZ, *Die rechtlichen Regelungen*, cit., 62: «der beschränkte Kreis der ländlichen und der städtischen Dienstbarkeiten ist im Laufe der Zeit stetig erweitert worden».

coesisterebbe con il numero aperto delle stesse<sup>572</sup>. Nondimeno, la ricostruzione operata pare pienamente conforme con quanto sinora esposto nella presente ricerca e, in larga parte, con quanto asserito dalla dottrina antitetica.

Vi sono, inoltre, autori che, pur riconoscendo la tendenziale apertura che si è potuta riscontrare nell'ambito della giurisprudenza romana<sup>573</sup>, nondimeno la riconducono all'utilizzo sapiente di uno strumento specifico, il *modus servitutis*. Si deve, tuttavia, osservare che tale ipotesi ricostruttiva non può prescindere dall'attribuzione a tale clausola di un ruolo forse soverchio, ovvero l'idoneità ad influire non solo sull'esercizio della figura prediale, ma anche sul suo contenuto, consentendo così, a loro avviso, all'autonomia negoziale di creare nuovi tipi di servitù<sup>574</sup>.

La prospettiva che, tuttavia, pare più logica ed apprezzabile nella valutazione della questione della tipicità delle servitù prediali è quella che accoglie un'impostazione diacronica. Il tema in esame, infatti, tratta di un'evoluzione che si è protratta per secoli nel corso della storia giuridica ed economica di Roma antica e perdere tale consapevolezza implicherebbe un eccessivo appiattimento della problematica che esso involge.

I dati su cui la dottrina pare concordare quasi unanimemente riguardano la nascita delle prime servitù rustiche, concepite appunto quali singole figure e comprese nel novero delle *res Mancipi*, nonché la condizione di libera atipicità registrabile in epoca giustiniana anche a causa di una significativa innovazione dei modi di costituzione delle servitù e dell'intervento del pretore a tutela di quelle che insistevano su fondi non italici. Ciò che, invece, si è storicamente verificato tra questi due estremi è, ormai da un secolo, oggetto di dibattito.

Dai passi che si sono potuti analizzare, nondimeno, pare evidente che nella tarda Repubblica la tendenza della prassi e conseguentemente dei *prudentes* era quella di ampliare il novero delle *servitutes*, che si accrebbero «incessantemente lungo tutto l'arco

---

<sup>572</sup> Cfr. B. BIONDI, *La categoria*, cit., 636: «Tipicità nel senso che ciascuna servitù ha un determinato contenuto legale». In tal senso si esprime anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II cit., 478, ma ancora in 495: «una certa interpretazione troppo rigida della tipicità delle servitù appare sfuocata rispetto all'esperienza giuridica romana come è attestata dai testi di cui disponiamo, sin dalla fine dell'età repubblicana».

<sup>573</sup> Cfr. A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO, *Diritto romano privato*<sup>2</sup>, Torino, 2017, 349 ss.

<sup>574</sup> In A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO, *Diritto romano*, cit., 350 si legge: «il *modus servitutis* poteva alterare notevolmente il contenuto tipico delle vecchie figure, finendo addirittura per crearne di nuove. Fu appunto l'uso sempre più fortemente innovativo di tale clausola che consentì alla giurisprudenza romana di arricchire in modo considerevole l'elenco originario delle servitù ... ».



dell'esperienza giuridica romana»<sup>575</sup>. Parimenti, è riscontrabile un irrigidimento della dottrina del Principato e dell'età imperiale, che tuttavia si adoperò lungamente per la definizione dei confini della *servitus*, intesa più come categoria dogmatica che come insieme di tipi diversi. Nondimeno, la giurisprudenza non sembra mai considerare l'elenco tassativo e chiuso a nuove figure, seguendo i ritmi sostenuti della concreta vita sociale<sup>576</sup>.

La ricostruzione più plausibile, quindi, riconosce che la prassi, nel modellare i rapporti in conformità alle esigenze concrete, non si curava in alcun modo della relativa qualificazione, di cui si occupava, invece, la giurisprudenza. Se, infatti, i privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale costituivano le singole facoltà in diritti distinti e autonomi, erano i giuristi che di volta in volta si occupavano dell'inquadramento di tali fattispecie nell'ambito dei rapporti obbligatori, ovvero nella sfera dei *iura in re aliena*, identificando il diritto posto al loro vaglio con l'usufrutto ovvero collocandolo fra le numerose servitù già riconosciute<sup>577</sup>.

In conclusione, nel quadro che si è sin qui delineato, pare evidente che il contributo della prassi negoziale sia stato essenziale per la configurazione di sempre nuovi *iura praediorum* e, a fronte di una ricostruzione su cui sembra concorde larga parte della dottrina, si reputa ormai superfluo l'impiego di una o dell'altra definizione, nel rischio di ingenerare dibattiti sterili e forieri di inutili incomprensioni, nonché nella piena consapevolezza che tale necessità definitoria è espressione dell'approccio più remoto dal metodo scientifico impiegato dalla giurisprudenza romana.

---

<sup>575</sup> A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO, *Diritto romano*, cit., 349.

<sup>576</sup> G. GROSSO, *L'evoluzione*, cit., 214. Il medesimo autore, tuttavia, qualche pagina dopo afferma che le singole utilità dei fondi non sono valutate «dal punto di vista della loro rispondenza a certi caratteri generali», contrariamente a quanto si è cercato di dimostrare in questo capitolo.

<sup>577</sup> Cfr. G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 215: «I contenuti delle servitù finirono per moltiplicarsi, ma ... era la giurisprudenza ad accogliere il rapporto pratico nello schema del *ius praedii*». L'autore, pur propendendo per la tesi della tipicità delle servitù, non manca, tuttavia, di riconoscere la varietà di diritti servili emergenti dalle fonti epigrafiche.

### CAPITOLO III

#### L'AUTONOMIA NEGOZIALE NELL'ESERCIZIO DELLE SERVITÙ

SOMMARIO: 1. L'*usus* antico. - 2. *Leges mancipii*. - 3. La tutela interdittale. - 4. *Modus servitutis*. - 5. *Pactionibus et stipulationibus*.

##### 1. L'*usus*' antico.

L'*usus* nel tema in esame, viene primariamente in rilievo, in ragione della sua funzione acquisitiva<sup>578</sup>. Nel diritto arcaico, infatti, l'*usus* protratto nel tempo era idoneo a consentire la costituzione di determinati diritti<sup>579</sup>.

Preme, anzitutto, accennare alla differenza tra *usus*, *usucapio* e *vetustas*. L'*usus*, in relazione alle servitù, si concretava nel mero esercizio del diritto<sup>580</sup>. Quanto agli altri due istituti, se la seconda nozione richiedeva una precisa fattispecie dotata di determinati requisiti, quali la *bona fides* e la *iusta causa*, che dovevano sussistere all'inizio dell'arco temporale necessario all'acquisto del diritto, la *vetustas* si poneva piuttosto come correttivo, nell'ipotesi in cui della genesi del diritto considerato si sia persa ogni traccia. È, pertanto, evidente come gli ultimi due istituti in epoca classica fossero tra loro incompatibili<sup>581</sup>. Sotto una prospettiva funzionale, l'*usucapio* nasceva dall'esigenza di consolidare situazioni di fatto protrattesi per un certo periodo di tempo ed era volta a

---

<sup>578</sup> Sull'*usus* in epoca decemvirale ci è tramandato da Tab. VI.3 (FIRA, I<sup>2</sup>, 44) Cic. *top.* 4.23: *Usus auctoritas fundi biennium est... ceterarum rerum omnium annuus est usus*. Sulla derivazione dell'*usucapio* dall'*usus* si rimanda, per tutti, a R. BASILE, '*Usus servitutis*' e tutela interdittale, Padova, 2012, 204 ss. e soprattutto 223 ss.

<sup>579</sup> Cfr. L. VACCA, voce *Usucapione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, 991 ss.

<sup>580</sup> Cfr. G. NICOSIA, *Il possesso. I. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-96<sup>2</sup>*, Catania, 2008, 81.

<sup>581</sup> Cfr. F. ZUCCOTTI, *Le servitù*, cit., 1044, che, nondimeno, precisa: «ma per quanto riguarda l'età postclassica, anche non considerando ulteriori fattori generali, l'acquisto per così dire indiretto del diritto tramite il consolidarsi della situazione di fatto, dovuto al venir meno dell'azione che potrebbe dimostrarne l'antigiuridicità, conduce inevitabilmente ad una prospettiva in cui ciò che conta è il tempo trascorso nell'esercizio della servitù, divenendo ormai del tutto trascurabile quel momento iniziale di tale situazione di fatto che era invece decisiva agli effetti dell'usucapione, e dove quindi l'irrilevanza del momento iniziale imprescindibile nell'usucapione classica accomuna la *vetustas* e il *diuturnum silentium* utile alla *longi temporis praescriptio* dell'azione in un decisivo consolidarsi dello stato di fatto attraverso il decorso del tempo in situazione di diritto, che conduce per tal verso ad una sorta di acquisto della servitù indipendente dal momento iniziale in cui l'esercizio ha avuto origine e dal suo atteggiarsi giuridico. La servitù che viene ad esistenza, in tale prospettiva, risulta quindi un diritto sorto attraverso il corso del tempo ma senza più rilevanza del momento iniziale di esercizio, e dunque un acquisto prescrittivo anomalo rispetto ai canoni del diritto romano classico, che giudicava invece la validità dell'usucapione in base agli elementi caratterizzanti il suo momento iniziale». Sul punto anche V. MANNINO, *La tolleranza*, cit., 55 ss.

garantire loro adeguata tutela. Lo scopo era, quindi, impedire che situazioni non chiaramente definite dal punto di vista giuridico potessero determinare un'incertezza dei diritti persi o acquisiti<sup>582</sup>.

Esula, pertanto, dalla presente ricerca lo studio delle *prätorischen Servituten*<sup>583</sup>, che rappresentano anche in questo ambito il consueto dualismo *ius civile/ius honorarium*<sup>584</sup>: per quanto lo studio delle stesse potrebbe essere utile per dimostrare un'ulteriore apertura della categoria dei diritti reali ad una conformazione atipica, esse, come dice la denominazione nata nella pandettistica tedesca<sup>585</sup>, trovavano tutela ad opera del pretore e come tali non possono provare l'esistenza di un sistema atipico di servitù civili, in cui l'autonomia privata potesse spaziare liberamente.

Sull'usucapione antica delle servitù ci è data notizia da un frammento del Digesto.

---

<sup>582</sup> F. ZUCCOTTI, *Le servitù*, cit., 1018. Il medesimo autore, inoltre, (1025) ipotizza come il ruolo dell'*usus* e soprattutto dell'*usucapio* fosse primariamente quello di strumento processuale volto alla dimostrazione dell'esistenza del diritto, piuttosto che come modo di acquisto dello stesso. L'*usus* acquisitivo, pertanto, sarebbe stato soprattutto «un irrinunciabile mezzo per sanare con il tempo eventuali difetti o comunque elementi contestabili dalla controparte nel negozio che aveva dato luogo a tale diritto». A conferma di tale teoria, lo Zuccotti cita l'acquisto della *manus* sulla moglie mediante il trascorrere del tempo. La *patientia* di epoca giustiniana avrebbe il medesimo scopo, ovvero di sanatoria delle servitù costituite senza l'apposita *stipulatio* (1041 ss.). È di notevole rilevanza, tuttavia, quanto nota alle pagine seguenti l'autore (1043), ovvero che in tema di *vetustas* si riporti la costituzione di una *quasi servitus*: tale diritto, invero, non sarebbe tutelabile mediante l'ordinario rimedio vindicatorio, quanto piuttosto tramite un'*actio utilis*, in base a quanto si può ricavare dal seguente frammento. Ulp. 53 ad ed. D. 39.3.1.23: ... *Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non inveniatur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutum videatur. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus: eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum*. Nondimeno, l'azione utile pare soccorre anche colui che possa vantare un *diuturnus usus* o una *longa quasi possessio* dell'acquedotto, indipendentemente dal suo titolo acquisitivo, come risulta da un altro passo ulpiano. Ulp. 53 ad ed. D. 8.5.10 pr.: *Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse*. Su tali passi si legga anche V. MANNINO, *La tolleranza*, cit., 69 ss. e 101 ss. e successivamente V. MANNINO, *La tolleranza*, cit., 145 ss. Il medesimo autore, peraltro, evidenzia (55 ss.) come la tutela apprestata in tal caso alle servitù così costituite fosse appunto un'*actio Publiciana* basata non tanto sulla  *fictio temporis* relativa ai requisiti di maturazione dell'usucapione, stante il permanere dell'inusucapibilità delle *servitutes*, quanto piuttosto sulla  *fictio iuris*, consistente nell'ordine diretto al giudice di valutare come se fosse intervenuto un modo di costituzione *iure civili*.

<sup>583</sup> Su tali figure non si può che rinviare a C.A. MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in BIDR, XLVI, 1939, 282 ss. e all'ampia trattazione fattane in F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle cosiddette servitù pretorie*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del convegno in memoria di A. Biscardi (Siena, certosa di Pontignano, 13-15 settembre 2001)*, Milano, 2011, 277 ss.

<sup>584</sup> Cfr. S. RICCOBONO, *'Dies' e 'condicio' nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (fr. 4 D. VIII, 1)*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, III.2, 1922, 356 s.

<sup>585</sup> Cfr. H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, Münster, 1911.

Paul. 54 *ad ed. D. 41.3.4.28 (29): Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. ...*

Il passo attiene all'estinzione delle servitù per *non usus*<sup>586</sup>: la *libertas* del fondo dalla servitù può essere usucapita, poiché la *lex Scribonia* abolì l'usucapione acquisitiva e non quella estintiva<sup>587</sup>. Di tale atto legislativo oggi si sa troppo poco. Si ipotizza che si trattasse di un plebiscito del tribuno C. Scribonius Curio<sup>588</sup>. La datazione della legge, tuttavia, è discussa e la maggior parte degli autori tende collocarla temporalmente attorno al 50 a.C.<sup>589</sup>.

La principale ragione di tale intervento legislativo è rinvenuta in un esplicito *favor libertatis*, per tutelare il *dominium* da oneri sulla cui costituzione il proprietario stesso poteva non avere il controllo<sup>590</sup>. Nondimeno, la sua collocazione cronologica nel I secolo a.C. ha portato parte autorevole della dottrina a dubitare che per soddisfare tale scopo fosse

---

<sup>586</sup> Si tratta della sola fonte che cita espressamente tale legge e le motivazioni rinvenute nella dottrina sono duplici. Alcuni autori, infatti, sostengono che gli stessi giuristi classici abbiano eliminato tutte le menzioni della *lex Scribonia*, dopo aver addotto la giustificazione dogmatica di cui si dirà *infra* per l'iusucapibilità delle servitù (cfr. B. BIONDI, *La categoria*, cit., 662 s., ID., *Le servitù*, cit., 37, 277, G. FRANCIOSI, *'Usucapio pro herede'. Contributo allo studio dell'antica 'hereditas'*, Napoli, 1965, 174). Altri, invece, ritengono più probabile che furono i compilatori a toglierne ogni riferimento, avendo esteso alle servitù la *longi temporis praescriptio*. In tal senso E. LEVY, *Usureceptio servitutis*, in *Studi in onore di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 221, C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 237 nt. 79; R. BASILE, *Usus servitutis*, cit., 94 nt. 38. Sull'applicazione dell'*usucapio*, prima della suddetta legge, alle sole servitù rustiche si veda S. PEROZZI, *Problemi di origini*, cit., 208, 216, ora in *Scritti giuridici*, cit., 544, 551; ID., *Istituzioni*, cit., 650 ntt. 1 e 5, 651 nt. 1, 769; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino, 1911, 260; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, Napoli 1932, 66; ID., *Requisiti*, 108 nt. 69; P. BONFANTE, *Corso*, cit., 143; ID., *Istituzioni*, cit., 278 s.; A. WATSON, *Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh, 1971, 63 e nt. 7. Altra parte della dottrina, invece, ritiene che questo potesse avvenire addirittura solo per gli *iura itinerum* e l'*aquaeductus*: E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, 347, 412; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 223 s.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 452 ss.; ID., *La 'lex Scribonia' e la usucapione delle 'res incorporales'*, in *Ai margini della proprietà fondiaria*<sup>3</sup>, Roma 1998, 124 s., ora in *La 'lex Scribonia' e la usucapione delle 'res incorporales'*, in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, 91 ss.; ID., *Alle origini di un divieto legislativo: la 'lex Scribonia'*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, I, Napoli 1997, 84. Infine, altri ne ammettono l'estensione anche alle servitù urbane G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 189 e nt. 5, 244 ss.; ID., *Schemi giuridici*, cit., 271; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 276, 285; F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 131 s., 135, 139, 143 s.; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 242, 243.

<sup>587</sup> Sulle ragioni sottostanti la *lex Scribonia* si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sulla 'lex Scribonia'*, in *Index*, XXII, 1994, 211 ss. e IDEM, *La 'lex Scribonia'*, cit., 107 ss.

<sup>588</sup> Cfr. S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 107, il quale, per vero, non adduce giustificazioni.

<sup>589</sup> *Ex multis*, G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 189 e G. D'ANGELO, *Sulla 'lex Scribonia de usucapione servitutium'*, in *AUPA*, LVI, 2013, 25.

<sup>590</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 769, G. BRANCA, *Non uso e prescrizione*, in *Scritti in onore di C. Ferrini in occasione della sua beatificazione*, I, Milano, 1947, 176, E. LEVY, *Usureceptio*, cit., 229, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, 373, G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 149 ss., A. BURDESE, *Sulla configurazione*, cit., 514. A conferma di ciò F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 143 s. nota come la legge in questione non abolì l'*usucapio libertatis*. Cfr. anche G. NICOSIA, *Il possesso*, cit., il quale sostiene che la legge considerata non abolì l'*usucapio servitutis*, quanto piuttosto l'*usus servitutis*.

necessario un apposito intervento legislativo e non si potesse semplicemente ricorrere, così come era avvenuto per numerosi altri mutamenti nell'ambito dei *iura praediorum*, all'instancabile opera dei *prudentes*<sup>591</sup>. Ciò è detto anche in ragione del fatto che proprio in quell'arco temporale l'istituto dell'*usucapio* stava assumendo le caratteristiche che gli sono proprie e che, quindi, per poter maturare l'usucapione di una servitù, era necessario che oltre alla *possessio* del diritto coesistessero anche buona fede e *iusta causa*. Essa, invero, doveva, comunque, riconoscersi in un titolo astrattamente idoneo all'acquisto della *servitus* e come tale era esclusa in ipotesi di abusivo comportamento dei vicini<sup>592</sup>. È stata, quindi, avanzata l'ipotesi che questa legge fosse riconducibile ad un'epoca più risalente ed in particolare al 149 a.C.<sup>593</sup>.

Tuttavia, le fonti riconducono l'inusucapibilità delle servitù anche ad altre ragioni, non riconducibili ad un intervento legislativo, ma elaborate nell'ambito della scienza giurisprudenziale.

Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.1.14 pr.: *Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.*

Le servitù prediali infatti, sia rustiche che urbane, nonostante accedessero a cose corporali, nondimeno erano incorporali e, come tali, non si potevano usucapire. A ciò si aggiunga che le servitù non comportavano un possesso certo e continuo: non si poteva concepire, infatti, che uno passasse perpetuamente e con tale assiduità da non interrompere mai in nessun momento il suo possesso<sup>594</sup>. Tale argomentazione, inoltre, ricorre anche in due brevi frammenti gaiani.

---

<sup>591</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 440 ss., F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 142 s. e G. D'ANGELO, *Sulla 'lex Scribonia'*, cit., 20.

<sup>592</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 444; *contra* G. D'ANGELO, *Sulla 'lex Scribonia'*, cit. 24.

<sup>593</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 445, il quale ricollega tale intervento normativo al tribuno *L. Scribonius Libo*.

<sup>594</sup> Sui dubbi avanzati in merito alla genuinità del passo si rimanda a F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 141 s., con relativa bibliografia.

Gai 7 *ad ed. prov.* D. 41.1.43.1: *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.*

Gai 4 *ad ed. prov.* D. 41.3.9: *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus.*

Le ragioni ispiranti la *lex Scribonia* sono, tuttavia, marginali rispetto alla presente ricerca: ciò che preme evidenziare è come l'*usus* ebbe probabilmente una particolare valenza nella prima epoca repubblicana<sup>595</sup>, a cui risale l'emersione delle servitù più antiche. La costituzione delle stesse, avvenuta ad opera dei privati, rimane generalmente oscura nelle sue modalità concrete<sup>596</sup>. Si può, quindi, ipotizzare che esse non siano state costituite inizialmente mediante i modi ordinari o *lex mancipii*, quanto piuttosto facendo ricorso ad una modalità molto più semplice ed immediata, l'*usus*. L'esercizio, protratto nel tempo, delle facoltà che divennero poi il contenuto dei primi *iura praediorum* era tale da consentire il consolidamento di una situazione di fatto in una realtà giuridicamente riconosciuta<sup>597</sup>.

L'usucapibilità delle prime servitù, peraltro, risulta perfettamente compatibile, come plurime volte rilevato, con la loro configurazione quali *res corporales*, identificate concretamente con la *portio fundi* su cui insisteva il loro esercizio. Quanto alle servitù urbane è possibile che inizialmente alle stesse sia stato esteso il medesimo regime, anche in ragione forse della loro parziale immedesimazione con l'edificio<sup>598</sup>. Nondimeno, la loro introduzione e soprattutto quella dei *iura praediorum urbanorum* recenziori dovette più

---

<sup>595</sup> Resta irrisolta, secondo L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sulla 'lex Scribonia'*, cit., 228 s. e ID., *Alle origini*, cit., 80 ss., la contraddizione presente in epoca classica dovuta alla salvaguardia dell'*usus servitutis* attuata mediante tutela interdittale e, contemporaneamente alla sua inidoneità a conseguire l'*usucapio*. *Contra* F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 137 s.

<sup>596</sup> La dottrina maggioritaria (cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 650 nt. 5, S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 5 e B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 274) ritiene che l'*usus* delle servitù si compisse in un *biennium*.

<sup>597</sup> Cfr. A. BURDESE, *Recensione* a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., 386.

<sup>598</sup> G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 189 e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 454 ss., il quale ipotizza che la portata proibitiva della *lex Scribonia* investisse interamente, quali oggetti, *viae* e *rivi*, indipendentemente dal diritto che sugli stessi si potesse usucapire. Per quanto attiene, invece, a Cic. *top.* 5.26-27 in riferimento al tema in questione si rimanda a G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 149 ss., *contra* D'ANGELO, *Sulla 'lex Scribonia'*, cit., 25. In particolare, G. D'ANGELO, *Sulla 'lex Scribonia'*, cit., 24, avanza due ipotesi: che le servitù non estrinsecantesi in segni visibili potessero essere usucapite senza che il *dominus fundi* se ne rendesse conto, poiché ignaro del loro esercizio e, pertanto, incapace di porre in essere qualsiasi atto impeditivo della stessa; ovvero che il proprietario, pur avvedendosi di tali attività, le tollerasse meramente e che, invece, in un secondo momento il vicino pretendesse di aver usucapito.

probabilmente avvenire tramite un altro modo di costituzione, non solo per la differente configurazione delle stesse, che sovente erano negative, ma anche per l'evoluzione dell'*usus* nel più compiuto istituto dell'*usucapio*<sup>599</sup> e, successivamente, per la suddetta abolizione dell'*usucapio* ad opera della *lex Scribonia*.

## 2 *Leges mancipii*'.

Si vuole, quindi, tentare di ipotizzare quale fosse lo strumento che la prassi impiegò per introdurre nuove figure prediali, che si aggiungevano a quelle già esistenti, secondo i bisogni che si palesavano nella quotidianità della vita agricola o urbana<sup>600</sup>. Un'eco di tale atteggiamento può forse rinvenirsi nelle *leges mancipii*. Esse sono definibili come dichiarazioni con cui le parti precisavano alcune caratteristiche intrinseche del bene, fossero esse materiali o giuridiche<sup>601</sup>. Tali clausole ricorrevano frequentemente nelle *mancipationes* nei contesti più vari, ma svolgendo sempre una funzione accessoria<sup>602</sup>.

Nell'ambito da noi considerato, le *leges* erano inserite nella *mancipatio* traslativa della proprietà di determinati fondi, cui si aggiungeva appunto un'ulteriore disposizione che garantisse la sussistenza di un preciso rapporto tra campi o edifici. Si ancorava, pertanto, al fondo medesimo un determinato asservimento di quello vicino, giungendo così a sancire la realtà del rapporto, attraverso un passaggio intermedio rappresentato dal carattere della predialità<sup>603</sup>. Generalmente, pertanto, come si è potuto vedere più volte

---

<sup>599</sup> Cfr. L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 998.

<sup>600</sup> G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 207: «Se il pensiero giurisprudenziale è giunto ad elaborare la nuova categoria del *ius in re* distinto dalla proprietà partendo da un dato atteggiamento della prassi che regolava in via obbligatoria certi rapporti, è compito preciso dello studioso ricostruire le tappe di questa evoluzione di pensiero. L'opposta posizione finisce per patire di una concezione illuministica delle servitù cristallizzate entro uno schema astratto e avulse dalla sua cornice storica, e disconosce oltretutto anche il rapporto tra la prassi, che offre la materia prima, e la scienza giuridica che vaglia ed elabora detta materia, la quale costituisce spesso il prodotto delle spontanee vedute popolari. Se un simile canone metodologico dovesse generalizzarsi dovremmo negare, ad esempio, che nello studio della *superficies* si debbano prendere in considerazione le fasi di sviluppo dell'istituto che precedettero la concessione dell'*actio in rem* e quindi l'atteggiarsi dello stesso come vero e proprio diritto reale. Ma su questa posizione crediamo non si possa convenire».

<sup>601</sup> Cfr. S. RANDAZZO, *Leges mancipii*'. *Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, 87. L'autore, nondimeno, al termine della relativa trattazione (163 ss.) esclude l'efficacia reale delle *leges mancipii* in riferimento ai *iura praediorum*, allegando quale argomentazione la circostanza che la *mentio servitutis* rilevi la sussistenza sull'immobile di preesistenti servitù; tuttavia, pare opportuno rilevare come il trasferimento dell'immobile con tutti gli oneri servili già esistenti comporti inevitabilmente anche l'effetto traslativo degli stessi e, conseguentemente, l'efficacia reale delle relative clausole. A ciò si aggiunga, che spesso le *leges mancipii*, come si vedrà *infra*, attengono alla particolare fattispecie per cui il proprietario di due fondi, nell'alienarne uno, costituisca a favore dello stesso o di quello che trattiene una servitù: anche in tale ipotesi non si può che riconoscere inevitabilmente il prodursi di effetti reali della clausola considerata.

<sup>602</sup> S. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., 94.

<sup>603</sup> Cfr. G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 208.

nel corso della presente trattazione, la struttura negoziale prevedeva che un proprietario di due fondi vicini ne alienasse uno solo, imponendo a carico di quello che tratteneva per sé o di quello che vendeva una servitù a vantaggio dell'altro e a tale scopo inseriva appunto un'apposita clausola nella *mancipatio*<sup>604</sup>.

Le fonti, giuridiche e letterarie, ci riportano alcune di queste formule.

Per quanto attiene alle servitù di *stillicidium* e di *flumen* ci soccorre Varrone<sup>605</sup>.

Varro *l.l.* 5.27: *Fluvius, quod fluit, item flumen: a quo lege praediorum urbanorum scribitur: Stillicidia fluminaque uti nunc, ut ita cadant fluantque.*

La *lex mancipii* riferita al primo di questi due *iura praediorum urbanorum*, inoltre, la si ritrova anche nel Digesto.

Ulp. 29 *ad Sab.* D. 8.2.17.3: *Haec lex traditionis 'stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint' hoc significat impositam vicinis necessitatem stillicidiorum excipiendorum, non illud, ut etiam emptor stillicidia suscipiat aedificiorum vicinorum: hoc igitur pollicetur venditor sibi quidem stillicidiorum servitatem deberi, se autem nulli debere.*

Con tale formula, pertanto, come riporta Ulpiano, si assicura al compratore la servitù di stillicidio nei confronti degli edifici vicini<sup>606</sup>.

Una clausola simile si può rinvenire anche per la *servitus luminum*, sempre tramandataci da testimonianze sia letterarie che giuridiche<sup>607</sup>.

---

<sup>604</sup> Cfr. G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 50 ss.

<sup>605</sup> La distinzione tra *flumina* e *stillicidia* è significativa anche nelle fonti giuridiche e ciò pare potersi desumere dalla seguente fonte. Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.2.20.5: *Stillicidium quoquo modo adquisitum sit, altius tolli potest: levior enim fit eo facto servitus, cum quod ex alto, cadet lenius et interdum direptum nec perveniat ad locum servientem: inferius demitti non potest, quia fit gravior servitus, id est pro stillicidio flumen. eadem causa retro duci potest stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere, produci non potest, ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo posita servitus est: lenius facere poterimus, acrius non. Et omnino sciendum est meliorem vicini condicionem fieri posse, deteriore non posse, nisi aliquid nominatim servitute imponenda immutatum fuerit.* In tale passo Paolo si sofferma a valutare tutte le variazioni di esercizio che il titolare del fondo dominante poteva autonomamente apportare allo *stillicidium*: esse erano comunque apprezzabili, poiché poteva essere innalzato il livello di caduta dell'acqua o se ne poteva arretrare il punto di sgocciolamento; tuttavia, non era consentito spostarlo in avanti e, parimenti, non poteva abbassarsi il livello della caduta. Diversamente, la servitù da stillicidio si sarebbe trasformata in una di scolo.

<sup>606</sup> Sulla riferibilità di queste due fonti alla *mancipatio* si legga S. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., 99 s.

<sup>607</sup> Nuovamente, si legga S. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., 100 s. per la riferibilità di queste fonti alla *mancipatio*, così come per il frammento che segue.



Cic. orat. 1.39.179: *nam cum aedes – M. Buculeius – L. Fufio venderet, in mancipio lumina, uti tum essent, ita recepit;*

Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.2.23 pr.: *Si servitus imposita fuerit ‘lumina quae nunc sunt, ut ita sint’, de futuris luminibus nihil caveri videtur: ...*<sup>608</sup>

Ed, infine, i compilatori hanno raccolto anche la formula relativa all’*oneris ferendi*<sup>609</sup>.

Paul. 5 *ep. Alfeni dig.* D. 8.2.33: ... *Nam cum in lege aedium ita scriptum esset: ‘paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit’, satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: ...*

Sebbene queste clausole ci siano state tradite nella loro precisa formulazione solo in riferimento alle servitù urbane<sup>610</sup>, pare lecito supporre che ne esistessero di simili anche

---

<sup>608</sup> Su tale frammento, M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 287 ss. fonda in parte la sua teoria sulla differenza qualitativa e quantitativa tra le servitù *luminum* e *ne luminibus officiatur*. Pare, nondimeno, che la tesi sia sprovvista di dati testuali, quando si voglia sostenere che l’evoluzione dell’una dall’altra sia derivata dall’applicazione del *modus servitutis*. Inoltre, si deve rilevare come il passo considerato sia volto all’analisi giurisprudenziale di formulazioni contrattuali rinvenute nella prassi e non possa, ad avviso della scrivente, sostenere un’intera indagine dogmatica volta alla compiuta definizione delle differenze tra le due servitù urbane. Tuttavia, volendo anche ammettere la coerenza logica di tale argomentazione, che viene ripetuta dall’autrice per ogni sottocategoria di *iura praediorum urbanorum* (241 ss.) e che - lo si ribadisce - non convince, non si spiegherebbe come i privati possano aver impiegato il *modus* per derivare una sottocategoria dall’altra, essendo gli *iura parietum*, i *luminum*, i *stillicidiorum*, ontologicamente ed essenzialmente diversi gli uni dagli altri. Sarebbe, pertanto, illogico e indubbiamente sprovvisto di supporto testuale, ipotizzare che l’uso del *modus* abbia permesso il balzo dall’uno all’altro gruppo. Infine, si rileva come le distinzioni tra i diversi *iura praediorum*, pur all’interno della medesima sottocategoria, che l’autrice evidenzia e definisce ‘variazioni nella determinazione dei profili quantitativi e/o qualitativi della servitù’, spesso non siano alterazioni di poco momento, ma differenziazioni contenutistiche significative. Non deve stupire, inoltre, che spesso nel medesimo sottogruppo le figure prediali si assomiglino, poiché è probabile che i privati, nell’idearne di nuove, spesso prendessero a modello quelle già esistenti, modificandone, tuttavia, sensibilmente la struttura contenutistica, tant’è che sovente l’*utilitas* soddisfatta dalle stesse era diversa. Si pensi solamente alla *servitus ne luminibus officiatur* e quella *ne prospectui officiatur*, che pure potevano tradursi concretamente nel medesimo *non facere* per il proprietario del fondo servente, ma che sottendevano due utilità nettamente distinte. Sul punto si legga A. BIGNARDI, *‘De suo iure agere oportet’*. *Contributo allo studio della ‘regula iuris’*, Milano, 1992, 150 ss. Tale argomentazione raggiunge poi il suo esito estremo se si pensa ai *iura aquarum* o alle servitù rustiche più recenti, sulla cui genesi non ci sarebbe in tal modo alcuna spiegazione. Non pare, in definitiva, sufficientemente dimostrato, attraverso il dato testuale, che le modifiche più significative ai modelli già tipizzati, che determinarono, incidendo sull’*utilitas* del *ius praedii*, la genesi di una nuova figura, siano avvenute a mezzo del *modus servitutis*. Tali rilievi non sono superabili ammettendo un diverso ruolo del *modus* nel momento genetico di una singola servitù o nel momento in cui la stessa si è già cristallizzata nel suo contenuto tipico (321), circostanza che comunque rimane da dimostrare.

<sup>609</sup> Sulle conseguenti nozioni di *aedes servae*, *area servae*, *aedes servas facere* e simili si veda G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 210 s.

<sup>610</sup> I frammenti in materia di servitù rustiche non paiono altrettanto incontrovertibili sul punto, come rilevato da S. RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., 102, il quale avanza fondati dubbi su Gai 7 *ad ed. prov.* D. 8.4.3, che ragionevolmente dovrebbe essere riferito ai fondi provinciali. Diversamente, sembra molto più probabile il riferimento alla *lex mancipi* in Ulp. 28 *ad Sab.* D. 8.4.6 pr.: *Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant:*

per le servitù rustiche e che lo stesso sistema fosse utilizzato anche e soprattutto per i più antichi *iura praediorum*.

Si deve notare, inoltre, come da alcune fonti, quali Pomp. 32 *ad Sab.* D. 8.6.19 pr. e Paul. 4 *ep. Alfeni dig.* D. 18.1.40 si evinca chiaramente come la *lex* sia una clausola del contratto di vendita<sup>611</sup>, circostanza che invece non risulta altrettanto chiara in altri passi della compilazione, tali da far sorgere il dubbio se la clausola fosse apposta al contratto *de servitute constituenda*<sup>612</sup> o all'atto costitutivo della servitù o traslativo della proprietà di uno dei due fondi<sup>613</sup>.

Più sicura, invece, la conclusione su altro passo, che riporta il caso frequente di un proprietario che, nell'alienare uno dei due fondi di cui è titolare, imponga a quello che trattiene per sé un *ius praedii*, nello specifico una servitù di acquedotto.

Paul 2 *resp.* D. 8.3.36: *Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est.*

Il caso è arricchito dalla circostanza che il fondo acquistato viene alienato una prima e una seconda volta e, ovviamente, la servitù costituita a suo vantaggio, segue il destino dello stesso, senza che abbia alcun peso sulla valutazione del giurista la *stipulatio*, pronunciata a favore del primo compratore, con cui gli si prometteva una pena, qualora gli fosse stato impedito il godimento della suddetta servitù.

---

*parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non. Idem erit et in praediis rusticis: nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas, quia neque acquirere alienis aedibus servitatem neque imponere potest.*

<sup>611</sup> Cfr. in tal senso anche S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 100, il quale riconduce tale ambivalenza all'intervento dei compilatori, che vollero eliminare il riferimento di tali clausole alla *mancipatio* o *in iure cessio*, negozi solenni di costituzione delle servitù, che in epoca giustiniana vennero meno.

<sup>612</sup> Paul 2 *ep. Alfeni dig.* D. 8.3.29: *Qui duo praedia confinia habuerat, superiorem fundum vendiderat: in lege ita dixerat, ut aquam sulco aperto emptori educere in fundum inferiorem recte liceat: si emptor ex alio fundo aquam acciperet et eam in inferiorem ducere vellet, quaesitum est, an possit id suo iure facere nec ne. Respondi nihil amplius, quam quod ipsius fundi siccandi causa derivaret, vicinum inferiorem recipere debere.* Il passo ha una formulazione estremamente ambigua per l'aspetto che in questa sede rileva, nondimeno S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 100 lo porta quale esempio di testimonianza in cui si può chiaramente dedurre che la *lex* fosse inserita nell'atto costitutivo.

<sup>613</sup> Cfr. Paul 4 *ep. Alfeni dig.* D. 8.2.33: *... Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet. Nam cum in lege aedium ita scriptum esset: 'paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit' ...*

In tale ipotesi si deve necessariamente ipotizzare che al contratto di compravendita sia seguita una *mancipatio*, senza la quale non si sarebbe prodotto l'effetto traslativo e non sarebbe stato possibile alienare una seconda volta il fondo dominante. Secondariamente, si deve ritenere che in tale atto fosse inserita una *lex* in cui si cedeva l'acquedotto, che altrimenti non sarebbe stato acquisito dal compratore<sup>614</sup>. Preme rilevare come tutto ciò non venga specificato da Paolo: il giurista sembra, quindi, sottintendere la struttura dell'operazione giuridica e forse tale omissione è riconducibile ad una frequente ricorrenza della medesima, che, quindi, ai suoi occhi, doveva apparire l'assetto abituale in codesti casi.

Tale ricostruzione sarebbe anche confermata dal passo che segue.

Pomp. 31 *ad Q. Mucium* D. 18.1.66 pr.: *In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.*

Se, quindi, secondo l'insegnamento di Pomponio, alcuni pesi o garanzie non necessitano di essere esplicitamente dedotti nell'atto di compravendita, affinché sorga l'obbligo di prestarsi, poiché sono implicitamente ricompresi nell'alienazione del fondo; diversamente avviene, invece, per le servitù (rustiche o urbane). Solo se queste sono espressamente richiamate, sorgerà in capo al venditore l'obbligo di prestarle successivamente e quindi, si presume, nel momento della *mancipatio* del fondo servente: questa, invero, pare la lettura più logica di *praestatu iri*<sup>615</sup>.

Le *leges mancipii* dovettero avere, in conclusione, un ruolo di non poco momento nella costituzione di nuove servitù, che i privati ideavano ed inserivano nel negozio traslativo della proprietà del fondo, tramite *deductio*.

---

<sup>614</sup> Cfr. in tal senso anche S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 101, nonostante i rilievi interpolazionistici.

<sup>615</sup> Allo stesso modo lo traduce S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 102.

## 2. La tutela interdittale.

L'esercizio del diritto ha, inoltre, un rilievo notevole sotto il profilo rimediale. Le servitù godono, nel loro momento applicativo, della tutela interdittale<sup>616</sup>: trattasi generalmente di strumenti volti a garantire la protezione di una determinata situazione di fatto del fondo dominante, che si esplicava nell'esercizio di facoltà che potevano costituire un *ius praedii*, sebbene sovente tali rimedi non fossero stati appositamente ideati per la salvaguardia di tale diritto reale<sup>617</sup>.

Il rimedio interdittale, pertanto, era dotato di una notevole praticità, che lo distingueva in un primo momento quanto a flessibilità dalla tutela vindicatoria, poiché la legittimazione passiva dello stesso veniva riconosciuta in capo a chiunque ostacolasse l'esercizio del diritto, senza che rilevasse la sua qualifica di *dominus*<sup>618</sup>.

Risultano, dunque, interdetti specificamente pensati unicamente per le prime servitù<sup>619</sup>, a testimonianza, se ancora ce ne fosse bisogno, della loro origine tipica: conosciamo quindi l'interdetto *de aqua*<sup>620</sup> per la servitù di acquedotto e il *de itinere actuque privato*<sup>621</sup> per quelle di passaggio, mentre a tutela della servitù d'attingere acqua era concesso l'*interdictum de fonte*<sup>622</sup>. Essi venivano accordati a colui che nell'arco dell'ultimo anno aveva esercitato il diritto prediale *nec vi nec clam nec precario*.

---

<sup>616</sup> Come osservato anche da G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 310 ss., oltre agli interdetti principali che si andranno ad elencare esistevano anche dei rimedi interdittali che non erano previsti a tutela di una specifica servitù, bensì di fattispecie molto più ampie, nelle quali potevano rientrare di volta in volta anche diversi *iura praediorum*. Si veda ad esempio l'*interdictum quo ex castello*, che era volto alla protezione della derivazione d'acqua da un *castellum* appunto, quali furono anche quelle da acquedotti pubblici. Merita una menzione anche l'interdetto *de rivis*, volto a garantire la pulizia e la riparazione di canali e chiuse e concesso a chi avesse derivato l'acqua nella precedente estate *nec vi nec clam nec precario*. Sull'argomento generale si rinvia all'ampia trattazione fattane da R. BASILE, *Usus servitutis*, cit., 1 ss.

<sup>617</sup> Cfr. B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 304.

<sup>618</sup> In tal senso si esprime Ulpiano in Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.25.

<sup>619</sup> Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.19.1.1: *Hoc interdictum prohibitorium est, pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitutes.*

<sup>620</sup> Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1 pr.: *Ait praetor: 'Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.'*

<sup>621</sup> Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.19.1 pr.: *Praetor ait: 'Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.'* Per *iter* e *actus*, si vedano anche Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.19.3.11. e Ven. 1 *int.* D. 43.19.4 pr. Di questo interdetto proibitorio è interessante evidenziare come lo stesso non veniva concesso necessariamente al titolare della servitù di passaggio, bensì a chi l'avesse esercitata nell'anno precedente *nec vi nec clam nec precario*, rispetto a chi glielo impediva. Legittimato passivo, invece, era sempre chi frapponeva un ostacolo a questo esercizio.

<sup>622</sup> Come sostiene A. BURDESE, *Sulla configurazione*, cit., 522 s. L'interdetto *de fonte* era riservato a colui che aveva usato l'acqua della sorgente nell'anno precedente *nec vi nec clam nec precario* ed esteso anche a piscine, laghi e pozzi: l'*aquae usus* si concretava nel prelievo dell'acqua o nell'abbeveramento del bestiame. Esso, pertanto, presupponeva l'esistenza dell'*aquae ductus* e la configurazione autonoma dell'*aquae haustus*. Inoltre, come osservato da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 121 è concepibile solamente considerando il *fons* come oggetto di *ius in re aliena*: se ne deduce nuovamente come la stessa sia stata, quindi, posteriore all'emersione delle servitù di *haustus* e di abbeveramento del bestiame. L'autore, pertanto, ipotizza che in epoca anteriore il

Di notevole importanza erano gli interdetti *de aqua cottidiana et aestiva*<sup>623</sup>, posti a tutela di una derivazione d'acqua che si concretizzasse nella servitù di acquedotto, di cui ovviamente doveva rispettare i requisiti della *perennitas* e della conduzione *ex capite*<sup>624</sup>, ma che fosse al contempo modulata nel suo profilo applicativo attraverso il ricorso a specifici *modi servitutis*. Essi limitavano l'esercizio della servitù in determinati intervalli di tempo: se quindi l'*aqua aestiva* poteva ovviamente essere derivata durante l'estate<sup>625</sup>, la prima, invece, poteva esercitarsi non solo *cottidie*, ma anche secondo determinati *intervalla dierum et horarum*.

Venivano in aggiunta predisposti anche dei rimedi interdittali impiegati per la manutenzione della *portio fundi* su cui si esercitava la servitù, come il *de itinere reficiendo*<sup>626</sup>, il *de rivo reficiendo* ed infine il *de fonte purgando aut reficiendo*<sup>627</sup>. Essi avevano un ambito applicativo più vasto delle singole servitù, che comunque ne rappresentavano l'ipotesi più rilevante<sup>628</sup>, e la loro emersione è collocabile presumibilmente verso gli inizi del II secolo a.C.<sup>629</sup>, quando si ritiene furono modellati sull'interdetto *uti possidetis*<sup>630</sup>.

---

godimento della fonte fosse tutelato tramite l'interdetto *uti possidetis*, mentre l'*iter ad aquam* mediante l'interdetto *de itinere actusque privato*. Merita menzione anche l'interdetto *de cloacis* di carattere proibitorio e previsto per l'interesse pubblico della *salubritas civitatum*.

<sup>623</sup> Sulla tale rimedio e sui problemi pratici che insorgevano nella tutela dei *modi* dell'*aquae ductus* si legga F. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli 'intervalla dierum et horarum' previsti per l'esercizio dello 'ius aquae ducentiae'*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario in memoria di G. Provera (Torino, 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, 303 ss.

<sup>624</sup> Unica voce dissonante è rappresentata da Labeone, secondo quanto risulta da Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.12, coerentemente alla sua peculiare concezione dell'acquedotto che si può ricavare da Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.16 (cfr. G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 309).

<sup>625</sup> Sebbene anche alla stessa potessero applicarsi intervalli ulteriori, come rilevato da F. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale*, cit., 467 ss. Sulla limitazione di derivazione dell'acqua un'originale ipotesi è stata avanzata da A. BURDESE, *Sulla configurazione*, cit., 520 s., il quale ipotizza che si trattasse di fonti in cui l'acqua sgorgasse con sufficiente portata da esserne condotta unicamente in estate o in determinati periodi dell'anno ancora più limitati. Il diritto di conduzione della stessa, pertanto, sarebbe stato ridotto in ragione di insormontabili cause naturali e non per una peculiare costruzione giurisprudenziale. Sul punto potrebbe forse venire in aiuto quanto tramandatosi in Ner. 3 *membr.* D. 43.20.6, per l'analisi del quale si rimanda a M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 167 ss.

<sup>626</sup> Sul rapporto tra *interdictum de itinere actusque reficiendo* e *vindicatio servitutis* si legga F. ZUCCOTTI, *Ancora sullo 'ius reficiendi' dell'iter*, in *Rivista di diritto romano*, III, 2003, 29 ss.

<sup>627</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, III, cit., 451 ss. Si tratta di interdetti volti a garantire appunto la manutenzione e la pulizia del passaggio o dell'acquedotto ed il presupposto della relativa legittimazione passiva non consisteva unicamente nell'esercizio del contenuto servile nell'anno precedente *nec vi nec clam nec precario*, ma anche nella titolarità del diritto di *refectio*, che pertanto non doveva essere stato escluso nell'atto di costituzione, come osservato anche da G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 307 s.

<sup>628</sup> Sebbene, come rilevato da B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 306, per il titolare del fondo dominante probabilmente era più conveniente agire con la *vindicatio servitutis*, anche primariamente per questioni attinenti all'onere probatorio.

<sup>629</sup> Com'è stato esaurientemente dimostrato da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 70 ss. e IDEM, *La struttura*, cit., 371.

<sup>630</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 378 porta a sostegno di tale condivisibile tesi la presenza in entrambi dell'*exceptio vitiosae possessionis*, il tipo di divieto fatto valere e soprattutto l'analogia dei

Oltre agli interdetti speciali suesposti il titolare della servitù godeva anche della tutela interdittale generale, *in primis* quella garantita al possesso del fondo, indipendentemente dalla titolarità della servitù, che veniva in tal modo salvaguardata in via indiretta. Pertanto, qualora la turbativa si concretasse, oltre che in un impedimento all'esercizio del *ius praedi*, anche in una turbativa nel possesso del fondo, era esperibile l'*interdictum uti possidetis*, che si accordava al possessore del fondo *nec vi nec clam nec precario*, che fosse stato ostacolato nel pacifico godimento del medesimo. Parimenti, la servitù ottenne tutela indiretta tramite l'esercizio dell'*interdictum quod vi aut clam*, che era finalizzato alla demolizione delle opere compiute contro il divieto di determinati soggetti, tra cui figura anche il titolare della *servitus*, come testimoniato da Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.1.

Sembra plausibile, infatti, che per il tempo in cui sopravvisse la concezione materialistica della *portio domini*, fosse applicato alle servitù l'interdetto proibitorio a tutela del possesso. Invece, nel momento in cui *via, iter, actus e aquae ductus* non furono più configurabili come entità materiali, passibili di divenire oggetto di *possessio*, ma subirono l'astrazione a *iura in re aliena*, dovette apparire imprescindibile predisporre degli interdetti specifici, al fine di assicurare alle servitù originarie la medesima tutela garantita loro, quando avevano diversa configurazione, dagli interdetti possessori, con cui peraltro non vi sarebbe stata soluzione di continuità. Questa tesi risulta avvalorata dalla considerazione che, invece, agli altri diritti reali allora emergenti, in particolare servitù urbane e le servitù rustiche di più recente formazione, la tutela interdittale possessoria fu stata estesa con una certa cautela e senza alcuna sistematicità<sup>631</sup>: appare attestata solo per alcuni *iura praediorum urbanorum*, e in particolare per quelli affermativi. Del resto, le servitù urbane negative sembrano troppo lontane dalla logica possessoria, perché se ne potesse estendere, seppur in via utile, la relativa tutela in via generale.

---

formulari. Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.1 pr.: *Ait praetor: 'uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. de cloacis hoc interdictum non dabo. neque pluris, quam quanti res est: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam'.*

<sup>631</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 368 ss. e P. BONFANTE, *Corso*, III, cit., 456 ss., in cui con perspicacia si osserva come in realtà gli interdetti possessori applicati alle servitù *protegendis, proiciendis, tigni immittendis* ed *oneris ferendis* non siano stati predisposti a tutela del diritto reale, quanto piuttosto a difesa dell'appendice che sporge sul fondo altrui, che pur essendo protesa verso lo stesso rimaneva parte del fondo dominante e su cui, quindi, si poteva ammettere una *possessio* da parte del titolare del fondo dominante. Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.17.3.5: *Item videamus, si proectio supra vicini solum non ture haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. et est apud cassium relatam utriusque esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem;* Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.17.3.6: *Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo: interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui proiecto tegetur: an, quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum sic 'uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est?'*

Infine, come già anticipato, può ritenersi totalmente esclusa ogni forma di tutela interdittale per le servitù rustiche recenziori, ad eccezione dell'interdetto *quam servitatem*, funzionalmente analogo al *quem fundum*<sup>632</sup>. Si rinviene, quindi, un inevitabile restringimento del modello dell'*uti possidetis* e la mancanza di un rimedio interdittale generalizzato, che coprisse tutti i *iura in re aliena*<sup>633</sup>, la cui tutela pertanto fu caratterizzata da una certa frammentarietà.

### 3. *Modus servitutis*'.

L'interpretazione dottrinale del *modus servitutis* nella romanistica si scinde principalmente in due concezioni: quella di coloro che lo reputano attinente esclusivamente all'esercizio del diritto reale prediale<sup>634</sup> e quella di chi, invece, preferisce descriverlo come un elemento in grado di incidere anche nel contenuto stesso della servitù<sup>635</sup>.

Come si è già detto, l'esistenza del *modus servitutis* ha rappresentato uno dei principali argomenti a sostegno della tipicità delle servitù<sup>636</sup>: considerato quale determinazione ulteriore rispetto al contenuto statico e fisso di un *ius praedii*, se ne è, quindi, sottolineata la funzione di correttivo della tipicità stessa<sup>637</sup>.

La motivazione principale, che sembra supportare una simile tesi, è che, se, ragionando *a contrario*, il sistema romano fosse stato fondato sulla categoria libera della

---

<sup>632</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 388 nt. 61.

<sup>633</sup> Invero le fonti (Paul. 67 *ad ed. D.* 43.24.16 pr. e Ulp. 17 *ad ed. D.* 8.5.6.1) riportano anche la possibile applicazione dell'*interdictum quod vi aut clam*; tuttavia, sembra difficile che esso sia stato esteso ad un *facere in suo* prima dell'età giustiniana. In aggiunta veniva estesa anche l'*operis novi nuntiatio*.

<sup>634</sup> Cfr. S. PEROZZI, *Sulla struttura*, cit., 29, il quale ha per primo posto una stretta correlazione tra *modus servitutis* e tipicità dei *iura praediorum*: secondo l'autore, invero, essendo le servitù tipiche ed immodificabili in ogni loro elemento contenutistico, il *modus* ne condiziona inevitabilmente solo l'esercizio (41 ss.). M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 11 s. osserva come lo studioso, tuttavia, sviluppando in tal modo la sua analisi, finisce per cadere in una petizione di principio, in quanto egli fonda la tipicità delle servitù, intesa in senso rigoroso di graniticità rispetto a qualsiasi intervento dell'autonomia negoziale, proprio sulla loro intangibilità sostanziale rispetto al *modus*, pur sempre accompagnata da altri elementi.

<sup>635</sup> Cfr., *ex multis*, R. ELVERES, *Die römische*, cit., 135 ss., B. BIONDI, *La categoria*, cit., 638 s., secondo cui il *modus* rappresenta l'elemento volontario e variabile della *servitus*, G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 161 e M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., la quale trova, nella concretezza dei fatti, di ardua definizione la distinzione tra contenuto ed esercizio del diritto prediale: «il contenuto della servitù, infatti, si realizza attraverso il suo esercizio». Per un'accurata ricostruzione del percorso dottrinale sul *modus* si rimanda a M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 8 ss.

<sup>636</sup> Cfr. S. PEROZZI, *Sulla struttura*, cit., 41 ss., B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 44 ss., IDEM, *La categoria*, cit., 638 e G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 159 ss.

<sup>637</sup> Vedi nt. 20. Tuttavia, si deve sottolineare come in realtà il *modus* venisse applicato alle servitù tipizzate (Gai 7 *ad ed. prov. D.* 8.1.5.1 e Paul. 13 *ad Plant. D.* 8.6.7 per citarne solo alcuni), ma fosse astrattamente applicabile anche a quelle di nuova elaborazione.

servitù, il *modus* non sarebbe stato necessario, poiché ogni nuova specificazione del contenuto tipico avrebbe potuto configurare una diversa servitù. Questa argomentazione, tuttavia, non convince e per due ordini di ragioni: primariamente, come è già stato rimarcato, si è visto come il *modus* potesse essere applicato anche a servitù di recente elaborazione e fresca recezione, attenendo all'esercizio del diritto e non al suo contenuto<sup>638</sup>; in secondo luogo, la possibilità di elaborare nuovi *iura praediorum* non necessariamente doveva essere avvertita come facoltà di moltiplicazione degli stessi, anche sulla base di minime distinzioni, che potevano in realtà essere ricondotte nell'ambito della medesima figura, come si vedrà in riferimento alla servitù di acquedotto.

Il passo più dettagliato che ci è tramandato su tale istituto è di Papiniano.

Pap. 7 *quaest.* D. 8.1.4.1-2: *Modum adici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur (veluti ut equo dumtaxat) vel ut certum pondus vebatur vel grex ille transducatur aut carbo portetur. Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis.*

Com'è usuale nella trattazione dei giuristi romani, del *modus* non ci viene offerta una definizione dogmatica, bensì, dopo aver specificato, con estrema sobrietà, che alle servitù può essere aggiunto il *modus*, il giurista preferisce presentarne delle esemplificazioni. Nell'ipotesi dell'*actus*, perciò, esso atteneva al veicolo utilizzato (oppure veniva aggiunto per stabilire se si potesse passare solo a cavallo), o ancora fino a che peso si potesse portare, quale gregge condurre, che si trasportasse del carbone<sup>639</sup>.

La spiegazione di Papiniano, sull'effettiva portata del *modus servitutis*, risulta chiarificatrice: trattandosi di modifiche irrisorie, che vanno ad incidere più sull'esercizio del diritto che sull'oggetto dello stesso, non avrebbero potuto assumere una tale rilevanza,

---

<sup>638</sup> La dottrina ritiene si possa considerare *modus servitutis* anche quello con cui si stabiliscono le modalità di *refectio* della *servitus oneris ferendi*, riportato in D. 8.5.6.5: *Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est.* In tale frammento, infatti, si ammette che il proprietario del fondo servente possa imporre al titolare della suddetta servitù di restaurare il muro su cui poggia la sua parete con pietrisco o con pietra quadrata, ovvero di compiere qualsiasi altra opera che sia stata decisa nel momento di costituzione della servitù.

<sup>639</sup> A tale frammento si può forse ricollegare anche altro passo, che segue immediatamente nella compilazione, Gai *ad ed. prov.* D. 8.1.5.1: *Usus servitutum temporibus secerni potest, forte ut quis post horam tertiam usque in horam decimam eo iure utatur vel ut alternis diebus utatur.* Possiamo notare nuovamente il riferimento agli intervalli di tempo secondo i quali può essere esercitata una servitù, considerata genericamente: le esemplificazioni in tale caso prevedono che l'*usus* possa essere compiuto dall'ora terza alla decima o a giorni alterni.



da permettere di configurare addirittura una nuova servitù. Inoltre, si rileva come il *modus* consenta di modulare l'esercizio del *ius praedi* sempre in via diminutiva rispetto al contenuto legale e mai, per quanto si è potuto rilevare, in senso additivo.

Lo studio dell'esercizio dell'autonomia negoziale nell'esercizio delle servitù prediali non può prescindere dall'esame di un noto passo, analizzato dalla dottrina, insieme a Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.4, al fine di comprendere la differenza tra la servitù di *aqua cottidiana* e quella di *aqua aestiva*<sup>640</sup>, ma che non può essere ricondotto indubitabilmente al *modus*, come si cerca di evidenziare.

Pomp. 31 *ad Q. Mucium* D. 8.3.15: *Quintus Mucius scribit, cum iter aquae vel cottidianae vel aestivae vel quae intervalla longiora habeat per alienum fundum erit, licere fistulam suam vel fictilem vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret, et quod vellet in rivo facere, licere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret.*

In tale frammento Pomponio riporta l'insegnamento di Quinto Mucio, secondo il quale, quando attraverso il fondo altrui viene concesso l'*iter aquae cottidianae* o *aestivae* o quello che ha intervalli di tempo maggiori, è lecito porre nel canale il proprio tubo di piombo, di terracotta o di qualsiasi altro genere, che estragga l'acqua in maggior quantità, nonché è lecito fare ciò che si desidera, purché non rovini il canale del proprietario del fondo servente.

Preme fin da subito evidenziare che l'espressione *intervalla longiora* è stata sospettata di non essere originaria da parte della dottrina<sup>641</sup>. Il passo, nondimeno, sembra riportare in maniera sufficientemente fedele il pensiero di Quinto Mucio, come si può rilevare da diversi indici. Primariamente, il riferimento all'*iter aquae*, che come visto *supra*<sup>642</sup>, richiama la configurazione originaria dell'acquedotto, ma non meno trascurabile è la concezione che emerge dal passo in merito all'*aqua cottidiana* e quella *aestiva*, che vengono menzionate

---

<sup>640</sup> Sullo sviluppo della relativa tutela interdittale e di queste due figure di *aquaeductus*, tema che non si può approfondire adeguatamente in questa sede, si rimanda a, *ex multis*, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 415 ss., F. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale*, cit., 303 ss. e M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 160.

<sup>641</sup> Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 151, nt. 251, che riconduce tale aggiunta allo stesso Pomponio o più probabilmente alla mano di un glossatore. *Contra* M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 151. Invero, sebbene non ci si faccia esplicito riferimento, gli *intervalla longiora* sembrano richiamati anche in Paul. 13 *ad Plant.* D. 8.6.7.

<sup>642</sup> Cap. I, § 9 e Cap. II, § 2.

come due istituti distinti e non come semplici specificazioni della medesima figura servile, garantite dall'apposizione del *modus servitutis*<sup>643</sup>. Invero, non è possibile ricavare dallo scritto la certa configurazione nella veste di *modus* degli *intervalla longiora*, in assenza di qualsiasi appiglio testuale.

Pare legittimo, quindi, desumere che l'*aqua aestiva* avesse assunto una configurazione autonoma e che ne fosse derivata per contrapposizione la teorizzazione dell'*aqua cottidiana*, con la consequenziale emersione dell'apposito interdetto<sup>644</sup>. Si assiste nuovamente all'«adattamento funzionale» della servitù, in questa specifica ipotesi l'acquedotto, alle esigenze agricole del fondo: così gradualmente all'*aqua cottidiana* si aggiungono l'*aestiva* e la *servitus intermissione temporis divisa*, che nondimeno, perdendo in un secondo momento la loro iniziale configurazione autonoma, non divennero mai tipi distinti dalla servitù di acquedotto, che mantenne la sua unità strutturale e dogmatica<sup>645</sup>.

Sulla stessa, nondimeno, i privati continuarono la loro attività modulativa, arrivando a delineare «una vastissima gamma di possibili criteri temporali secondo cui regolare l'esercizio dell'acquedotto, considerando scadenze annuali, stagionali, mensili, giornalieri ed orarie, che per di più potevano [possono] combinarsi tra loro, cadenzando secondo ritmi più complessi l'*usus servitutis*»<sup>646</sup>, come si può ricavare dal seguente frammento.

Paul. 13 *ad Plaut.* D. 8.6.7: *Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum vel uno mense, quaeritur quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus. Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. Idem et de itinere custoditur. Si vero alternis diebus aut die toto aut tantum nocte,*

---

<sup>643</sup> Di tale avviso è anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., 150, in parziale adesione M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 168. *Contra* S. PEROZZI, *Sulla struttura*, cit., 30 ss., B. BIONDI, *La categoria*, cit., 638 s. e F. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale*, cit., 335.

<sup>644</sup> Cfr. M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 200.

<sup>645</sup> Cfr. M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 201, la quale ne rileva la sostanziale differenza con gli *iura itinerum*, motivandola con l'assenza nel caso di specie di un modello legale qual era la *via decemvirale*. Sulla ragione per cui non si ritiene di poter accogliere tale interpretazione, si è già detto nel cap. I, p. 46, nt. 157. L'autrice, inoltre, illustra efficacemente (201 s.): «A me sembra ... che per spiegare il ruolo del *modus* in questo ambito di applicazione sia necessario spostare il piano del discorso, portandolo da un livello nel quale la figura di servitù diviene 'tipo' soltanto se ipostatizzata dall'ordinamento (tipicità che potremmo definire 'ordinamentale'), ad un livello nel quale, invece, il 'tipo' nasce, indipendentemente dalla ricezione nell'ordinamento, sulla base di schemi negoziali che la costante ripetizione nel tempo fa assurgere a modelli di riferimento (tipicità che mi sembra di poter definire 'convenzionale')».

<sup>646</sup> F. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale*, cit., 476.

*statuto legibus tempore amittitur, quia una servitus est: nam et si alternis horis vel una hora cottidie servitutem habeat, servius scribit perdere eum non utendo servitute, quia id quod habet cottidianum sit.*

Tralasciando la questione principale del frammento, relativa alla perdita del diritto per *non usus*, che in tal sede è del tutto marginale, è possibile rilevare ritmi di esercizio annuali, stagionali, mensili (anche alternati), giornalieri, diurni, notturni, nonché orari di diverso genere, che pare verosimile potessero anche combinarsi tra loro<sup>647</sup>. Le diverse figure di *ius aquae ducendae*, pertanto, vennero a confondersi le une con le altre, rivelando, infine, un quadro piuttosto articolato e forse in parte confuso, dettato dalle esigenze occasionali che emergevano dall'attività agricola, e palesando una tendenza della prassi a non attenersi a schemi predeterminati, ma a scegliere liberamente il *modus* di esercizio che poteva sembrare più utile.

Sembra verosimile, pertanto, che quando si giunse ad abbandonare definitivamente il tentativo iniziale di configurazione autonoma delle diverse figure di *ius aquae ducendae*, esito di un processo testimoniato da Paolo, non rimase ai privati che il *modus*, quale unico strumento per modulare l'esercizio della servitù di acquedotto sotto il profilo quantitativo. Ciò pare pienamente coerente con quanto si è potuto osservare nel secondo capitolo in riferimento all'*utilitas fundi*, quale carattere centrale ed essenziale della *servitus* in quanto tale, ma anche dei singoli diritti servili. Essa, infatti, veniva assunta dai *prudentes* a parametro, sia per la risoluzione di casi concreti, sia per ammettere l'inclusione di una determinata figura nel novero delle servitù. In riferimento alla fattispecie in esame, pertanto, si deve osservare come i diversi *iura* di *aqua cottidiana*, *aestiva* e *intermissione temporis divisa* non presentavano caratteristiche strutturali tali da essere idonei a soddisfare utilità distinte tra loro, bensì sottendevano tutte la medesima *utilitas*, diversamente da quanto, invece, era avvenuto per la servitù di acquedotto e quella di *haustus*, che appunto costituirono, pur derivando la seconda dalla prima, due figure autonome.

Sempre in riferimento all'*aqua cottidiana*, rileva un diverso frammento in cui l'autonomia negoziale può giungere a stabilire anche le modalità di conduzione idrica.

---

<sup>647</sup> Cfr. F. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale*, cit., 477.

Pomp. 34 *ad Sab.* D. 43.20.3.5: *Is, qui aquae cottidianae ius habet, vel fistulam in rivo ponere vel aliud quodlibet facere potest, dummodo ne fundum domino aut aquagium rivalibus deterius faciat.*

Il titolare della servitù di *aqua cottidiana*, pertanto, poteva scegliere di condurre l'acqua attraverso condutture fittili aggiunte al rivo o altro materiale che ne facilitasse l'approvvigionamento, mutando le modalità di conduzione idrica a proprio piacimento, con il solo limite di non arrecare danno al *dominus fundi* o ai *rivales*, che parimenti si servivano della stessa fonte<sup>648</sup>.

Pare opportuno richiamare anche un altro importante frammento da cui si può desumere l'impiego che veniva fatto del *modus servitutis*, allo scopo di regolare l'esercizio della servitù.

Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.18: *Trebatius, cum amplior numerus pecoris ad aquam appelletur, quam debet appellere, posse universum pecus impune prohiberi, quia iunctum pecus ei pecori, cui adpulsus debeat, totum corrumpat pecoris adpulsus. Marcellus autem ait, si quis ius habens pecoris ad aquam appellendi plura pecora adpulserit, non in omnibus pecoribus eum prohibendum: quod est verum, quia pecora separari possunt.*

Il passo, già citato, pone il caso del titolare di una servitù di abbeveramento del bestiame che conduca alla fonte un numero maggiore di animali rispetto a quanto stabilito nell'atto costitutivo della *servitus*. La soluzione del caso, che, come detto, è già stata esaminata e che in tal sede non rileva, verrà pertanto tralasciata, per evidenziare piuttosto la configurazione del diritto servile. In particolare, si noti che veniva concesso all'autonomia negoziale ampio spazio nell'adeguare la servitù ai bisogni concreti, decidendo che alla sorgente si potesse condurre solo un determinato numero di capi, clausola che ragionevolmente doveva essere perfettamente trasponibile anche nell'atto costitutivo di una servitù di pascolo. Le parti potevano, quindi, decidere anche i minimi dettagli dell'*usus servitutis*, graduandolo sotto il profilo quantitativo o qualitativo, senza tuttavia intaccarne la struttura contenutistica e mutare l'*utilitas* che lo stesso era deputato a soddisfare.

---

<sup>648</sup> Cfr. M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 129 s.

La *conventio* assume un ruolo decisivo nel modellare la *servitus* anche nella fattispecie contemplata da Giavoleno al seguente passo, tratto dal commentario all'opera di Cassio<sup>649</sup>, da cui, tuttavia, non è possibile stabilire con certezza la formulazione della clausola contrattuale e desumere indubitabilmente che si tratti di un *modus servitutis*<sup>650</sup>.

Iav. 10 ex Cass. D. 8.3.13 pr.: *Certo generi agrorum adquiri servitus potest, velut vineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet. ideo sublatis vineis servitus manebit: sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria.*

Nell'opinione del giurista sabiniano, la servitù si può acquistare, quindi, solo per un determinato genere di campi, come quelli destinati a vigneto, poiché la stessa attiene più al suolo che alla superficie del fondo. Perciò, anche qualora le vigne vengano tolte, la servitù rimane: ma qualora si fosse convenuto diversamente al momento della conclusione dell'accordo volto alla sua costituzione, sarà necessaria la concessione dell'eccezione di dolo malo.

In ragione della collocazione di tale frammento, sia rispetto all'opera di Giavoleno, che a quella dei compilatori, pare probabile che ci si riferisse in questo caso alla servitù di passaggio e che quindi l'utilità della medesima fosse rinvenibile nell'esigenze di coltivazione del vigneto. Non pare, tuttavia, coerente ritenere, come mostra di fare parte della dottrina<sup>651</sup>, che la «clausola volta a limitare la sopravvivenza della servitù ad una determinata coltura» fosse collegata unicamente alla *conventio* sottostante all'atto costitutivo e non all'atto medesimo e costituisse in particolare una condizione risolutiva.

Com'è risaputo, invero, gli atti costitutivi di servitù erano *actus legitimi*, non tollerando apposizione di termini e condizioni e questo dato è pacifico. Nondimeno, non sembra così indubitabile la qualificazione della suddetta limitazione quale condizione risolutiva<sup>652</sup>.

---

<sup>649</sup> Su cui si rimanda a F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*<sup>2</sup>, Weimar – Böhlau, 1961, 269 s., ora in *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968 e U. MANTHE, *Die „libri ex Cassio“ des „Iavolenus Priscus“*, Berlin, 1982, 32 ss.

<sup>650</sup> V. MANNINO, *La tolleranza*, cit., 86 la interpreta piuttosto come una clausola risolutiva espressa. Peraltro, sulla scorta dell'opinione dell'autore, non pare necessario aggiungere il *non* nella prima proposizione, così come sostenuto da G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 136, nt. 9. e M.F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 78, nt. 175. Esulano dall'analisi che si vuole condurre le problematiche relative alla distinzione tra servitù *quae in solo consistunt* e quelle *quae in superficie consistunt*.

<sup>651</sup> V. MANNINO, *La tolleranza*, cit., 85 s.

<sup>652</sup> Cfr. al riguardo S. RICCOBONO, *Dies*, cit., 348 ss.

Dal dato testuale, infatti, non è possibile ricavarne l'esatta formulazione e non necessariamente essa doveva subordinare l'efficacia della servitù alla permanenza del vitigno, ma avrebbe potuto avere anche una diversa dicitura e destinare semplicemente la servitù di passaggio ad un campo che fosse solamente coltivato a vigneto. La condizione risolutiva, peraltro, si sarebbe potuta apporre unicamente ad un'eventuale *emptio-venditio* e non alla *mancipatio* o *in iure cessio*, come si è testé osservato. Pertanto, questo avrebbe comportato l'inefficacia della compravendita e non dell'atto costitutivo, che una volta compiuto, richiedeva un atto contrario, affinché la servitù si estinguesse. Il diritto prediale, validamente costituito sul piano del *ius civile*, sarebbe stato paralizzato, pertanto, tramite il ricorso al *ius honorarium*, ovvero mediante la concessione da parte del pretore dell'*exceptio doli mali* basata appunto sul regolamento contrattuale intervenuto tra le parti<sup>653</sup>. Ma si può anche ipotizzare, con il Riccobono<sup>654</sup>, che il pretore venisse a valorizzare la volontà delle parti, valutando la clausola aggiunta come un *pactum*, e concedesse a sua tutela un'*exceptio pacti* o *doli mali* contro il compratore che pretendesse di esercitare la servitù in maniera contraria o eccedente la convenzione contenuta nell'atto formale.

Invero, può anche ipotizzarsi che la clausola limitativa cui si riferisce Giavoleno fosse inserita nell'atto costitutivo e non si atteggiasse quale condizione risolutiva, bensì configurasse la servitù medesima come diritto di passaggio alla vigna e quindi vincolasse indirettamente l'esercizio della medesima all'esistenza di tale precisa coltura. Il lessico del frammento, tuttavia, non pare supportare pienamente tale ricostruzione: non si giustificerebbe altrimenti l'impiego del verbo tecnico *contrahere*, se non ricorrendo ad un'ipotesi interpolatoria<sup>655</sup>. Nondimeno, resta valida l'ipotesi in cui le parti avessero

---

<sup>653</sup> Tale dato sarebbe confermato anche da quanto riportato da Papiniano in altro passo, alla fine del quale viene citato a sostegno della posizione esposta, insieme a Sabino, il giurista Cassio Longino. Pap. 7 *quaest.* D. 8.1.4 pr.: *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia 'quamdiu volam') constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.* Il passo testé citato è oggetto di un'approfondita analisi in S. RICCOBONO, *Dies*, cit., 334 ss., che ne offre una coerente ipotesi ricostruttiva. Sebbene vi sia chi sostenga, come V. MANNINO, *La tolleranza*, cit., 87 ss., che anche Papiniano ricollegasse il termine o la condizione all'atto obbligatorio concluso prima di quello costitutivo della servitù e che, quindi, la clausola limitativa avesse efficacia *iure praetorio*.

<sup>654</sup> Cfr. S. RICCOBONO, *Dies*, cit., 348 ss., che ipotizza conseguentemente che il '*contrahenda*' sia frutto di un'interpolazione dei compilatori che avrebbero preferito semplificare la struttura del testo di Giavoleno, non esistendo più in epoca giustiniana la necessaria combinazione di un'*emptio-venditio* con un negozio formale.

<sup>655</sup> Sebbene avanzi qualche dubbio, alla fine anche S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 98 propende per la genuinità del verbo considerato.

semplicemente previsto l'obbligo di costituire una servitù di passaggio alla vigna e che questo in conseguenza dell'esercizio del *ius itineris sublati vineis* potesse trovare tutela, nella sua peculiare formulazione, solo *ex iure praetorio*.

Pare opportuno soffermarsi anche su un ultimo frammento, non correlato al *modus*, ma nondimeno rilevante, poiché testimonia comunque lo spazio che veniva concesso all'autonomia privata, ovvero le ipotesi in cui era consentito lo spostamento del *locus servitutis*.

Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.2.8: *Locum qui servit nemo religiosum facit, nisi consentiat is cui servitus debetur. Sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa id fieri, et ideo religiosus fit: et sane habet hoc rationem.*

L'esistenza su un determinato fondo di una servitù prediale impediva che il relativo *locus* potesse essere reso *religiosus* senza il consenso del titolare del fondo dominante. Nondimeno, qualora la servitù potesse essere esercitata altrettanto comodamente per altro luogo, non vi era ragione perché questo non fosse spostato e, conseguentemente, il *locus* iniziale poteva appunto divenire *religiosus*. Se ne deduce che la scelta del luogo su cui concretamente esercitare le facoltà che costituivano il diritto servile, poteva essere all'occorrenza modificata dalle parti<sup>656</sup>, senza che si dovesse necessariamente arrivare all'estinzione della *servitus*, al fine di consentire l'esercizio o la costituzione di altre situazioni giuridiche ad essa incompatibili.

In definitiva, pare si possa sostenere che il *modus* attenesse unicamente all'esercizio della servitù e non avesse alcuna funzione nel modellare la struttura ed il contenuto della medesima. Se ne disconosce, pertanto, il ruolo di correttivo della tipicità dei *iura praediorum*. A conferma di ciò si rileva, come già è stato fatto, che, se la sua unica finalità fosse stata consentire all'autonomia privata uno sfogo dinanzi alla rigida tipicità delle servitù<sup>657</sup>, lo stesso non avrebbe avuto ragione di esistere e di essere mantenuto in epoca

---

<sup>656</sup> Ovviamente, qualora se ne presentasse una concreta necessità che si ritenesse meritevole di considerazione; altrimenti la regola era quella dell'immodificabilità del *locus* una volta che lo stesso fosse stato determinato attraverso il primo esercizio o addirittura nell'atto costitutivo della *servitus*, come si può leggere dalle fonti, quali a titolo paradigmatico Cels. 5 *dig.* D. 8.1.9.

<sup>657</sup> La correlazione inscindibile tra il *modus* e la tipicità delle servitù fu ribadita anche da B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 48: «in tanto si può distinguere il *modus* dalla *servitus*, in quanto ciascuna *servitus* rappresenta un tipo legale, di cui il *modus* costituisce modificazione». L'uso dell'espressione 'tipo legale', peraltro, ci consente di

postclassica, quando cioè, com'è unanimemente riconosciuto dalla dottrina, il sistema dei *iura praediorum* era divenuto atipico<sup>658</sup>. Esso, invece, risulta presente ed anzi ricorre frequentemente nella compilazione giustiniana, a testimonianza della sua perdurante vigenza e del suo persistente impiego. In epoca classica, pertanto, lo stesso, non incidendo sul contenuto delle singole servitù e non modificando l'*utilitas* che le stesse erano preposte a soddisfare, doveva essere impiegato per modellare l'esercizio del *ius praedii* secondo quanto più aggradava le parti che concretamente intendevano costituire una specifica *servitus*.

#### 4. 'Pactionibus et stipulationibus'.

Il tracollo definitivo della tipicità si ebbe quando il pretore ammise la costituzione delle servitù mediante *stipulatio*<sup>659</sup>. Un simile strumento inizialmente fu utilizzato principalmente nel territorio dei fondi provinciali<sup>660</sup>, in cui non si poteva ricorrere a *mancipatio* o ad *in iure cessio*: fu necessario, quindi, escogitare un mezzo alternativo di costituzione delle servitù e si optò per *pactio* e *stipulatio* congiunte, incrementando ancor più la libera determinazione dei privati<sup>661</sup>. La *stipulatio*, infatti, poteva avere ad oggetto qualsiasi atto lecito e pertanto in essa poteva essere riversata ogni utilità che il fondo

---

notare come vengano impiegate categorie che erano estranee al diritto romano, discostandosi grandemente da quella che doveva essere la prospettiva dei *prudentes*.

<sup>658</sup> Pare al riguardo troppo debole la giustificazione avanzata da B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 48, che usa l'usuale argomentazione della forza della tradizione e della pur formale permanente vigenza del principio di tipicità delle servitù.

<sup>659</sup> Gai. 2.31: *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in provincialibus praediis sine quis usumfructum siue ius eundi agendi aquamue ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiat, ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.* Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 44.

<sup>660</sup> C. 3.34.3: *Imperator Antoninus. Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt, si ea praecesserint, quae servitatem constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent.* I fondi provinciali, infatti, erano di proprietà dello Stato pertanto potevano essere unicamente oggetto di *possessio* dei privati. Recisamente contrario all'idoneità di simili *stipulationes* a produrre effetti reali è S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 109 ss.: egli basa la sua ricostruzione sull'interpolazione dei passi principali, già citati, Gai. 2.31 e C. 3.34.3. Ed è in effetti probabile che nel primo passo dopo '*id efficere potest*' ci fosse una qualche spiegazione da parte di Gaio, tuttavia essa poteva non riguardare la produzione di effetti obbligatori, bensì chiarire come fosse possibile che la *stipulatio* avesse efficacia reale.

<sup>661</sup> Non si può approfondire la questione della natura di simili servitù. Tuttavia, si deve rilevare, al contrario di quello che è sostenuto da B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 258 s., che sembra davvero arduo accordare loro una diversa natura, tenendo conto del fatto che le fonti utilizzarono sempre gli stessi nomi impiegati per le servitù civili: improbabile che i giuristi non differenziassero la terminologia, se la sostanza degli istituti era effettivamente distinta. E non si possono in merito a questi frammenti invocare interpolazioni intervenute in maniera tanto opportuna. Inoltre, difficilmente il pretore avrebbe concesso una tutela reale, modellata sulla *vindicatio servitutis*, se tali figure non fossero state avvertite come vere e proprie servitù. Il venir meno di alcuni principi per queste servitù potrebbe motivarsi d'altronde con la nascente confusione dogmatica.



servente potesse rendere al fondo dominante<sup>662</sup>. Proprio in questo contesto risultò fondamentale il lavoro di sistemazione strutturale che fu operato dalla fine giurisprudenza classica: una simile apertura verso l'atipicità delle servitù richiedeva un distinto inquadramento della figura della *servitus* e soprattutto una precisa individuazione delle sue caratteristiche essenziali.

Una questione lungamente discussa in dottrina fu il significato da attribuire al richiamo congiunto, che ricorre nelle fonti, di *pactio* e *stipulatio*: la prima ipotesi che fu avanzata lo ricollegava alle già numerose endiadi proprie della lingua latina e frequenti nel linguaggio giuridico, dandogli, quindi, il senso di un accordo trasfuso in una *stipulatio*<sup>663</sup>: il patto atterrebbe alla sostanza, la *stipulatio* alla forma. Tuttavia, una simile ipotesi non convince: endiadi simili, infatti, sono proprie di un'epoca alquanto più risalente rispetto a quella in esame ed inoltre sembra che si sarebbe anche potuta nominare solo la *stipulatio* per rifarsi al medesimo significato. Si è allora ipotizzato che il *pactum* fosse necessario per le parti al fine di stabilire se la *stipulatio* avrebbe avuto l'ordinaria efficacia obbligatoria ovvero avrebbe prodotto effetti reali<sup>664</sup>. Ma si può conseguire un risultato talmente determinante con un semplice patto?

Infine, si è ritenuto che l'efficacia reale provenisse dal *pactum* e che la *stipulatio* avesse, in questo caso come per le servitù sorte *iure civili*, la funzione di regolare l'esercizio della servitù<sup>665</sup>. Tuttavia, non si comprenderebbe per quale motivo fosse sentito come indispensabile nominare ogni volta la *stipulatio* accanto al *pactum* e mai dopo la *mancipatio*, per esempio<sup>666</sup>. Si è pensato allora di valorizzare il plurale con cui vengono sempre riportati dalle fonti i due nomi: questo suggerirebbe un reticolo di patti e *stipulationes*, che complessivamente considerato avrebbe potuto produrre efficacia molto vicina a quella reale<sup>667</sup>. Una simile ricostruzione eluderebbe il problema di ammettere che la *stipulatio* producesse effetti reali, questione ancora dibattuta in dottrina<sup>668</sup>. E tuttavia, stabilire se

---

<sup>662</sup> Questa tesi sarebbe confermata da Gai. 2.31, in cui per chiudere l'elenco delle servitù che possono essere costituite mediante *stipulatio* il giurista degli Antonini si rifà ai *ceteraque similia iura*: è palese, quindi, che un simile strumento può essere utilizzato anche per costituire diritti analoghi a quelli dell'elencazione, che perciò si rivela meramente esemplificativa.

<sup>663</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., III, 140 ss.

<sup>664</sup> Cfr. B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 254 ss.

<sup>665</sup> Cfr. G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 192 ss.

<sup>666</sup> Cfr. A. CORBINO, voce *Servitù (dir. rom.)*, cit., 256 nt. 191.

<sup>667</sup> Cfr. A. CORBINO, voce *Servitù (dir. rom.)*, cit., 256 s.

<sup>668</sup> Una ricostruzione originale è quella di G. PROVERA, *Servitù prediali e obbligazioni 'propter rem'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971, 15 ss.

*pactio* e *stipulatio* producessero effetti reali o obbligatori in epoca postclassica e pregiustiniana non ha poi molta rilevanza per l'analisi che si conduce, in quanto si è già dimostrata l'insussistenza del principio della tipicità delle servitù sui fondi italici anche per il periodo anteriore all'avvento di Giustiniano. Si può, pertanto, anche ammettere che in un primo momento questi contratti producessero unicamente effetti obbligatori e che solo gradualmente si venne a tutelare questa specifica ipotesi con un'azione reale.

In ogni caso un'innovazione di tale portata produsse le maggiori ripercussioni sul piano della difesa processuale: se in precedenza ogni servitù veniva fatta valere con un'apposita *vindicatio* in giudizio, ora si utilizzava la medesima azione per tutte le servitù<sup>669</sup>, un'azione utile *in rem* analoga alla *vindicatio servitutis*<sup>670</sup>, denominata dai giustinianeici *actio confessoria*. La legittimazione attiva spettava chiaramente al proprietario del fondo dominante, ma venne negata all'usufruttuario, ponendo così fine alla disputa che aveva interessato la giurisprudenza imperiale. Dall'altro lato la legittimazione passiva riguardava il proprietario del fondo servente e fu definitivamente estesa anche a *quivis servitutum impediatur*<sup>671</sup>. Alla tutela petitoria si affiancava, come d'abitudine, quella interdittale: poiché tutte le ipotesi di diritti reali erano stati qualificati in termini di *quasi possessio*, si concessero al titolare del fondo dominante gli *interdicta* possessori. Appare evidente, quindi, che in riferimento a queste specifiche servitù il ruolo del pretore rivestì un'importanza fondamentale: senza la concessione ad opera dello stesso di una tutela *erga omnes* esse sarebbero rimaste nell'ambito dei rapporti obbligatori.

---

<sup>669</sup> Il ricorso alla *stipulatio* per la costituzione delle servitù venne analizzato attentamente da B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 46 ss., che necessariamente dovette dedicarsi ad uno studio così specifico del fenomeno in argomento, poiché lo individuò come il primo momento di apertura del sistema giuridico romano verso l'atipicità delle servitù.

<sup>670</sup> B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 253 s.: l'autore ritiene che la *stipulatio* ne sia solamente in presupposto e che l'azione derivasse dall'estensione di quella a tutela della *possessio* dei fondi provinciali. *Contra* S. SOLAZZI, *Requisiti*, cit., 132 ss., il quale però pare cadere in una contraddizione quando ammette che si potesse esercitare sui fondi provinciali la *vindicatio rei* tra diversi possessori dei fondi provinciali, ma che, tuttavia, non fosse esperibile la *vindicatio servitutis* (o l'azione da essa derivante), poiché questa sarebbe stata diretta verso il vero proprietario, lo Stato. Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.9: *Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petuntur: sed et interdictum de his utile competit.*

<sup>671</sup> Ulp. 53 *ad ed.* D. 8.5.10.1: *Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutum. et generaliter quicumque aquam ducere impediatur, hac actione cum eo experiri poterit.* Sulla contraddittorietà di questo frammento rispetto a Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.3 del medesimo autore, si veda V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura*, cit., 35 ss.

A supporto di tale ricostruzione si può interpretare il silenzio dei principi e dei pretori a partire da Antonino Pio<sup>672</sup>, che pare tanto più evidente se si considera invece la copiosa produzione legislativa in materia contrattuale. Non si presentava in sostanza l'esigenza di intervento di organi autoritativi, quando erano gli stessi privati a poter ideare liberamente ogni servitù che presentasse i caratteri che erano stati formulati dalla giurisprudenza.

L'epoca giustiniana portò rilevanti trasformazioni, che condussero ad un regime uniforme per tutto l'impero: ormai era scomparsa la distinzione tra fondi italici e provinciali e le altre principali forme di costituzione delle servitù, la *mancipatio* e l'*in iure cessio*, erano cadute in disuso. L'imperatore ammise, perciò, il ricorso ai nuovi strumenti della *pactio* e *stipulatio*<sup>673</sup>, che divenne l'ordinario mezzo di costituzione delle servitù *inter vivos*.

I. 2.3.4: *Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet.*

Se nel processo *per formulas* il pretore concedeva l'*actio in rem* dopo una valutazione discrezionale circa il contenuto della *stipulatio*, questo vaglio venne meno in età giustiniana: l'azione a tutela del contratto, pertanto, discendeva semplicemente dalla previsione legislativa<sup>674</sup>.

L'apertura di questo nuovo sistema si estese a tal punto che la *servitus* fu identificata con un generico diritto reale di godimento e sotto un'unica definizione vennero accorpate le servitù, l'usufrutto, l'uso e l'abitazione. La distinzione principale divenne allora quella tra *servitutes praediorum* e *servitutes personarum*, che appunto erano destinate a produrre una

---

<sup>672</sup> Le ultime servitù innominate di cui si ha notizia sono imputate Nerazio e Meciano, rispettivamente in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.3.3. pr. e § 3 e Paul. 15 *ad Plaut.* D. 8.3.6.1.

<sup>673</sup> C. 3.34.14: *Imperator Justinianus. Cum talis quaestio in libris sabinianis vertebatur: quidam etenim pactus est cum suo vicino, ut liceat ei vel per se vel per suos homines per agrum vicini transitum facere iterque habere uno tantummodo per quinquennium die, quatenus ei licentia sit in suam silvam inde transire et arbores excidere vel facere, quidquid ei fuerit visum, et quaerebatur, quando huiusmodi servitus non utendo amittitur, et quidam putaverunt, si in primo vel secundo quinquennio per eam viam non itum est, eandem servitutem penitus tolli quasi per biennium ea non utendo deperdita, singulo die quinquennii pro anno numerando, aliis aliam sententiam eligentibus, nobis placuit ita causam dirimere, ut, quia iam per legem latam a nobis prospectum est, ne servitutes per biennium non utendo depereant, sed per decem vel viginti annorum curricula, et in proposita specie, si per quattuor quinquennia nec uno die vel ipse vel homines eius eadem servitute usi sunt, tunc eam penitus amittat viginti annorum desidia. Qui enim in tam longo prolixoque spatio suum ius minime consecutus est, sera paenitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat*

<sup>674</sup> Cfr. A. CORBINO, voce *Servitù (dir. rom.)*, cit., 258.

qualche utilità alla persona. Il passo successivo fu il tentativo di unificare la disciplina di tutte le *servitutes* negli aspetti fondamentali: non erano più le servitù prediali a formare una categoria, ma i principali diritti reali.

In conclusione, il diritto giustiniano non fece che portare alle estreme conseguenze un processo che aveva già trovato origine addirittura in età repubblicana. Le servitù quindi non furono mai un *numerus clausus* e sebbene alcune figure furono tipizzate dalla giurisprudenza, ciò non pare escludesse la libertà per i privati di escogitarne di nuove, conformemente alle loro esigenze e nel rispetto dei dettami giurisprudenziali. In definitiva, quindi, il principio della tipicità delle servitù può essere ammesso nella misura in cui questa non implichi che esse costituissero un elenco finito. Pare, infatti, evidente che attraverso l'elaborazione giurisprudenziale si era venuta a costituire una categoria, i cui caratteri dovevano essere rispettati dall'autonomia privata nella delineazione delle nuove situazioni, ma che garantiva una libera determinazione alla stessa: se le figure corrispondevano al modello, dovevano perciò essere riconosciute come servitù. E peraltro mai fu menzionato il principio del *numerus clausus* dalla giurisprudenza, così come dagli organi istituzionali: esso pare piuttosto il frutto di un condizionamento moderno nella lettura della complessa, molteplice e dinamica realtà giuridica romana, suggestione che dev'essere abbandonata, se s'intende comprendere l'ordinamento giuridico romano per quello che effettivamente è stato.



## CONCLUSIONI

Nei tre capitoli che compongono questa ricerca si è inteso studiare l'autonomia privata in relazione ai *iura praediorum*, sia sotto il profilo contenutistico, sia in una prospettiva dinamica, incentrata sull'*usus iuris*. All'esito del presente lavoro, dunque, pare utile richiamare i risultati più importanti cui ha condotto l'analisi delle fonti considerate.

Le prime servitù rustiche, individuabili in *via*, *iter*, *actus* e *aquae ductus*, sorsero in origine come tipiche. La loro originaria configurazione, in un tempo in cui non era ancora stato elaborato il concetto di diritto su cosa altrui, fu oggetto di lunghi dibattiti dottrinali, che giunsero a conclusione con la formulazione della teoria del Voigt, oggi pacificamente acquisita, secondo la quale tali servitù anticamente si atteggiavano come forma dominicale che il titolare del fondo avvantaggiato esercitava sulla *portio fundi* in cui materialmente si concretava l'utilità per il medesimo. In particolare, si è ritenuto di poter aderire a quella ricostruzione che rinviene nella condizione riguardante il *rivus* o il sentiero una situazione comproprietaria. Tale espediente fu superato unicamente tramite l'opera scientifica della giurisprudenza laica, che, come anticipato, riuscì, mediante una raffinata astrazione, a formulare il concetto di *ius in re aliena*.

L'origine separata delle prime servitù rustiche ne determinò, come detto, un'iniziale configurazione tipica, confermata dalla menzione distinta e dall'ampia trattazione autonoma, riservata loro dalle fonti, nonché dalla loro originaria qualificazione quali *res corporales*. Esse, pertanto, derivarono da un processo di disgregazione dell'originaria nozione di appartenenza: negli stessi anni, infatti, ovvero tra la fine del III secolo a.C. e l'inizio del II, dall'antico *mancipium* derivava il *dominium ex iure Quiritium* e contemporaneamente emergeva un'altra figura reale, l'*usufructus*.

Nel prendere in considerazione primariamente le servitù di passaggio, si è ipotizzato che, a causa dei numerosi frazionamenti e alienazioni, molti fondi non fossero raggiungibili dalla pur capillare viabilità pubblica e fosse così sorta, per i proprietari di proprietà contigue, la necessità di collaborare, dando vita alla *via privata*.

Sulla viabilità nell'antica Roma la testimonianza più completa è rappresentata da Sic. Flacc. *cond. agr.*, Th. 110.2-111.11 (= Lach. 145.26-147.11), da cui si ricava una quadripartizione del sistema viario romano, confermata anche dagli scritti di altri

agrimensori: le vie si dividevano, quindi, in pubbliche, vicinali, *duum communes* e quelle attraverso cui veniva garantito il passaggio (*iter*) ai fondi interclusi. Abbiamo poi potuto constatare come le fonti giuridiche testimonino, invece, una dicotomia tra la qualificazione pubblica e privata delle vie, proponendo una prospettiva più limitata.

Si è voluto analizzare primariamente il dettato della legislazione decemvirale che si occupò di disciplinare la *latitudo* e la *munitio* delle *viae privatae*: esso è ricavabile da alcune fonti letterarie, quali Fest. s.v. *viae* (Lindsay 508) e Cic. *Caec.* 19.54, e confermato da Gaio e Varrone (Gai 7 *ad ed. prov.* D. 8.3.8 e Varro *l.l.* 7.15). Il quadro che ne emerge è, quindi, quello di una norma precettiva che poneva in capo al titolare del fondo servente l'obbligo di lastricare la sede stradale su cui era stata costituita la servitù: esso era sanzionabile tramite la facoltà del titolare del fondo dominante di non passare più in aderenza ai confini dell'altrui ovvero lungo il percorso tracciato dall'altro soggetto - in modo tale da recargli il minor disturbo possibile -, ma di attraversare il fondo dove più lo accomodava, con evidente svantaggio per il suo proprietario. È l'inizio di un lunghissimo processo che si concluderà con l'emersione della figura del *ius in re aliena* e che già in essa si può avvertire. Specificamente, si profila nella possibilità di passare ovunque nel fondo servente l'idea che la *via* non sia solo ricollegabile ad un dato fisico e corporeo, ma anche nella facoltà di passaggio che sulla stessa è concessa, in una prospettiva funzionale che annuncia già il superamento della prima struttura comproprietaria.

Per quanto attiene alle fonti giuridiche tramandateci dal Digesto, specificamente Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.21 e Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.22-23, dalla loro analisi emerge una certa difficoltà a costringere la varietà e la complessità della situazione stradale all'interno del binomio pubblico/privato, tra cui, ad esempio, oscillano alternativamente le vie vicinali, seppur in esse possano dirsi prevalenti gli aspetti pubblicistici. Tale prospettiva, che nell'ottica dei giuristi, rispondeva indubbiamente al precipuo fine di individuare la disciplina correttamente applicabile alle diverse vie in tema di costruzione e, soprattutto, manutenzione della sede stradale, portava inevitabilmente ad uno snaturamento delle suddivisioni emerse nella prassi e descritte nelle opere dei gromatici.

Ciò che ci preme ancora evidenziare è che anche in tutti questi frammenti la *via*, genericamente intesa, costituisce la sede stradale e, tralattivamente, il passaggio che essa consente. In particolare, la *via privata* rappresenta il passaggio attraverso un fondo privato, concesso al titolare del fondo medesimo ovvero ad altri soggetti determinati, individuati

in ragione della proprietà dei fondi finitimi. Le fonti, sia giuridiche che agrimensorie, quindi, identificano tale espressione anche con il passaggio costituito tramite assoggettamento servile di un fondo ad un altro: da ciò deriva la convinzione che la *via* sia nata per prima tra gli *iura itinerum*.

La *via* emerse, quindi, dal complesso sistema viario romano e da essa in seguito derivarono *iter* e *actus*, sorti per consentire di costituire diritti di minor aggravio sul fondo attraversato: è certo, infatti, che i tre *iura itinerum* presentassero differenti misure latitudinali del sentiero, a partire da quello della *via* per terminare in ordine decrescente con l'*iter*. Si può immaginare, pertanto, che la restrizione determinata dalla presenza della *via* nel fondo assoggettato talvolta potesse risultare troppo gravosa per il relativo proprietario e che l'inutilità di una tale compressione del diritto dominicale fosse stata progressivamente avvertita, soprattutto in riferimento a tutte quelle ipotesi in cui le necessità del fondo servente ben si sarebbero potute soddisfare tramite un passaggio meno invasivo e in cui, quindi, i caratteri tanto ampi della *via* apparivano probabilmente superflui.

I rapporti tra le tre servitù di passaggio, che costituiscono uno degli aspetti più oscuri di tale materia, sono in parte illustrati in Paul. 21 *ad. ed.* D. 8.3.7 pr.: dalla relativa esegesi si ricava la rappresentazione di una struttura concentrica, in cui le tre servitù sono contenute le une nelle altre, partendo, in ordine crescente, dall'*iter*, che contenutisticamente è la più povera, e giungendo alla *via*, comprensiva di tutte le facoltà di passaggio che si potevano realizzare. Procedendo *a contrario*, si può anche rilevare come l'*iter* sia concepito come una parte dell'*actus*, che a sua volta rappresenta una porzione della *via*. Le differenze fondamentali dello stesso con la *via* sono, perciò, rappresentate da due enigmatiche attività: il *trahere lapidem aut tignum* e l'*bastam rectam ferre*.

Quanto alla prima attività essa attiene suo al profilo più prettamente materialistico: la *via* sarebbe stata un sentiero lastricato e ciò sarebbe confermato proprio dal fatto che il *trahere lapidem aut tignum* non sarebbe possibile se non in un passaggio *munito*. Il trascinarsi di un masso o una trave, infatti, scaverebbe su un sentiero battuto dei solchi che lo danneggerebbero ed ostacolerebbero notevolmente il passaggio: tale servitù, pertanto, presuppone immancabilmente che lo stesso sia lastricato.

La seconda attività invece, ad avviso di chi scrive, si spiega ipotizzando che il titolare del fondo avvantaggiato avrebbe avuto la facoltà di misurare l'altezza dello spazio libero



sovrastante la sede stradale o, meglio, di pretendere che la stessa corrispondesse ad una determinata elevazione, tale da consentirgli di passare con un veicolo carico alla sua massima capienza. Assumendo tale prospettiva, è, quindi, ipotizzabile che l'autonomia privata abbia elaborato le figure dell'*iter* e dell'*actus*, che differivano da quella originaria primariamente quanto a *latitudo*, anche per garantire al fondo assoggettato un minor limitazione non solamente dal punto di vista contenutistico, ma anche sotto l'aspetto spaziale e materiale, cui si affiancava, come visto, anche l'obbligo di *munitio*.

La genesi di tali successive figure, la cui metamorfosi in *iura in re aliena* sembra aver preceduto quella della *via*, ancorata più saldamente ad una concezione comproprietaria, è quindi da rintracciarsi anche nella necessità di libera determinazione della misura latitudinale, che rappresenta un altro valido elemento distintivo tra *via* ed *actus*.

La distinzione tra queste due servitù di passaggio, sebbene minimale, quindi, può essere valorizzata sia sotto un profilo contenutistico, che sotto l'aspetto materialistico. La *via*, che appunto era più estesa sotto entrambe le prospettive, ricomprendeva due facoltà ulteriori individuabili nella possibilità di trascinarvi massi o travi, da cui derivava anche l'obbligo di *munitio*, e da quella di misurarne l'altezza allo scopo di mantenervi un sovrastante spazio libero, sufficiente a consentire il passaggio ai veicoli con il massimo carico. Originariamente, come si è dimostrato, la sede stradale della *via* era legislativamente determinata ed era più ampia di quella degli altri *iura itinerum*. In un secondo momento, venne riconosciuta ai privati la facoltà di costituire una *via* di ampiezza diversa rispetto a quella dettata dal precetto decemvirale, ma comunque sufficiente all'esercizio di tutte le facoltà che ne costituivano il contenuto tipico. Per tutte le servitù di passaggio l'autonomia privata divenne il primo criterio di definizione della *latitudo*, oltre che ovviamente della collocazione della sede stradale e dell'andamento del percorso, ma per la *via* sola si conservava ancora il criterio alternativo della disposizione legislativa.

Nel complesso, pertanto, pare coerente ipotizzare che in tempi assai più risalenti sia stata proprio la forza propulsiva dell'autonomia negoziale a superare il dettato decemvirale e, senza che fosse legislativamente ammessa la relativa possibilità ovvero che vi fosse un diverso intervento da parte dei protagonisti delle fonti del diritto, le parti si convinsero che anche le singole facoltà che componevano la *via* potessero essere estrapolate dalla stessa e divenire figure autonome. La larghezza di otto piedi sarebbe

stata eccessiva per tagliare il fondo altrui a piedi o anche con il carro ed il vicino forse non si sarebbe nemmeno reso disponibile a sacrificare un così largo tratto del suo campo, destinato a coltura, ma se invece si fosse pattuita la costituzione un sentiero più ristretto, ovvero non si fosse imposto al proprietario del fondo di lastrarlo, egli si sarebbe mostrato disposto, a fronte di un adeguato corrispettivo, a comprimere per una così piccola parte il suo diritto dominicale e a cedere l'*iter* ovvero l'*actus*. Quel passaggio, infatti, a causa della predeterminazione decenvirale, non poteva considerarsi una *via* e doveva necessariamente configurarsi in altre figure autonome, dalla stessa ontologicamente diverse. Si avvertì l'inadeguatezza dello schema comproprietario per la configurazione di simili diritti che si atteggiavano ormai più come facoltà limitate sul fondo altrui, che come un'effettiva appartenenza della striscia del campo assoggettato. L'essenziale intervento giurisprudenziale, pertanto, si può cogliere non tanto nel momento in cui dalla *via* vennero estrapolate le altre due servitù di passaggio, bensì quando alle stesse si dovette fornire un'adeguata veste giuridica. I veri protagonisti, quindi, del primo mutamento e della derivazione dei *iura itinerum* dalla *via* furono i privati, nell'esercizio della loro autonomia negoziale.

L'esame delle testimonianze epigrafiche rivela come si contrapponesse il termine *via*, che perlopiù veniva impiegato per designare la sede stradale, ad *iter* ed *actus*, che, invece, denotano chiaramente *iura in re aliena*. Era, quindi, presente nella prassi una nozione di *via* quale tracciato materiale su cui potevano insistere *iura itinerum*, le cui collocazione, condizioni di esercizio e, soprattutto, estensione, non solo in larghezza, ma anche in lunghezza, erano liberamente determinati dalle parti, che al fine di meglio tutelare il fondo servente ne evidenziavano i limiti di assoggettamento.

Ci si è concentrati poi sulla *servitus aquaeductus*, che, parimenti, nella sua prima configurazione si identificava con l'appartenenza della striscia di fondo su cui scorreva l'acqua ed era quindi concretamente rappresentata dal *rivus*. Nondimeno, anche il termine *aquae ductus*, che verrà impiegato solo in un momento successivo per designare la servitù esaminata, mantiene una duplice accezione terminologica, potendosi riferire appunto al *ius praedi*, ma anche alla condotta attraverso cui veniva fatta scorrere l'acqua.

La proprietà della sorgente era, infatti, imprescindibile per poter acquisire quella dell'acqua medesima, che costituiva il precedente logico alla sua conduzione lungo il *rivus*. Tale concezione si sarebbe mantenuta anche nella prima fase di emersione della servitù

considerata, quando questa ancora veniva denominata *iter aquae*: al diritto di condurre l'acqua nel proprio fondo, pertanto, necessariamente si accompagnava ancora e doveva essere ceduto quello dominicale sulla fonte. Solo con la compiuta elaborazione della figura esaminata, nella servitù di *aquae ductus* si concentrarono le facoltà di derivare e condurre l'acqua attraverso il fondo altrui. Nella concezione più antica, quindi, la presa e la conduzione dell'acqua erano oggetto di due diritti diversi e solo in un secondo momento divennero facoltà ricomprese nel diritto prediale di acquedotto.

Il *rivus*, come la *via* ed il *flumen*, da quanto ci tramandano i testi degli antichi agrimensori, aveva, tra le altre, anche una funzione limitare e si distingueva appunto dal *flumen* in ragione delle sue più esigue dimensioni. Se ne ricava l'impressione di un quadro complessivo molto simile a quello emerso per la viabilità romana, ovvero di una complessa rete idrica costituita primariamente dai fiumi, la cui natura è generalmente pubblica, che si diramava in numerosissime derivazioni secondarie e terminali al fine di garantire alle comunità ed ai privati il soddisfacimento delle esigenze agricole e di approvvigionamento di acqua potabile. Anche il rivo privato, quindi, al pari delle vie e dell'*iter* poteva essere oggetto di un diritto di proprietà esclusiva ovvero poteva costituire l'estrinsecazione materiale di una servitù prediale. Ad un sistema pubblico, che riusciva a garantire una buona copertura, ma ovviamente non poteva essere sufficiente, si aggiunse ancora una volta la risposta privata, che seppe pensare a nuove figure che assicurassero l'approvvigionamento idrico, senza sacrificare troppo le prerogative dominicali.

Lo schema comproprietario non poteva rimanere impregiudicato con il moltiplicarsi dei *iura praediorum*, inizialmente nella nuova caratterizzazione urbana e solo in epoca successiva con l'ampliamento delle possibilità di asservimento rustico, entrambe le categorie tuttavia poterono godere del vantaggio rappresentato dalla già compiuta teorizzazione del *ius in re aliena*.

Sotto il profilo genetico le servitù più antiche e quelle urbane possono essere accomunate per un importante aspetto: così come si è potuto vedere per gli *iura itinerum*, anche le servitù urbane sono sorte in ragione di una pressante esigenza di collaborazione tra vicini in un assetto urbanistico e sociale radicalmente mutato. Se, infatti, la precisa procedura della *limitatio* aveva tra i suoi molteplici scopi anche quello di garantire l'indipendenza tra i fondi, parimenti anche l'organizzazione urbanistica originaria presentava una serie di accorgimenti, quali l'*ambitus* e l'*impluvium*, che assicuravano una

totale indipendenza tra i *praedia urbana*. Le esigenze della prassi che determinarono l'emersione dei *iura praediorum urbanorum*, dunque, sono sotto questo profilo assimilabili a quelle che spinsero all'ideazione delle servitù rustiche. La fondamentale differenza, tuttavia, si può rinvenire nella circostanza che nel secondo dei casi contemplati, i privati si trovarono notevolmente avvantaggiati, poiché esisteva già l'elaborazione giurisprudenziale del *ius in re aliena*.

La seconda fase di ampliamento della categoria dei *iura praediorum* interessò, invece, le servitù rustiche, insieme che venne arricchito da nuove ed originali figure. Trattasi, come più volte ribadito, di un'aggiunta piuttosto disomogenea. Primariamente si è visto come le esigenze agricole legate all'acqua e non appagabili tramite una servitù di acquedotto venissero realizzate tramite l'acquisto della proprietà del *fons*, cui si accompagnava la costituzione di una *servitus itineris* o *actus*. Questa, secondo la tesi maggiormente accreditabile, era la struttura originaria delle altre due servitù d'acqua conosciute nel diritto romano, ovvero l'*aquae haustus* e la *servitus pecoris ad aquam adpellendi*. Tale elemento, quindi, ci rivela come dalla prima figura dell'acquedotto si siano evolute anche le altre due fattispecie. Le fonti menzionano anche numerose altre servitù attinenti alla gestione delle acque, quali la *servitus aquae venas non incidendi*, la *servitus aquae immittendae*, la *servitus aquae educendae* e la *servitus aquae non quaerendae*, cui se ne aggiunsero molte altre a carattere rustico.

Sul versante rimediale invece l'originaria tutela veniva apprestata, con buona probabilità, mediante l'adattamento della *legis actio sacramento in rem*, cui, con l'affermarsi del processo formulare, si sostituì la *vindicatio servitutis*, non senza un plausibile periodo di mediazione dell'*agere per sponsionem*.

In tema di servitù, quindi, si deve riconoscere un ruolo preminente alla prassi negoziale, concretatasi poi nella consuetudine, e alla giurisprudenza, che esercitava costantemente un'attività di elaborazione scientifica e controllo di meritevolezza di quanto emergeva dall'inventiva privata, in un'evoluzione normativa scevra di alcun intervento delle autorità della *civitas*. Nell'operare della fonte giurisprudenziale si rinviene, pertanto, un carattere prevalentemente ricognitivo di ciò che veniva formulato, seppur in forma grezza, primariamente dall'autonomia privata. In tema di servitù peraltro tale stretta connessione tra l'*interpretatio prudentium* e lo svolgimento negoziale viene palesato anche dalle espressioni che i giuristi medesimi utilizzano nei frammenti per segnalare

l'ammissibilità di nuovi esempi di *iura praediorum*, quali *constitui posse, imponi posse, cedi posse*, tradendo così la tipica impostazione casistica.

Le prime servitù rustiche, come detto, non poterono che sorgere come tipi individuati, non classificabili in un insieme unitario. Con l'aggiungersi delle figure prediali, tuttavia, ed in particolare con l'ingresso delle servitù urbane, iniziò a profilarsi una categoria, dai caratteri comuni, cui potevano ricondursi i *iura praediorum* di volta in volta emergenti. Pare legittimo ritenere che tali diritti reali non venissero avvertiti come un ostacolo al pieno sfruttamento del fondo, bensì come il più adatto strumento per conservarne la titolarità e al contempo trarne la maggiore utilità. Si deve sempre tenere a mente, infatti, che l'alternativa per il *dominus* avrebbe potuto essere l'alienazione del bene stesso.

L'elaborazione giurisprudenziale giunse quindi, in età imperiale, ad un'articolata classificazione delle servitù che furono suddivise in rustiche e urbane, e, fra queste ultime, in ulteriori sottocategorie. Parimenti, il concetto di *servire* e l'applicazione dell'*actio negativa* possono aver rappresentato ulteriori elementi unificanti, in quanto pur attenendo talvolta anche a fattispecie che non potevano essere ricomprese fra quelle prediali, testimoniano nondimeno il tentativo di un'estensione delle medesime nozioni, al fine di potervi ricomprendere le occorrenti esigenze sociali ed economiche. Tali svolgimenti in particolare si verificarono soprattutto in epoca trado-repubblicana, lasso di tempo che pare caratterizzato da una più spiccata vivacità scientifica e da una maggiore aspirazione creativa della giurisprudenza.

Altro elemento di nodale rilevanza pare il tenore letterale dell'*intentio* della formula vindicatoria: nell'Editto perpetuo, invero, si trovano unicamente quelle delle servitù di passaggio e di tre *iura praediorum urbanorum* ed indubbiamente non si può ritenere che queste fossero le sole a trovare adeguata tutela. A ciò si aggiunga che la relativa rubrica s'articolava in maniera tanto generica, '*si servitus vindicetur*', da sembrare aperta nella sua formulazione e da legittimare i privati a riversare nello schema della *servitus* ogni utilità che potessero ritenere vantaggiosa per il loro fondo.

Se la prima questione riguardo la possibile estensione dello schema prediale fu affrontata da Quinto Mucio Scevola, il giurista che maggiormente si interessò al tema fu invece Alfeno Varo, discepolo di Servio Sulpicio Rufo, che trattò le ipotesi di una *servitus*

*aquae educendae praedii siccandi causa* ed altre figure dal contenuto inedito, di cui si vagliava sia il concreto atteggiarsi, che la relativa ammissibilità.

Il delinarsi di un modello della *servitus* permise poi ai *prudentes* la delimitazione della nascente categoria, escludendo dall'inclusione nel novero dei *iura praediorum* tutte quelle fattispecie che presentavano caratteri non riconducibili ai medesimi: si è evidenziato quindi l'imprescindibile ruolo della giurisprudenza, la quale poneva un freno alla prassi negoziale, al fine di mantenere un'essenziale coerenza strutturale nello schema che si era sviluppato attraverso l'elaborazione scientifica. Tale attività venne a concretizzarsi d'altra parte, soprattutto in epoca classica, nell'enucleazione di una serie di attributi, rappresentanti i caratteri essenziali dell'istituto e fondamentali per l'effettiva costituzione di una categoria. La servitù, pertanto, non poteva concretarsi in un *facere* a carico del titolare del fondo servente, né poteva costituirsi su fondi di proprietà del medesimo *dominus*. Altri caratteri peculiari dell'istituto erano rappresentati dall'inalienabilità, dall'indivisibilità e dalla perpetuità. L'attributo della vicinanza, infine, era meno stringente di quanto si pensi, ammettendosi servitù anche tra fondi non contigui, ma sufficientemente prossimi da consentire l'appagamento dell'esigenza sottesa.

Sebbene tutte queste siano qualità inderogabili, il carattere essenziale della fattispecie prediale deve essere individuato nell'utilità procurata al fondo dominante, che ne costituisce il vero nucleo, nonché il criterio fondamentale per un'uniforme estensione della categoria. L'*utilitas*, quindi, era il requisito imprescindibile dell'asservimento del fondo vicino e doveva immancabilmente corrispondere ad un vantaggio per quello dominante e solo indirettamente per il suo titolare.

Tramite questo potente strumento pertanto vennero introdotte figure prediali inedite, quali le *servitutes calcis coquendae, cretae eximendae* o quella di tagliare arbusti nel fondo vicino, le quali, nelle fonti, presentano sempre una limitazione teleologica, volta ad impedire che le medesime apportassero un beneficio alla persona, indipendentemente dal fondo di cui la stessa era titolare.

Se ne rinvenivano numerose altre simili, destinate tutte a garantire un miglioramento della condizione rustica o urbana: celebre è il caso della *taberna casiarum* a favore della quale si ammetterebbe la costituzione di una servitù di immettere fumo nel fondo confinante, al di sopra dell'ordinaria tollerabilità. Si tratta di molteplici esempi di *iura praediorum* innominati, che rivelano una configurazione atipica dei medesimi, in virtù della quale i

privati restavano liberi di riversare nel modello delineato dalla giurisprudenza le utilità che si palesavano nella prassi quotidiana. Il requisito dell'utilità, quindi, da limite negativo si trasformò in un potente e flessibile strumento per il riconoscimento di nuove servitù atipiche.

Si è, quindi, persuasi che l'atteggiamento sulla tipicità delle servitù debba essere più sfumato rispetto a quello che si è potuto finora riscontrare. Non si può né si vuole negare che le fonti spesso presentino l'esame di servitù trattate come stereotipe e tipiche. Ed infatti è pur vero che l'intensa attività scientifica venne poi per tipizzare alcune figure prediali, andando cioè a delinearne i caratteri peculiari in modo talmente approfondito, da costituirne un tipo, ma ciò non implica necessariamente che simultaneamente non potessero esserne introdotte di ulteriori. Pertanto, sembra potersi ammettere che le figure nate come stereotipe andarono poi a confluire in una categoria, abbandonando così la chiusura di un sistema tipico. La distinzione che si venne a creare indirettamente fu quella tra servitù nominate, conosciute e ampiamente analizzate dalla giurisprudenza e servitù innominate, in un sistema in cui il nuovo non andava a sostituire il vecchio, ma piuttosto ad esso si affiancava. Il novero dei *iura praediorum* non costituiva un elenco chiuso ed immutabile e ciò è appunto testimoniato dal fatto che lo stesso si è arricchito in tutte le epoche storiche, ad opera della giurisprudenza e sulla spinta della prassi negoziale.

La ricostruzione più plausibile, quindi, riconosce che la prassi, nel modellare i rapporti in conformità alle esigenze concrete, non si curava in alcun modo della relativa qualificazione, di cui si occupava, invece, la giurisprudenza. Se, infatti, i privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale costituivano le singole facoltà in diritti distinti e autonomi, erano i giuristi che di volta in volta si dedicavano all'inquadramento di tali fattispecie, sistemandole nell'ambito dei rapporti obbligatori o nella sfera dei *iura in re aliena*, identificando il diritto posto al loro vaglio con l'usufrutto ovvero collocandolo fra le numerose servitù già riconosciute.

In conclusione, nel quadro che si è sin qui delineato, pare evidente che il contributo della prassi negoziale sia stato essenziale per la configurazione di sempre nuovi *iura praediorum* e, a fronte di una ricostruzione su cui sembra concorde larga parte della dottrina, si reputa ormai superfluo l'impiego delle definizioni di tipicità o atipicità, nel rischio di ingenerare dibattiti sterili e forieri di inutili incomprensioni, nonché nella piena

consapevolezza che tale necessità definitoria è espressione dell'approccio più lontano dal metodo scientifico impiegato dalla giurisprudenza romana.

Si è, infine, potuta constatare anche l'incidenza che ebbe la prassi sull'*usus servitutis*. Esso rilevò primariamente quale esercizio del diritto servile in funzione acquisitiva dello stesso. Con buona probabilità, originariamente la costituzione delle servitù più antiche avvenne appunto facendo ricorso alla modalità più semplice ed immediata, l'*usus*. L'esercizio, protratto nel tempo, delle facoltà che divennero poi il contenuto dei primi *iura praediorum* consentiva il consolidamento di una situazione di fatto in una realtà giuridicamente riconosciuta. L'usucapibilità delle prime servitù, peraltro, risulta perfettamente compatibile con la loro configurazione di *res corporales*.

Quanto alle servitù urbane ed ai *iura praediorum urbanorum* recenziori, la loro introduzione dovette probabilmente avvenire tramite un diverso modo di costituzione, non solo per la differente configurazione delle stesse, ma anche per l'evoluzione dell'*usus* nel più compiuto istituto dell'*usucapio* e, successivamente, per la suddetta abolizione dell'*usucapio* ad opera della *lex Scribonia*. In particolare si è ipotizzato che le *leges mancipii* abbiano avuto un ruolo di non poco momento nella costituzione di tali nuove servitù, che i privati ideavano ed inserivano nel negozio traslativo della proprietà del fondo, tramite *deductio*.

L'*usus* della servitù fu, inoltre, oggetto di una specifica tutela, quella interdittale, che nondimeno risultava specificamente pensata unicamente per le prime servitù rustiche, ad ulteriore conferma del loro carattere tipico.

Quanto, infine, al *modus servitutis*, trattandosi di modifiche che incidono sull'esercizio del diritto più che sull'oggetto dello stesso, si ritiene che non avrebbero potuto assumere una tale rilevanza, da permettere di configurare addirittura una nuova servitù.

Si è, infatti, osservato come i diversi *iura* di *aqua cottidiana*, *aestiva* e *intermissione temporis divisa* non presentassero caratteristiche strutturali tali da essere idonei a soddisfare utilità distinte tra loro, bensì continuassero ad assolvere tutte alla medesima *utilitas*, diversamente da quanto, invece, era avvenuto per la servitù di acquedotto e quella di *haustus*, che si configurarono come figure distinte.

In definitiva, pare si possa sostenere che il *modus* attenesse unicamente all'*usus* della *servitus* e non avesse alcuna funzione nel modellare la struttura della medesima. Lo stesso, non incidendo sul contenuto delle singole servitù e non modificando l'*utilitas* che le stesse



erano preposte a soddisfare, consentiva nondimeno di modulare l'esercizio del *ius praedii*. Non gli si può riconoscere, pertanto, una funzione correttiva della tipicità dei *iura praediorum*.

## BIBLIOGRAFIA

ALBANESE, B.

*Su alcuni frammenti di Gaio 'ad legem XII Tabularum'*, in *Labeo*, XLIV, 1998, ora in *Scritti giuridici*, III, Torino, 2006

ARANGIO-RUIZ, V.

*Sulle azioni confessorie e negatorie. Appunti*, in *Scritti di Storia di Filologia e d'arte per le nozze Fedele-De Fabritiis*, Napoli, 1908

*Per la classificazione delle servitù di passaggio*, in *Studi in onore di B. Brugi*, Palermo, 1910

*La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, in *Foro It.*, IV, 1959

*Storia del diritto romano*, Napoli, 1984

*Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1998

ARNÒ, C.

*Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, Torino, 1895

ARU, L.

*Nota minima sull'origine storica della 'servitus viae'*, in *Studi economico-giuridici*, XLIII, 1936

BALIL, A.

*Un nuovo testo giuridico della penisola iberica, la tavola enea da Botorrita (Zaragoza)*, in *Epigraphica*, XLII, 1980

BANNON, C.J.

*Gardens & Neighbors. Private Water Rights in Roman Italy*, Ann Arbor, 2009

BARBERINI, A.

*La proprietà nella Costituzione*, in *Proprietà e diritti reali*, I, Milano, 2011

BARTOLUS

*Commentaria in Corpus iuris civilis, ad D. 41.2.17.1*, Paris, 1581

BASILE, R.

*Tura praediorum* e attività di *refectio*, in *Index*, XXXIX, 2011

*Usus servitutis* e tutela interdittale, Padova, 2012

BETTI, E.

*Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942

*Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1960

BIANCHI, E.

*Fictio iuris*. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea, Padova, 1997

BIANCO, A.D.

*Aqua ducta, aqua distributa*. La gestione delle risorse idriche in età romana, Torino, 2007

BIGNARDI, A.

*Actio*, *interdictum*, *arbores*. Contributo allo studio dei rapporti di vicinato, in *Index*, XII, 1983-1984

*De suo iure agere oportet*. Contributo allo studio della *regula iuris*, Milano, 1992

BIONDI, B.

*Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, 1926

*La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano, 1938

*Passo necessario*, in *Studi in onore di E. Besta*, I, Milano, 1939

*Le servitù prediali nel diritto romano*<sup>2</sup>, Milano, 1954

BIRKS, P.B.H.

*A new argument for a narrow view of 'litem suam facere'*, in *TR*, LII, 1984

BOHÁČEK, M.

*Nuovi studi sulle 'actiones negativae'*, in *BIDR*, XVIII, 1939

BONFANTE, P.

*Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, 1926

*Servitù e obbligazione*, in *Scritti giuridici vari*, III, *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino, 1926

*Corso di diritto romano*, II, Milano, 1966

*Corso di diritto romano*, III, Milano, 1972

BRANCA, G.

*Non uso e prescrizione*, in *Scritti in onore di C. Ferrini in occasione della sua beatificazione*, I, Milano, 1947

BRASIELLO, U.

voce *Proprietà (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1957

BRETONE, M.

*La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli, 1962

*I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma – Bari, 1998

BRUGI, B.

*Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali I*, in *AG*, XXV, 1880

*Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali II*, in *AG*, XXVII, 1881

*L'opinione di Teofilo circa alla servitù di passo nel diritto romano*, in *AG*, XXIX, 1882

*Le servitù prediali secondo l'antico diritto romano. Un'opinione del Voigt*, in *Gravina*, 1884

*Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, Verona - Padova, 1897

BRUNT, P.A.

*Italian Manpower 225 B.C. - A.D. 14*, Oxford, 1971

BURDESE, A.

*Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952

voce *Flumen*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1957

*Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù (a proposito di taluni recenti studi)*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968

Recensione a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, in *BIDR*, LXXX, 1977

*Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Rivista dir. civ.*, II, 1983

voce *Servitù prediali (dir. rom.)* in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1990

*Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, in *AG*, CCXVIII.1-2, 1998

CABALLOS RUFINO, A.

*'Lex Coloniae Genetivae Iuliae sen Vrsionensis'*. Índice de palabras en su contexto, in *Studia historica. Historia antigua*, XV, 1997

CALZA, G.

*La popolazione di Roma antica. Rassegna bibliografica*, in *Bullettino della Commissione archeologica comunale di Roma*, LXIX, 1941

CAMERIERI, P. - MATTIOLI, T.

*Transumanza e agro centuriato in alta Sabina, interferenze e soluzioni gromatiche*, in *Lazio e Sabina. 7. Atti del convegno* (Roma, 9-11 marzo 2010), a cura di G. Ghini, Roma, 2011

CANNATA, C.A.

*L'actio in factum civilis*, in *Iura*, LVII, 2008-09

CAPOGROSSI COLOGNESI, L.

*Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966

*La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969

*La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976

*La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi. I. (età arcaica)*, Roma, 1981

voce *Proprietà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988

*Ancora sulla 'lex Scribonia'*, in *Index*, XXII, 1994

*Alle origini di un divieto legislativo: la 'lex Scribonia'*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, I, Napoli 1997

*La 'lex Scribonia' e la usucapione delle 'res incorporales'*, in *Ai margini della proprietà fondiaria*<sup>3</sup>, Roma 1998, ora in *La 'lex Scribonia' e la usucapione delle 'res incorporales'*, in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999

*Persistenza e innovazione nelle strutture territoriali dell'Italia romana*, Napoli, 2002

*Servitù di passaggio e organizzazione del territorio romano nella media e tarda età repubblicana*, in *Misurare la terra: centuriazione e coloni nel mondo romano*, Modena, 2003

*Le servitù prediali: interessi contrastanti e cooperazione tra vicini*, in *BIDR*, CV, 2011

Recensione a J. DUBOULOZ, *La propriété immobilière à Rome et en Italie. I-IV siècles*, in *Ec. fr. de Rome*, Roma, 2011, in *SDHI*, LXXVIII, 2012

*Padroni e contadini nell'Italia repubblicana*, Roma, 2012

CATERINI, E.

*Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998

CATTANEO, G.

*Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965

CIFANI, G.

*Indicazioni sulla proprietà agraria nella Roma arcaica in base all'evidenza archeologica*, in *Suburbium. Il suburbio di Roma dalla fine dell'età monarchica alla nascita del sistema delle ville (V-II secolo a.C.)*, II, a cura di V. Jolivet, C. Pavolini, M.A. Tomei e R. Volpe, Roma, 2009

CIPOLLA, B.

*Tractatus de Servitutibus tam Urbanorum quam Rusticorum*, Köln, 1759, trad. it. di F. Cirani, annotata da N. De Vergottini, Venezia, 1859

COARELLI, F.

*La consistenza della città nel periodo imperiale: 'pomerium', 'vici', 'insulae'*, in *La Rome Impériale. Démographie et logistique. Actes de la table ronde (Rome, 25 mars 1994)*, Roma, 1997

COMPORI, M.

*Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977

*Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982

*Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011

CORBINO, A.

*Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981

voce *Servitù (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990

*Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de H. Kupiszewski*, Varsavia, 1996

COSTA, E.

*Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*, Torino, 1911

CRAWFORD, M.

*Roman statutes*, I, London, 1996

CURSI, M.F.

*Nota sull'interpretazione di un passo di Siculo Flacco*, in *BIDR*, XCI-XCII, 1989-1990

*'Modus servitutis': il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999

*I rapporti di vicinato*, in *XII Tabulae*, a cura di M.F. Corsi, I, Napoli, 2018

*L'autonomia dei privati nelle XII Tavole e nell'interpretatio*, in *XII Tabulae*, a cura di M.F. Corsi, II, Napoli, 2018

D'ANGELO, G.

*Sulla 'lex Scribonia de usucapione servitutum'*, in *AUPA*, LVI, 2013

DE MARTINO, F.

*D. 8.5.8.5: i rapporti di vicinato e la tipicità delle servitù*, in *Index*, XII, 1942

*Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1980

DE ROBERTIS, F.M.

*Costituzione 'ex capite' e costituzione 'aliunde' nella 'servitus aquae ducendae' (a proposito del fr. 9 Dig. VIII, 3, Paulus, libro I Sententiarum)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Bari*, I, 1938

DE VITA, A.

*La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969

D'ORS, A.

*Las fórmulas procesales del 'bronze de Contrebia'*, in *AHDE*, I, 1980

DÍAZ ARIÑO, B.

*Epigrafía latina republicana de Hispania*, Barcelona, 2008

ELVERES, R.

*Die römische Servitutenehre*, Marburg, 1856

FADDA, C.

*Servitù, lezioni [di] Carlo Fadda*, Napoli-Alvano, 1913

FATÁS, G.

*Noticia del nuevo bronce de Contrebia*, in *Boletín de la Real Academia de la Historia*, CLXXVI, 1979

*Romanos y Celtiberos en el siglo I antes de Cristo*, in *Caesaraugusta*, LIII-LIV, 1981

*El Bronce de Contrebia Belaisca*, in *Cuadernos de trabajos de la escuela española de historia y arqueología en Roma*, XV, 1981

*The 'Tabula Contrebiensis'*, in *Antiquity*, LVII, 1983

*El pleito más antiguo de España. Tabula Contrebiensis, Aquaria. Agua, territorio y paisaje en Aragón*, Saragoza, 2006

FERRI, G. B.

*Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966

FERRINI, C.

*Storia e teoria del contratto di commodato*, in *AG*, LII-LIII, 1894, ora in *Opere*, III, Milano, 1929

FERNÁNDEZ OCHOA, C. - ZARZALEJOS PRIETO, C. - BURKHALTER THIEBAUT, C. - HEVIA GÓMEZ, P. - ESTEBAN BORRAJO, G.

*Arqueominería del Sector Central de Sierra Morena: introducción al estudio del Área Sisaponense*, Madrid, 2002

FIorentini, M.

*Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2003

*Cloache e sanità urbana nello specchio del diritto*, in *Index*, XLVI, 2018

FORCELLINI, AE.

*Lexicon Totius Latinitatis*, VI, Prati, 1875

FRANCIOSI, G.

*'Usucapio pro herede'. Contributo allo studio dell'antica 'hereditas'*, Napoli, 1965

*Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1966



*Il divieto di 'piscatio tinnaria': un'altra servitù prediale*, in *RIDA*, XLIX, 2002

FUENTESECA, P.

*Las novedades jurídicas del bronce de Contrebia*, in *Epigrafía hispánica de época romano-republicana*, Zaragoza, 1983

FUNKE, G.

*Beiträge zum Wasser-Recht*, in *ACP*, XII, 1829

GABBA, E.

*Riflessioni sulla 'lex Coloniae Genetivae Iuliae'*, in *Estudios sobre la tabula siariensis (Anejos de Archivo español de arqueología)*, Madrid, 19

GAGLIARDI, L.

*La tutela prevista dal diritto romano per i superficiari: dalle azioni 'in personam' alle azioni 'in rem'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011

GALLO, A.

*Studi sulla distinzione fra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, Torino, 1958

Recensione a M. BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli, 1962, in *BIDR*, LXVI, 1963

Recensione a V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei 'iura in re aliena' e il dogma del numero chiuso*, Napoli, 1992, in *Iura*, 1992

*L'officium' del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997

GIAGNORIO, M.

*Il contributo della 'civis' nella tutela delle 'res in publico usu'*, in *Teoria e storia del diritto privato*

GIORGIANNI, M.

*Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940

GIRARD, P.F.

*L'auctoritas' et l'action 'auctoritatis'*. *Inventaire d'interpolations*, in *Mélanges de droit romain*, II, Paris 1923

GIUFFRÈ, V.

*L'emersione dei 'iura in re aliena' ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992

GIUNTI, P.

*Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *Iura*, LXI, 2013

GIUSTO, M.

*Riflessioni sulla Tabula Contrebiensis*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, IX, 2006

GLÜCK, C.F.

*Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar X*, 1808

GROSSO, G.

*Sulla servitù di 'aquae haustus'*, in *BIDR*, XL, 1932, ora in *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato: cose e diritti reali*, Torino, 2001

*Sulle servitù 'altius tollendi' e 'stillicidii non avertendi'*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, Padova, 1933

*Costituzione di servitù a favore o a carico di fondo futuro*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1934, ora in *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001

*L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, in *SDHI*, III, 1937, ora in *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato: cose e diritti reali*, Torino, 2001

*Appunti storici e 'de iure condendo' sulla distinzione tra servitù rustiche e urbane*, in *Rivista di diritto agrario*, XVII, 1938, ora in *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato: cose e diritti reali*, Torino, 2001

*Servitù fondiaria e servitù aziendali*, in *Riv. dir. comm.*, XXXVI, 1938

*I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944

voce *Acquedotto*, in *Enc. dir.*, I, 1958

*Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958

Recensione a M. BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli, 1962, in *SDHI*, XXIX, 1963

*Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965

*La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in *BIDR*, LXX, 1967, ora in *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato: cose e diritti reali*, Torino, 2001

*Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969

*Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970

GUARINO, A.

*L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli, 1982

HEUMANN, H. - SECKEL, E.

*Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1958

HIN, S.

*The demography of roman Italy: population dynamics in an ancient conquest society 201 BCE-14 CE*, Cambridge, 2013

IMPALLOMENI, G.

*Il diritto di compascolo di cui a D. 8,5,20,1 di Scevola*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, V, Milano, 1984, ora in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996

*In tema di strade vicinali*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, già in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, III, Milano, 1987

JUREWICZ, A.R.

*Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis' – rassegna della materia. Gli organi della colonia*, in *RIDA*, LIV, 2007

KARLOWA, O.

*Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901

KASER, M.

*Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar, 1939, ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976

*Das römische Privatrecht*, I, München, 1955

Recensione a M. BRETONI, *La nozione romana di usufrutto*, Napoli, 1962, in *Labeo*, IX, 1963

KOSCHAKER, P.

Recensione a E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, in *Studi di diritto privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi*, XXVII, 1937, 377 ss., in *ZSS*, LVIII, 1938, 258 ss.

KRÜGER, H.

*Die prätorische Servitut*, Münster, 1911

LAFFI, U.

*Le funzioni giudiziarie dei senati locali nel mondo romano*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, XLIV, 1991  
*L' 'ager compascuus'*, in *REA*, C, 1998, ora in *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001

LA ROSA, R.

*'Usus fructus'. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli, 2008

LENEL, O.

*Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889

*Das 'edictum perpetuum'*, Leipzig, 1927

LEVY, E.

*Usureceptio servitutis*, in *Studi in onore di E. Albertario*, II, Milano, 1953

LO CASCIO, E.

*Popolazione e risorse nel mondo antico*, in *Storia dell'economia mondiale, I, Dall'antichità al medioevo*, a cura di V. Castronovo, Roma - Bari, 1996

*Le procedure di 'recensus' dalla tarda Repubblica al Tardo antico e il calcolo della popolazione di Roma*, in *La Rome Impériale. Démographie et logistique. Actes de la table ronde (Rome, 25 mars 1994)*, Roma, 1997

*La popolazione*, in *Roma imperiale. Una metropoli antica*, a cura di E. Lo Cascio, Roma, 2000

LONGO, C.

*La categoria delle 'servitutes' nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XI, 1898

LONGO, G.

*Corso di diritto romano, I, I diritti reali*, Padova, 1962

LOVATO, A. - PULIATTI S. - SOLIDORO L.,

*Diritto romano privato<sup>2</sup>*, Torino, 2017

LUZZATTO, G.I.

*In tema di 'limitatio'*, in *Mèlanges Meylan*, I, Lausanne, 1963

MAGANZANI, L.

'Tabula' di Contrebia, in *Annali del Seminario Giuridico (AUPA). Revisione ed integrazione dei 'Fontes Iuris Romani Anteiusuliniani'. I. Leges*, a cura di G. Purpura, Torino, 2012

Comunità di irrigazione e rapporti fra 'rivaes': riflessioni giurisprudenziali e tutela pretoria, in *JUS*, II, 2017

MANNINO, V.

La tolleranza dell' 'usus servitutis' nell'esperienza giuridica romana, Torino, 1996

MANTELLI, A.

I dubbi di Aristone, Ancona, 1990

MANTHE, U.

Die 'libri ex Cassio' des 'Iavolenus Priscus', Berlin, 1982

MARINER, S.

Il bronzo di Contrebia: studio linguistico, in *Cuadernos de trabajos de la escuela española de historia y arqueología en Roma*, XV, 1981

MAROI, F.

Sopra un'iscrizione ostiense relativa ad un 'iter privatum', in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930

MARRONE, M.

voce *Rivendicazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989

Il 'numero chiuso' dei diritti reali, in *Labeo*, 1993

MARSHALL, P.K.

Four Lexicographical Notes on Gellius, in *Mnemosyne*, XV, 1962

MARTINI, R.

'Hastam rectam ferre' e 'ars ignorandi', in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VI, Napoli, 1984

MASCHI, C.A.

*Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in *BIDR*, XLVI, 1939

MASUELLI, S.

*La 'refectio' nelle servitù prediali*, Napoli, 2009

MCKAY, A.G.

*Houses, Villas, and Palaces in the Roman World*, London, 1975

MELCHOR GIL, E.

*La red viaria romana y la comercialización de los metales de Sierra Morena*, in *Rutas, ciudades y moneda en Hispania*, Madrid, 1999

MEROTTO, M.F.

*'Ager compascuus': un esempio di vincolo di destinazione di interesse pubblico*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016

MESSINETTI, D.

*Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970

MÖLLER, C.

*Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010

MOMMSEN, TH.

*Festi codicis quaternio decimus sextus*, in *Gesammelte Schriften*, VII, Berlin, 1909

MURGA GENER, J.L.

*El 'iudicium cum addictione' del bronce de Botorrita*, in *Cuaderno de Historia Jerónimo Zurita*, XLIII-XLIV, 1982

*La 'addictio' del Gobernador en los litigios provinciales*, in *RIDA*, III S. 30, 1983

NEGRI, G.

*Diritto minerario*, Milano, 1985

NICOSIA, E.

*Actio negativa e actio negatoria*, in *Iura*, LXI, 2013

NICOSIA, G.

*Il possesso. I. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-96<sup>2</sup>*, Catania, 2008

*La nascita postdecemvirale della 'mancipatio' e quella ancora posteriore della distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, in *AUPA*, LIX, 2016

PALMA, A.

*Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del principato*, in *ANWR*, II.14, Berlin - New York, 1982

*Iura vicinitatis*, Torino, 1988

PASQUINUCCI, M.

*La transumanza nell'Italia romana*, in *Strutture agrarie e allevamento transumante nell'Italia romana (III-I sec. a.C.)*, a cura di E. Gabba e M. Pasquinucci, Pisa, 1979

PERNICE, A.

Recensione a M. VOIGT, *Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der Römischen Republik*, in *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Klasse*, 1874, XXVI, in *Jenaer Literaturzeitung*, XLIV, 1875

PEROZZI, S.

*Sulla struttura delle servitù prediali nel diritto romano*, Roma, 1888, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948

*Problemi di origini*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto, pubblicati in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, II, Milano 1905, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948

*Fructus servitutis esse non potest*, in *BIDR*, VI, 1893, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948

*Istituzioni di diritto romano<sup>2</sup>*, I, Roma, 1928

PETRINI, S.

*Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008

PEZZANA, A.

voce *Azione confessoria e negatoria (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959

PISTARINO, V.

*Aquae Satiellae*, in *Suppl.It.*, 25, Roma, 2010

POLARA, G.

*'Actus minimus' e 'actus quadratus'*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987

PROVERA, G.

*Servitù prediali e obbligazioni 'propter rem'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971

PUCHTA, G.F.

*Dissertatio de itinere, actu et via*, Erlangen, 1820, ora in *Kleine zivilistische Schriften*, Leipzig, 1851

RAINER, J.M.

*Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987

*Die immisionen: Zur Entstehungsgeschichte des § 906 BGB*, in *'Vestigia iuris romani'*. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992, Graz, 1992

RIZZI, M.

*Spunti interpretativi in tema di 'agere per sponsonem'*, in *Iura*, LIV, 2003

RANDAZZO, S.

*'Leges Mancipii'*. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione, Milano, 1998

*'Servitus iure imposita'*. Destinazione del padre di famiglia e costituzione 'ipso iure' della servitù, in *Rivista di diritto romano*, II, 2002

RICCOBONO, S.



*'Dies' e 'condicio' nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (fr. 4 D. VIII, I)*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, III.2, 1922

RODRIGUEZ ALMEIDA, E.

*Una nuova iscrizione ispanica relativa ai 'soci miniarum Sisaponensium'*, in *BCAR*, XCVI, 1994-1995

ROELS, W.

*Het Voorwerpen de Toepassingen van het 'precarium'*, in *RIDA*, IV, 1951

ROMANO, F.

*Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967

SALVIOLI, G.

*Il capitalismo antico*, Bari, 1929

SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C.

voce *Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis*, in *Encyclopedia of Ancient History*, 2013

SANTUCCI, G.

*Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche<sup>2</sup>*, Bologna, 2018

SCHERILLO, G.

*Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945

SCHIAVONE, A.

*Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari, 1987

*Ius*, Torino, 2005

SCHULZ, F.

*History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946

*Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*<sup>2</sup>, Weimar – Böhlau, 1961, ora in *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968

SCHWAB, C.G.

*Die Conflicte der Wasserfabrt auf den Flüssen mit der Benützung der letztern zum Maschinenbetriebe, erörtert nach den Grundsätzen des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts: Ein Beitrag zur Lehre vom Wasserrechte*, in *ACP*, Beilageheft, XXX, 1847

SCIALOJA, V.

*Sopra il 'precarium' nel diritto romano*, Roma, 1878, ora in *Studi Giuridici*, I, Roma, 1933

*Due interpretazioni in materia di servitù*, in *BIDR*, II, 1889

*Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928

SCOTTI, F.

*Diritto e agronomi latini: un caso in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'*, in *Agri centuriati*, X, 2013

*'Actio aquae pluviae arcendae' e 'fossae agrorum siccandorum causae factae' per un'esegesi di D. 39.3.2.1,2,4,7 alla luce delle tecniche agronomiche antiche*, in *Jus*, II, 2014

SEGRÈ, A.

*Pesi e misure*, in *Guida allo studio della civiltà romana antica*<sup>2</sup>, a cura di V. Ussani e F. Arnaldi, II, Napoli, 1959

SEGRÉ, G.

*La clausola restitutoria nelle azioni 'de servitutibus' e le formule delle azioni relative alla 'servitus oneris ferendi'*, in *BIDR*, XLI, 1933

SEYED-MAHDAVI RUIZ, S.

*Die rechtlichen Regelungen der Immissionen im römischen Recht und in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen. Unter besonderer Berücksichtigung des geltenden deutschen und spanischen Rechts*, Göttingen, 2000

SIRAGO, V.A.

*L'agricoltura italiana nel II secolo a.C.*, Napoli, 1971

SOLAZZI, S.

*Diritto ereditario romano*, Napoli 1932

*Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947

*Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948

*Alfeno Varo e il termine 'dominium'*, in *SDHI*, XVIII, 1952

SOLIDORO, L.

*Immissioni e conflitti di vicinato: il caso della 'taberna casiaria'*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Sconamiglio e P. Pasquino, Torino, 2018

STARACE, P.

*Aristone e i fumi della 'taberna casiaria'*, in *Studi in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli, 2007

STINTZING, R.

*Über das Verhältniss der 'legis actio sacramento' zu dem Verfahren durch 'sponsio prejudicialis'*, Heidelberg, 1853

TALAMANCA, M.

*Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990

TORRENT, A.

*Consideraciones jurídicas sobre el Bronce de Contrebia*, in *Cuadernos de trabajos de la escuela española de historia y arqueología en Roma*, XV, 1981

*El arbitraje en el bronce de Contrebia*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982

*El origen de la 'servitus aquaeductus' a la luz de la Tabula Contrebiensis*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982

VACCA, L.

*La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989

voce *Usucapione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992

VALIÑO, A.

*La 'aemulatio' en el Derecho Privado Romano: Su examen en sede de relaciones de vecindad y de 'calumnia' procesal*, Santiago de Chile, 2002

VALLOCCHIA, F.

*Studi sugli acquedotti pubblici romani. I. La struttura giuridica*, Napoli, 2012

VENTURA VILLANUEVA, A.

'*Susum ad montes s(ocietatis) S(isaponensis)*': nueva inscripción tardorrepública de Corduba', in *Anales de Arqueología Cordobesa*, IV, 1993

VITUCCI, P.

*Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1972

VIVIANI, Q.

*L'architettura di Vitruvio*, II, Udine, 1830

VOIGT, M.

*Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der Römischen Republik*, in *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Klasse*, 1874, XXVI

VOLTERRA, E.

*Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961

WARMINGTON, E.H.

*Remains of old latin*, IV, London, 1979

WATSON, A.

*The Law of Property in the Roman Republic*, Oxford, 1968

*Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh, 1971

ZAMORANI, P.

*Precario habere*', Milano, 1969

ZUCCOTTI, F.

*Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della 'refectio' delle servitù di passaggio*, in *Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, Napoli, 1967

*La tutela interdittale degli 'intervalla dierum et horarum' previsti per l'esercizio dello 'ius aquae ducendae'*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario in memoria di G. Provera (Torino, 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994

*Ancora sullo 'ius reficiendi' dell'iter'*, in *Rivista di diritto romano*, III, 2003

*Vivagni IV. Ancora sul «modus servitutis»*, in *Rivista di diritto romano*, IV, 2004

*Vivagni VIII. Una nuova ipotesi sulla nascita dell'ius utendi fruendi'*, in *Rivista di diritto romano*, VIII, 2008

*Vivagni VIII. Le origini dell'usufrutto*, in *Rivista di diritto romano*, VIII, 2008

*Le servitù prediali nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009

*Sulla tutela processuale delle cosiddette servitù pretorie*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del convegno in memoria di A. Biscardi (Siena, certosa di Pontignano, 13-15 settembre 2001)*, Milano, 2011

## INDICE DELLE FONTI

FONTI LETTERARIE			113
			107, nt. 345
			110
Cato			128, nt. 411
<i>De agri cultura</i>		<i>Topica</i>	
2.10.62	63, nt. 190	4.23	183, nt. 578
149.2	16	4.24	100
		5.26	187, nt. 598
		5.27	187, nt. 598
Cicero			
<i>Ad Atticum</i>		Columella	
15.26.4	136, nt. 443	<i>De re rustica</i>	
<i>De finibus</i>		11.1.23	41, nt. 118
1.4.12	100		
<i>De legibus</i>		Dionysius Halicarnasensis	
2.47	107, nt. 345	2.74.3	158, nt. 497
<i>De oratore</i>		Festus	
1.38.173	100, nt. 321	<i>De verborum significatu</i> (ed. Lindsay)	
1.39.179	190	s.v. <i>actus</i> (16, Paul.)	45, nt. 135
1.48.212	123, nt. 397	s.v. <i>ambitus</i> (5, Paul.)	104, nt. 339
21.72	100, nt. 321	s.v. <i>ambitus</i> (15, Paul.)	104, nt. 339
<i>Philippicae</i>		s.v. <i>delapidata</i> (64, Paul.)	34, nt. 98
2.19-48	65	s.v. <i>dividicula</i> (62, Paul.)	96, nt. 305
		s.v. <i>incilia</i> (94, Paul.)	96, nt. 305
<i>Pro Caecina</i>		s.v. <i>insulae</i> (98, Paul.)	102, nt. 329
13.36	107, nt. 345	s.v. <i>rivus</i> (336)	82, nt. 259
19.54	35	s.v. <i>Termino</i> (505, Paul.)	158, nt. 497
	35, nt. 99	s.v. <i>viae</i> (508)	30, nt. 89
	48, nt. 146		34
	212		35, nt. 99
26.74	44		45, nt. 135
			48, nt. 146
			65, nt. 198

	73, nt. 234		
	212		Isidorus
			<i>De finibus agrorum, de mensuris agrorum, de agris</i>
Frontinus			Lach. 370.10-370.12 52, nt. 161
<i>De aquaeductu urbis Romae</i>			53, nt. 164
5.2	95, nt. 301		Siculus Flaccus
			<i>De condicionibus agrorum</i>
Gellius			Th. 102.16-102.17 21, nt. 68
<i>Noctes Atticae</i>			(= Lach. 138.18-138.20) 93, nt. 297
20.1.28	34, nt. 97		Th. 109.19-110.2
	36, nt. 104		(= Lach. 145.19-146.1) 25
			Th. 110.2-111.11 21
			(= Lach. 145.26-147.11) 26
GROMATICI VETERES			37
			211
Frontinus			Th. 112.6-112.11
			(= Lach. 148.4-148.8) 97, nt. 310
<i>De controversiis</i>			Th. 114.7
			(= Lach. 150.7) 93, nt. 297
Lach. 12.12-12.15	34, nt. 98		Th. 114.25-114.26
Lach. 12.17-12.21	93, nt. 297		(= Lach. 150.24-150.25) 93, nt. 297
			Th. 116.6-116.18 21, nt. 66;
			(= Lach. 152.5-152.18) 27
Hyginus			Th. 121.26-122.3
			(= Lach. 157.18-157.21) 95, nt. 300
<i>De condicionibus agrorum</i>			
Th. 89.6-89.13			<i>Libri Coloniarius</i>
(= Lach. 126.9-126.15)	93, nt. 297		Lach. 255.11 93, nt. 297
Th. 87.12-87.14			Lach. 256.7-256.12 93, nt. 297
(= Lach. 124.11-124.13)	95, nt. 300		Lach. 257.23-257.25 93, nt. 297
Th. 91.5-91.8			Lach. 260.3-260.5 93, nt. 297
(= Lach. 128.5-128.8)	97, nt. 308		Lach. 261.26-262.1 93, nt. 297
Th. 91.9-91.11	93, nt. 297		
(= Lach. 128.8-128.10)	96, nt. 308		
<i>De generibus controversiarum</i>			Isidorus Hispalensis
Th. 91.5-91.8			<i>Origines</i>
(= Lach. 128.5-128.8)	29		15.15.4-5 54
Th. 133.10-134.14			54, nt. 167
(= Lach. 168.8-169.13)	21, nt. 67		

Livius		1.2.14	63, nt. 192
		1.22.3	63, nt. 190
		3.10	97, nt. 311
<i>Ab urbe condita</i>		3.3.10	97, nt. 31
		3.17	97, nt. 31
5.55	104, nt. 339		
Plinius		Vitruvius	
<i>Naturalis Historia</i>		<i>De architectura</i>	
18.3.9	54 54, nt. 168	8.6.1	82, nt. 259
Tacitus		FONTI EPIGRAFICHE	
<i>Annales</i>		<i>Année Épigraphique</i>	
15.43	104, nt. 339	1958, 165	66 66, nt. 204
		1982, 399	66, nt. 204
		1989, 146	66, nt. 204
Tertullianus		1994, 1093	41, nt. 120
<i>De anima</i>		<i>Corpus Inscriptionum Latinarum</i>	
53.3	34, nt. 97	I, 584 = V, 7749	82, nt. 259
<i>De baptismo</i>		I, 589	63, nt. 190
3	34, nt. 97	I, 1606	66, nt. 203
		I, 1831	66, nt. 204
Varro			62 66, nt. 203
<i>De lingua latina</i>		I, 1905	66, nt. 204
5.22	104, nt. 339	I, 2214	66, nt. 204
5.27	100, nt. 321		63, nt. 192
	189	II, 699a	66, nt. 204
5.34	54	II, 3443	64
	54, nt. 166	III, 945	23, nt. 71
5.35	45, nt. 135	III, 990	88, nt. 286
7.15	35	V, 444	71, nt. 227
	212	V, 2447	66, nt. 204
			91, nt. 295
<i>De re rustica</i>		V, 2547	67, nt. 211
		V, 2548	29
			67



V, 2750	68, nt. 216		
V, 3159	68, nt. 212	1.2	122, nt. 395
V, 3472	66, nt. 204	1.120	12, nt. 37
V, 3473	68	2.16	12, nt. 35
V, 3849	108, nt. 347	2.17	7, nt. 13
VI, 8718	88, nt. 286		74, nt. 235
VI, 9634	65	2.29	7, nt. 13
VI, 29784	69	2.31	140, nt. 454
VIII, 688	41, nt. 120		205, nt. 659
VIII, 2369	88, nt. 286		205, nt. 660
VIII, 2370	88, nt. 286		206, nt. 662
IX, 1426	92, nt. 295	4.16	117 nt. 371
IX, 2827	29, nt. 87		117, nt. 373
IX, 3351	88, nt. 286	4.28	76, nt. 243
IX, 4792	70		
	107, nt. 347		
X, 1285	66, nt. 204	<i>Lex XII Tabularum</i>	
X, 3964	65		
X, 4842, ll. 43-47	82, nt. 259	III.1-5	36, nt. 103
X, 5370	70	IV.2a	36, nt. 103
X, 2632	68, nt. 213	IV.2b	36, nt. 103
X, 3157	68, nt. 213	VI.3	183, nt. 578
X, 3158	68, nt. 213	VI.5	36, nt. 103
XI, 1162	88, nt. 286	VII.7	35
XI, 3003	92		48, nt. 146
XI, 3042	68, nt. 212		56
XI, 3743	66, nt. 204		73, nt. 233
XI, 5942	91, nt. 292		
XII, 1882-1889	91		
XII, 1188	88	<i>Pauli Sententiae</i>	
	108, nt. 348		
XIII, 966	91, nt. 292	5.6.9	31
XIII, 2493-2494	91, nt. 292		
II Suppl., 5439 = V, c. 24, 6	84 109, nt. 350	<i>Tituli ex corpore Ulpiani</i>	
<i>Supplementa Italica, N.S.</i>		19.1	7, nt. 13 105, nt. 341
25, p. 116, n. 10	69		
<i>Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik</i>		FONTI GIURIDICHE GIUSTINIANEE	
181 (2012), 215-217	66, nt. 204	<i>Codex</i>	
		3.34.3	205, nt. 660
FONTI GIURIDICHE PREGIUSTINIANEE		3.34.14	208, nt. 673
<i>Gai Institutiones</i>			

<i>Institutiones</i>		8.1.15 pr.	114
			142
2.1.2	93, nt. 299	8.1.15.1	143
2.3 pr.	46, ntt. 136 e 137	8.1.16	120, nt. 383
2.3.1	103, nt. 335	8.1.17	126, nt. 406
	105, nt. 341		145
	158	8.1.19	35, nt. 99
2.3.2	110, nt. 351		83, nt. 268
2.3.4	208		128, nt. 409
			150
			165
<i>Digesta</i>		8.2.1 pr.	148, nt. 475
		8.2.2	128
1.1.7 pr.	122, nt. 395		158, nt. 499
1.2.2.12	123, nt. 397	8.2.3	103
1.3.32.	175, nt. 551	8.2.7	100, nt. 320
1.8.1.1	128, nt. 410	8.2.10	27, nt. 83
1.8.4.1	93, nt. 299		108, nt. 348
2.1.11.2	95, nt. 302	8.2.16	100, nt. 320
4.8.27.2	95, nt. 302	8.2.17.3	189
7.1.1	77, nt. 247	8.2.18	158, nt. 498
7.1.68 pr.	17, nt. 56	8.2.20.5	189, nt. 605
	100	8.2.23 pr.	190
7.1.14.7	64	8.2.26	129, nt. 414
7.1.19. pr.	64	8.2.27	129, nt. 414
7.6.1 pr.	119, nt. 383	8.2.31	27, nt. 83
7.6.1.1	27, nt. 83	8.2.33	100, nt. 320
7.6.1.4	27, nt. 83		143, nt. 460
7.6.2	64		190
7.6.5.1	119, nt. 383		191, nt. 613
8.1.2	64	8.3.1 pr.	19
8.1.4 pr.	146		46
	203, nt. 653		63
8.1.4.1	197		80
8.1.4.2	197		128
8.1.5.1	196, nt. 637	8.3.1.1	107
	197, nt. 639		110, nt. 351
8.1.8 pr.	64		128
	140		154, nt. 488
8.1.8.1	145, nt. 466		162
8.1.9	35, nt. 99		166
	51, nt. 158	8.3.2 pr.	104, nt. 338
	82, nt. 263		105, nt. 341
	138	8.3.3 pr.	135
	204, nt. 656		167
8.1.13	56		208, nt. 672
	74, nt. 235	8.3.3.1	135
8.1.14 pr.	64		152, nt. 487
	186		167

8.3.3.2	146 160, nt. 507 167	8.3.29	114 136, nt. 442 137
8.3.4	27, nt. 83 110, nt. 351 154 165		156 191, nt. 612
8.3.5.1	110, nt. 351 135 150, nt. 483 151 167	8.3.30	75, nt. 240 86 107
8.3.6 pr.	150, nt. 483 152	8.3.31	107, nt. 346 111, nt. 352 29, nt. 86
8.3.6.1	110, nt. 351 135, nt. 438 153 208, nt. 672	8.3.33.1	29, nt. 86
8.3.7 pr.	5, nt. 7 47 63 212	8.3.36	191
8.3.8	35 212	8.4.1 pr.	105, nt. 341
8.3.9	81	8.4.1.1	149, nt. 479
8.3.10	83, nt. 268 115 135, nt. 440 155 155, nt. 492 155, nt. 493	8.4.3	190, nt. 610
8.3.12	48, nt. 144	8.4.4	140
8.3.13 pr.	202	8.4.6 pr.	190, nt. 610
8.3.14	74, nt. 235	8.4.8	144, nt. 463
8.3.15	10, nt. 28 82, nt. 259 83, nt. 266 89, nt. 289 198	8.4.10	29, nt. 86 144, nt. 461
8.3.18	109, nt. 349 144, nt. 468	8.4.11 pr.	82, nt. 263
8.3.20	27, nt. 83	8.4.11.1	82, nt. 263 88, nt. 283
8.3.20.3	166, nt. 528	8.4.13 pr.	141 164
8.3.21	85	8.5.2 pr.	118, nt. 378
8.3.23 pr.	55	8.5.2.1	119, nt. 383 147, nt. 473
8.3.24	79 83, nt. 268 128, nt. 409 144, nt. 465	8.5.4.1	47 47, nt. 142
		8.5.4.3	119, nt. 382
		8.5.4.5	119, nt. 381
		8.5.4.6	133
		8.5.5	149 165
		8.5.6 pr.	149, nt. 480 151 164, nt. 524 165, nt. 524
		8.5.6.1	195
		8.5.6.2	196, nt. 633 100, nt. 320 143, nt. 460 148, nt. 477
		8.5.6.3	119, nt. 383 207, nt. 671
		8.5.6.4	119, nt. 382
		8.5.6.5	197, nt. 638

8.5.7	120, nt. 387 121 121, nt. 388		191 96, nt. 304 27, nt. 83
8.5.8.1	135, nt. 440	10.1.6 10.2.25.9 10.3.19.4	83, nt. 268
8.5.8.5	157 164, nt. 524 165 166	11.7.2.8 11.7.12 pr. 13.6.5.15 14.1.1.5	204 27, nt. 83 75, nt. 240 95, nt. 302
8.5.8.6	157 165 166	17.1.8 pr. 17.2.52.12 18.1.40.1	95, nt. 302 96, nt. 307 83, nt. 267
8.5.8.7	157 165 166		86, nt. 276 89, nt. 289 90
8.5.9 pr.	120, nt. 387 129, nt. 414		110, nt. 352 191
8.5.10 pr.	184, nt. 582	18.1.66. pr.	27, nt. 83
8.5.10.1	80 207, nt. 671		74, nt. 235 192
8.5.12	120, nt. 387	18.1.69	86, nt. 280
8.5.11	129, 414	19.2.24.4	41, nt. 118
8.5.13	133, nt. 431 158, nt. 498	19.2.44 21.2.75	144, nt. 464 27, nt. 83
8.5.17 pr.	132	28.5.4. pr.	95, nt. 302
8.5.17	100, nt. 320	30.7.1	27, nt. 83
8.5.17.1	138 156	31.66.2 33.1.12	75, nt. 240 147
8.5.17.2	131 156 164, nt. 524	33.2.1 33.2.15.1	24 27, nt. 83 27, nt. 83
8.5.19	119, nt. 382		29, nt. 86
8.5.20.1	28, nt. 86	33.3.4	129, nt. 414
8.5.21	83, nt. 268 155 155, nt. 492	33.3.6 33.7.20.3 34.1.14.3	27, nt. 83 41, nt. 118 110, nt. 351
8.6.2	47, nt. 141	34.4.1	47, nt. 141
8.6.4.3a	27, nt. 83	39.2.26	124, nt. 400
8.6.7	10, nt. 28 89, nt. 289 196, nt. 637 199	39.3.1.17	136, nt. 443 100, nt. 320 128, nt. 410
8.6.12	82, nt. 263	39.3.17.1 39.3.17.4	112, nt. 357 109, nt. 349
8.6.14.1	27, nt. 83	39.3.21	124, nt. 400
8.6.16	31 82, nt. 264 84 96, nt. 305	39.3.1.22 39.3.1.23 39.3.2 pr.	130 129, nt. 413 184, nt. 582 128, nt. 412
8.6.17	108, nt. 348		130
8.6.19 pr.	85	39.3.2.10	113

	130, nt. 418	43.20.1.11	97, nt. 313
	130, nt. 418		128, nt. 409
39.3.17.3	29, nt. 86	43.20.1.16	83, nt. 268
	144, nt. 461		128, nt. 409
39.3.21	136		194, nt. 624
43.20.1.4	198	43.20.1.18	110
43.20.3. pr.	166, nt. 527		201
41.1.43.1	187	43.20.1.25	193, nt. 618
41.3.4.28	7, nt. 15	43.20.1.28	114, nt. 362
	185	43.20.3. pr.	97, nt. 313
41.3.9	187	43.20.3.5	82, nt. 259
41.9.1.2	95, nt. 302		82, nt. 263
43.7.3	42, nt. 123		201
43.8.2.2	41, nt. 116	43.20.8	83, nt. 266
	157		89, nt. 289
43.8.2.5	41, nt. 116	43.20.17	82, nt. 262
43.8.2.21	37	43.21.1.2	82, nt. 259
	212	43.21.1.10	89, nt. 289
43.8.2.22	39	43.21.1.11	111, nt. 354
	94	43.21.2	82, nt. 265
	212		110, nt. 351
43.8.2.23	39		111
	212		144, nt. 465
43.8.5	10, nt. 28	43.21.3 pr.	83, nt. 267
	78, nt. 249		89, nt. 289
43.8.23	29		111, nt. 354
43.12.1.1	82, nt. 259	43.21.3.1	82, nt. 261
43.12.1.2	93, nt. 299		82, nt. 265
	94	43.21.3.4	96, nt. 304
43.12.1.3	93, nt. 299	43.22.1.2	110, nt. 351
	94	43.23.2	100, nt. 320
	95, nt. 302	43.24.16 pr.	196, nt. 633
43.14.1.8	110, nt. 351	43.25.1.4	119, nt. 383
43.14.1.9	110, nt. 351	43.26.3	67
43.17.1 pr.	195, nt. 630	43.26.15.2	67, nt. 208
43.17.3.5	195, nt. 631	43.27.1.5	119, nt. 382
43.17.3.6	195, nt. 631	43.27.2	168, nt. 534
43.18.1.9	207, nt. 670	45.1.58	47, nt. 141
43.19.1 pr.	193, nt. 621		48, nt. 145
43.19.1.1	193, nt. 619	45.1.91.3	95, nt. 302
43.19.1.2	119, nt. 381	46.2.9.2	47, nt. 141
43.20.6	194, nt. 625		48, nt. 145
43.19.1.7	119, nt. 381	46.4.13.1	48, nt. 145
43.19.1.11	119, nt. 381	47.7.6.2	168, nt. 534
43.19.3.11	193, nt. 621	49.17.19.3	75, nt. 240
43.19.4 pr.	193, nt. 621	50.16.169	23, nt. 71
43.20.1 pr.	193, nt. 620	50.16.198	105, nt. 341
43.20.1.12	83, nt. 268		
	194, nt. 624		

FONTI BIZANTINE

*Basilica*

5.58.3.8                      34, nt. 96

ALTRE FONTI

*Epitome Gai*

2.1.3                          110, nt. 351

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Cass. 5 luglio 1988, n.  
4420                              172, nt. 544  
Cass. 26 febbraio 2008,  
n. 5034                            172, nt. 544