

MONICA DE SIMONE

Riflessioni sul ruolo della *prohibitio* nella tutela petitoria della *servitus altius non tollendi*.

1. E' noto in dottrina il dibattito, antico e mai sopito, sull'esistenza nell'esperienza romana, accanto alla *servitus altius non tollendi* (d'ora in poi: *s.a.n.t.*), della c.d. *servitus altius tollendi* (d'ora in poi: *s.a.t.*).¹

La dottrina è da sempre divisa tra chi ha ritenuto di poter sostenere che l'esperienza romana conobbe, almeno dalla fine dell'età repubblicana, una servitù urbana che avrebbe comportato, per il titolare del diritto, la facoltà di *altius tollere* un proprio edificio e per il soggetto passivo del rapporto, la necessità di sopportare che la luce del proprio edificio fosse oscurata dalla sopraelevazione del vicino;² e chi, invece, ha escluso, almeno per tutto il diritto classico - stante l'inesistenza di limiti legali derogabili dai privati³ - la possibilità che fosse stata concepita come oggetto di un diritto di servitù una facoltà consistente nella possibilità di sopraelevare un proprio edificio, inerente al *dominium ex iure Quiritium*.⁴

¹ M. COHN, *Über die servitus altius tollendi und verwandte Gebäudedienstbarkeiten*, in *Arch. für die civ. Praxis*, 64 (1881), pp. 344 ss.; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, libro VIII, tradotto e annotato da B. BRUGI, Milano 1900, pp. 183 ss.; F. BUONAMICI, *Nuovo studio di un argomento di diritto romano: del vero significato e della istoria della servitus altius tollendi*, in *Annali delle Università Toscane*, 32 (1913), pp. 3 ss.; A. PERRET, *Le ius altius tollendi*, Paris 1924; M. BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle actiones negativae*, in *BIDR*, XLVI (1939), pp. 157 ss.; G. GROSSO, *Sulle servitù altius tollendi e stillicidii non avertendi*, in *St. Albertoni I*, Padova 1935, pp. 453 ss., ora in *Scritti storico giuridici*. II, Torino 2001, pp. 37 ss. (d'ora in poi citeremo da *St. Albertoni*); S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli (1948), pp.102 ss.; B. BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Milano 1938, pp. 67 ss.; G. BRANCA, *Considerazioni sulla servitus altius tollendi*, in *Studi Cicu I*, Milano 1951, pp. 105 ss.; A. RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford 1972, pp. 38 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Brevi note in tema di "remissio servitutis" nel diritto romano classico*, in *AG.*, 193 fasc. 1 (1977), pp. 61 ss.; J. PLESCIA, *The development of the exercise of the ownership right in roman law*, in *BIDR*, LXXXVIII (1985), pp. 205 s.; J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz 1987, pp. 39 ss.; A. BURDESE, *Regime edilizio e rapporti di vicinato in età classica* (rec. a J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche*), in *LABEO*, XXXV (1989), pp. 352 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei "iura in re aliena" ed il dogma del numero chiuso*, Napoli 1992, pp. 199 ss.; A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo alla storia di una regula iuris*, Milano, 1992; F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli 1999, pp. 257 ss.; J. K. LEE, *Die servitus altius tollendi und die servitus altius non tollendi. Untersuchungen über zwei Dienstbarkeiten im klassischen römischen Recht*, Bonn 1999.

² A. PERRET, *Le ius altius tollendi*, cit.; A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit.; J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche*, cit.; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei "iura in re aliena"*, cit., pp. 200 ss.; J. K. LEE, *Die servitus altius tollendi*, cit. La considerano esclusiva del mondo provinciale: A. BURDESE, *Regime edilizio*, cit., pp. 355 s.; G. BRANCA, *Considerazioni*, cit., con bibl. precedente alla p. 109 nt. 11.

³ Esistono delle testimonianze letterarie di alcuni provvedimenti imperiali con i quali vennero previsti limiti alle sopraelevazioni degli edifici, non derogabili tuttavia dai privati. Si tratta di provvedimenti adottati da Augusto, Nerone e Traiano: Strab., 5.3.7; Svet., *August.* 89; Tac., *Ann.* 15,43; S. A. Victoris, *Liber de Caesaris*, c. 13; Vitruv., *De Architettura*, II.8.17; Plinio, *Nat. Hist.*, 35.173; Amm.Marc., 27.9.10.

⁴ B. BIONDI, *La categoria romana*, cit.; G. GROSSO, *Sulle servitù altius tollendi*, cit.; M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., pp. 157 ss.; SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit.; A. BIGNARDI, *De suo iure*, cit.; F. CURSI, *Modus servitutis*, cit.

L'obiettivo di dipanare un filo che, tra testimonianze contrastanti, fonti sicuramente corrotte e dati certi suscettibili di opposte interpretazioni, possa portare a soluzioni definitive ha indotto nel tempo gli studiosi appartenenti a ciascuna delle due correnti ad escogitare una tale profusione di soluzioni interpretative, alcune delle quali a dir poco ardite e, in ogni caso, ciascuna così diversa dalle altre, che il nostro tema sembrerebbe ormai essere relegato in quel limbo in cui giacciono irrisolti quegli aspetti di un'esperienza passata ai quali la storia pare aver riservato il destino di rimanere oscuri.

Può succedere tuttavia che, a volte, questi temi possano riemergere lungo il percorso di studi apparentemente ad essi del tutto estranei dai quali, tuttavia, riescono a ricevere una nuova luce che, quasi inevitabilmente, ancora una volta, attrae su di essi nuovi interessi. Le pagine che seguono sono il frutto dell'incontro che ci è accaduto di fare con questo tema nel corso di una ricerca volta a rintracciare il ruolo che, nella dinamica della tutela dei rapporti che diedero vita ai *iura praediorum urbanorum*, doveva aver avuto, fin dal loro primo apparire ed ancora in piena età classica, la *prohibitio* quale strumento di difesa extraprocessuale.⁵

Le riflessioni che proponiamo intendono offrire al dibattito di cui parlavamo una ricostruzione dell'operare di questa *prohibitio* in caso di tentativo di violazione della *servitus altius non tollendi* e delle modalità con le quali ad essa fu connessa la tutela petitoria di questa servitù. Proprio in queste modalità, infatti, abbiamo creduto di poter

⁵ Ad un'originaria tutela basata sulla configurazione di convenzioni obbligatorie pensa G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli 1967, p. 206. *Contra*: V. Giuffré, *L'emersione dei "iura in rem aliena" ...*, cit., pp. 137 ss., il quale ipotizza un ruolo centrale avuto dalla *in iure cessio* che permetteva, secondo l'A., di ottenere un'immediata tutela reale. Non crede a questa possibilità L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*. II, Milano, 1976, pp. 363 ss. il quale pensa ad un processo più complesso nel quale un ruolo importante dovette assumere l'agere per sponsionem (la tesi risale a STINTZING, *Über das Verhältnis der legis actio sacramenta zu dem Verfahren durch "sponsio praeiudicialis"*, Heidelberg 1853. Si vedano, in argomento, i classici studi della F. BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in *Studi Bonfante* II, Milano 1930, pp. 589 ss. e G. I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di "actio in rem per sponsionem"*, in *Studi Albertario* I, Milano 1953, pp. 167 ss.) e la tutela interdittale apprestata dal pretore attraverso anche la concessione dell'*uti possidetis*. La tesi risale a F. C. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*⁷, Wien 1865, pp. 479 ss. ed è stata recentemente ribadita dallo stesso L. CAPOGROSSI COLOGNESI in *Proprietà e Diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma 1999, p. 244.

Negano l'uso dell'*interdictum uti possidetis*: B. FABI, *La protezione interdittale delle servitù prediali*, in *Annali della Facoltà giuridica di Camerino*, Napoli 1946, il quale esclude ogni tutela possessoria delle servitù e S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli 1949, pp. 90 s.

Da ultimo F. ZUCCOTTI, *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 torinese (4-5 dicembre 1992) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli 1994, pp. 365 ss., in nota, indica, se pur sommariamente, nella *prohibitio* uno strumento importante intorno al quale si costruì il sistema di tutela dell'esercizio delle servitù urbane.

scorgere la chiave di lettura di quel *ius altius tollendi* in ordine al quale da sempre si discute se debba o meno corrispondere ad una figura avente un riconoscimento sul piano sostanziale.

1.1. La controversia muove, com'è noto, dal dettato di un brano delle *Institutiones* di Gaio dal quale emerge che tra i *iura praediorum urbanorum* è delineata una figura autonoma di *ius*, il *ius altius tollendi*, accanto alla figura del *ius altius non tollendi*.

Si tratta dell'ultima parte del paragrafo 14 del secondo libro. Il passo, non leggibile nella maggior parte del suo contenuto dal manoscritto veronese, conserva integre le tracce del riferimento ad un *ius altius tollendi*, indicato tra i *iura praediorum urbanorum*, come esempio di *iura luminum*.

Nella versione che riportiamo le parti in tondo rispondono alla ricostruzione compiuta da Krüger e Studemund⁶ sulla base di EG. 2.1.3⁷.

Gai. 2.14 (...) Praediorum urbanorum iura sunt velut ius *altius tollendi* aedes et officendi *luminibus vicini aedium* aut *non extollendi*, *ne luminibus vicini officiantur*. *Item fluminum et stilicidiorum* ius, id est ut vicinus flumen vel stilicidium *in aream* vel in aedes suas recipiat; item cloacae immittendae et luminum immittendorum. Praediorum rusticorum iura sunt velut via, iter actus, item pecoris ad aquam adpulsus, item *ius aquae ducendae*. Haec iura tam rusticorum quam urbanorum praediorum, servitutes vocantur.⁸

Questa testimonianza contiene un elenco di *iura praediorum urbanorum* e *rusticorum* che, in base al testo dell'Epitome, si conclude con la frase "*Haec iura tam rusti-*

⁶ KRÜGER-STUEMUND, Gai Institutiones⁷, Berolini 1923, p. 47.

⁷ Gai. Epit. 2.1.3: *Incorporalia etiam sunt iura praediorum urbanorum vel rusticorum. Praediorum urbanorum iura sunt stillicidia, fenestrae, cloacae, altius erigendae domus aut non erigendae, et luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat. Praediorum vero rusticorum iura sunt via, vel iter, per quod pecus aut animalia debeant ambulare vel ad aquam duci, et aquaeductus; quae similiter incorporalia sunt. Haec iura, tam rusticorum quam urbanorum praediorum, servitutes appellantur.*

⁸ Il *ius altius tollendi* non è menzionato nel corrispondente passo delle Istituzioni di Giustiniano che però deriva dalle *Institutiones* di Ulpiano (cfr. C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere di Contardo Ferrini II*, Milano 1929, p. 360 (pubblicato in *BIDR*, XIII 1901).

I. 2.3.1: (. . .) *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 eades suas, ne luminibus vicini officiantur.*

corum quam urbanorum praediorum, servitutes vocantur”,⁹ un avvertimento che sembra essere inteso ad avvisare che *iura* e *servitutes* sono due termini idonei ad indicare uno stesso fenomeno, quello che noi moderni tendiamo a far coincidere con la categoria dei diritti reali di servitù.

In questa prospettiva ciascun *ius* indicato nel brano, compreso il *ius altius tollendi*, non potrebbe che coincidere con una figura avente un riconoscimento sul piano sostanziale.

Il dubbio che tuttavia può nascere è che i due termini siano almeno indicativi di due diverse prospettive di analisi di uno stesso fenomeno e che quella adottata da Gaio con l’uso della parola *ius praedii* possa non involgere necessariamente una prospettiva sostanziale tale da implicare inevitabilmente una corrispondenza tra la figura di *ius* e un correlato tipo sostanziale di servitù.¹⁰

Se si analizza il modo in cui Gaio indica i *iura praediorum urbanorum*, può osservarsi che ciascuna figura, designata appunto come “*ius praedii*”, è qualificata attraverso la descrizione del suo contenuto essenziale con l’utilizzazione o di un verbo al gerundio (*ius altius tollendi aedes ... aut non tollendi ... item cloacae immittendae et luminum immittendorum*) o di un sostantivo (“*fluminum et stillicidiorum ius*”) e che essa è ulteriormente specificata attraverso l’indicazione dell’interesse che il *ius* in questione soddisfa (*et officiendi luminibus vicini ... ne luminibus officiatur ... id est ut vicinus flumen vel stillicidium in aream vel in aedes suas recipiat*). Sicché sembra lecito ipotizzare che la prospettiva adottata da Gaio oscilli tra una visione obbiettiva, che evidenzia una condizione del *praedium*, il *ius praedii* appunto, che è *ius* delle *aedes* ed una visione soggettiva, che è quella del soggetto che trae vantaggio da tale condizione del *praedium*.

Quest’ultima visione, in particolare, rivela una prospettiva del fenomeno analizzato che racchiude anche il punto di vista processuale.¹¹ Da tale punto di vista è, infatti,

⁹ La stessa specificazione “*quae etiam servitutes vocantur*” si trova in D. 1.8.1.1 (Gai. 2 *Inst.*) ed in I. 2.2.3.

¹⁰ Sul valore delle due espressioni *ius praedii* e *servitus* si veda, per tutti, G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, cit., pp. 214 ss., con letteratura precedente.

¹¹ Si veda, in proposito, A. BURDESE, *Considerazioni sulle res corporales e incorporeales quali elementi del patrimonio (in margine al pensiero di Gaetano Scherillo)*, in AA.VV., *Gaetano Scherillo. Atti del convegno. Milano 22-23 ottobre 1992*, pp. 32 ss.

Una confluenza di due prospettive, quella sostanziale, data dalla natura patrimoniale, e quella processuale si ritroverà più tardi in Ulpiano, che enumera tra gli elementi del patrimonio “*quid est in actionibus*”.

possibile identificare ciascun *ius* menzionato con quel *ius* espresso nella *conceptio* dell'*intentio* di una corrispondente formula alla quale il giurista antoniniano doveva aver guardato.¹²

Per quel che, più in particolare, attiene alla figura del *ius altius tollendi*, è da dire che secondo Krüger-Studemund la frase “*Praediorum urbanorum iura sunt velut ius altius tollendi aedes et officiendi luminibus vicini aedium aut non extollendi, ne luminibus vicini officiatur*”, ricostruita, come dicevamo, sulla base del corrispondente testo dell’Epitome, potrebbe avere avuto il seguente diverso tenore:

“*velut ius altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus officiatur*”

in ragione del fatto che il copista del manoscritto pervenutoci, dopo *ius altius tollendi aedes*, doveva avere scritto i termini “*et officiendi luminibus vicini aedium*” per errore.

Il testo originario doveva corrispondere a quello riportato in un altro brano delle *Institutiones*, nel quale proprio la prima parte di Gai 2.14 era riprodotta allo scopo di indicare esempi di *iura praediorum urbanorum* che potevano essere costituiti *in provincialibus praediis*:

Gai. 2.31: (. . .) *Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.*¹³

In entrambi i brani le due figure di *ius* appaiono legate da un *aut* che unisce l’una,

D. 50.16.49 (Ulp. 59 *ad ed.*) *Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. in bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficia-ria sint. aequae bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.*

¹² Potrebbe non essere secondaria l’osservazione per cui l’ordine di descrizione dei *iura praediorum* rispecchi quello presente nell’editto per le corrispondenti formule: prima i *iura praediorum urbanorum* e poi i *iura praediorum rusticorum*.

¹³ Sul testo si vedano: G. GROSSO, *Sulle servitù altius tollendi*, cit., pp. 468 ss.; S. SOLAZZI, *Specie*

il *ius altius tollendi aedes*, ad una sua versione, potremmo dire, opposta (*a u t non tollendi*), sicchè può nascere l'impressione che si tratti di due aspetti di uno stesso fenomeno.

La stessa impressione si ha leggendo un altro brano di Gaio, tratto dal commentario all'editto del pretore peregrino, nel quale si rinviene un'altra elencazione di *iura praediorum*:

D. 8.2.2 (Gai. 7 ad ed. prov.) *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 perietem vicini et denique proiciendi protegdivae ceteraque istis similia.*¹⁴

Gli stessi *iura*, il *ius altius tollendi* (questa volta con la specificazione *et officiendi luminibus vicini*) ed il *ius non extollendi* (privo qui di apposita specificazione), sono legati entrambi, anche questa volta, dalla congiunzione *aut*. Lo stesso schema rappresentativo è utilizzato, subito dopo, per legare, con la medesima congiunzione *aut*, il *ius stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini* ad una sua versione opposta, il *ius non avertendi*.

1.2. Questo schema rappresentativo di due figure di *ius* sembra in un certo modo essere riprodotto in un altro brano delle *Institutiones* di Gaio, brano nel quale il “*ius altius tollendi*” è testimoniato come specifico contenuto dell'*intentio* di un'*actio in rem*:

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.*¹⁵

ed estinzione, cit., p. 90; G. BRANCA, *Considerazioni*, cit., p. 107.

¹⁴ Questo schema rappresentativo si riscontra ancora, con riferimento ai *iura stillicidii e fluminis*, in I. 2.3.1, già riportato alla nota 8,: (...) *ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non recipiat: et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus officiatur.*

G. GROSSO, *Sulle servitù altius tollendi*, cit., pp. 479 ss., considera interpolate le parole <aut non avertendi> di D. 8.2.2. e spurie <vel non recipiat> di I. 2.3.1

¹⁵ E' noto che Gaio apre il quarto libro delle sue *Institutiones* prendendo posizione su una contro-

L'azione è *in rem*, dice Gaio, quando la pretesa dell'attore contenuta nell'*intentio* è concepita nei termini o di appartenenza di una *res corporalis* o di spettanza di un *ius* (*aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere*). A questa definizione egli fa seguire alcuni esempi di *ius* che possono essere oggetto di questa seconda specie di *intentio*: il *ius utendi, utendi fruendi, eundi agendi, aquam ducendi, altius tollendi e prospiciendi*. Il brano si chiude con una frase, che gli studiosi moderni legano alla parte precedente inserendo un "*aut cum*",

<*aut cum*> *actio ex diverso adversario est negativa*.¹⁶

Nella struttura generale del discorso essa ha la funzione di contenere un esempio di *intentio* che completa non il quadro generale delle categorie di *actiones in rem*, già esaurito all'apertura del passo (*In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere*), bensì i possibili esempi di *intentiones* nelle quali l'entità oggetto dell'azione non è una *res corporalis* ma un *ius*. Gaio trae spunto dalle esemplificazioni relative alla categoria d'azione in cui l'*intentio* è espressa in termini di "*ius nobis competere*" per introdurre il caso in cui questa stessa azione, "al contrario, è data all'avversario in versione con *intentio* formulata al negativo".

È possibile, infatti, doveva aver pensato Gaio, che, a volte, quest'azione in cui l'*intentio* è espressa in termini di "*ius nobis competere*" sia concessa all'avversario contro cui normalmente si esercita, il quale, al contrario, assumerà questa volta le vesti di attore, adottando una formula congegnata con *intentio* negativa.

versia, verosimilmente non più attuale ai suoi tempi, relativa alla classificazione delle *actiones*. Egli adotta lo schema della divisione in due *genera*, *actio in rem* ed *actio in personam*, criticando coloro che, prendendo a modello le possibili utilizzazioni della *sponsio* in campo processuale, avevano in passato elaborato uno schema quadripartito. Dopo questa premessa, procede all'identificazione delle due categorie in questione, affidandola, per la categoria dell'*actio in personam*, ad un'iniziale definizione (*In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est*) che pone come prelude all'esemplificazione dei diversi possibili contenuti che l'*intentio* delle *actiones* appartenenti a tale *genus* possono avere (*id est, cum intendimus dare facere praestare oportere*); per l'*actio in rem* egli omette una preliminare, unitaria definizione e delinea la categoria soltanto attraverso un breve elenco di *intentiones*.

¹⁶ Su questa frase si vedano, *praecipue*: B. BIONDI, *Actio negativa ed actio prohibitoria come azioni a difesa delle servitù e dell'usufrutto*, in *Ann. Messina*, III (1929), pp. 1 ss. ed ora in *Scritti giuridici II*, Varese 1965, pp. 599 ss. (d'ora in poi citeremo da *Scritti*); S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso*, cit., pp. 41 ss.; G. GROSSO, *Sulle servitù altius tollendi*, cit., p. 479.

Lo schema rappresentativo delle due figure di *ius*, l'una legata alla sua versione opposta dalla congiunzione *aut*, è dunque riproposto anche in questo brano nel quale la prospettiva processuale di analisi è fuor di dubbio: entrambe le formule, quella, vale a dire, con la quale si fa valere un *ius nobis esse* e quella nella quale è espresso un *ius adversario non esse*, costituiscono, dunque, due strumenti processuali funzionali alla tutela di un unico rapporto ed esperibili dall'uno o dall'altro dei due soggetti, in presenza, evidentemente, di differenti presupposti. Esse appartengono, comunque, alla medesima categoria generale di *actio in rem*, quella nella quale l'entità oggetto dell'azione è predicabile in termini di *ius*.

Per quel che riguarda il nostro tema, da Gai. 4.3 è possibile, dunque, dedurre che accanto alla formula con *intentio* affermativa, contenente un "*ius A° A° esse altius tollere*", v'era un'altra formula che "*ex diverso adversario et negativa*", una formula, vale a dire, nella quale il *ius* oggetto dell'azione era espresso nei termini di un "*ius adversario non esse altius tollere*".

1.3. L'impressione che si trae è, allora, che in Gai 2.14 l'inclusione del *ius altius tollendi*, accanto al *ius altius non tollendi*, tra i *iura praediorum urbanorum* sia stata determinata dalla particolare prospettiva adottata dal giurista, una prospettiva che guardava ai fenomeni analizzati anche in chiave processuale. Il "*ius altius tollendi*" ed il "*ius altius non tollendi*" costituivano per Gaio il contenuto delle *intentiones* di due formule legate tra loro da un rapporto di complementarità, perché, come cercheremo di dimostrare, poste a tutela di un'unica situazione, relativa al *ius* dei *praedii vicini*, che, a sviluppo avvenuto ed in base una visione del fenomeno risolta nel suo aspetto sostanziale, era definito in termini di *servitus altius non tollendi*.

Si trattava delle formule che fondavano le azioni che con terminologia moderna chiamiamo oggi azione confessoria l'una, quella nella cui formula era espresso il *ius altius non tollendi*, ed azione negatoria l'altra, quella nella cui formula era espresso il *ius altius tollendi*.¹⁷

¹⁷ Sulle azioni *negativae* e sulla distinzione tra azione negatoria e confessoria nell'esperienza romana si vedano: SCHMIDT, *Zur Lehre von der confessoria und der negatoria actio*, in ZSS, XV (1850), pp. 147 ss.; S. PEROZZI, *Sulla struttura delle servitù prediali in diritto romano*, Roma 1888, ora in *Scritti giuridici* II, Milano 1948, pp. 245 ss.; 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, ed in *Rariora*, Roma, 1946, pp. 3 ss., ora in *Scritti di diritto romano* I, Camerino 1974, pp. 113 ss. (d'ora in poi citeremo da *Ra-*

Come è stato sostenuto, la categoria moderna dell'azione negatoria, quale azione generale a difesa della proprietà non trova, tuttavia, piena corrispondenza nell'esperienza romana. Non v'è dubbio che una direttiva di pensiero seguita da alcuni giuristi della fine dell'età repubblicana aveva in quell'epoca cominciato a sviluppare i presupposti concettuali dell'idea moderna dell'azione negatoria, quale azione generale a difesa del *dominium*, ma essa fu destinata a non essere successivamente accolta in uno sviluppo consapevole e maturo.

Come cercheremo di dimostrare con particolare riferimento alla *s.a.n.t.*, ancora in tutto il periodo classico, entrambe le azioni, la c.d. confessoria e la c.d. negatoria di servitù, furono piuttosto concepite quali strumenti processuali relativi al rapporto di servitù ed esperibili, in caso di contrasto, dall'uno o dall'altro dei due soggetti, in presenza, evidentemente, di differenti presupposti.

2. L'ordine nel quale le due figure di *ius altius tollendi* e di *ius altius non tollendi* appaiono in Gai 2.14 e 2.31 e, quali specifici oggetti di *intentiones*, in Gai 4.3. corrisponde a quello nel quale, nell'editto del pretore urbano, erano inserite le due formule poste a tutela della *s.a.n.t.*, quella con l'*intentio* concepita nei termini “*Si paret ius A^oA^o esse suas aedes altius tollere invito N^oN^o*” e quella con *intentio* concepita in negativo: “*Si paret N^oN^o ius non esse suas aedes altius tollere invito A^oA^o*”.¹⁸

Quest'ordine si evince dalla ricostruzione palinogenetica del tratto dell'opera *ad edictum* di Ulpiano dedicato, in seno al diciassettesimo libro, al commento alle due formule in tema di *s.a.n.t.* Questa struttura è riprodotta nel titolo quinto dell'ottavo libro dei *Digesta*, nel quale la parte dedicata alle servitù urbane è aperta da D. 8.5.4.7, eser-

riora); G. SEGRÉ, *La denominazione di “actio confessoria” in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *Mélanges Girard II*, Paris 1912, pp. 511 ss.; B. BIONDI, *Actio negativa*, cit.; G. GROSSO, *Sulle servitù altius tollendi*, cit., pp. 477 ss.; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, pp. 301 ss.; M. BOHÁČEK, *L'actio negativa nell'ambiente dell'usufrutto*, in *BIDR*, XLIV (1936-37), pp. 19 ss.; ID., *Nuovi studi*, cit., pp. 142 ss.; S. SOLAZZI, *La tutela*, cit., pp. 40 ss.; TREVÈS, v. *Azione confessoria e negatoria [diritto romano]*, in *NNDI*, II 1958, pp. 57 ss.; PEZZANA, v. *Azione confessoria e negatoria [diritto romano]*, in *Enc.Dir.*, IV (1959), pp. 838 ss.; MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in *AUPA*, XXVIII (1961), pp. 121 ss.; A. WATSON, *The Law of Property in the later roman republic*, Oxford 1968, pp. 177 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Brevi note*, cit., p. 66; A. RODGER, *Actio confessoria and Actio Negatoria*, in *ZSS*, LXXXVIII (1971), pp. 184 ss.; A. BIGNARDI, *De suo iure*, cit.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., pp. 501 ss.; G. PUGLIESE, *Brevi riflessioni su una regula iuris*, in *Mélanges Wubbe*, Fribourg 1993, pp. 389 ss.; C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*. I, Torino 2001, pp. 405 ss.

¹⁸ Così A. F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliquia sunt*, Lipsiae 1869, p. 79 e O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, p. 194.

pito dal commento ulpiano alla formula con *intentio* affermativa. Ad esso seguono tre brani dedicati al commento della formula con *intentio* negativa: D. 8.5.4.8¹⁹, dello stesso Ulpiano, D. 8.5.5, tratto dal commentario *ad edictum* di Paolo²⁰ e D. 8.5.6pr.²¹, ancora di Ulpiano. Chiude l'intero tratto D. 8.5.6.1.²²

Con D. 8.5.4.7 Ulpiano apre, dunque, la trattazione dedicata alla *servitus altius non tollendi*:

D. 8.5.4.7 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Competit autem de servitute actio domino aedificii neganti servitatem se vicino debere, cuius aedes non in totum liberae sunt, sed ei cum quo agitur servitatem non debent. Verbi gratia habeo aedes, quibus sunt vicinae Seianae et Sempronianae, Sempronianis servitatem debeo, adversus dominum Seianarum volo experiri altius me tollere prohibentem: in rem actione experiar: licet enim serviant aedes meae, ei tamen cum quo agitur non serviunt: hoc igitur intendo habere me ius altius tollendi invito eo cum quo ago: quantum enim ad eum pertinet, liberas aedes habeo.*²³

L'*actio de servitute*, dice il giurista, compete al proprietario dell'edificio che nega di dovere la servitù, la *s.a.n.t.*, al vicino. Si tratta, nella specie, di un proprietario le cui *aedes* non sono in assoluto libere dalla *s.a.n.t.*, ma non la devono al soggetto contro cui si agisce.²⁴

¹⁹ D. 8.5.4.8 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Si cui omnino altius tollere non liceat, adversus eum recte agetur ius ei non esse tollere. Haec servitus et ei, qui ultiores aedes habet, deberi poterit.*

²⁰ D. 8.5.5 (Paul. 21 *ad ed.*) *Et ideo si inter meas et Titii aedes tuae eades intercedant possum Titii aedibus servitatem imponere ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis*

²¹ D. 8.5.6pr. (Ulp. 17 *ad ed.*) *Et si forte qui medius est, quia servitatem non debebat, altius extulerit aedificia sua, ut iam ego non uidear luminibus tuis obstaturus, si aedificauero, frustra intendes ius mihi non esse ita aedificatum habere invito te: sed si intra tempus statutum rursus deposuerit aedificium suum uicinus, renascetur tibi uindicatio.*

²² D. 8.5.6.1 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitem. Et si forte non habeam aedificatum in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam: idem et si lapilli iactu impedierit. Sed [et] si patiente eo aedificavero ego possessor ero effectus.*

Su questo testo, *infra*, pp. 45 ss.

²³ Sul testo si vedano: R. ELVERS, *Die römischen Servitutenlehre*, cit., p. 451; G. SEGRÉ, *La denominazione*, cit., p. 531 in nota; B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., p. 82; M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., p. 183; S. SOLAZZI, *La tutela*, cit., pp. 44 e 168; G. GROSSO, *Sulle servitù altius tollendi*, cit., pp. 481 ss.; A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., pp. 96 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Brevi note*, cit., p. 70; J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche*, cit., pp. 54 e 201 s.; A. BIGNARDI, *De suo iure*, cit., p. 126.

²⁴ Sospetto appare, invero, in questa prime frase, "*cuius*" posto così lontano dal termine (*domino*)

La formula commentata, com'è detto nel prosieguo del brano, è quella con *intentio* affermativa. Essa precede, quindi, nell'editto, la formula con *intentio* negativa.

L'ordine delle due formule sorprende. Ci si aspetterebbe, infatti, una posizione invertita e ciò in considerazione del fatto che per le altre servitù previste nell'editto, tutte di natura positiva, l'azione c.d. confessoria, con formula con *intentio* affermativa, precede sempre l'azione c.d. negatoria, con formula con *intentio* negativa. Certo, si può pensare che, indipendentemente dal carattere di servitù negativa della *s.a.n.t.* e in assenza del criterio basato sulla distinzione tra azione confessoria ed azione negatoria che avrebbe imposto una posizione invertita, l'ordine delle due formule sia stato dettato dalla ragione meramente formale di uniformarlo a quello delle altre azioni, prima la formula affermativa e poi quella negativa. E' probabile, tuttavia, che accanto a questa ragione formale abbia contribuito a determinare questa diversa disposizione la particolare funzione che, come cercheremo di dimostrare, svolse la formula con *intentio* affermativa nella dinamica della tutela della *servitus altius non tollendi*, dinamica che si realizzava, come per le altre servitù, attraverso il possibile alternarsi delle due azioni a disposizione dei soggetti del rapporto, entrambe come dicevamo, concepite come azioni relative allo stesso rapporto ed esperibili, a seconda delle diverse circostanze, dall'uno o dall'altro dei soggetti.

Questa prospettiva, tendente ad evidenziare l'unicità del rapporto, emerge in D. 8.5.4.7 dall'uso dell'espressione "*actio de servitute*" per indicare la formula con *intentio* affermativa, formula che fonda un'azione c.d. negatoria e che viene, dunque, in tal modo, espressamente qualificata, non certo come azione a difesa del *dominium*, bensì come azione che riguarda il rapporto di servitù.

Certo, si tratta di un dato formale in sé poco significativo ma che acquista una certa rilevanza per il fatto che questa stessa espressione, sospettata per altro da molti come insiticia,²⁵ si rinviene in altre testimonianze, molte dello stesso Ulpiano, con riferimento ad altre azioni negatorie di servitù.

In tema di *servitutes fluminis e stillicidii* v'è la testimonianza di:

al quale si riferisce. Ciò ha indotto alcuni studiosi ad espunge il tratto "*neganti servitutum se vicino debere*" (si veda la nota successiva).

²⁵ La considerano interpolata: G. GROSSO, *Sulle servitù*, cit., p. 482; M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., p. 183; S. SOLAZZI, *La tutela*, cit., p. 44, nt. 171 e p. 168; C. RUSSO RUGGERI, *Brevi note*, cit., p. 70, i quali considerano insiticia anche le parole "*neganti servitutum se vicino debere*", che attribuiscono al tentativo dei bizantini di qualificare come negativa l'azione con formula affermativa.

D. 39.3.1.17 (Ulp. 53 ad ed.) *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 coercebitur.*

Si tratta di un passo del commento ulpiano alla formula dell'*actio aquae pluviae arcendae*.²⁶ Nell'*intentio* di questa formula, com'è noto, vi era un riferimento esplicito al fatto che l'*aqua pluvia, opere (manu) facto*, nuocesse all'*a g e r* dell'attore.²⁷ Tale riferimento rendeva l'azione inapplicabile all'ipotesi "*si aqua a e d i f i c i o v e l o p p i d o n o c e a t*" per la quale, tuttavia, è possibile, dice Ulpiano, agire con un'azione nella cui formula fosse espresso un "*ius non esse stillicidia flumina immittere*". E per tale motivo Labeone e Cascellio sostengono che l'*actio aquae pluviae arcendae* è *actio specialis*, l'"*actio de fluminibus et stillicidiis*" *generalis et ubique agi ea licere*.

L'azione con la quale si nega l'esistenza della servitù di *stillicidium* o di *flumen* è, dunque, definita *actio de fluminibus et stillicidiis*, azione, cioè, *de servitute*.

Stessa terminologia è adottata poco dopo in:

D. 39.3.1.19 (Ulp. 53 ad ed.) *Cassius quoque scribit, si aqua ex aedificio urbano noceat vel agro vel aedificio rustico, agendum de fluminibus et stillicidiis.*

Non sembra esservi indizio, in entrambe le testimonianze, per dubitare della genuinità di queste parole e dell'impiego di questa terminologia da parte di Cascellio, Labeone e Cassio.

²⁶ Su questa testimonianza e sulla successiva D. 39.3.1.19 si vedano: A. WATSON, *The law of property*, cit., p. 172; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., p. 545; A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., pp. 151 ss.; DI PORTO, *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. I. Il ruolo di Labeone*, Milano 1990, pp. 84 ss.

²⁷ Cfr. la ricostruzione della formula compiuta da SITZIA, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae. Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano 1977, pp. 225 ss., nei termini: "*Si paret aquam pluviam quae, opere (manu) facto, a g r o Aⁱ Aⁱ nocet N^m N^m A^o A^o arcere oportere, neque ea rea arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit ...*" ed accolta da D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999, p. 59. Diversa la ricostruzione di LENEL, *E.P.*³, pp. 375 ss.

La plausibilità dell'attribuzione di tali espressioni, con questo valore, a giuristi precedenti ad Ulpiano è, per altro, suffragata da una fonte che ne testimonia l'uso di una analoga da parte di Alfeno Varo:

D. 8.5.17.2 (Alf. 2 dig.) *Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescibat, 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 caso prospettato riguarda l'ipotesi di un *vicinus* che abbia posto un letamaio accanto alla parete altrui, in modo da provocare in essa umidità. Si chiede in che modo si possa costringere il *vicinus* a togliere il letamaio. Alfeno distingue secondo che si tratti di *locus publicus* o *privatus*. Nel primo caso il *vicinus* potrà essere costretto con l'*interdictum* “*ne quid in loco publico fiat*”, nel secondo, si dovrà agire “*de servitute*”.²⁸ Con queste parole il giurista voleva far certamente riferimento ad un'*actio* negativa. Non è certo, tuttavia, se si trattasse della negatoria di una servitù tipica, una *servitus sterculinii*, teoricamente ipotizzabile ma della quale non vi è traccia nelle fonti,²⁹ oppure di un'applicazione di questa azione che Alfeno Varo ritenne di potere suggerire come strumento a difesa del diritto di proprietà, esperibile contro l'esercizio di attività che non necessariamente dovevano costituire contenuto di una servitù tipica.³⁰ Comunque la si

²⁸ Di questa fonte ci siamo già occupati nel nostro: D. 8.5.6.2: *arbitratus de restituendo e refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi*, in *AUPA*, XLV.1 (1998), pp. 205 s., al quale ci permettiamo di rimandare per gli aspetti della testimonianza lì considerati. Nella prospettiva che qui interessa, si vedano, in particolare: S. PEROZZI, *Sulla struttura*, cit., pp. 245 ss.; B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., p. 336; DE SARLO, *Alfeno Varo ed i suoi digesta*, Milano 1940, pp. 81 ss.; S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., pp. 54 ss.; G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937, pp. 338 ss.; M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., p. 170; A. WATSON, *The law of property*, cit., p. 177; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., pp. 504 ss.; A. BIGNARDI, “*Actio, interdictum, arbores*”. *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in *INDEX*, XII (1983), p. 478; J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche*, cit., pp. 105 ss.; A. BURDESE, *Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, in *AG*, CCXVIII (1998), pp. 15 s.

²⁹ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, libro VIII, cit., pp. 226 ss.

³⁰ Considerano insiticie le parole *de servitute agere oportere*: M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., p. 157, il quale ritiene non classica questa terminologia riferita all'azione negativa che crede strumento generale a difesa del *dominium* e S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, cit., p. 54, che considera spurie le parole in questione, convinto sia della inesistenza di una tipica *servitus latrinae*, sia della impossibilità di applicare l'*actio negativa* contro attività non configurabili come contenuto di servitù tipiche. L'A. pensava ad un originario riferimento ad un'*actio in factum*. Si vedano in proposito le critiche di

voglia interpretare, tuttavia, resta il dato formale, anche in questa testimonianza, di un'espressione, "*agere de servitute*", corrispondente all'"*actio de servitute*" di D. 8.5.4.7, utilizzata per indicare un'azione con la quale si negano facoltà inerenti, se pur solo teoricamente, ad un diritto di servitù.³¹

2.1. Nell'esempio proposto nella parte centrale di D. 8.5.4.7 emergono i presupposti dell'esperimento dell'*actio* qualificata *de servitute*.

Un soggetto, proprietario di *aedes* vicine alle *aedes Sempronianae*, in favore delle quali è dovuta la *s.a.n.t.*, ed alle *Seianae*, alle quali la stessa servitù non è dovuta, ricevendo da quest'ultimo atto di *prohibitio*, con il quale gli viene impedito di sopraelevare, decide di reagire attraverso l'esperimento di un'azione: *volo experiri adversus dominum Seianarum prohibentem altius me tollere: in rem actione experiri*. L'azione da intentare, dice Ulpiano, è un'*actio in rem* e non osta al riconoscimento di tale natura la circostanza che le *aedes* dell'attore siano gravate da servitù, poiché esse non lo sono nei confronti delle *aedes* del soggetto convenuto in giudizio. Allo scopo, infatti, di sottolineare proprio il fatto che la servitù non è dovuta al soggetto convenuto, conclude il giurista, l'*intentio* della formula è concepita nei termini di appartenenza di un *ius altius tollendi invito eo* contro cui si agisce.

Dunque, presupposto dell'esperimento dell'azione con formula affermativa è un atto di *prohibitio* posto in essere allo scopo di fermare il tentativo di sopraelevazione. A fronte di questo atto di *prohibitio* sembra, dal tenore del discorso ulpiano, che il *prohibitus* si trovi di fronte alla possibilità di reagire in modi diversi, tra i quali, nell'esempio prospettato, egli sceglie l'esperimento di un'azione (*volo experiri: in rem actione experiri*)³², la cui formula contiene un'*intentio* ricostruibile nei termini "*Si paret ius A^oA^o*

L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., pp. 505 ss. Sul testo, ancora: A. BIGNARDI, "Actio, interdictum, arbores", cit., p. 478 e V. GIUFFRÉ, *L'emersione dei "iura in re aliena"*, cit., p. 187.

³¹ Esistono ancora altre due testimonianze, sempre di Ulpiano, D. 8.5.6.1 e D. 8.2.5, nelle quali si trovano utilizzate, al posto dell'espressione "*actiones de servitute*", ma con lo stesso valore, le parole "*in servitutibus*". Si tratta di due testi nelle quali queste parole sono state da sempre in dottrina considerate non genuine. Di ciascuna di esse ci occuperemo con la dovuta attenzione nel prosieguo della nostra trattazione.

³² Il verbo *velle* si trova, ancora, impiegato da Africano in D. 39.1.15 per indicare la possibilità di esperire l'azione con *intentio* affermativa da parte di chi abbia tentato di "*aedificare in suo*" ed, a seguito di questo suo tentativo, abbia subito *prohibitio*. Sul significato che assume l'impiego di questo verbo in entrambe le testimonianze si veda *infra* p. 60.

*esse suas aedes altius tollere invito N°N°*³³.

Si tratta di un'*intentio*, unica nel panorama delle *actiones in rem*, nella quale un *ius*, il *ius altius tollendi*, si dice competere all'attore, su un proprio bene, le *aedes suae*, "*invito N° N°*". Questa *conceptio* non può che trovare fondamento nella particolare funzione che l'azione doveva avere svolto nella dinamica della tutela del rapporto di servitù e, per questo, non può non svelarne presupposti e regime. A volerla considerare, infatti, avulsa dal contesto nel quale deve invece esserne collocata l'operatività, la formula rivelerebbe un'anomalia non altrimenti spiegabile: in essa non solo un *ius* è detto spettare all'attore su un proprio bene ma l'assolutezza dell'affermazione è limitata dall'impiego della clausola "*invito N° N°*" che relativizza il rapporto tra attore e convenuto.

Ora, com'è noto, questa clausola, nella diversa formulazione "*invito A° A°*", riferita, perciò all'attore, si trova nelle formule con *intentiones* negative, con le quali si nega al convenuto la titolarità di un *ius*, fondando tale potere di negazione sulla titolarità in capo all'attore della facoltà di proibirne l'esercizio. Si tratta di quelle azioni che, adottando un criterio di classificazione dogmatico, come dicevamo, estraneo al pensiero romano classico, possono coincidere sia con le azioni c.d. negatorie di servitù positive (*Si paret N° N° ius non esse eundi agendi invito A° A°*) sia con le azioni c.d. confessorie di servitù negative (*Si paret N° N° ius non esse altius tollere invito A° A°*). In entrambe queste specie di azioni la clausola "*invito A° A°*" ha la funzione di legittimare il potere dell'attore a negare, potere fondato sul suo *ius prohibendi*, espressione del *dominium* nelle prime, della servitù negativa nelle seconde.

Nella formula cui fa riferimento D. 8.5.4.7, nella quale si ha non la negazione al convenuto, ma la spettanza all'attore del *ius altius tollendi* sul proprio bene, la qualifica di *invitus* è riferita non all'attore ma al convento (*Si paret A° A° ius esse altius tollere invito N° N°*), quasi che la spettanza all'attore di tale *ius* sul proprio bene dovesse in qualche modo essere fondata sul fatto che il convenuto fosse, appunto, *invitus*.

Ora, a ben riflettere, in entrambe le formule in tema di *s.a.n.t.*, l'espressione *invitus* è riferita alla stessa persona, il preteso titolare della servitù di non sopraelevare, attore nell'azione con formula negativa e convenuto nell'azione con formula affermativa ed, in entrambe le formule, essa giustifica in una la negazione, nell'altra l'attribuzione del

³³ La *conceptio* è confermata in D. 39.1.15 (Afr. 9 *quaest.*) (...) *Idemque e contrario, si, cum quis agere vellet ius sibi esse invito adversario altius tollere* (...). Di questa

medesimo *ius altius tollendi* a colui che sostiene che la servitù non è dovuta.

E' evidente, allora, che nella clausola “*in v i t o N ° N °*” della formula positiva, l'espressione *invitus* doveva avere assunto un valore differente da quello che aveva nella diversa clausola “*in v i t o A ° A °*” della formula negativa.

2.3. A proposito del significato della clausola “*invito adversario*”³⁴, è diffuso in dottrina l'uso di richiamare un passo di Ulpiano nel quale si vuole scorgere una definizione generale del termine *invitus* utilizzato nelle formule in tema di servitù:

D. 8.2.5 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Invitum autem in s e r v i t u t i b u s accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo et infantem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum sed ad ius servitutis haec verba referuntur.*

E' *invitus*, dice Ulpiano, “*in s e r v i t u t i b u s*”, non chi “*contra dicit*” ma chi “*non consentit*”.³⁵

Prima di provare a intendere il valore di questa distinzione occorre soffermare

testimonianza ci occuperemo *infra*, p. 59.

³⁴ L'espressione “*invito adversario*” si trova in D. 39.1.15. Frequente è anche l'uso di “*invito te*” (D. 7.1.7.1; D. 8.4.17; D. 8.5.6pr.).

³⁵ Sul significato del termine *invitus*: S. PEROZZI, *Un paragone in materia di comproprietà*, in *Mélanges Girard II*, Paris (1912), pp. 362 ss; C. FADDA, *Consortium, collegia, magistratum, communio*, in *Studi Brugi*, Palermo 1910, p. 145; B. BIONDI, *Actio negativa*, cit., p. 640; M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., pag. 151; A. BIGNARDI, *De suo iure*, cit., *passim*; C. A. CANNATA, *Istituzioni di diritto romano I*, cit., pp. 406 ss.

Secondo A. BIGNARDI, *De suo iure*, cit., nelle azioni negatorie dell'usufrutto e delle servitù positive e nella *vindicatio* di servitù negativa la clausola “*invito te*” fa riferimento al *ius prohibendi* (p. 122). In particolare, secondo l'Autrice, “essendo il non consentire, l'essere *invitus*, espressione del diritto stesso, il consentire si poteva avere solo a mezzo della rinuncia del diritto”. Per quel che riguarda la formula affermativa: “nella negatoria *servitutis* di una servitù negativa ... si indica il diritto che si nega sussistere in capo alla controparte” (pag. 24 nt. 47). M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., pag. 151, ritiene che nella formula con *intentio* negativa posta a tutela della *servitus altius non tollendi* la clausola “*invito te*” indica l'illiceità della costruzione, illiceità che “non deriva da alcun fatto (per esempio da una dichiarazione del titolare della servitù) ma direttamente dalla posizione vantaggiosa del proprietario del fondo dominante, il quale, potendo giuridicamente non consentire alla fabbrica, effettivamente si vale del suo potere nel presente caso”. A sostegno di questa interpretazione l'Autore indica D. 8.2.5. B. BIONDI, *Actio negativa*, cit., p. 640, il quale considerava l'azione negativa come strumento a difesa del titolare della servitù contro soggetto diverso da chi era convenibile con la *vindicatio*, riteneva che *invito A ° A °* “individua l'attore e nello stesso tempo limita la controversia giudiziaria tra *N ° N °* convenuto, che si trova nel godimento della servitù o dell'usufrutto, ed *A ° A °* attore, che nega in lui la titolarità di tali diritti (...)”.

tutta la nostra attenzione sull'espressione "*in servitutibus*".³⁶

D. 8.2.5 è posto dai compilatori nel titolo "*de servitute praediorum urbanorum*", nell'ambito della trattazione della *s.a.n.t.*, subito dopo un passo, tratto dalle *Institutiones* di Paolo, nel quale il giurista si occupa, verosimilmente, della distinzione tra *servitus luminum* e *servitus ne luminibus officiatur*³⁷ e del contenuto delle pretese che possono derivare dalla titolarità di quest'ultima. La *servitus ne luminibus officiatur* può dar luogo, si desume dal discorso di Paolo, ad un'azione la cui formula è concepita con un'*intentio* espressa nei termini "*Si paret N° N° ius non esse invito A° A° altius aedificare*":

D. 8.2.4 (Paul. 2 *inst.*) *Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat: cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino in v i t i s n o b i s altius aedificare atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.*

E' evidente che l'intento dei compilatori nel sistemare D. 8.2.5 fu quello di riferire la riflessione ulpiana sul significato di *invitus* alla formula appena prima riportata da Paolo, con specifico riferimento alla clausola *in v i t i s n o b i s*.

Per ragioni di natura palinogenetica, tuttavia, Lenel non ritiene che D. 8.2.5 appartenesse alla trattazione ulpiana dedicata alla *s.a.n.t.* Egli colloca il frammento nell'ambito della trattazione delle servitù rustiche,³⁸ subito dopo i frammenti D.8.5.4pr.-5,³⁹ probabilmente perché, come in D. 8.2.5, anche in essi vi sono riferimenti al com-

³⁶ Ci eravamo già riservati di occuparci di questa espressione trattando del significato di "*actio de servitute*" in D.8.5.4.7. *Supra*, nt. 31.

³⁷ Sulla distinzione tra queste servitù, da ultimi, J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche*, cit., pp. 65 ss.; K. LEE, *Die servitus altius tollendi*, cit., pp. 20 ss.; F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., 277 ss., alla quale rinviamo per le posizioni dottrinarie degli autori precedenti.

³⁸ LENEL, *Pal. II*, p. 518.

³⁹ D. 8.5.4pr.-5 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed ius eundi habet. 1. Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur. 2. In confessoria actione, quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt: et est verius id demum fructuum nomine computandum, si quid sit quod intersit agentis servitute non prohiberi. sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium: et hanc sententiam et Pomponius probat. 3. Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio, et ita et Pomponius libro quadragensimo primo scribit: sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod eius interest, qui experietur. itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest*

mentario *ad edictum* di Pomponio. Tuttavia, in tutti questi frammenti Ulpiano fa dei riferimenti al libro quarantunesimo *ad edictum* di Pomponio, dedicato al tema delle servitù, mentre, in D. 8.2.5, il riferimento è al libro quarantesimo, nell'ultima parte del quale Pomponio si occupava non di servitù ma di usufrutto.⁴⁰ Va segnalato, per altro, che lo stesso Lenel avverte dell'incertezza di questa collocazione e ipotizza che originariamente D. 8.2.5 potesse trovarsi nella trattazione ulpiana dedicata al tema dell'usufrutto⁴¹.

Questa seconda ipotesi è certo più verosimile della prima ed indurrebbe a ritenere che Ulpiano, analizzando in particolare la struttura della azione negatoria dell'usufrutto, abbia voluto far un riferimento alle formule in tema di servitù che avevano struttura identica a quella che stava appunto analizzando: le formule in tema di servitù con *intentio* negativa, quelle che fondavano le azioni negatorie delle servitù positive (*Si paret N° N° ius non esse eundi agendi invito A° A°*) e le confessorie di quelle negative (*Si paret N° N° ius non esse altius tollere invito A° A°*). Le parole "*in servitutibus*" sarebbero state così usate da Ulpiano al posto dell'espressione "*actiones de servitutibus*" per indicare le sole formule, in tema di servitù, con *intentio* negativa. I compilatori, dal canto loro, avrebbero trovato il frammento sfogliando la trattazione ulpiana in tema di usufrutto, lo avrebbero messo da parte ed utilizzato alla prima occasione utile: il riferimento all'azione negativa di D. 8.2.4.

Queste le deduzioni che possono essere tratte dalle ipotesi di Lenel sull'originaria collocazione di D. 8.2.5.

A nostro giudizio è possibile anche ipotizzare, tuttavia, con altrettanta buona verosimiglianza, che D. 8.2.5 fosse stato invece trovato dai compilatori proprio nell'ambito della trattazione ulpiana dedicata al tema di *s.a.n.t.* Ad avvalorare quest'ipotesi soccorre la differente versione che di D. 8.2.5 è tramandata nella Vulgata:

revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit. 4. Sed et si duorum fundus sit qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi et, ut Pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit. 5. Si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiat, Pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum: nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter invium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam. sed de refectioe viae et interdico uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit: non tamen si silice quis sternere velit, nisi nominatim id convenit.

⁴⁰ O. LENEL, Pal., II, p. 27 il quale inserisce anche D. 8.2.5 nella rubrica "*Si ususfructus petatur*".

⁴¹ O. LENEL, Pal., II, p. 518 nt. 1. Si spiegherebbe così il riferimento al libro 40 *ad edictum* di Pomponio.

D. 8.2.5 (Ulp. 17 ad ed.) *Invitum autem in servitutibus accipere debemus non solum eum qui contra dicit, sed etiam qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo et infantem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum sed ad ius servitutis haec verba referuntur.*

Secondo questa diversa versione,⁴² Ulpiano avrebbe detto che “*in servitutibus*” è da considerare “*invitus*” non solo chi “*contra dicit*” ma anche chi “*non consentit*”. La diversa formulazione del testo implica una sostanziale diversità di significato della definizione. Mentre, infatti, nella lezione tramandata dalla *Florentina*, Ulpiano avrebbe negato che *in servitutibus invitus* indicasse *eum qui contra dicit*, in quest’altra lezione, al contrario, egli avrebbe ammesso entrambi i significati.

Se proviamo a prestar fede alla lezione della Vulgata, è possibile immaginare che Ulpiano si trovasse di fronte alle due formule in tema di *s.a.n.t.*, quella con *intentio* affermativa e quella con *intentio negativa* ed avesse sentito la necessità di chiarire che nelle due formule, *in servitutibus*,⁴³ *invitus* significava non solo *eum qui contra dicit*, come, secondo l’ordine dell’editto, nella prima formula che sarebbe stata considerata, quella con *intentio* affermativa, ma anche *eum qui non consentit*, come nella seconda, la formula con *intentio negativa*.⁴⁴

2.3.1. Proviamo adesso ad analizzare il contenuto di D. 8.2.5. E’ *invitus*, dice Ulpiano, non solo chi “*contra dicit*” ma anche chi “*non consentit*”. La distinzione è in sé piuttosto ermetica. Contribuiscono a renderla comprensibile due testimonianze dello

⁴² L’*editio maior* dei *Digesta* di MOMMSEN non riporta questa differente versione. Essa compare in una delle più risalenti edizioni della Glossa Accursiana. Si veda, tra le più risalenti, quella del DE TORTIS, che vide la luce tra il 1487 ed il 1489 ed è ora consultabile nella edizione anastatica: Accursii Glossa in Digestum vetus, Corpus Glossatorum iuris civilis VIII, *Augustae Taurinorum* 1969, p. 150. In questa edizione manca l’*etiam*. Esso compare, tuttavia, in successive edizioni che riportano le varianti della *Florentina*. Si veda, ad esempio, *Digestum vetus, Venetiis, apud Iuntas*, 1621, pag. 1112.

⁴³ B. BIONDI, *Actio negativa*, cit., p. 640, considerava l’espressione “*in servitutibus*” non genuina ed inserita al posto di un’originario “*in hac formula od in his formulis*”.

⁴⁴ Un sostegno per non ritenere del tutto infondata la scelta di prestar fede a questa seconda versione di D. 8.2.5 e di ipotizzare l’originaria collocazione di questo frammento nell’ambito della trattazione ulpiana della *s.a.n.t.* è dato dalla circostanza, degna di rilievo, che la stessa espressione “*in servitutibus*” si trova impiegata, in D. 8.5.6.1, testo dello stesso Ulpiano, con lo stesso valore di “*actiones de servitutibus*” e per indicare le due formule in tema di *s.a.n.t.*, quella con *intentio* affermativa e quella con *intentio* negativa. *Infra*, pp. 45 ss.

Entrambe le testimonianze, come dicevamo *supra* alla nt. 31, testimoniano la considerazione dell’azione c.d. negatoria come azione *de servitute*.

stesso Ulpiano, D. 23.2.45.5 e D. 3.3.8.1, nelle quali si rinvencono altrettanti tentativi dello stesso giurista di specificare il significato tecnico dell'espressione *invitus*, utilizzata in contesti diversi da quello al quale si riferisce D. 8.2.5.⁴⁵

In D. 23.2.45.5 Ulpiano interpreta il termine *invitus*, utilizzato in un testo normativo: la *lex Papia Poppea de maritandis ordinibus*.

D. 23.2.45.5 (Ulp. 3 *ad legem Iuliam et Papiam*) *Deinde ait lex 'invito patrono': invitum accipere debemus eum, qui non consentit ad divortium: idcirco nec a furioso divertendo solvit se huius legis necessitate nec si ab ignorante divorterit: rectius enim hic invitus dicitur quam qui dissensit.*

Una disposizione di questa legge prevedeva un divieto per la liberta che fosse stata sposata al suo patrono di contrarre nuove nozze "*invito patrono*".⁴⁶ Come in D. 8.2.5, anche qui è considerato *invitus* "*eum, qui non consentit*", in questo caso "*eum, qui non consentit ad divortium*". E' considerato *invitus*, vale a dire, il patrono che non ha giuridicamente formalizzato il suo assenso acconsentendo al divorzio. Egli si presume tale, a meno di non aver compiuto un atto idoneo a testimoniare la sua volontà conforme. A completamento della definizione, Ulpiano utilizza l'esempio di un soggetto privo di capacità d'agire, il *furiosus*, al quale è equiparato l'*ignorans*, per chiarire il valore dell'espressione normativa. La liberta non può considerarsi sciolta dal vincolo della legge nel caso in cui abbia divorziato da un furioso il quale, proprio perché non può compiere atti giuridicamente rilevanti, non può *consentire*. Al *furiosus* è equiparato l'*ignorans*: entrambi sono necessariamente *inviti*.⁴⁷

Manca in D. 23.2.45.5 la contrapposizione con il "*contra dicere*" che, in D. 8.2.5, contribuisce a delimitare il concetto di "*non consentire*". Ma di "*contra dicere*" parla Ulpiano in D. 3.3.8.1, nel quale il giurista interpreta il termine *invitus* utilizzato questa volta in materia di mandato:

⁴⁵ Risale a C. FADDA, *Consortium, collegia*, cit., p. 145, il merito di aver segnalato questi frammenti utili a chiarire D. 8.2.5. Si vada, da ultima, A. BIGNARDI, *De suo iure*, cit., pp. 25 ss.

⁴⁶ D. 23.2.45pr. (Ulp. 3 *ad l. Iuliam et Papiam*) *In eo iure, quod dicit invito patrono libertam, quae ei nupta est, alii pubere non posse (...)*.

Sul tema del divorzio della liberta si veda: R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, Padova 1996, pp. 173 ss.

⁴⁷ L'inciso finale appare piuttosto oscuro ed è possibile che sia di origine glossematica.

D. 3.3.8.1 (Ulp. 8 *ad ed.*) *Invitus procurator non solet dari. invitum accipere debemus non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur.*

Non è usuale, dice Ulpiano, che venga nominato un sostituto processuale *invitus*.⁴⁸

E' considerato *invitus* non solo colui che *contradicit*, ma anche chi non è provato che abbia dato il suo consenso. Il tenore di questa testimonianza sembra ricalcare quello di D. 8.2.5 nella versione che abbiamo ipotizzato più rispondente al testo originario qualora lo si voglia collocare nell'ambito della trattazione ulpiana in tema di *s.a.n.t.* In entrambe le testimonianze Ulpiano, utilizzando in un caso la locuzione “*n o n s o l u m, s e d e t i a m*”, nell'altro “*n o n t a n t u m, v e r u m q u o q u e*”, avverte che lo stesso termine può assumere due diversi significati.

Alla luce, dunque, delle due definizioni contenute in D. 23.2.45.5 ed in D. 3.3.8.1, è possibile interpretare più agevolmente D. 8.2.5. La distinzione tra “*non consentire*” e “*contra dicere*” deve avere riguardo al comportamento del soggetto qualificato *invitus*. Se *invitus* assume l'accezione di “*eum qui non consentit*” il soggetto così qualificato è tale poiché non ha compiuto un atto con il quale ha espresso la sua volontà conforme. Egli è *invitus* e, diversamente dal caso del “*contra dicere*”, non ha bisogno di esternare con un atto *ad hoc* la sua volontà contraria. Se, al contrario, *invitus* assume il significato di “*eum qui contra dicit*”, il soggetto così qualificato, per render se stesso *invitus*, deve aver compiuto un atto per mezzo del quale ha esternato la sua volontà negativa.

Anche in D. 8.2.5, come in D. 23.2.45.5, l'esempio del soggetto incapace d'intendere e di volere, il *furiosus* e l'*infans*, usato da Ulpiano richiamando il pensiero di Pomponio, chiarisce ulteriormente la contrapposizione tra il “*non consentire*” ed il “*contra dicere*”. Questi soggetti possono giustamente essere considerati tecnicamente “*inviti*” poiché incapaci di *consentire*.

La chiusa di D. 8.2.5 “*non enim ad factum sed ad ius servitutis haec verba refe-*

⁴⁸ Sull'interpretazione dell'espressione “*procurator invitus*” si vedano, *praecipue*: DE ROBERTIS, “*Invitus procurator*”. *Appunti sul procuratore nel diritto classico*, in *An.Un. Bari*, Bari 1935, ed ora in *Scritti varii di diritto romano. I: diritto privato*, Bari 1987, pp. 11 ss.; A. WATSON, *The Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, p. 64; R. QUADRATO, *D. 3.3.1pr. e la definizione di “procurator”*, in *LABEO*, 20 (1974), p. 222; S. GIGLIO, *La “relatio” 19 di Q. Aurelio Simmaco a CTh. 2.12.1: una rilettura*, in *RIDA*, 41 (1994), pp. 218 ss..

runtur” apporta un ulteriore contributo chiarificatore e costituisce, a nostro giudizio, un ulteriore sostegno all’ipotesi, sopra formulata, relativa all’attribuzione dell’intera testimonianza alla trattazione ulpiana dedicata alla *s.a.n.t.* Dice Ulpiano che il *furiosus* e l’*infans* possono giustamente essere considerati “*inviti*”, nel senso prima chiarito, poiché le parole della clausola “*invito A° A°*” (*haec verba*), esprimenti il “*non consentire*” di Aulo Augerio, non comportano il compimento di un atto, non comportano, vale a dire, un “*factum*”, ma presuppongono solo la titolarità del *ius servitutis*, sul quale si fonda, legittimandolo, il *ius prohibendi*, il diritto a non consentire. Poiché l’essere *invitus* attiene al piano del *ius* (l’essere titolari del *ius servitutis*), e non al piano del *factum* (l’aver compiuto un atto idoneo al riconoscimento del *ius* negato), il *furiosus* e l’*infans* sono *inviti*, per il solo fatto di essere incapaci.

2.3.2. Ora, se si colloca, come ipotizza Lenel, D. 8.2.5 nell’ambito della trattazione ulpiana dedicata al tema delle servitù rustiche e dell’usufrutto, proprio il riferimento, nella chiusa che stiamo analizzando, al *ius servitutis*, impedisce di attribuire l’intera frase sia ad Ulpiano che a Pomponio e costringe a considerarla senz’altro frutto di un’intrusione compilatoria. Appare evidente, infatti, che Pomponio il quale, come dicevamo più su,⁴⁹ si occupava, nel suo libro quarantesimo *ad edictum*, di usufrutto, non poteva aver parlato di *ius servitutis*, poiché nell’azione negatoria dell’*usufructus* a fondare il *ius prohibendi* dell’attore non è il *ius servitutis*, bensì il *dominium*. Stessa considerazione deve essere fatta anche se si volesse attribuire la chiusa ad Ulpiano e riferire le parole *ius servitutis* alla formula negatoria delle servitù positive. In essa, infatti, è sempre il *dominium* a fondare il *ius prohibendi* dell’attore, il diritto a non consentire e non certo il *ius servitutis*.

L’intera frase acquista, invece, una perfetta coerenza con la parte precedente del testo, senza necessità di ipotizzare alcuna intrusione compilatoria, se si colloca D. 8.2.5 nell’ambito della trattazione ulpiana dedicata al tema della *s.a.n.t.* e si riferisce la definizione ulpiana di *invitus* come *is qui non consentit* alla formula negativa (*Si paret N° N° ius non esse altius tollere invito A° A°*). In essa, infatti, a fondare il diritto dell’attore a *non consentire*, a fondare, vale a dire, il suo *ius prohibendi*, è proprio il *ius servitutis*, la titolarità della *s.a.n.t.* Ulpiano, considerando le due formule della *s.a.n.t.* presenti

nell'editto, entrambe contenenti la clausola "*invito adversario*", *invito N° N°* quella affermativa, *invito A° A°* quella negativa, conclusa l'analisi della prima, quella con *intentio* affermativa, e giunto all'analisi della seconda, quella con *intentio* negativa, deve avere avvertito del diverso significato che la parola *invitus* assume in quest'ultima: "Dobbiamo considerare *invitus* non solo *eum qui contra dicit* (come nella formula precedente, quella con *intentio* affermativa) ma anche *eum qui non consentit* (come in quest'altra formula che stiamo analizzando, quella con *intentio* negativa). Perciò Pomponio, nel libro quarantesimo (con riferimento all'azione negatoria di usufrutto, nella cui formula la parola *invitus* assume identico significato della formula negativa della *s.a.n.t.*), sostiene che sia gli *infantes* che i *furiosi* giustamente sono considerati *inviti*: infatti, la clausola *invito me* della formula negativa si riferisce non al fatto che il soggetto così qualificato abbia posto in essere un atto, ma hanno riguardo alla titolarità del *ius servitutis*, della *s.a.n.t.*".

2.3.3. In conclusione, noi crediamo che la definizione contenuta in D. 8.2.5 non sia stata elaborata da Ulpiano con quella portata generale che sembra oggi le si voglia attribuire. Riferita, più limitatamente, alle due formule relative alla *s.a.n.t.*, essa risulta preziosa perché offre la giusta chiave di interpretazione del termine *invitus* presente nell'*intentio* affermativa, chiave di interpretazione costituita proprio dalla contrapposizione tra il "*contra dicere*" e il "*non consentire*".

Se è la nostra ricostruzione plausibile, nella clausola "*invito te*" della formula affermativa, l'espressione *invitus* deve essere stata utilizzata per indicare *eum qui contra dicit*, colui che ha compiuto un atto con il quale ha esternato la sua opposizione, rendendo in tal modo se stesso *invitus*.

Ma torniamo a D. 8.5.4.7 dal quale eravamo partiti. Dicevamo più su⁵⁰ che presupposto dell'esperimento dell'azione con *intentio* affermativa è un atto di *prohibitio* posto in essere allo scopo di fermare il tentativo di sopraelevazione: *velo experiri adversus dominum Seianarum prohihentem altius me tollere*. A seguito di questo atto di *prohibitio*, il *prohibitus* esperisce l'azione con la quale fa valere la titolarità del *ius altius tollendi*, *invito N° N°*.

⁴⁹ P. 19.

⁵⁰ P. 15.

L'impressione che si trae è che la clausola “*invito N° N°*” non può che avere riguardo proprio a quest'atto di *prohibitio* e che, dunque, per usare le parole della chiusa di D. 8.2.5, *invitus* atterrebbe qui più al piano del *factum* che a quello del *ius*. Numero Negidio sarebbe, vale a dire, *invitus* proprio perché ha compiuto un atto idoneo a manifestare giuridicamente il suo dissenso rispetto al *ius altius tollendi* di Aulo Augerio, atto costituito dalla *prohibitio*.

3. Prima di continuare la nostra indagine sulla via tracciata da questi dati, si rivela utile, ai fini della comprensione dei principi che presiedono alla tutela della *s.a.n.t.* e, in particolare, dei presupposti di applicazione della formula affermativa, soffermare la nostra attenzione su due interdetti che, sebbene siano lontanissimi dai nostri temi, rivelano una notevole somiglianza con i meccanismi di operatività e il regime della nostra azione. Ciò a causa della presenza nella *conceptio* delle loro formule di un medesimo riferimento ad un *ius* spettante qui all'impetrante (*illi mortuum inferre ius est*), lì all'attore (*ius esse A° A° altius tollendi*) e di una medesima clausola “*invito adversario*”, qui *invito* il soggetto contro cui l'ordine *vim fieri veto* viene rivolto: “*invito te*”, lì *invito* il convenuto: “*invito N° N°*”.

Ecco il testo dei due interdetti:

Interdictum de mortuo inferendo:

“*Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quo minus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepellire liceat, vim fieri veto*”.

Interdictum de sepulchro aedificando:

“*Quo illi ius est invito te mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto*”⁵¹

3.1. Il *ius mortuum inferendi* è tutelato in favore non solo dei soggetti che hanno titolo a seppellire nei *sepulchra*,⁵² ma anche in favore di coloro che possono seppellire

⁵¹ Il testo dei due interdetti sono riportati, rispettivamente, in D. 11.8.1pr. e D. 11.8.1.5 (Ulp. 68 ad ed.).

⁵² Sul tema dei *sepulchra* si vedano: DÜLL, *Studien zum römischem Sepulkrrecht I*, in *Festschrift Schulz* 1, Weimar 1951, pp. 192 ss.; DE VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains*, Milano 1963; G.

in un “*locus purus*”.⁵³ In questo caso l’interdetto *de mortuo inferendo* è concesso, fondamentalmente, al proprietario il quale, con la sepoltura, rende *religiosus* il *locus purus*.

D. 11.8.1.2 (Ulp. 68 *ad ed.*) *Hoc interdicto de mortuo inferendo dominus proprietatis uti potest, quod etiam de loco puro competit.*

Ma a causa della speciale natura dei due interdetti, fondata, per l’*interdictum de mortuo inferendo*, sull’interesse dell’ordinamento “*ne insepulta cadavera iacerent*”,⁵⁴ per l’*interdictum de sepulchro aedificando*, sul principio “*religionis interest monumenta exstrui et exornari*”,⁵⁵ la legittimazione attiva ad entrambi gli interdetti è molto più ampia e prescinde dalle regole che presiedono alla qualificazione dei luoghi di sepoltura come *loci religiosi*. Così, ad esempio, se il *locus* viene reso *religiosus* solo dal titolare della piena proprietà che seppellisce un morto *in suo*, il *ius mortuum inferendi* è riconosciuto anche al nudo proprietario che voglia seppellire senza il consenso dell’usufruttuario; se il socio rende *religiosus* il *locus purus communis* solo se non subisce *prohibitio* dall’altro, il *ius mortuum inferendi* è riconosciuto anche al *socius* che voglia seppellire nonostante l’altro sia *invitus*.⁵⁶

LONGO, *Sul diritto sepolcrale romano*, in IVRA, 15 (1964), pp. 137 ss.; M. KASER, *Zum römischen Grabrecht*, in ZSS, 95 (1978), pp. 15 ss.; LAZZARINI, “*Sepulchrum familiare*” e “*ius mortuum inferendi*”, in *Studi Biscardi V*, Milano 1984, pp. 217 ss.; PALMA, v. “*Sepolcro e sepoltura*” [diritto romano], *Enc. Dir.* XLII (1990), pp. 1 ss.; SACCHI, *Il passaggio dal sepolcro gentilizio al sepolcro familiare e la successiva distinzione tra sepolcri familiari e sepolcri ereditari*, in *Ricerche sull’organizzazione gentilizia romana*. III, Napoli 1995, pp. 171 ss.

⁵³ D. 11.7.2.4 (Ulp. 25 *ad ed.*) *Purus autem locus dicitur, qui neque sacer neque sanctus est neque religiosus, sed ab omnibus huiusmodi nominibus vacare videtur.*

⁵⁴ D. 11.7.43 (Pap. 8 *quaest.*) *Sunt personae, quae, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, (...) nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnumquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam esse rationem, quae pro religione facit.* Su questo testo si veda *infra* alla nota 57.

⁵⁵ D. 11.8.1.6 (Ulp. 68 *ad ed.*) *Interdictum hoc propterea propositum est, quia religionis interest monumenta exstrui et exornari.*

⁵⁶ D. 11.7.43 (Pap. 8 *quaest.*) *Sunt personae, quae, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta dominus proprietatis, si in fundum, cuius fructus alienus est, mortuum inferat aut inferre velit: nam si intulerit, non faciet iustum sepulchrum, sed si prohibeatur, utiliter interdicto, qui de iure domini quaeritur, aget. eademque sunt in socio, qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult. (...)*

I. 2.1.9: *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. in communem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune vero sepulchrum etiam invititis ceteris licet inferre. Item si alienus usus fructus est, proprietarium placet nisi consentiente usufructuario locum religiosum non facere. in alienum locum concedente domino licet inferre: et licet postea ratum ha-*

In tutti i casi, tuttavia, il presupposto dell'emanazione di entrambi gli interdetti è un atto di *prohibitio*:

buerit, quam illatus est mortuus, tamen religiosus locus fit.

D.11.7.2.7-9 (Ulp. 25 *ad ed.*) *Si usum fructum quis habeat, religiosum locum non facit. sed et si alius proprietatem, alius usum fructum habuit, non faciet locum religiosum nec proprietarius, nisi forte ipsum qui usum fructum legaverit intulerit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset: et ita Iulianus scribit. alias autem invito fructuario locus religiosus non fiet: sed si consentiat fructuarius, magis est ut locus religiosus fiat. 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. 9. Is qui pignori dedit agrum si in eum suorum mortuum intulerit, religiosum eum facit: sed et si ipse inferatur, idem est: ceterum alii concedere non potest.*

Nei rapporti tra i condomini, in caso di *locus purus communis*, il *socius* rende *religiosus* il *locus purus* solo se seppellisce senza subire *prohibitio*. In caso di *prohibitio* egli continua ad avere il *ius mortuum inferendi*, tutelato dall'*interdictum de mortuo inferendo*; ma se seppellisce, non rende il *locus religiosus*. In caso di *sepulchrum commune* ciascun socio può, invece, *mortuum inferre* anche *invito socio*:

D. 11.7.43 (Pap. 8 *quaest.*) *Sunt personae, quae, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta (...) eademque sunt in socio, qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult. nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnumquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam esse rationem, quae pro religione facit.*

I. 2.1.9: *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. in communem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune vero sepulchrum etiam invitatis ceteris licet inferre. (...)*

D.1.8.6.4 (Marc. 3 *inst.*) (...) *in commune autem sepulchrum etiam invitatis ceteris licet inferre (...)*

La diversa disciplina in caso di *locus purus communis* e di *sepulchrum commune* è conseguenza della differente natura che assume l'*inferre mortuum* nei due casi. Nel primo, esso costituisce un atto di gestione che muta la destinazione economica del bene e, per tale motivo, può essere soggetto alla *prohibitio* degli altri soci. Nel secondo caso, l'*inferre mortuum* costituisce un atto che concretizza un uso del bene comune secondo la sua destinazione economica e che, per tale motivo, può essere posto in essere anche *invito socio*.

A causa dello speciale interesse dell'ordinamento "*ne insepulta cadavera iacerent*", dunque, si delega alla normale disciplina della *res communis* (su cui si veda *infra* nel testo), ed il *socius* del *locus communis* che abbia subito *prohibitio* può, dicevamo, esperire l'*interdictum de mortuo inferendo*. Nel caso in cui abbia seppellito un morto nonostante la *prohibitio* o *ignorante socio* è convenibile con un'*actio in factum*:

D. 11.7.2.1-2 (Ulp. 25 *ad ed.*) *Qui mortuum in locum alienum intulit vel inferre curavit, tenebitur in factum actione. (...) an et socius teneatur, si ignorante socio intulerit, tractari potest: est tamen verius familiae erciscundae vel communi dividundo conveniri eum posse.*

Di quest'*actio* parleremo nel testo. Nella testimonianza riportata, Ulpiano discute se essa possa essere concessa contro chi, *ignorante socio*, abbia seppellito, poiché i rapporti tra i soci possono essere regolati, sostiene il giurista, in sede di azione divisoria. Trebazio e Labeone concedevano, invece, senza dubbio l'azione:

D. 10.3.6.6 (Ulp. 19 *ad ed.*) *Si quis in communem locum mortuum intulerit, an religiosum fecerit videndum. et sane ius quidem inferendi in sepulchrum unicuique in solidum competit, locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem et Labeo quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum.*

Pomponio concedeva anche l'*actio pro socio*.

D. 17.2.39 (Pomp. 13 *ad Sab*) *Si fundus mihi tecum communis sit et in eum mortuum intuleris, agam tecum pro socio*

Su questi temi: A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar 1912, pp. 117 ss.; SEGRÉ, *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali. Corso di diritto romano*, Torino 1931, pp. 100 ss.

D. 11.7.9 (Gai. 19 *ad ed.*) *Liberum est ei qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre aut statim interdicto uti aut (...)*⁵⁷

D. 11.8.1.7-8 (Ulp. 68 *ad ed.*) *Facere sepulchrum sive monumentum in loco, in quo ei ius est, nemo prohibetur. 8. Aedificare videtur prohibere et qui prohibet eam materiam conveyi, quae aedificio necessaria sit. proinde et si operi necessarios prohibuit quis venire, interdictum locum habet, et si machinam alligare quis prohibeat, si tamen eo loci prohibeat, qui servitutum debeat: ceterum si in meo solo velis machinam ponere, non tenebor interdicto, si iure te non patiar.*

3.1.1. A fronte della *prohibitio* il soggetto che voglia *mortuum inferre* può “*statim*” scegliere o di chiedere l’emanazione dell’interdetto o di seppellire altrove il morto e “*postea*” agire con un’*actio in factum*.

L’ordine magistratuale in cui si concreta l’interdetto è finalizzato a far cessare la *vis* che è costituita proprio dalla *prohibitio* posta in essere dal soggetto qualificato *inventus*:

D. 11.7.9 (Gai. 19 *ad ed.*) *Liberum est ei qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre aut statim interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre et postea in factum agere: per quam consequetur actor, quanti eius interfuerit prohibitum non esse, in quam computationem cadit loci empti pretium aut conducti merces, item sui loci pretium, quem quis, nisi coactus est, religiosum facturus non esset. unde miror, quare constare videatur neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem: nam ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur: certe perpetuo ea inter ipsos competit.*

La speciale natura dell’*interdictum de mortuo inferendo*, fondato, dicevamo, sul principio “*ne insepulta cadavera iacerent*”, implica, tuttavia, che esso debba essere richiesto immediatamente, essendo funzionale alla rimozione dell’ostacolo della *prohibitio* ed, in tal modo, a permettere di dare comunque luogo alla sepoltura. Se il *prohibitus*

⁵⁷ D. 11.7.8.5 (Ulp. 25 *ad ed.*) *Ei, qui prohibitus est inferre in eum locum, quo ei ius inferendi esset, in factum actio competit et interdictum, etiamsi non ipse prohibitus sit, sed procurator eius, quia intellectu aliquo ipse prohibitus videtur.*

decide, invece, di desistere e seppellire altrove, può esercitare in seguito un'azione in *factum* contro il *prohibens*. Si tratta di un'*actio poenalis in simplum, perpetua* ed intransmissibile sia attivamente che passivamente.

Un'*actio in factum* è concessa anche al soggetto che avrebbe potuto compiere validamente *prohibitio* ma non lo ha fatto. La clausola edittale, riportata in D. 11.7.2.2, prevede la legittimazione attiva del solo *dominus* del *locus purus*:

D. 11.7.2.2 (Ulp. 25 ad ed.) *Praetor ait: 'Sive homo mortuus ossave hominis mortui in locum purum alterius aut in id sepulchrum, in quo ius non fuerit, illata esse dicentur'. qui hoc fecit, in factum actione tenetur et poena pecuniaria subicietur.*

Ma l'interpretazione giurisprudenziale la estende sulla base di un principio ricordato dallo stesso Ulpiano in:

D. 11.7.8.4 (Ulp. 25 ad ed.) *Nec solum domino haec actio competit, verum ei quoque, qui eiusdem loci habet usum fructum vel aliquam servitutem, quia ius prohibendi etiam hi habent.*

Ususfructus et aliqua servitus comportano l'attribuzione del *ius prohibendi* che legittima il titolare sia all'esercizio della *prohibitio* extraprocessuale sia, ove questa non sia stata esercitata, all'esperimento di un'*actio in factum*⁵⁸ che, come quella concessa al *prohibitus* che desiste, è *poenalis, in simplum* e *perpetua* ma, diversamente da essa, è *arbitraria* e trasmissibile sia attivamente che passivamente:

D. 11.7.7pr. (Gai. 19 ad ed. prov.) *Is qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id quod intulit aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem, quae tam heredi quam in heredem competit et perpetua est.*

⁵⁸ D. 11.7.2.1 (Ulp. 25 ad ed.) *Qui mortuum in locum alienum intulit vel inferre curavit, tenebitur in factum actione. 'in locum alterius' accipere debemus sive in agro sive in aedificio. sed hic sermo domino dat actionem, non bonae fidei possessori: nam cum dicat 'in locum alterius', apparet de domino eum sentire, id est eo cuius locus est. sed et fructuarius inferendo tenebitur domino proprietatis. an et socius teneatur, si ignorante socio intulerit, tractari potest: est tamen verius familiae erciscundae vel communi dividundo conveniri eum posse.*

Dunque, sia chi *potest prohibere* sia chi *vult mortuum inferre* ha un'alternativa l'uno all'esercizio della *prohibitio*, l'altro all'*interdictum de mortuo inferendo*. Il soggetto che avrebbe potuto legittimamente opporsi al tentativo di *mortuum inferre* e non ha esercitato *prohibitio* può esperire contro l'autore dell'atto di sepoltura un'*actio in factum* che, in quanto arbitraria, può fargli conseguire lo stesso risultato di una *prohibitio* fondata: “*tollere id quod intulit*” ed evitare, in tal modo, che il suo luogo “*religiosum facturum esset*”. Il soggetto che nel tentativo di *mortuum inferre* ha subito *prohibitio* e non ha richiesto l'*interdictum de mortuo inferendo* ma ha seppellito altrove, ha la possibilità di esperire contro il *prohibens* un'*actio in factum* con la quale poter conseguire “*quanti eius interfuerit prohibitum non esse*”.⁵⁹

3.2. In caso di tentativo del titolare del *ius mortuum inferendi* di *aedificare sepulchrum*⁶⁰ il *prohibitus* avrebbe potuto richiedere l'*interdictum de sepulchro aedificando* finalizzato, come dicevamo, a rimuovere la *prohibitio* – *vis*:

“*Quo illi ius est invito te mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto*”.

L'analogia con la fattispecie dell'*altius tollere* è forse più evidente che nel precedente caso che riguarda il *mortuum inferre*: come, infatti, lì vi è un tentativo di *aedificare* costituito dall'*altius tollere*, qui vi è un tentativo di *aedificare* costituito dall'*aedificare sepulchrum*. Ma v'è di più, come risulta da:

D. 11.8.3pr. (Pomp. 9 ad Sab.) *Si propius aedes tuas quis aedificet sepulchrum, opus novum tu nuntiare poteris, sed facto opere nullam habebis actionem nisi quod vi aut clam*.⁶¹

⁵⁹ Si è dubitato del carattere penale dell'azione e della genuinità della chiusa di D. 11.7.2.2 “*qui hoc fecit, in factum actione tenetur et poena pecuniaria subicietur*”. Si veda: DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*. II, Pavia 1916, pp. 105 ss., con letteratura ivi citata.

⁶⁰ La legittimazione attiva è dunque identica a quella che consente l'esperimento dell'*interdictum de mortuo inferendo*. Non sembra sia invece esteso all'*interdictum de sepulchro aedificando* il regime relativo alle *actiones in factum*, alternative in quel caso, come dicevamo, l'una all'*interdictum*, l'altra alla *prohibitio*.

⁶¹ Nel libro nono *ad Sab.* Pomponio tratta della *emptio venditio*. Si veda:

D.19.1.6.3 (Pomp. 9 ad Sab.) *Si locum sepulchri emeris et propius eum locum, antequam mortuus*

L'*interdictum de sepulchro aedificando* trova applicazione anche in caso di edifici vicini, nella specie *aedes* e *sepulchrum*. In questo caso il tentativo di *aedificare sepulchrum* costituisce, come nella fattispecie dell'*altius tollere*, un'ipotesi di "facere in suo", di "aedificare in suo", contro il quale il proprietario delle *aedes vicinae* poteva fare *prohibitio* nelle forme della *operis novi nuntiatio* (d'ora in poi: *o.n.n.*)⁶².

Me è appunto all'*o.n.n.*, che si poteva ricorrere per il caso di tentativo di *altius tollere*. Su questo punto ci soffermeremo in seguito⁶³. Intanto possiamo limitarci a citare:

D. 8.2.15 (Ulp. 29 *ad Sab.*) *Inter servitutes ne luminibus officiatur et ne prospectui offendatur aliud et aliud observatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum, in luminibus autem, non officiere ne lumina cuiusquam obscuriosa fiant. quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur, opusque ei novum nuntiari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat.*⁶⁴

Non è infondata l'ipotesi che nel caso di *prohibitio* – *nuntiatio*, esercitata contro il tentativo di edificare un *sepulchrum*, il *vicinus prohibitus* avrebbe potuto reagire, piuttosto che nelle forme previste per la *nuntiatio*, con l'*interdictum de sepulchro aedificando*.

3.3. Torniamo, in conclusione, al tema della *s.a.n.t.*

A volere utilizzare quella chiave di lettura offerta, in riferimento a tutt'altra fattispecie, da Ulpiano in D. 8.2.5, il termine *invitus* presente nella formula dell'*interdictum de morto inferendo* e *de sepulchro aedificando* non può che indicare un atteggiamento del soggetto, così qualificato, che *contra dicit*. Come era sembrato emergere da D. 8.5.4.7 per la clausola "invito N° N°" della formula affermativa in tema di *s.a.n.t.*, anche

ibi inferatur, aedificatum a venditore fuerit, poteris ad eum reverti.

⁶² La *nuntiatio*, com'è noto, doveva essere compiuta prima che l'opera fosse stata portata a termine. Nella seconda parte del brano un'intrusione compilatoria è con molta probabilità costituita dalla frase "sed facto opere nullam habebis actionem nisi quod vi aut clam"

⁶³ Si vedano le pagine dedicate *infra* all'analisi di D. 39.1.5.10 e D. 39.1.15.

⁶⁴ J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche*, cit., p. 202; F. MUSUMECI, *L'interdictum quod vi aut clam nella tutela delle servitù e dell'usufrutto*, in *Studi Sanfilippo VII*, Milano 1987, p. 511.

qui, nella clausola “*invito te*”, *invitus* attiene più al piano del *factum* che del *ius*. L’*impetratus* è *invitus* proprio perché ha compiuto un atto idoneo a manifestare giuridicamente la sua opposizione al tentativo di *mortuum inferre* o di *sepulchrum aedificare* dell’impetrante. Questo atto è costituito dalla *prohibitio*.

L’analogia con la formula affermativa in tema di *s.a.n.t.* non si ferma, dunque, al solo dato formale della *conceptio* delle due formule.

L’uso degli stessi termini rivela un’analogia nei meccanismi di operatività. Come in D. 8.5.4.7 l’azione con *intentio* recante un “*ius esse A° A° invito N° N°*” presuppone un atto di *prohibitio*, anche in questo caso i due interdetti costituiscono la risposta ad un atto di *prohibitio* posto in essere per fermare il tentativo o di *mortuum inferre* o di *sepulchrum aedificare*. L’ordine magistratuale in cui si concreta l’interdetto è finalizzato, infatti, a far cessare la *vis* costituita proprio dalla *prohibitio* posta in essere dal soggetto qualificato *invitus*. Inoltre, come in D. 8.5.4.7 l’azione con *intentio* recante un “*ius esse A° A° invito N° N°*” rappresenta uno dei possibili modi con i quali il *prohibitus* può reagire,⁶⁵ così l’*interdictum de mortuo inferendo*, nella cui formula è espresso un “*ius est illi invito te*”, costituisce uno dei possibili modi di reazione alla *prohibitio*: il *prohibitus* poteva “*statim*” chiedere l’emanazione dell’interdetto o desistere dal tentativo, *alio inferre* ed esperire “*postea*” un’*actio in factum*.

Se questi sono gli aspetti delle due fattispecie che possono essere confrontati, è possibile, in più, trarre spunto dall’analisi del regime dei due interdetti per proseguire l’indagine oltre i dati offerti da D. 8.5.4.7. Come nel caso di tentativo di *aedificare sepulchrum in suo* è ipotizzabile che il *nuntiatus prohibitus* avesse la possibilità di attivare il meccanismo conseguente alla *nuntiatio* piuttosto che esperire l’*interdictum de sepulchro aedificando*, così, anche nel caso di tentativo di *altius aedificare*, il *nuntiatus prohibitus* doveva avere come alternativa all’azione con formula affermativa la possibilità di utilizzare gli strumenti che conseguivano, su un piano diverso da quello, petitorio, dell’azione, proprio dalla *nuntiatio – prohibitio*.

4. Questi meccanismi che sembrano così delinearsi per l’ipotesi di tentativo di “*altius aedificare in suo*”, *prohibitio* extraprocessuale realizzata nelle forme della *nun-*

⁶⁵ Che l’azione con *intentio* affermativa costituisca uno dei possibili modi con cui il *prohibitus* poteva reagire sembra trapelare, come dicevamo *supra* p. 15, da quel “*v o l o*” di D. 8.5.4.7 (*v o l o experiri altius me tollere prohibentem*).

tatio e intervento magistratuale invocato dal *prohibitus*, devono aver realizzato le prime forme di tutela escogitate per quel rapporto che costituì l'antecedente storico della figura solo in prosieguo di tempo giuridicamente qualificata come *servitus altius non tollendi*.

Non è improbabile che esso, come molti dei rapporti in seguito qualificati come *iura praediorum urbanorum*, abbia avuto origine, intorno al secondo secolo a.C., a seguito del superamento del regime del *paries communis* e delle *aedes communes*, in ragione della necessità di regolamentare tra il *paries* o le *aedes* ormai *divisae* alcuni assetti, presenti o futuri, il cui mantenimento potesse essere giuridicamente considerato più che oggetto di un impegno dei proprietari delle stesse *aedes* che li avessero stabiliti, una *qualitas* che ad esse inerisse.⁶⁶

In particolare, il nostro nuovo rapporto dovette nascere allo scopo di assicurare ai proprietari solitari di due edifici il mantenimento dello stato delle luci, quale si presentava al momento del compimento dell'atto negoziale. In tal modo veniva superato sia il regime del *paries communis*, *paries* che poteva essere sopraelevato da ciascuno dei comproprietari, sia quello delle *aedes communes*. La facoltà di sopraelevare le *aedes communes* era soggetta al regime che disciplinava tra i soci il compimento di atti di gestione non conformi alla normale destinazione economica della *res communis* e che avessero comportato perciò, su di essa, innovazioni tali da incidere sulla *pars quota* del diritto spettante a ciascuno dei comproprietari. In questo caso l'atto sarebbe stato soggetto al *ius prohibendi* dei *socii* dissenzienti.

4.1. Il regime del *paries communis* emerge più dettagliatamente da:

D. 8.2.25.1 (Pomp. 33 *ad Sab.*) *Si ex tribus aedibus in loco impari positis aedes mediae superioribus serviant aedibus, inferiores autem nulli serviant, et paries communis, qui sit inter aedes inferiores et medias, altius a domino inferiorum aedium sublatus sit, iure eum altius habiturum Sabinus ait.*

Se tra tre *aedes in loco impari positae* le *aedes mediae* devono la *servitus altius non tollendi* alle *aedes superiores* e le *aedes inferiores* non devono la stessa servitù a

nessuna delle due, ed il *paries communis* che si trova tra le *aedes inferiores* e le *aedes mediae* è stato sopraelevato dal proprietario delle *aedes inferiores*, sostiene Sabino che *iure* il *paries communis* sarà stato innalzato. La servitù che grava sulle *aedes mediae* non importa un mutamento del regime del *paries communis*, che rimane pertanto inalterato.⁶⁷

Per quel che riguarda il regime delle *aedes communes*, esso emerge da una serie di fonti nelle quali è testimoniato l'operare nel campo della *communio* della *prohibitio* extraprocessuale.

D. 8.2.27.1 (Pomp. 33 *ad Sab*) *Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi ius habet, quamvis tu aedificandi ius habeas a vicino concessum, quia i n v i t o s o c i o i n [iure] <re>⁶⁸ communi non habeas ius aedificandi*".⁶⁹

Se il condomino vuole edificare sull'area comune, l'altro socio ha il *ius prohibendi* e ciò anche se il primo sia stato beneficiario di una *in iure cessio* compiuta dal *vicinus*, titolare della servitù di non edificare dovuta dall'area in comproprietà,⁷⁰ con l'intento di estinguere il rapporto.⁷¹ Questa *in iure cessio*, anche se formalmente costitu-

⁶⁶ Si vedano, in proposito, gli studi citati *supra* alla nt. 10 sul valore dell'espressione *ius praedii*.

⁶⁷ Il regime del *paries communis* prevedeva la possibilità per i proprietari delle *aedes* di sopraelevare, ma imponeva loro, a causa dei possibili danni che tale facoltà avrebbe potuto comportare, la prestazione di una *cautio damni infecti*:

D.39.2.39pr. (Pomp. 21 *ad Sab*.) *Inter quos paries communis est, aedificiorum nomine, quae quisque propria habet, stipulari damni infecti solent: sed tunc ea cautio necessaria est, cum aut alter solus aedificat et vitium ex opere futurum est, aut alter pretiosiora aedificia habet et plus damni sensurus sit decidente pariete: alioquin si aequale periculum est, quantum quis vicino praetatur, tantum ab eo consequitur.*

Si vedano, in proposito, *praecipue*, B. BRUGI, *L'ambitus ed il paries communis*, in *RISG* 4 (1887), pp. 161 ss.; A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, pp. 199 ss.; J. M. RAINER, *Der paries communis im klassischen römischen Recht*, in *ZSS, CV* (1988), pp. 488 ss.

⁶⁸ MOMMSEN, *Ed. Maior, ad h. l.*

⁶⁹ Sul testo si vedano: S. PEROZZI, *Un paragone*, cit., p. 367; B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., pp. 310 s.; S. RICCOBONO, *Dalla communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in Legal History*, London 1913, p. 36; G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht*, in *Festschrift A. Steinwenter*, Graz-Köln 1958, p. 119; A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., pp. 81 s.; C. RUSSO RUGGERI, *Brevi note*, cit., p. 58; HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, pp. 79 s.

⁷⁰ D. 43.26.3 (Gai. 24 *ad ed. prov.*) *veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in a r e a m a e d i u m mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas.*

⁷¹ Lo stesso verbo "concedere" è usato da Pomponio per indicare l'attività del titolare della *s.a.n.t.*

tiva di un *ius aedificandi* in favore del cessionario, non avrebbe precluso al *socius* la possibilità, per fermare il tentativo di edificazione, di far ricorso alla *prohibitio* fondata sul rapporto di *communio* esistente sull'area tra i due soggetti (*socius prohibendi ius habet*).

Questa testimonianza va letta alla luce del precedente D. 8.2.27pr. dal quale è possibile intuire il contesto nel quale entrambi i frammenti erano inseriti.

D. 8.2.27pr. (Pomp. 33 ad Sab.) *Sed si inter me et te communes sunt Titianae aedes et ex his aliquid non iure in alias aedes meas proprias immissum sit, nempe tecum mihi agere licet aut rem perdere. Idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas quid similiter esset proiectum: mihi enim soli tecum est actio.*⁷²

Nel libro 33 *ad Sabinum* Pomponio trattava del tema delle servitù. Nel tratto dal quale entrambi i brani sono stati escerpiti egli si occupava, con molta probabilità su spunti offerti dall'analisi di Sabino, della questione della possibilità di concedere ai *socii* le azioni negatorie di servitù.

Nel tratto che costituisce il *principium* di D. 8.2.27 era esaminato il caso di possibili contrasti relativi all'esistenza di servitù urbane costituite tra due edifici dei quali uno, non importa se dominante o servente, fosse in comunione a più soggetti e l'altro

che compie, nel ruolo di cedente, una *in iure cessio* estintiva della servitù in:

D. 8.2.21 (Pomp. 33 ad Sab) *Si domus tua aedificiis meis utramque servitutum deberet, ne altius tolleretur et ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi concessero ius esse invito me altius tollere aedificia tua, quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit, ut, si altius sublatis aedificiis tuis stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi aedificare non liceat: si non impediuntur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere.*

D. 8.3.20pr. (Pomp. 33 ad Sab) *Si mihi eodem tempore concesseris et ire agere per tuum locum et uti frui eo ius esse, deinde ego tibi concessero ius mihi uti frui non esse: non aliter eo loco uteris frueris, quam ut ire agere mihi recte liceat. item si et ducere per tuum fundum aquam iure potuero et in eo tibi aedificare invito me ius non fuerit: si tibi concessero ius esse aedificare, nihilo minus hanc servitutum mihi praestare debebis, ne aliter aedifices, quam ut ductus aquae meus maneat, totiusque eius rei condicio talis esse debet, qualis esset, si una dumtaxat initio concessio facta esset.*

In D. 7.1.16 lo stesso verbo è usato per indicare l'attività di chi, sempre nel ruolo di cedente, compie una *in iure cessio* costitutiva di una *s.a.n.t.*:

D. 7.1.16 (Paul. 3 ad Sab.) (...) *nisi per quam deterior fructuarii condicio non fiat, veluti si talem servitutum vicino concesserit ius sibi non esse altius tollere.*

Su queste testimonianze e sul valore della *in iure cessio* in funzione di *remissio* di una servitù negativa: A. TRÈVES, *Sulla estinzione delle servitù per rinuncia*, in *LABEO*, II (1956), Napoli, pp. 221 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Brevi note*, cit., pp. 53 ss.

⁷²G. SEGRÉ, *La denominazione di "actio confessoria"*, cit., p. 525 in nota; S. RICCOBONO, *Dalla communio*, cit., pp. 61 s.; B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., pp. 309 s.

appartenesse, in proprietà solitaria, ad uno soltanto dei *socii*. In queste ipotesi - *tignum* di un edificio in comproprietà *immissum* in un altro edificio di cui fosse proprietario solitario uno dei *socii* o sporto di un edificio in proprietà solitaria di uno dei *socii* dell'edificio sul quale lo stesso sporto illegittimamente sporgesse - era ammessa la possibilità di esperire, tra i due *socii*, l'azione negatoria della servitù, *tigni immittendi* nell'un caso, *proiciendi* nell'altro. Nel primo caso ad agire sarebbe stato il *socius* proprietario solitario dell'edificio in cui era *immissum* il *tignum*, contro l'altro socio, comproprietario dell'edificio dal quale il *tignum* protendeva. L'*intentio* della formula avrebbe avuto il seguente tenore: “*Si paret N° N° ius non esse tignum immissum habere invito A° A°*”. Nell'altro caso ad agire sarebbe stato il *socius* comproprietario dell'edificio su cui sporgeva illegittimamente lo sporto, contro l'altro *socius* proprietario solitario dell'edificio in cui era costruito lo sporto. Anche l'*intentio* di questa formula sarebbe stata concepita in negativo: “*Si paret N° N° ius non esse proiectum habere invito A° A°*”. Non ostava, nelle fattispecie descritte, il rapporto di comunione intercorrente tra i soggetti dell'azione relativamente all'edificio preteso dominante nel primo caso, preteso servente nell'altro. L'azione negativa sarebbe stata concessa, infatti, tra i *socii* perché uno dei due sarebbe comparso come parte processuale, non importa se di attore o convenuto, in qualità di proprietario solitario di uno dei due edifici.⁷³

Nel successivo paragrafo 1 di D. 8.2.27 Pomponio trattava, come si è visto, di un caso di servitù di non edificare che gravava su un'*area communis* a favore di un edificio appartenente ad un *vicinus* che non è nel testo esplicitamente indicato come uno dei *socii*. La qualità di estraneo alla *communio* del *vicinus* non elimina, tuttavia, l'analogia di questa fattispecie con quelle trattate nel *principium*, analogia costituita dall'identità della questione di diritto che anche qui Pomponio aveva dovuto affrontare ma che forse, a causa di una operazione di sintesi del testo dovuta alla mano dei compilatori, non è stata tramandata: l'impossibilità di concedere ai *socii* in quanto tali un'azione negativa. Egli doveva aver escluso che il *socius* potesse agire con un'azione concepita con formula con *intentio* negativa, come quelle alle quali aveva fatto riferimento nel *principium*: “*Si paret N°N° ius non esse aedificandi invito A° A°*”. Lo strumento a disposizione del so-

⁷³ Si spiega in questo modo il *nempe*. Il *solus* si può spiegare immaginando che l'edificio in comproprietà appartenesse a più di due soggetti e che tra questi l'azione negativa spettasse al solo *socius* che fosse proprietario solitario dell'altro edificio e non agli altri, poiché tra i *socii* non è ammessa la esperibilità dell'azione negativa. E' probabilmente una glossa l'inciso “*aut rem perdere*”. Cfr. *Index Interpolatio-*

cius dissenziente sarebbe stato l'esercizio della *prohibitio*: “*quia invito socio in [iure] <re> communi non habeas ius aedificandi*”.

In un'altra fonte, che riferisce, questa volta esplicitamente, l'opinione di Sabino, è testimoniato lo stesso principio:

D. 10.3.28 (Pap. 7 quaest.) *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividendo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem, quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.*⁷⁴

Sabino sostiene che in ordine al bene comune nessuno dei comproprietari può “*iure*”, legittimamente,⁷⁵ “*facere quicquam*”, compiere un atto o eseguire un *opus* sul bene comune “*invito altero*”, se, precisa il giurista classico, ha subito *prohibitio* da parte dell'altro socio (*Unde manifestum est prohibendi ius esse*).

La posizione dei soci doveva essere di perfetta uguaglianza: ciascuno avrebbe potuto legittimamente compiere un *opus* sul bene comune, presumendo il consenso implicito degli altri. Il rapporto paritario dei soci sarebbe, tuttavia, venuto meno a seguito della *prohibitio* posta in essere da uno di loro “*in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat*”. Il *socius prohibens* avrebbe rotto questo stato di parità, facendo

num, ad h.l.

⁷⁴ Su questa testimonianza: A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., p. 233; G. PACCHIONI, *Il ius prohibendi nella communio in due recenti pubblicazioni*, in *Riv. It. Dir. Com.*, X n.12.1 (1912), pp. 1031 s.; P. BONFANTE, *Il ius prohibendi nel condominio*, in *RIL*, XLVI 1913, ed ora in *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni comunione e possesso*, Torino 1926, pp. 402 ss.; S. RICCOBONO, *Dalla communio*, cit., pp. 35 e 60; B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., p. 313; S. PEROZZI, *Un paragone*, cit., pp. 366 s.; C. FADDA, *Consortium, collegia*, cit., pp. 144 ss.; G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., p. 119; A. BIGNARDI, *De suo iure*, cit., pp. 38 ss.; HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, p. 79 ss.; G. PUGLIESE, *Brevi riflessioni*, cit., p. 392.

⁷⁵ Nel settimo libro delle sue *quaestiones* Papiniano si occupa sia del tema delle servitù che del *iudicium communi dividendo*. L'attribuzione all'uno piuttosto che all'altro dei contesti è stata sostenuta in passato come rilevante ai fini dell'interpretazione complessiva del testo. Secondo G. SEGRÉ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano. II.*, in *RISG*, VIII (1889), p. 374 nt. 555 e P. BONFANTE, *Corso II.2*, cit., pp. 37 s. e *Il ius prohibendi*, cit., pp. 398 s. il giurista repubblicano avrebbe sostenuto l'impossibilità per il socio di *facere quicquam invito altero “iure servitutis”*. Così, da ultimo: R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001, pp. 55 s.

venir meno la presunzione del consenso e prevalendo rispetto al soggetto *prohibitus*. La *prohibitio* avrebbe bloccato il tentativo dell'altro, rendendo illecito l'atto eventualmente compiuto contro il divieto.⁷⁶

Dell'operatività della *prohibitio* nel rapporto tra comproprietari in ordine al tema della *aedificatio* sul bene comune è trattato in un'altra fonte, questa volta non riconducibile al pensiero di Sabino.

D. 8.5.11 (Marc. 6 dig.) *An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, [non] <an (num)?> possi<n>t⁷⁷ cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. Et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti [iure] <re> communi⁷⁸ velit.⁷⁹*

Della trattazione originaria è sostanzialmente rimasta integra soltanto la indicazione della questione che il giurista classico si accingeva a trattare. La seconda parte

⁷⁶ È antica in dottrina la disputa sulla natura e sulla funzione da attribuire alla *prohibitio* in tema di *communio*. I numerosi studi in materia, compiuti specialmente all'inizio del secolo scorso, sembrano non aver contribuito affatto a superare un contrasto che permane a tutt'oggi vivo tra gli studiosi, divisi tra due opposte tesi, di chi ritiene che il singolo socio potesse agire legittimamente presumendo il consenso degli altri: P. BONFANTE, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio*, in *BIDR*, XXV (1912), pp. 196 ss. ed ora in *Scritti giuridici vari* III. *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino 1926, pp. 460 ss.; ID., *Il ius prohibendi*, cit., pp. 382 ss.; G. PACCHIONI, *Il ius prohibendi nella comunione*, cit., pp. 1030 ss.; C. FADDA, *Consortium, collegia*, cit., pp. 141 ss. e, da ultima, A. BIGNARDI, *De suo iure*, cit., pp. 36 ss.; e di chi, di contro, ritiene che questo tipo di atti poteva legittimamente essere posto in essere dal singolo socio solo con il consenso esplicito ed unanime degli altri: S. PEROZZI, *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, in *Il Filangeri*, 15 (1890); ID., *Un paragone*, cit.; ID., *Condominio e collegialità negli scritti di due miei censori*, in *Riv. Dir. Com* XI (1913), tutti, ora, in *Scritti giuridici I, Proprietà e possesso*, Milano 1948, pp. 437 ss.; S. RICCOBONO, *Dalla comunione*, cit.; p. 33 ss.; SEGRÉ, *Sulla natura della comproprietà*, cit., pp. 372 ss.; ID., *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali. Corso di diritto romano*, Torino (1931), pp. 103 ss.

⁷⁷ Il tratto è corretto da MOMMSEN, *Ed. Maior, ad h. l.*

⁷⁸ Anche questo tratto è corretto da MOMMSEN, *Ed. Maior, ad h. l.*

⁷⁹ Sul testo si vedano: S. PEROZZI, *Un paragone*, cit., p. 378; H. SCHOTT, *Das ius prohibendi und die formula prohibitoria*, in *Festschrift Windscheid*, Leipzig 1888, p. 199; B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., pp. 312 s.; S. RICCOBONO, *Dalla comunione*, cit., pp. 39 ss.; G. SEGRÉ, *La denominazione*, cit., p. 528 in nota; P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*. Vol. II. *La Proprietà*. Parte II, Milano 1968, pp. 37 ss.; ID., *Il ius prohibendi*, cit., p. 394; A. BIGNARDI, *De suo iure*, cit., p. 45; HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, pp. 79 s.

della testimonianza è frutto, con molta probabilità, di più tagli operati nella stesura classica del testo e di intrusioni compilatorie che rendono il discorso poco comprensibile e soprattutto non concordante con il tema prospettato.

“Si chiede se uno dei *socii* di un luogo in comproprietà possa, “*in vitis ceteris*”, edificare *iure*, vale a dire, se subisce *prohibitio* dai *socii*, se possa contro di loro esperire un’azione la cui *intentio* contenga un “*ius sibi esse aedificare*” e se i *socii* possano dal loro canto esercitare un’azione la cui *intentio* contenga un “*ius illi non esse aedificandi*”.⁸⁰

Ad una prima, sintetica, indicazione del tema, “*an unus ex sociis in communi loco in vitis ceteris iure aedificare possit*”, Marcello fa seguire (“*id est...*”) la spiegazione del risvolto processuale che può assumere la questione: se sia possibile, vale a dire, per il *socius* che subisca la *prohibitio* dagli altri comproprietari, *si prohibeatur a sociis*, esperire contro di loro l’azione con *intentio* contenente un “*ius sibi esse aedificare*” o se i *socii* possano, dal loro canto, esercitare contro di lui la *prohibitio* nelle forme di un’azione la cui *intentio* contenga, al contrario, un “*ius illi non esse aedificandi*”.⁸¹

Manca la risposta al quesito processuale, che si deve presumere essere stata negativa in considerazione delle testimonianze di Pomponio e Papiniano (D. 8.2.27.1 e D. 10.3.28) che riguardavano, invece, il solo piano sostanziale della fattispecie. In caso di contrasto tra i *socii* relativamente al tentativo di uno di loro di *aedificare* sul bene comune, non sarebbe stato possibile esperire tra loro le azioni, astrattamente ipotizzabili, relative alla esistenza o all’inesistenza di un *ius aedificandi*. Il *socius* dissenziente non avrebbe potuto rivestire la propria *prohibitio* della forma di un’azione con la quale negare all’altro *socius* la facoltà di edificare: egli avrebbe potuto esercitare la *prohibitio* nelle forme di un atto extraprocessuale. A questa *prohibitio* la reazione del *prohibitus* non avrebbe potuto consistere nell’esperimento di un’azione con la quale far valere, in forma di *ius* oggetto della pretesa processuale, la facoltà di edificare.

4.2. Il *socius* dissenziente avrebbe certamente potuto rivestire la propria *prohibitio*

⁸⁰ Così P. BONFANTE, *Corso* II.2, cit., pp. 37 s.; ID., *Il ius prohibendi*, cit., pp. 398 s.; SEGRÉ, *Sulla natura della comproprietà*, cit., p. 374, nt. 555.

⁸¹ Insiticio è l’inciso “*ius sibi prohibendi esse*”. Sul problema dell’esistenza in diritto classico di un’*actio prohibitoria* si veda, per tutti, PEZZANA, v. *Azione confessoria*, cit., pp. 840 s.

delle forme del *iudicium communi dividundo*, il cui esperimento avrebbe comportato, tuttavia, lo scioglimento della *communio*⁸². Difficile è invece stabilire quali forme avrebbe potuto assumere la reazione del *socius prohibitus*.⁸³ Un cenno è possibile scorgere nell'espressione *prohibitio per praetorem* contenuta in:

D. 39.1.3.1-2 (Ulp. 52 *ad ed.*) *Si in loco communi quid fiat, nuntiatio locum habebit adversus vicinum. Plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi dividundo iudicio vel per praetorem. 2. Quod si socius meus in communi insula opus novum faciat et ego propriam habeam, cui nocetur, an opus novum nuntiare ei possim? Et putat Labeo non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est vel per praetorem vel per arbitrum communi dividundo: quae sententia vera est.*⁸⁴

Essa è a tutt'oggi un'enigma per gli studiosi⁸⁵. Esiste, invero, una testimonianza dalla quale sembrerebbe emergere che questa *prohibitio* avrebbe dato luogo all'esperimento dell'*uti possidetis*:

D. 10.3.12 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo iudicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur.*

È significativo che sia D. 39.1.3 che D.10.3.12 siano frammenti di trattazioni dell'opera ad *edictum* di Ulpiano riguardanti lo stesso tema: il primo brano, infatti, appartiene alla trattazione della *operis novi nuntiatio*, il secondo a quello delle c.d. *remissiones*. Evidentemente, in entrambi i casi, Ulpiano doveva aver fatto seguire all'enunciazione dell'impossibilità di applicare la *operis novi nuntiatio* tra condomini

⁸² In età giustiniana anche *manente comunione*.

⁸³ Anche al *socius prohibitus*, ovviamente, sarebbe stato possibile esperire il *iudicium communi dividendo*.

⁸⁴ Sul testo si vedano: G. SEGRÉ, *La comproprietà e la comunione*, cit., p. 113 nt. 1; A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., p. 234; V. ARANGIO RUIZ, *Appunti sui giudizi divisorii*, in *RISG*, 52 (1913), ora in *Scritti di diritto romano I*, Napoli 1974, pp. 507 s.; S. RICCOBONO, *Dalla comunione*, cit., pp. 60 s.; P. BONFANTE, *Corso II.2*, cit., pp. 39 s.; ID., *Il ius prohibendi*, cit., pp. 415 ss.

l'indicazione dello strumento alternativo, a disposizione dei *socii*: una *prohibitio per praetorem* che sembra dovesse consistere proprio nella possibilità di utilizzare l'*interdictum uti possidetis*.⁸⁶ Non è questo il contesto nel quale è possibile affrontare il difficilissimo tema del regime di un interdetto che, nonostante i numerosissimi studi che gli sono stati dedicati, rimane a tutt'oggi ancora bisognoso di ulteriori ricerche che ne svelino il concreto atteggiarsi nei diversi campi in cui esso fu ritenuto applicabile. Quel che qui, per il momento, interessa è il dato, che a noi pare molto verosimile, che alla *prohibitio* del *socius* seguisse l'intervento del pretore che, *manente communione*, doveva aver avuto il ruolo d'incanalare il contrasto tra i *socii* nelle forme di una lite possessoria tramite la concessione di un interdetto. Se si fosse trattato dell'*uti possidetis* i due *socii*, compossessori del bene, *prohibens* e *prohibitus*, avrebbero fatto ricorso all'intervento del pretore al fine di ottenere una pronuncia che stabilisse quale dei due soci possedesse, rispetto all'altro, *vi*. La *possessio vi*, naturalmente, sarebbe stata o quella del *prohibens*, la cui *prohibitio* fosse stata ritenuta infondata o quella del *prohibitus*, il cui tentativo di edificare fosse stato giudicato illecito.

4.3. La costituzione di quel rapporto che avrebbe dato luogo alla *s.a.n.t.* avrebbe imposto alle *aedes* ormai *divisae* una “*qualitas*”, una condizione che ad essi doveva inere.⁸⁷ Attraverso l'uso di clausole negoziali del tipo “*lumina quae nunc sunt, ut ita sint*”

⁸⁵ La stessa espressione si trova in D. 39.1.5.10. Si veda *infra*, p. 51.

⁸⁶ Sulla questione dell'applicabilità degli interdetti possessori tra compossessori: G. SEGRÉ, *La proprietà e la comunione*, cit., pp. 111 s.; ID., *Sulla natura del compossesso in diritto romano. Contributo alla teoria della divisibilità delle cose e dei diritti*, Roma 1889, pp. 22 ss., con letteratura precedente. Considera genuino, in D. 10.3.12, il tratto relativo all'*uti possidetis*: P. BONFANTE, *Corso II.2*, cit., p. 49; ID., *Il ius prohibendi*, cit., p. 410 il quale, tuttavia, sembra relegare l'applicabilità dell'interdetto *uti possidetis* tra condomini soltanto ai casi di controversia relativa al tentativo di *refectio* o di *fultura* del bene comune. Nel caso dell'*aedificatio* sarebbe stato utilizzabile l'*interdictum quod vi*. All'applicazione dell'*uti possidetis* pensava anche G. CORNIL, *Traité de la possession dans le droit romain*, Paris 1905, p. 359; *Contra*: WITTE, *Das Interdictum uti possidetis*, Leipzig 1863, pp. 107 ss.; S. RICCOBONO, *Dalla comunione*, cit., p. 61. Incerto, da ultimo, F. SITZIA, *Societas e paries communis*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*. VIII, Napoli 2001, pp. 12 ss.

⁸⁷ Questa prassi negoziale era volta a stabilire determinati assetti ad edifici tra loro vicini, imprimendo in tal modo allo stato dei luoghi una “*qualitas*” che concorrevva a qualificare entrambi gli edifici. Si legga:

D. 50.16.86 (Celsus 5 dig.) *Quid aliud sunt 'iura praediorum' quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo?*

Su questo testo si vedano: M. VILLEY, *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*, in *RIDA*, III (1949), p. 432; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, XXX (1967), p. 200 e nt. 13; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 58.

che venivano inserite negli atti di alienazione formale⁸⁸ o, ancora, in sede di attribuzione

⁸⁸ D. 8.2.23pr. (Pomp. 33 ad Sab.) *Si servitus imposita fuerit 'lumina quae nunc sunt, ut ita sint'* (...).

Si trattava di uno dei possibili contenuti di clausole negoziali delle quali abbiamo testimonianza nei seguenti altri brani:

Cic., *De orat.*, 1.39.179: *Quo quidem in genere familiaris noster M. Buculeius, homo neque meo iudicio stultus et suo valde sapiens et ab iuris studio non abhorrens, simili [in re] quodam modo nuper erravit: nam cum aedis L. Fufio venderet, in mancipio lumina, uti tum essent, ita recepit;* (...)

D. 8.2.17.3 (Ulp. 29 ad Sab.) *Haec lex traditionis 'stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint'* (...).

D. 18.1.33 (Pomp. 33 ad Sab.) *Cum in lege venditionis ita sit scriptum: 'fulmina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint',* (...)

Varr., *de l. lat.*, 5.27: *Fluvius, quod fluit, item flumen: a quo lege praediorum urbanorum scribitur: stillicidia fluminaque uti nunc, ut ita cadant fluentque.*

D. 8.2.33 (Paul. 5 epitomarum Alfeni digestorum) *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',* (...).

Recentemente, S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998, pp. 163 ss., ha ritenuto che queste clausole avessero "funzione semplicemente ricognitiva di una servitù preesistente". La tesi si inquadra nell'ambito di uno studio volto a dimostrare la distinzione tra due differenti clausole connesse alla *mancipatio*: le *nuncupationes* e le *leges dictae* o *scriptae*. Le prime, secondo l'A., erano clausole che, stabilite dai pontefici con contenuto e forma immutabile, "acquistavano un rilievo normativo peculiare che si rifletteva nella unicità del *gestum per aes et libram*". Più recenti e frutto dell'attività della giurisprudenza laica, le *leges mancipii* erano di contro caratterizzate da una forma non solenne e da effetti "tendenzialmente limitati alle parti che le avevano utilizzate" (p. 156).

Se non possiamo impegnarci a discutere la tesi sul diverso valore che, secondo l'A., assumeva la *lex mancipii* rispetto alla *nuncupatio*, vorremmo tuttavia avanzare dubbi sul valore meramente dichiarativo che l'A. attribuisce alle *leges mancipii* in tema di servitù prediali. Se abbiamo ben compreso, l'A. ritiene che il tenore che esse assumevano, "*uti nunc sunt ita sint*", rivela che esse erano impiegate per "ribadire esattamente lo *status quo ante*". A noi pare che proprio questa espressione è invece indicativa di un valore costitutivo che si produceva grazie alla pronuncia della stessa *lex privata* che serviva ad imprimere una condizione giuridica alla situazione dei luoghi quale si presenta all'atto negoziale.

Né vale, ci pare, addurre come prova, come fa l'A., Cic., *De off.*, III.16.67, che conviene qui riportare:

Cic., *De off.*, III.16.67: *M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, "quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari", aequitatem Antonius, "quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret". Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.*

Mario Gratidiano aveva venduto a Sergio Orata una casa che aveva acquistato poco tempo prima dallo stesso Orata. Sulla casa gravava una servitù di cui tuttavia Gratidiano non fa menzione nella *mancipatio*. Orata, difeso da Crasso, conviene in giudizio Gratidiano, difeso da Antonio. Crasso imposta la sua difesa puntando sul principio di diritto per cui "*quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari*", Antonio su ragioni di equità date dal fatto che Orata sapeva bene della condizione giuridica della casa poiché era stato lui stesso ad averla venduta allo stesso Gratidiano qualche tempo prima. L'errore di Antonio è dato dall'aver ignorato la necessità di inserire la clausola.

Se è possibile dedurre da questa testimonianza che fu ritenuto necessario inserire nella *mancipatio* attuativa di un'*empio venditio* clausole con le quali si testimoniassero "*formam ac statum*" delle *aedes* vendute (cfr. D. 8.2.11pr.), poco fondato ci appare il tentativo di desumerne, ulteriormente, che non esistessero clausole che costituissero e non soltanto dichiarassero un *ius in re aliena*. Il contesto in cui si inserisce

testamentaria di parti *divisae* di *aedes* appartenenti al *de cuius*, grazie all'uso del legato,⁸⁹ si assicurava ai proprietari solitari dei due edifici il mantenimento dello stato delle luci, quale si presentava al momento del compimento dell'atto negoziale.

Rispetto a tale assetto dei luoghi i proprietari delle *aedes* divenivano titolari di "interessi" che dovevano trovare una forma di tutela che fosse idonea ad assicurarne il mantenimento. Questa prima forma di tutela fu ideata intorno a quello stesso strumento che aveva presieduto alla regolamentazione della facoltà di edificare la *res communis*: l'esercizio, appunto, della *prohibitio* extraprocessuale funzionale ad innescare un procedimento giudiziale.

Fu così operata una trasposizione in un nuovo campo della *prohibitio* extraprocessuale, uno strumento di tutela che affondava le proprie radici in rituali simbolici di autodifesa privata di età risalente e che aveva la funzione, come abbiamo visto nell'ambito del rapporto di *communio*, di bloccare il tentativo di violazione altrui rendendo possibi-

la *mancipatio* dotata di clausola solo dichiarativa della servitù è quello limitato al tema della garanzia per vizii o pesi esistenti sulle *aedes* oggetto di un'*emptio venditio* e non consente di desumerne l'inesistenza di clausole con un diverso valore, quello costitutivo della servitù.

Allo stesso modo, poco convincente ci appare l'interpretazione proposta dall'Autore di D.8.4.6pr., che riportiamo:

D.8.4.6pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*) *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: 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 servitutem neque imponere potest.*

L'A. intravede nelle due diverse espressioni, *potest legem traditioni dicere* e *servum facere tradendo*, il riferimento a due diverse modalità di costituzione dei *iura praediorum urbanorum* e *rusticorum*. In particolare, l'espressione *potest legem traditioni dicere* rivelerebbe l'effetto obbligatorio della *lex mancipii* in tema di servitù urbane e la necessità per le parti di compiere, in un momento successivo alla *mancipatio* ed in un luogo diverso, la *in iure cessio*. Il mancato riferimento alla *lex privata* nella diversa espressione *servum facere tradendo* indicherebbe, invece, la possibilità di compiere, contestualmente alla *mancipatio* funzionale al trasferimento della proprietà, un'altra *mancipatio* costitutiva della servitù rustica.

Rispetto ad espressioni di valore obbiettivo quali le frasi finali espresse con il verbo al presente (*potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant*) e l'uso del gerundio nell'espressione *servum facere tradendo* che indica proprio nel compimento del negozio l'effetto del *fundum servum facere*, l'interpretazione proposta dall'A. sembra far dire ad Ulpiano troppo.

⁸⁹ D. 8.2.31 (Paul. 48 *ad ed.*) *Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus servitutemque praestaret, deposuit aedificium, concedendo erit legatario utilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificiorum conabitur.*

Non è improbabile che questo stesso rapporto potesse trovare la sua fonte anche in pronunzie costitutive (*adiudicationes*) del giudice del giudizio divisorio:

D. 10.2.22.3 (Ulp. 19 *ad ed.*) *Sed etiam cum adiudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis quos adiudicat: sed si pure alii adiudicaverit fundum, alium adiudicando amplius servitutem imponere non poterit.*

le, in tal modo, l'uso di strumenti di difesa caratterizzati sempre dall'intervento dell'autorità che incanalava la controversia nelle vie di una contesa giudiziale.⁹⁰

In un contrasto che si sviluppava secondo una schema "tentativo di violazione - conseguente atto di *prohibitio*", si inseriva l'intervento pretorio con lo scopo di regolare l'esercizio dell'autodifesa privata, trasferendone le sorti in campo processuale.

In caso di tentativo di sopraelevare, l'esercizio della *prohibitio* determinava l'intervento magistratuale che, in origine, operava su un piano possessorio, in applicazione del principio per cui il tentativo di modificazione dello stato di due edifici quale era stato imposto avrebbe costituito per chi lo avesse subito un atto di turbativa possessoria. Chi godeva della situazione di fatto, esercitando *prohibitio*, fermava colui che tentava di modificare lo stato dei luoghi.

L'individuazione dello strumento possessorio di tutela fu, tuttavia, complicato dalle particolari caratteristiche che la nuova fattispecie presentava. Si rese necessario, infatti, escogitare un nuovo strumento, diverso dallo stesso *uti possidetis* - probabilmente, dicevamo, applicato tra i condomini compossessori -, strumento che fu idoneo ad indirizzare la controversia, anche in questo nuovo campo, verso forme di intervento pretorio che assicurarono alle parti una tutela adeguata.

La *prohibitio* extraprocessuale assunse le forme della *nuntiatio* e l'intervento magistratuale invocato dal *nuntiatus - prohibitus* fu modellato allo scopo di adattare alle caratteristiche del nuovo rapporto il medesimo regime che l'*uti possidetis* doveva aver avuto in sede di *communio*.

I limiti che abbiamo voluto fissare a queste brevi riflessioni ci inducono a riservare all'indagine dalla quale esse traggono origine l'analisi delle modalità con le quali, in origine, operò, su un piano possessorio, quest'intervento magistratuale. Di questi studi speriamo presto di dar conto.

5. E' certo, tuttavia, come tenteremo di dimostrare, che questa stessa *prohibitio* assunse un ruolo fondamentale anche sul piano della tutela petitoria, storicamente successiva a quella possessoria, tanto da influenzarne fortemente i meccanismi di operativi-

⁹⁰ Su questi temi, si vedano, *praecipue*: E. SCHOTT, *Das ius prohibendum*, cit., pp. 143 ss.; P. BONFANTE, *Il ius prohibendi nel condominio*, cit., pp. 382 ss.; L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *AUPA*, XV (1936), pp. 113 ss.; G. BRANCA, *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare*, in *SDHI*, 7 (1941), pp. 313 ss.; G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe*,

tà.

In caso di contestazione sull'esistenza del diritto di servitù, la *prohibitio* divenne lo strumento attraverso il quale poter determinare, nell'ambito del sistema della tutela petitoria operante attraverso la concessione delle due azioni, c.d. confessoria e c.d. negatoria, la distribuzione dei ruoli processuali tra le parti.

In caso di conflitto tra i proprietari dei due edifici, uno dei quali sostenesse di essere titolare della servitù e l'altro negasse di doverla, la *prohibitio* costituì lo strumento a disposizione del soggetto, tra i due, al cui interesse corrispondeva, di fatto, lo stato dei luoghi per poter costringere l'altro, che questo stato tentava di modificare, ad esperire l'una piuttosto che l'altra azione a disposizione.

Si legga:

D. 8.5.6.1 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitozem. Et si forte non habeam aedificatum in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam: idem et si lapilli iactu impederit. Sed [et]⁹¹ si patiente eo aedificavero ego possessor ero effectus.*

Noi crediamo si tratti di una testimonianza sostanzialmente genuina nella quale le intrusioni compilatorie, pur esistenti ma isolabili dal contesto originario, non hanno intaccato la linearità del testo classico.⁹² La frase iniziale "*Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitozem*" ha certamente subito delle alterazioni.⁹³

cit., pp. 100 ss., con letteratura precedente.

⁹¹ MOMMSEN, *Ed. Maior, ad h. l.*

⁹² Su questa testimonianza: F. C. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*⁷, Wien 1865, p. 494; A. PERRET, *Le ius altius tollendi*, cit., pp. 121 s.; A. AUDIBERT, *Sur un fragment d'Ulpian (6 § 1 D. VII. 5)*, in *St. Fadda V*, Napoli 1906, pp. 343 ss.; S. RICCOBONO, *Dalla communitio*, cit., pp. 66 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Sulle azioni confessorie*, cit., p. 14 nt. 1; A. GUARNERI CITATI, *Esegesi minime in tema di servitù*, in *SDHI*, II (1936), pp. 354 s.; M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., pp. 157 ss.; G. BRANCA, *La prohibitio*, cit., p. 353; B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., pp. 80 s.; B. FABI, *La protezione interdittale*, cit., p. 147; E. ALBERTARIO, *Le ripercussioni processuali del domma della possessio iuris*, in *Studi di diritto romano*. Vol. II. *Cose - Diritti reali - Possesso*, Milano 1941, p. 454; S. SOLAZZI, *La tutela*, cit., pp. 120 ss.; P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*. Vol. III. *Diritti reali*, Milano 1972, p. 467; A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., pp. 92 ss.; F. MUSUMECCI, *L'interdictum quod vi aut clam*, cit., pp. 514 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli 1998, p. 308; J. K. LEE, *Die servitus altius tollendi*, cit., pp. 76 ss.;

⁹³ La attribuiscono interamente alla mano compilatoria: E. ALBERTARIO, *Le ripercussioni processuali*, cit., p. 454; G. BRANCA, *La prohibitio*, cit., p. 353 e P. BONFANTE, *Corso III*, cit., p. 467.

Sostanzialmente genuina è, tuttavia, a nostro avviso, l'espressione *in his servitutibus* con la quale, come abbiamo più volte anticipato,⁹⁴ Ulpiano faceva riferimento alle due formule in tema di *s.a.n.t.* che aveva appena finito di commentare, quella con *intentio* affermativa e quella con *intentio* negativa.⁹⁵

Cercheremo, adesso, di mostrare le ragioni, delle quali siamo in debito con il lettore,⁹⁶ che ci convincono della genuinità dell'espressione e del valore che essa assunse nel pensiero di Ulpiano.

Abbiamo visto che nei *Digesta* D. 8.5.6.1 chiude, dopo i brani dedicati alla formula con *intentio* affermativa ed a quella con *intentio* negativa, il tratto dedicato alla *s.a.n.t.*⁹⁷ Questo rende molto probabile che il frammento sia stato escerpito dalla parte conclusiva della trattazione ulpiana, nella quale il giurista, concluso il commento a ciascuna delle due formule, si occupava di una questione che coinvolgeva entrambe: l'individuazione dei principi in base ai quali dovesse avvenire la distribuzione dei ruoli processuali in caso di conflitto tra i proprietari dei due edifici, uno dei quali sostenesse di essere titolare della servitù e l'altro negasse di doverla. Si trattava di determinare quale tra i due soggetti dovesse rivestire la parte di attore ed esperire l'una piuttosto che l'altra azione a disposizione: l'azione c.d. confessoria o l'azione c.d. negatoria della servitù in contestazione.

Questa interpretazione è fondata sul dettato di un altro frammento dello stesso libro del commentario ulpiano nel quale il giurista si occupava della medesima questione, ma in ordine ad un'altra servitù, la *servitus tigni immittendi*. Si tratta di D. 8.5.8.3, fonte priva di intrusioni compilatorie che risulta, per l'analogia con il tema trattato, di fondamentale importanza per ricostruire le linee originarie del pensiero attestato in D. 8.5.6.1:

D. 8.5.8.3 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum,*

⁹⁴ A questo frammento accennavamo alle note 31 e 44.

⁹⁵ La considerano genuina: S. RICCOBONO, *Dalla communio*, cit., p. 66; A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., pp. 92 ss. e J. K. LEE, *Die servitus altius tollendi*, cit., p. 77, i quali pensano che Ulpiano abbia indicato con essa la *s.a.n.t.* e la *s.a.t.* E' attribuita alla mano dei compilatori da B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., p. 67 e S. SOLAZZI, *La tutela*, cit., p. 120.

⁹⁶ *Supra*, nt. 31 e 44.

*qui servitutem sibi debere ait, si vero non sunt immissa eum qui negat.*⁹⁸

La *servitus tigni immittendi* comporta, normalmente, l'esercizio di un'attività positiva, l'*immissio*, perché lo stato dei luoghi sia reso conforme all'interesse del titolare del diritto. Finché il *tignum* non è *immissum* è considerato *possessor*, soggetto al cui interesse corrisponde lo stato dei luoghi, *eum qui negat*. Se, invece, *tigna immissa sint*, o perché sia stata già realizzata l'*immissio* o perché al momento della costituzione della servitù la trave era già immessa nell'edificio servente, è considerato *possessor* colui che *servitutem sibi debere ait*.⁹⁹ Di conseguenza, nel primo caso, *petitoris partes sustineat* colui che pretende di essere titolare della servitù. Egli sarà, vale a dire, costretto ad esperire la *vindicatio servitutis*. Nel secondo caso, *petitoris partes sustineat* chi nega l'esistenza della servitù. Sarà lui, questa volta, a dover agire, sperando la *negatoria servitutis*.

Si vede bene che in questa testimonianza vi è il riferimento implicito a due azioni differenti, quella c.d. confessoria e quella c.d. negatoria e che i termini *possessor* e *petitor* erano qui utilizzati per indicare due soggetti differenti: il soggetto che rivestiva il ruolo di convenuto (*possessor*) e quello che rivestiva il ruolo di attore (*petitor*).¹⁰⁰

⁹⁷ *Supra*, p. 11.

⁹⁸ H. H. PFLÜGER, *Die sogenannten Besitzklagen des römischen Rechts*, Leipzig 1890, pp. 214 ss.; G. CORNIL, *Traité de la possession*, cit., p. 360; A. AUDIBERT, *Sur un fragment*, cit., p. 348 s.; V. ARANGIO RUIZ, *Sulle azioni confessorie*, p. 12; M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., p. 166; G. BRANCA, *La prohibitio*, cit., p. 344; S. SOLAZZI, *La tutela*, cit., p. 124; E. ALBERTARIO, *Le ripercussioni processuali*, cit., p. 455; E. LEVY, *Beweislast im Klassischenrecht*, in *IURA*, 3 (1952) ed in *Gesammelte Schriften I*, Cologne Graz 1963, p. 413 nt. 33; M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana*², Napoli 1957, p. 198; A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., p. 94; J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche*, cit., pp. 197 ss.

⁹⁹ In questo caso il *possessor* può reagire al tentativo di modificazione dello stato dei luoghi da parte di chi nega di dovere la servitù non con la *prohibitio*, non esercitabile *in alieno*, ma attraverso l'esperimento di azioni penali. Si legga, in tema di *protectum* :

D. 9.2.29.1 (Ulp. 18 *ad ed.*) *Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo iure habebam, reccidisses, posse me tecum damni iniuria agere Proculus scribit: debuisti enim mecum ius mihi non esse protectum habere agere: nec esse aequum damnum me pati recisis a te meis tignis. aliud est dicendum ex rescripto imperatoris Severi, qui ei, per cuius domum traiectus erat aquae ductus citra servitutem, rescripsit iure suo posse eum intercidere, et merito: interest enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit.*

¹⁰⁰ E' bene sottolineare che, secondo noi, la qualifica di *possessor* utilizzata in materia di servitù non aveva un'accezione meramente processuale corrispondente alla figura del convenuto. Essa aveva un'accezione anche sostanziale che serviva ad indicare il soggetto, come dicevamo nel testo, al cui interesse corrispondeva lo stato dei luoghi al momento del contrasto sull'esistenza della servitù. Questa condizione era indicata con l'attribuzione al soggetto della qualità di *possessor*. E' anzi probabile che l'accezione sostanziale, di soggetto che godeva di fatto dello stato dei luoghi, determinava quella processuale, di convenuto nell'azione intentata da chi pretendesse di essere titolare di un diritto in contrasto con questo stato di fatto. Si leggano, in proposito, le osservazioni di V. ARANGIO RUIZ, *Sulle azioni confesso-*

Se prendiamo a modello questo frammento non sarà difficile desumere, come già accennato, che in D. 8.5.6.1 con l'espressione "*in his servitutibus*" Ulpiano doveva aver inteso indicare le due *actiones de servitutibus* in tema di *s.a.n.t.*¹⁰¹ e che i compilatori si limitarono a operare solo sulla parola *possessor*, introducendo tra *possessore* e *petitor* le parole "*eum iuris*", allo scopo di modificare la qualifica di *possessor* in *possessor iuris* e di indicare in questo modo, con due qualifiche diverse ma compatibili tra loro (*possessor iuris* e *petitor*), lo stesso soggetto.¹⁰² Vedremo in seguito la ragione di questo intervento compilatorio in un testo che potrebbe essere così restituito:

*Sciendum tamen <est> in his servitutibus (<actionibus de> servitut[ibus]<e> ?)
<quem> possessorem esse [eum iuris] et <quem> petitorum.*¹⁰³

Continuiamo l'analisi del frammento.

Dopo aver manifestato con questa frase, analoga a quella con la quale si apre D. 8.5.8.3, l'intento di occuparsi del tema della distribuzione dei ruoli processuali in caso di contrasto sull'esistenza della servitù, Ulpiano esponeva il principio generale che lo regolava, in base al quale era considerato *possessor* colui al cui interesse corrispondeva lo stato dei luoghi: *si forte non habeam aedificatum in meo, adversarius meus possessor est*.

La *s.a.n.t.* è caratterizzata dal fatto che, al momento della sua costituzione, lo stato dei luoghi è immediatamente conforme all'interesse del titolare. Questi non ha, dunque, la necessità di compiere alcunché perché si realizzino le condizioni di fatto per l'esercizio del diritto: "*cum nihil sit innovatum*", egli è *possessor* e, in quanto tale, in caso di contrasto sull'esistenza della servitù, può rivestire il ruolo di convenuto. Ad agire sarà colui che nega, sperando l'azione negatoria. Soltanto il mutamento dello stato

rie, cit., pp. 12 s.

¹⁰¹ Così B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., p. 67: "Ulpiano diceva *in hac servitute*, oppure *in hac actione*, od *in his actionibus* alludendo alle due azioni *de servitute*, *vindicatio* ed *actio negativa*".

¹⁰² Considerano genuina la qualifica di *possessor iuris* e coincidente con quella di *petitor*: A. AUDIBERT, *Sur un fragment*, cit., p. 346 che elimina solo "*eum*"; S. RICCOBONO, *Dalla communio*, cit., p. 66, il quale espunge "*iuris et petitorum*"; A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., p. 94 che elimina *eum iuris*: "*Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse et petitorum*"; J. K. LEE, *Die servitus altius tollendi*, cit., p. 76, il quale inverte l'ordine di "*eum iuris et*" spostando *eum* al terzo posto: "*Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse iuris et eum petitorum*".

¹⁰³ *Infra*, p. 66.

dei luoghi, divenuto, con il tacito consenso del titolare della servitù, conforme all'interesse di chi ne contesta l'esistenza, può determinare un'inversione dei ruoli, rendendo *possessor* colui che nega l'esistenza della servitù e costringendo il preteso titolare ad agire con l'azione confessoria: “*Sed si patiente eo aedificavero ego possessor ero effectus*”.

Fermiamoci, per il momento, a queste prime conclusioni.

Il diverso possibile stato in cui si trovano gli edifici tra i quali è istituita la servitù costituisce, in caso di contrasto, una condizione per l'attribuzione dei ruoli processuali tra le parti, per la determinazione, vale a dire, di quale delle due azioni, confessoria o negatoria, sarà necessario esperire. Come per l'ipotesi di contrasto sull'esistenza di una *s.t.i.*, se la trave è immessa, sarà considerato *possessor* il preteso titolare della servitù ed, in caso contrario, colui che nega; allo stesso modo, per l'ipotesi di *s.a.n.t.*, “*cum nihil sit innovatum*”, sarà *possessor* il preteso titolare della servitù, in caso di avvenuta *aedificatio*, colui che nega.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Queste testimonianze che, unitamente ad altre (si veda, ad esempio, anche D. 39.1.15, su cui *infra*, p. 59), dimostrano l'attenzione dei giuristi alla distribuzione dei ruoli processuali in caso di contrasto sull'esistenza di una servitù, all'individuazione, vale a dire, dei principi in base ai quali stabilire quale delle due azioni, confessoria o negatoria della servitù in contestazione, era da esperire, inducono a riflettere sul problema se il diverso ruolo che i soggetti rivestivano in ciascuna di queste due azioni avesse determinato una diversa distribuzione dell'onere della prova. Quel che a noi sembra doversi ammettere è che in ciascuna di queste azioni la prova sulla esistenza o sulla inesistenza della servitù dovesse essere raggiunta attraverso il confluire dei contributi probatori di entrambe le parti processuali e che i giuristi romani non abbiano discusso della distribuzione dei ruoli processuali in vista della distribuzione dell'onere della prova. Per questo motivo non riescono ad essere convincenti le riflessioni ultimamente proposte da C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni*, cit., pp. 409 ss., il quale ritiene che, in caso di contrasto sull'esistenza di una *s.a.n.t.*, nell'azione con formula con *intentio* negativa (azione c.d. confessoria) ad essere oggetto di prova erano due diritti: il *ius altius non tollendi* la cui prova era a carico dell'attore ed il *ius altius tollendi* la cui prova era a carico del convenuto, prova quest'ultima che doveva consistere nella dimostrazione di una avvenuta *remissio* o di una verificatasi *usucapio libertatis*. La prova di una *remissio* o anche del *non usus* costituisce un contributo che il convenuto offre per la confutazione della pretesa dell'attore, contributo che può essere determinante anche in sede di *vindicatio* di una servitù positiva.

Su questo tema si veda V. ARANGIO RUIZ, *Sulle azioni confessorie*, cit., pp. 15 ss.

Sull'onere della prova, in generale, nel processo formulare si vedano: E. LEVY, *Beweislast im klassischen Recht*, cit., p. 155 ss.; M. KASER, *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess*, in *ZSS*, 71 (1954), pp. 221 ss.; ID., *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, in *RIDA*, 3 (1956), pp. 349 ss.; G. LONGO, *Onus probandi*, in *AG.*, 149 (1955); ID., *Nuovi contributi in tema di onus probandi*, in *IURA*, VIII (1957); ID., *L'onere della prova nel processo civile romano*, in *Studi Betti* 3, Milano 1962 e *IURA*, XI (1960), tutti ora in *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, pp. 73 ss.; G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus*, 11 (1960), pp. 389 ss.; ID., *Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano per formulas*, in *Scritti giuridici in onore di Piero Calamandrei* 3, Padova 1958, pp. 579 ss.; ID., *Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano per formulas*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco* 1, Milano 1957, pp. 533 ss.; A. WACKE, *L'onere della prova nella procedura civile romana (secondo l'interpretazione di G. Pugliese)*, in *Incontro con Giovanni Pugliese*, Milano 1992, pp. 1 ss.; ID., *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozess. Giovanni Pugliese versus Ernst Levy*, in *ZSS*, 109 (1992), pp. 411 ss.

Ora, questo criterio di determinazione dei ruoli processuali, dato dallo stato di fatto in cui si trovano gli edifici, sarebbe risultato del tutto privo di concreta efficacia se non vi fosse stato a disposizione del soggetto al quale veniva riconosciuto il ruolo di *possessor* un mezzo per costringere l'altro ad agire. Questo mezzo fu costituito dall'esercizio della *prohibitio*, strumento extraprocessuale di difesa che, in questo contesto, avrebbe avuto la funzione di fermare il tentativo di modificazione dello stato dei luoghi e di costringere il *prohibitus* ad agire.

A ben vedere, nello stesso D. 8.5.6.1 il riferimento alla *prohibitio* quale strumento a disposizione del *possessor* è, infatti, opportunamente presente: “*ille possidet et aedificantem me prohibere potest*”. Gli strumenti subito dopo citati, che realizzerebbero questa *prohibitio*, l'*actio civilis*, l'*interdictum quod vi*, lo *iactus lapilli*, sembrano, invece, già a prima vista, non concordare con le linee del discorso del giurista classico.¹⁰⁵

Si rende allora necessario analizzare due altri frammenti, D. 39.1.5.10 e D. 39.1.15, che testimoniano dell'operare della *prohibitio* in questo stesso contesto, allo scopo di trovare in essi degli elementi che possano essere utili a render più agevole l'interpretazione di questo tratto di D. 8.5.6.1 nel quale, strumenti così diversi tra loro, un'*actio*, un *interdictum*, un rituale simbolico di cui poco sappiamo, sembrano, come dicevamo, già a prima vista, nascondere la mano dei compilatori.

5.1. D. 39.1.5.10 appartiene alla trattazione ulpiana della *operis novi nuntiatio*.¹⁰⁶

D. 39.1.5.10 (Ulp. 52 *ad ed.*) *Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere vult, melius esse*¹⁰⁷ *eum per praetorem*

¹⁰⁵ Considerano l'intero tratto interpolato: V. ARANGIO RUIZ, *Sulle azioni confessorie*, cit., p. 14 nt. 1; S. RICCOBONO, *Dalla communio*, cit., pp. 66 ss.; A. GUARNERI CITATI, *Esegesi minime*, cit., p. 355 nt. 30. A. AUDIBERT, *Sur un fragment*, cit., *passim*, elimina solo il riferimento all'*interdictum quod vi* ed interpreta “*actio civilis*” come espressione che indica la *nuntiatio novi operis* alla quale, nel brano, è contrapposto lo *iactus lapilli*, due diversi modi di realizzazione della *prohibitio*, uno un atto solenne, l'altro un semplice fatto (p. 373). S. SOLAZZI, *La tutela*, cit., pp. 122 s. considera genuino il riferimento alla *prohibitio civili actione* e interpolato quello all'*interdictum quod vi*.

¹⁰⁶ Su questa fonte si vedano: H. H. PFLÜGER, *Die sogenannten Besitzklagen*, cit., p. 217; S. RICCOBONO, *Dalla communio*, cit., pp. 65 ss.; L. ARU, *Appunti sulla difesa privata*, cit., p. 160; G. BRANCA, *La prohibitio*, cit., p. 359; G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., p. 117; G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, pp. 241 ss.; J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche*, cit., *passim*; L. PELLECCHI, *Contributi palinognetici allo studio dell'operis novi nuntiatio*, in *SDHI*, LXVIII 2002, pp. 119 ss.

¹⁰⁷ D.39.1.5.8-9 (Ulp. 52 *ad ed.*) *Sed et si in aedes nostras quis immittit aut in loco nostro aedifi-*

vel per manum, id est lapilli ictum prohibere quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti.

La prospettiva dalla quale il giurista analizza le fattispecie descritte è quella della possibilità o meno di utilizzare la *nuntiatio*. Queste fattispecie possono riguardare ipotesi di contrasti sull'esistenza di servitù urbane scaturiti dal tentativo di modificazione dello stato dei luoghi operato da chi pretendesse di esserne titolare (*quotiens quis ... in nostrum inmittere vel proicere vult: servitus tigni immittendi, proicendi*), o da chi negasse che l'altro lo fosse (*si in suo quid faciat, quod nobis noceat: servitus altius non tollendi*).

Nel caso in cui il tentativo di modificazione fosse stato realizzato attraverso un "*facere in alieno*", "*in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere*", sarebbe stato più conveniente per il possessore dell'edificio che lo avesse subito esercitare la *prohibitio* non nelle forme della *nuntiatio* bensì "*per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum*".¹⁰⁸ E ciò per il fatto che, con la *nuntiatio*, si sarebbero invertiti i ruoli: il *nuntians* avrebbe reso *possessor* il *nuntiatum*: "*operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus*". Nel caso in cui, invece, il tentativo di modificazione dello stato dei luoghi fosse consistito non in un "*facere in alieno*" ma in un "*facere in suo*", "*in suo quid faciat, quod nobis noceat*", la *prohibitio* avrebbe dovuto necessariamente assumere le forme della *nuntiatio*. Infine, se in caso di "*facere in alieno*", nonostante la *prohibitio*, il *prohibitum* avesse proseguito nel suo tentativo, sarebbe stato concesso al *prohibens* l'*interdictum quod vi* o l'*uti possidetis*.

Per quel che riguarda le forme della *prohibitio* da esercitare contro l'ipotesi del "*facere in alieno*", nessun ostacolo v'è nel riconoscere, ancora in piena età classica, la

cet, aequum est nos operis novi nuntiatione ius nostrum nobis conservare.9. Et belle Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationis, aut naturalem aut publicam aut impositicam: naturalem, cum in nostras aedes quid immittitur aut aedificatur in nostro, publicam causam, quotiens leges aut senatus consulta constitutionesque principum per operis novi nuntiationem tuemur, impositicam, cum quis postea, quam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est postea, quam servitutum aedibus suis imposuit, contra servitutum fecit.

¹⁰⁸ Considera il tratto di mano compilatoria S. RICCOBONO, *Dalla communio*, cit., p. 65, il quale elimina come insiticia anche la frase finale del brano.

persistenza di un rituale simbolico, la *prohibitio per manum, id est lapilli ictum*.¹⁰⁹ Esso era, infatti, strumento funzionale all'intervento pretorio e non certo strumento effettivo di autotutela privata. Lo prova il fatto che Ulpiano più che delle forme delle quali si poteva rivestire la *prohibitio* a seconda se fosse esercitata contro un *facere in alieno* o *in suo*, discuteva delle diverse conseguenze che da esse potevano scaturire. Il tratto, di importanza centrale nel discorso ulpiano, "*ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus*", distingue, infatti, le conseguenze alle quali dà luogo la *nuntiatio* da quelle alle quali danno invece luogo i tipi di *prohibitiones* esercitabili contro le ipotesi di *facere in alieno*: la prima invertirebbe i precedenti ruoli, rendendo *possessor* il *nuntius* e costringendo in tal modo il *nuntians* all'azione; gli altri costringerebbero il *prohibitus* all'azione, facendo in tal modo mantenere al *prohibens* il ruolo di *possessor*.

Torneremo su questa affermazione. Per il momento, continuiamo ad analizzare le forme della *prohibitio* da esercitare contro l'ipotesi del "*facere in alieno*". Meno chiaro del riferimento alla *prohibitio per manum* appare il riferimento alla *prohibitio per praetorem*.

Si ricorderà che avevamo incontrato l'espressione "*prohibitio per praetorem*" utilizzata dallo stesso Ulpiano in tema di *communio*. Con essa, abbiamo sostenuto, non è improbabile che il giurista facesse riferimento alla concessione tra i *socii*, a seguito di un'avvenuta *prohibitio* extraprocessuale realizzata da uno di loro, dell'*interdictum uti possidetis*. Un'applicazione dello stesso interdetto in materia di tutela possessoria di al-

¹⁰⁹ Di una *prohibitio per manum* si trovano cenni nelle seguenti testimonianze:

D. 41.1.50 (Pomp. 6 ex Plautio) *Quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat: immo etiam manum prohibere n d u s est, si cum incommodo ceterorum id faciat: nam civilem eum actionem de faciendo nullam habere non dubito.*

D. 4.2.9pr. (Ulp. 11 ad ed.) *Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius: et ita Pomponius libro vicensimo octavo scribit. ait enim metum illatum accipiendum, id est si illatus est timor ab aliquo. denique tractat, si fundum meum dereliquero audito, quod quis cum armis veniret, an huic edicto locus sit? et refert Labeonem existimare edicto locum non esse et unde vi interdictum cessare, quoniam non videor vi deiectus, qui deici non expectavi sed profugi. aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim edicto locum facere. idem ait, et si forte adhibita manum in meo solo per vim aedifices, et interdictum quod vi aut clam et hoc edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere. sed et si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius hoc edicto locum esse*

D. 43.24.20.1 (Paul. 13 ad Sab.) *Prohibitus autem intellegitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis se prohibere vel manum opponentis lapillumve iactantis prohibendi gratia.*

Sul valore della *prohibitio per manum*: G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., pp. 116 ss.; G. BRANCA, *La prohibitio...*, cit., pp. 313 ss.; C. COSENTINI, *In tema di operis novi nuntiatio*, in *Miscellanea romanistica*, Catania 1956, pp. 120 ss.

Sull'inciso "*id est lapilli ictum*" si vedano G. BRANCA, *La prohibitio*, cit., p. 353 e gli autori citati

cuni *iura praediorum urbanorum* è ipotesi ritenuta in dottrina verosimile.¹¹⁰

In D. 39.1.5.10 perplessità suscita, tuttavia, la circostanza che, stando al discorso ulpiano, la *prohibitio per praetorem* dovrebbe poter garantire al *prohibens* il mantenimento del ruolo di *possessor* mentre è noto che l'*uti possidetis, interdictum prohibitivum duplex*, dà luogo ad un procedimento nel quale “*par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet*”.¹¹¹ Ancora, sempre in D. 39.1.5.10, se è vero che “*prohibitio per praetorem*” indica l’esercizio dell'*uti possidetis*, poco chiaro risulta essere il riferimento nello stesso brano, per ben due volte, allo stesso interdetto.¹¹² La prima come mezzo, alternativo al *manum opponere*, utile a contrastare immediatamente la turbativa possessoria; la seconda, nella chiusa del testo, come strumento, alternativo all'*interdictum quod vi*, per punire la *perseveratio* del *prohibitus*, nel caso in cui si sia invece scelto lo strumento della *prohibitio* extraprocessuale.

Ora, potrebbe costituire una soluzione per superare le difficoltà relative alla condizione di *possessor* del *prohibens*, la riconsiderazione di un’antica tesi sull'*uti possidetis* che recenti studi hanno avuto il merito di riproporre come plausibile.¹¹³ Si tratta dell’ipotesi dell’esistenza, accanto a quella *duplex* che conosciamo, di una formulazione *simplex* dell'*uti possidetis* nelle ipotesi di applicazione dell’interdetto contro le semplici

infra alla nt.129.

¹¹⁰ Su questa questione si vedano gli studi citati *supra* nt. 6.

¹¹¹ G. 4.160: *Duplicia sunt velut uti possidetis interdictum et utrubi. ideo autem duplicia vocantur, quod par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur, nam summa conceptio eorum interdictorum haec est: uti nunc possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto; item alterius: utrubi hic homo, de quo agitur, apud quem maiore parte huius anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.*

¹¹² Ad un’intrusione compilatoria pensava, per “*melius esse eum per praetorem vel*”, G. I. LUZZATTO, *Il problema d’origine*, cit., p. 241 e, per entrambi gli incisi, “*per praetorem vel*” e “*aut uti possidetis*”, G. BRANCA, *La prohibitio* ..., cit., p. 359.

¹¹³ Ci riferiamo alle riflessioni ultimamente proposte, se pur con grande cautela, da G. FALCONE, *Ricerche sull’origine dell’interdetto Uti possidetis*, in *AUPA*, XLIV (1996), pp. 121 ss., il quale ricorda gli studi di quegli autori tedeschi i quali, nell’ottocento, discussero della possibilità che l'*uti possidetis*, per le ipotesi di semplici turbative possessorie, fosse redatto nella forma di un *interdictum simplex*. Scettico, in proposito, A. BURDESE, *Rec. a G. FALCONE, Ricerche sull’origine dell’interdetto Uti possidetis*, in *SDHI*, LXIII 1997, p. 587, il quale si chiede “come la versione *simplex* dell’interdetto *uti possidetis* sarebbe potuta servire, meglio di quella *duplex*, a tutelare il possessore verso turbative che non si possano considerare inerire al possesso del fondo, quali sarebbero quelle di cui in D. 43.17.3.5-6”. E’ possibile, riteniamo, che una redazione *simplex* dell’interdetto sia emersa dalla possibilità di evitare l’attribuzione dell’onere probatorio relativo ad un possesso non contestato dall’avversario e di utilizzare, in tal modo, un *agere* meno complesso.

turbative possessorie.¹¹⁴ Uno studio specifico sul tema che analizzi questa testimonianza potrebbe riservare a chi volesse intraprenderlo ottimi indizi, insieme a quelli già offerti negli studi ai quali abbiamo appena fatto riferimento. Per quel che riguarda la nostra indagine, ci limiteremo a suggerire come possibile indizio dell'applicazione, nel contesto che stiamo considerando, dell'*uti possidetis* nella formulazione *simplex* la seguente osservazione. La concessione dell'*interdictum prohibitorium simplex* potrebbe superare l'ostacolo costituito, in caso di formulazione *duplex*, dall'impossibilità di distinguere tra i due soggetti chi debba rivestire il ruolo di *possessor*. Nella formulazione *simplex*, infatti, è possibile riconoscere alle parti i ruoli differenti di *actor* e *reus*. La perplessità di cui parliamo verrebbe, più precisamente, superata ove si riconoscesse che nell'*uti possidetis simplex* rivestisse il ruolo di *actor* colui che aveva posto in essere le turbative e di *possessor* colui che le aveva subite. Questa condizione si realizza solo ove si ammetta che l'*uti possidetis* sia preceduto da un atto di *prohibitio* posto in essere da chi ha subito la turbativa possessoria.

¹¹⁴ D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*) *dicit igitur Aristo eum, qui tabernam cas<i>[e]ariam 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. Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.*

D.43.17.3.2-6 (Ulp. 69 *ad ed.*) *Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. 3. Cum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, aequae competere interdictum uti possidetis placuit testarique dominum non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret. 4. Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit, quid iuris sit. et ait Pomponius posse te ei denunciare et vites praecidere, idque et Labeo scribit, aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco, quo radices continentur vitium: nam si tibi vim fecerit, quo minus eas vites vel praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quo minus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius. 5. Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. et est apud Cassium relatam utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem. 6. Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo: interdici tecum, si eum locum possideamus, qui proiecto tegetur. an, quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdicto tecum sic 'uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est'? 7. Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum qui in cenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. plane si cenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo videri non ab eo aedes possideri, qui krÚptaj possideret, sed ab eo, cuius aedes supra krÚptaj essent. verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: ceterum superficarii proprio interdicto et actionibus a praetore utetur. dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficarium potior erit interdicto uti possidetis: sed praetor superficarium tuebitur secundum legem locationis: et ita Pomponius quoque probat.*

D.43.17.3.9 (Ulp. 69 *ad ed.*) *Si vicinus meus in parte in pariete meo tectoria habeat et in parte*

Consideriamo l'ipotesi di tentativo di *immittere tignum*. L'interdetto concesso, ove lo si immagini *simplex*, avrebbe assunto la seguente formulazione:

“*Uti eas aedes in quas ille tignum immittere vult, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo possides,¹¹⁵ quo minus possideas vim fieri veto*”.

Ammessa la condizione di cui parlavamo, l'esercizio di una preventiva *prohibitio*, il fatto che nella formula dell'interdetto il soggetto che ha posto in essere le turbative sia destinatario dell'ordine magistratuale “*vim fieri veto*” non costituirebbe un ostacolo al riconoscimento del suo ruolo di *actor* - impetrante. Come nel caso della formulazione *duplex*, infatti, anche nella versione *simplex* è sul funzionamento dell'*exceptio vitiosae possessionis* che si fonda, in concreto, l'operatività dell'interdetto. Essa permette che venga considerata l'ipotesi che sia *vis* la *prohibitio* del *possessor* e non lo sia, invece, il tentativo di *immittere tignum* dell'avversario e, di conseguenza, che si possa verificare, in concreto, l'inefficacia dell'ordine magistratuale contro l'impetrante.

Ancora, è certo che non costituisce un altro ostacolo la famosa definizione di Gaio dell'*interdictum prohibitorium simplex*, secondo cui dovrebbe invece rivestire il ruolo di *actor* proprio il possessore delle *aedes* che subisce la turbativa.

Gai 4.159: *Simplicia sunt, velut quibus prohibet praetor in loco sacro aut in flumine publico ripave eius aliquid facere reum: nam actor est qui desiderat, ne quid fiat, reus is qui aliquid facere conatur.*

Questa definizione, tuttavia, non riguarda tutti gli *interdicta prohibitoria simplicia*, ma solo quelli presi a modello, in questo contesto, da Gaio. Ne è prova, ad esempio, l'*interdictum de mortuo inferendo*, che conosciamo per averlo analizzato nelle pagine precedenti:

“*Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quo minus illi eo*

sua, 'uti possidetis' mihi efficax est ut ea tollere compellatur.

¹¹⁵

La formulazione dell'*exceptio vitiosae possessionis* è testimoniata in:

D. 43.17.1.5 (Ulp. 69 *ad ed.*). *Perpetuo autem hoc interdico insunt haec: "quod nec vi nec clam nec precario illo possides.*

eave mortuum inferre et ibi sepellire liceat, vim fieri veto".

In esso non è *actor* "qui desiderat, ne quid fiat" né è *reus* "is qui aliquid facere conatur", ma, al contrario, è *actor* colui che *aliquid facere conatur*, colui che ha tentato di *mortuum inferre* ma ha subito *prohibitio*, ed è *reus qui desiderat, ne quid fiat*, colui che ha compiuto *prohibitio* e che è divenuto in tal modo, come si ricorderà, *invitus*.

Se si applicano questi stessi principi all'*uti possidetis simplex* che abbiamo immaginato applicato per l'ipotesi di tentativo di *immittere tignum*, si può ammettere non solo che sia *actor* colui che *aliquid facere conatur*, colui che ha tentato di *immittere tignum*, e sia *reus* il possessore delle *aedes*, ma, insieme a ciò, che l'*uti possidetis*, come dicevamo, doveva essere stato preceduto, come l'*interdictum de mortuo inferendo*, da un atto di *prohibitio* posto in essere da chi aveva subito la turbativa possessoria.

Se così è, come a noi pare plausibile, allora bisogna ammettere che, in D. 39.1.5.10, con le parole "prohibere per praetorem" Ulpiano avesse voluto indicare l'uso dello *prohibitio* quale strumento per costringere il *prohibitus* a chiedere l'interdetto in questione e che, in una parte immediatamente successiva della sua trattazione, tagliata dai compilatori, avesse voluto far riferimento ad una delle possibili modalità con le quali la *prohibitio* prodromica all'*uti possidetis* poteva essere attuata, *per manum, id est lapilli ictum*. Nell'operare il taglio i compilatori unirono al tratto *per praetorem* il riferimento alla *prohibitio per manum*, inserendo il *vel*.

Un sostegno a questa interpretazione è dato, a nostro avviso, dal riferimento, nella chiusa del testo, alla *perseveratio* del *prohibitus* che indica inconfutabilmente che vi è stato l'esercizio della *prohibitio* extraprocessuale. Così se, avvenuta la *prohibitio*, il *prohibitus* non cessa la turbativa né richiede l'intervento magistratuale ma insiste, il *prohibens* è legittimato ad esperire l'*interdictum quod vi, interdictum restitutorio* nel quale il *prohibens* avrebbe avuto partita vinta per il fatto stesso della *perseveratio*, indipendentemente dalla questione sostanziale della legittimità del tentativo di *immittere tignum*. Si legga, tra le tante testimonianze in materia:

D. 43.24.1.6 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Sed et si quis iactu minimi lapilli prohibitus facere perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri Pedius et Pomponius scribunt, eoque*

Su questo testo si veda, per tutti, G. FALCONE, *Ricerche*, cit., pp. 121 ss.

iure utimur.

Sospetto appare, invece, sempre nella chiusa di D. 39.1.5.10, il riferimento all’*uti possidetis* come strumento alternativo all’*interdictum quod vi*. Indipendentemente dalla questione della sua formulazione, esso costituirebbe una possibilità che, se pur teoricamente ammissibile, renderebbe talmente più difficile la posizione processuale del *prohibens* che non crediamo possa essere stata offerta dal giurista classico come alternativa consigliabile. Non è improbabile, dunque, che si tratti di una glossema.

In conclusione, è possibile desumere da D. 39.1.5.10 che, in caso di contrasto sull’esistenza di una servitù, al tentativo di modificazione dello stato dei luoghi consistente in un “*facere in alieno*” avrebbe fatto seguito un atto di *prohibitio* da parte del *possessor* in conseguenza del quale il *prohibitus* avrebbe dovuto o cessare la molestia possessoria o chiedere al pretore l’emanazione dell’*uti possidetis*. In caso di *perseveratio* del *prohibitus*, infine, il *prohibens* avrebbe potuto esperire l’*interdictum quod vi*.

5.1.1. Altra ipotesi prospettata in D. 39.1.5.10 è quella in cui il tentativo di modificazione dello stato dei luoghi fosse stato realizzato attraverso non un “*facere in alieno*” ma un “*facere in suo*”. In questo caso la *prohibitio* avrebbe dovuto necessariamente assumere le forme della *nuntiatio*:

at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria.

Con la *nuntiatio*, tuttavia, il *nuntians* – *prohibens* avrebbe perso la sua condizione di *possessor* rendendo tale il *nuntiatu*s – *prohibitus*:

“*operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus*”.

Questa stessa enunciazione si trova anche in un altro frammento, escerpito dallo stesso cinquantaduesimo libro del commentario *ad edictum* di Ulpiano:

D. 39.1.1.6 (Ulp. 52 *ad ed.*) *In operis autem novi nuntiatione possessorem adver-*

sarium facimus.

E' ormai unanime in dottrina l'interpretazione in entrambe queste testimonianze del termine *possessor* in senso strettamente processuale, come soggetto che acquisterebbe il ruolo di convenuto nel procedimento conseguente alla *nuntiatio*. La condivisione di questa interpretazione dovrebbe indurci ad ammettere che, almeno sul piano possessorio, la *prohibitio* esercitata *in alieno* determinava conseguenze diverse da quelle che si realizzavano a seguito della *prohibitio* esercitata *in suo*. Se, infatti, l'esercizio della *prohibitio in suo*, come abbiamo visto, costringeva sempre il *prohibitus* a reagire attraverso l'esperimento o di un'azione o di uno strumento possessorio, la *nuntiatio*, se non precludeva al *prohibitus*, come abbiamo visto per la *s.a.n.t.*, la possibilità di esperire l'azione petitoria a disposizione, causava, tuttavia, sul piano possessorio, un'inversione dei ruoli, per cui il *prohibitus* avrebbe acquistato nel procedimento conseguente alla stessa *nuntiatio* le vesti di convenuto.¹¹⁶

E' questa, tuttavia, una questione assai complessa, cui sarà necessario dedicare un'indagine autonoma che, come abbiamo più volte detto, riserviamo al filone di ricerca che stiamo ancora conducendo.

5.2. Ci tratteniamo, dunque, in queste pagine, dall'affrontare il tema degli effetti che la *prohibitio* esercitata dal preteso titolare della *s.a.n.t.* avrebbe determinato sul piano della tutela possessoria. Continuiamo, invece, a trattare della *prohibitio* operante sul piano della tutela petitoria.

Nella seconda testimonianza che ci eravamo più su proposti di analizzare, D. 39.1.15,¹¹⁷ Africano, citando Giuliano, discute del regime dell'*indefensio* nel caso in cui, *prius, quam aedificatum esse*, si instauri una controversia sull'esistenza di una *s.a.n.t.* e venga esperita l'una o l'altra delle due azioni a disposizione. Il tipo di tutela al quale si fa riferimento è dunque quello che opera sul piano petitorio ed il tema trattato, in particolare, è quello delle regimi delle conseguenze della mancata collaborazione, in ciascuna di queste azioni, da parte del convenuto all'instaurazione del rapporto processuale.

Per quanto possa sembrare lontano dai temi che ci occupano, questo passo risulta,

¹¹⁶ Si veda, per tutti, da ultimo, L. PELLECCHI, *Contributi palinogenetici*, cit., p.109.

¹¹⁷ P. 50.

invece, preziosissimo per ciò che dal regime descritto è possibile desumere sulle modalità attraverso le quali era in concreto tutelato questo rapporto di servitù, non solo sul piano petitorio, ma anche su quello possessorio.

D. 39.1.15 (Afr. 9 *quaest.*) *Si prius, quam aedificatum esse, ageretur ius vicino non esse altius tollere nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet non prius se aedificaturum, quam ultro egisset ius sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si, cum quis agere vellet ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nuntiaturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet: id enim esse petitores partes sustinere.*¹¹⁸

Pur trattando delle due azioni in materia di *s.a.n.t.*, quella con *intentio* negativa e quella con *intentio* affermativa, Africano-Giuliano non discutono, come fa Ulpiano in D. 8.5.6.1, dei principi in base ai quali si debba regolare la distribuzione dei ruoli processuali tra i due soggetti, si debba, vale a dire, individuare il soggetto che rivesta la parte di attore ed esperisca l'azione a sua disposizione: l'azione confessoria o negatoria della servitù in contestazione. A prima vista sembra, anzi, che, stabilito il presupposto enunciato all'inizio del frammento, *prius, quam aedificatum esse*, che corrisponde al "*cum nihil sit innovatum*" di D. 8.5.6.1, l'esercizio dell'una piuttosto che dell'altra azione non risponda ad alcuna regola.

Un'analisi più accurata del testo conferma che è il preteso titolare della servitù che, in quanto *possessor*, soggetto al cui interesse corrisponde lo stato dei luoghi, decide la via da intraprendere. Egli ha infatti a disposizione due possibilità: può scegliere immediatamente la strada della tutela petitoria ed esperire così la *vindicatio*, l'azione con formula con *intentio* negativa o può preferire la tutela "possessoria" esercitando, come abbiamo più volte verificato, un atto di *prohibitio*.

¹¹⁸ Su questo testo si vedano: S. RICCOBONO, *Dalla communio*, cit., p. 68; V. ARANGIO RUIZ, *Sulle azioni confessorie*, cit., pp. 19 ss.; M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., pp. 152 ss.; G. BRANCA, *La prohibitio*, cit., pp. 351 s.; S. SOLAZZI, *La tutela*, cit., pp. 44 e 123 s.; ID., *Noterelle critiche*, in *Studi Albertario 1*, Milano 1953; A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., pp. 103 ss.; F. MUSUMECI, *L'interdictum quod vi aut clam*, cit., pp. 512 ss.; J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche*, cit., pp. 196 ss.; A. BIGNARDI, *De suo iure*, cit., pp. 119 ss.

Della prima ipotesi v'è espressa testimonianza nel testo: *Si (...) ageretur ius vicino non esse altius tollere*. Dell'alternativa non v'è menzione esplicita. Essa si cela, tuttavia, come cercheremo di dimostrare, dietro quel “*v e l l e t*” che il giurista utilizza indicando l'ipotesi dell'esperimento, “*e contrario*”, dell'azione con formula con *intentio* affermativa da parte di chi abbia tentato di “*aedificare in suo*”.

Come si ricorderà, avevamo incontrato lo stesso verbo *v e l l e* in D. 8.5.4.7, utilizzato da Ulpiano in riferimento all'esperimento della stessa azione: “*adversus dominum Seianarum v o l o experiri altius me tollere prohibentem*”.¹¹⁹ Non può essere un caso che in entrambe le testimonianze si sia sentita la necessità, da parte di due giuristi differenti, di sottolineare che la proposizione di quest'azione dipenda dalla volontà del soggetto legittimato. Evidentemente l'uso del verbo *v e l l e* indica qualcosa di diverso dal fatto, per altro scontato, che l'esercizio di qualsiasi strumento di tutela è rimesso alla volontà di chi lo esperisce, rimanendo sempre aperta per lui l'alternativa di subire passivamente il torto ricevuto. Come in D. 8.5.4.7 anche in D. 39.1.15 la possibilità di esperire l'azione con *intentio* affermativa è indicata come una delle possibili alternative a disposizione di colui che ha tentato di “*aedificare in suo*” ed ha subito *prohibitio*. E' proprio la *prohibitio*, infatti, che pone il *prohibitus* di fronte alla possibilità di scegliere, questa volta lui, quale via intraprendere. Egli può mantenersi sul piano possessorio, scelto dall'altra parte per il fatto di aver esercitato la *prohibitio*, ed istaurare il tipo di controversia ad essa conseguente. Ma può, in alternativa, non seguire la via intrapresa dal *prohibens* e portare la controversia sul diverso piano della tutela petitoria, esperendo l'azione con formula con *intentio* affermativa. E' questo il caso preso in considerazione in D. 39.1.15 da Africano poiché in questo contesto è di azioni che, come dicevamo, lui si occupa. E', dunque, il solo piano petitorio che egli prende in considerazione.

Quindi, la testimonianza di Africano-Giuliano offre un quadro esauriente della tutela petitoria della *s.a.n.t.* Fino a quando lo stato dei luoghi si mantiene conforme ai suoi interessi, fino a quando, cioè, il tentativo di edificazione non è ancora stato portato a termine, il preteso titolare della servitù può o esperire immediatamente l'azione con formula con *intentio* negativa o, in quanto *possessor*, esercitare un atto di *prohibitio* e costringere l'altro ad agire, ad esperire, cioè, l'azione con formula con *intentio* affermativa.

Analizziamo adesso il regime dell'*indefensio* nelle due azioni. In esso si celano, a nostro giudizio, indizi importanti sul regime della tutela possessoria della nostra servitù.

Esperita l'azione con *intentio* negativa da parte del preteso titolare della servitù, se compie *indefensio* il convenuto dovrà promettere, "*officio iudicis*"¹²⁰, "*non prius se aedificaturum, quam ultro egisset ius sibi esse altius tollere*". Se, al contrario, esperita l'azione con *intentio* affermativa da chi nega di dovere la servitù, il convenuto non collabora all'instaurazione del rapporto processuale, dovrà "*officio iudicis*" promettere che "*nec opus novum se nuntiaturum nec aedificanti vim facturum*".

Ora, è noto che scopo degli strumenti apprestati per l'ipotesi di *indefensio* è quello di garantire all'attore la possibilità di esercitare liberamente le facoltà connesse al diritto vantato e, al contempo, di assicurare che si realizzino i presupposti per l'inversione dei ruoli processuali in un futuro giudizio relativo alla stessa controversia. E' utile analizzare a tale proposito un altro testo che testimonia del regime dell'*indefensio* nelle azioni confessorie e negatorie dei *iura praediorum rusticorum*:

D. 43.20.7 (Paul. 5 sent.) *Si de via itinere actu aquae ductu agatur, huiusmodi cautio praestanda est, quamdiu quis de iure suo doceat, non se impediturum agentem et aquam ducentem et iter facientem. quod si neget ius esse adversario agendi aquae ducentiae, cavere sine praeiudicio amittendae servitutis debebit, donec quaestio finietur, non se usurum.*

La testimonianza è chiara nonostante non venga fatto esplicito riferimento all'istituto dell'*indefensio* e, dal punto di vista formale, essa presenti imperfezioni grammaticali e di stile dovute all'intervento dei compilatori che hanno accorciato il testo, senza tuttavia alterare la sostanza del discorso originario.

Se viene esperita l'azione confessoria della servitù di *via, iter, actus* o *aquae duc-*

¹¹⁹ *Supra*, p. 15.

¹²⁰ La dottrina è da sempre divisa sulla genuinità del termine "*iudicis*" che farebbe pensare, in questo contesto, nel quale, ricordiamo, si tratta delle conseguenze dell'*indefensio* in un'*actio de servitute*, ad un procedimento conseguente all'emanazione di un interdetto. Si tratterebbe di un interdetto, simile al *quem fundum* ed al *quem ususfructus*, del quale, tuttavia, non esiste traccia nelle fonti. LENEL colloca D. 39.1.15, unico frammento, in un titolo "*Quem fundum*" (Pal. I, p. 33). Secondo M. BOHÁČEK, *Nuovi studi*, cit., pp. 152 s., si trattava del giudice dell'*agere ex interdico quem fundum utile*. Per la tesi contraria, che crede in un originario "*praetoris*", si vedano per tutti: S. SOLAZZI, *Interdictum quam servitutis?*, in *RIDA*, IV (1950), pp. 465 ss., con letteratura precedente e, da ultimi: J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche*

tus, il convenuto che compie *indefensio* dovrà promettere con apposita *cautio* che fino a quando *de iure suo doceat* non impedirà all'altro l'esercizio di fatto delle facoltà connesse a tali *iura*. Allo stesso modo, se viene esperita l'azione negatoria di queste servitù, il convenuto che compia *indefensio* dovrà promettere con *cautio*, *donec quaestio finietur*, che non eserciterà il diritto negatogli dall'attore.¹²¹

Il principio che ispira questo regime è quello di garantire che l'attore possa liberamente esercitare il diritto vantato, imponendo al convenuto l'obbligo di prestare *cautiones* con le quali assicurare di non frapporre alcun ostacolo all'esercizio del diritto vantato dall'altro. Più precisamente, il convenuto deve promettere di non porre in essere quegli atti lesivi che avevano indotto l'altro ad esperire l'azione. In caso di azione confessoria, azione con formula con *intentio* affermativa, l'atto lesivo che aveva indotto l'altro ad agire e che dunque si deve promettere di astenersi dal compiere è costituito dalla *prohibitio*, frapposta al tentativo dell'altro di esercitare il diritto (*cautio, quamdiu de iure suo doceat, non se impediturum*); in caso di azione negatoria, azione con formula con *intentio* negativa, dall'esercizio del diritto negatogli (*cautio, donec quaestio finietur, non se usurum*).

Torniamo a D. 39.1.15. Stesso principio che abbiamo visto trapelare dal regime descritto in D. 43.20.7 ispira le *cautiones* conseguenti all'*indefensio* nelle azioni in tema di *s.a.n.t.*: anche in questo caso il convenuto che compie *indefensio* deve promettere di non porre in essere quegli stessi atti lesivi che avevano indotto l'altro ad agire. Così, in caso di azione confessoria, azione con formula negativa, il convenuto dovrà promettere di non porre in essere il tentativo di edificazione: *cautio non prius se aedificaturum, quam ultro egisset ius sibi esse altius tollere*. In caso di azione negatoria, azione con formula con *intentio* affermativa, il convenuto dovrà promettere di non porre in essere l'atto di *prohibitio*: *cautio nec opus novum se nuntiaturum nec aedificanti vim facturum*.¹²²

, cit., p.196 e A. BURDESE, *Regime edilizio*, cit., p. 360.

¹²¹ Le frasi *quamdiu quis de iure suo doceat* e *donec quaestio finietur* hanno fatto pensare ad una lite pendente contro un terzo. Così S. SOLAZZI, *Interdictum quam servitutis?*, cit., pp. 469ss. e M. LAURIA, *Possessiones*, cit., pp. 198 s. E' probabile, tuttavia, come dicevamo nel testo, che le imperfezioni del testo, tra le quali proprio il *quis* che sembra non poter essere riferito al convenuto, siano frutto dell'intrusione dei compilatori che hanno accorciato il testo.

¹²² Il fatto che accanto alla *nuntiatio* fosse prevista la possibilità di esercitare una generica *prohibitio* sembra essere testimoniato anche in:

D. 8.2.15 (Ulp. 29 *ad Sab.*) *Inter servitutes ne luminibus officiatur et ne prospectui offendatur a-*

E' evidente, allora, che questi due atti che il convenuto promette di astenersi dal compiere, *o.n.n.* e *vis*, sono quegli stessi atti che egli aveva posto in essere per indurre l'altro ad agire, gli atti, vale a dire, con i quali il *possessor* aveva posto in essere la *prohibitio* per fermare chi aveva tentato di modificare lo stato dei luoghi.

5.2.1. Dunque, mentre D. 39.1.5.10 testimonia, in caso di contrasto sull'esistenza di una *s.a.n.t.*, che la *prohibitio* esercitata contro il tentativo di edificazione doveva assumere necessariamente le forme della *nuntiatio*, D. 39.1.15 indica, in alternativa, la possibilità di esercitare una generica *vis*.

Questo cenno ad una generica *prohibitio – vis* svela l'impiego di uno strumento alternativo alla *prohibitio – nuntiatio* che, se nessuna conseguenza avrebbe determinato sul piano della reazione del *prohibitus* nella forma dell'esperienza dell'azione petitoria a sua disposizione (l'azione con formula con *intentio* affermativa),¹²³ è probabile che, sul diverso piano della tutela possessoria, doveva dare luogo all'operare di un meccanismo diverso da quello della *remissio – satisfactio* che conseguiva alla *nuntiatio*: la possibilità di esperire l'*interdictum uti possidetis*.¹²⁴

Ancora una volta, tuttavia, dobbiamo fermare qui la nostra analisi, che riserviamo agli studi che stiamo conducendo e dai quali queste pagine hanno avuto origine.

E' necessario, invece, trarre dall'indagine condotta fin qui su D. 39.1.5.10 e D.

liud et aliud observatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiat ad gratiorem prospectum et liberum, in luminibus autem, non officiere ne lumina cuiusquam obscuriosa fiant. quod cum que igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeat, opusque ei novum nuntiari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat.

¹²³ Diversa è l'opinione di A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., p. 97, il quale pensa, nel quadro della sua teoria basata sull'esistenza della *s.a.t.* e sulla doppia funzione che assolvevano la coppia di formule presenti nell'editto, che il *prohibitus* esperisse l'azione con formula affermativa (negatoria della *s.a.n.t.*) soltanto nel caso di una generica *prohibitio*. In caso di *nuntiatio* ad agire doveva essere il *prohibens-nuntians* con l'azione con formula negativa (negatoria della *s.a.t.*). Una diversa lettura è proposta da G. BRANCA, *La prohibitio*, cit., p. 352, il quale, poiché riteneva che nessuna generica *prohibitio-vis* fosse esercitabile contro il *facere in suo*, interpretava questa testimonianza alla luce del principio della *traslatio possessionis*: colui che voleva edificare *in suo* esperiva l'azione di mero accertamento di cui, sostiene l'A., non aveva bisogno e, in tal modo, rinunciava al suo possesso in favore del *vicinus*. Quest'ultimo, essendo diventato possessore del fondo, avrebbe potuto opporsi alla costruzione, diritto che in caso di *indefensio* avrebbe, tuttavia, perso.

¹²⁴ Si leggano, ad esempio:

D. 41.2.52.1 (*Venul. 1 interd.*) *Eum, qui aedificare prohibeatur, possidere quoque prohiberi manifestum est.*

D. 43.17.3.2 (Ulp. 69 *ad ed.*) *Hoc interdictum (uti possidetis) sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.*

39.1.15 elementi utili per interpretare quel tratto di D. 8.5.6.1 che avevamo lasciato in sospenso,¹²⁵ nel quale non si fa cenno né alla *nuntiatio* né all'esercizio di una generica *vis*, bensì ad una serie di strumenti diversi che dovrebbero ugualmente realizzare la *prohibitio* in caso di contrasto sull'esistenza della nostra servitù: *actio civilis*, *interdictum quod vi, iactus lapilli*.¹²⁶

L'analisi di D. 39.1.15 ha dimostrato che l'esercizio immediato dell'azione costituisce sempre un'alternativa possibile che il titolare della servitù può preferire allo strumento possessorio della *prohibitio* extraprocessuale. Così non è da escludere che nella trattazione originaria lo stesso Ulpiano abbia fatto riferimento alla *vindicatio servitutis* ed abbia voluto indicarla con l'espressione *actio civilis* per contrapporla agli strumenti pretori operanti, invece, sul piano possessorio.¹²⁷

Meno certa è la genuinità del riferimento all'*interdictum quod vi*. Com'è noto, esso veniva in origine utilizzato in conseguenza di una *prohibitio* operata *in suo* e che solo in prosieguo di tempo fu considerato applicabile in conseguenza di una *prohibitio* operata *in alieno*, in sostanza, come mezzo alternativo all'*interdictum demolitorium*.¹²⁸

Lo *iactus lapilli*,¹²⁹ infine, è un rituale di cui poco sappiamo attraverso cui si pote-

¹²⁵ *Supra*, p. 50.

¹²⁶ Dubbi sulla genuinità di tutti e tre gli strumenti nutre A. RODGER, *Owners and Neighbours*, cit., p. 95 il quale, dopo aver escluso la *nuntiatio* nella fattispecie descritta da D. 8.5.6.1, confessa che "The method of the *prohibitio* must remain a puzzle".

¹²⁷ Altro esempio di utilizzazione dell'espressione *prohibitio per actionem* si trova in:

D. 8.5.6.7 (Ulp. 17 *ad ed*) *Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriorem si facit, aut per hanc actionem aut per operis novi nuntiationem prohibetur*.

Un'espressione analoga si riscontra in:

D.8.2.41.1 (Scaev. 1 *resp.*) *Lucius Titius aperto pariete domus suae, quatenus stillicidii rigor et tignorum protectus competebat, ianuam in publico aperuit: quaero, cum neque luminibus Publii Maevii vicini neque itineri vicini officeret neque stillicidium ne vicini domo cadat, an aliqua actio nem Publius Maevius vicinus ad prohibendum haberet. Respondi secundum ea quae proponerentur nullam habere*

e

D.8.2.31 (Paul. 48 *ad ed.*) *Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus servituteque praestaret, deposuit aedificium, concedendo erit legatario utilis actio, qua prohibetur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificiorum conabitur*.

¹²⁸ Sul regime dell'*interdictum Quod vi aut clam* si veda, per tutti, da ultimo, M. RAINER, *Das interdictum quod vi im römischen Baurecht*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*. VII, Napoli 2001, pp. 1 ss.

¹²⁹ Vi sono riferimenti allo *iactus lapilli* oltre che in D. 8.5.6.1 (Ulp. 17 *ad ed.*) e D. 39.1.5.10 (Ulp. 52 *ad ed.*), che conosciamo, anche in:

D.43.24.1.6 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Sed et si quis iactu vel minimi lapilli prohibitus facere perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri Pedius et Pomponius scribunt, eoque iure utimur*.

D.43.24.20.1 (Paul. 13 *ad Sab.*) *Prohibitus autem intellegitur quolibet prohibentis actu, id est vel*

va realizzare la *prohibitio* extraprocessuale, sicuramente quella che avrebbe legittimato all'uso del *quod vi*, non sappiamo tuttavia se utilizzabile anche contro il *facere in alieno*.

L'impressione che si trae è che l'enumerazione di questi strumenti così diversi tra loro nasconda l'intervento della mano compilatoria che ha operato un taglio nella trattazione ulpiana eliminando il tratto nel quale il giurista doveva essersi soffermato sugli strumenti a disposizione del *possessor* in caso di tentativo di alterazione dello stato dei luoghi. Se non è improbabile, come dicevamo, che, tra questi strumenti, Ulpiano abbia fatto riferimento all'*actio civilis*, allo strumento, vale a dire, petitorio, a tutela della servitù, è verosimile che, insieme ad esso, egli abbia fatto riferimento anche a quello strumento che sarebbe stato idoneo a far mantenere al preteso titolare della servitù la condizione di *possessor*: la *prohibitio* extraprocessuale.

Nel rimaneggiare il testo i compilatori dovettero eliminare dal brano ogni riferimento a questa *prohibitio* extraprocessuale, tagliando la parte in cui Ulpiano trattava delle forme che essa assumeva e lasciando soltanto il riferimento all'*actio civilis* ed inserendo, probabilmente, quello all'*interdictum quod vi*. Il cenno allo *iactus lapilli* è, sicuramente, frutto di una glossa.

L'intento di operare questa modifica li dovette anche indurre, poco prima, a correggere la frase iniziale del brano. Si ricorderà che avevamo lasciato anche in sospeso l'individuazione della ragione di tale modifica. Converrà, in conclusione, ritornare sul testo nella redazione attuale:

Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitem.

L'obiettivo di eliminare dal brano ogni riferimento alla *prohibitio* extraprocessuale e di indicare soltanto gli strumenti nei quali il titolare della servitù rivestiva il ruolo di attore, dovette determinare la necessità di modificare sostanzialmente la frase iniziale del brano, allo scopo di renderla omogenea con la parte successiva del testo da modificare. Così, come dicevamo, in un testo originario che doveva essere stato concepito nei

dicentis se prohibere vel manum opponentis lapillumve iactantis prohibendi gratia.

Su questi testi si vedano: A. AUDIBERT, *Sur un fragment*, cit., pp. 356 ss.; A. BERGER, v. *Iactus*, in *RE*, 17 (1914), p. 551.; A. LATTES, *La denuncia di nuova opera per iactum lapilli*, in *RIL*, XLVII (1914), pp. 235 ss.; M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, p. 324 nt. 7;

termini:

*Sciendum tamen <est> in his servitutibus (<actionibus de> servitut[ibus]<e> ?)
<quem> possessorem esse et <quem> petitozem*

i compilatori dovettero introdurre tra *possessorem* e *petitozem* le parole “*eum iuris*”, allo scopo di modificare la qualifica di *possessor* in *possessor iuris* e di indicare in questo modo, con due qualifiche diverse ma compatibili tra loro, non due soggetti diversi ma lo stesso attore nell’interdetto *quod vi* come *possessor iuris*, nell’*actio civilis* come *petitor*.

5.3. A questo punto della nostra ricerca è possibile trarre delle conclusioni relative all’operare della tutela petitoria della *s.a.n.t.*

La dinamica della tutela petitoria della *s.a.n.t.* operava, come per le altre servitù, attraverso il possibile alternarsi delle due azioni a disposizione dei soggetti del rapporto in caso di contrasto sulla sua esistenza, quelle che noi moderni chiamiamo azione confessoria o negatoria di servitù, ma con un’importante particolarità. La speciale natura della *s.a.n.t.* implicava che, “*cum nihil sit innovatum*”¹³⁰ il suo titolare fosse sempre il soggetto al cui interesse corrispondeva lo stato dei luoghi. In caso di tentativo di violazione costituito dal tentativo di modificazione dello stato dei luoghi, l’*aedificare* del proprietario dell’edificio servente, il titolare della servitù avrebbe scelto su quale piano, petitorio o possessorio, instaurare la controversia. Egli avrebbe potuto scegliere, forte della sua condizione, il piano della tutela petitoria ed esperire immediatamente la *vindicatio servitutis*, la c.d. azione confessoria, l’azione con la formula con *intentio* negativa “*Si paret N°N° ius non esse suas aedes altius tollere invito A°A°*”. In alternativa, avrebbe potuto preferire il piano possessorio ed esercitare un atto di *prohibitio* extraprocessuale che gli avrebbe assicurato il vantaggio di bloccare l’avversario e di costringerlo a reagire. A seguito della *prohibitio*, infatti, sarebbe passata al *prohibitus* la facoltà di scegliere su quale piano collocare la sua reazione. Egli avrebbe potuto operare sul piano possessorio ed instaurare il tipo di controversia ad essa conseguente o, in alternativa, avrebbe potuto non seguire la via intrapresa dal *prohibens* e portare, invece, la controver-

sia sul diverso piano della tutela petitoria, esperendo l'azione con la formula con *intentio* affermativa “*Si paret ius A°A° esse suas aedes altius tollere invito N°N°*”. Essa avrebbe condotto a giudicare sull'esistenza della servitù, allo stesso modo dell'azione con formula negativa.

Questo carattere della dinamica della tutela petitoria della *s.a.n.t.*, in base al quale, in caso di violazione, il suo titolare poteva sempre evitare di esperire la sua *vindicatio* costringendo il *vicinus* a farsi attore, spiega lo speciale ruolo che assunse l'azione con *intentio* affermativa. Essa era esperita allo scopo di accertare l'esistenza della servitù in caso di contrasto determinato dal tentativo di edificazione e dal conseguente esercizio della *prohibitio* da parte di chi sostenesse di esserne titolare. Esperita attraverso una formula recante nell'*intentio* un *ius altius tollendi*, quest'azione costituì un buon terreno sul quale la prassi e le riflessioni teoriche di età postclassica - giustiniana poterono giungere a sostanzializzare un *ius*, il *ius altius tollendi*, mai concepito in età classica come *servitus* ma, al contrario, come oggetto di una pretesa processuale i cui presupposti si situavano in vicende connesse al contrasto sull'esistenza della servitù di non sopraelevare.¹³¹

¹³⁰ Cfr. D. 8.5.6.1, su cui *supra*, p. 45.

¹³¹ E' verosimile che questa stessa azione fosse esperibile nelle ipotesi di contrasti relativi al rispetto di eventuali *modi* stabiliti in sede di costituzione della *s.a.n.t.*, allo scopo di fissare dei limiti entro i quali sarebbe stata lecita la sopraelevazione. Si leggano:

D. 44.2.26pr. (Afr. 9 *quaest.*) *Egi tecum ius mihi esse aedes meas usque ad decem pedes altius tollere: post ago ius mihi esse aedes meas usque ad viginti pedes altius tollere: exceptio rei iudicatae procullo dubio obstabit. Sed et si rursus ita agam ius mihi esse altius ad alios decem pedes tollere, obstabit exceptio, cum aliter superior pars iure haberi non possit, quam si inferior quoque iure habeatur.*

FV. 53: *Si altius tollendo aget is qui in infinitum tollendi ius non habet, si non expresserit modum, plus petendo causa cadit, quasi intenderit ius sibi esse in infinitum tollere.*

Non ci sentiamo, tuttavia, di condividere l'ipotesi recentemente prospettata da F. CURSI, *Modus servitutis*, cit., pp. 271 ss. sulla funzione che questa specie di *modus* avrebbe assunto in sede di costituzione della *s.a.n.t.* L'autrice sostiene che la *s.a.n.t.* sarebbe stata “impensabile” senza la determinazione di un limite quantitativo (*modus*) da imporre all'esercizio della facoltà di sopraelevare *ad infinitum* del *vicinus* e che, dunque, tale *modus* avrebbe costituito un elemento naturale della *s.a.n.t.* Se abbiamo ben compreso, questa ipotesi è elaborata per giustificare lo “stretto rapporto” che avrebbe legato il *ius altius tollendi*, come figura autonoma di *ius*, alla *s.a.n.t.* In una prospettiva tutta sostanziale dei fenomeni analizzati che tradisce, ci pare, una certa difficoltà di rappresentazione teorica, l'Autrice intende distinguere la diversa natura del primo, il *ius altius tollendi*, che qualifica come “diritto”, rispetto al secondo, la *s.a.n.t.*, che qualifica come servitù. Le riserve che la ricostruzione prospettata possono far nascere crediamo risiedano nella difficoltà di concepire che si possa essere giunti alla configurazione di un'autonoma figura, il *ius altius tollendi*, che l'Autrice insiste nel qualificare come “diritto” ma che forse sarebbe preferibile indicare, nella Sua visione, come “facoltà”, a causa dell'imposizione, alla stessa, di un limite quantitativo. In realtà uno “stretto rapporto” deve essere visto non, come ha ritenuto l'Autrice, tra il *ius altius tollendi* e la *servitus altius non tollendi* bensì, più propriamente e come si evince dalle fonti, tra il *ius altius tollendi* e il *ius altius non tollendi*, due figure aventi la stessa natura: espressioni di due pretese che trovano fondamento in due diverse *formulae* legate tra loro da un legame di complementarietà perché en-

trambe strumenti escogitati per risolvere contrasti sull'esistenza di un'unica servitù, la *s.a.n.t.*