



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXVI ciclo

Tesi di Dottorato

**USUS PUBLICUS:**

**tutela interdittale e classificazione delle cose**

*Relatore*

*Prof. Gianni Santucci*

*Dottorando*

*Alvise Schiavon*

anno accademico 2012-2013



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**candidato: Alvise Schiavon**

# **USUS PUBLICUS: tutela interdittale e classificazione delle cose**

**Relatore Prof. Gianni Santucci**

Anno Accademico 2012-2013



**Storia del diritto romano e del pensiero giuridico europeo**

**XXVI ciclo**

**Esame finale: 13/03/2014**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof. J. Michael Rainer, Università di Salisburgo**

**Prof. Cosimo Cascione, Università di Napoli 'Federico II'**

**Prof. Gianni Santucci, Università di Trento**



*Ai miei genitori*



## INDICE

<b>Abstract.....</b>	<b>pag. 5</b>
----------------------	---------------

### CAPITOLO PRIMO

<b>LE RES IN USU PUBLICO E IL SISTEMA INTERDITTALE.....</b>	<b>pag. 7</b>
---	---------------

1. Problemi interpretativi legati alle classificazioni romane delle *res*..... pag. 7
2. I frammenti di Ulpiano e Paolo in apertura del libro 43..... pag. 10
3. La distinzione tra *res humani* e *divini iuris*..... pag. 16
4. Il problema della titolarità delle *res publicae*..... pag. 23
5. *Usus publicus* e individuazione delle *res in usu publico*..... pag. 37
6. *Usus publicus* e *bona civitatis*..... pag. 58
7. Il problema delle *res communes omnium*..... pag. 70
8. Osservazioni conclusive..... pag. 89

### CAPITOLO SECONDO

<b>NE QUID IN LOCO PUBLICO FIAT (D.43.8.2 pr.).....</b>	<b>pag. 95</b>
---	----------------

1. Introduzione..... pag. 95
2. Ambito applicativo..... pag. 99
3. *Utilitas publica* e *singulorum*..... pag. 105
4. La fattispecie materiale: il *damnum* rilevante..... pag. 108
5. Segue: *Commoda* goduti *non iure*..... pag. 115
6. Segue: *ne quid in loco publico fiat* e *actio iniuriarum*..... pag. 121
7. La natura proibitoria del rimedio..... pag. 127
8. Interferenze col regime delle concessioni a edificare *in publico*..... pag. 144
9. La legittimazione attiva..... pag. 147



## CAPITOLO TERZO

### INTERDETTI RELATIVI ALLE *VIAE*.....pag. 155

#### 1. *INTERDICTA DE VIIS (D.43.8.20 e 35)*.....pag. 155

1. Ambito applicativo.....pag. 155
2. La fattispecie materiale: *facere immittere*.....pag. 165
3. La fattispecie materiale: l'evento dannoso.....pag. 174
4. Rilevanza del profilo temporale del deterioramento.....pag. 177
5. Legittimazione attiva.....pag. 184

#### 2. *UT IN VIA PUBLICA IRE AGERE LICEAT (D.43.8.2.45)*.....pag. 186

## CAPITOLO QUARTO

### INTERDETTI RELATIVI AI FIUMI.....pag. 199

#### 1. *INTERDICTA DE FLUMINIBUS (D.43.12)*.....pag. 199

1. Ambito applicativo e applicazione in via utile.....pag. 199
2. Continua: la definizione degli elementi costitutivi il *flumen publicum*.....pag. 207
3. La fattispecie materiale.....pag. 218

#### 2. *INTERDETTO NE QUID IN FLUMINE PUBLICO FIAT, QUO ALITER AQUA FLUAT (D.43.13)*.....pag. 230

1. Ambito applicativo.....pag. 230
2. La fattispecie materiale.....pag. 235
3. Le eccezioni proponibili.....pag. 246
4. Legittimazione attiva.....pag. 251

3. <b>INTERDETTO <i>UT IN FLUMINE PUBLICO NAVIGARE</i></b> <b><i>LICEAT</i> (D.43.14).....</b>	<b>pag. 255</b>
<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>pag. 269</b>
1. Interpretazione complessiva del sistema interdittale di tutela delle <i>res in usu publico</i> .....	pag. 269
2. Analisi economica e diritto romano: alcune suggestioni.....	pag. 277
<b>Bibliografia.....</b>	<b>pag. 291</b>
<b>Indice delle fonti.....</b>	<b>pag. 303</b>



## ABSTRACT

La presente indagine mette a fuoco la nozione di *usus publicus* emergente dalle fonti romane in tema di tutela interdittale di taluni beni pubblici, *in primis* dal commentario ulpiano *ad edictum* che rappresenta la principale fonte di cognizione sul punto.

Il lavoro si divide idealmente in due parti. Nella prima si analizza l'operatività del paradigma dell'*usus publicus* quale criterio per la classificazione dei beni pubblici. Innanzitutto, partendo dalla classificazione degli interdetti in D.43.8.1.1 pr., si è notato come l'emersione di tale nozione appaia legata alla predisposizione da parte del pretore di un sistema di interdetti *de locis publicis* volti a tutelare l'utilizzabilità da parte del *populus* di taluni beni, che proprio in ragione della loro sottoposizione a tale disciplina vengono chiamati *res in usu populi* (D.43.8.2.4-5). In secondo luogo, si è osservato come tale paradigma di tutela risulti operante anche laddove il beneficiario dell'*usus* non sia qualificabile come *populus romanus*, come nel regime dei *bona civitatis*, e pure nell'elaborazione dogmatica della categoria marcianea delle *res communes omnium*.

Accertata da un lato la correlazione tra la nozione di *usus publicus* e tutela interdittale dei beni pubblici e dall'altro la sua centralità per comprendere la classificazione romana delle *res (lato sensu) publicae*, nella seconda parte si è proceduto a un'analisi delle singole fattispecie di *interdicta de locis publicis*: l'interdetto a tutela dei *commoda* individualmente goduti *uti cives* su qualunque *res in usu publicus* (*ne quid in loco publico fiat*: D.43.8.2 pr.) nonché le diverse *species* di rimedi interdittali a tutela di *viae* (*interdicta de viis*: D.43.8.2.20 e 35; *ut in via publica ire agere liceat*: D.43.8.2.45) e *flumina* (*interdicta de fluminibus*: D.43.12.1 pr. e 19; *ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua fluat*: D.43.13; *ut in flumine publico navigare liceat*: D.43.14). Questa ricognizione, peraltro, ha obbligato a considerare talune altre fattispecie di interdetti *lato sensu* riconducibili alla tutela

delle *res in usu publico*, quali il *de ripa munienda* (D.43.15), *de itinere publico reficiendo* (D.43.11), e il *de loco publico fruendo* (D.43.9).

Tale analisi ha permesso in conclusione da un lato di osservare la complessità del sistema interdittale romano di tutela delle *res in usu publico* e la difficoltà a identificare nelle fonti chiare linee di evoluzione del sistema, dall'altro di tentare un'analisi dell'*usus publicus* tutelato con quegli interdetti alla luce del paradigma scientifico della Law and Economics.

## CAPITOLO PRIMO

### LE *RES IN USU PUBLICO* E IL SISTEMA INTERDITTALE

#### *1. Problemi interpretativi legati alle classificazioni romane delle res*

Allo scopo di definire il referente materiale della tutela accordata attraverso gli *interdicta de locis publicis*, e così saggiare il rapporto dogmatico tra questi e la categoria delle *res in usu publico*, occorre affrontare almeno incidentalmente il tema della classificazione delle cose in diritto romano.

Occorre innanzitutto notare che dai frammenti tramandatici dal Digesto non emerge alcuna sistemazione definitiva o generalmente accettata (una *communis opinio*) in punto di qualificazione delle diverse tipologie di beni. Limitando l'analisi alle testimonianze che esplicitamente contengono una *rerum divisio*, ovvero una classificazione delle tipologie di beni almeno tendenzialmente completa, si possono individuare perlomeno tre modelli di classificazione variamente operanti all'interno del pensiero giurisprudenziale romano<sup>1</sup>: quella del Gaio veronese – pur gravemente lacunosa – contenuta in Gai 2.1-11; quella marcianea contenuta in D.1.8.2 (Marc. 3 inst.); infine, quella fatta propria dai compilatori delle Istituzioni giustinianee in Inst. 2.1. Tale pluralità di prospettive in tema di classificazione delle cose suggerisce *ictu oculi* la debolezza metodologica di ogni tentativo di ricostruzione coerente di una (presunta) sistematica romana in tema di *rerum divisiones*. A questo problema si aggiunga la difficoltà di individuare in modo univoco i criteri utilizzati dai singoli giuristi nella costruzione della propria classificazione, mai esplicitati dalle fonti: per ognuno dei sopracitati frammenti, la dottrina romanistica ha conseguentemente prodotto argomentazioni anche fortemente divergenti sul senso e la portata delle diverse classificazioni ivi contenute.

<sup>1</sup>G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945, pagg. 29 ss; analogamente C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, Villa San Giovanni, 1981, pagg. 11 ss.

Tale difficoltà a ricondurre le diverse *rerum divisiones* all'interno di un quadro dogmatico unitario ha diverse ragioni, tutte attinenti a caratteri di fondo della *scientia iuris* romana. In primo luogo lo sviluppo diacronico di quella esperienza giuridica: in una materia come questa, incentrata sulla individuazione e qualificazione di enti della realtà oggettiva<sup>2</sup>, vengono in gioco non solo le opzioni ideologiche dei giuristi<sup>3</sup>, quanto addirittura quelle antropologiche e culturali di una intera civiltà nella sua evoluzione<sup>4</sup>. Secondariamente si può far riferimento alla diffidenza romana verso l'elaborazione di definizioni dotate di valore conclusivo: la relatività di ogni tentativo di fermare i risultati del pensiero, specialmente in un campo continuamente a confronto con la mutevole realtà sociale, conduce a definizioni sempre pericolanti, mai definitive, e così difficilmente spendibili nei tentativi moderni di precisa sistemazione concettuale se non a costo di rinunciare alla complessità del loro contenuto per ridurle a formule di rito cui agganciare autoritativamente la propria argomentazione. Collegato a questo aspetto sta la diversa

<sup>2</sup>Si veda G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 1 ss.

<sup>3</sup>Quella delle ideologie dei giuristi romani è prospettiva che si è sviluppata, specialmente in Italia nella scuola napoletana, a partire dall'ingresso nella metodologia romanistica di alcuni aspetti della storiografia marxista: si vedano le riflessioni di A. SCHIAVONE, *Nota di lettura* a D. NÖRR, *Pomponio o "della intelligenza storica" dei giuristi romani*, in *LED. Rivista online di diritto romano* (URL <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02noerr.pdf>); ma anche G. PUGLIESE, *Brevi considerazioni su un recente indirizzo della storiografia romanistica*, in *Festschrift Wieacker*, Göttingen, 1978, pagg. 145 ss (ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, pagg. 145 ss.). Per un'applicazione al problema delle classificazioni delle *res*, si veda F. GORIA, *Schiavi, sistematiche delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1975, pagg. 328 ss, su diffusamente *infra*.

<sup>4</sup>Tale relatività dipende essenzialmente dalla stretta relazione tra la nozione di cosa e quella di soggetto (su cui in particolare Y. THOMAS, *Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain)*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 25, 1980, pagg. 413 ss.), per cui sono qualificati come oggetti di diritto (e dunque assoggettati a una particolare disciplina giuridica) gli enti che possono essere funzionalizzati a una utilità umana: poiché la possibilità di tale funzionalizzazione del mondo oggettivo agli interessi umani varia col mutare delle tecnologie e dei sistemi etici, occorre senz'altro ammettere che la nozione di cosa, così come le diverse qualificazioni giuridiche che gli si riconnettono, dipendano essenzialmente dai mutamenti economici, sociali e culturali della comunità di riferimento. In questo senso si può dunque senz'altro consentire con le riflessioni di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. La proprietà*, II.1, Milano, 1966 (riedizione della prima edizione, Roma, 1926), pagg. 8 ss, salvo quanto dirò *infra* in questo capitolo (Paragrafo 8) sulla possibilità di operare forme di funzionalizzazione degli enti ai soggetti anche al di fuori dello schema individuale dell'appropriazione. Si può rimandare in questa sede, per una ricognizione generale dei problemi connessi con i procedimenti giuridici di individuazione e qualificazione delle «cose» ai contributi apparsi nel volume degli *Archives de philosophie du droit* monograficamente dedicato al tema: *Les biens et les choses*, *Archives de philosophie du droit*, 24, 1979.

prospettiva entro cui si muove la moderna dogmatica, dominata da una prospettiva sostanzialistica estranea al metodo dei giuristi romani: la sistemazione concettuale nella giurisprudenza romana era per lo più legata a esigenze applicative di strumenti processuali, il tentativo di giungere a comprendere il fondamento comune di una serie di rimedi più che di definire teoreticamente i caratteri dell'ordinamento sostanziale<sup>5</sup>. Il cosiddetto *aktionrechtliches Denken* dei giuristi romani corrisponde pertanto a un metodo di elaborazione concettuale non assiologico, per cui i concetti sono dedotti a catena a partire da premesse svolte a formare un sistema coerente, ma piuttosto un metodo induttivo basato sul ricorso a *topoi* utili a rintracciare analogie e similitudini nella casistica giurisprudenziale<sup>6</sup>.

Proprio da quest'ultima osservazione partirei per tentare una riflessione sulla categoria di beni oggetto di questo studio. Non entrando nel merito del valore dei sopracitati tentativi di dare un'interpretazione "definitiva" o dogmaticamente assoluta ai passi *de rerum divisione*, occorre però valorizzare gli spunti della dottrina che incoraggia ad abbandonare la strada della ricostruzione astrattamente dogmatica delle categorie di *res* tramandateci dalle fonti, per imboccare quella della ricostruzione delle categorie a partire dal loro regime e quindi in primo luogo a partire dal quadro rimediale che le presidiava<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>Questa in sostanza è l'opinione di Schulz, nel capitolo «Abstraktion» dei suoi già citati *Prinzipien*. Sebbene la visione del grande romanista sia stata rivisitata criticamente in alcuni aspetti (specialmente con riferimento alla negazione di ogni operazione definitoria), il nucleo della ricostruzione della metodologia della giurisprudenza romana mi pare confermata – tra gli altri - dai successivi studi di M. KASER, *Zur methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, I, 2, Göttingen, 1962, pagg. 47 ss (traduzione italiana, *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, in *Diritto e storia* [a cura di A. Corbino], Padova, 1995, pagg. 149 ss) e di L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Milano, 1975, pagg. 165 ss (ma si tratta in sostanza di materiale didattico risalente all'a.a. 1967-68).

<sup>6</sup>Così in particolare T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*<sup>5</sup>, München, 1974, pagg. 46 ss.

<sup>7</sup>F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, in *Studi Senesi*, XXV, 1908 (oggi in *Studi giuridici* II, Milano pagg. 3 ss, cui mi riferirò per la numerazione delle pagine); G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 108 ss; A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*. *Linee di un'indagine*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, pagg. 505 ss (oggi anche in A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013, pagg. 3 ss.) spec. pag. 510, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pag. 382; M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, pag. 12.



Pertanto la mia analisi prenderà le mosse da due frammenti non sufficientemente valorizzati dal punto di vista del problema delle classificazioni delle cose nel pensiero giurisprudenziale romano, che invece trovo estremamente interessanti proprio per il rapporto che in essi viene istituito tra *rerum divisiones* e prospettiva rimediale. Mi riferisco in particolare a D.43.1.1 pr. (Ulp. 67 ad ed.) e al simmetrico D.43.1.2.1 (Paul. 63 ad ed.), frammenti posti dai due giuristi classici a introduzione della parte dei loro commenti *ad edictum* dedicata alla materia interdittale<sup>8</sup>. A partire in particolare dall'analisi del pensiero di Ulpiano, il cui commento agli *interdicta de locis publicis* rappresenta la nostra principale fonte di cognizione sul tema, proveremo a ricostruire alcune linee del pensiero giurisprudenziale romano in tema di *res (lato sensu) publicae* e così il significato della *partitio* tra *res in usu* e *in patrimonio populi romani*.

## 2. I frammenti di Ulpiano e Paolo in apertura del libro 43: il collegamento strutturale tra sistema interdittale e classificazione delle res

Il libro 43 del Digesto, in cui i compilatori hanno raccolto i frammenti relativi alla tutela interdittale<sup>9</sup>, contiene in particolare alcuni titoli dedicati a quelli variamente incidenti sul regime di talune *res* sottratte all'appropriazione dei privati<sup>10</sup>.

<sup>8</sup>Cfr. la posizione dei frammenti nella ricostruzione leneliana dei commentari *ad edictum* dei due giuristi: O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889 (ristampa anastatica Graz, 1960), pag. 800 (Ulpianus Pal.1459) e pag. 1080 (Paulus Pal. 745).

<sup>9</sup>Sulle caratteristiche generali della tutela interdittale, si rinvia alle ottime voci enciclopediche di A. BERGER, *Interdictum*, in Pauly-Wissowa, *RE.*, IX, pagg. 1609 ss, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milano, 1971, pagg. 901 ss, oltre che ai lavori classici di A. BISCARDI (*La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938 e il successivo *La tutela interdittale e il relativo processo*, Siena, 1956 [ristampa digitale a cura di R. Martini, in *Rivista di diritto romano*, 2, 2002, pagg. 1 ss, cui mi riferisco per le pagine], ove l'autore provvede a rivedere alcune sue posizioni) e G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955. Più risalenti ma da considerarsi "classici" i lavori, maturati nella dottrina ottocentesca, di A. UBBELOHDE, *Die Interdicte zum Schutze des Gemeingebrauches*, Erlangen, 1893 (continuazione di C.F. GLUCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen 1790-1892), traduzione italiana curata da V. Pochain, *Commentario alle Pandette. Libri XLIII-XLIV*, Milano, 1905, e di A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer. In geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig, 1853.

<sup>10</sup>In dottrina è diffusa (con la vistosa eccezione del Gandolfi) la convinzione che addirittura essi rappresentino il nucleo primigenio del sistema interdittale predisposto dal pretore: tale affermazione, nel pensiero dei singoli autori, serve a fondare o giustificare prese di posizione su altri profili di disciplina: così per Fadda l'affermazione secondo cui "gli antichissimi tra gli interdetti fossero

Si tratta di strumenti processuali privatistici, la cui attivazione presuppone in ogni caso un'istanza di parte davanti al pretore<sup>11</sup> il quale era tenuto a procedere ad una sommaria *causae cognitio* in cui doveva essere quantomeno valutata l'“attitudine in astratto dei presupposti addotti dall'attore a legittimare costui alla tutela interdittale”<sup>12</sup>. Tale valutazione poteva condurre ad una *denegatio interdicti*, nel caso in cui mancassero i presupposti per l'accesso alla tutela interdittale, ovvero all'emanazione (*editio*) dell'interdetto: esso normalmente era costruito a partire dagli schemi di formule tipiche contenute nell'editto integrate all'occorrenza con le opportune *exceptiones*, direttamente previste nello schema tipico o concepite *in factum* dal pretore<sup>13</sup>; in casi eccezionali, il pretore poteva invece discostarsi dagli schemi previsti dall'editto, emanando interdetti utili o repentini<sup>14</sup>. Il provvedimento

---

popolari, e cioè quelli relativi alle *res divini iuris* ed alle *res in publico usu*” (C. FADDA, *L'azione popolare romana*, Torino, 1894, pag. 327) serve a suffragare l'ipotesi della precedenza, tra i rimedi popolari, di quelli con condanna a favore dell'attore popolare su quelli con condanna a favore della cassa pubblica (C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., pag. 332) a sostegno dell'ipotesi del Bruns (K. G. BRUNS, *Die romische Popularklagen*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, I, 1864 = in *Kleineren Schriften*, Weimar 1882) ripresa e introdotta nella dottrina italiana dallo Scialoja (traduzione e commento del lavoro del Bruns in V. SCIALOJA, *Le azioni popolari romane*, in *Archivio Giuridico*, XXVIII, 1892, pagg. 3 ss); così anche per Biscardi la sua interpretazione pubblicistica-amministrativistica dello strumento interdittale risulta naturalmente confermata dal fatto che “tra i rapporti suscettibili di protezione interdittale in età classica, i più antichi sono indubbiamente quelli che hanno un carattere più o meno palesemente pubblicistico” (*La tutela interdittale*, cit., pag. 98): in quest'ottica si spiega pure la contraria presa di posizione del Gandolfi, fautore al contrario di un'interpretazione strettamente privatistica dei rimedi interdittali.

<sup>11</sup>Si trattava in realtà di una *postulatio (interdicti)*, ovvero “della domanda rivolta, senza alcuna particolare formalità, dall'attore al pretore per ottenere l'emanazione dell'interdetto” (così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pag. 910). La dottrina più risalente riteneva gravasse sull'impetrante anche l'onere della *in ius vocatio* dell'impetrato (ad es. A. BERGER, *Interdictum*, cit., pag. 1687), ma dopo le ricerche di BISCARDI (*La protezione interdittale*, cit., pagg. 26 ss) e GANDOLFI (*Contributo allo studio del processo interdittale*, cit., pagg. 49 ss) la dottrina dominante ammette fosse sufficiente per l'instaurazione del procedimento interdittale il mero ricorso al pretore, il quale avrebbe a sua volta provveduto a far comparire il legittimato passivo (così ad esempio L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pag. 910 e A.M. GIOMARO, voce *Interdicta*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, IX Torino 1993, pag. 509).

<sup>12</sup>Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pag. 912. La questione dell'ampiezza dei poteri di cognizione del pretore in sede di *causae cognitio* interdittale è come noto molto discussa, poiché strettamente intrecciata con la più generale questione della natura del provvedimento conclusivo il procedimento interdittale: gli autori che ne riconoscono la natura di ordine incondizionato tendono, ovviamente, ad ammettere che il pretore si spingesse ad esaminare in concreto la veridicità dei fatti addotti dall'impetrante (in questa direzione, ad esempio, G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pagg. 66 ss.).

<sup>13</sup>Cfr. G. WESENER, *Zu ediktalen und dekretalen Exzeptionen im Interdiktenrecht*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, VIII, Napoli, 2007, pagg. 5909 ss.

<sup>14</sup>A. BISCARDI, *La tutela*, cit., pagg. 55 ss.

interdittale emanato a conclusione del procedimento interdittale era immediatamente efficace ed eseguibile (e dunque idoneo a definire *ex se* la controversia), sebbene costruito come ordine ipotetico o condizionato<sup>15</sup>, pertanto la spontanea ottemperanza al comando pretorio avrebbe definito i rapporti tra le parti. Diversamente, nel caso in cui il destinatario dell'interdetto avesse negato la sussistenza dei presupposti cui era condizionato il provvedimento, si sarebbe dovuto instaurare un apposito procedimento volto ad accertare, nelle forme del comune *ordo iudiciorum privatorum*, l'effettiva sussistenza di tali presupposti (*agere ex interdicto*)<sup>16</sup>. Stando alla testimonianza gaiana in Gai. IV.141, questa eventuale fase di verifica piena della sussistenza degli elementi della fattispecie pretoria poteva svolgersi secondo due schemi: l'antica procedura dell'*agere per stipulationes e restipulationes*, con cui le parti si promettevano reciprocamente una *summa sponsionis* nel caso di infondatezza della propria pretesa (*agere cum poena*); ovvero, per i più recenti interdetti restitutori (ed esibitori) si dava invece anche la possibilità all'impetrato di richiedere *in iure* al pretore la concessione di una formula arbitraria (*agere sine poena*) con cui si instaurava un giudizio avente ad oggetto la condanna al *quanti ea res erit*<sup>17</sup>. In ogni caso dunque, qualora fosse accertata la fondatezza della sua *postulatio*, la *condemnatio* nel processo *ex interdicto* era guadagnata all'attore, ovvero al soggetto che aveva richiesto l'interdetto<sup>18</sup>: ciò – è bene ricordarlo fin da ora – anche qualora

---

<sup>15</sup>Questa mi sembra l'opinione assolutamente dominante nella dottrina più recente: si vedano in particolare A. BERGER, *Interdictum*, cit., pag., 1691, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pag. 912. Questa interpretazione, riconducibile in primis ai lavori di Biscardi (A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit., pagg. 59 ss.), può essere considerata mediana tra la tesi tradizionale che vedeva l'interdetto come ordine puramente ipotetico che sarebbe servito dunque come mero espediente per l'instaurazione del successivo giudizio di cognizione e quella – già richiamata nelle note precedenti – secondo cui il provvedimento interdittale integrerebbe un vero e proprio giudizio di merito con cognizione su tutti gli elementi della fattispecie. Un'utile panoramica delle diverse posizioni in G. LUZZATTO, *Il problema d'origine della cognitio extra ordinem. I Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretorii*, Bologna, 1965, pagg. 198 ss.

<sup>16</sup>Su cui in generale si vedano A. BERGER, *Interdictum*, cit., pagg. 1692 ss, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, pagg. 916 ss.

<sup>17</sup>Su cui da ultimo M. VARVARO, *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdicto sine poena*, in *AuPA*, 55, 2012, pagg. 709 ss.

<sup>18</sup>Nota giustamente Capogrossi Colognesi la circostanza per cui “attore, nell'*actio ex interdicto*, è sempre colui che ha richiesto in precedenza l'interdetto” (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pag. 916).

l'interdetto in questione fosse caratterizzato da un regime di legittimazione diffusa del *quivis e populo*<sup>19</sup>.

Il collegamento strutturale e dogmatico tra la materia interdittale e il problema delle *rerum divisiones* è suggerito già nel frammento ulpiano posto dai compilatori in apertura del libro 43, in cui il giurista severiano evidentemente propone una sistemazione degli interdetti ricalcata sulla diversa qualificazione del referente oggettivo degli stessi:

D.43.1.1 (Ulp. 67 ad ed.) *Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis. de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt. quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt. quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum uti possidetis, de itinere actuque*<sup>20</sup>.

La *dispositio* della materia interdittale appare qui modellata sul differente referente oggettivo cui i diversi rimedi si riferiscono<sup>21</sup>: Ulpiano in particolare giunge ad identificare – dopo una serie di *distinctiones* sempre più analitiche – l'ambito

---

<sup>19</sup>Si tratta come noto di un profilo che nella dottrina ottocentesca aveva dominato il dibattito sulla natura dei rimedi popolari poiché la condanna a favore del postulante metteva evidentemente in discussione, come evidenziato in particolare dal Bruns (K. G. BRUNS, *Die romische Popularklagen*, cit.), la tesi mommseniana della natura procuratoria delle azioni popolari secondo la quale il *quivis e populo* avrebbe agito come mero rappresentante dell'interesse statale (cfr. T. MOMMSEN, *Die Stadtrecht der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca*, Leipzig, 1855, pagg. 463 ss).

<sup>20</sup>Sospetti di interpolazione o rimaneggiamento: P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. La proprietà*, II.1, Milano, 1966 (riedizione della prima edizione, Roma, 1926) pag. 83, e ID., nota N in *Note a Windscheid, Diritto delle Pandette*, vol. V (traduzione, note e riferimenti al Diritto civile italiano iniziate da Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante e Fulvio Maroi), Torino, 1922, pag. 735; A. BERGER, *Miszellen aus der Interdiktenlehre*, in ZSS, 36, 1915, pagg. 176 ss spec. pag. 178. Branca peraltro, pur accettando alcuni dei dubbi posti da questi autori, ritiene il passo “genuino almeno nelle sue linee fondamentali” (G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Trieste, 1941, pag. 233).

<sup>21</sup>Tra gli altri, C. BUSACCA, *Studi*, cit., pag. 73.

applicativo degli interdetti *de rebus publicis* con le *res humani iuris quae sunt alicuius* in quanto *publicae*<sup>22</sup>.

Si propone insomma un parallelismo tra classificazione degli interdetti e classificazione delle *res*<sup>23</sup>, che denota una prospettiva dogmatica di più ampio respiro rispetto alle altre proposte di sistemazione rinvenibili nelle fonti con riferimento al sistema interdittale, perlopiù incentrate su dati tecnico-formali<sup>24</sup>. Questo passo segna invece un punto di emersione della classificazione romana delle *res* in cui l'astrazione concettuale si incontra con la prospettiva rimediale, senza che la

---

<sup>22</sup>Tale frammento è stato peraltro oggetto della critica corrosiva di Berger (A. BERGER, *Miszellen aus der Interdiktenlehre*, cit., pagg. 176 ss), che può forse spiegare lo scarso interesse mostrato per il passo nella dottrina novecentesca. Secondo questo autore il frammento non rispecchierebbe fedelmente il pensiero di Ulpiano (vi ravvisa sia interventi post-classici che giustiniane) che peraltro sarebbe stato *ab origine* dogmaticamente impreciso: il tentativo di saldare la classificazione delle cose e quella degli interdetti avrebbe condotto il giurista di Tiro a numerosi sviamenti ed imprecisioni (pagg. 178-179). A mio avviso questo giudizio (peraltro non formulato, almeno con questa nettezza, nella precedente voce *Interdictum*, cit., pag. 1626) pare fondato su argomenti deboli: da un lato, su un'analisi meramente formale del dato lessicale, dall'altro su quel pregiudizio di perfezione e coerenza del diritto classico tipico di alcune correnti estreme della critica interpolazionista.

<sup>23</sup>Occorre notare che i rimedi interdittali tutelavano esclusivamente rapporti 'reali', intesi in senso a-tecnico come tutti i rapporti intercorrenti tra un soggetto e una cosa, e mai rapporti di tipo personale o obbligatorio; ulteriormente notava Gandolfi, a riprova dell'arcaicità di tale complesso di tutela, che questi rimedi sembrano in particolare incidere sui beni originariamente costituenti il *mancipium* del *pater familias*: cfr. G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pag. 142.

<sup>24</sup>Mi riferisco principalmente alle *divisiones* gaiane: la *principalis divisio* in Gai. IV, 142, confermata da Ulpiano in D.43.1.1 pr., tra proibitori restitutori ed esibitori; la minore in Gai. IV, 156-160, tra *interdicta simplicia* e *duplicia*; cfr. L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di un'ideologia*, Camerino, 1971 (e le diverse recensioni critiche dell'opera raccolte nella successiva edizione del saggio nel volume L. LABRUNA, *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli, 1986, pagg. 157 ss) pag. 36 nota 17 e A. BISCARDI, *La protezione interdittale*, cit., pagg. 111 ss; si vedano anche le pagine di D. DAUBE, *Concerning the classifications of interdicts*, in *RIDA*, 6, 1951, pagg. 23 ss. Ulteriori classificazioni, meno fondate sulle fonti e per questo di più controverso accoglimento tra gli studiosi sono: quella introdotta nel frammento di Paolo in D.43.1.2.2, tra interdetti che *proprietatis* e *possessionis causam continentur*; quella, particolarmente interessante per il nostro lavoro, proposta da Ulpiano (in D.43.8.2.34) tra *interdicta popularia* e *privata*: essa, che trova un riscontro testuale anche in D.3.3.42 pr. (Paul. 8 ad ed.), è dal Capogrossi Colognesi sostanzialmente risolta nell'altra classificazione ulpiana in D.43.1.1 pr. con l'equiparazione tra *interdicta popularia* e *interdicta de his quae publicae sunt*, ma tale posizione non può essere accolta come si tenterà di dar conto *infra*. Complessivamente sulla questione dei diversi tipi di interdetti, si vedano L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pagg. 905 ss e G. LUZZATTO, *Il problema d'origine della cognitio extra ordinem*, cit., pagg. 154 ss.

funzionalizzazione della classificazione all'inquadramento del sistema interdittale<sup>25</sup> ne infici peraltro il valore dogmatico<sup>26</sup>.

Lo stretto collegamento, su un generale piano dogmatico e sistematico, tra tutela interdittale e il problema delle *rerum divisiones* è inoltre confermato dal successivo frammento di Paolo:

D.43.1.2.1 (Paul. 63 ad ed.) *Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut religione, sicut est 'ne quid in loco sacro fiat' vel 'quod factum est restituatur' et 'de mortuo inferendo vel sepulchro aedificando'. Hominum causa competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris causa vel officii tuendi causa vel rei familiaris. Publicae utilitatis causa competit interdictum 'ut via publica uti liceat' et 'flumine publico' et 'ne quid fiat in via publica': iuris sui [...].*

La differenza terminologica (il generico riferimento alla nozione di *res*, in Ulpiano, l'apparentemente più tecnico *causa* in Paolo) non deve essere enfatizzata, ed appare probabile che entrambi i giuristi si riferiscano per le loro classificazioni a una generica nozione di bene<sup>27</sup>.

L'osservazione che i commenti dei due giuristi non seguano – perlomeno nella versione trãdita attraverso la compilazione giustiniana – l'ordine con cui gli interdetti sono presentati in questi frammenti introduttivi, pare un indizio a favore della portata concettuale, non meramente espositiva, della classificazione ivi proposta. Riguardati da questa prospettiva, i frammenti di Ulpiano e Paolo dimostrano la persistenza nella riflessione giurisprudenziale romana di una molteplicità di categorie ordinanti relativamente ai beni sottratti all'appropriazione privata. Il tentativo di isolare i diversi modelli ancora operanti nella maturità della riflessione giurisprudenziale romana consentirà, se non di addivenire alla

---

<sup>25</sup>Che si nota ad esempio nell'inclusione entro il problema della classificazione delle *res* dell'*homo libero*: G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 23. Cfr. comunque quanto si dirà *infra* sul punto.

<sup>26</sup>Così G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., pag. 232 nota 3 e pag. 233. Analogamente A. BISCARDI, *La tutela*, cit., pag. 72.

<sup>27</sup>C. BUSACCA, *Studi*, cit., pagg. 125-126, nello stesso senso anche G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova, 2001, pag. 54.

ricostruzione di una coerente “teoria romana dei beni pubblici”, di chiarire alcuni aspetti essenziali della concezione ulpiana e paolina delle *res publicae* inserendola nel più generale quadro dello svolgimento del pensiero giurisprudenziale romano in tema di classificazione delle cose pubbliche.

### 3. La distinzione tra *res humani* e *divini iuris*

Le classificazioni paolina e ulpiana degli interdetti (e delle *res* per mezzo di essi tutelate) attraverso il riferimento al binomio *ius humanum/ius divinum*, legittima il parallelismo con la *summa rerum divisio* gaiana tra *res divini iuris* e *res humani iuris*<sup>28</sup>:

Gai. II.2 *Summa itaque rerum diuisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt diuini iuris, aliae humani.*

In entrambi i casi infatti la *partitio* fondamentale in materia di *res* è costruita attraverso il riferimento alle categorie di *ius humanum* e *divinum*, che in diverse fonti sono indicate congiuntamente a individuare la globalità dell'esperienza giuridica<sup>29</sup>. Nonostante la presenza in giuristi classici come Ulpiano e Paolo, oltre allo stesso Gaio, e l'espressa qualificazione di *summa* che Gaio le riserva, tale *divisio* è stata per lungo tempo sottovalutata dalla dottrina, che ha cercato in vario modo di ricondurla a

<sup>28</sup>Il parallelismo è già in R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 46, 1940, pagg. 194 ss spec. pag. 209. Si veda anche G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 31 e C. BUSACCA, *Studi*, cit., pag. 73 nota 80. Occorre però sottolineare fin d'ora una fondamentale differenza tra le due classificazioni delle cose: D.43.1.1 pr. la categoria delle *res divini iuris* è apparentemente composta dalle sole *res sacrae* e *religiosae* (*divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis*), così come in Gai. II.3 (*divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae*), ma nel manuale gaiano compare anche la discussa categoria delle *res sanctae* che *quodammodo divini iuris sunt* (Gai. II.9). Il rapporto tra queste due fonti pone ovviamente il problema della strutturazione interna del diritto divino, che non è possibile affrontare in questa sede: si veda comunque un'utile paronamica delle opinioni dottrinali e delle principali fonti di cognizione per il problema in M. DE SOUZA, *La question de la tripartition des catégories du droit divin dans l'Antiquité romaine*, Saint-Étienne, 2004.

<sup>29</sup>R. ORESTANO, *Dal jus al fas*, cit., pag. 203 ss; F. FABBRINI, *Res divini iuris*, in *NNDI*, XV, Torino, 1968, pagg. 510 ss spec. pag. 514.

quella fondata sulla patrimonialità o la commerciabilità dei beni<sup>30</sup>. Eppure proprio la circostanza che essa risulti ancora pienamente spendibile, e comprensibile, nel quadro di un pensiero giuridico evoluto e pienamente laicizzato come quello del II o III secolo d.C., rappresenta uno dei dati che hanno spinto Orestano a un ripensamento del senso originario della distinzione tra *ius humanum* e *divinum*.

La dottrina tradizionale<sup>31</sup> in effetti poneva al centro della tassonomia romana delle cose la distinzione tra *res in/extra commercium* (o *patrimonium*) in quanto essenziale per caratterizzare il regime giuridico dei beni, per poi distinguere le sole *res extra commercium* (o *patrimonium*) in *divini* o *humani iuris*, a seconda che la norma da cui provenisse tale regolamentazione fosse di origine divina o umana<sup>32</sup>. Contro tale ricostruzione univoca dei rapporti tra *ius divinum* e *ius humanum*, Orestano riconosce che le fonti riportano questa distinzione in due significati divergenti<sup>33</sup>: accanto a frammenti che fondano la distinzione sull'origine, divina o umana, delle norme, questo autore individua numerose fonti in cui l'antitesi sembra invece dipendere esclusivamente dall'oggetto della norma, prescindendo dalla sua origine<sup>34</sup>. Secondo Orestano l'unica spiegazione possibile a tale ambiguità delle fonti deve ricercarsi sul piano storico: alla concezione originaria (primitiva), che conosceva un'indistinta nozione giuridico-religiosa<sup>35</sup> di *ius* differenziato secondo

<sup>30</sup>C. BUSACCA, *Studi*, cit., pagg 95 ss.

<sup>31</sup>Tra tutti, P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 12, ma già V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1933 (ma si tratta di materiale risalente ai corsi tenuti dal Maestro a partire dal 1885), pag 137, recentemente anche M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., pag. 26.

<sup>32</sup>Contro la riconduzione delle due bipartizione all'interno di un quadro classificatorio unitario già G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 69 nota come “in realtà le due fondamentali bipartizioni delle cose, *res divini iuris* e *res humani iuris*, e *res in nostro patrimonio* e *res extra nostrum patrimonium*, hanno per fondamento criteri diversi e sono fra loro incommensurabili”.

<sup>33</sup>R. ORESTANO, *Dal jus al fas*, cit., pag 200.

<sup>34</sup>R. ORESTANO, *Dal jus al fas*, cit., pagg. 203 ss.

<sup>35</sup>Occorre segnalare come tale presupposto nell'indagine storica di uno stato sconosciuto in cui i caratteri dell'epoca conosciuta sarebbero presenti ma in forma indistinta o indiscernibile, sia stato oggetto di una potente critica demolitrice da parte del filosofo G. AGAMBEN: con particolare riferimento alla supposta esperienza giuridico-religiosa originaria dell'esperienza romana, questo Autore mette in guardia dal “proiettare semplicemente e acriticamente sull' "indistinto primordiale” presupposto i caratteri che definiscono la sfera religiosa e quella profana che ci sono noti e che sono, appunto, il risultato del paziente lavoro degli storici” (*Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, Bari-Roma, 2008, spec. pagg. 23-24) ulteriori riferimenti in Id., *Signatura rerum. Sul metodo*, Torino, 2008, pagg. 90-91). Tale impostazione, del resto, rappresenta senza dubbio un passo in avanti nella comprensione dei complessi rapporti tra fenomeno giuridico e religioso nell'epoca più antica dell'esperienza romana rispetto all'ipotesi esplicativa, evidentemente debitrice del paradigma



l'oggetto delle norme in *humanum* (se relativo a una materia umana) o *divinum* (se afferente a una *res divina*)<sup>36</sup>, si venne progressivamente sovrapponendo una partizione fondata sulla diversa origine delle norme, che poté affermarsi solo parallelamente alla piena secolarizzazione di un settore del diritto, di cui si andò riconoscendo la natura esclusivamente umana.

La concezione unitaria e religiosa dello *ius* che Orestano riconosce nei primordi dell'esperienza giuridica romana si incardina del resto in una più generale visione del mondo, “secondo la quale la totalità degli esseri ragionevoli si divideva in due gruppi, gli Dei e gli uomini”<sup>37</sup> e compito del collegio pontificale era pertanto garantire la pace tra i diversi ordini del cosmo attraverso l'attuazione del complesso di norme religioso-giuridico di cui erano depositari e interpreti<sup>38</sup>. Tale concezione originaria, per cui *ius humanum* e *divinum* rappresentavano parti di un medesimo *corpus* di precetti di natura sovra-umana, trova anche un'interessante conferma nell'antica fungibilità di *publicum* e *sacrum*<sup>39</sup>: documenti epigrafici e letterari di età repubblicana testimonierebbero infatti come *publicum* e *sacrum* fossero utilizzati promiscuamente come qualifiche dei beni sottratti all'appropriazione privata, tanto da far affermare Yan Thomas che ancora “à l'époque républicaine, choses publiques et sacrées formaient une unité juridiquement homogène”<sup>40</sup>. In altre parole, “le droit prélevait dans le vaste espace laissé aux maîtrises et aux échange privés une enclave d'appropriation collective qualifiée d'inappropriable, sur le double mode de public et

---

giusnaturalistico, secondo cui il primitivo sistema di arbitrato giurisdizionale sarebbe seguito a uno stato naturale originariamente anarchico: in questa prospettiva si veda R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*<sup>3</sup>, Leipzig, 1873, pagg. 118 ss. (cfr. anche la traduzione francese autorizzata dall'autore del prof. Meulenaere, *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Ainë 1877 (rist. Bologna, 1969), pagg. 119 ss) e P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil. Cours de Droit romain approfondi 1941-1942*, Paris, 1942, pag. 11 e 16 ss).

<sup>36</sup>F. FABBRINI, *Res divini iuris*, cit., pag. 515.

<sup>37</sup>R. ORESTANO, *Dal jus al fas*, cit., pag. 201.

<sup>38</sup>Riflessa nella definizione dei poteri del *Pontifex Maximus* contenuta nella voce *Ordo sacerdotum* di Festo (*De verborum significatu quae supersunt*, ed. Lindsay, 1913, ristampa anastatica Stuttgart-Leipzig, 1997, pagg. 198 ss): *Pontifex Maximus quod iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque*.

<sup>39</sup>Y. THOMAS, *Le valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales. Histoire, Science Sociales*, 6, 2002, spec. pagg. 1437 ss. M. CRAWFORD, *Aut sacrom aut poublicom*, in P. BIRKS (ed.), *New perspectives in the Roman Law of Property*, Oxford, 1989, pagg. 93 ss. Vedi anche R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968, pag. 270 nota 216.

<sup>40</sup>Y. THOMAS, *Le valeur*, cit., pag. 1437, ma anche V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., pag. 141.

du sacré<sup>41</sup>. Pubblico e sacro, dunque, sono le due caratterizzazioni che può assumere la norma che sancisce l'inappropriabilità privata del bene, a seconda che esso sia destinato all'uso religioso o all'uso civile.

Tale antica concezione religiosa del diritto come ordine del macrocosmo umano e divino non resse al progressivo accentrarsi dell'attività giurisdicente nelle mani di un ceto di giuristi laici<sup>42</sup>, e in generale alla sempre più netta separazione tra potere religioso e potere politico nell'organizzazione costituzionale romana<sup>43</sup>. Nel pensiero giurisprudenziale venne invece chiarendosi la natura esclusivamente umana di quel settore del diritto relativo alle attività umane, le cui regole hanno origine da fatti esclusivamente umani quali la consuetudine, i *foedera* o i provvedimenti degli organi della *res publica*. Venne pertanto isolandosi entro la originaria globale esperienza giuridico-religiosa un settore pienamente laicizzato, di cui si riconosce l'origine esclusivamente umana: solo rompendosi l'unità giuridico-religiosa dello *ius* originario in due masse aventi natura differente, la distinzione tra *humanum* e *divinum* poté essere fondata su un criterio genetico<sup>44</sup>, fondato sulla diversa origine delle due masse normative.

Eppure tale sovrapposizione di significati non arriverà mai a cancellare la più antica concezione, giacché “la distinzione primitiva continuò a valere in alcuni usi e spesso su un piano superiore a quello della successiva elaborazione scientifica del diritto, combinandosi variamente con le ulteriori e più tecniche concezioni e distinzioni giuridiche<sup>45</sup>. Una volta affermatasi nel pensiero giurisprudenziale classico l'idea di un fondamento esclusivamente umano dello *ius*, ed espunto da esso ogni residua concezione magico-religiosa, l'antica distinzione basata sull'oggetto della norma poté riaffermarsi su una base pienamente laica: *ius divinum* sarebbe in questo caso quella parte del diritto prodotto dagli uomini che ha per oggetto il campo del divino.

---

<sup>41</sup>Y. THOMAS, *Le valeur des choses*, cit., pag. 1437.

<sup>42</sup>Per tutti, F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (tr. it. di G. Nocera), Firenze, 1968, pagg. 24 ss.

<sup>43</sup>R. ORESTANO, *Dal jus al fas*, cit., pag. 267.

<sup>44</sup>R. ORESTANO, *Dal jus al fas*, cit., pagg. 211 ss e 267 ss.

<sup>45</sup>R. ORESTANO, *Dal jus al fas*, cit., pag. 202.

In questo senso appare utilizzata nei giuristi classici che riportano la *summa rerum divisio* in *res divini e humani iuris*<sup>46</sup>, in particolare nei frammenti di Paolo e Ulpiano relativi alla sistematica degli interdetti<sup>47</sup>: l'equivalenza delle categorie degli *interdicta divini iuris* (Paolo) e *interdicta quae de divinis rebus competunt* (Ulpiano), chiarisce come in questi giuristi lo *ius divinum* sia assunto come quella branca dello *ius* che, pur essendo di origine pienamente umana (trattandosi di rimedi pretori), ha per oggetto una *res divina*, ovvero una *res* destinata allo svolgimento della vita religiosa<sup>48</sup>. Ugualmente parametrata sulla destinazione d'uso della cosa oggetto della regolamentazione – pienamente mondana – appare la distinzione assunta nella sistematica delle Istituzioni di Gaio. La dottrina ha a lungo dibattuto<sup>49</sup> sul significato della *summa divisio* riportata in Gai II.2, a partire soprattutto dalla teoria di Solazzi secondo la quale essa sarebbe fondata su un criterio di attuale e giuridica titolarità delle cose<sup>50</sup>: per cui sarebbero *divini iuris* le cose che “appartengono” agli Dei o ai Mani. A parte la annosa questione della posizione che assumerebbero le *res sanctae* in una tale classificazione<sup>51</sup>, occorre notare che l'interpretazione delle espressioni “*diis superis consecratae*” e “*diis Manibus relictae*” in Gai II.4 in termini di appartenenza giuridica appare tutt'altro che scontata, e nasconde forse invece la sopra ricordata necessità di coordinare la *summa divisio* con la distinzione tra *res in patrimonium/extra patrimonium* introdotta in Gai II.1.

Una tale necessità sorge naturalmente dalla pretesa di coordinare tutti i frammenti entro un quadro concettuale univoco, ma pure dalla tendenza della

<sup>46</sup>R. ORESTANO, *Dal jus al fas*, cit., pag. 208.

<sup>47</sup>R. ORESTANO, *Dal jus al fas*, cit., pagg., 210 e 270.

<sup>48</sup>Nello stesso senso può essere letta la celebre definizione ulpiana della giurisprudenza in D.1.1.10.2 (Ulp. 2 reg.) *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (= I.1.1). Ancora, lo nota G. AGAMBEN, *Il sacramento del linguaggio*, cit., pag. 28.

<sup>49</sup>Una panoramica del dibattito in F. FABBRINI, *Res divini iuris*, cit., pag. 517 ss.

<sup>50</sup>Così anche G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 32, seguito da M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 23.

<sup>51</sup>S. SOLAZZI, *Quodam modo nelle Istituzioni di Gaio*, in *SDHI*, 19, 1953. Contro tale ricostruzione G. IMPALLOMENI, *Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano*, in *Studi Volterra*, 3, Milano, 1971, pagg. 23 ss (oggi in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, pagg. 227-263), F. FABBRINI, sv *Res divini iuris*, in *NNDI*, XV, 1968, pagg. 510 ss e E. FANTETTI, *L'inquadramento classico delle «res sanctae»*, in *Labeo*, 2, 1956, pagg. 94 ss. Una rivisitazione dei problemi legati a tale categoria di *res* in M. DE SOUZA, *La question de la tripartition*, cit., spec. pagg. 27 ss.

moderna romanistica a scovare in ogni “imputazione” giuridica un elemento soggettivo, ovvero a ricostruire ogni situazione giuridica in ragione della natura del soggetto cui essa viene imputata: come mostrato dalle ricerche di Eliacevitch<sup>52</sup> e Orestano<sup>53</sup> però, la scienza giuridica romana conosceva anche forme puramente oggettive di imputazione, in cui la qualifica giuridica appare determinata da una condizione inerente alle cose stesse e le *res* sono considerate sotto un profilo che potremmo dire funzionale o pratico<sup>54</sup>. Questa appare essere anche la prospettiva con cui la distinzione è assunta in Gaio, per cui *res sacrae religiosae* e *sanctae* sono unificate sotto la categoria delle *res divini iuris* in quanto considerate sotto il profilo funzionale della loro destinazione a uno scopo *lato sensu* sacrale. Questa è la conclusione cui giunge Michel Villey<sup>55</sup>, che significativamente afferma che le *res divini iuris* “existent par elles-memes et sans aucun titulaire de droit subjectif”<sup>56</sup>: esse sarebbero invece “des institutions juridiques objectives” dotate di uno “statut juridique propre”<sup>57</sup> a prescindere dalla loro intitolazione a un soggetto titolare. Il senso della *distinctio* ulpiana tra *res divini* e *humani iuris* riposa dunque sulla

---

<sup>52</sup>B. ELIACEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942, pag. 10.

<sup>53</sup>R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, cit., pagg. 296 ss.

<sup>54</sup>Così anche G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag 223 usa l'espressione “al servizio di”.

<sup>55</sup>M. VILLEY, *L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RHDFE (IV série)*, 24-25, 1946-1947, pagg. 201 ss. Una panoramica delle tesi del Villey circa l'inesistenza nel pensiero giuridico romano del concetto di diritto soggettivo di recente in N. RAMPAZZO, *Diritto soggettivo e ius nella visione di Michel Villey*, in *RIDA*, 54, 2007, pagg. 379 ss.

<sup>56</sup>M. VILLEY, *L'idée de droit subjectif*, cit., pag. 208.

<sup>57</sup>M. VILLEY, *L'idée de droit subjectif*, cit., pag. 209.

diversa funzionalizzazione dei beni considerati<sup>58</sup>: gli uni sono destinati ai culti<sup>59</sup>, gli altri alle esigenze del consorzio umano.

Rimane da chiarire come possa essere considerata *summa* tale distinzione, che genera una contrapposizione di nuda semplicità e scarso contenuto tecnico-informativo<sup>60</sup>, ancora da giuristi operanti nel quadro di una scienza giuridica raffinata e di un ordinamento giuridico complesso. Forse occorre spogliarsi dall'idea, legata a una visione modernamente sistematica del diritto, per cui la distinzione *summa* sia necessariamente quella che contiene e importa il maggior numero di determinazioni per gli elementi che la compongono. Da questo punto di vista possono essere rivalutate, al di fuori della polemica sullo studio “ideologicamente orientato” del diritto romano, le riflessioni di Fausto Gorla sulle *divisiones* gaiane<sup>61</sup>: l'autore nota infatti come non si possa sempre assumere “la parola *summa* nel senso di una mera, oggettiva, descrizione di una gerarchia tecnico-sistematica di partizioni” ma occorrerebbe piuttosto attribuirle “un significato più o meno estesamente valutativo”; proprio in relazione alla *summa divisio rerum* continua poi l'autore notando come “quello che fa privilegiare come *summa* la distinzione tra *res divini iuris* e quelle *humani iuris* non è quindi un elemento tecnico-sistematico, ma valutativo, anche se evidentemente collegato a una mentalità dell'epoca”. Appare pienamente convincente

<sup>58</sup>Tale interpretazione del riferimento ulpiano alle *res divini iuris*, come beni la cui funzionalizzazione agli scopi sacrali sarebbe tutelata dal sistema pretorio degli interdetti, non implica peraltro l'accettazione della tesi, che si fonda anche sulla lettura di D.43.1.1 pr., secondo cui il pretore in epoca classica avrebbe predisposto una tutela proibitoria per i *loca religiosa*, tesi già convincentemente criticata da C. BUSACCA, *'Ne quid in loco sacro religiosove santo fiat'?*, in *SDHI*, 43, 1977, pagg. 265 ss. Anticipando quanto si dirà circa la tesi di Di Porto, che vuole desumere l'esistenza di un interdetto popolare generalmente volto a tutelare la destinazione pubblica di ogni luogo pubblico proprio dal riferimento ulpiano agli *'interdicta publica'*, (A. DI PORTO, *Interdetti popolari e «res in usu publico»*, cit., pag. 507) occorre ribadire fin d'ora come in assenza di puntuali riscontri nelle fonti non si possono trarre conclusioni di ordine 'sistematico' da tali frammenti classificatori e di contenuto essenzialmente dogmatico.

<sup>59</sup>Questo mi sembra il significato dell'espressione *consecratae* con cui Gaio indica la relazione tra gli dei superi e le *res sacrae*: non già una sorta di attribuzione in titolarità, ma piuttosto il riconoscimento della destinazione dei beni al culto divino.

<sup>60</sup>M. GENOVESE, *Res in nostro patrimonio vel extra nostro patrimonium. Valenza giuridico-istituzionale della partizione*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna IV*, Napoli, 2007, pagg. 2133 ss, spec. pagg. 2141 ss con bibliografia.

<sup>61</sup>F. GORLA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in *AA.VV., Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1975, pagg. 328 ss. Contro, R. MARTINI, *Le summae divisiones in Gaio*, in *Atti del seminario romanistico gardesano*, Milano, 1976, pagg. 89 ss.

la critica alle moderne pretese di ricostruire dalla testimonianza gaiana una coerente sistemazione dei beni pubblici<sup>62</sup>, a partire dall'osservazione che qui vi sarebbero piuttosto “quattro classificazioni che si intrecciano l'una sull'altra, senza che vi sia il tentativo di disporle in una scala sistemata, armonica e coerente”<sup>63</sup>. Invece l'osservazione proposta dallo stesso autore per spiegare la qualificazione come *summa* della *divisio* tra *res divini* e *humani iuris* – per cui i due elementi sarebbero percepiti come appartenenti “a due mondi diversi completamente separati, fra i quali esiste una profonda differenza gerarchica che non è neanche pensabile di mettere in dubbio”<sup>64</sup> – appare meno persuasiva, per lo meno con riferimento al pensiero di Paolo e Ulpiano: i due giuristi infatti, stanno pur sempre procedendo alla sistemazione di rimedi predisposti dal pretore, dunque totalmente umani, e la loro attività classificatoria si svolge all'interno di un'ottica completamente laicizzata. Si potrebbe invece pensare che tale distinzione abbia percorso la storia della giurisprudenza romana, pur con le variazioni di significato di cui si è detto sopra, mantenendo la sua centralità per la riverenza verso quelle che erano percepite come categorie fondanti, originarie dell'esperienza giuridica romana.

#### 4. Il problema della titolarità delle *res publicae*

Gli interdetti attratti nell'orbita dello *ius humanum*, sono a loro volta ulteriormente suddivisi da Ulpiano secondo una serie di partizioni binarie relative alla natura dell'oggetto tutelato<sup>65</sup>. Innanzitutto vi sono i rimedi volti a tutelare *res 'quae nullius sunt'*: l'unico esempio riportato per questa categoria è peraltro

<sup>62</sup>Rispetto a cui già G.G. ARCHI, *La «summa divisio rerum» in Gaio e in Giustiniano*, in SDHI, 3, 1937, pagg. 5 ss, parlava di “pandettismo” (pag. 5).

<sup>63</sup>In questo senso anche G. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, in ID., *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, pagg. 241 ss., spec. pag. 246 dove a proposito della *divisio rerum* gaiana l'autore nota che Gaio “trova tra le classificazioni dell'ordinamento civilistico questi concetti e li utilizza per fini di catalogazione sia logica che pratica, senza connetterli” e che “si tratta insomma di una sistematica non perfettamente coordinata nei suoi elementi, la quale serve a dare alla materia un assetto approssimativo”.

<sup>64</sup>Spiegazione peraltro accettata, seppure a un livello puramente ipotetico, da G. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, cit., pag. 246: “non si può non sospettare, del resto, che la qualifica di *summa* possa essere influenzata dal riferimento sacrale, superumano, delle *res divini iuris*”.

<sup>65</sup>Cfr. l'utile schematizzazione in A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit., pagg. 72 ss.

l'interdetto *de homo libero exhibendo*, che a rigor di logica dovrebbe sfuggire a tale categorizzazione fondata sulla natura della cosa tutelata, dal momento che protegge – per ammissione dello stesso Ulpiano – *liberae personae*<sup>66</sup>. Più interessante la categoria degli interdetti che tutelano *res quae sunt alicuius*, che Ulpiano ulteriormente suddivide a seconda che si riferiscano a *res singulorum* o a *res publicae*: i primi possono riguardare sia cose individualmente considerate (i tradizionali interdetti possessori) che complessi giuridicamente rilevanti di beni (le *universitates*: in particolare l'interdetto *quorum bonorum*); i secondi si identificano in sostanza con gli interdetti *de locis publicis* oggetto del presente studio.

Dunque, un ulteriore tassello nella ricostruzione della categoria ulpiana dei beni tutelati mediante gli interdetti *de locis publicis* è rappresentato dall'affermazione in D.43.1.1 pr., secondo cui le *res publicae...sunt alicuius*: essa infatti evidentemente solleva la spinosa questione della titolarità, ovvero del regime di appartenenza, dei beni tutelati con gli interdetti a tutela dei luoghi pubblici.

Lo studio dei problemi di imputazione di relazioni giuridiche nel quadro dell'organizzazione pubblica romana – nota Orestano nel suo fondamentale studio sul problema della personalità giuridica in diritto romano – è reso particolarmente complesso dal persistere di una serie di “errori di impostazione” ricorrenti nella tradizione romanistica ed essenzialmente legati alla prospettiva statalista che ha caratterizzato la dottrina giuridica continentale a partire almeno dal XVI secolo<sup>67</sup>: tali deformazioni prospettive rendono obsoleta la pur autorevole impostazione del problema nella dottrina tradizionale in termini di titolarità di diritti soggettivi<sup>68</sup>.

Tale problema presenta a mio avviso due distinti profili, ovviamente intrecciati ma che tuttavia saranno affrontati separatamente nei prossimi paragrafi: da un lato, quello della qualificazione giuridica della relazione di appartenenza delle *res*

<sup>66</sup>In questo senso appare dunque più precisa la classificazione paolina, che non contiene l'ambiguo riferimento all'*homo liber*: cercheremo comunque *infra* di dare ragione di tale inclusione, alla luce dei caratteri generali della classificazione ulpiana in D.43.1.1 pr.

<sup>67</sup>R. ORESTANO, *Il problema*, cit., pagg 185 ss. In senso mi pare adesivo L. PEPPE, *La nozione di populus e le sue valenze*, in *Staat und Staatlichkeit in der fruhen romischen Republik: Akten eines Symposiums*, Stuttgart, 1990, pagg 312 ss.

<sup>68</sup>Per tutti, si consideri l'impostazione di V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., pagg. 207 ss, ancora in G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 89 ss.

*publicae* adombrata dall'espressione ulpiana *alicuius*, dall'altro quello dell'individuazione dei soggetti cui riferire tale imputazione: questo secondo profilo condurrà ad affrontare nei paragrafi che seguono (6 e 7 del presente Capitolo) il problema del rapporto tra la categoria di *res publicae* individuata da Ulpiano in D.43.1.1 pr. e, da un lato, i *bona civitatis*, dall'altro le *res communes omnium*.

Con riguardo al primo aspetto del problema, quello della ricostruzione della natura dogmatica di tale rapporto di “appartenenza” delle *res publicae* nel pensiero ulpiano, occorre notare come la questione dell'interpretazione dell'espressione *alicuius esse* in D.43.1.1 pr. venga normalmente ricondotta al più generale problema della titolarità delle *res publicae* nel pensiero giurisprudenziale romano.

Questa operazione presenta ovviamente rischi e difficoltà, legate *in primis* allo sviluppo diacronico del pensiero giuridico e politico-costituzionale romano, alla controversialità tra soluzioni concorrenti – che in questa materia sembrano difficilmente riconducibili a un quadro univoco o a uno sviluppo organico – nonché alla ritrosia dei giuristi a esplicitare la natura dogmatica di molte situazioni giuridiche, ove non fosse ciò percepito come strettamente necessario. A queste difficoltà, legate a caratteri interni dell'esperienza romana, si aggiunge la tentazione, tanto più forte quando si pretenda di ricostruire dottrine generali, di proiettare sull'interpretazione storica i paradigmi della contemporaneità.

Questo doppio ordine di difficoltà spiega a mio avviso l'impossibilità di accogliere alcuna delle soluzioni prospettate in dottrina come definitivamente corretta: non sarà comunque inutile ripercorrere sommariamente alcuni dei problemi sollevati nel corso di tale dibattito, al fine di trarne indicazioni utili a reimpostare il problema della categoria ulpiana delle *res in usu publico*. Si cercherà invero di tenere lo sguardo il più possibile fisso su questo specifico problema, senza pretesa di generalizzare i risultati ottenuti in una pretesa teoria generale romana dei beni pubblici.

La dottrina, quando non ha proceduto apoditticamente all'interpretazione del passo, ha fatto in primo luogo leva sulla considerazione del significato linguistico del



sintagma *alicuius esse*, usato da Ulpiano in D.43.1.1 pr. per inserire le *res publicae* nella sua classificazione delle *res* tutelate mediante interdetto.

Il ricorso all'espressione *alicuius esse*, parrebbe in prima approssimazione pianamente rimandare a un regime di appartenenza modellato sulla proprietà di tipo privatistico. Nel linguaggio giuridico romano infatti, e specialmente in quello più arcaico, in assenza di un sostantivo tecnico *ad hoc* il rapporto proprietario era comunemente espresso con formule di pertinenza costruite con il verbo essere accompagnato da un aggettivo possessivo (“*meum esse*”, sull'esempio della formula della *legis actio sacramento in rem*)<sup>69</sup> o, come è qui il caso, da un sostantivo al genitivo. Da questo parallelismo parrebbe doversi trarre la conclusione che espressioni come *res populi romani* (o *agri publici populi romani*) segnalassero che “questi beni avevano come centro di imputazione un elemento unificato, il *populus*, e quindi potevano apparire, in un certo senso, proprietà di un solo titolare”<sup>70</sup>.

La tesi secondo cui lo stato romano vantasse su tutte le *res publicae* un diritto soggettivo assimilabile allo schema del *dominium* quiritario<sup>71</sup> è stata in particolare difesa da Dernburg e Ruttiman – nel quadro della nota controversia tra Basilea-città e Basilea-campagna sulla titolarità delle mura cittadine celebrata del 1863 davanti a un collegio arbitrale formato dai migliori civilisti tedeschi dell'epoca<sup>72</sup> – e accettata poi a livello scientifico in diversi celebri manuali di Pandette e monografie pubblicate in quello stesso torno di anni<sup>73</sup>.

<sup>69</sup>M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*<sup>2</sup>, Köln-Graz, 1956, pagg. 6 ss.

<sup>70</sup>R. ORESTANO, *Il problema*, cit., pag 291.

<sup>71</sup>Nel senso che il *dominium ex iure quiritium* fu “oggetto di un'elaborazione autonoma che ne fece il perno di tutto un sistema di dritti reali”, nel senso che forme proprietarie non civilistiche elaborate nel corso dell'esperienza giuridica romana furono ad esso assimilate “sempre però con la precisa coscienza che i nuovi sistemi analoghi che si creavano, *dominium* quiritario non erano, e tutto il sistema che li riguardava, se era stabilito in analogia col sistema dei diritti reali del *ius civile*, non era il sistema dei diritti reali del *ius civile*”: così C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano I*, Torino, 2001, pag. 460, ma anche pagg. 164 ss.

<sup>72</sup>Su cui R. JHERING, *Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die festungswerte der Stadtbasel*, Leipzig, 1862 poi in *Vermischte Schriften*, Leipzig 1879, pagg. 143 ss e F. EISELE, *Über das Rechtsverhältniss der res publicae in publico usu nach römischem Recht*, Basel, 1873. Una utile sintesi in lingua italiana in A. CODACCI PISANELLI, *Le azioni popolari*, AG, XXXIII, 1884 pagg. 317 ss, nelle pagg. 366 ss.

<sup>73</sup>Riferimenti alla dottrina ottocentesca in A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette*, cit., pagg. 235 ss e in F. EISELE, *Über das Rechtsverhältniss*, cit., pag. 3. Nella romanistica novecentesca, in particolare G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 180 ss.

Il dato testuale, come detto, sembra univoco: eppure tale ricostruzione in termini puramente dominicali del rapporto di appartenenza delineato nel frammento ulpiano si scontra con alcune difficoltà interpretative.

Innanzitutto l'ipotesi che Ulpiano, nel procedere alla *distinctio* delle *res humani iuris*, avesse a mente un criterio strettamente tecnico di appartenenza giuridica, appare quantomeno indebolita dalla considerazione della natura delle *res* qualificate come *nullius*<sup>74</sup>. Esse infatti vengono fatte coincidere con le *liberae personae*, che evidentemente non sono nemmeno *res*. Se dovessimo valutare la *partitio* ulpiana alla stregua di uno stretto criterio di titolarità di un diritto proprietario, tale categoria rappresenterebbe un vizio dogmatico della classificazione: da un lato infatti starebbero le cose individuate in base alla loro giuridica appartenenza a un soggetto (le *res alicuius, singulorum* o *publicae*), mentre dall'altro sono indicate delle entità (*liberae personae*) caratterizzate non tanto dalla non suscettibilità a essere oggetto di proprietà, quanto più radicalmente dall'impossibilità di essere qualificate come *res*. L'unica strada per ridare coerenza alla distinzione, sarebbe quella di intendere *alicuius* non già come attuale appartenenza a un soggetto, come lascerebbe intendere il parallelismo con le forme private di espressione dell'appartenenza, ma come mera suscettibilità della cosa a divenire oggetto di proprietà: sarebbero dunque *publicae* in questo senso, le cose che possono diventare entrare nella proprietà del *populus*-stato..

Un secondo elemento impedisce però di accogliere l'interpretazione del sintagma *alicuius esse* come pianamente riferentesi ad un rapporto proprietario assimilabile a quello privatistico, anche solo potenziale: gli esempi di *res publicae* riportati da Ulpiano nella sua classificazione degli interdetti in D.43.1.1 pr. (*flumina* e *viae*) sono i tipici esempi di *res in usu publico*, categoria che lo stesso Ulpiano, in sede di commento alla clausola edittale dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat*<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup>Questo rilievo era già stato formulato da A. KAPPELER, *Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts*, Zürich, 1867, e ricordato in polemica contro la tesi "privatistica" di Dernburg da F. EISELE, *Über das Rechtsverhältniss*, cit., pag. 7.

<sup>75</sup>D.43.8.2.4-5 (Ulp. 68 ad ed.) 4. *Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum*

esplicitamente contrappone alle *res in patrimonio populi* (o *fisci*). La contraddizione tra le due testimonianze ulpianee appare evidente: mentre le *res in patrimonio* sono tranquillamente configurabili come oggetti di un rapporto di appartenenza di tipo privatistico, facente capo al *populus* prima e al *princeps* poi, per le *res in usu publico* “l'inquadramento concettuale è avvenuto al di fuori dello schema logico della mera appartenenza, o, per meglio dire, al di fuori dell'imputazione immediata al *populus* nel suo insieme e, più tardi, al *princeps*”<sup>76</sup>. Anzi, il senso della distinzione tra *res in usu* e *in patrimonio populi* sembra risiedere esattamente nella non configurabilità sulle prime di un rapporto di tipo patrimoniale – quindi nemmeno dominicale. Si tratterebbe insomma di beni per cui, riprendendo il pensiero di Vassalli – l'aggettivo pubblico avrebbe “un contenuto obiettivo, dato da note di scopo e di regime, più che dalla subiettiva riferenza”<sup>77</sup>, che si contrapporrebbero alle *res in patrimonio* che invece devono la loro qualifica di *publicae* al criterio soggettivo di appartenenza a un ente pubblico.

Questa considerazione sposta notevolmente i termini del problema, inserendo un elemento differenziale all'interno della altrimenti omogenea categoria delle *res publicae* evocata da Ulpiano nel frammento di apertura del libro 43 del Digesto.

Tale profilo della questione è stato per la prima volta sollevata proprio nel contesto della già citata controversia sulla titolarità delle fortificazioni di Basilea. In quella sede i giuristi che si opponevano alla tesi dernburghiana della natura privatistica e proprietaria del rapporto tra Stato e *res publicae*, argomentarono proprio a partire dalla distinzione posta nelle fonti tra *res in patrimonio* e *in usu populi*, ipotizzando poi che rispetto a queste ultime si dovesse parlare – piuttosto che di proprietà in senso privatistico – di appartenenza *sui generis*, fondata su un titolo pubblicistico e dunque non assimilabile allo schema del *dominium* privatistico ma piuttosto al concetto dell'*eminent domain*<sup>78</sup> del sovrano. Tale è in buona sostanza

---

*locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt. 5. Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo noceret, praetor intercederet interdicto suo.*

<sup>76</sup>R. ORESTANO, *Il problema*, cit., pag. 296.

<sup>77</sup>F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales*, cit., pag. 4.

<sup>78</sup>La similitudine è anche in C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni*, I, cit., pag. 167.

l'interpretazione proposta da Jhering e Keller i quali, di contro alla tesi tradizionale, (sostenuta in quella sede da Dernburg e Rüttiman) circa la natura privatistica del rapporto dominicale dello stato con tutte le *res publicae*, isolarono una categoria di beni – le *res in usu publico* – il cui rapporto con lo stato sarebbe piuttosto qualificabile come sovranità che come proprietà<sup>79</sup>. A questa impostazione può essere ricondotta anche la tesi di Eisele il quale, tentando a distanza di anni dalla controversia di Basilea una sorta di mediazione tra le tesi dernburghiane e jheringhiane, finiva per interpretare il rapporto di appartenenza inerente alle *res publicae* come proprietà pubblica essenzialmente caratterizzata dalla destinazione alla pubblica utilità – patrimoniale o materiale – del bene ad essa soggetto<sup>80</sup>.

Tale lettura si è affermata nella dottrina novecentesca nella quale, nonostante l'accento messo dai fondamentali lavori di Vassalli e Orestano sulle peculiarità dogmatiche e di disciplina delle *res in usu publico*, continua a riproporsi un modello ermeneutico di tipo soggettivistico e statalistico in cui il rapporto tra *populus*-stato e tali beni è variamente qualificato in termini di “generica pertinenza”<sup>81</sup> o di proprietà di diritto pubblico<sup>82</sup>, oppure risolto con l'affermazione che le due prospettive –

---

<sup>79</sup>Nelle parole di Eisele, Keller e Jhering “behaupten, dass diese Sachen (*res in usu publico*) schlechthin in keinem privatrechtlichen Eigenthume stehen, und schreiben dem Staate an denselben vielmehr hoheitsrecht” (F. EISELE, *Über das Rechtsverhältniss*, cit., pag. 1).

<sup>80</sup>F. EISELE, *Über das Rechtsverhältniss*, cit., pag. 24: “daher nehme ich keinen Anstand, das Recht des Staats an den öffentlichen Sachen zu bezeichnen als Eigenthum des ius publicum oder als publizistische Eigenthum, und dasselbe zu definieren als dasjenige Eigenthum, welchem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent ist”. Non dissimile da questa è la posizione cui giunge Vecting (W.G. VECTING, *Domaine public et res extra commercium. Étude historique du droit romain, français et néerlandais*, Alphen aan den Rijn, 1950) il quale però tende a rimarcare piuttosto contro Eisele (pag. 33) l'unitarietà del rapporto tra lo stato e le *res publicae*, a prescindere dalla loro qualifica come *in usu* o *in patrimonio populi*: esso sarebbe qualificabile come una di diritto di proprietà e dunque strutturalmente assimilabile al rapporto dominicale privatistico (“les droits que l'Etat avait sur ces choses étaient les mêmes dans leur quantité et leur espèce que ceux que les citoyens avaient en vertu de leur droit de propriété sur les choses qui leur appartenaient”, pag. 32), ma pur sempre di diritto pubblico (riconoscendo “une différence entre la puissance de l'Etat et celle de l'individu sur les choses, comme tout ce qui concerne l'Etat avait un caractère propre”, pag. 33); insomma, “l'Etat selon le droit romain doit donc être considéré comme propriétaire des *res publicae*, de celles qui sont et de celles qui ne sont pas destinées à un usage public” (pag. 34).

<sup>81</sup>G. BRANCA, *Le cose*, cit., pagg. 232 ss, sostiene, con riferimento alla qualifica ulpiana delle *res publicae* come *alicuius*, che “anche i beni demaniali del popolo, pur non essendo in patrimonio (*in bonis*) di questo, erano a ogni modo *del* popolo e quindi rientravano agevolmente nel quadro delle cose di qualcuno”.

<sup>82</sup>Ad esempio in C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni*, I, cit., pag 470, nota 50 e M. KASER, *Das römische Privatrecht I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, pag.

soggettivistica e funzionale – convivono in entrambe le categorie sebbene con diversa rilevanza<sup>83</sup>.

Essa però mi sembra peccare proprio di quel pregiudizio statalista – consistente nel vedere nel *populus* l'equivalente della moderna nozione astratta di stato – che Orestano indicava come la principale difficoltà su cui si era impantanata la dottrina precedente. Più in generale occorre notare come qualunque nozione costruita come variante “sui generis” di un'altra nozione si esponga a una debolezza di fondo, una situazione di indecidibilità non pensabile al di fuori della nozione che si vuole salvare.

Rimane forse un'ultima strada da percorrere, per dare un senso all'affermazione ulpiana per cui le *res publicae...sunt alicuius* senza ricorrere allo schema della titolarità di un diritto soggettivo di tipo proprietario: occorre però mettere in discussione l'assunto per cui la costruzione linguistica *alicuius esse* starebbe senz'altro a indicare, nel contesto del frammento ulpiano, una situazione di appartenenza.

Innanzitutto, da un punto di vista puramente sintattico, è vero che la costruzione latina verbo *esse* + sostantivo al genitivo può facilmente essere spiegata come genitivo di appartenenza in funzione predicativa<sup>84</sup>: in questo senso interpretata, l'espressione certamente potrebbe rimandare a una forma di pertinenza e titolarità, analogamente all'arcaica affermazione “meum esse aio”<sup>85</sup>. Occorre però sottolineare come il genitivo possessivo nel latino non specialistico si riferisca a una vastissima gamma di rapporti di pertinenza non riconducibili al rapporto proprietario o possessorio implicito in una titolarità giuridica.

In particolare il genitivo di pertinenza o convenienza<sup>86</sup> in latino esplica la funzione sintattica di ricollegare l'oggetto alla sfera di doverosità o convenienza di un

---

381.

<sup>83</sup>G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di 'ius gentium'*, Milano, 1946, pag. 154.

<sup>84</sup>Ad esempio in A. TRAINA, *Sintassi normativa della lingua latina*, Bologna, 1985, pag. 72; CONTE-BERTI-MARIOTTI, *La sintassi del latino*, Firenze, 2006, pagg. 90 ss.

<sup>85</sup>Per tutti, R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, cit., pagg. 286 ss.

<sup>86</sup>CONTE-BERTI-MARIOTTI, *La sintassi del latino*, cit., pag 93; A. TRAINA, *Sintassi normativa*, cit., pag. 73.

soggetto – piuttosto che alla sfera di disponibilità o proprietà; ovvero di indicare il soggetto che ha interesse o cui confà ciò che indicato come oggetto della frase stessa, come nelle equivalenti (ma rare) espressioni *proprium est* o *officium est*.

Soprattutto quando usato in funzione predicativa, il significato strettamente possessivo e quello di pertinenza del caso genitivo sono difficilmente distinguibili, come ad esempio nella frase *terra est hominum*. Ancora più significativamente, per quanto riguarda l'argomento del presente lavoro, nell'espressione *alicuius iuris esse*, che esprime non tanto (o non solo) il rapporto di statica sudditanza rispetto a un soggetto, ma piuttosto una relazione giuridica complessa fatta di doveri e diritti reciproci. Dunque da un'analisi puramente sintattica, non appare univocamente dimostrata l'interpretazione dell'espressione *alicuius esse* nel senso di esprimere un vincolo di appartenenza tra il sintagma nominale [*res publicae*] e il predicato [*alicuius*].

Ulteriormente, spostando l'analisi su un piano più propriamente esegetico, si può notare come all'interno dei *Tituli ex corpore Ulpiani* il costrutto “genitivo (*alicuius, cuius, testatoris*) + verbo *esse*”, quando utilizzato per esprimere la condizione di appartenenza di un bene a un soggetto<sup>87</sup>, sia sempre accompagnato da un'ulteriore specificazione volta a determinare il tipo di vincolo tra soggetto e bene: *ex iure Quiritium*, quando si tratta di proprietà civilistica<sup>88</sup>; *in bonis*, quando si tratta di proprietà pretoria; *in potestate*, quando ci si riferisce a un rapporto familiare o potestativo. Certo potrebbe obiettarsi che, nella trasfusione delle testimonianze nel Digesto, tali ulteriori qualificazioni siano state fatte cadere in ossequio alla direttiva contenuta nella costituzione giustiniana *de nudo iure quiritium tollendo*<sup>89</sup>. Epperò,

<sup>87</sup>Si vedano le osservazioni di ANKUM-DE ROO-POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius/in bonis habere im klassischen römischen Recht I*, in *ZSS (Rom. Abteil.)*, CIV, 1987, pagg. 238 ss, spec. pagg. 260 ss.

<sup>88</sup>G. NICOSIA, *Brevis dominus*, in *Studi Franciosi*, III, Napoli, 2007, pagg. 1847 ss, spec. pag. 1850.

<sup>89</sup>C. 7.25.1: *Imperator Justinianus. Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure quiritium vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure quiritium nomen, quod nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui sive aliarum rerum ad se pertinentium* \* IUST. A. IULIANO PP. \* <A 530-531>

occorre notare come non solo la qualifica *in bonis*, ma pure in un caso quella *ex iure Quiritium*, siano sopravvissute in diversi frammenti ulpiane nel Digesto, a riprova della flessibilità con cui venne applicata la direttiva giustiniana da parte dei compilatori.

Inoltre, tale assenza di ulteriori qualificazioni del sintagma *alicuius esse* in D.43.1.1 pr. assume un significato ulteriore dal confronto del frammento ulpiano sulla classificazione degli interdetti e le testimonianze gaiane in tema di *rerum divisio* (Gai. 2.1-2.11 e D.1.8.1 pr.). Tale comparazione restituisce un quadro concettuale di difficilissima decodificazione: le *res publicae* sono considerate *nullius in bonis* da Gaio, che contemporaneamente sostiene esse *ipsius universitatis esse creduntur* (Gai. 2.11), mentre Ulpiano qualifica come *alicuius* le *res in usu publico*, che invece sembrano sfuggire a qualsiasi inquadramento in termini di titolarità di un soggetto.

Il quadro di riferimento è ulteriormente complicato dalle difficoltà relative alla complessiva esegesi del frammento delle Istituzioni di Gaio relativo alla classificazione sui beni. Per quanto riguarda specificatamente il presente lavoro, possiamo dire che il passo del manoscritto veronese relativo alla *divisio rerum* gaiana pone due ordini di problemi: l'uno filologico-paleografico, di ricostruzione del testo che presenta una notevole lacuna<sup>90</sup>; l'altro, propriamente dogmatico, relativo al coordinamento dei due criteri di classificazione delle *res humani iuris* proposti da Gaio, quella tra *alicuius in bonis/nullius in bonis* e l'altra tra *publicae* e *privatae*.

A partire dall'integrazione del palinsesto veronese tradizionalmente proposta sulla base del confronto con il parallelo luogo gaiano riportato nel Digesto (D.1.8.1 pr.)<sup>91</sup>, effettivamente ci si trova di fronte “ad un duplice significato di *res nullius in bonis*, che può essere fonte di equivoci: “nel par. 9 significherebbe cosa che non appartiene al singolo né alla collettività e nel par. 11 cosa che non appartiene al singolo”<sup>92</sup>. In altre parole, l'utilizzo della medesima qualifica (*res nullius in bonis*)

<sup>90</sup>Si veda per tutti C. BUSACCA, *Studi*, cit., pagg. 49 ss.

<sup>91</sup>*Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est: id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.*

<sup>92</sup>C. BUSACCA, *Studi*, cit., pag. 59.

per *hereditas iacens* da un lato e per le *res sacrae, religiosae e publicae* dall'altro, farebbe pensare che Gaio non possedesse una visione chiara e univoca del significato dogmatico della categoria delle *res nullius in bonis*<sup>93</sup>: mentre infatti l'eredità giacente è un tipico caso di bene suscettibile di proprietà privata sebbene attualmente *sine domino*, nel caso dei beni sacri religiosi e pubblici – si dice – si configurerebbe un'attuale proprietà della collettività (*res publicae*) o degli Dei (*res sacrae e religiosae*). A partire da questa situazione si sono mossi i tentativi di conciliazione<sup>94</sup> di Archi<sup>95</sup>, Grosso<sup>96</sup>, Branca<sup>97</sup> e Scherillo<sup>98</sup>, tutte basate essenzialmente sull'idea della doppia elaborazione del manuale gaiano.

Peraltro di recente il problema ha conosciuto una parziale riformulazione. Sulla scia di una fondamentale intuizione di Bonfante<sup>99</sup> infatti, alcuni autori<sup>100</sup> hanno ritenuto di poter meglio impostare l'interpretazione del discorso gaiano in tema di *rerum divisio* sulla base di una più precisa messa a fuoco della distinzione tecnico-dogmatica tra *res nullius* e *res nullius in bonis*.

Robbe in un lavoro peraltro incompiuto – come si può dedurre dai continui riferimenti a una continuazione del libro che invece non è mai arrivata – a più riprese torna a lamentare come la dottrina romanistica abbia “confuso i due ben distinti concetti di *res nullius in bonis* e *res nullius* semplicemente”<sup>101</sup>: secondo la concezione classica invece, le *res nullius* sarebbero una sottospecie di *res privatae* che, essendo momentaneamente *sine domino*, si caratterizzano dal particolare regime

---

<sup>93</sup>Come notato già da G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino 1941 (ripubblicato in Rivista di diritto romano, I, 2001, e disponibile online all'indirizzo [www.ledonline.it/rivistadirittoromano](http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano), da cui si cita), pag. 16.

<sup>94</sup>Su cui si veda C. BUSACCA, *Studi*, cit., pagg. 54 ss.

<sup>95</sup>G.G. ARCHI, *La summa divisio rerum*, cit., pag. 11.

<sup>96</sup>G. GROSSO, *Le cose*, cit., pagg. 42 ss; ID., *Problemi sistematici nel diritto romano: cose-contratti*, Torino, 1974, pagg. 22 ss; ID., *Appunti sulle distinzioni delle res nelle Istituzioni di Gaio*, in *Studi Besta*, I, Milano, 1939, pagg. 35 ss.

<sup>97</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pagg. 225 ss.

<sup>98</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 30 ss.

<sup>99</sup>Si vedano in particolare alcuni contributi oggi raccolti nel volume II degli *Scritti* di Bonfante (P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1926): *La derelizione di res mancipi nel diritto classico* (pagg. 327 ss), *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte* (pagg. 342 ss.) e *Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione in bonis habere* (pagg. 370 ss).

<sup>100</sup>U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra "res nullius" e "res nullius in bonis" e la distinzione delle "res" pseudomarciane*, Torino, 1979, e C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione*, cit., pagg. 60 ss.

<sup>101</sup>Ad es. U. ROBBE, *La differenza sostanziale*, cit., pag. 3.



dell'occupabilità<sup>102</sup>, pertanto tale qualifica andrebbe riservata, nella classificazione gaiana, alla sola *hereditas iacens*; l'espressione *nullius in bonis* invece andrebbe propriamente riferita solo alle *res divini iuris* e alle *res publicae* e implicherebbe un elemento negativo – “non possono essere oggetto di proprietà privata”<sup>103</sup> – e uno positivo – che rimanda a un vero e proprio rapporto di proprietà sebbene non di stampo privatistico che però, nel caso delle *res in usu populi*, perderebbe il suo carattere patrimoniale<sup>104</sup>. Tale lettura, che pure evidentemente non risolve i problemi di coordinamento tra i frammenti delle Istituzioni gaiane<sup>105</sup>, ha comunque avuto il merito di riaccendere l'attenzione degli studiosi sul tema. In particolare Carlo Busacca fonderà su tale distinzione addirittura una diversa proposta di integrazione del manoscritto gaiano. A partire dal riconoscimento della differenza tra *res nullius* e *res nullius in bonis*<sup>106</sup>, questo autore giunge a negare che quest'ultima espressione abbia nel pensiero di Gaio una valenza tecnica e ritiene perciò che l'originale gaiano si riferisse esclusivamente alla categoria delle *res nullius*, intese come beni attualmente al di fuori del patrimonio privato ma suscettibili di entrarvi.

Queste ricostruzioni hanno avuto certo il merito di richiamare l'attenzione degli studiosi sul problema della “differenza sostanziale tra *res nullius* e *nullius in bonis*”, ma appaiono fallire al momento della riconduzione del pensiero giurisprudenziale romano in schematismi troppo rigidi. L'intuizione originale di Bonfante, pur nella sua indefinitezza (o invece proprio per questa sua caratteristica), rappresenta invece a mio avviso il viatico per un generale ripensamento della classificazione ulpiana delle *res publicae* anche alla luce della sistematica gaiana.

<sup>102</sup>Ad es. U. ROBBE, *La differenza sostanziale*, cit., pag. 24.

<sup>103</sup>U. ROBBE, *La differenza sostanziale*, cit., pagg. 35-36.

<sup>104</sup>U. ROBBE, *La differenza sostanziale*, cit., pag. 943. Rimane del resto da chiedersi cosa rimanga del diritto di proprietà – archetipo di ogni diritto soggettivo patrimoniale – se vi si tolga il carattere patrimoniale.

<sup>105</sup>Infatti Robbe sarà poi costretto a proporre una complessa ricostruzione delle ragioni che avrebbero portato Gaio a impostare il paragrafo 9 nella redazione che ci è giunta: U. ROBBE, *La differenza sostanziale*, cit., pagg. 34 ss.

<sup>106</sup>C. BUSACCA, *Studi*, cit., pag. 69 “*Res nullius* e *res nullius in bonis* hanno dunque un diverso significato: *res nullius* significa cosa di nessuno; *res nullius in bonis* cosa che è al di fuori del patrimonio privato”.

Sembra infatti a questo autore che “i Romani intendessero colla dizione *res nullius in bonis* non tanto o non soltanto almeno quelle che noi intendiamo come *res nullius*, cioè le cose che attualmente non appartengono ad alcuno ma sono occupabili da chicchessia, che sono insomma oggetto possibile ma non attuale di diritti, quanto le cose che non sono escluse dalla sfera giuridica, ma su cui nessuno attualmente ha un diritto di carattere patrimoniale, tale cioè che rappresenti un godimento”. Le *res nullius in bonis* in altre parole sarebbero quelle cose di cui nessuno può dirsi proprietario ma che, ciononostante, “hanno una destinazione a cui non è lecito sottrarle” e dunque “appartengono in certo modo alla sfera giuridica”<sup>107</sup> pur al di fuori degli schemi di appartenenza e titolarità. Questa categoria potrebbe dunque rappresentare un punto di emersione di quelle particolari situazioni giuridiche chiamate da Orestano “diritti senza soggetto”<sup>108</sup>, in cui la disciplina di un bene è definita a prescindere dal riferimento al tipo di rapporto soggettivo insistente su esso. Non è un caso che proprio l'*hereditas iacens*, accomunata da Gaio alle *res publicae* nella categoria delle *res nullius in bonis*, sia indicato da Orestano come il paradigma di tale genere di situazioni giuridiche che sfuggono al cosiddetto paradigma soggettivistico di ascendenza giusnaturalista e giusrazionalista. Allo studioso moderno, che si muove tutt'oggi all'interno di questo scenario concettuale, la non riconducibilità di tali situazioni all'interno della “rete” dei diritti soggettivi appare un segnale di una (loro) giuridicità per così dire minorata, di vaghezza e imprecisione<sup>109</sup>. Nello studio delle fonti storiche questa operazione intellettuale – di delimitazione a priori del campo del giuridico con relativa espulsione da esso di ciò che non rientra nella definizione data – appare ancora meno appagante che nello studio dei diritti positivi: quando gli strumenti euristici messi in campo dallo storico si scontrano col

<sup>107</sup>P. BONFANTE, *La iusta causa*, *Scritti*, II, cit., pag. 488 nota 1.

<sup>108</sup>R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e i diritti senza soggetto*, in *Jus* 1960, pagg. 150 ss. (oggi in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, pagg. 115 ss).

<sup>109</sup>La sensazione che lo studioso prova di fronte a queste figure è simile a quella descritta dallo storico dell'arte Didi-Huberman con riferimento ad alcune composizioni pittoriche del (teoricamente) razionalissimo quattrocento italiano: “Queste due o tre cose sconcertanti, difficili da descrivere e assolutamente peculiari se paragonate al severo candore del convento, erano *macchie* pittoriche, ampie zone di macchie multicolori rispetto alle quali le nostre abituali categorie di ‘soggetto’, imitazione e figura sembravano essere inadeguate” (G. DIDI-HUBERMAN, *Beato Angelico: figure del dissimile*, Milano, 2009, pagg. 11-12).

dato delle fonti, occorre mettere in discussione l'apparato concettuale, non squalificare la natura delle fonti indagate.

Questa lettura della categoria gaiana delle *res nullius in bonis* potrebbe gettare una nuova luce pure sulla seguente affermazione con cui Gaio argomenta la riconduzione delle *res publicae* entro questa categoria. *Ipsius enim universitatis esse creduntur*, potrebbe insomma esprimere in quest'ottica non tanto la spettanza di queste cose alla *universitas civium* intesa come titolarità di un diritto soggettivo su quei beni da parte del *populus-stato*<sup>110</sup>, ma piuttosto la loro oggettiva funzionalizzazione agli interessi della collettività, un'oggettiva destinazione degli stessi alla sfera giuridica dell'insieme dei cittadini<sup>111</sup>. Si potrebbe insomma trattare di un caso di indistinguibilità sul piano sintattico del significato del costrutto genitivo + verbo, in cui il senso di appartenenza soggettiva tende a sfumare piuttosto in quello di pertinenza oggettiva o funzionale. In questo caso dunque non saremmo di fronte a una relazione giuridica riconducibile allo schema tradizionale in cui a un oggetto di diritto deve corrispondere un soggetto di diritto, perché i due elementi (*res publicae* e *universitas civium*) sembrano entrambi atteggiarsi piuttosto a oggetti di una relazione giuridica non fondata su un rapporto predicativo<sup>112</sup> tra soggetto e oggetto.

Come detto, questa interpretazione del discorso gaiano sulla qualificazione delle *res publicae* ne consente a mio avviso un avvicinamento alla *rerum divisio* implicita nella classificazione ulpiana degli interdetti, e specialmente all'affermazione ivi contenuta secondo cui le *res publicae...sunt alicuius*. Laddove nella logica gaiana – incentrata sul problema della titolarità dei beni – le *res publicae* sono chiamate *nullius in bonis* perché non inquadrabili entro uno schema

<sup>110</sup>Così invece lo stesso P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 106.

<sup>111</sup>Così R. ORESTANO, *Il problema*, cit., pagg. 309 ss. con letteratura, ma implicitamente anche P. MADDALENA, *Gli incrementi fluviali*, Napoli, 1970, pag. 72, in cui si sostiene da un lato che la riconduzione da parte di Gaio di questi beni alla categoria delle *res nullius in bonis* ha lo scopo di “escludere nel modo più assoluto la riferibilità al *populus* come ad un soggetto di diritto”, dall'altro continua a presentarsi il rapporto tra *res publicae* e collettività in termini di “generica appartenenza”, perpetuando l'errore metodologico di definire i caratteri di un fenomeno sconosciuto attraverso la proiezione di una nozione conosciuta resa però vaga e indefinita.

<sup>112</sup>Il parallelismo tra l'approccio soggettivistico nel diritto e la struttura predicativa nella sintassi è già in R. ORESTANO, *Diritti senza soggetto*, cit., pag. 173. Per alcuni riferimenti bibliografici, A. MORO, *Breve storia del verbo essere*<sup>4</sup>, Milano, 2010.

domenicale, ma piuttosto oggettivo-funzionale, nel passo ulpiano le stesse vengono definite *alicuius* non già perché, in contraddizione con Gaio, qui esse vengano considerate nella titolarità di un soggetto ma piuttosto perché Ulpiano è guidato, nella sua classificazione, non dal problema della titolarità dei beni ma piuttosto dalla loro oggettiva destinazione. L'affermazione ulpiana per cui le *res publicae* (spec. *in usu publico*) *sunt alicuius* farebbe dunque il paio con il rilievo di Gaio per cui le *res publicae*, pur non essendo *in bonis, ipsius universitatis esse creduntur*: in entrambi i casi si tratterebbe non già di una questione di titolarità ma piuttosto di pertinenza, per cui taluni beni sembrano assoggettati a una disciplina volta a garantirne la funzionalizzazione agli interessi della collettività.

##### 5. *Usus publicus e individuazione delle res in usu publico*

Il significato dell'affermazione ulpiana secondo cui le *res publicae sunt alicuius* va indagato al di fuori dello schema interpretativo legato alla statica titolarità del bene, alla riconduzione del bene al patrimonio di un soggetto – sia esso personificato o collettivo.

Da questo punto di vista, risulta dunque inadeguata pure la soluzione proposta da Jhering, nel quadro della già citata controversia tra Basilea città e Basilea campagna, al problema della titolarità delle *res in usu publico*. Come noto, Jhering sostenne di contro alla tesi (mommseniana e poi) kelleriana circa la proprietà statale delle *res in usu publico*, il carattere reale dei rapporti giuridici tra i *cives* e questa particolare categoria di beni: nel pensiero dei giuristi romani in altre parole, le *res in usu publico* verserebbero in una condizione simile a una comproprietà basata un titolo pubblicistico, per cui a ogni singolo *civis* sarebbe riconosciuta una sorta di titolarità *pro parte* del bene,<sup>113</sup> di cui gli interdetti *de locis publicis* – e specialmente

---

<sup>113</sup>Tale visione troverebbe espressione nel famoso passo di Cicerone, *Tusculanae disputationes*, 3, 20, 48 'At laudat saepe virtutem'. Et quidem C. Gracchus, cum largitiones maximas fecisset et effudisset aerarium verbis tamen defendebat aerarium. Quid verba audiam cum facta videam? L. Piso ille Frugi semper contra legem frumentariam dixerat. Is lege lata consularis ad frumentum accipiendum venerat. Animum advertit Gracchus in contione Pisonem stantem; quaerit audiente p. R., qui sibi constet, cum ea lege frumentum petat, quam dissuaserit. 'Nolim' inquit 'mea bona, Gracche, tibi

quelli a legittimazione diffusa o popolare – rappresenterebbero la traduzione sul piano processuale<sup>114</sup>. Il diritto di uso comune di tali beni in altre parole, sarebbe null'altro che il riflesso della titolarità di un diritto reale sugli stessi riconosciuto in capo alla collettività nel suo complesso<sup>115</sup>. Pur dovendo riconoscere a tale tesi di aver dischiuso la possibilità di pensare la disciplina di taluni beni pubblici al di fuori dello schema dell'appartenenza alla persona giuridica statale<sup>116</sup> e, soprattutto, di aver inserito il problema della qualificazione dogmatica delle *res in usu publico* nel più generale quadro di sviluppo costituzionale e sociale di Roma<sup>117</sup>, occorre sottolineare come in definitiva essa non si distacchi dal tradizionale schema della titolarità soggettiva come unico parametro per definire la natura dogmatica di un bene. A mio avviso, ci sono buone ragioni per abbandonare tale approccio nello studio dell'impostazione di questo problema nel pensiero giurisprudenziale classico (e in particolare di Ulpiano, che appare il sistematore della materia).

Innanzitutto occorre sottolineare l'incongruenza dello schema proprietario rispetto al contesto rimediabile entro cui si colloca la classificazione ulpiana. Il giurista infatti sta procedendo alla classificazione degli interdetti, ovvero di strumenti processuali di origine pretoria totalmente estranei al paradigma dominicale e ai problemi posti dalla tutela del *dominium*: essi, come vedremo in seguito, prescindono completamente dallo schema della *rei vindicatio* e in generale dal problema dell'accertamento di un titolo sul bene, essendo invece diretti a tutelare il rapporto di fatto instaurato tra cittadino e bene. Più in generale, occorre affermare come la dottrina sia pressoché unanime nel riconoscere come i rimedi interdittali non possano essere inquadrati come strumenti a tutela di diritti soggettivi in senso proprio,

---

*viritem dividere libeat, sed, si facias, partem petam.*' *Parumne declaravit vir gravis et sapiens lege Sempronia patrimonium publicum dissipari? Lege orationes Gracchi, patronum aerarii esse dices.*

<sup>114</sup>R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*<sup>3</sup>, cit., pag. 211 (= nella traduzione francese, *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, cit., pag. 213).

<sup>115</sup>W.G. VECTING, *Domaine public et res extra commercium. Étude historique du droit romain, français et néerlandais*, cit., pagg. 249 ss.

<sup>116</sup>R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e i diritti senza soggetto*, cit., pagg. 126 ss.

<sup>117</sup>Jhering infatti riconnette tale concezione alla persistenza in età avanzata di paradigmi elaborati in un'epoca primitiva, quando i membri delle *gentes* intese come organismi pubblici (o semi pubblici) possedevano collettivamente i beni dei gentili: R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*<sup>3</sup>, cit., pag. 211 (= *Esprit*, cit., pag. 213).

variamente qualificandosi poi la posizione giuridica sostanziale sottostante come interesse qualificato o mero vantaggio: appare strano che la dottrina, perentoria nel negare la natura di diritto soggettivo alle posizioni tutelate mediante interdetto, altrettanto decisamente affermi la natura domenicale del rapporto vantato su quei beni caratterizzati dall'applicabilità di tale complesso rimediale. La valorizzazione della connessione tra elaborazione dogmatica e apparato rimediale suggerisce invece di pensare la qualificazione della condizione giuridica dei beni soggetti a tale regime di tutela interdittale al di fuori dello schema ordinante fornito dal *dominium* quiritario.

Oltretutto, la stessa espressione *usus publicus* attraverso cui sono individuati i beni soggetti a tale complesso di rimedi interdittali (*res in uso publico*), segnala l'estraneità di tale costruzione dogmatica dagli schemi del *dominium*. Il termine *usus* infatti denota non già la posizione giuridica fondata su un titolo astratto per il godimento e la disposizione di un bene, quanto piuttosto la materiale relazione col bene a prescindere dall'identificazione del titolare<sup>118</sup>.

Occorre dunque affrontare il problema della qualificazione dogmatica delle *res in usu publico* al di fuori del problema della loro titolarità. Da questo punto di vista, mi pare che il passo ulpiano sia coerentemente costruito a partire da una concezione funzionale, per cui il dato centrale della *divisio rerum* sottesa alla classificazione degli interdetti sarebbe quello della destinazione (funzionale) impressa dal rimedio al bene in questione<sup>119</sup>. Coerentemente, l'approccio più appagante al problema dell'interpretazione della qualificazione ulpiana delle *res publicae* è mio avviso quello che mette al centro la nozione di *usus publicus*, inteso

<sup>118</sup>M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, cit., pagg. 15 ss, 85 ss e 269 ss.

<sup>119</sup>In quest'ottica si spiega anche l'inserimento dell'*homo liber* nella classificazione ulpiana: se la prospettiva da cui il giurista severiano osserva il problema è non già quello della titolarità, ma della particolare funzione impressa dagli interdetti al referente materiale della tutela, si capisce che l'uomo possa essere inserito in una tale classificazione delle "cose" perché ciò che viene tutelato mediante il *de homo libero exhibendo* è proprio la libertà umana. In questo senso trova conferma l'affermazione di Marotta secondo cui "a garanzia ultima, riservata dal diritto alla libertà degli uomini, si fondava su di un regime costruito alla stessa stregua di quello concepito per i *loca sacra, religiosa, sancta e publica*" (V. MAROTTA, *Una nota su D. 45.1.83.5 (Paul. 72 ad ed.)*, in *Iuris Quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli, 2010, pagg. 193 ss, pag. 213). Sul punto si vedano anche le belle pagine di Y. THOMAS, *L'indisponibilité de la liberté en droit romain*, in *Hypothèses*, 1, 2006 pagg. 379 ss, spec. pagg. 381 ss.

non già come elemento concettuale perfettamente determinato in grado di segnare univocamente il confine tra diverse categorie dogmatiche, bensì quale paradigma orientativo della giurisprudenza romana, elaborato a partire dalla predisposizione da parte del pretore di una serie di rimedi processuali di natura interdittale e usato per orientare la giurisprudenza nella costruzione e utilizzazione di concetti giuridici.

Tale nozione dunque non farebbe riferimento a un generico potere di utilizzabilità del bene da parte della collettività<sup>120</sup>, ma esprimerebbe sinteticamente la tutelabilità attraverso specifici rimedi di diverse prerogative vantabili dai cittadini con riferimento allo sfruttamento di determinati beni. In questa prospettiva acquista una nuova pregnanza la diversa formulazione usata da Paolo per riferirsi agli interdetti *de locis publicis*: mentre Ulpiano ricorre alla espressione *res publicae quae sunt alicuius* per esprimere il referente oggettivo di quei rimedi, prestandosi all'interpretazione in senso soggettivistico-domenicale che abbiamo qui criticato, Paolo espressamente qualifica quel complesso di interdetti attraverso il riferimento a un aspetto funzionale ovvero al loro essere previsti *publicae utilitatis causa*. In questa espressione è evidente l'assenza di ogni preoccupazione in ordine al profilo statico della titolarità, concependosi questi rimedi come finalizzati a garantire la pubblica *utilitas* dei beni, ovvero la loro utilizzabilità da parte del pubblico.

A mio avviso può insomma ipotizzarsi che la nozione di *usus publicus*, che nei frammenti ulpiano e paolino posti in apertura del libro 43 del Digesto appare dogmaticamente saldata all'apparato di rimedi interdittali predisposto dal pretore a tutela di alcuni beni pubblici, si sia storicamente delineata a partire dalla predisposizione di un apparato di rimedi di natura interdittale<sup>121</sup> a tutela di talune *res*, originariamente indicate col generico *nomen* di *res publicae* e considerate sottratte ai

<sup>120</sup>Su questo dunque in parziale dissenso rispetto a G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pag. 124 ss.

<sup>121</sup>Limpidamente B. BIONDI, *La struttura romana delle servitutes*, Milano, 1938, pag. 563: “L'uso pubblico incomincia a prendere consistenza giuridica quando le *leges*, e poi soprattutto il pretore, accordarono tutela giuridica contro ogni turbativa degli stessi singoli. Oltre l'esercizio di qualche mezzo giuridico generalissimo, come l'*actio iniuriarum*, ed i provvedimenti amministrativi della pubblica autorità, abbiamo tutta una lunga e minuziosa serie di interdetti “*publicae utilitatis causa*” (fr. 2.1 D.43.1) [...] Questi interdetti mirano ad assicurare al singolo l'uso della *res publica* conformemente alla sua destinazione contro ogni invasione e menomazione [...] In tal modo l'uso del singolo sulla cosa pubblica viene attratto nell'orbita del diritto”.

traffici privati in virtù di un generico loro intitolamento alla collettività<sup>122</sup>. Il sistema di interdetti così delineato sarebbe stato poi inquadrato dalla giurisprudenza come *proprium* dogmatico di una sottocategoria di *res publicae*, le *res in usu populi*, opposte alle *res in patrimonio fisci*, appunto in quanto – a differenza di queste ultime – destinatarie di tali rimedi pretori<sup>123</sup>.

Una conferma nelle fonti di tale connessione non occasionale tra predisposizione di un apparato di rimedi interdittali a tutela di alcuni beni sottratti all'appropriazione privata e l'emersione della nozione di *usus publicus* come elemento qualificante una particolare categoria di *res publicae* – quelle *in usu publico* appunto – è offerta a mio avviso dalla circostanza che la riflessione giurisprudenziale sulla categoria delle *res in usu publico* si sia sviluppata principalmente a partire dalla definizione dell'ambito applicativo degli interdetti *de rebus publicis*. Mi pare rilevino a questo proposito due luoghi del commento ulpiano all'editto relativo a tali *interdicta de locis publicis*. Innanzitutto Ulpiano, in sede di commento all'interdetto *ne quid in loco publico fiat*<sup>124</sup> definisce il campo

<sup>122</sup>Con riferimento alla originaria mera sottrazione di taluni beni dalla possibilità di essere oggetto di diritto esclusivo di proprietà Wiel usa l'efficace espressione di *negative community* (S. WIEL, *Running water*, in *Harvard Law Review*, 3, 22, 1909, pagg. 190 ss, spec. pagg. 192 ss). La nozione affonda le radici nel pensiero giusnaturalistico: si vedano le pagine di S.PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, IV, 4, 5 (“Ante omnia hominum conventa fuisse omnium rerum communionem, non quidem illam, quam positivam diximus, sed negativam i.e. res omnes fuisse in medio positas et non magis ad hunc quam ad illum pertinuisse”) e R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, I, par. 21 (“Les premiers hommes eurent d'abord en commun toutes les choses que Dieu avoit données au genre humain. Cette communauté n'étoit pas une communauté positive, telle que celle qui est entre plusieurs personnes qui ont en commun le domain d'une chose dans laquelle ils ont chacun leur part; c'étoit une communauté que ceux qui ont traité de ces matieres appellent negative laquelle consistoit en ce que ces choses qui étoient communes à tous, n'appartenoient pas plus à aucun d'eux, qu'aux autres”). Per un'originale ricostruzione dell'operazione intellettuale di esclusione di taluni beni dall'ambito della commerciabilità Y. THOMAS, *Le valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, cit., pagg. 1431 ss.

<sup>123</sup>Il merito di una chiara messa a fuoco di tale progressiva differenziazione interna alla categoria delle *res publicae* nel pensiero giurisprudenziale romano è soprattutto di G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 89 ss (ma con specifico riferimento all'emersione della categoria delle *res in usu publico* pagg. 93 ss), su cui si sofferma anche G. PUGLIESE, *Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel Corso di Gaetano Scherillo sulle cose*, in *Gaetano Scherillo. Atti del convegno, Milano, 22-23 ottobre 1992*, Milano 1994, pagg. 153 ss.

<sup>124</sup>La cui formula editale, tratta come i seguenti frammenti esplicativi dal libro 68 del commento ulpiano all'editto, è contenuta in D.43.8.2 pr (Ulp. 64 ad ed.): *Praetor ait: "Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. De eo, quod factum erit, interdictum non dabo"*.



applicativo di tale rimedio proprio facendo espresso riferimento alla categoria delle *res in usu publico*:

D.43.8.2.4-5 (Ulp. 68 ad ed.) 4. *Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt.* 5. *Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.*

Nel primo paragrafo Ulpiano esclude l'applicabilità dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* contro condotte incidenti sui beni *in patrimonium fisci*, a partire dalla considerazione che essi sarebbero da considerarsi come se fossero nella privata disponibilità del *princeps*<sup>125</sup>. Nel successivo paragrafo 5 invece, Ulpiano giunge a individuare e definire il campo applicativo dell'interdetto attraverso il riferimento alla categoria delle *res in usu publico*. La *sedes* della testimonianza non deve a mio avviso indurre un'interpretazione riduttiva dell'affermazione ulpiana: il carattere generale dell'argomentazione svolta per giustificare la distinzione e la considerazione che l'interdetto in commento è tra tutti quello di applicabilità più generale, mi inducono a ritenere che si tratti di luogo di emersione della generale nozione ulpiana di *usus publicus*.

Un'ulteriore specifica conferma della stretta connessione tra riconduzione di talune *res* alla categoria di *res in usu publico* ed esigenza di ricostruzione l'ambito applicativo dei rimedi interdittali può desumersi dalla osservazione della collocazione topografica dei frammenti dedicati all'individuazione delle *viae*<sup>126</sup> e dei

<sup>125</sup>Tale affermazione ha richiamato ovviamente l'attenzione degli studiosi che si sono più direttamente occupati del tema del rapporto del *princeps* con le *res fiscales*: si vedano tra gli altri R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, cit., pagg. 249 ss, E. LO CASCIO, *Il princeps e il suo impero*, Bari, 2000, pagg. 106 ss, F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*<sup>2</sup>, IV.2, Napoli, 1975, pagg. 900 ss e A. MASI, *Ricerche sulla res privata del princeps*, Milano, 1971, pagg. 51 ss.

*flumina*<sup>127</sup> pubblici, le uniche due *res in usu publico* cui è dedicato un apparato interdittale *ad hoc*: in entrambi i casi infatti si tratta di brani tratti dal commentario ulpiano alle clausole con cui il pretore prometteva la concessione di interdetti in caso di comportamenti negativamente incidenti su tali beni. Con efficacia è stato di recente notato, con particolare riferimento alla materia fluviale, come “l'esigenza dell'individuazione di un criterio che consentisse di stabilire in quali casi un fiume fosse da considerarsi *publicum* è stata avvertita dalla giurisprudenza romana [...] a partire dalla speculazione relativa, in particolare, all'ambito applicativo degli interdetti trattati in D.43.12-14”, per cui “D.43.12.1.4 e D.43.13.1.2 possono attestare l'esigenza, avvertita dai giuristi romani, di una ricostruzione di *flumen publicum* quale presupposto di applicabilità delle misure interdittali di volta in volta considerate”<sup>128</sup>.

Più in generale può osservarsi come la categoria delle *res in usu publico* si sarebbe definita in relazione al campo applicativo di questo apparato di rimedi interdittali, per cui l'elaborazione dei criteri di individuazione degli elementi qualificabili come *res in usu publico* dipende dal lavoro operato dalla giurisprudenza sulla clausola edittale al fine di definirne il campo applicativo<sup>129</sup>. La correlazione tra esigenza di definizione del campo applicativo dei rimedi interdittali predisposti dal pretore e individuazione dei criteri di pubblicità delle *res in usu publico* può aiutare a inquadrare due caratteristiche del sistema giurisprudenziale romano di selezione degli elementi rilevanti ai fini della qualificazione di una *res* come *in usu populi*.

---

<sup>126</sup>D.43.8.2.21-23 (Paul. 64 ad ed.) a commento dei cosiddetti interdetti *de viis* (D.43.8.2.20 e 35, su cui *infra*), su tale classificazione si vedano in generale: M. MORRONE, voce *Strade (diritto romano)*, in *NNDI*, vol. XVIII, Torino, 1971; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle viae*, in *La struttura della proprietà e la formazione degli iura praediorum in età repubblicana*, II, 1976, pagg 1 ss; A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del principato*, in *ANRW*, II, 14, 1982, pagg. 850 ss.

<sup>127</sup>D.43.12.1.1-4 (Ulp. 68 ad ed.), a commento dell'interdetto riportato in D.43.12.1 pr. (*Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*).

<sup>128</sup>N. DE MARCO, *I loci publici dal I al III secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell'usus, gli strumenti di tutela*, Napoli, 2004, pag. 89.

<sup>129</sup>Questa ipotesi ricostruttiva può gettare una luce sul peculiare valore delle categorizzazioni o definizioni romane: la qualificazione come *publicae in usu publico* di talune *res* infatti non è dedotta dall'applicazione di taluni principii sistematici astratti (procedimento analitico\assiomatico), ma dipende dalla razionalizzazione dell'esperienza dei problemi posta dalla prassi applicativa di particolari rimedi. In questo senso già

Innanzitutto la connessione tra tutela interdittale e nozione di *usus publicus* può servire a chiarire la particolare natura dei criteri elaborati per individuare tali *res in usu publico* in quanto destinatarie di un particolare apparato di interdetti, criteri che potremmo definire – con terminologia che evidentemente richiama il più recente dibattito giuspubblicistico in tema di beni pubblici – oggettivi o funzionali<sup>130</sup>.

Sebbene le peculiarità di statuto delle *res in usu publico* – la centralità nell'individuazione della categoria della destinazione al pubblico uso – fosse emersa alla dottrina romanistica fin dal XIX secolo, solo con difficoltà essa riuscì a sgombrare il campo da ogni residua considerazione personalistica\sogettivistica nella ricostruzione dei criteri di pubblicità dei beni, che in quanto tali dovevano identificarsi con quelli appartenenti allo stato romano<sup>131</sup>.

Dobbiamo a Vassalli il consapevole riconoscimento della compresenza nell'esperienza romana di due alternativi criteri di individuazione dei beni pubblici: l'affermazione cioè che l'aggettivo pubblico riferito a cose potesse non solo rimandare a un rapporto soggettivo-domenicale con un ente di natura collettiva, ma pure avere “un contenuto obiettivo, dato da note di scopo e di regime, più che dalla subiettiva referenza”<sup>132</sup>. Sebbene la ricostruzione cronologica dell'emergere delle due concezioni, arcaica quella meramente soggettiva e successiva quella oggettivistica sia stata giudicata eccessivamente schematica<sup>133</sup>, o addirittura del tutto erronea<sup>134</sup>, l'intuizione di fondo del suo lavoro – l'accento sulla eterogeneità dei due criteri, quello della titolarità e quello dell'oggettivo regime di disciplina, come elementi di individuazione dei beni pubblici – fu sostanzialmente accolta dalla dottrina successiva, non solo romanistica.

<sup>130</sup>Opere fondamentali per comprendere tale mutamento di prospettiva nella dottrina giuspubblicistica italiana rimangono quelle di M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, pagg. 9 ss e di S. CASSESE, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969.

<sup>131</sup>Lo nota R. ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche»*, cit., pagg. 298-299. Per l'esempio più autorevole di difficoltà a prescindere da una qualche forma di intitolazione allo stato dei beni di rilevanza pubblicistica si veda P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 81.

<sup>132</sup>F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, cit., pag. 4.

<sup>133</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 101 ss.

<sup>134</sup>Ad esempio da R. ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche»*, cit., pagg. 299 ss.

Anche in questo caso l'abbandono della prospettiva strettamente soggettivistica su cui molta parte della scienza giuridica ottocentesca era costruita condusse a valorizzare le testimonianze delle fonti romane in cui emerge come pretore e giurisprudenza giunsero a individuare “una categoria di beni la cui natura pubblica deriva non tanto dal rapporto di pertinenza a enti non privati, quanto dall'uso comune e gratuito consentito ai singoli”<sup>135</sup>, ovvero quella delle *res in usu publico*. Dunque si può proporre di tale fenomeno una ricostruzione tecnica forse arida ma indicativa del *modus operandi* della giurisprudenza romana: il pretore avrebbe predisposto una serie di rimedi attivabili dal singolo cittadino a tutela di diversi interessi relativi a particolari beni e la giurisprudenza, chiamata a collaborare con il magistrato nella chiarificazione della clausola edittale e in particolare dell'ambito applicativo di tali rimedi, selezionò i beni in base alla possibilità che il cittadino potesse, in qualità di utente di essi, essere interessato all'esperimento del rimedio stesso.

La dipendenza della natura oggettiva dei requisiti di pubblicità di taluni beni dalla sottoposizione degli stessi a una disciplina oggettivamente volta a garantirne l'*usus publicus* risulta secondo me dalla lettura dei frammenti in cui vengono esplicitati i criteri di pubblicità delle due *species* di *res in usu publico* specificatamente trattate e definite dalle fonti: *viae* e *flumina*.

Per quanto riguarda i criteri per la determinazione della pubblicità dei fiumi, intesa come condizione per l'applicabilità del complesso di rimedi interdittali *de locis publicis*, risulta essenziale la lettura del frammento in cui Ulpiano definisce il campo di applicazione dell'interdetto *ne quid in flumine publico*, ovvero il rimedio pretorio posto a tutela della generale utilizzabilità del fiume:

D.43.12.1 (Ulp. 68 ad ed.) 1. *Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium.* 2. *Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. Perenne est, quod semper fluat, aenaos, torrens ho xeimarrous: si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus*

<sup>135</sup>E. CORTESE, *Demanio (diritto romano)*, Enc. giur., XII, Milano, 1964, pag. 73.

*perenne est. 3. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse cassius definit, quod perenne sit: haec sententia cassii, quam et celsus probat, videtur esse probabilis.*

Questi frammenti limitano l'applicabilità degli interdetti *de fluminibus* ai corsi d'acqua che, per la loro dimensione (*magnitudo*) o per la considerazione sociale (*existimatio accolentium*), fossero qualificabili come *flumina* (fr. 1) e che in oltre fossero caratterizzati da *perennitas* (fr. 2 e 3): la concorde opinione dei corifei delle due maggiori scuole (Cassio per la sabiniana e Celso per la proculiana) e l'approvazione di Ulpiano (*videtur esse probabilis*) sembrano suggerire un'accettazione generalizzata del criterio da parte della giurisprudenza classica. Come si vede, nella riflessione di questi giuristi non trova posto alcuna considerazione circa la astratta titolarità del fondo<sup>136</sup>, nel senso che la sottoposizione alla disciplina interdittale riposa esclusivamente su due dati oggettivi, ritenuti indizi della destinazione a pubblico uso del corso d'acqua, della sua idoneità a soddisfare le esigenze della comunità<sup>137</sup>: nella prospettiva del giurista severiano, solamente i corsi d'acqua che per loro caratteristiche di portata e di perennità (e dunque attitudine a soddisfare stabilmente le esigenze della collettività, anche in una dimensione intergenerazionale) erano da considerare pubblici ai fini dell'applicabilità degli

<sup>136</sup>M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 91.

<sup>137</sup>Lo notavano già Vassalli (secondo cui “quegli elementi della definizione del fiume che implicavano la attitudine a soddisfare una generale utilità dovettero essere assunti come elementi della definizione del *publicum flumen*”, in F. VASSALLI, *Premesse storiche all'interpretazione della nuova legge sulle acque*, in *Acque e trasporti*, 1917, pagg. 34 ss, oggi in F. VASSALLI, *Studi giuridici*, 2, Milano, 1960, pagg. 9 ss, pag. 28) e E. COSTA (che notava come il carattere di pubblicità delle acque si conformasse alle “esigenze dei servigi sociali ai quali dovevano soddisfare le acque che vi erano rivestite”, in *Le acque e il diritto romano*, Bologna, 1919, pag. 57), e più recentemente G. ASTUTI, *Acque (storia)*, *Enc. Giur.*, I, Milano, 1956, pag. 357. Poi espressamente affermato da G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 111: “la perennità è necessaria perché il corso d'acqua sia idoneo all'uso pubblico” anche perché “non si richiedeva che si proclamasse la pubblicità di tutte le acque fluenti in un determinato bacino [...] essendo sufficienti i corsi d'acqua maggiori”, e recentemente da N. DE MARCO (*I loci publici*, cit., pag. 188) secondo cui “La perennità, quindi, del corso d'acqua quale criterio alla stregua del quale distinguere il *flumen publicum* dal *flumen privatum* – e, per tale via, demarcare l'ambito applicativo degli interdetti riservati ai soli fiumi pubblici in quanto perenni – sembra atteggiarsi come il riflesso di una naturale idoneità del corso d'acqua perenne alla continuità, alla stabilità dell'*usus* che si presta ad essere considerato collettivo, per le dimensioni del *flumen* o per l'*utilitas* che questo apporta ai *circumcolentes*”.

interdetti *de fluminibus*, che ne tutelavano la pubblica utilizzabilità. È evidente in questo caso la simmetria tra scopo di tutela dell'apparato interdittale e criteri "oggettivi" di pubblicità dei beni ad esso assoggettati. Del resto la costruzione innegabilmente ambigua del passo invita a evitare generalizzazioni eccessive: la stessa cautela con cui Ulpiano recepisce la soluzione di Cassio approvata da Celso, suggerisce che l'affermazione di questi criteri puramente oggettivi non sia avvenuta senza oscillazioni e discussioni<sup>138</sup>, anzi autorevole dottrina è propensa a credere che in antico fosse al contrario privilegiato un criterio puramente soggettivo, basato sulla titolarità del fondo su cui si trovava a scorrere il fiume<sup>139</sup>.

Un discorso per molti versi analogo può essere fatto con riferimento ai criteri di pubblicità delle *viae*: l'analisi dei frammenti dedicati da Ulpiano alla definizione del campo applicativo dell'interdetto *de viis* (la cui clausola edittale è riportata in D.43.8.2.20, Ulp. 68 ad ed.) conferma la sensazione che la necessità di parametrare la nozione di pubblicità di questi beni sull'applicabilità degli interdetti *de locis publicis* abbia indotto la giurisprudenza ad assumere dei criteri oggettivi e funzionali, legati all'oggettiva idoneità del bene a soddisfare esigenze di pubblico utilizzo, piuttosto che quelli soggettivi fondati sulla titolarità del fondo cui accedono.

D.43.8.2 (Ulp. 68 ad ed.) 21. *Viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est: non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus: viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui ius publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur.* 22. *Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Publicas vias dicimus, quas Graeci βασιλικας, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt vel quae in vicos ducunt: has quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex*

<sup>138</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2003, pagg. 68 ss.

<sup>139</sup>Si tratta della tesi autorevolmente sostenuta da A. BURDESE, voce *Flumen*, NnDI, VII, 1961, pagg. 414 ss, recentemente seguito da M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 87 nonché da M.G. ZOZ, *Idee vecchie e nuove in tema di acque pubbliche interne*, in *Fides Humanista Ius*, IX, Napoli, 2007, pagg. 6079 ss, pagg. 6089 ss.

*collatione privatorum hoc iter constitutum est. Aliter atque si ex collatione privatorum reficiatur: nam si ex collatione privatorum reficiatur, non utique privata est: refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet.*

23. *Privatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeare liceat, in quas exitur de via consulari et sic post illam excipit via vel iter vel actus ad villam ducens. Has ergo, quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse.*

La lettura di questi frammenti infatti da un lato dà l'impressione di trovarsi di fronte – al di là della localizzazione in sede di commento di una particolare clausola edittale – una classificazione di valenza generale<sup>140</sup>, mentre dall'altro fornisce un quadro concettuale non lineare<sup>141</sup>, che ha indotto a dubitare della genuinità del passo<sup>142</sup>, poiché la qualificazione pubblicistica delle *viae* pare in essi oscillare tra criterio dell'appartenenza del suolo cui su cui l'opera è costruita (*cuius etiam solum publicum est*) e criterio funzionale legato all'oggettiva destinazione all'uso pubblico (*ut ea publice iretur commearetur*)<sup>143</sup>, senza che i due ordini di considerazioni trovino una sistemazione univoca.

In effetti nel fr. 21 Ulpiano pare incardinare il suo discorso sulla dicotomia tra vie pubbliche e private sulla titolarità del suolo cui esse accedevano, lasciando intendere di valutare “il carattere pubblico delle vie non già o non solo in base alla loro utilizzazione pubblica, ma in base alla proprietà pubblica del terreno su cui

<sup>140</sup>In questo senso A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del principato*, cit., pagg. 850 ss., specialmente a pag. 852. Addirittura le caratteristiche formali e lo sforzo sistematico che innervano il passo in esame hanno portato ad affermare che “questi paragrafi costituiscono un vero e proprio trattato sulla natura giuridica delle vie” (così M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 162).

<sup>141</sup>L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle viae*, cit., pag. 19.

<sup>142</sup>Si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle viae*, cit., pag. 24 nota 26 con bibliografia.

<sup>143</sup>Cfr. Festus, *de verb. sign.*, s.v. *viae*: *viae sunt et publicae, per <quas ire ager>e omnibus licet, et privatae, quibus neminem uti...praeter eorum quorum sunt*. Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle viae*, cit., pag. 1 e A. PALMA, *Le strade*, cit., pag. 859.

erano installate”<sup>144</sup>. In realtà mi sembra di poter indicare due ordini di osservazioni che possono valere a rivalutare il ruolo della oggettiva funzione delle *viae* nella definizione del carattere pubblico delle *viae* al fine dell'applicazione di tali interdetti. Innanzitutto, nello stesso frammento 21, Ulpiano specifica come non sia sufficiente la mera proprietà pubblica del fondo su cui la strade insiste per poterla qualificare come pubblica ai fini dell'applicabilità dell'interdetto *de viis*: per questo infatti è necessario un atto del magistrato munito di *ius publicandi* che ne attesti<sup>145</sup> la destinazione e la finalizzazione all'utilizzo della collettività (*ut ea publice iretur commearetur*)<sup>146</sup>. Inoltre, nei paragrafi che seguono Ulpiano procede ad una considerazione analitica dei diversi vincoli di passaggio (genericamente indicati nel fr. 21 con l'espressione *ius eundi et agendi*)<sup>147</sup> che potevano gravare sulle *viae privatae*<sup>148</sup>, proponendone in particolare nel fr. 23 una classificazione basata sulla natura del vincolo di passaggio: da un lato le *viae in agris*, sulle quali dato la loro funzione interna ai singoli poderi sarebbe solo costituibile una servitù di passaggio di natura privatistica; dall'altro le *viae quae ad agros ducunt*, categoria di strade che, se pure sempre costruite su suolo in proprietà privata, svolgevano una funzione di

<sup>144</sup>L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle viae*, cit., pag. 19. è l'opinione tradizionale, ad es. di P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 104.

<sup>145</sup>Un problema aperto rimane quello dell'efficacia – dichiarativa o costituiva, diremmo con concettualizzazioni moderne – dell'atto magistratuale della *publicatio*.

<sup>146</sup>R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, cit., pag. 305.

<sup>147</sup>Questa è l'interpretazione dell'espressione *ius tantum eundi et agendi nobis competit* fornita da L. CAPOGROSSI COLOGNESI (*Il sistema romano delle viae*, cit., pag. 20), secondo cui Ulpiano si riferirebbe (ambiguamente) alle vie gravate dai vincoli di passaggio, privatistici o pubblicistici che siano, trattati poi nel par. 23. Diversamente A. CORBINO (*Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981, pagg. 148 ss) ritiene che il *nobis* debba riferirsi piuttosto il diritto di passaggio allo stesso proprietario del fondo su cui essa insiste.

<sup>148</sup>Come abbiamo già ricordato, il giurista in questi frammenti sta definendo il campo di applicazione del sistema interdittale, sta classificando le *viae* in ragione dell'applicabilità del sistema interdittale di protezione delle *res in usu publico*. Da questo punto di vista le strade insistenti su un fondo privato e rivolte esclusivamente all'uso del proprietario, in quanto assoggettate alla esclusiva tutela del rapporto dominicale tra soggetto e bene, sono escluse *ab initio* dalla tutela interdittale e dunque dall'orizzonte dell'analisi dell'autore: le strade su suolo privato potevano interessare all'analisi ulpiana nei limiti in cui esse fossero sottoposte a un vincolo di passaggio e dunque fossero considerate “atte a permettere il passaggio di una o più persone diverse dal proprietario” (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle viae*, cit., pag. 22) e a queste si riferisce Ulpiano – pur non specificandolo – con l'espressione *viae privatae*. Accetta la posizione di Capogrossi Colognesi pure A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche*, cit., pag. 856 in cui si legge che in questo frammento “l'attenzione del giurista è rivolta alle vie oggetto di una forma di utilizzazione interpersonale, attraverso un rapporto di servitù o di forme di uso collettivo”.



infrastruttura pubblica<sup>149</sup> poiché consentivano l'accesso dalle vie consolari alle zone rurali ed erano pertanto aperte all'uso comune (*omnes commeare licet*)<sup>150</sup>. Dunque in questo caso Ulpiano arriva ad isolare delle *viae* che, pur costruite su suolo privato, svolgono una funzione a tal punto rilevante per il sistema di viabilità da farle ritenere *ipsas publicas* e dunque assoggettabili alla tutela interdittale per esse prevista: il criterio dell'uso prevale in questo modo su quello della titolarità del suolo e conduce a classificare come *publica*, ai fini dell'applicazione dei rimedi interdittali<sup>151</sup>, una via costruita su fondi privati.

Ulteriormente, si può osservare come su un piano di metodologia classificatoria Ulpiano tenda a spostarsi da una prospettiva strettamente dogmatica legata alla titolarità del suolo a un approccio tipologico fondato sulla concreta funzione (sociale, economica) svolta dai singoli segmenti stradali all'interno del sistema viario romano<sup>152</sup>. Questo diverso approccio al problema della classificazione delle strade è già evidente nello svolgimento nel fr. 21 delle nozioni di *viae publicae* e *privatae* in una serie di caratterizzazioni legate alla funzione svolta all'interno del sistema viario romano: così le *publicae* sono identificate con le pretorie o consolari, evidentemente in ragione della loro rilevanza militare<sup>153</sup>, mentre sono private

<sup>149</sup>“Hanno una certa rilevanza pubblica nell'ambito della viabilità”, così M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 165.

<sup>150</sup>Esse erano cioè “assoggettate all'onere di fornire un passaggio pubblico”, secondo M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 164. Qualificando come *privatae* tali vie Ulpiano l'espressione in modo “eccentrico” (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle vie*, cit., pag. 25), poiché carica “il termine *privatus* di un valore semantico indubbiamente eccentrici, ove si consideri che privata è la via lungo la quale *omnibus commeare liceat*”: così A. PALMA, *Le strade nelle dottrine*, cit., pag. 855.

<sup>151</sup>Come sottolinea L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle vie*, cit., pag. 26, questa operazione interpretativa deve essere messa in connessione con la circostanza che Ulpiano “si trova di fronte a un problema specifico: che è quello di circoscrivere i limiti di applicazione dell'interdetto alle vie pubbliche” e che pertanto egli si trova a dover stabilire il senso dell'espressione *viae* pubbliche “al fine di stabilire quali siano le strade effettivamente tutelate in tal modo”. Emerge con chiarezza nelle parole di questo Autore la già ricordata stretta connessione tra esigenze di definizione del campo applicativo di tali rimedi interdittali e l'emersione di criteri oggettivi e funzionali per l'individuazione dei beni pubblici.

<sup>152</sup>L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle vie*, cit., pag. 36 dove si legge che in Ulpiano “l'interesse verso i singoli tipi di vie, rispetto alla più generale divisione in pubbliche e private, sembra prevalere sino al punto di tipizzare in modo quasi eccessivo la stessa nozione di via pubblica e privata”; A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche*, cit., pag. 855.

<sup>153</sup>Così parrebbe doversi ritenere dal confronto con D.43.7.3.1 (Ulp. 33 ad Sab.). Cfr M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 168; V. PONTE, *Regimen juridico de las vias publicas en derecho romano*, Madrid, 2007, pagg. 151 ss.

nell'ottica del giurista quelle strade che svolgono una funzione essenzialmente legata all'economica agricola (*quas agrarias quidem dicunt*). Questo slittamento di prospettiva in senso tipologico risulta però in maniera evidente dalla considerazione della categoria introdotta da Ulpiano nel par. 22, quella delle *viae vicinales*<sup>154</sup>, apparentemente equiparata dal punto di vista tassonomico (come parrebbe dedursi dalla ripetizione *quaedam...quaedam...quaedam*)<sup>155</sup> alla dicotomia *publicae-privatae*.

Innanzitutto tale classe di strade viene definita, al di fuori di ogni considerazione formalistica circa la titolarità del suolo, esclusivamente attraverso la funzione da esse svolta all'interno del sistema viario romano<sup>156</sup>, ovvero quella “di costituire la viabilità interna di piccoli centri come *pagi* e *vici* [...] o collegarli con le arterie principali di traffico”<sup>157</sup>. È pur vero che esse sembrano poi comunque riassorbite tra le pubbliche o le private: Ulpiano in particolare sembra precisare un'opinione tralatizia che le vorrebbe sempre pubbliche (*has quoque publicas esse quidam dicunt*), escludendo che tali strade possano essere considerate pubbliche quando siano state costruite su un terreno fornito *ex collatione privatorum*: parrebbe quindi riemergere la dottrina per cui la pubblicità della via dipende dalla natura del soggetto titolare del fondo sottostante<sup>158</sup>, ma la lettura di D.43.7.3 pr.<sup>159</sup> – che pure apparentemente conferma il criterio della proprietà del terreno nella determinazione della natura delle *viae vicinales* – riconsegna un quadro più frastagliato e complesso. Secondo Ulpiano, anche questa eccezionale qualificazione delle *vicinales* come

---

<sup>154</sup>Anche tale categoria pare affondare le radici nella riflessione dei gromatici, come testimoniato ad esempio da Siculus Flaccus, *De condicionibus agrorum* C. 112.9 ss (B. CAMPBELL, *The writings of the Roman land surveyors. Introduction, texts, translation and commentary*, London, 2000 ma = Lachmann 146, 2-10 = Thulin 110-2-12): cfr. A. CORBINO, *Ricerche*, cit., I, pagg. 158 ss.

<sup>155</sup>L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle viae*, cit., pag. 30.

<sup>156</sup>L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle viae*, cit., pag. 34. e A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche*, cit., pag. 857.

<sup>157</sup>Così M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 166.

<sup>158</sup>Legge in questo senso il passo A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, cit., pagg. 213 ss.

<sup>159</sup>Sui problemi di attribuzione del frammento, la cui *inscriptio* nella *Florentina* indica Ulpiano come autore ma che la dottrina moderna appare compatta, sulle orme di Lenel, ad attribuire a Pomponio (O. LENEL, *Palingenesia*, cit., pag. 145 [Pomponius Pal. 790] nota 2), cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle viae*, cit., pag. 4 nota 4.

*privatae* nel caso di *collatio privatorum* cede di fronte all'uso immemorabile da parte del pubblico:

D.43.7.3 pr. (Pomp. 33 ad Sab.) *Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt.*

Mi pare che la previsione di questa regola di giudizio per stabilire della natura delle *viae vicinales*, una specie di presunzione relativa di pubblicità, indichi la rilevanza dell'uso pubblico al fine di stabilire la riconducibilità della via entro la categoria delle *publicae*, criterio che a certe condizioni – legate appunto alla rilevanza pubblicistica della strada nel quadro del sistema viario romano – prevale su quello formalistico della titolarità del terreno.

L'impressione che si trae dall'analisi della classificazione ulpiana delle *viae* contenuta nel suo commento alle clausole degli interdetti *de viis* è una certa inadeguatezza degli strumenti dogmatici tradizionali – fondati sul dato formale della titolarità del suolo – a rendere conto della complessità del problema della classificazione del sistema viario romano<sup>160</sup>, che al tempo di Ulpiano si estendeva su un impero multinazionale: come è stato autorevolmente osservato, “i giuristi del Principato, anche partendo da un problema piuttosto circoscritto come quello dei limiti in cui una serie di interdetti a tutela dei luoghi pubblici o delle vie pubbliche può trovare applicazione, dovevano necessariamente esaminare una serie di figure che si collocano al confine tra la viabilità pubblica e privata”<sup>161</sup>. Occorre oltretutto osservare come gli schemi concettuali della giurisprudenza debbano aver interagito in questa materia con quelli – di natura eminentemente pratica – elaborati dagli agrimensori: nelle controversie sull'applicazione dei rimedi interdittali relativi alle *viae*, dove si dovette concretamente porre il problema della definizione del loro ambito di applicazione e così della nozione di *publicus* rilevante a quei fini, un ruolo fondamentale era svolto proprio dagli agrimensori<sup>162</sup>. Proprio dall'incontro nel

<sup>160</sup>A. PALMA, *Le strade*, cit., pag. 877.

<sup>161</sup>L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema*, cit., pag. 35.

<sup>162</sup>L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997, pagg. 231 ss.

contesto del processo interdittale, con gli schemi agrimensorii elaborati a partire dalla prassi agricola della *limitatio* dei terreni deve essere emersa l'insufficienza della dicotomia pubblico-privato basata esclusivamente sul titolo: il tentativo di Ulpiano di conciliare tale prospettiva dogmatica con l'approccio tipologico e funzionale tipico degli scritti agrimensorii<sup>163</sup> avrebbe condotto a quella “forzatura” delle categorie tradizionali fondate sulla proprietà del fondo che toglie linearità alla classificazione ulpiana delle *viae*<sup>164</sup>.

Questa non univocità del pensiero di Ulpiano in materia di classificazione delle strade è stata notata da tutti gli autori che hanno affrontato il problema dell'interpretazione dei frammenti D.43.8.2.21-23. Essi in effetti dimostrano come la giurisprudenza romana, guidata da preminenti esigenze pratiche, abbia fatto un uso eclettico (e irriducibile a uno schema concettuale unitario) dei due criteri: da un lato (nel frammento 21) pare che la proprietà del suolo sia dato sufficiente a qualificare le *viae* come passibili di tutela interdittale; in altri frammenti invece (frammento 23) l'estensione di tale apparato rimediale a strade costruite su suolo privato segue invece la logica della decisività dell'*usus publicus*.

Di fronte a questa realtà possiamo risolvere salomonicamente il problema sostenendo che i romani conoscevano una nozione *stricto sensu* e una *lato sensu* di via pubblica<sup>165</sup>. Oppure possiamo abbandonare l'idea che le classificazioni precedano i rimedi, e accettare di adeguarci al metodo casistico dei giuristi romani: senza pretendere di leggerci in filigrana una sistemazione dogmatica binaria, ma contentandoci di rilevare nelle fonti l'operare relativamente stabile di diversi criteri canonizzati al fine di decidere sull'applicazione di un rimedio a una particolare fattispecie<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup>L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema*, cit., pag. 40.

<sup>164</sup>Lo notano A. PALMA, *Le strade nelle dottrine*, cit., spec. pagg. 876-877.

<sup>165</sup>Così G. IMPALLOMENI, *In tema di strade vicinali*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, pagg. 541 ss (su cui, adesivamente a quanto ne deduco, V. PONTE, *Regimen*, cit., pagg. 321 ss); su questa linea anche M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pagg. 168 ss.

<sup>166</sup>Così mi sembra anche H.E. HERZIG, *Probleme des römischen Strassenwesens: Untersuchungen zu Geschichte und Recht*, in *ANRW* II.1, 1974, pagg. 593 ss, pag. 614: “Man wird daher gut daran tun, den Begriff der öffentlichen Strasse nicht restriktiv zu verwenden, indem man ihn in ein Schema von Voraussetzungen zu presst, die nie allgemeine, sondern nur von Fall zu Fall Bedeutung haben”.

Nel nostro caso si tratta di abbandonare la prospettiva della riconducibilità delle *viae* alla categoria delle *res in usu publico*, per osservare come i giuristi romani al fine di argomentare l'applicabilità ai beni-vie degli interdetti previsti in D.43.7-11, si appoggiassero di volta in volta su considerazioni di tipo formalistico legate alla titolarità del suolo ovvero su considerazioni di tipo funzionalistico legate alla rilevanza pubblicistica di esse entro il sistema viario. In quest'ottica l'ambiguità dei criteri adottati al fine di stabilire l'applicabilità di questi rimedi può essere considerata un riflesso dell'ambiguo contenuto di tutela dello strumento interdittale: come gli interdetti sono sospesi tra tutela di posizioni soggettive e tutela amministrativa di interessi pubblicistici<sup>167</sup>, così la determinazione del loro campo applicativo, in particolare con riferimento alle *viae* insistenti su fondi privati, non potrà che dipendere dalla contemporanea considerazione della titolarità del suolo e dalla funzione oggettivamente pubblicistica della via. Coerentemente con tale dipendenza dei criteri di classificazione dal contenuto di tutela del rimedio di cui si disputa l'applicabilità, sarà poi la specifica configurazione dei singoli strumenti a comportare una modulazione della rilevanza dei due criteri ai fini della loro applicabilità.

Come è stato a suo tempo intelligentemente sostenuto<sup>168</sup>, i due criteri per la determinazione della pubblicità delle *viae* genericamente evocati nei frammenti ulpiani appena visti – titolarità del suolo e funzione oggettivamente pubblicistica – più che comporre un quadro dogmatico univoco potrebbero essere stati usati in modo flessibile da giuristi e pratici per l'individuazione dell'ambito applicativo dei singoli interdetti incidenti sulle *viae*; la pubblicità del bene-via, in altre parole, sarebbe valutata con riferimento ai singoli interdetti in ragione del contenuto e della funzione di tutela del rimedio stesso: così, la riconducibilità di una *via* entro la nozione di *locus publicus* rilevante ai fini dell'applicazione dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* non potrebbe acriticamente fondarsi sui criteri esposti da Ulpiano in

<sup>167</sup>Riassume i termini della questione A.M. GIOMARO, voce *Interdicta*, cit., pag. 504; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pag. 902; riferimenti più specifici in A. BISCARDI, *La protezione interdittale*, cit., pag. 55 e ID., *La tutela interdittale*, cit., pag. 87 e in G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, cit., pag. 25.

<sup>168</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette. Libri XLIII-XLIV*, cit., pagg. 381 ss.

D.43.8.2.21-23 con riferimento al diverso interdetto *de viis*, perché i due rimedi hanno presupposti e scopi di tutela differenti. In particolare, mentre appare senz'altro coerente che l'interdetto *ne quid in in via publica itinereve publico* – che tutela, come vedremo, l'*usus publicus* delle vie – trovi applicazione con riferimento a quel genere di *viae* considerate *publicae* proprio in ragione della loro funzione oggettivamente pubblica, altrettanto non può dirsi invece per l'applicabilità dell'interdetto *ne quid in loco publico* che finirebbe, stante la sua diversa *ratio* di proteggere i *commoda* individualmente goduti da ciascun singolo sulla *res in usu publico*, per intromettersi nel rapporto tra proprietario e *res* ben oltre quanto necessario alla tutela dell'uso pubblico.

Una conferma di tale interpretazione, nonché dell'elasticità con cui Ulpiano si muove nella definizione del campo applicativo degli interdetti incidenti su *viae* pubbliche, proviene dalla rilevanza del carattere urbano o rustico della *via* ai fini dell'applicabilità dei due criteri in parola: Ulpiano infatti, nel frammento che segue immediatamente il trittico più sopra analizzato, afferma con riferimento all'interdetto *de viis* (su cui *infra*, Capitolo 3.1):

D.43.8.2.24 (Ulp. 68 ad ed.) *Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non: harum enim cura pertinet ad magistratus.*

Questo frammento, il cui tenore letterale è inequivocabile nel restringere l'applicabilità dell'interdetto *de viis* alle sole strade extraurbane, va letto a mio avviso alla luce dell'interpretazione proposta da Branca circa l'ambito applicativo dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat*, e quindi della nozione di *locus publicus* a quei fini rilevante; secondo questo autore infatti, tale rimedio troverebbe applicazione esclusivamente con riferimento a *loca publica*, e dunque anche alle *viae publicae*, situati in un contesto urbano<sup>169</sup>: deporrebbero in tal senso la casistica relativa all'interdetto *ne quid in loco publico fiat* (D.43.8.2.6 e ss ma specialmente 12

---

<sup>169</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 170.

ss) e la regola *ne urbs ruinis deformatur*<sup>170</sup>, posta dalle fonti a fondamento dell'assenza di un equivalente demolitorio del nostro. Tale asimmetria, per cui il *ne quid in loco publico* sarebbe applicabile solo alle *viae publicae* urbane mentre gli interdetti *de viis* solo a quelle rustiche, oltre a spiegarsi con le diverse esigenze poste dalla viabilità cittadina e da quella rurale<sup>171</sup>, rimanda – logicamente saldandosi – alla già ricordata lettura dell'Ubbelohde. Le *viae* considerate da Ulpiano (in D.43.8.2.21-23) *publicae* in ragione della loro funzione e nonostante il loro insistere su *solum privatum*, appartengono tutte alla categorie delle *rusticae*: mi riferisco alle *viae quae ad agros ducunt* e delle *vicinales* delle quali si sia persa memoria dell'appartenenza privata. Ad esse sole si applicherebbe l'interdetto *de viis* confermando la decisività, ai fini dell'applicazione di questo rimedio volto a tutelare l'*usus publicus*, del criterio oggettivo e funzionale della loro pubblica destinazione. Parallelamente, la (tendenziale) applicabilità del *ne quid in loco publico* al contesto urbano, con riferimento al quale non emerge dal passo ulpiano la possibilità di configurare *viae publicae* su suolo privato, conferma che – laddove il rimedio è posto a tutela non già della generale utilizzabilità del bene ma dei *commoda* privatamente goduti su esso – rimane essenziale il criterio della titolarità del suolo.

Del resto, una ulteriore conferma che in questa materia la giurisprudenza romana non procedette attraverso la costruzione apodittica di categorie generali, ma piuttosto affrontando di volta in volta il problema del campo di applicazione dei diversi rimedi, è fornito pure dalla questione sulla decisività del requisito della navigabilità ai fini della determinazione dei fiumi cui applicare i rimedi interdittali previsti per i *flumina publica*. La questione è stata a lungo dibattuta dalla romanistica, ma a mio avviso su presupposti metodologici non del tutto condivisibili e – per quanto più rileva – non coerenti con la già citata esigenza di saldare la questione classificatoria con la prospettiva rimediale, pur generalmente affermata in dottrina. In particolare ci si è perlopiù domandati se quello della navigabilità fosse un elemento essenziale della categoria romana di fiume pubblico, se esso in altre parole

<sup>170</sup>Esposta in D.43.8.2.17, su cui diffusamente *infra* Capitolo 2 Paragrafo 7.

<sup>171</sup>Su cui *infra*. Cfr. A. BIGNARDI, *Controversiae agrorum e arbitrati internazionali. Alle origini dell'interdetto «uti possidetis»*, Milano, 1984, pag. 20.

fosse un requisito necessario al riconoscimento della qualifica di *publicum* a un corso d'acqua<sup>172</sup>.

Al contrario, il brano del commento ulpiano contenuto in D.43.12.1.12 è a mio avviso esemplificativo di come la giurisprudenza romana non fosse succube delle proprie categorizzazioni ma riuscisse a trarle dalle esigenze poste dalla prassi:

D.43.12.1.12 (Ulp. 68 ad ed.) *Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat. Ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet.*

Il criterio della navigabilità in effetti non contribuisce alla costruzione della generale nozione di *flumen publicum*, perché in questo caso il criterio di selezione dei beni sottoposti alla tutela interdittale dipende da una caratteristica peculiare del rimedio in commento, finalizzato - lo vedremo oltre - a difendere quel particolare *usus publicus* rappresentato dalla possibilità di navigazione. La navigabilità dunque non andrebbe in questo caso concepita come elemento in grado di determinare univocamente la pubblicità di un corso d'acqua, quanto piuttosto - come di recente sostenuto da Fiorentini<sup>173</sup> - come un indizio della destinazione al pubblico uso dello stesso; tale caratteristica del corso d'acqua varrebbe poi, nel caso di rimedi finalizzati alla tutela della generale utilizzabilità del fiume, a fondarne la sottoposizione a quel peculiare rimedio. Pertanto, sebbene non esplicitato da Ulpiano nel commento ad esso specificatamente dedicato, si reputa che tale requisito valesse anche per l'altro

---

<sup>172</sup>Soprattutto G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 109-110 e A. BURDESE, *Flumen*, cit., pag. 4: il pensiero di questo autore è a mio avviso un buon esempio della lamentata difficoltà di trarre dalle generiche affermazioni metodologiche concrete indicazioni per la ricostruzione esegetica: egli infatti da un lato riconosce pacificamente come la giurisprudenza si sia interessata al problema della pubblicità dei *flumina* “particolarmente in sede di commento ai titoli dell'editto pretorio concernenti gli interdetti *de fluminibus*, al fine di delimitarne l'ambito di applicazione”, dall'altro però continua a trattare la materia come se fosse in gioco un'astratta definizione di fiume pubblico, preesistente alla considerazione dei singoli rimedi (“non è invece richiesta la navigabilità del fiume, al fine di qualificarlo come pubblico”).

<sup>173</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 153.



interdetto a tutela della navigabilità del *flumen, ut in flumine publico navigare liceat* (D.43.14)<sup>174</sup>.

Ciascun rimedio esprime un particolare punto di vista dal quale il pretore considerava la *res* da tutelare, pertanto la costruzione degli ambiti applicativi dei diversi rimedi comportava di volta in volta una ridefinizione degli elementi selettivi rilevanti per accordare la tutela.

## 6. *Usus publicus e bona civitatis*

Fin qui ci siamo occupati della ricostruzione del possibile significato dell'espressione ulpiana in D.43.1.1 pr. secondo cui le *res publicae...sunt alicuius* dal punto di vista della natura della relazione con essa indicata. Escluso che si possa trattare di una proprietà del *populus* inteso come persona giuridica o di un diritto reale individuale goduto in comunione indivisa dalla collettività di cittadini, ci siamo rivolti al paradigma dell'*usus publicus* come possibile concretizzazione di un vincolo di finalizzazione che trasparirebbe dall'uso di *alicuius* come genitivo di pertinenza. Le *res* individuate da Ulpiano – ovvero le *res in usu publico* – non si caratterizzerebbero (nella prospettiva di questo autore) come *publicae* per una forma di relazione predicativa tra un soggetto pubblico (la persona giuridica statale o l'insieme dei componenti la collettività considerati *uti cives*) e un bene, ma piuttosto per la peculiare funzionalizzazione alla pubblica utilizzazione ad esse conferite dall'applicabilità del complesso degli interdetti *de locis publicis*. Tale relazione nella prospettiva di Ulpiano non appare aver alcun carattere reale o proprietario, nel senso che non involge la questione della titolarità o rivendicabilità del bene da parte di qualcuno, quanto piuttosto la difesa di singole facoltà di utilizzo del bene attraverso uno strumento – quello interdittale – che nel pensiero giuridico romano mai venne ricondotto nell'alveo dello schema dominicale.

Ora, precisata attraverso la nozione di *usus publicus* la natura della relazione giuridica insistente sulle *res publicae* evocate nella classificazione ulpiana degli

<sup>174</sup>In questo senso M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 185.

interdetti, occorre individuare il referente funzionale di tale tutela. Nell'esperienza giuridica romana infatti, l'aggettivo *publicus* rimanda in prima battuta – tanto da un punto di vista etimologico<sup>175</sup> che spiccatamente giuridico<sup>176</sup> – alla nozione di *populus romanus*. Il significato che assunse questo concetto nel pensiero giurisprudenziale peraltro non è costante, dipendendo essenzialmente dall'evoluzione delle strutture costituzionali romane<sup>177</sup>.

Esso appare di interpretazione relativamente<sup>178</sup> semplice per l'epoca più risalente delle storia costituzionale di Roma, quando la compattezza della città stato organizzata in *curiae* (prima) e *centuriae* (poi) consentiva una semplice identificazione dei membri della *civitas* e così del *populus (romanus Quirites)*. Maggiori problemi circa l'esatto campo semantico di tale espressione sorgono a seguito dell'espansione territoriale della *civitas* romana durante il periodo dell'imperialismo repubblicano: essa avvenne, come noto, non già attraverso una omogenea espansione dei confini della *civitas*, ma attraverso l'incorporazione di singoli centri cittadini all'interno quello che è stato chiamato “stato municipale”<sup>179</sup>. Con riferimento specifico al nostro problema, tale processo pone ovviamente la questione – tanto all'interprete moderno quanto a quello antico, come vedremo – di determinare se i beni “appartenenti” a tali comunità cittadine possano essere qualificati pubblici, e in che senso. Tale difficoltà trova poi una nuova dimensione

---

<sup>175</sup>Cfr. A. WALDE-J.B. HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*<sup>5</sup>, II, Heidelberg, 1982, pag. 338 e A. ERNOU-A. MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine*<sup>4</sup>, Paris, 1985, pag. 542.

<sup>176</sup>Si vedano soprattutto le pagine classiche di V. SCIALOJA, *Teoria delle proprietà*, cit., pagg. 204 ss.

<sup>177</sup>L'identificazione *sic et simpliciter* della nozione *populus* con quella moderna di stato è stata oggetto della profonda critica metodologica di R. ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche»*, cit. spec. pagg. 185 ss e 196 ss; in modo tutto sommato adesivo, P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974, in cui anzi si afferma in introduzione: “oggi è abbastanza facile dire che il concetto di 'stato' è inadeguato ad afferrare il dato storico del *populus Romanus*”, ma occorre andare oltre liberandosi “di tutto il bagaglio storiografico e politico che quel concetto porta con sé” (pag. 6) – operazione cui è consacrata la prima parte del lavoro.

<sup>178</sup>Relativamente, perché qui si inserisce il problema del rapporto tra *populus* e plebe nel periodo antecedente la legislazione licinia-sestia e il cosiddetto compromesso patrizio-plebeo. Potrebbe risultare utile la lettura di G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 1998, pagg. 207 ss.

<sup>179</sup>E. GABBA, *Dallo stato-città allo stato municipale*, in *Storia di Roma II. L'impero mediterraneo*, Torino, 1990, pagg. 697 ss. Analogamente, tra i tanti, anche F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*<sup>2</sup>, IV.2, cit., pagg. 703 ss.

nel quadro della definitiva trasformazione di Roma in un impero universale, specialmente a seguito della concessione della cittadinanza a (quasi) tutti i sudditi attraverso la c.d. *constitutio antoniniana* del 212 d.C., che infine decretò la nascita di una *civitas* estesa quanto i confini dei domini imperiali<sup>180</sup>.

Il problema dell'individuazione del referente funzionale della tutela pretoria dell'*usus publicus* di taluni beni, e così della cerchia dei legittimati ad accedere agli interdetti che concretizzano su un piano tecnico giuridico tale facoltà di generale utilizzazione, va dunque calata all'interno di tale sviluppo diacronico delle strutture costituzionali romane. A mio avviso, porre al centro di questa analisi il paradigma funzionale e rimediabile dell'*usus publicus* piuttosto che quello statico della titolarità astratta, consente – come si cercherà di mostrare – una ricostruzione di alcune categorie di *res (lato sensu) publicae* più aderente al *modus operandi* della giurisprudenza romana. Infatti nonostante Ulpiano, nella classificazione degli interdetti da cui è partita questa analisi, non differenzi la categoria delle *res in usu publico* in ragione del soggetto del rapporto di pertinenza funzionale individuato dall'*usus* di taluni beni – ricorrendo invece all'indistinta e generica nozione di *populus* – un'analisi più approfondita di alcuni testi consentirà di apprezzare come il pensiero giuridico romano abbia affrontato il problema dei riflessi sul piano classificatorio dei mutamenti istituzionali legati all'evoluzione in senso imperiale dell'organizzazione dello spazio pubblico.

Con riferimento al problema dell'imputazione dei beni pubblici caratterizzati dall'*usus publicus* nel quadro dei centri minori dell'organizzazione costituzionale romana, nel titolo 50.16 del Digesto (*de verborum significatione*)<sup>181</sup> sono conservati due frammenti dello stesso Ulpiano (separati da un frammento gaiano, su cui *infra*) che sembrano affrontare direttamente la nostra questione:

<sup>180</sup> Anche in questo caso si vedano le pagine classiche di F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.2, cit., pagg. 771 ss.

<sup>181</sup> Sul significato generale di questo titolo, si vedano le riflessioni sviluppate in anni recenti e in diversi contributi da Marrone: M. MARRONE, *Le significationes di D.50.16*, in *SDHI*, LX, 1994; Id., *Nuove osservazioni su D.50.16 de verborum significatione*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VII, 1995; Id., *Osservazioni su D.50.16*, in *Il linguaggio dei giuristi romani. Atti Lecce 1994*, Galatina, 1999 (anche in *AuPA*, 45, 2, 1998).

D.50.16.15 (Ulp. 10 ad ed.) *Bona civitatis abusive 'publica' dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.*

D.50.16.17 (Ulp. 10 ad ed.) *Inter 'publica' habemus non sacra nec religiosa nec quae publicis usibus destinata sunt: sed si qua sunt civitatum velut bona.*

L'accostamento dei due frammenti<sup>182</sup> genera senza dubbio un quadro concettuale apparentemente contraddittorio: da un lato si esclude che i *bona civitatis* possano essere qualificati come pubblici in senso proprio, mentre subito dopo Ulpiano – nel definire il campo semantico della nozione di *publicum* – all'opposto limita l'applicabilità di questa qualifica proprio ai beni delle *civitates*.

Di tale contraddizione la dottrina ha inevitabilmente tentato di rendere conto, nello sforzo di precisare il pensiero di Ulpiano in merito ai *bona civitatis*. Si è in particolare fatto notare<sup>183</sup> che l'apparente contraddizione in realtà si dipana attraverso un'attenta lettura palinogenetica dei passi riportati, da cui emergerebbe che “Ulpiano, nei testi citati, non intendeva dare definizioni generali, ma si limitava a commentare l'editto QUOD ADVERSUS MUNICIPES AGATUR”<sup>184</sup>, e in particolare la clausola edittale che definisce pubblici determinati beni appartenenti alla città<sup>185</sup>: egli dunque, pur criticando (da un punto di visto per così dire dottrinale) la definizione pretorile di tali beni come *res publicae* (in fr. 15), non può evitare, in sede di analisi lemmatica della previsione edittale, di precisare che – solo in quel caso particolare, ai fini dell'applicazione dell'editto – per *res publicae* dovessero intendersi esclusivamente i beni nel patrimonio della città (fr. 17). Tale interpretazione mi pare colga nel segno, e consente di fissare alcuni punti importanti per la nostra riflessione.

Innanzitutto, dimostra la peculiare prospettiva con cui Ulpiano – in linea peraltro con la generale metodologia della giurisprudenza romana – affrontava il problema della classificazione dei beni, specialmente di rilevanza pubblicistica: da un lato, conferma la centralità del profilo rimediale, per cui la qualificazione

<sup>182</sup>Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia*, cit., II, pagg. 454-455 (Ulp. Pal. 343-344).

<sup>183</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pagg. 234 ss e G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 90. Infine in questo senso anche M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., pag. 77.

<sup>184</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 92.

<sup>185</sup>O. LENEL, *Edictum*, cit., pagg. 99 ss.

dogmatica è sempre operazione funzionale alla definizione del campo applicativo di particolari strumenti di tutela; dall'altro, la flessibilità e non univocità dell'apparato concettuale attraverso cui tali operazioni classificatorie venivano condotte. In secondo luogo, emerge come l'uso oscillante e ambiguo del termine *publicus* – ad indicare tanto i beni appartenenti al popolo romano inteso come “centro di imputazione massimo” dell'ordinamento<sup>186</sup> quanto quelli di qualsiasi altra *civitas* ricompresa entro l'ordinamento costituzionale romano<sup>187</sup> – sia stato oggetto, con il definirsi della struttura pluricentrica dello spazio costituzionale romano, di uno sforzo della giurisprudenza romana a distinguere su un piano concettuale le due categorie. Tale processo di distinzione dogmatica peraltro pare seguire la stessa logica rimediata sopra indicata: la giurisprudenza romana in altre parole, sarebbe arrivata a distinguere tra *res populi romani* e *res civitatum* sempre avendo a riferimento precisi problemi applicativi. È significativo in questo senso che nella prospettiva di Ulpiano la necessità 'dogmatica' di distinguere queste due categorie di *res (lato sensu) publicae* si manifesti in sede di commento di una clausola che riguarda controversie aventi ad oggetto la pretesa di un creditore su beni appartenenti alla collettività<sup>188</sup>. Da questo punto di vista assume un significato decisivo l'esclusione operata da Ulpiano delle *res quae publicis usibus destinatae sunt* dal novero dei beni aggredibili dalla pretesa attorea.

Essa infatti pare da un lato confermare la tesi<sup>189</sup> secondo cui la costruzione delle *civitates* come unità giuridiche autonome, come “monadi” capaci di imputazione di situazioni giuridiche<sup>190</sup>, si fondasse nel pensiero giurisprudenziale romano non tanto sulla loro struttura costituzionale o sulla disciplina di tipo pubblicistico che le reggeva, quanto piuttosto sulla considerazione della loro disponibilità di cespiti e dalla titolarità di situazioni giuridiche patrimoniali. Dunque

<sup>186</sup>R. ORESTANO, *Il problema*, cit., pag. 213.

<sup>187</sup>Lo notava già V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., pag. 69.

<sup>188</sup>Cfr O. LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., pagg. 99-100, spec. pag. 100.

<sup>189</sup>Y. THOMAS, *La construction de l'unité civique. Choses publiques, choses communes, choses n'appartenant à personne et représentation*, in *La représentation dans la tradition du ius civile en Occident (Actes des «Entretiens Volterra» de Rome, 2 e 3 Juin 1995)*, Roma, 2002, pagg. 7 ss.

<sup>190</sup>«Monades juridiques» è l'espressione usata da Y. THOMAS, *La construction de l'unité civique*, cit., pag. 9.

si potrebbe argomentare che la distinzione ulpiana tra *bona populi romani* e *bona civitatis* implicita nel rifiuto di qualificare propriamente pubblici questi ultimi si fondasse dogmaticamente sull'osservazione della diversa natura del soggetto titolare del diritto soggettivo di tipo domenicale sui beni: la distinzione tra *res populi romani* e *res civitatum* in altre parole riguarderebbe solo quelle *res* che Ulpiano stesso aveva qualificato – in sede di commento all'interdetto *ne quid in loco publico fiat* – *res in patrimonio populi*, contrapponendole alle *res in usu publico* ed escludendole dal campo applicativo di quel rimedio. Tale conclusione è in linea, come si è detto, con l'esclusione (in fr. 17) delle *res res quae publicis usibus destinatae sunt* dai *bona civitatis* che erano stati contrapposti (in fr. 15) alle *res publicae* propriamente dette, e sembra confermare la tesi di quanti sostengono che la distinzione tra *res in patrimonio* e *in usu publico*, su cui appare parametrata la riflessione di Ulpiano in materia di interdetti *de locis publicis*, si ripresentasse anche a livello cittadino<sup>191</sup>.

Questa lettura dei frammenti ulpiane in D.50.16.15 e 17 confermerebbe l'interpretazione secondo cui si sarebbe riprodotta anche con riferimento alle *res* di pertinenza delle *civitates* la dicotomia fondamentale tra *res in usu* e *in patrimonio populi*<sup>192</sup>; la mancata specificazione di Ulpiano in D.43.1.1 pr. delle *res civitatum* come possibili oggetto della tutela interdittale *de locis publicis* non sarebbe dunque da sopravvalutare, dal momento che il giurista, pur riconoscendo le peculiarità della classe di beni in proprietà delle *civitates* rispetto a quelli del *populus romanus*<sup>193</sup>, non doveva ricollegare ad essa rilevanza con riferimento alla tutela interdittale, che si

---

<sup>191</sup>G. GROSSO, *Corso*, cit., pagg. 37 ss.; G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 90 ss, con le dovute precisazioni, che esulano peraltro dallo scopo del presente lavoro, su cui comunque cfr. G. PUGLIESE, *Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel corso di Gaetano Scherillo sulle cose*, cit., pagg. 153 ss., spec. pagg. 155 ss. Una simile interpretazione mi pare sia coerente anche con l'impostazione, pur solo abbozzata, di R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, cit., spec. pagg. 312 ss.

<sup>192</sup>Espressamente G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., pag. 37: “le cose pubbliche, sia in senso più ristretto, cioè come *res populi Romani*, sia in senso più lato, comprendente le *res civitatum*, si distinguono in due categorie, e cioè da una parte quelle destinate all'uso pubblico, dall'altra quelle i cui proventi servono a sostenere gli oneri dello Stato o della *civitas*”. Cfr. anche G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 99, ma già F. VASSALLI, *Sul rapporto*, cit., pag. 5.

<sup>193</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 235.

applica a tutte le *res in usu publico* a prescindere dalla loro riferibilità al *populus romanus* o alle singole *civitates*<sup>194</sup>.

L'ipotesi dell'operatività anche a livello cittadino del paradigma dell'*usus publicus* e così la riproponibilità della distinzione dogmatica tra *res in patrimonio* e *res in usu 'publico'* anche con riferimento ai beni di pertinenza delle *civitates*, può essere a mio avviso corroborata da alcuni dati epigrafici.

Innanzitutto, bisogna segnalare come non solo alcuni frammenti del Digesto<sup>195</sup>, ma pure diverse fonti epigrafiche attestino l'utilizzo di espressioni che in vario modo si richiamano all'*usus publicus* di determinati beni di pertinenza della collettività<sup>196</sup>.

Inoltre, si possono qui ricordare le previsioni, contenute in documenti epigrafici relativi agli statuti di alcune comunità cittadine, volte a tutelare la generale utilizzabilità di taluni beni. Ad esempio, la *tabula Heracleensis* – documento di epoca tardo repubblicana<sup>197</sup> – oltre a imporre un obbligo per i frontisti delle *viae publicae*<sup>198</sup> di garantirne la manutenzione, più nello specifico vieta qualunque costruzione o altro intervento sulle *viae* medesime e sugli altri *loca publica* che ne compromettano la destinazione all'uso da parte del pubblico (*quo minus eis loceis*

<sup>194</sup> A una soluzione non dissimile pare giungere R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, cit., pagg. 302 ss, seppur partendo da una diversa ricostruzione del senso complessivo dei due frammenti. Ulpiano limita la nozione genuina di *publicus* ai *bona in patrimonio* del *populus romanus*, e ammette che si possa estendere, sebbene abusivamente, ai *bona in patrimonio* delle *civitates*. A questa categoria di *res, publicae* in quanto in patrimonio di un soggetto pubblico, egli opporrebbe le *res quae publicis usibus destinatae sunt*. Al di là dell'identificazione delle *res publicae* con le *res in patrimonio populi* (Orestano la sottolinea in chiave polemica col Vassalli), non univoca nemmeno nel pensiero ulpiano dal momento che si scontra non solo con l'uso generico della nozione *res publicae* in D.43.1.1 pr. ma pure con l'opposta affermazione in D.43.8.2.4-5 (come riconosciuto dallo stesso R. ORESTANO, *Il problema*, cit., pag. 303), ciò che rileva è il riconoscimento che la distinzione fondamentale agli occhi di Ulpiano era quella tra *res in patrimonium* e *res in usu populi*, rispetto alla quale quella relativa alla natura del soggetto pubblico cui riferire la *res* scolorava in quanto priva di significativi riflessi in tema di disciplina.

<sup>195</sup> Penso in particolare a D.41.2.1.22 (Paul. 54 ad ed.) in cui Paolo, discutendo della possibilità per i *municipia* di acquistare il possesso di beni, esplicitamente afferma che *forum autem et basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur*.

<sup>196</sup> Su cui già V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., pag. 205.

<sup>197</sup> La datazione è incerta, ma Crawford (M. CRAWFORD, *Roman statutes*, I, cit., pagg. 360 ss, spec. pag. 362) propende per collocarla attorno al 45 a.C e comunque in epoca cesariana.

<sup>198</sup> *Tab. Heracleensis*, linee 20-21. Cfr. A.M. RODRIGUEZ GONZALES, *La manutenzione delle strade di Roma. Un procedimento specifico nella Tavola di Heraclea*, in E. GABBA-D. MANTOVANI (ed.), *Gli Statuti Municipali*, Bologna, 2006, pagg. 397 ss. spec. pag. 399.

*porticibusque populus utatur*)<sup>199</sup>. Ovviamente una precisa valutazione dell'importanza di questo documento per il discorso che andiamo facendo implicherebbe una presa di posizione sul complesso dibattito circa la sua natura e funzione, ciò che esula dallo scopo del presente lavoro: ad ogni modo, accettando la tesi – che mi sembra in qualche modo predominante – secondo cui si tratterebbe di una consolidazione di normative eterogenee in vario modo finalizzate ad organizzare e regolare il *municipium* di Eraclea<sup>200</sup>, si trarrebbe di un'importante testimonianza del riflesso sul piano dell'organizzazione municipale del modello di tutela viario elaborato dal pretore urbano, anche se l'incertezza circa lo strumento rimediale posto a sanzione del divieto di opere contrarie al pubblico impone di mantenere il discorso su un piano esclusivamente congetturale. Occorre peraltro notare che appare quantomeno incrinata – specialmente dopo il ritrovamento delle *tabulae Irnitanae*<sup>201</sup> – la tradizionale dottrina<sup>202</sup> che escludeva in radice la possibilità per i magistrati municipali di emanare atti di *imperium*, quali appunto gli interdetti: il cap. 84 della *lex Irnitana* infatti – dove si stabiliscono i quantitativi e qualitativi alla competenza giurisdizionale dei magistrati locali (*duumviri* e *aediles*)<sup>203</sup> – sembra presupporre, in

---

<sup>199</sup>Spec. linee 68 ss: nei quis in ieis loceis inue ieis porticibus quid inaedificatum inmolitome habeto,/ neue ea loca porticumue quam possideto, neue eorum quod saeptum clausumue habeto quo minus eis/ loceis porticibusque populus utatur pateantue. Cfr. M. CRAWFORD, *Roman Statutes, I*, cit., pag. 365.

<sup>200</sup>Questa è in particolare la tesi da ultimo autorevolmente sostenuta da M. CRAWFORD, *Roman Statutes, I*, cit., pagg. 359.

<sup>201</sup>Sulle *tabulae Irnitanae* le ricerche più complete sono senz'altro quelle di F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalità e ius romanorum*, Napoli, 1993 e quelle di J.G. WOLFF, confluite in *Die Lex Irnitana*, Berlin, 2012. Si legga comunque l'intelligente aggiornamento bibliografico per materia di F. LAMBERTI, *L'Irnitana maggiore*, in *Memorias de Historia antigua*, 23-24, 2002-2003, pagg. 21 ss. L'*editio princeps* è quella di J. GONZALES-M. CRAWFORD, *The Lex Irnitana: A New Copy of the Flavian Municipal Law*, in *Journal of Roman studies*, 76, 1986, pagg. 147 ss (ma si veda anche l'integrazione in M. CRAWFORD, *The Text of the Lex Irnitana*, in *The Journal of Roman studies*, 98, 2008, pag. 182).

<sup>202</sup>D.50.1.26 (Paul. I ad ed.). Peraltro la *communis opinio* circa l'esclusione dalla competenza dei magistrati giurisdicenti municipali di qualsiasi atto *magis imperii quam iurisdictionis* si fonda sull'assunzione dell'elencazione paolina come meramente esemplificativa: solo in tal modo si può argomentare l'estendibilità dell'incompetenza del magistrato municipale anche ai rimedi interdittali, non indicati da Paolo. Cfr. G. GULINA, *I modelli urbano e municipale cisalpino del procedimento di danno temuto*, in E. GABBA-D. MANTOVANI (ed.), *Gli Statuti Municipali*, cit., pagg. 239 ss, spec pag. 249 nota 30.

<sup>203</sup>J. G. WOLFF, *Iurisdictio irnitana*, in *SDHI*, 66, 2002, pagg. 29 ss.



un passaggio peraltro di difficile lettura<sup>204</sup>, la possibilità per gli stessi di emanare interdetti<sup>205</sup>.

Data la difficoltà del passo, e la distanza cronologica tra i due statuti municipali, nessuna conclusione meno che congetturale può essere tratta, ma si potrebbe forse notare che la costruzione sintattica del divieto contenuto nella *tabula Heracleensis* – *ne quis...quo minus* (completiva con *verbum impediendi*) – ricorra spesso delle clausole relative agli interdetti de *locis publicis*, ciò che potrebbe valere a corroborare l'ipotesi che su di esso potesse fondarsi l'emaneazione di un rimedio di tipo interdittale da parte del magistrato locale.

La paradigmaticità del modello dell'*usus publicus* delineatosi a partire dalla previsione nell'editto urbano di rimedi interdittali volti a salvaguardare l'utilizzabilità di determinati beni da parte della collettività è confermato, con riferimento al diverso fenomeno coloniaro, dalla lettura della *lex* istitutiva della *colonia Iulia Genetiva*<sup>206</sup>, risalente alla seconda metà del I secolo a.C.<sup>207</sup>. Tra i diversi – e compositi<sup>208</sup> – contenuti normativi di questo provvedimento, assume un particolare rilievo per il discorso che si sta svolgendo un passaggio tratto dal cap. 104 relativo anche in questo caso alla tutela dell'infrastruttura viaria<sup>209</sup>. La previsione riguarda la

<sup>204</sup>Cap. 84 linee 6-8, *neque ea res agetur qua in re vi factum sit, quod non eius ex interdicto decretove iussuue eius qui iure dicunt praerit factum sit*. L'esatta ricostruzione del passo è disputata (cfr. J. G. WOLF, *Iurisdictio irnitana*, cit., pagg. 30-31).

<sup>205</sup>Su cui in particolare D. NÖRR, *Zum Interdiktenverfahren in Irni und anderswo*, in *Iuris vincula. Studi Talamanca*, 6, Napoli, 2001, pagg. 99 ss; A. TORRENT, *Lex irnitana: cognitio de los magistrados locales en interdictos, y limitación a su competencia por cuantía*, in *AFDUDC*, 12, 2008, 987 ss; peraltro osservazioni già in M.M. ROCCA, *I magistrati municipali e l'imperium*, in *Studi Martini*, III, Milano, 2007, pagg. 343 ss.

<sup>206</sup>Detta anche *lex Ursonensis*, dal nome della cittadina andalusa di Urso cui si riferisce tale provvedimento. Su tale documento epigrafico rimangono fondamentali le pagine di E. GABBA, *Riflessioni sulla lex Coloniae Genetivae Iuliae*, in *Estudios sobre la tabula siariensis (Anejos de Archivo espanol de archeologia)*, Madrid, 1988, pagg. 157 ss. Bibliografia anche in M. CRAWFORD, *Roman statutes*, I, cit., pagg. 393 ss. Si veda anche il recente numero monografico di *Studia historica. Historia antigua* dedicato alla *lex coloniae Iuliae Genetivae (La "Lex Ursonensis": Estudio y edición crítica, SHHA*, 15, 1997) nonché lo studio di A.R. JUREWICZ, *La lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis – rassegna della materia. Gli organi della colonia*, in *RIDA*, 54, 2007, pagg. 293 ss.

<sup>207</sup>Cfr. M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit., pag. 395.

<sup>208</sup>E. GABBA, *Riflessioni sulla Lex coloniae Genetivae Iuliae*, cit., pag. 157.

<sup>209</sup>*Lex coloniae Genetivae Iuliae*, cap. 104 linee 11-18: *qui limites decumaniqu<e> intra fines c(oloniae) G(enetiuae) deducti facti/que erunt, quaecumq(ue) fossae limitales in eo agro erunt./ 12|qui iussu C. Caesaris dict(atoris) imp(eratoris) et lege Antonia senat(us)que/ c(onsultis) pl(ebi)que sc(itis) ager datus atsignatus erit, ne quis limites/ decumanosque opsaeptos neue quit immolatum neue/ quit ibi*

concessione di un rimedio a legittimazione diffusa (come dovrebbe dedursi dal ricorso all'espressione *cui uolet petitio p(ersecutio)q(ue) esto*)<sup>210</sup> nel caso di costruzione o di altro comportamento idoneo a ostruire le strade (*limites decumaniqu<e>*)<sup>211</sup> o le fosse, in tal modo impedendone il pubblico utilizzo. Come è stato osservato peraltro, tale disposizione sembra trovare un diretto precedente, “quasi letterale”<sup>212</sup>, nel K.L.III della *lex Mamilia Roscia Peducaea Alliea Fabia*<sup>213</sup>. Gli scritti degli agrimensori<sup>214</sup>, infatti, ci hanno tramandato il testo di tre capitoli di tale provvedimento normativo, da alcuni identificato con una *lex Iulia agraria*<sup>215</sup> e risalente probabilmente all'epoca cesariana, in cui vengono trattate diverse questioni relative all'individuazione di *limites* e termini nella deduzione di una colonia: in uno di tali frammenti, il capitolo LIII<sup>216</sup>, è riprodotta quasi letteralmente<sup>217</sup> la sanzione a legittimazione diffusa del capitolo 104 della *lex coloniae Genetivae*.

---

opsaepum habeto, neue eos arato, neue e<a>s fossas/ |16|opturato neue opsaepto, quo minus suo itinere aqua/ ire fluere possit. si quis atuersus ea quit fecerit, is in/ res sing(ulas), quotienscumq(ue) fecerit, (sestertium) (mille) c(olonis) c(oloniae) G(enetiuae) I(uliae) d(are) d(annas) esto./ eiusq(ue) pecun(iae) cui uolet petitio p(ersecutio)q(ue) esto. *Vacat!*. Cfr. la ricostruzione del testo in M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit., pag. 409.

<sup>210</sup>J.L. MURGA, *Las acciones populares en la lex coloniae Genetivae Iuliae*, in *Seminarios complutenses de derecho romano: revista complutense de derecho romano y tradición romanística*, 1, 1989, pagg. 103 ss spec. pag. 154. Sul possibile significato dell'espressione *actio petitio persecutio* in particolare A. GUARINO, *Actio petitio persecutio*, in *Labeo*, 12, 1966, pagg. 129 ss e J.L. MURGA, *Posible significación del trinomio «actio, petitio, persecutio» en las leyes municipales romanas*, en *Estudios d'Ors*, Pamplona, 1987.

<sup>211</sup>Sull'equivalenza del termine *limes* (diffuso soprattutto nella documentazione epigrafica) e quello di *via* per indicare le principali arterie di comunicazione stradale si veda H.E. HERZIG, *Probleme des römischen Straßenwesens: Untersuchungen zu Geschichte und Recht*, cit., spec. pagg. 605 ss.

<sup>212</sup>J.L. MURGA, *Las acciones populares en la lex coloniae Genetivae Iuliae*, cit., pag. 155.

<sup>213</sup>Cfr. E.G. HARDY, *The lex Mamilia Roscia Peducaea Alliea Fabia*, in *Classical Quarterly*, 1925, pagg. 185 ss.

<sup>214</sup>Cfr. K. LACHMANN, *Gromatici veteres*, I, Berlin, 1848, pag. 263.

<sup>215</sup>Discussione delle principali posizioni in M. CRAWFORD, *The Lex Iulia Agraria*, in *Athenaeum*, 77, 1989, pagg. 179 ss.

<sup>216</sup>KL.III. Qui limites decumanique hac lege deducti erunt, quaecumque fossae limitales in eo agro erunt, qui ager hac lege datus adsignatus erit, ne quis eos limites decumanosque obsaeptos neve quid in eis molitum neve quid ibi opsaeptum habeto, neve eos arato, neve eis fossas opturato neve opsaepto, quominus suo itinere aqua ire fluere possit. Si quis adversus ea quid fecerit, is in res singulas, quotienscumque fecerit, HS IIII colonis municipibusve eis, in quorum agro id factum erit, dare damnas esto, eiusque pecuniae qui uolet petitio hac lege esto. Cfr. M. CRAWFORD, *Roman statutes*, II, cit., pag. 764.

<sup>217</sup>In particolare la diversa entità della multa, qui indicata in 4000 sesterzi per ogni violazione: cfr. la traduzione di M. CRAWFORD, *Roman statutes*, II, cit., pag. 765.

Anche in questo caso, nonostante manchi un espresso riferimento all'*usus publicus*, l'assonanza col modello del pretore urbano mi pare significativa: se compariamo la previsione della *lex coloniarum* con gli *interdicta de viis* commentati da Ulpiano in D.43.8.2.20-35, emergono affinità strutturali di non poco conto. In particolare mi sembra rilevante la simmetria tra legittimazione diffusa<sup>218</sup> e salvaguardia delle condizioni di utilizzabilità della via: in entrambi i casi, alla pubblicità dell'interesse tutelato<sup>219</sup> corrisponde l'esperibilità del rimedio da parte del *quivis e populo*.

Nonostante le evidenti e rilevanti differenze di regime tra i due rimedi – un interdetto con condanna parametrata sull'interesse del postulante<sup>220</sup> quello previsto dall'editto urbano, un'azione penale con multa fissa<sup>221</sup> quella contemplata dalla *lex coloniarum* – mi pare emerga una analogia strutturale da cui potrebbe ipotizzarsi l'esistenza – e la circolazione tra ordinamento urbano e cittadino – di un modello di tutela di alcuni beni pubblici, in particolare le *viae*, volto a tutelarne la destinazione al pubblico uso da parte dei membri della comunità. A questo riguardo non assumerebbe un rilievo decisivo il problema della esatta definizione della cerchia soggettiva dei fruitori di tale disciplina (e così l'esatta qualificazione della nozione di *populus* implicita nella tutela dell'*usus publicus*), poiché essa si determinerebbe di volta in volta rispetto alla comunità di riferimento. Del resto Impallomeni aveva osservato, nel commentare i frammenti ulpiani relativi alla classificazione delle *viae*<sup>222</sup>, che il collegamento operato da Ulpiano tra *status civitatis* e legittimazione all'esperimento dei rimedi interdittali volti a salvaguardare l'utilizzo del bene<sup>223</sup>, suggerisce “con una certa ragionevolezza” la possibilità di una disciplina a cerchi

<sup>218</sup>*Lex coloniae genitivae: cui volet* (cap 104 linea 18, ed. Crawford); D.43.8.2.34 *Hoc interdictum perpetuum et populare est*.

<sup>219</sup>D.43.8.2.44 *Interdictum hoc non esse temporarium sciendum est: pertinet enim ad publicam utilitatem*.

<sup>220</sup>D.43.8.2.34 *...condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit*. Si ricordino peraltro le osservazioni svolte nel Paragrafo 1 di questo capitolo circa i due modi per instaurare il giudizio ex interdicto tra cui quello *cum poena* attraverso reciproche *stipulationes*.

<sup>221</sup>Di 1000 sesterzi per ogni violazione del precetto (*in singulas res*): cfr. J.L. MURGA, *Las acciones populares en la lex coloniae Genitivae Iuliae*, cit., pagg. 154 ss.

<sup>222</sup>G. IMPALLOMENI, *In tema di strade vicinali*, cit., pagg. 543 ss.

<sup>223</sup>Espressamente stabilita in D.43.8.2.2 (Ulp. 68 ad ed.), su cui *infra* Capitolo 2 Paragrafo 3.

concentrici per cui “il godimento delle altre strade, pubbliche in senso ampio, e la relativa legittimazione alla tutela interdittale, spettassero, in via man mano sempre più ristretta, ai *municipes, vicani, coloni, villici*”<sup>224</sup>. Ulpiano stesso infatti, proprio nel frammento in cui fonda la possibilità di assumere come *publicae* ai fini della tutela interdittale *viae* non insistenti su suolo di proprietà pubblica (D.43.8.2.23), si riferisce a porzioni di infrastruttura viaria di pertinenza di *villae* e – per quanto soprattutto qui interessa – di *coloniae (in villas vel in alias colonias ducentes)*<sup>225</sup>.

A conclusione di questa sommaria analisi di documenti epigrafici, si possono svolgere alcune osservazioni. Le clausole interdittali contenute nell'editto urbano commentato da Ulpiano non sembrano rappresentare un *unicum*, un fenomeno isolato nel quadro dell'esperienza giuridica romana. I rimedi a tutela delle *viae* e di altri luoghi pubblici previsti nella legge municipale di *Heraclea* e nella *lex* istitutiva della *colonia Genetiva Iulia* presentano a mio avviso – nonostante le incertezze ricostruttive e le innegabile differenze di regime – assonanze strutturali con il modello degli *interdicta de locis publicis*, tali da far ipotizzare che esso abbia potuto rappresentare in qualche modo un archetipo, nel momento di espansione “reticolare” dell'ordinamento romano durante la fase tardo repubblicana, per la conformazione degli ordinamenti cittadini. Da un lato dunque, tali documenti epigrafici, ove si accettasse l'ipotesi di una correlazione non occasionale tra le previsioni ivi previste e gli interdetti a tutela delle *res in usu publico*, rappresenterebbero il termine *ad quem* per la collocazione temporale del complesso interdittale a tutela dei *loca publica*. Dall'altro, essi testimonierebbero l'operatività a livello cittadino del paradigma dell'*usus publicus* e dunque avvallerebbero l'interpretazione del pensiero di Ulpiano in materia di *bona civitatis* sopra ricordata in sede di esegesi di D.50.16.15 e 17, secondo cui la distinzione tra questi e i *bona populi romani* sarebbe stata proposta con esclusivo riferimento ai beni su cui potesse essere vantato un diritto patrimoniale: solo come titolari di un diritto soggettivo assimilabile al modello

---

<sup>224</sup>G. IMPALLOMENI, *In tema di strade vicinali*, cit., pag. 545.

<sup>225</sup>G. IMPALLOMENI, *In tema di strade vicinali*, cit., pag. 545 nota 19.

privatistico dominicale le *civitates* avrebbero assunto un'identità autonoma contrapposta a quella del *populus romanus*.

### 7. Il problema delle *res communes omnium*

L'assunzione del paradigma dell'*usus publicus* come strumento euristico per l'indagine delle classificazioni romane delle *res* sottratte alla proprietà dei singoli, consente non solo di impostare una ricostruzione appagante del rapporto tra imputazione al *populus romanus* e imputazione alle collettività cittadine minori nel quadro della organizzazione municipale dell'impero romano in epoca classica, ma permette di innestare in modo innovativo il problema del significato della categoria marcianea delle *res communes omnium* su quello del mutamento in senso compiutamente universalistico dell'ordinamento imperiale romano, simboleggiato dal provvedimento di concessione della cittadinanza a tutti i sudditi dell'impero emanato da Caracalla nel 212 d.C.

Come noto, la ricostruzione del significato della categoria delle *res communes omnium* è un problema estremamente dibattuto in dottrina: lo stato oggettivamente ambiguo delle fonti sul punto e l'implicito riferimento della categoria a nozioni di valenza extra giuridica hanno infatti consentito alla giusromanistica di produrre una moltitudine di interpretazioni divergenti tanto nei risultati quanto, per quello che maggiormente interessa, negli approcci metodologici seguiti.

Il punto di partenza testuale è naturalmente il celebre frammento delle Istituzioni di Marciano, riportato dai compilatori del Digesto nel titolo *De divisione rerum et qualitate*<sup>226</sup>, in cui il giurista severiano pare pianamente includere le *res communes omnium* nella sua *summa rerum divisio*, accanto a *res universitatis*, *nullius* e *singulorum*.

<sup>226</sup>Nonché riprodotto (con la significativa variazione su cui *infra* il Paragrafo 7 in questo Capitolo) in apertura del titolo *De rerum divisione* delle Istituzioni giustinianee: cfr. Inst. II.1 pr-1.

D.1.8.2 (Marc. 3 inst.) pr. *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur*. 1. *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*.

A un'esegesi più puntuale il passo rivela, nonostante la sua (apparente) laconicità, inaspettate difficoltà interpretative: sarebbe impossibile fornirne un quadro esaustivo, ma qualche cenno appare indispensabile per il prosieguo del discorso. Le complicazioni sono essenzialmente di due ordini.

Innanzitutto la categoria non appare - allo stato delle fonti - compiutamente elaborata dallo stesso Marciano. Non solo infatti nella compilazione non si trova alcun passo in cui sia esplicitato il positivo contenuto di disciplina della categoria, ma lo stesso Marciano pare tracciare con mano incerta la sua classificazione delle *res* quando, in un frammento immediatamente successivo alla *summa rerum divisio* (fr. 4 *de eodem titulo*)<sup>227</sup>, egli pare introdurre una categoria - quella delle *res publicae* - nemmeno menzionata nella sua classificazione generale e difficilmente armonizzabile entro quel quadro classificatorio.

Inoltre la categoria marcianea, di per sé ambigualmente attestata dalle fonti, pare sconosciuta a gran parte dei giuristi classici, ad esclusione forse del solo Ulpiano<sup>228</sup>. Nelle fonti infatti da un lato addirittura manca una qualsiasi considerazione di *aer* e *aqua profluens* quali beni dotati di un'autonoma qualificazione giuridica, mentre gli altri due elementi costitutivi della categoria marcianea delle *res communes omnium*, ovvero *litora* e *mare*, risultano variamente

---

<sup>227</sup>D.1.8.4.1 (Marc. 3 inst.) *Sed flumina paene omnia et portus publica sunt*. La categoria delle *res publicae* è assunta anche nella sistematica delle Istituzioni giustinianee, che com'è noto nel riprendere il frammento marcianeo inseriscono tra le *res communes* e le *res universitatis* la categoria delle *res publicae*: Inst. II.1 pr [...] *quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum*.

<sup>228</sup>Come parrebbe desumersi da D.47.10.13.7 (Ulp. 57 ad ed.), dove si legge l'espressione *et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer*; e da D. 39.2.24 pr. (Ulp. 81 ad ed.), che si apre con l'osservazione secondo cui *fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum*.

qualificati dai diversi giuristi classici: per essi infatti le fonti attestano tanto il *nomen* di *res publicae iuris gentium*<sup>229</sup> quanto quello di *res publicae*<sup>230</sup>.

L'oggettiva ambiguità del quadro concettuale emergente dalle fonti, spiega le difficoltà contro cui si sono scontrati i tentativi – maturati in diversi momenti all'interno della tradizione romanistica - di inquadrare tale categoria in un sistema dogmatico univoco. Alla luce di questa difficoltà si possono spiegare le ardite costruzioni dottrinali elaborate dagli interpreti medievali per armonizzare i frammenti del *Corpus Iuris* in materia di *res communes* e *res publicae* all'interno di una teoria organica dei beni pubblici<sup>231</sup>. Ugualmente essa può aiutare a interpretare l'atteggiamento verso questa categoria della dottrina ottocentesca di matrice pandettistica, impegnata nella precisazione concettuale del sistema del diritto romano attuale: l'irriducibilità della categoria romana entro tale edificio dogmatico spiega da un lato la marginalizzazione del tema nei principali manuali di Pandette<sup>232</sup>, che ne

<sup>229</sup>D.1.8.5 (Gai. 2 rerum cott.) pr. *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt;* D.43.8.4 (Scaev. 5 resp.) *Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur;* D.18.1.51 (Paul. 21 ad ed.) *Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*

<sup>230</sup>D.50.16.112 (Iavol. 11 ex Cassio) *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuatur. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est;* D.1.8.10 (Pomp. 6 ex Plaut.) *Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.*

<sup>231</sup>Una panoramica delle diverse soluzioni in R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München, 1967, pagg. 86 ss., e in N. CHARBONNEL-M. MORABITO, *Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs*, *RHDEF*, 65, 1987, pagg. 23 ss. Rilevano la complessità di tali costruzioni in particolare M.J. SCHERMAIER, *Res communes omnium: The History of an Idea from Greek Philosophy to Grotian Jurisprudence*, in *Grotiana*, 30, 2009, pagg. 20 ss., secondo cui “the efforts focused on the concepts of *res communes omnium* are a typical example of the endeavour of the medievals to harmonize the ancient sources” (pag. 45); e R. PERRUSO, *The development of the doctrine of res communes in medieval and early modern Europe*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 70, 2002, pagg. 69 ss. nota come “the attempt to locate the origin of common property within the recognized authorities of the *Corpus Iuris* and canon law could only produce results that seemed forced and artificial” (pag. 80). Per una riproposizione di tale approccio (evidentemente debitore della lezione di Piacentino), si legga B. BIONDI, *La condizione giuridica del mare e del litus maris in diritto romano*, in *Studi Peruzzi*, Palermo, 1925, pagg. 271 ss. (oggi in Id., *Scritti giuridici vari*, Milano, 1965, pagg. 107 ss.).

<sup>232</sup>Lo nota da ultimo O. BEHREND, *Die allen Lebenwesen gemeinsamen Sachen (res communes omnium) nach den Glossatoren und dem klassischen römischen Recht*, in *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart, 1992, pagg. 3 ss. [= Id., *Institut und Prinzip: siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen*, 2, Göttingen, 2004, pagg. 599 ss.], spec. pag. 7.

offrono generalmente una trattazione defilata e superficiale, senza alcun cenno ai diversi problemi di interpretazione e coordinamento delle fonti, dall'altro la celebre scomunica mommseniana delle “benedette *res communes omnium*, che non hanno né capo né coda”<sup>233</sup>. Il conflitto tra l'esigenza di estrarre dalle fonti romane un sistema concettuale univoco e la contraddittorietà delle testimonianze in materia di *res communes* trova infine riscontro nella proposta, maturata in ambiente interpolazionista<sup>234</sup>, di obliterare la categoria nella ricostruzione del (cosiddetto) diritto classico: eliminato per via filologica ogni riferimento allo *ius naturale* (e così uno degli elementi della *rerum divisio*), poteva riaffermarsi la coerenza del sistema, almeno per l'epoca classica<sup>235</sup>.

Una volta apertamente riconosciuta l'esigenza di trattare storicamente le fonti romane, distinguendone diversi piani in ragione delle esperienze ivi stratificatesi e al fine di pervenire a una ricostruzione prospettica del diritto romano<sup>236</sup>, emersero pure le problematiche interpretative poste dalla categoria: da un lato, infatti, si tratta di precisare il rapporto della categoria marcianea con le altre concettualizzazioni romane in tema di *res (lato sensu) publicae*, così da individuarne il contenuto (*proprium*) dogmatico; dall'altro, invece, occorre dar conto della particolare posizione che pare assumere Marciano nell'enucleazione della categoria, e del significato che essa poté avere nel pensiero di questo giurista. La storia recente di

---

<sup>233</sup>TH. MOMMSEN, *Sopra un'iscrizione scoperta in Frisia*, in *BIDR*, 2, 1889, pag. 13.

<sup>234</sup>Occorre notare a questo proposito che la giustapposizione di piani implicita nel binomio classico-giustiniano comportava bensì la storicizzazione del *Corpus Iuris* (e una più chiara posizione dell'oggetto della ricerca romanistica rispetto al periodo del diritto romano attuale), ma dal punto di vista del trattamento delle fonti riproduceva sostanzialmente i metodi della dottrina del diritto romano attuale: di “pandettizzazione del diritto classico” parla ad esempio R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1989, pagg. 546 ss.

<sup>235</sup>Sulla pretesa non classicità della nozione di *ius naturale* un'utile sintesi in U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra 'res nullius' e 'res nullius in bonis'*, cit., pagg. 229 ss. Contro l'impostazione del problema nella critica interpolazionistica già C. A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, spec. pagg. 157 ss. Per una originale rivalutazione del problema cfr. W. WALDSTEIN, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, in *ZSS*, 111, 1994, pagg. 1 ss.

<sup>236</sup>“La moderna critica delle fonti è più che mai simile a un'indagine stratigrafica, in quanto tende a percepire e descrivere i diversi strati di cui i singoli testi possono risultare composti, isolando uno strato dall'altro e precisando di ciascuno la data, l'origine e la natura” col fine di pervenire a una “visione stereoscopica degli stessi” (G. PUGLIESE, *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, in *Annali di storia del diritto*, 5-6, 1961-62, pagg. 71 ss, pag. 76).



questa categoria può articolarsi attorno a queste due direttrici, oscillando la moderna dottrina giusromanistica tra soluzioni incentrate sull'analisi del contesto dogmatico in cui collocare questa nozione e altre fondate sulla considerazione di dati biografici idonei a individualizzare il pensiero di Marciano nella storia della giurisprudenza romana. A quest'ultimo atteggiamento possiamo ascrivere la tesi elaborata di Pernice<sup>237</sup> e Sokolowski<sup>238</sup> in Germania, e ripresa *in primis* da Bonfante<sup>239</sup> in Italia. Questi autori non negano la paternità marcianea, e così la classicità della categoria menzionata in D. 1.8.2 pr. e in I. II.1 pr.-1, ma giungono piuttosto a disinnescarne il potenziale antinomico riducendola a *nomen* atecnico, a nozione sprovvista di un reale contenuto tecnico-giuridico in quanto concetto filosofico e genericamente evocativo, tratto da Marciano dalla tradizione letteraria piuttosto che da quella scientifica-giurisprudenziale romana, rispetto alla quale esso risulterebbe pertanto radicalmente distonico. Il nucleo essenziale di questa argomentazione risiede dunque nella dimostrazione, a partire dall'analisi delle diverse testimonianze marcianee rintracciabili nella compilazione<sup>240</sup>, della formazione filosofica e umanistica di questo giurista<sup>241</sup>, il quale avrebbe pertanto costruito la categoria delle *res communes omnium* a partire dagli ideali stoici della 'comunità universale degli uomini'<sup>242</sup> piuttosto che su un qualche preciso profilo di disciplina caratterizzante i beni raggruppati entro quella categoria. L'inserimento di questa categoria quale elemento fondamentale della *rerum divisio* rappresenterebbe pertanto una cesura rispetto allo svolgimento del pensiero giurisprudenziale romano, che sarebbe piuttosto andato organizzandosi attorno alla diversa nozione di *res publicae iuris gentium*<sup>243</sup>.

<sup>237</sup>A. PERNICE, *Die sogenannten res communes omnium*, Berlin, 1900.

<sup>238</sup>P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie in Privatrecht*, Halle, 1902, pagg. 43 ss.

<sup>239</sup>P. BONFANTE, nota N in *Note a Windscheid, Diritto delle Pandette*, (traduzione, note e riferimenti al Diritto civile italiano iniziate da Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante e Fulvio Maroi), vol. V, Torino, 1922; ID., *Corso di diritto romano*, cit., pagg. 61 ss.

<sup>240</sup>A. PERNICE, *Die sogenannten res communes omnium*, cit., pag. 4; P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 66.

<sup>241</sup>Così P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 55: "Ora, di tutti i giureconsulti romani Marciano è il più nutrito di cultura letteraria o almeno il più ricco di allusioni letterarie e filosofiche [...] e probabilmente la sua formazione è più umanistica, si direbbe oggi, che giuridica".

<sup>242</sup>A. PERNICE, *Die sogenannten res communes omnium*, cit., pagg. 8 ss.

<sup>243</sup>Mi sembra possano collocarsi entro questo orizzonte interpretativo pure le classiche ricerche in tema di *ius gentium* di Lombardi e Kaser: cfr. G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, cit., pagg. 90 ss. ma in particolare pag. 101 (sull'incidenza della formazione filosofica sulla *rerum divisio*

Il secondo filone che innerva la moderna giusromanistica con riferimento all'interpretazione della categoria delle *res communes omnium*, si caratterizza invece per il tentativo di ricostruire in chiave evolutiva e diacronica la posizione di questa figura giuridica nel pensiero giurisprudenziale romano. I lavori di Grosso<sup>244</sup> e Branca<sup>245</sup> (come pure quello di Scherillo)<sup>246</sup>, cui può farsi risalire tale impostazione, tentano infatti di inserire l'emersione della categoria delle *res communes omnium* nel quadro dello svolgimento del pensiero giuridico romano in tema di *res publicae*. Alla luce della fluidità<sup>247</sup> delle categorizzazioni romane in tema di beni sottratti all'appropriazione privata, la categoria delle *res communes omnium* non è più riguardata come eccentrica trovata filosofeggiante di Marciano, ma rappresenterebbe piuttosto l'epilogo di una corale opera di precisazione dello 'statuto di disciplina'<sup>248</sup> delle diverse tipologie di beni (*lato sensu*) pubblici. In particolare il profilarsi di tale categoria rispetto al generico ambito delle *res publicae* riposerebbe sulla considerazione della peculiare disciplina di *litora e mare*, sui quali la giurisprudenza romana avrebbe nel corso del tempo riconosciuto la possibilità di *aedificatio* senza la necessità di preventiva *concessio* (e conseguente pagamento di *vectigal*) da parte dell'autorità pubblica<sup>249</sup>. Marciano, in questo contesto, non avrebbe fatto altro che sanzionare dal punto di vista dogmatico questa progressiva differenziazione sul piano

---

marciana) e pag. 150 (sulla non giuridicità delle cose incluse nella categoria delle *res c. o.*); M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, spec. pagg. 106 ss.

<sup>244</sup>G. GROSSO, *Corso di diritto romano: le cose*, cit., spec. pagg. 29 ss.

<sup>245</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., spec. pagg. 205 ss.

<sup>246</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 76 ss.

<sup>247</sup>Così G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino, 1991, pag. 429: anche con riferimento alla posizione di questo autore Fiorentini parla di "processualità" tra le varie categorie romane in tema di *res publicae* (M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit., pag. 58 nota 124).

<sup>248</sup>Il riferimento alla nozione di statuto di disciplina non è accidentale: confrontando l'impostazione di Bonfante con quella di Grosso e Branca si può misurare l'impatto che ebbe (anche) sulla dottrina romanistica il trapasso dal paradigma soggettivistico al paradigma oggettivistico nello studio dei regimi proprietari (su cui rimane fondamentale R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e i diritti senza soggetto*, cit., pagg. 179 ss.), propiziato nella dottrina italiana dai lavori di S. Pugliatti (su cui P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*<sup>2</sup>, Napoli, 2006, pagg. 1 ss. e Id., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, pagg. 230 ss.): basterebbe osservare che mentre il lavoro di Bonfante rimane ancorato alla tradizionale impostazione del problema dei beni come premessa alla trattazione della proprietà e degli altri diritti (soggettivi) reali, i lavori di Branca e Grosso (come poi il corso di Scherillo) sono monograficamente dedicati alla ricostruzione del regime delle cose in diritto romano.

<sup>249</sup>G. GROSSO, *Corso*, cit., pagg. 32 ss. e G. BRANCA, *Le cose*, cit., ad esempio pag. 206.

della disciplina sostanziale, facendo delle *res communes omnium* un elemento a sé stante della sua *rerum divisio*.

Tali prospettive interpretative non possono essere a mio avviso accettate. Dal punto di vista del ruolo svolto da Marciano nell'enucleazione della categoria, la tesi che questo si sia risolto nell'importazione nel discorso giurisprudenziale di modelli filosofici privi di contenuto tecnico può essere criticata da due punti di vista. Innanzitutto mi sembra azzardato negare la rilevanza tecnica di una categoria, la sua capacità di ordinare fenomeni emergenti dalla realtà giuridica, sulla semplice base di una possibile ascendenza filosofica della stessa; ove anche si giungesse a provare, sulla base di puntuali riscontri<sup>250</sup>, la diretta influenza di un sistema filosofico nell'elaborazione di un principio o di un istituto giuridico, non rimarrebbe per ciò solo dimostrata la natura a-tecnica di una tale concettualizzazione<sup>251</sup>: a tal proposito basti pensare alla vicenda storica della nozione di diritto soggettivo<sup>252</sup>. In secondo luogo tale operazione interpretativa si risolve nella mera sussunzione del pensiero di questo giurista in un 'movimento spirituale'<sup>253</sup> con una storia complessa e millenaria<sup>254</sup>, richiamato peraltro nei suoi termini più generali. Al contrario,

<sup>250</sup>Sulla necessità di corroborare ogni ipotesi circa influenze filosofiche sui giuristi romani con dati esterni rispetto ai testi giuridici analizzati, insiste in particolare G. PUGLIESE, *Storia dei giuristi e storia del diritto*, in A. SCHIAVONE-A. CASSANDRO (ed.), *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea*, Bari, 1977, pag. 59.

<sup>251</sup>Giustamente critico Yan Thomas verso questo dominante "postulat selon lequel un mot emprunté au lexique des valeurs religieuses et morales ne saurait revêtir, dans la langue du droit, un sens juridique autonome" (Y. THOMAS, *La langue du droit romain. Problèmes et méthodes*, in *Archives de philosophie du droit*, 19, 1974, pagg. 103 ss., pag. 107). In questo senso mi pare anche G. GROSSO, *Introduzione*, in *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 1967, pag. 110.

<sup>252</sup>M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957, specialmente il Capitolo dedicato a "Les origines de la notion de droit subjectif" (pagg. 249 ss.), in cui l'A. sostiene che, nell'enucleazione della categoria, "dejà la philosophie avait, comme il est ordinaire, précédé les juristes" (pag. 279). Analogamente R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, cit., pagg. 149 ss. [oggi in ID., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, pagg. 115 ss., cui faccio riferimento per le citazioni] spec. pagg. 132 ss.

<sup>253</sup>Il termine 'geistigen Bewegung' compare come sottotitolo in M. POHLENZ, *Die Stoa*, Göttingen, 1948, su cui si veda anche P. FREZZA, *Rec. A M. Pohlenz, Die Stoa*, in *SDHI*, 17, 1951, pagg. 318 ss.

<sup>254</sup>Proprio per spiegare la scelta del sottotitolo della sua monografia, Pohlenz osserva come il pensiero stoico non sia inquadrabile in alcun 'starres Lehrsystem' (*Introduzione a M. POHLENZ, Die Stoa*, cit.). Per un quadro complessivo dei temi e delle personalità legate allo stoicismo antico, si veda (oltre il lavoro dello stesso Pohlenz) M. ISNARDI PARENTE, *Introduzione a Stoici antichi*, Torino, 1989, pagg. 9 ss. Mi pare significativo che il medesimo argomento relativo all'influenza del pensiero stoico sul diritto romano sia stato richiamato per spiegare l'emersione sul finire della Repubblica delle nozioni – a mio avviso totalmente antitetiche a quella di *res communes omnium* - di proprietà privata e di Stato

nell'interpretazione di Grosso e Scherillo la posizione di Marciano appare evanescente, ridotta a quella di mera *bouche* dell'intrinseca evoluzione della dogmatica romana.

Anche per quanto riguarda la ricostruzione di un contesto dogmatico-concettuale idoneo a dar conto dell'emersione della categoria stessa, l'analisi della dottrina maggioritaria può offrire utili elementi per un ripensamento generale dell'approccio alla categoria. Tale analisi ci conferma infatti che – anche ove mossa dai più nobili e puri intenti storicisti, abbandonato ogni intento programmatico di *Aktualisierung* – la dottrina storico-giuridica non va esente dal rischio di “indebite sovrapposizioni”<sup>255</sup> sull'oggetto studiato di schemi e prospettive proprie dell'esperienza giuridica contemporanea, e ciò da due punti di vista. Innanzitutto dal punto di vista del contenuto dogmatico delle categorie giuridiche utilizzate per inquadrare le testimonianze romane: da un lato, appare significativo che venga assunta – velatamente nel lavoro di Pernice, espressamente in quello di Bonfante – una nozione di 'cosa in senso giuridico' parametrata sul modello soggettivistico della proprietà privata (diritto soggettivo di proprietà)<sup>256</sup>, difficilmente si potrà riconoscere a una nozione come quella di *res communes omnium* un valore tecnico giuridico ma al più si potrà ritenerla, con Pernice, “mezza giuridica e mezza etica”<sup>257</sup>; dall'altro,

come persona giuridica astratta (mi riferisco a O. SACCHI, *Le nozioni di stato e di proprietà in Panezio e l'influenza della dottrina stoica sulla giurisprudenza romana dell'epoca scipionico-cesariana*, in *RIDA*, LII, 2005, pagg. 325 ss., spec. pagg. 335 ss.): in questo caso peraltro l'analisi pare condotta su un piano sufficientemente individualizzato, trattandosi dell'influenza – storicamente provabile – di un particolare filosofo di “area stoica” su un determinato circolo politico-culturale romano; trova del resto conferma la scarsa capacità euristica del generico rinvio a una dottrina filosofica al fine di spiegare l'emersione o la trasformazione di istituti giuridici.

<sup>255</sup>L'espressione è ironicamente tratta dalla risposta dello stesso Branca al primo quesito della famosa inchiesta della rivista *Labeo* del 1956, pagg. 55-56.

<sup>256</sup>P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit.: “non tutte le cose corporali sono oggetto di diritti reali o di diritti privati in generale, ma solo quelle che hanno un'utilità per gli uomini, e che, a causa della loro limitazione e della possibilità di essere appropriate in parti, hanno un valore economico” (pag. 7). Ma anche le osservazione di Pernice nel paragrafo introduttivo del suo lavoro: A. PERNICE, *Die sogenantenn*, cit., pag. 3.

<sup>257</sup>A. PERNICE, *Die sogenantenn*, cit., pag. 11: l'espressione di Pernice significativamente riecheggia il giudizio che sulla categoria delle *res communes omnium* diede il Bekker, secondo cui si tratterebbe di *Halbsachen* (E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886 (rist. Aalen, 1979), pag. 287 nota f). Sulla inadeguatezza della moderna nozione di proprietà in senso soggettivistico come viatico per corretta valorizzazione delle fonti romane in tema di *res communes* si veda D. MESSINETTI, *L'oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pagg. 808, specialmente pagg. 819 ss; in generale sulla sua inadeguatezza come paradigma per comprendere la storia dei regimi di accesso ai

con riferimento alla tesi di Grosso e Scherillo, l'assunzione della libertà di *aedificatio* come *proprium* della categoria delle *res communes* riposa in effetti sulla lettura di frammenti di non univoca interpretazione<sup>258</sup> mette al centro dell'analisi un problema di natura amministrativa che, sebbene certamente presente entro l'orizzonte dei giuristi romani, si reputa non sarebbe stato in grado di guidare la riflessione civilistica della giurisprudenza classica in tema di *rerum divisiones*<sup>259</sup>. Ancora più rilevante (e pericolosa) appare la proiezione sul pensiero giuridico romano di tecniche e metodi propri della modernità giuridica: da un lato l'approccio sostanzialistico, come nel caso della tesi di Grosso e Branca sulla decisività della libertà di costruzione, che finisce per scontrarsi con la già citata 'prospettiva rimediale' dei giuristi romani<sup>260</sup>; dall'altro la stessa esigenza di pervenire a una definizione del *proprium* della categoria delle *res communes*, all'individuazione cioè di un elemento concettuale idoneo a definirne univocamente i confini e così i rapporti dogmatici con le altre figure di *res (lato sensu) publicae*, fosse in buona sostanza estranea all'orizzonte metodologico della giurisprudenza romana: come felicemente sintetizzato da Arangio Ruiz, “presso i romani la tecnica giuridica procedeva diversamente, cioè per paradigmi: creato un modulo perfettamente adattabile ad una massa notevole di dati dell'esperienza, lo si applicava per approssimazioni successive, cioè sfumandone le linee e arrotondandone i contorni, a dati che non erano stati tenuti presenti nella prima costruzione, ma che apparivano in qualche modo analoghi alle materie così disciplinate”, concludendo col monito che “sempre meglio si riconosce che il carattere pratico dei concetti giuridici esclude che il sistema possa essere esattamente racchiuso in categorie fisse”<sup>261</sup>.

beni, ovviamente P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*<sup>2</sup>, cit., spec. pag. 25.

<sup>258</sup>G. BRANCA, *Le cose*, cit., pagg. 91 ss., G. GROSSO, *Corso*, cit., pagg. 32 ss.: tanto che Grosso ad esempio è costretto a ricorrere a una loro interpretazione in chiave interpolazionistica (G. GROSSO, *Corso*, cit., pag. 34).

<sup>259</sup>Lo nota, paradossalmente, proprio G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 139.

<sup>260</sup>Cfr. *supra* Capitolo 1 Paragrafo 1.

<sup>261</sup>V. ARANGIO RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, in *Studi Riccobono*, IV, Palermo, 1936 [rist. Aalen, 1974], pag. 355 ss, spec. pag. 379 e nota 68, ricordato anche in G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tendi gratia*, cit., pag. 1.

Alla luce di queste osservazioni, mi pare che l'approccio più appagante per affrontare il problema delle *res communes omnium* consista nel porre al centro dell'analisi proprio la nozione di *usus publicus* o *communis*, inteso non già come elemento concettuale perfettamente determinato in grado di segnare univocamente il confine tra diverse categorie dogmatiche, bensì quale paradigma orientativo della giurisprudenza romana elaborato a partire dalla predisposizione da parte del pretore di una serie di rimedi processuali di natura interdittale e usato per orientare la giurisprudenza nella costruzione e utilizzazione di concetti giuridici. Già Scialoja notava come l'uso ambiguo, oscillante, del sintagma *usus publicus/communis* in veste di qualificante della condizione giuridica di talune categorie di *res publicae*, dovesse indurre a sdrammatizzare la questione circa la fondazione della differenza dogmatica tra le due figure di beni pubblici<sup>262</sup>. Esso infatti risulta concorrere in entrambe le forme alla definizione tanto delle *res communes*<sup>263</sup>, quanto delle *res in usu publico* e delle *res publicae iuris gentium*<sup>264</sup>.

A mio avviso tale promiscuità terminologica potrebbe non essere determinata da un utilizzo a-tecnico ed evocativo del sintagma *usus publicus* (o *communis*), quanto piuttosto testimoniare l'esistenza di una zona grigia in cui il riferimento a tale nozione, piuttosto che la sussunzione sotto uno degli elementi della *rerum divisio*, appare il criterio decisivo al fine della qualificazione di una *res*. All'interno di questo orizzonte concettuale appare a mio avviso possibile situare l'emersione della categoria delle *res communes omnium*.

---

<sup>262</sup>V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., scriveva che “*publicus* e *communis* possono in molti casi usarsi promiscuamente” nelle fonti, e che “questo fenomeno lessicale deve renderci cauti nell'interpretazione dei testi e indurci a non porre troppo rigorosamente a base dei nostri ragionamenti le parole usate nei testi” (pag. 130). Questo autore però poi finiva per riproporre il medesimo tentativo di coordinamento delle due categorie entro un quadro concettuale atemporale (cfr. soprattutto V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., pag. 128).

<sup>263</sup>D. 43.8.3.1 (Celsus 39 dig.) *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

<sup>264</sup>D. 1.8.5 (Gai. 2 rerum cott.) pr. *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis [...].*

Mi sembra significativo ad esempio che in D.39.2.24 pr.<sup>265</sup> *viae e flumina*, esempi di scuola di *res in usu publico*, siano accomunate (ancora una volta ad opera di Ulpiano) ai *litora*, che dovrebbero invece rappresentare il 'nocciolo duro' della categoria delle *res communes omnium*, proprio in virtù della loro destinazione all'*usus communis*; un elemento per precisare il significato non occasionale di tale avvicinamento mi sembra sia poi offerto dal frammento in cui Nerazio<sup>266</sup> implicitamente avvicina le due figure attraverso la comune contrapposizione alle *res in patrimonio populi*, che sopra abbiamo visto delinarsi come area di inapplicabilità degli interdetti *de rebus publicis*.

Queste osservazioni terminologiche suggeriscono come nella riflessione giurisprudenziale romana operasse un criterio di differenziazione delle *res* fondato sulla soggezione all'*usus publicus* (o *communis*), per cui taluni beni che poi rifluiscono nella categoria marcianea delle *res communes omnium* (*litora e mare*) risultano avvicinati alla nozione di *res in usu publico* e parallelamente contrapposti a quella di *res publica in patrimonio populi*.

Alla luce della precedente ricostruzione della nozione di *usus publicus* (quale paradigma affermatosi come criterio interpretativo nel quadro della ricostruzione del campo applicativo dei rimedi interdittali a tutela di talune *res publicae*) mi sembra possano essere valorizzati innanzitutto alcuni passi che testimoniano della tendenza diffusa nella giurisprudenza ad estendere in via utile l'applicabilità degli interdetti *de rebus publicis* a beni originariamente non rientranti nel loro campo applicativo, in particolare *litora e mare*<sup>267</sup>: mi riferisco in particolare a due frammenti tratti dal

<sup>265</sup>D.39.2.24 (Ulp. 81 ad ed.) pr. *Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat. Propter quod operis dumtaxat nomine cum satisfactione cavetur, de vitio loci nihil cavetur, hoc est operis, quod quis facit. Ceterum si ex loci vitio damnum timeatur, minime dicendum est damni infecti stipulationem interponi oportere: quis enim dubitat neminem esse, a quo stipuletur, cum nemine nihil faciente locus ipse publicus damnum inferat sui natura?*

<sup>266</sup>D. 41.1.14 (Ner. 5 membr.) pr. *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt.*

<sup>267</sup>Notava questa particolarità, di contro alla tesi mommseniana della non giuridicità della categoria delle *res communes omnium*, M. PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno*, in *BIDR*, 4, 1891, pagg. 197 ss. spec. pagg. 233 ss: anche sulla base di questa

sessantottesimo libro del commento ulpiano all'editto, che ci testimoniano dell'applicazione in via utile al mare e ai *litora* di due degli interdetti *de viis deque fluminibus publicis* che il frammento D.43.1.1 pr. riserverebbe alla tutela delle *res publicae*. Si tratta in primo luogo del passo contenuto in D.43.8.2.8-9, significativamente inserito nella stessa progressione di frammenti volti a definire l'ambito applicativo dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* in cui si escludevano le *res in patrimonium fisci* (D.43.8.2.4-5):

D.43.8.2 (Ulp. 68 ad ed.) 8. *Adversus eum, qui molem in mare proiecit, interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit.* 9. *Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.*

In esso Ulpiano estende l'applicabilità dell'interdetto *ne quid in loco publico* a due condotte che hanno come referente materiale il mare: tralasciando per ora il problema dell'esatta qualificazione dei rapporti tutelati in generale dal *ne quid in loco publico* e in particolare in questo caso specifico, la sola considerazione che si sia proceduto in via utile testimonia, per quello che qui interessa, l'avvicinamento di tali beni – nella visione ulpiana – alla categoria delle *res in usu publico*.

Un ulteriore indizio dell'avvicinamento sul piano dei rimedi di alcuni dei beni classificati da Marciano come *communes omnium* e le *res publicae in usu publico*, cui si riferisce Ulpiano nel definire il campo applicativo dei rimedi interdittali pertinenti alle *res in usu publico*, si desume da un altro frammento ulpiano:

---

considerazione, l'autore giungeva ad affermare che “il mare e le rive del mare, pur essendo *res communes omnium*, hanno tuttavia qualche cosa che le distingue dalle altre *res communes* e le avvicina alle *res publicae in usu publico*” (pag. 236). Lo nota da ultima L. SOLIDORO MARUOTTI, *Il «civis» e le acque*, in *Index*, 39, 2011, pagg. 236 ss, pag. 254 dove è affermato che “per alcune *res* di interesse collettivo, tra cui soprattutto mare e rive, le espressioni *res publicae* e *res communes omnium* divennero allora praticamente fungibili”.



D.43.12.1.17 (Ulp. 68 ad ed.) *Si in mari aliquid fiat, labeo competere tale interdictum: " ne quid in mari inve litore" " quo portus, statio iterve navigio deterius fiat".*

In tale passo Ulpiano riporta la proposta di Labeone di estendere l'applicabilità dell'interdetto “*ne quid in mari vel in litore fiat quo portus statio iterve navigio fiat*” al caso di opera o *immissio* che impediscano navigazione, transito o approdo nel mare. Non è affermato esplicitamente che si tratti di un'estensione in via utile dell'interdetto previsto in D.43.12.1 pr. con riferimento a *flumina publica* e *ripa*: la considerazione che un'analogia estensione, sempre introdotta da Labeone e riportata da Ulpiano in (D.43.12.1.12), venga espressamente qualificata dalle fonti in termini di interdetto utile, e la stessa *sedes* del frammento conducono a pensare che, se non fu interdetto utile come afferma parte della dottrina<sup>268</sup>, essa appare “ad ogni modo, come qualcosa di simile”<sup>269</sup>.

Si potrebbe pensare che un medesimo processo di riconduzione all'interno del paradigma dell'*usus publicus* di beni che nella classificazione marcianea sono ricompresi nella categoria delle *res communes omnium* si sia verificato anche per un altro elemento dell'elencazione marcianea, ovvero l'aria: si potrebbe argomentare in questo senso – ma a un livello ancora più ipotetico – a partire da un altro frammento relativo alla definizione del campo applicativo dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat*:

D.43.8.2.29 (Ulp. 68 ad ed.) *Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti.*

Anche in questo frammento Ulpiano riporta il pensiero di giurista precedente – in questo caso si tratta di Nerva<sup>270</sup> – circa la possibilità di considerare una *immissio*

<sup>268</sup>G. GROSSO, *Corso*, cit., pag. 34.

<sup>269</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 121.

<sup>270</sup>Come si desume dalla lettura del frammento precedente – D.43.8.2.28 – che riporta una controversia tra Labeone e Nerva in merito all'estensione del campo applicativo del *ne quid in loco publico fiat*, per cui l'*idem ait* che introduce il frammento in questione pare doversi riferire al pensiero di Nerva che

rilevante ai fini della concessione di tale interdetto la condotta negativa consistente nel non far defluire l'acqua proveniente dal proprio fondo anche nel caso in cui da tale ristagno derivino esalazioni in grado di rendere *pestilentiosa* l'atmosfera sulla via<sup>271</sup>. Anche a partire da tale frammento, si è cercato di dedurre – contro l'insegnamento assolutamente maggioritario – l'esistenza di una complessiva disciplina volta a tutelare la salubrità dell'aria nei luoghi pubblici<sup>272</sup>: ai fini del discorso che qui si sta svolgendo, è sufficiente notare l'estensione dell'applicabilità del rimedio interdittale in questione a condotte incidenti sulla qualità dell'aria – in modo non dissimile<sup>273</sup> da quanto notato per *mare e litora*.

Nella prospettiva qui adottata tali estensioni non tanto sarebbe da riguardare quale effetto di una equiparazione a un livello astrattamente categoriale tra *res communes* e *res in usu publico*<sup>274</sup>, ma rimanderebbe invece direttamente al contesto concettuale entro cui poté definirsi la categoria marcianea. Infatti, come l'isolamento della categoria delle *res in usu publico* deriverebbe dalla riflessione sul campo applicativo di quell'apparato interdittale, così la progressiva messa a fuoco delle *res communes omnium* come categoria autonoma sarebbe un prodotto del lavoro giurisprudenziale sul campo applicativo degli interdetti a tutela dei *loci publici*, poiché prenderebbe forma a partire dall'applicazione estensiva di tali interdetti a beni originariamente non ricompresi entro l'ambito applicativo delle clausole edittali predisposte dal pretore. Dunque il quadro dogmatico entro cui a mio avviso risulta più adeguatamente pensabile l'emersione della categoria delle *res communes*, in quanto coerente con le fonti e coi caratteri dei metodi della *scientia iuris* romana, è rappresentato proprio da quel paradigma dell'*usus publicus* che guidò la

---

conclude il precedente.

<sup>271</sup>Per tutti, A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette*, cit., pag. 415; di recente, V. PONTE, *Regimen*, cit., pag. 194.

<sup>272</sup>M. N. LOPEZ GALVEZ, *Actividades perjudiciales para la salubridad del aire de los espacios públicos en el derecho romano*, in *Index*, 34, 2006, pagg. 401 ss, spec. pag. 411 ss.

<sup>273</sup>In realtà i meccanismi di estensione operano in modo tecnicamente diverso: mentre nei casi precedenti si tratta di un'estensione in via utile del campo applicativo dell'interdetto, in questo caso si opera direttamente per via di interpretazione dei *verba edicti*.

<sup>274</sup>Come invece fa Branca, del resto coerentemente con l'individuazione del fondamento della categoria delle *res communes omnium* in un profilo di diritto sostanziale idoneo a isolarla, caratterizzarla su un piano astrattamente categoriale: cfr. G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 115.

giurisprudenza nell'elaborazione della categoria delle *res in usu publico*. All'interno di tale orizzonte dogmatico secondo me è possibile situare il problema storico-giuridico dell'emersione della categoria delle *res communes omnium* quale momento di un più vasto ripensamento di natura e caratteri delle *res publicae*, e non già quale eccentrico punto di emersione di concezioni radicalmente estranee alla storia del pensiero giuridico.

La ricostruzione di tale 'paradigma' dogmatico rappresenta bensì l'indispensabile premessa per l'interpretazione delle fonti romane in tema di *res communes*, ma non è sufficiente a dar conto di quello 'slittamento' consistente nella loro assunzione come categoria autonoma e centrale della *rerum divisio* invece delle *res publicae*, operazione intellettuale in cui pare che il giurista Marciano innegabilmente ebbe un ruolo decisivo<sup>275</sup>. Dopo aver messo a punto lo strumento interpretativo per comprendere la categoria all'interno di una più vasta trama dogmatica, nei suoi rapporti con le altre concettualizzazioni romane in tema di *res publicae*, occorre ora individuarne uno per pensare le ragioni della sua specificità, del suo isolamento come categoria dogmatica autonoma da parte di Marciano<sup>276</sup>.

La questione di una ricostruzione effettivamente individualizzante del ruolo di Marciano nello svolgimento della vicenda che qui interessa, è senza dubbio complicata dalla scarsità di notizie biografiche relative a questo giurista, unanimemente lamentata anche dai suoi più recenti prosopografi<sup>277</sup>. Due profili mi sembrano però sufficientemente stabilizzati nella più recente storiografia, da poter

<sup>275</sup>Calza precisamente per questo problema interpretativo l'ammonimento di Mario Bretone, secondo cui: "la giurisprudenza romana ha una sua continuità interna, sociale e tecnica. Si tratta però di una continuità relativa. In che modo essa si dispiega, si incrina o si interrompe, e come concorrono a determinarla o a intaccarla i giuristi singoli con le loro opere?" (M. BRETONE, *Postulati e aporie nella "History" di Schulz*, in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea*, Bari, 1982, pagg. 15 ss., spec. pag. 29).

<sup>276</sup>M. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1981, pagg. 675 ss.: "Il problema tecnico giuridico, siccome impostato nella giurisprudenza, è dunque il necessario presupposto per individuare il contributo che alla discussione ha portato il singolo giureconsulto, come, del resto, codesto contributo non può correttamente valutarsi senza tenere conto della personalità di chi l'apporta e dei suoi complessivi condizionamenti" (pag. 760).

<sup>277</sup>In particolare le due voci enciclopediche: R. ORESTANO, voce *Elio Marciano*, in *Novissimo Digesto Italiano*, X, Torino, 1982, pag. 254 e T. GIARO, in *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, I, Stuttgart-Weimar, 1996, pag. 172.

essere qui assunti come punti di partenza per la costruzione di un percorso argomentativo idoneo a valorizzare il ruolo di questo giurista nell'enucleazione della categoria. Pare innanzitutto indubbio che egli dovette operare a cavallo tra II e III sec. d.C., in piena epoca severiana; è probabile che in particolare le *Institutiones* abbiano visto la luce a ridosso del principato di Caracalla<sup>278</sup>; si sottolinea poi in dottrina come il giurista, in linea peraltro con una tendenza generale della giurisprudenza del periodo, appaia molto vicino alla cancelleria imperiale<sup>279</sup>, da dove dovette godere di una prospettiva privilegiata sulle ricadute pratiche delle politiche legislative del *princeps*.

Queste notazioni biografiche corroborano quella peculiare interpretazione della natura e degli scopi dell'opera istituzionale marcianea – risalente a Contardo Ferrini<sup>280</sup>, ma ripresa nella sostanza da Talamanca<sup>281</sup> e De Giovanni<sup>282</sup> – secondo cui essa andrebbe letta in stretta correlazione con quel secolare mutamento nella struttura costituzionale dell'impero<sup>283</sup> che sfociò nel provvedimento con cui Caracalla, nel 212 d.C., concesse la cittadinanza romana a tutti i sudditi dell'impero<sup>284</sup>. Infatti, pur

---

<sup>278</sup>La tesi è di Ferrini, cui la dottrina successiva accede abbastanza pacificamente: da ultimo D. LIEBS, *Ālius Marcianus. Ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt*, in ZSS, 128, 2011, pagg. 39 ss, spec. pag. 46.

<sup>279</sup>In particolare T. HONORÉ, *The severan lawyers: a preliminary survey*, in SDHI, 28, 1962, pagg. 162 ss., spec. pagg. 212 ss, sostiene che Marciano abbia frequentato l'ufficio *a libellis* già dall'inizio del III sec. e che egli possa essere giunto addirittura a rivestire la carica di *magister libellorum*.

<sup>280</sup>C. FERRINI, *Intorno alle Istituzioni di Marciano*, in Rend. Ist. Lombardo, serie II, vol. 34, 1901, pagg. 736 ss [oggi in Id., *Opere*, II, pagg. 285 ss.].

<sup>281</sup>M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec d.C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi. Firenze 2-4 maggio 1974*, Firenze, 1976, pagg. 95 ss., spec. pagg. 211 ss.

<sup>282</sup>L. DE GIOVANNI, *Giuristi Severiani: Elio Marciano*, Napoli, 1989, pagg. 17 ss.; Id., *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo antico: alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, pagg. 90 ss.; Id., *La giurisprudenza Severiana tra storia e diritto. Le Institutiones di Elio Marciano*, in *Athenaeum*, 94, 2, 2006, pagg. 487 ss. (spec. pagg. 496 ss.).

<sup>283</sup>Su cui in particolare A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman citizenship*<sup>2</sup>, Oxford, 1973.

<sup>284</sup>Occorre peraltro notare come tale collegamento tra l'opera marcianea e l'estensione della cittadinanza romana sia declinato diversamente da questi autori: mentre Ferrini parte dal problema dell'identificazione dei destinatari dell'opera di Marciano, identificati nei provinciali orientali di nuova cittadinanza romana (C. FERRINI, *Intorno alle Istituzioni*, cit., pag. 287, ripreso in ciò da D. LIEBS, *Ālius Marcianus*, cit., pag. 56), Talamanca e De Giovanni si mantengono sul piano dell'analisi degli oggettivi riflessi sistematici e di disciplina che l'estensione della cittadinanza poté avere sulla riflessione marcianea. La diversità di prospettiva non mi pare che adulteri sostanzialmente il dato comune a queste interpretazioni.

tenendo ben presente le molteplici difficoltà che si presentano nella ricostruzione e interpretazione di questo provvedimento<sup>285</sup>, non appare del tutto assurdo – perlomeno al livello congetturale entro cui si sta muovendo la nostra analisi – ipotizzare che, quali fossero le reali intenzioni del *princeps* e le ricadute sul piano pratico del suo editto, esso potesse aver suggerito, a un giurista addentro i problemi dell'amministrazione imperiale e dotato di una “spiccata tendenza alla classificazione”<sup>286</sup>, una complessiva rilettura delle categorie ordinanti tratte alla luce della mutata architettura istituzionale<sup>287</sup>. Affermazione generica questa, che trova però – (specialmente) nei lavori di Ferrini e Talamanca – puntuali riscontri non solo nella generale sistematica dell'opera, ma pure nella trattazione di specifici istituti.

In particolare, Talamanca sottolinea come sia percepibile anche nelle *Istitutiones* marcianee quel livellamento terminologico nella classificazione delle comunità comprese nell'impero, riscontrabile in generale nella riflessione giurisprudenziale dell'epoca, per cui “le strutture cittadine di cui fa ricordo il giurista sono genericamente *civitas, res publicae, decuriones*”<sup>288</sup>, senza riguardo a quelle distinzioni di *status* civici che nella giurisprudenza precedente erano essenziali alla definizione dei rapporti delle stesse con Roma<sup>289</sup>.

<sup>285</sup>Una sintesi dei problemi da ultimo in V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (I-II sec d.C.)*, Torino, 2009, pagg. 133 ss. Cfr. anche L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica e codici nel mondo tardo antico*, cit., pagg. 65 ss. e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*, in A. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, III.1, Torino, 1993, pagg. 5 ss. ma spec. pagg. 8 ss. Da ultimo, pubblicato (con lieve ritardo) in occasione del XVIII secolo della sua promulgazione, si veda l'analisi (e l'aggiornamento bibliografico) in C. CORBO, *Constitutio Antoniniana. Ius philosophia religio*, Napoli, 2013, pagg. 23 ss.

<sup>286</sup>Buckland notava che l'originalità di Marciano potesse risiedere nella sua 'strong tendency to classification and co-ordination' (W.W. BUCKLAND, *Marcian*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, Palermo, 1936, pagg. 273 ss., spec. pag. 277).

<sup>287</sup>Occorre sottolineare la distanza della prospettiva qui adottata dalla discussione (risalente alle posizioni di Mitteis e De Visscher) circa l'effettivo rapporto – sul piano fattuale – tra diritto romano e diritti provinciali in seguito all'emanazione dell'editto di Caracalla (su cui cfr. bibliografia citata *supra* nota 256): per dirla con le parole di Talamanca, “io non mi riferisco qui al concreto, effettivo modo di porsi degli ordinamenti provinciali – nei loro molteplici aspetti pragmatici e normativi –, bensì al modo in cui questi aspetti sono, o non sono, giunti alla coscienza dei giuristi romani”, nella specie Marciano (M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., pag. 95). Vanno in questo senso le annotazioni di C. CORBO, *Constitutio antoniniana*, cit., pagg. 79 ss.

<sup>288</sup>M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., pag. 212.

<sup>289</sup>Una sintesi in F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*<sup>2</sup>, IV, cit., pagg. 745 ss.

È indicativa di una maturata sensibilità storiografica il fatto che Talamanca non imputi tale appiattimento delle categorie ordinanti a una presunta e generica involuzione del pensiero giuridico romano, che in età tardo classica si sarebbe fatto già più semplicistico. L'autore cerca invece le possibili ragioni 'tecniche' di un tale mutamento di prospettiva, ricollegando il fenomeno proprio allo “influsso della *constitutio antoniniana*, la quale ha contribuito ad unificare formalmente le diverse strutture dell'impero”<sup>290</sup>, rendendo irrimediabilmente obsoleto lo “schema espositivo romano-centrico della giurisprudenza anteriore”<sup>291</sup>; quest'ultimo, in quanto basato sull'imputazione del *populus romanus* alla *civitas* romana intesa quale concreta comunità cittadina, doveva risultare nell'assetto istituzionale disegnato (almeno su un piano teorico) dall'editto di Caracalla nulla più che un dazio pagato all'ideologia della città-stato<sup>292</sup>.

Arriviamo così al possibile punto di confluenza di questa prospettiva interpretativa sulle *Institutiones* di Marciano con il particolare problema delle *res communes omnium*.

Un parallelo fenomeno di uniformazione del lessico giuridico, analogo a quello appena ricostruito, emerge infatti – come abbiamo visto *supra* – con riferimento al problema della qualificazione dei beni appartenenti alle comunità cittadine, o comunque riferibili ad esse. Estendendo dunque a questo fenomeno le argomentazioni proposte da Talamanca, si potrebbe ipotizzare che il criterio (soggettivo) della intitolazione del bene al *populus romanus* – originariamente inteso quale espressione della comunità cittadina romana – sia potuto risultare inadeguato a ordinare i problemi posti dalla disciplina dei beni pubblici nel quadro della progressiva unificazione delle strutture cittadine sancita (non necessariamente determinata) dall'editto di Caracalla.

---

<sup>290</sup>M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., pag. 208. Con riferimento all'intera tematica resta fondamentale il lavoro di R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, cit., spec. pagg. 185 ss.: rimane solo il rammarico che l'autore non abbia svolto, come ripetutamente annunciato nel testo, la seconda parte dell'opera, che avrebbe dovuto toccare direttamente il tema dell'imputazione di situazioni giuridiche alle *civitates*.

<sup>291</sup>M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., pag. 210.

<sup>292</sup>M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., pag. 202 (osservazione svolta con riferimento a Modestino, ma successivamente estesa a Marciano: cfr. pag. 211).

Se non mi sbaglio, queste osservazioni potrebbero valere a fondare un diverso approccio nei confronti del problema della definizione delle *res communes omnium* quali categoria dogmatica autonoma e della loro assunzione quale elemento centrale nella *rerum divisio* marcianea<sup>293</sup>.

Come abbiamo visto l'isolamento della categoria riposa sull'operatività di quel medesimo paradigma dell'*usus publicus* – inteso come tutelabilità della destinazione al pubblico uso del bene attraverso rimedi pretori concessi al singolo *civis* – che guidò la giurisprudenza alla individuazione, tra i beni genericamente intitolati alla *civitas*, di quelli (*in usu publico*) la cui pubblicità avesse “un contenuto obiettivo, dato da note di scopo e di regime, più che dalla subiettiva riferimento”<sup>294</sup> alla *civitas* romana.

A fronte dell'epocale ristrutturazione dell'impero in senso propriamente territoriale, l'originario riferimento al *populus romanus* quanto espressione della comunità cittadina poteva sembrare incongruo<sup>295</sup>. Mi pare in linea con la generale ispirazione delle *Institutiones* marcianee, corroborata dal particolare ruolo pubblico del loro autore e dalla prossimità della composizione loro all'emanazione dell'editto di Caracalla, ipotizzare che Marciano abbia potuto consapevolmente porre al centro della sua trattazione una categoria (quella delle *res communes omnium*) che, pur rimandando da un punto di vista dogmatico alla nozione tecnica di *usus publicus* (e così alla categoria delle *res publicae in usu populi*), non implicasse alcun riferimento a una (oramai tramontata) realtà cittadina di Roma, che anzi nella sua formulazione alludesse alla dimensione universale che aveva oramai assunto il diritto romano<sup>296</sup>.

<sup>293</sup> Riprendo qui un'intuizione abbozzata in M. SARGENTI, *Le «res» nel diritto del tardo Impero*, in *Labeo*, 40, 1994, pagg. 309 ss.

<sup>294</sup>F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, cit., pag. 4: appare secondaria in questa sede la questione circa l'effettiva identificazione *tout court* delle *res publicae* con tali beni.

<sup>295</sup> Cfr. M. SARGENTI, *Le «res» nel diritto del tardo Impero*, cit., pag. 313, secondo cui già a partire dal III secolo “in un assetto politico-costituzionale qual è quello del tardo Impero, in un regime dei beni che ha come centro di imputazione non il *populus romanus*, ma il patrimonio o i vari complessi patrimoniali imperiali, non avrebbe più senso parlare di *res publicae* come *res populi*, di patrimonio della collettività nel significato che questi termini e queste categorie avevano nella società repubblicana ed almeno in parte conservavano ancora nel regime del Principato”.

<sup>296</sup>Si vedano da ultimo le riflessioni svolte da C. Corbo circa l'ideologia cosmopolita che informava l'ambiente imperiale e giurisprudenziale del tempo: C. CORBO, *Constitutio antoniniana*, cit., pagg. 104

L'interpretazione della categoria ruota così pur sempre attorno all'individualità del giurista Marciano. Questa però risulta sottratta a qualificazioni meramente "culturali" o genericamente filosofiche, e restituita invece alla concreta esperienza di un giurista vicino al potere imperiale e attento alle sue trasformazioni<sup>297</sup>. La sua riclassificazione delle *res* risiederebbe infatti su un adeguamento dell'apparato concettuale giuridico romano alla trasformazione delle strutture organizzative e degli atteggiamenti ideologici in corso sotto i suoi occhi<sup>298</sup>. Insomma, se non sembrasse paradossale affermarlo in questa sede, la ragione storica dell'isolamento della categoria da parte del giurista severiano potrebbe risiedere in un (precoce) tentativo di 'attualizzazione del diritto romano'.

#### 8. Osservazioni conclusive

L'analisi del pensiero di Ulpiano in merito alla classificazione degli interdetti riportato in D.43.1.1 pr. ha permesso di ricostruire, nonostante la posizione marginale ad esso riservata nelle trattazioni romanistiche, alcuni fili della complessa trama concettuale attraverso cui la giurisprudenza romana ha approcciato, nel corso del suo sviluppo diacronico, il problema della qualificazione giuridica delle cose.

Innanzitutto si può osservare che la classificazione delle cose implicitamente adottata da Ulpiano nel frammento relativo alla disposizione della materia interdittale

---

SS.

<sup>297</sup>Ancora limpidamente M. SARGENTI, *Le «res» nel diritto del tardo Impero*, cit., pag. 314: "In questa sollecitazione della realtà socio-politica, più che nella recezione di modelli letterari privi di valore giuridico e di pratica importanza, come voleva il Bonfante, potrebbe essere ravvisato il vero criterio ispiratore della classificazione proposta da Marciano".

<sup>298</sup>Tale relazione storica e concettuale tra *res in usu publico* e *res communes omnium* è abbozzata da M. SARGENTI, *Le «res» nel diritto del tardo Impero*, cit., pag. 314, "Marciano, insomma, avrebbe cercato di dare espressione giuridica ad uno stato di fatto in cui le *res* che erano già venute differenziandosi concettualmente, come *res in patrimonio* o *in pecunia populi*, da quelle *in usu populi*, rientrano, ormai, nel patrimonio imperiale, *fiscus Caesaris* ancora nel III secolo, prossimamente *patrimonium* e *res privata principis*, talché diviene opportuno distinguerne le cose che non hanno carattere e destinazione patrimoniale, che non appartengono al fisco e non rientrano né rientreranno mai nel patrimonio imperiale e che nella classificazione marciana vengono a costituire la categoria delle *res communes omnium*". L'A., peraltro, si limita a suggerire una generale contiguità delle due nozioni, senza alcuna indicazione delle fonti a partire dalle quali sarebbe possibile ricostruire le ragioni tecniche di questo slittamento.



appaia coerentemente costruita a partire da un criterio oggettivo e funzionale relativo alla destinazione di ciascuna categoria di beni al soddisfacimento di determinati interessi, piuttosto che su considerazioni legate alla natura dei soggetti titolari.

In questo frammento la qualificazione giuridica delle *res* non è dedotta assiomaticamente dalla relazione predicativa tra le cose e un elemento concettuale che svolge la funzione di soggetto titolare, ma appare invece il risultato della riflessione sui caratteri e gli scopi di tutela dei rimedi su esse incidenti. Tanto la distinzione tra *res divini iuris* e *res humani iuris* che la successiva, interna a quest'ultima categoria, tra *res quae sunt alicuius* e *res quae sunt nullius*, sembrano costruite a partire dalla considerazione della particolare destinazione d'uso impressa a questi beni dai diversi apparati di rimedi interdittali considerati. Perfettamente esemplificativa di questa prospettiva funzionalistica è la categoria delle *res in usu publico*, individuata in sede di commento al campo applicativo dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* (D.43.8.2.4-5): essa appare infatti il portato della riflessione sul campo applicativo degli *interdicta de locis publicis* ed è dogmaticamente caratterizzata dal riferimento all'*usus publicus* inteso come destinazione, giuridicamente tutelata da quegli interdetti, alla fruizione della collettività. In questo senso, dunque, si spiega l'affermazione di Ulpiano (in D.43.1.1 pr.) per cui esse sarebbero *alicuius*: non già nel senso che esse appartengono giuridicamente a qualcuno, giacché non si pone in questo caso il problema di una controversia sulla loro titolarità ma eventualmente di controversie sul loro utilizzo secondo diritto; piuttosto, dunque, si tratterebbe di un riferimento alla loro funzionalizzazione agli interessi della comunità dei *cives*, ovvero a quello stesso concetto di *usus publicus* inteso come utilizzabilità giuridicamente sanzionata. Circa il rapporto tra predisposizione dei rimedi pretori a tutela di determinati beni pubblici e l'emersione della nozione giuridica di *usus publicus*, rimane a mio avviso illuminante la ricostruzione offerta da Biondi: secondo questo autore, "l'uso pubblico comincia ad acquistare consistenza giuridica quando le *leges*, e poi soprattutto il Pretore, accordano tutela giuridica contro ogni turbativa da parte degli stessi singoli. Oltre l'esercizio di qualche mezzo giuridico generalissimo, come l'*actio iniuriarum* (fr.

13.7 D.47.10: Ulp. 57 ad ed.), ed i provvedimenti amministrativi della pubblica autorità, abbiamo tutta una lunga e minuziosa serie di interdetti «*publicae utilitatis causa*»...questi interdetti mirano ad assicurare al singolo l'uso della *res publica* conformemente alla sua destinazione d'uso contro ogni invasione o menomazione altrui<sup>299</sup>.

Alla luce di questa interpretazione del pensiero di Ulpiano, si è anche proposto di interpretare la nozione di *usus publicus* come paradigma concettuale utile per comprendere alcuni sviluppi della giurisprudenza romana classica, specialmente a partire dal periodo imperiale. Tale nozione, ove non assunta quale elemento concettuale idoneo a definire topograficamente il *proprium* dogmatico di una particolare categoria di *res* ma piuttosto quale strumento per studiare topologicamente lo sviluppo di alcune figure giuridiche nel pensiero romano, si rivela utile a inquadrare il punto di vista a partire dal quale i giuristi romani affrontarono i problemi posti al regime delle *res publicae* dalla complessificazione della struttura costituzionale dell'ordinamento: in particolare dalla trasformazione della *res publica* in un impero mondiale (*res communes omnium*) basato sull'autonomia civica (*bona civitatis*).

Tale ricostruzione preliminare, pur necessaria a inquadrare una serie di questioni altrimenti percepite dall'interprete moderno come indipendenti le une dalle altre, rimane tuttavia estrinseca rispetto alla concreta individuazione della disciplina sinteticamente evocata con questo sintagma. Occorre pertanto, nella seconda parte della nostra ricerca, concentrarsi sui singoli rimedi interdittali che costituivano il riferimento normativo a partire dal quale la giurisprudenza romana ha distillato la nozione di *usus publicus* e, dunque, costruito la categoria delle *res in usu publico*. In tal modo, si potranno dunque osservare le diverse forme in cui trovava concretizzazione processuale quella funzionalizzazione giuridicamente protetta di taluni beni all'*usus publicus*.

All'interno del libro 43 del Digesto, sotto la rubrica *De interdictiis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt*, sono conservate la maggior parte

---

<sup>299</sup>B. BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, cit., pag. 563.

delle testimonianze relative alla variegata disciplina romana degli interdetti. Esso è costituito, nella sua nervatura essenziale, a partire dal commento ulpiano all'editto: non solo infatti l'apparato critico (il commento giurisprudenziale alle varie fattispecie edittali) è composto per la maggior parte da frammenti tratti dall'opera del giurista di Tiro (e in particolare dai libri 67-70 *ad edictum*), ma pure le stesse formule dei diversi rimedi interdittali sono note solo attraverso la citazione da parte di Ulpiano. L'assoluta preminenza del pensiero ulpiano tra le fonti di cognizione del sistema romano di tutela interdittale non può evidentemente essere ignorata dall'interprete moderno, per un duplice ordine di motivi.

Questa circostanza, innanzitutto, assume una particolare rilevanza con riferimento al problema della esatta ricostruzione dei *verba edicti*, ovvero delle clausole attraverso cui il pretore prometteva la disponibilità dei diversi rimedi, e della sistematica dell'Editto relativamente ai rimedi interdittali. La distanza cronologica tra l'epoca in cui operava Ulpiano e il momento di predisposizione da parte del pretore di tali rimedi, apre la strada a ipotesi di riformulazioni “modernizzanti” delle clausole pretorie da parte del commentatore tardo classico. Tale problema è particolarmente acuto nel caso degli interdetti *de rebus publicis*, per i quali mancano oltretutto riscontri esterni alle fonti giustinianee (ad. es. da fonti letterarie o da fonti di diversa tradizione come le Istituzioni del Gaio veronese) che permettano di verificare – come invece nel caso dell'interdetto *uti possidetis*<sup>300</sup> o per gli interdetti riportati nel cosiddetto *liber de interdictis*<sup>301</sup> – l'effettiva riformulazione: in questo caso, il rischio è dunque quello di un totale appiattimento dello “stile edittale” che renda, da un lato, estremamente difficoltoso apprezzare le differenze di disciplina legate alla diversa tecnica normativa usata nella redazione delle clausole interdittali da parte del pretore e, di conseguenza, conferisca un ineliminabile tasso di aleatorietà a qualsiasi tentativo fondato su elementi esclusivamente lessicali o sintattici di disporre le diverse fattispecie in uno svolgimento cronologico coerente.

<sup>300</sup>A. CIAPESSONI, *Appunti sul testo edittale degli interdetti 'uti possidetis' e 'utrubi'*, in *Studi Albertoni*, 2, Padova, 1934, pagg. 46 ss. Cfr. anche A. BIGNARDI, *Controversiae agrorum*, cit., pagg. 2 ss e G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit., pagg. 143 ss.

<sup>301</sup>Cfr. F. BETANCOURT, *El libro anonimo de interdictis. Codex Vaticanus Latinus n°5766*, Sevilla, 1997.

Ulteriormente, si pone il problema della ricostruzione della posizione delle diverse previsioni edittali all'interno dell'Editto: ogni tentativo ricostruzione della sistematica edittale infatti sconta l'appiattimento prospettico sulla codificazione giuliana, particolarmente fuorviante nel caso della ricostruzione e interpretazione di rimedi risalenti come gli *interdicta de locis publicis*<sup>302</sup>. Alla luce di queste considerazioni, ogni proposta esegetica fondata su argomenti “sistematici” deve essere valutata con estrema prudenza. Nel presente lavoro, pur nella incertezza circa la strutturazione delle diverse fattispecie interdittali all'interno dell'Editto e la stessa riconducibilità di talune previsioni all'interno della categoria degli *interdicta de locis publicis*, si metteranno al centro dell'indagine gli interdetti che sembrano rappresentare il cuore del sistema interdittale di protezione delle *res in usu publico*, ovvero il *ne quid in loco publico fiat* e gli interdetti relativi alle *viae* e ai *flumina* pubblici. Tale scelta trova una ragione nell'affermazione di Ulpiano, in D.43.1.1 pr., secondo cui gli *interdicta publica*, ovvero gli interdetti relativi alle *res publicae*, sono da identificarsi in primis con quelli *de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis*. Ciò non impedirà comunque di toccare tangenzialmente altri interdetti in vario modo incidenti sulle *res in usu publico*, in particolare il *de itinere publico reficiendo* (D.43.11), il *de ripa munienda* (D.43.15), e il *de loco publico fruendo* (D.43.9).

Da un'altra visuale, anche il rilievo assorbente del commento ulpiano *ad edictum* quale fonte di conoscenza della riflessione giurisprudenziale in tema di tutela interdittale può comportare delle distorsioni prospettiche che l'interprete moderno deve tenere in considerazione: le citazioni di giuristi anteriori contenute nei frammenti di Ulpiano (come del resto Paolo)<sup>303</sup> – e specialmente di Labeone, che come ha evidenziato Di Porto appare svolgere un ruolo centrale nell'elaborazione

---

<sup>302</sup>Per un primo inquadramento dei particolari problemi di ricostruzione della sistematica edittale alla luce dell'evoluzione delle forme della giurisdizione pretoria in G. MANCUSO, *Praetoris edicta*, in *AuPa*, 37, 1983, pagg. 305 ss.

<sup>303</sup>Un primo inquadramento dei problemi in E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *Rivista di diritto romano*, 1, 2001, pagg. 385 ss (versione online all'URL <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano0102stolfi.pdf>).

## CAPITOLO I

giurisprudenziale relativa agli *interdicta de locis publicis* – devono essere valutate alla luce di tale distanza cronologica.

## CAPITOLO SECONDO

### ***NE QUID IN LOCO PUBLICO (D.43.8.2 pr)***

#### *1.Introduzione*

Il primo interdetto relativo alla tutela delle *res in usu publico* che viene in considerazione è il cosiddetto *ne quid in loco publico fiat*<sup>304</sup>, la cui formula è tramandata da Ulpiano in D.43.8.2 pr. Anche nella ricostruzione dell'*edictum* di Lenel esso apre la sezione dedicata agli interdetti a tutela dei beni pubblici<sup>305</sup>. Sulla posizione di tale interdetto all'interno del titolo 8 del libro 43, e in particolare sul suo rapporto con i rimedi specifici concessi a tutela delle *viae*, la dottrina non però è concorde, e tale diversità di posizioni si riverbera sull'interpretazione della topografia dell'intero titolo. In effetti nel frammento D.43.8.2 Ulpiano riporta le clausole edittali – e il relativo commento – di tre altri tre interdetti specificatamente rivolti alla tutela delle *viae*: i due interdetti (nella variante proibitoria e restitutoria, rispettivamente in D.43.8.2.20 e D.43.8.2.35) relativi alla tutela delle condizioni di percorribilità delle *viae* nonché il misterioso, in quanto sprovvisto di autonoma considerazione nel commento ulpiano, *interdictum ut via publica itinereve publico ire agere liceat* (D.43.8.2.45).

Da un lato, parte della dottrina<sup>306</sup> tende a riconoscere l'esistenza di un unico *interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat*, di cui il titolo 8 fornirebbe la complessiva disciplina: in quest'ottica gli ordini edittali specifici contenuti nel medesimo titolo si configurerebbero come diverse formulazioni di tale unitario rimedio interdittale, configurandosi dunque tra questo e quelle un rapporto di *genus a*

<sup>304</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 373 ss; G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 154 ss; A. BERGER, *Interdictum*, cit., pagg. 1653 ss; G. BRANCA, *Le cose*, cit., pagg. 169 ss, J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio publico*, Madrid, 2002, pagg. 55 ss; L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pagg. 41 ss.

<sup>305</sup>Cfr. O. LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., pagg. 458 ss.

<sup>306</sup>Ad esempio G. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., pagg. 172-173.

*species*<sup>307</sup>. In questa prospettiva si inserisce pure l'originale ricostruzione di Di Porto, che sul punto ipotizza l'esistenza di un'originaria previsione interdittale onnicomprensiva *de locis publicis*, a partire dalla quale in progresso di tempo le ipotesi specifiche avrebbero acquistato autonoma rilevanza<sup>308</sup> ma di cui l'interdetto tramandato in D.43.8.2 pr. sarebbe un residuo.

Appare però maggiormente convincente la posizione di quegli autori che, a partire dalle innegabili peculiarità delle diverse fattispecie, mostra di trattare i diversi ordini pretori rinvenibili nel titolo come interdetti autonomi, sia sotto il profilo della disciplina che sotto il profilo delle *rationes* che ne suggerirono l'introduzione<sup>309</sup>, riuniti dai compilatori giustinianeî sotto una medesima rubrica per ragioni eminentemente sistematiche<sup>310</sup>. In effetti, nonostante Lenel collochi l'intero frammento – salvo il paragrafo 45, contenente la formula dell'interdetto *ut in via publica itinereve* – all'interno di un'unica rubrica edittale genericamente concernente il *ne quid in loco publico fiat*<sup>311</sup>, dal tenore del commento ulpiano non appare una considerazione unitaria dei quattro interdetti contenuti nel frammento D.43.8.2. Innanzitutto da un punto di vista stilistico Ulpiano pare da un lato introdurre ciascun rimedio in modo autonomo (formule: *praetor ait...*), suggerendo si trattasse di previsioni edittali autonome ed indipendenti; dall'altro pure il commento alle singole fattispecie pare costruito attorno a questioni interpretative differenti.

I dubbi sull'effettiva autonomia di tale previsione potrebbero trovare ragione nell'apparente genericità dei *verba edicti* con cui il pretore, nella clausola del *ne quid in loco publico fiat*, vieta ogni *facere e immittere* insistente su luogo pubblico e non previamente autorizzato dalla pubblica autorità da cui possa derivare un danno a qualcuno: tale caratteristica del divieto pretorio lascerebbe aperta l'ipotesi che la

<sup>307</sup>In tal senso J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pag. 57 e G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, *Labeo*, 12, 1966, pagg. 178 ss, pag. 186.

<sup>308</sup>A. DI PORTO, *Interdetti popolari*, cit., pag. 510: tale ipotesi è evidentemente funzionale alla sua ipotesi circa la popolarità di tale interdetto: se lo sono le sue *species*, perché non il *genus*?

<sup>309</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pagg. 170 ss, G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 154 ss.

<sup>310</sup>È un elemento a sostegno della tesi dell'autonomia delle diverse fattispecie interdittali il fatto che Lenel, nella sua fondamentale ricostruzione dell'editto perpetuo, abbia significativamente integrato la rubrica del par. 237, contenente le previsioni interdittali *de locis publicis*, con l'autonomo riferimento agli *interdetti de viis* (O. LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., pag. 458).

<sup>311</sup>Seguito anche da A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 373.

formula in esame abbia rappresentato una sorta di clausola generale rispetto alle puntuali previsioni in tema di *viae publicae* contenute nel medesimo frammento 43.8.2.

Ciononostante, credo che una più ravvicinata analisi delle diverse clausole edittali e del relativo commento (prevalentemente ulpiano) consenta di mostrare le peculiarità di disciplina e di tutela della fattispecie ivi considerate, corroborando così l'ipotesi dell'autonomia delle diverse fattispecie interdittali riunite in D.43.8.2. Iniziamo quindi con l'analisi del *principium* del lungo frammento 43.8.2:

D.43.8.2 pr. (Ulp. 68 ad ed.) *Praetor ait: " ne quid in loco publico facias in veum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. de eo, quod factum erit, interdictum non dabo".*

La formula edittale<sup>312</sup>, così come tramandata nel passo ulpiano riportato nel Digesto, è costruita come un semplice divieto introdotto dalla particella *ne* seguita dal congiuntivo<sup>313</sup>. Manca quindi, nella versione a noi conosciuta della formula interdittale, la frase principale cui tale proposizione completiva dovrebbe riferirsi: tale particolare costruzione del divieto pretorio allontana apparentemente la fattispecie qui considerata dal modello di analisi stilistica dell'Editto elaborato a partire dai fondamentali lavori di Dernburg e Kaser<sup>314</sup>. Secondo questo schema interpretativo infatti, il *ne quid in loco publico fiat* dovrebbe appartenere alla classe dei più antichi rimedi interdittali, i cosiddetti *zweigliedering Interdikten*, le cui formule edittali sarebbero articolate in due frasi, la prima delle quali contiene una stringata espressione della *prohibitio* e la seconda la promessa della reazione pretoria

<sup>312</sup>O. LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., pag. 458. Ritiene genuina la testimonianza ulpiana del testo edittale dell'interdetto anche D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, pag. 90.

<sup>313</sup>Formula uguale a quella, riportata dallo stesso Ulpiano in D.43.12.1 pr., relativo all'interdetto *ne quid in flumine publico fiat*, su cui *infra*.

<sup>314</sup>H. DERNBURG, *Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts*, in *Festgabe Heffter*, Berlin, 1873, pagg. 105 ss; M. KASER, *Zum Ediktstil*, in *Festschrift Schulz*, II, Weimar, 1951, pagg. 21 ss. Cfr. anche le riflessioni di A. BIGNARDI, *Controversiae*, cit., pagg. 5 ss.



contro il trasgressore. Nel caso del *ne quid in loco publico*, invece, all'affermazione del divieto non fa seguito una delle formule tipiche con cui il magistrato prometteva un intervento giurisdizionale nel caso di violazione del precetto (*vim fieri veto*, *iudicium dabo* e altre<sup>315</sup>), costruzione tipica dello stile edittale più tardo. Tale eccentricità nella costruzione della clausola interdittale può essere forse spiegata ipotizzando che il testo riportato da Ulpiano e dai compilatori rappresenti un rimaneggiamento (in senso ellittico) della originale formulazione pretoria: secondo il Kaser<sup>316</sup>, nella redazione tramandata dal Digesto potrebbe essere caduta l'espressione *vim fieri veto*. A mio avviso la chiusa del paragrafo contenente il diniego della versione restitutoria dell'interdetto in parola potrebbe spingere a ritenere che la clausola contenesse originariamente la promessa dell'intervento pretorio in caso di violazione del divieto nella forma del *interdictum (ei?) dabo*: di essa, caduta o forse considerata ridondante nell'esposizione scientifica dell'Editto compiuta dai giuristi classici, rimane infatti una traccia nella formula di esclusione della variante restitutoria (*non dabo*). Peraltro, come lo stesso Kaser notava, la costruzione del divieto in un'unica frase introdotta da *ne* e retta da un verbo all'imperativo, poco ricorrente nelle fonti giurisprudenziali, è invece tipica delle previsioni legislative<sup>317</sup> tra le quali spiccano, per quanto qui interessa maggiormente, proprio di alcune delle normative municipali e coloniali che abbiamo ricordato *supra*, in particolare, la *tabula Heracleensis*<sup>318</sup> e la *Lex Coloniae Genetivae Iuliae*<sup>319</sup>, circostanza questa che pare confermare la vicinanza dei due modelli di tutela.

Il divieto pretorio rimane perciò costruito come una mera descrizione, nella forma di un proposizione principale iussiva con il congiuntivo, dell'attività che si

<sup>315</sup>M. KASER, *Zum Ediktstil*, cit., pag. 51.

<sup>316</sup>M. KASER, *Zum Ediktstil*, cit., pag. 33 nota 2.

<sup>317</sup>Possono essere seguite dalla spiegazione della reazione magistratuale, ma in una frase separata. M. KASER, *Ediktstil*, cit., pag. 50.

<sup>318</sup>*Tab. Heracleensis*, linee 68 ss: nei quis in ieis loceis inue ieis porticibus quid inaedificatum inmolitome habeto./ neue ea loca porticumue quam possideto, neue eorum quod saeptum clausumue habeto quo minus eis/ loceis porticibusque populus utatur pateantue. Cfr. *supra* Capitolo Primo Paragrafo 6.

<sup>319</sup>*Lex Coloniae Genetivae Iuliae*, cap. 104 linee 11-18: ne quis limites/ decumanosque opsaeptos neue quit immolatum neue/ quit ibi opsaeptum habeto, neue eos arato, neue e<a>s fossas/ opturato neue opsaepto, quo minus suo itinere aqua/ ire fluere possit.

vuole impedire, peraltro evocata – come già notato supra – con termini piuttosto generici: la *prohibitio* pretoria coinvolge infatti tutti i comportamenti che consistano in un *facere* o *immittere* su *locus publicus* dai quali derivi un danno per qualcuno, a meno che non fossero autorizzati da apposite concessioni dell'autorità competente. La particolare stringatezza della clausola interdittale, lascia inevitabilmente aperto il problema della ricostruzione dei profili essenziali della sua disciplina, cui si riferisce Ulpiano nel suo commento lemmatico al rimedio in parola (paragrafi 1-19): dopo la consueta *laudatio edicti* (1-2), Ulpiano analizza nell'ordine il problema della definizione di *locus publicus* rilevante ai fini dell'applicabilità dell'interdetto in parola (par. 3-5), quello dell'interpretazione dell'endiadi *facere immittere* (6-7) e del requisito del danno (8-14), infine il problema dell'interferenza del sistema di concessioni amministrative sulla disciplina prevista con questo interdetto (15-18).

## 2. *Ambito applicativo*

Con riferimento alla definizione dell'ambito applicativo del rimedio in parola, il commentario ulpiano appare una testimonianza stratigrafica del lavoro interpretativo della giurisprudenza romana sulla definizione del referente materiale della tutela accordata con questo rimedio. I tre paragrafi che il giurista severiano dedica al commento del lemma *locus publicus* individuano due momenti cruciali nella costruzione del campo applicativo dell'interdetto: prima, la definizione labeoniana<sup>320</sup> di *locus publicus*, poi il tentativo ulpiano di ricondurre il dibattito sull'estensione semantica dell'espressione *locus publicus* all'interno del più generale dibattito sulla qualificazione delle *res*. Questa circostanza genera una sovrapposizione di piani solo difficilmente inquadrabili entro una sistematica unitaria.

Il commento ulpiano al sintagma *locus publicus* si apre infatti con la celebre definizione di Labeone:

---

<sup>320</sup>Su cui di recente N. DE MARCO, *I loci publici*, cit., pagg. 1 ss.

D.43.8.2.3 (Ulp. 68 ad ed.) *Publici loci appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat.*

La genuinità del frammento è stata fortemente sospettata dapprima dall'Ossig<sup>321</sup>, poi da Branca<sup>322</sup> che lo reputava di mano bizantina: la dottrina più recente, soprattutto sulle orme del ripensamento di Orestano<sup>323</sup>, appare assumere un atteggiamento maggiormente conservativo. Quella di Labeone – qualificata da Ulpiano come *definitio*<sup>324</sup> – è considerata una interpretazione estensiva del campo applicativo originario dell'interdetto<sup>325</sup>, anche se la carenza di informazioni circa la concezione corrente all'epoca di Labeone impedisce di apprezzare il senso di tale estensione e il criterio alla base della proposta di ridefinizione labeoniana del *locus publicus*: pertanto l'ipotesi che l'operazione di Labeone consistesse nell'ampliamento della nozione di luogo pubblico legata al riferimento funzionale al criterio dell'*usus (viae itinera)* e non solo alla titolarità patrimoniale (alla base dell'inclusione di *areas insulas agros*)<sup>326</sup>, per quanto affascinante, rimane esclusivamente ipotetica.

Piuttosto mi pare più interessante notare – anche al fine del discorso che svolgeremo infra – un'altra particolarità della *definitio* labeoniana. Il giurista infatti lavora su una nozione, quella di *locus publicus*, che appare tipica della tradizione degli agrimensori (all'interno della quale assume un particolare significato tecnico)<sup>327</sup> e diffusa nel linguaggio legislativo di età repubblicana<sup>328</sup>. In particolare

<sup>321</sup>A. OSSIG, *Römisches Wasserrecht*, Leipzig, 1898, pag. 101.

<sup>322</sup>G. BRANCA, *Le cose*, cit., pagg. 170 ss, seguito (seppur con maggior prudenza) anche da L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pag. 43 e G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., 155.

<sup>323</sup>R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, cit., pagg. 303.

<sup>324</sup>*Definitio per divisionem* secondo R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pag. 144. Più precisamente a mio avviso Carcaterra riconduce la *definitio* labeoniana nell'alveo delle definizioni *ad exemplum* (sottospecie delle definizioni denotative) dal momento che il concetto (*locus publicus*) è qui “dato mediante la indicazione di oggetti denotati dal termine stesso” (A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli, 1966, pag. 197).

<sup>325</sup>Da ultimo G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pag 72 e N. DE MARCO, *I loci publici*, cit., pag. 6 ss, con bibliografia.

<sup>326</sup>N. DE MARCO, *I loci publici*, cit., pag. 6.

<sup>327</sup>Lo notava incidentalmente già G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 169. Riferimenti in G. CHOUQUERT-F. FAVORY, *L'arpentage romain: histoire des textes, droit, techniques*, Parigi, 2001, pagg. 137 ss.

<sup>328</sup>Si vedano i riferimenti in G. SCHERILLO, *Le cose*, pag. 94 nota 2.

l'espressione *locus* si riferisce, nel vocabolario tecnico degli agrimensori romani, ad una porzione di terreno agricolo o comunque rustico in quanto oggetto di una disputa circa la sua appartenenza ad uno o all'altro dei fondi circostanti, ovvero come quella parte di terreno l'appartenenza a uno o all'altro dei *fundi* coinvolti sia oggetto di una controversia, chiamata a sua volta nel vocabolario degli agrimensori controversia *de loco* e distinta dalle cosiddette controversie *de proprietate* che avevano ad oggetto la titolarità di un fondo di cui non si disputava però la conformazione<sup>329</sup>.

Questa accezione del termine *locus* emerge del resto, oltre che da numerosi testi inquadrabili nella tradizione agrimensoria<sup>330</sup>, anche dalla lettura di un celebre frammento tratto dal commento ulpiano *ad edictum*, D.50.16.60 pr. (Ulp. 69 ad ed.), dove è affermato che "*locus*" *est non fundus, sed portio aliqua fundi*. Secondo la ricostruzione di Lenel, Ulpiano nel frammento in questione starebbe commentando la clausola di un rimedio interdittale a tutela del possesso privatistico, il cosiddetto *uti possidetis*<sup>331</sup>. Il giurista severiano starebbe precisando che, nell'applicazione dell'interdetto in questione, andrebbe specificato quando si tratti una controversia su un *locus* poiché in quel caso, innestandosi problemi di confini, dovrebbero intervenire in processo gli agrimensori.

Ora dunque occorre domandarsi come si ponga l'*appellatio* labeoniana di *locus publicus* nei confronti di questa tradizione di pensiero. Nella prospettiva degli agrimensori infatti, la nozione di *locus publicus* da un lato pare limitata al contesto agrario, in cui si disputi circa la pertinenza di un terreno all'*ager publicus* o a un fondo in possesso dei privati, dall'altro non sembra potersi riferire a un bene inteso nella sua unità e integrità ma solo a una porzione di esso, o meglio a un bene considerato nell'indeterminatezza della sua integrità giuridica<sup>332</sup>. Considerata da questo punto di vista, la *definitio* labeoniana appare effettivamente innovativa sotto entrambi i profili considerati.

---

<sup>329</sup>Cfr. L. MAGANZANI, *Gli agrimensori*, cit., pagg. 143 ss. Cfr. anche P.W. DE NEEVE, *Fundus as economic unit*, in *TR*, 1984, pagg. 3 ss.

<sup>330</sup>Su cui si intrattiene L. MAGANZANI, *Gli agrimensori*, cit., pagg. 143 ss.

<sup>331</sup>O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, cit., pag. 820 nota 4.

<sup>332</sup>G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 169 "non va oltre i terreni né può ricomprendere i fiumi o le acque in se stesse".

Innanzitutto perché estende il campo semantico dell'espressione *locus publicus* fino a ricomprendervi anche beni inseriti in un contesto urbano<sup>333</sup>, come le piazze (*areae*) e le *insulae*<sup>334</sup>, cui certamente non si riferiva l'originaria accezione data al termine dai gromatici<sup>335</sup>. Dunque, mentre nel vocabolario degli agrimensori, coerentemente del resto con la natura della loro professionalità, il termine appare usato con esclusivo riferimento al contesto extraurbano e rurale, la *definitio* labeoniana ridefinisce il perimetro di tale nozione e conseguentemente il campo applicativo dell'interdetto in parola, per renderlo applicabile a problemi di vicinanza legati al contesto cittadino<sup>336</sup>. È del resto lo stesso Ulpiano, nel già citato frammento D.50.16.60, ad esplicitare il senso dell'innovazione labeoniana, nel paragrafo ove afferma:

D.50.16.60 (Ulp. 69 ad ed.) 1. *Loci appellationem non solum ad rustica, verum ad urbana quoque praedia pertinere Labeo scribit.*

Il riferimento mi pare particolarmente probante, soprattutto ove si noti la ricorrenza del termine *appellatio*, come in D.43.8.2.3, per indicare l'operazione definitoria labeoniana: in questo contesto appare invece del tutto irrilevante la circostanza che si tratti, in questo caso, di un generico riferimento alla nozione di *locus* invece che alla specifica categoria di *locus publicus*.

<sup>333</sup>Cfr. A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza. I. Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, pag. 140.

<sup>334</sup>Che devono intendersi come i fabbricati a funzione abitativa tipici dell'espansione urbanistica di Roma, contro la tesi di BRUGI (*Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, Verona-Padova, 1897, pag. 404 nota 20) ripresa da BRANCA (*Le cose*, cit., pag. 171) che interpreta invece l'espressione come riferita al fenomeno dell'*insula in flumine (o in mari) nata*.

<sup>335</sup>Proprio tale estensione ha fatto dubitare della genuinità del pensiero labeoniano riportato da Ulpiano BRANCA (*Le cose*, cit., pagg. 170 ss) e SCHERILLO (*Le cose*, cit., pag. 155). Nell'ottica qui adottata tale elemento è invece assunto come il *proprium* del pensiero labeoniano.

<sup>336</sup>Tale ricostruzione pertanto è esattamente opposta a quella autorevolmente proposta dal BRANCA, che ritiene al contrario il passo in esame (D.43.8.2.3) rimaneggiato dai bizantini proprio a partire dalla considerazione che esso implica un'estensione della nozione di *locus publicus* ad aree extraurbane, mentre nella sua accezione originaria esso doveva riferirsi solo al contesto cittadino: cfr. G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 179 ss.

Tale operazione interpretativa di Labeone, stando al commentario ulpiano, si rivela decisiva per la valorizzazione del rimedio in parola, dato che al tempo di Ulpiano l'applicazione del *ne quid in loco publico* appare riferirsi esclusivamente al suolo pubblico cittadino, come si evince dagli esempi riportati nel prosieguo del frammento (specialmente nei paragrafi D.43.8.2.12-17, due dei quali peraltro – 13 e 15 – riportano opinioni dello stesso Labeone) e soprattutto dal riferimento alla regola *ne urbs ruinetur* come giustificazione dell'assenza della versione restitutiva dell'interdetto in questione (D.43.8.2.17).

Un'ulteriore particolarità della *definitio* labeoniana, oltre all'estensione della nozione di *locus publicus* al contesto urbano, consiste nella circostanza che il termine appare qui utilizzato a indicare non già porzioni di fondi, come invece nella tradizione delle *controversiae de loco* dei gromatici<sup>337</sup>, ma direttamente entità autonome e considerate nella loro unitarietà, in particolare nel caso delle *insulae* e delle *viae*. In questo senso, mi pare possa dirsi che con la propria *definitio* Labeone finisca per ricondurre la nozione di *locus publicus*, nata nell'esperienza pratica degli agrimensori ad indicare porzioni di fondi su cui ci fosse una controversia in atto, nel quadro di una vera e propria teoria delle cose, facendone dunque una categoria in grado di individuare e qualificare giuridicamente taluni beni. Tale operazione mi pare poi ulteriormente approfondita da Ulpiano stesso, che nei frammenti successivi (D.43.8.2.4-5), sovrappone alla *definitio* labeoniana la *distinctio* tra *res in usu publico* e *in patrimonio fisci*<sup>338</sup>, chiaramente spostando la questione del campo applicativo dell'interdetto in parola dall'interpretazione del lemma *locus publicus* usato nella formula pretoria, all'individuazione delle *res in usu publico*. La relazione tra questi due strati di elaborazione giurisprudenziale – la *appellatio* labeoniana dei *loci publici* e la limitazione ulpiana dell'applicazione dell'interdetto alle *res in usu publico* – appare sostanzialmente non interrogata, limitandosi la dottrina maggioritaria ad affermare che i *loci publici* labeoniani sarebbero confluiti nella

---

<sup>337</sup>Si veda da ultimo G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit., pag. 318.

<sup>338</sup>Sui rapporti tra par. 4 e 5 del frammento 43.8.2 si vedano le riflessioni di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., pagg. 7 ss.

categoria ulpiana<sup>339</sup> o che, al contrario, la specificazione ulpiana servisse a delimitare la *definitio* labeoniana, nel senso di individuare una sottocategoria di *loci publici* sottoposti al regime disegnato dall'interdetto in quanto *usui publico destinati*<sup>340</sup>. A mio avviso, più che postulare una continuità e omogeneità tra il pensiero del giurista tardo repubblicano e quello tardo classico tale da poterli inquadrare in un medesimo svolgimento dogmatico, occorrerebbe domandarsi che tipo di mutamento nel contenuto di tutela dell'interdetto in parola derivi da questo slittamento di prospettiva. Un'indicazione in questo senso potrebbe venire dall'ipotesi ricostruttiva di Generoso Melillo, il quale ha creduto di poter tracciare un'evoluzione nella funzione di tutela svolta dal *ne quid in loco publico* per cui, a uno stadio originario in cui esso sarebbe servito essenzialmente per risolvere questioni di confine e disciplinare rapporti di vicinato, in progresso di tempo – e anche grazie al contributo innovativo di Labeone – il rimedio in parola avrebbe assunto una piena coloritura pubblicistica, fino a giungere a tutelare “la diminuita attitudine dei beni pubblici alla loro naturale destinazione”<sup>341</sup>. Tale interpretazione dell'evoluzione dello scopo di tutela dell'interdetto – sostanzialmente opposta a quella recentemente prospettata da Di Porto – potrebbe certamente dar conto del progressivo abbandono della nozione tradizionale di *locus publicus*, come *pars fundi* oggetto di una disputa, per definire invece il campo applicativo dell'interdetto direttamente attraverso il riferimento a una categoria di beni qualificati dall'*usus publicus*. Ciò, naturalmente, a patto che si assuma che Ulpiano, con la nozione di *usus publicus*, volesse effettivamente riferirsi alla generale utilizzabilità del bene da parte di chiunque. Come vedremo, l'analisi dei singoli profili di disciplina dell'interdetto in parola impedisce di accogliere una tale interpretazione.

<sup>339</sup>Per tutti, si veda l'impostazione di G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 96 ss, ma implicitamente anche A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*, cit., pag. 510.

<sup>340</sup>Così recentemente M. GIANGNORIO, *Il contributo del civis alla tutela delle res in usu publico*, in *TSDP*, 2013, pagg. 52 ss.

<sup>341</sup>G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pag. 191. Non a caso per dimostrare un tale sbocco dell'evoluzione giurisprudenziale adduce un frammento tratto dal commento all'interdetto *ne quid in via itinereve publico* (D. 43.8.2.26): Melillo, convinto della sostanziale unitarietà delle diverse formule interdittali rinvenibili nel titolo 8 del libro 43, non vede come si trattasse di rimedi con oggetti e scopi di tutela differenti, per cui se di una tale evoluzione dalla tutela degli interessi privati a quella dell'*usus publicus* si può parlare, essa va eventualmente riferita all'introduzione degli interdetti *de viis*.

### 3. *Utilitas publica e singulorum*

In effetti la questione della definizione dello scopo di tutela, e così dell'esatta qualificazione dell'interesse tutelato mediante questo interdetto, appare centrale in tutte le ricostruzioni della disciplina del rimedio proposte dalla dottrina<sup>342</sup>. Le posizioni peraltro, appaiono molto differenziate, tra chi riconosce all'interdetto una funzione di tutela spiccatamente pubblicistica – in quanto rivolto a preservare le condizioni di generale utilizzabilità del bene – e chi al contrario propende per un'interpretazione del rimedio come finalizzato a tutelare posizioni giuridiche soggettive individuali; ulteriormente, occorre tenere in considerazione che molti autori, come già visto, tendono a ravvisare un'evoluzione in senso diacronico dello scopo di tutela dell'interdetto, in senso vieppiù pubblicistico, come Melillo, o al contrario in direzione di una «privatizzazione» della tutela, come Di Porto. Si può dire che la questione relativa allo scopo di tutela del *ne quid in loco publico fiat* sia il crocevia di ogni generale interpretazione del sistema romano di protezione interdittale dei beni pubblici.

Peraltro, è lo stesso Ulpiano ad additare quello del rapporto tra interesse pubblico e privato come questione fondamentale nell'interpretazione dell'interdetto in parola, in particolare in un passo di difficile ricostruzione da cui, conseguentemente, si sono potute sviluppare argomentazioni contrastanti.

D.43.8.2.2 (Ulp. 68 ad ed.) *Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur. loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad optinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. propter quod si quod forte opus*

---

<sup>342</sup>Oltre che nel già ricordato contributo di Melillo, la natura dell'interesse tutelato dall'interdetto *ne quid in loco publico fiat* è discussa in G. LONGO, *Utilitas publica*, in *Labeo*, 18, 1972, pagg. 7 ss. e, da posizioni più marcatamente interpolazionistiche, in A. STEINWENTER, *Utilitas publica-utilitas singulorum*, in *Festschrift Koschaker*, I, Weimer, 1939 (in particolare l'a. ritenne interpolate tutti i riferimenti all'espressione *utilitas publica*); per queste problematiche, da ultimo R. SCEVOLA, *Utilitas publica*, cit., pagg. 77 ss, con riferimenti alla letteratura precedente.



*in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem hoc interdictum propositum est*<sup>343</sup>.

Questo passo – tipico esempio di *laudatio edicti* ulpiana in cui il giurista severiano cerca di mostrare la ragionevolezza dell'intervento pretorio indicandone le ragioni metagiuridiche<sup>344</sup> – offre in realtà spunti ricostruttivi divergenti, fin dall'affermazione iniziale, di sapore vagamente smithiano, secondo cui tale interdetto perseguirebbe al contempo l'*utilitas publica* e quella dei singoli individui. Tale contraddizione peraltro non è sciolta nel prosieguo del passo, che oscilla tra due visioni opposte della natura della tutela accordata. Alcune affermazioni rivelano la difficoltà di Ulpiano di ricondurre a una *ratio* unitaria l'intervento pretorio in tema di tutela del *locus publicus*: *in primis*, quella secondo cui il *locus publicus* è aperto all'utilizzo di ciascuno non in virtù di un titolo privatistico e individuale, ma piuttosto sulla base del diritto pubblicistico di cittadinanza (*loca enim...cuiusque*); inoltre, la menzione del potere del *quilibet e populo* di inibire la fruizione del *locus* stesso, che parte della dottrina (Di Porto) ha pacificamente interpretato come una presa di posizione di Ulpiano circa il regime di legittimazione attiva del rimedio (*et tantum...prohibendum habet*); infine la menzione del *damnum* come elemento costitutivo la fattispecie in esame, e ragione giustificante la reazione pretoria (*propter quod...propositum est*).

La struttura di questo frammento pare rispecchiarsi in un altro passo di poco successivo, già più volte citato come luogo di emersione della nozione ulpiana di *res in usu publico*:

<sup>343</sup>Ha messo in discussione la genuinità dell'intero passo, ritenendolo una parafrasi dei compilatori, G. BESELER, *Textkritische Studien*, ZSS, LII, 1932, pagg. 31 ss., pag. 61. Pur da una prospettiva maggiormente conservativa, hanno sollevato in particolare dubbi sulla seconda parte del testo (*propter quam-est*) anche LENEL (*Palingenesia iuris civilis*, cit., II, pag. 806 nota 1) e MOMMSEN (*Digesta*): peraltro, è convinzione diffusa che il rimaneggiamento giustiniano della seconda parte del passo non infici la ricostruzione del significato sostanziale del passo (cfr. G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 153 e T. HONSELL, *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht*, in ZSS (Rom. Abt.), 95, 1978, pagg. 93 ss, spec. pag. 103; da ultimo anche R. SCEVOLA, *Utilitas publica*, II, cit., pag. 79 nota 6).

<sup>344</sup>Cfr. G. RIES, *Prolog und Epilog in Gesetzen des Altertums*, München, 1983, pagg. 155 ss. A. STEINWERTER riteneva interpolato il riferimento all'*utilitas publica* (*Utilitas publica*, cit., pagg. 97 ss): contra G. LONGO, *Utilitas publica*, cit., pagg. 46 ss.

D.43.8.2.5 (Ulp. 68 ad ed.) *Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.*

Anche qui, dopo un generico accenno all'oggetto della tutela interdittale – individuato nei *loca quae publico usui destinata sunt* – il giurista pare esplicitamente configurare l'intervento pretorio come reazione al nocimento arrecato a un privato (*si quid illic fiat, quod privato noceret*). Anche in questo caso, è evidente la potenziale frizione tra il riferimento alla destinazione all'uso pubblico come criterio per individuare i beni oggetto della tutela e quello alla necessità di un danno privato per l'attivazione del rimedio. In realtà, nella prospettiva di Ulpiano la garanzia di aspettative individuali e dell'interesse della collettività sembrano giustapporsi in modo meno problematico di quanto accada per la moderna dottrina, alla ricerca di un criterio di sintesi per indicare la natura del rimedio e qualificarlo all'interno dell'antitesi binaria pubblico/privato.

La questione della ricostruzione della funzione di tutela dell'interdetto peraltro, lungi dall'esaurirsi in una mera questione definitoria o terminologica, coinvolge direttamente l'interpretazione di alcuni profili fondamentali della disciplina del rimedio. In particolare, appaiono determinanti per una corretta valutazione dell'intreccio di interessi pubblici e privati al fondo di tale rimedio i profili della qualificazione del *damnum* essenziale per l'esperimento dell'interdetto, quello relativo alla natura esclusivamente proibitoria dello stesso, le interferenze con il regime delle concessioni a edificare *in publico* e la questione, di recente tornata ad essere molto discussa<sup>345</sup>, circa il suo regime di legittimazione attiva<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup>In particolare in seguito alla riflessione di A. DI PORTO nel più volte citato saggio *Interdetti popolari e «res in usu publico»*, cit.

<sup>346</sup>Un ulteriore profilo meritevole di riflessione quando si tratta dell'intreccio di interessi privati e pubblici nella disciplina degli interdetti *de locis publicis* – e in particolare del *ne quid in loco publico fiat*, il più problematico da questo punto di vista – è quello relativo alla destinazione della somma oggetto dell'eventuale giudizio *ex interdicto* (su cui *supra*): lo notava già T. HONSELL, *Gemeinwohl und öffentlich Interesse*, cit., pag. 105, richiamando però a sproposito (cfr. quanto detto *supra* nel Paragrafo di apertura di questo Capitolo circa i rapporti tra i diversi interdetti contenuti in D.43.8) il paragrafo D.43.8.2.44 (Ulp. 68 ad ed.) a commento del *ne quid in loco publico fiat*.

#### 4. La fattispecie materiale: il *damnum rilevante*

Il primo profilo problematico nella ricostruzione del regime dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* è quello relativo alla qualificazione del *damnum* indicato nella clausola pretoria quale requisito per l'emanazione del rimedio<sup>347</sup>.

La descrizione della fattispecie contemplata dalla previsione interdittale è, come accennato in sede di prima lettura di D.43.8.2 pr., piuttosto generica: il pretore concedeva il rimedio del *ne quid in loco publico fiat* a fronte di un *facere* o *immittere* – purché allo stato preparatorio o comunque non ancora concretizzatosi in una *aedificatio*, come si desume da quanto detto prima circa la natura esclusivamente proibitorio del rimedio – che minacci di arrecare un danno a qualcuno, salvo che l'attività trovasse autorizzazione in una fonte pubblicistica-autoritativa.

Il primo dato che salta agli occhi è l'assenza della clausola “*vim fieri veto*” – ricorrente in molte altre formule interdittali<sup>348</sup>: il divieto è infatti tipizzato con riferimento a due modalità specifiche di condotta, individuate con le espressioni tipiche *facere* e *immittere (in publico)*<sup>349</sup>, in quanto idonee a procurare un *damnum*. L'endiadi *facere immittere* sembra assumere un significato tecnico-giuridico autonomo, ricorrendo sia in numerose fattispecie interdittali<sup>350</sup> sia in alcuni documenti epigrafici<sup>351</sup>.

La casistica riportata dalle fonti giustinianee a commento di tale previsione pare incentrarsi peraltro sulla chiarificazione della nozione di *damnum*, tralasciando invece di specificare gli esatti contorni semantici delle locuzioni attinenti alle forme della condotta. La dottrina di conseguenza è uniforme nell'accoglierne una nozione

<sup>347</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 392 ss; G. BRANCA, *Le cose*, cit., 172 ss; L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pagg. 43 ss.

<sup>348</sup>Si veda l'elenco fornito a questo proposito da L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pag. 33.

<sup>349</sup>L'endiadi *facere immittere* ricorre invece, come osservato dal Labruna, con regolarità tale da far sospettare una canonizzazione di tale espressione, nelle formule relative agli *interdicta de locis sacris et publicis*: cfr. L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pag. 39.

<sup>350</sup>M. KASER, *Ediktstil*, cit., pag. 40.

<sup>351</sup>Cfr. ad esempio *Lex municipii tarentinii*, linee 39-41: sei quas uias fossas clouacas IIII[v]uir IIuir aedilisue eius municipi caussa/ publice facere immittere commutare aedificare munire uolet intra/ eos fineis quei eius municipi erun[t], quod eius sine iniuria fiat, id ei facere liceto (su cui M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit., pag. 305). Costruzione analoga in *lex coloniae Iuliae Genetivae*, cap. 77 (Tab. B, Col. II, linee 29-31) per cui si veda M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit., pag. 404.

molto ampia. *Facere* si riferirebbe a qualunque opera, ivi compreso – secondo l'unico spunto delle fonti sul tema (D.43.8.2.7)<sup>352</sup> – il restauro (*refectio*) di edifici già esistenti, idonea ad occupare stabilmente un *locus* pubblico. Parimenti sarebbe vietata pure qualunque immissione, da intendersi come introduzione nel *locus publicus* di cose che non si traduca in una modifica stabile della struttura del suolo pubblico: questo ad esempio il caso dell'installazione di una tenda sulla veranda (*in maeniano*) preso in considerazione in D.43.8.2.6. Occorre peraltro notare che la casistica riportata da Ulpiano appare perlopiù considerare ipotesi di *facere* consistenti in una *aedificatio* (parr 14-17; a tali fattispecie di *aedificatio* risulta assimilabile pure la posizione di *qui molem in mare proiecit considerata nel par. 8*), a conferma del già ricordato carattere “cittadino” del rimedio in esama (cfr. *supra* Paragrafo 2 di questo Capitolo).

Non altrettanto compatta invece si dimostra la dottrina nel fornire un'interpretazione del senso della diversa formulazione degli ordini negativi contenuti nelle diverse specie di interdetti. Secondo l'interpretazione di Gandolfi<sup>353</sup> tale diversità di enunciazioni andrebbe ricollegata alla diversa qualificazione dogmatica delle condotte illecite che esse mirano a reprimere: mentre la formula terminativa *vim fieri veto* ricorrerebbe in quegli interdetti con cui si vietano turbative o molestie nell'esercizio di una legittima facoltà, le altre formule (come quella del *ne quid in loco publico fiat*) ricorrerebbero in quegli interdetti proibitori miranti a evitare il compimento di determinate attività illegittime. È evidente la debolezza (logica) di tale ricostruzione: nel secondo caso, l'illegittimità della condotta, ovvero il suo non trovare fondamento giuridico in una facoltà riconosciuta dall'ordinamento, spesso dipende proprio dal fatto che tale attività costituisce un'indebita interferenza nell'esercizio di legittime facoltà altrui. Proprio a partire da questa ambiguità della

---

<sup>352</sup> D.43.8.2.7 (Ulpianus 68 ad ed.) *Si quis quod in publico loco positum habuit, reficere voluit, hoc interdicto locum esse aristo ait ad prohibendum eum reficere.*

<sup>353</sup> Per tutti G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, cit., pagg. 99-100, in cui oltre a riproporre la tradizionale *distinctio* tra interdetti che vietano genericamente molestie e turbative e quelli che inibiscono la commissione di atti positivi, ricollega solo a questi ultimi la necessaria previsione di equivalenti restitutori. Cfr. anche A. BIGNARDI, *Controversiae*, cit., pagg. 9 ss.

teoria tradizionale, ha preso le mosse Labruna<sup>354</sup> per una rilettura delle fattispecie di interdetti relativi alle *res in usu publico*, e specialmente del *ne quid in loco publico fiat*, per giungere a mostrare come esso non sanzionasse genericamente un'attività illecita ma tutelasse innanzitutto *commoda* goduti individualmente, *uti civis*. Proprio l'esegesi della formula dell'interdetto *ne quid in loco publico* fornisce forse l'esempio paradigmatico di questa funzione di tutela, e dunque un argomento rilevante a favore dell'interpretazione ora ricordata. Il pretore infatti non si accontenta, per la concessione del rimedio, che l'impetrante denunci una condotta qualificabile come *facere o immittere in publico*, ma richiede che da essa ne sia derivato *quid illi damni*. Si tratta di un profilo molto delicato della fattispecie pretoria, perché strettamente connesso a quello del regime di legittimazione attiva del rimedio: si tratta infatti del principale argomento testuale a partire dal quale la dottrina assolutamente maggioritaria ha negato il carattere diffuso della legittimazione processuale a tale interdetto, e il principale ostacolo all'accoglimento del recente tentativo di Di Porto<sup>355</sup> di dimostrare il contrario.

In effetti, tra i frammenti a commento della clausola edittale, si rinviene una definizione di *damnum* molto generica, di per sé idonea a lasciare aperto lo spazio per ricostruzioni le più disparate:

D.43.8.2.11 (Ulp. 68 ad ed.) *Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, qualequale sit.*

La prima parte del frammento infatti, oltre ad affermare espressamente come il *damnum* rilevante possa consistere non già in un “danno positivo” ma pure nella “sottrazione di un vantaggio”<sup>356</sup>, pare chiaramente riferirsi a un soggetto che subisce le conseguenze negative della condotta altrui; la chiosa finale però (*qualequale sit*) potrebbe far supporre che ai fini della concessione del rimedio rilevasse una nozione

<sup>354</sup>L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pagg. 41 ss

<sup>355</sup>A. DI PORTO, *Interdetti popolari e «res in usu publico»*, cit., pagg. 506 ss, su cui *infra* il Paragrafo conclusivo di questo Capitolo.

<sup>356</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 393.

di danno talmente oggettivo e spersonalizzato da comprendere anche la mera turbativa della generale destinazione all'uso della *res*, senza richiedersi una diretta incidenza della condotta altrui nella sfera giuridica dell'impetrante.

La dottrina maggioritaria tende a sminuire tale elemento della definizione ulpiana<sup>357</sup> a fronte di dati testuali che suggeriscono di configurare il danno rilevante ai fini della fattispecie in esame come perdita di una particolare utilità, come turbamento di un *commodum*<sup>358</sup> che il privato individualmente traeva, sebbene *iure civitatis*, dal suo individuale rapporto con la *res in usu publico*<sup>359</sup>: un *commodum* inteso molto latamente dalla giurisprudenza romana, come testimonia la ricca casistica offertaci dalle fonti, ma pur sempre riconducibile a un vantaggio individuale goduto dal singolo *civis* e in quanto tale idoneo a differenziare l'interdetto in parola tanto da quelli finalizzati a reprimere condotte idonee a compromettere la stessa destinazione della *res* all'*usus publicus*<sup>360</sup>, quanto da quelli finalizzati a tutelare i vantaggi goduti dal singolo sulla *res* ma *uti privatus*<sup>361</sup>.

Gli argomenti adducibili a sostegno di questa ricostruzione sono molteplici. Innanzitutto la presenza nella stessa clausola pretoria, così come riportata da

---

<sup>357</sup> Branca addirittura avanza dubbi sulla genuinità del testo, corrotto secondo lui proprio nella chiusa finale (*qualequale sit*): cfr. G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., pag. 174.

<sup>358</sup> La nozione di *commodum*, assieme a quella (parallela) di *incommodum*, ricorre costantemente nel commentario ulpiano agli editti relativi alle *res in usu publico*, tanto da far affermare che essa “domina la casistica presa in considerazione dalla giurisprudenza in relazione agli interdetti relativi ai luoghi pubblici, alle vie extraurbane ed ai fiumi pubblici” (C. BUSACCA, *Ne quid in loco sacro religiosove sancto fiat?*, cit., pag. 266).

<sup>359</sup> Per tutti valga la chiarissima affermazione del Branca, secondo cui “il magistrato si riferisce evidentemente a un danno vero e proprio che incida sulla cosa del singolo e non alla semplice lesione di interessi generici che si hanno in comune con *quibus e populo*” (G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 172); in tal senso anche Ubbelohde, sebbene in una prospettiva più marcatamente sostanzialistica: “Il pretore creando questo interdetto ha procacciato al singolo cittadino un vero diritto privato, in forza del quale questi di fronte a ogni concittadino può pretendere per sé all'attuale possibilità di servirsi di un *locus publicus*” (A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette*, cit., pag. 379); analogamente G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 154; G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pag. 150; A. PALMA, *Iura vicinitatis. solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, pag. 113 e ss, J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, pag. 215.

<sup>360</sup> Specialmente gli interdetti *de viis* (Capitolo 3.1) e *de fluminibus* (Capitolo 4.1).

<sup>361</sup> Ci si riferisce agli interdetti *de aqua ex castello ducendo* (vedi D.43.20.1.38) e *de loco publico fruendo* (vedi D. 43.9.1 pr., su cui *infra* Capitolo 4.3), che “tutelano chi abbia ottenuto una concessione dell'autorità competente contro le turbative da parte di terzi delle facoltà concessegli” (così G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 153).

Ulpiano, del pronome dimostrativo *illi*<sup>362</sup>: tale particella appare infatti sicuramente idonea a restringere il danno rilevante alle ipotesi in cui esso sia in qualche modo riferibile alla sfera giuridica di un soggetto, sebbene nulla dica circa la natura della posizione soggettiva tutelata. La lettura di D.43.8.2.11 anzi, potrebbe lasciare intendere che la situazione presa in considerazione dal pretore possa corrispondere all'interesse, soggettivo ma non individualizzato, al generale utilizzo del bene: così potrebbe leggersi il riferimento al *commodum quod ex publico consequbatur*. Un'analisi più approfondita del commentario ulpiano fornisce a mio avviso, al di là di queste affermazioni generali e di carattere vagamente declamatorio, ben più solidi appigli alla ricostruzione del danno come essenzialmente individuale.

La casistica esemplificativamente proposta da Ulpiano in sede di commento lemmatico alla *pars edicti* che limita i *facere immittere* rilevante ai fini della concessione dell'interdetto a quelli *ex qua re illi damni detur* (D.43.8.2.10-15), infatti, “s'innesta perfettamente entro tale concetto”<sup>363</sup> di danno soggettivamente qualificato. Rilevano innanzitutto due frammenti in cui Ulpiano indica nella compressione di talune utilità tipicamente godibili dai frontisti di luoghi pubblici il presupposto per l'attivazione del rimedio.

D.43.8.2.12 (Ulp. 68 ad ed.) *Proinde si cui prospectus, si cui aditus sit deterior aut angustior, interdicto opus est.*

D.43.8.2.14 (Ulp. 68 ad ed.) *Plane si aedificium hoc effecerit, ut minus luminis insula tua habeat, interdictum hoc competit.*

Evidentemente Ulpiano qui si riferisce agli *incommoda* che possano derivare da un'opera costruita *in loco publico* (come notato sopra, il caso dell'edificazione urbana è trattato dalle fonti come il normale campo applicativo dell'interdetto) al

<sup>362</sup>Come noto, questo criterio testuale per determinare la natura “popolare” o privata degli interdetti è stata elaborata in particolare da A. BERGER, *Interdictum*, cit., pagg. 1621 ss.

<sup>363</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 173; la stessa osservazione in G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 154. La casistica in questione è riportata dalla palingenesi leneliana del commento ulpiano all'editto nel medesimo paragrafo con le affermazioni generali circa la natura del danno contenute in D. 43.8.2.10-11: cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., pag. 807.

frontista la cui casa si trovi in prossimità di esso: la giurisprudenza, applicando l'interdetto nei casi in cui il *facere* di un terzo diminuisca la visuale o renda più difficile l'ingresso all'abitazione di questi (D. 43.8.2.12) oppure ancora diminuisca il *lumen* di essa (D. 43.8.2.14)<sup>364</sup>, evidentemente dava rilevanza a ogni *facere* e *immittere* che minacciasse “di modificare il rapporto esistente tra l'impetrante e il *locus publicus* a svantaggio dell'impetrante”<sup>365</sup>, accedendo a una nozione di *damnum* come turbamento di una qualsiasi utilità che il *civis* potesse in particolare derivare dallo stato del *locus publicus* precedente alla condotta del terzo.

La tutela pretoria di *lumen prospectus*<sup>366</sup> e *aditus*, goduti dal *civis* in virtù della peculiare posizione della sua proprietà rispetto al *locus publicus*, contro ogni *facere* e *immittere in publico* che potesse pregiudicare tali *commoda* suggerisce ovviamente il confronto con l'equivalente regime predisposto per le costruzioni *in privato* (*in suo*).

Anche a partire da questi frammenti del commento ulpiano al *ne quid in loco publico fiat* (D.43.8.2.12 ss.) in dottrina<sup>367</sup> è stata avanzata l'ipotesi che un'analogia tutela fosse predisposta contro le costruzioni in privato che privassero il vicino di *lumen prospectus*<sup>368</sup> e *aditus*, a prescindere dalla costituzione per via negoziale della relativa servitù<sup>369</sup>: secondo questo filone dottrinale, in altre parole, l'ordinamento romano avrebbe riconosciuto e tutelato nei rapporti di vicinanza tra privati un vero e proprio diritto alla luce, alla visuale e all'accesso, e un parallelo

<sup>364</sup> Il significato di tale frammento è discusso nella dottrina. Branca, sul rilievo tra l'altro del suo riferirsi a un edificio già costruito (*si aedificium hoc effecerit*) contro la regola *ne urbs ruinas deformetur* (D.43.8.2.17: *supra*), vi vede un'interpolazione giustiniana; ulteriore motivo per la non classicità starebbe nella particolare prospettiva assunta dal giurista, quella della tutela dei rapporti di vicinato (G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 174). Diversa la lettura del passo fornita da Melillo (G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nunitatio*, cit., pag. 190 seguito da A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., pag. 115), che fa notare come in questo caso “la diminuzione del *lumen* equivarrebbe all'imposizione di una servitù non dovuta né pattuita” di luce. Sulla formazione presso la giurisprudenza romana di un diritto al *lumen* sanzionato per mezzo dell'*actio iniuriarum* cfr A. RODGER, *Owners and Neighbourghs in Roman law*, Oxford, 1972, pagg. 38 ss.

<sup>365</sup> A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette*, cit., pag. 392.

<sup>366</sup> La differenza tra le nozioni di *lumen* e *prospectus* è delineata da Paolo in D.8.2.16 (Paul. 2 epit. Alfeni dig.) *Lumen id est, ut caelum videretur, et interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest.*

<sup>367</sup> A. RODGER, *Owners and Neighbourghs*, cit. seguito da A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., pag. 115.

<sup>368</sup> A. RODGER, *Owners and Neighbourghs*, cit., pagg. 38 ss e 124 ss.

<sup>369</sup> Si tratterebbe dunque di una servitù cosiddetta legale: cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 375.



divieto per il vicino di costruire *in suo* in modo da comprimere tali *commoda*. È evidente che, accedendo a tale interpretazione, il regime delle *aedificationes in publico* risulterebbe equivalente a quello delle *opera in privato facta*: l'ordinamento tutelerebbe in ogni caso le cosiddette “condizioni esterne del fondo”<sup>370</sup>, come appunto il godimento di luce, veduta e accesso, contro ogni compressione dovuta alla *aedificatio* di un vicino, fosse essa *in publico* (con il *ne quid in loco publico fiat*)<sup>371</sup> o *in privato* (attraverso l'*actio negatoria* o la *o.n.n. sub specie iuris nostri conservandi gratia*)<sup>372</sup>.

Tale ricostruzione ha incontrato però le convincenti critiche di quanti<sup>373</sup> ritengono maggiormente aderente alle fonti la tradizionale posizione<sup>374</sup> che nega una tutela di *lumen prospectus* e *ambitus* paragonabile a quella predisposta con il *ne quid in loco publico fiat* per le costruzioni *in publico*, nel caso di *aedificationes* compiute dal vicino *in suo*, ovvero su suolo di sua proprietà. A differenza del soggetto che costruisse su suolo pubblico dunque, chi edificasse *in suo* non incontrava il limite del rispetto di quei *commoda* (come appunto luce veduta e accesso) che rappresentano le condizioni esterne del fondo. Tale limite poteva essere stabilito solo in via negoziale, attraverso la costituzione della relativa servitù. Questa interpretazione valorizza dunque la differente *ratio* di tutela sottesa al regime delle *aedificationes in publico* e *in privato*: mentre il costruttore *in suo* sta esercitando il suo *dominium* privatistico ed è pertanto di edificare a suo piacimento, salvo solo il rispetto della sfera interna dei fondi vicini, colui che costruisca su suolo pubblico non può vantare un'analogia

<sup>370</sup>Contrapposte alla sfera interna del fondo nella ricostruzione di P. BONFANTE, *Corso*, cit., pagg. 372 ss.

<sup>371</sup>A. RODGER, *Owners and Neighbourghs*, cit., pagg. 39 ss.

<sup>372</sup>A. RODGER, *Owners and Neighbourghs*, cit., pagg. 90 ss. O l'obbligo di prestare la *cautio damni infecti*, come parrebbe doversi desumere dalla lettura di D.39.2.25 (Paulus 78 ad ed.) *Trebatius ait etiam eum accipere damnum, cuius aedium luminibus officiatur*. Il frammento peraltro è stato oggetto di interpretazioni divergenti (su cui si veda J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., pagg. 125 ss e J. GARCIA SANCHEZ, *Teoria de la immissio*, Oviedo, 1999, pag. 132), tra le quali interessa qui riportare in particolare quella di Burckhardt, secondo cui esso in origine si riferisse ad un *facere in publico* e non a un *facere in privato*, e si saldasse pertanto all'affermazione ulpiana in D.43.8.2.12, imponendo al costruttore *in publico* l'ulteriore onere di prestazione di una adeguata *cautio*.

<sup>373</sup>J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen*, cit., pagg. 57 ss e 237 ss.

<sup>374</sup>Ad esempio in B. BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, cit., pag. 97.

pretesa di esclusività e deve perciò rispettare non solo la sfera interna, ma pure l'assetto di *commoda* tratti dai vicini dal *locus publicus*. Il generale diritto dei cittadini di *facere in publico* dunque, a differenza dell'estrinsecazione del diritto dominicale, non è considerato un titolo sufficiente a legittimare il mutamento delle condizioni esterne dei fondi vicini: di fronte alla necessità di bilanciare l'interesse del soggetto a mantenere la conformazione del *locus publicus* nella condizione da cui egli poteva trarre specifiche utilità e il contrario interesse del soggetto che volesse attraverso una *aedificatio in publico* modificare tale situazione per ottenere delle diverse utilità dal bene, il pretore privilegia senz'altro l'esigenza di mantenimento dello *status quo* e dunque l'interesse del soggetto che dalla originaria conformazione del *locus* traeva un *commodum*<sup>375</sup>.

#### 5. Continua: *commoda* goduti *non iure*

Tale ricostruzione è confermata *a contrario* dall'esclusione dell'interdetto nel caso in cui il *commodum* stesso toccato dal *facere* altrui su luogo pubblico avesse *nullum ius* alla base: in questo caso non si dava rimedio proprio perché, essendo questo rivolto alla tutela di *commoda* individualmente tratti dalla *res in usu publico*, la protezione era accordata nei limiti in cui il vantaggio goduto dalla *res* fosse giuridicamente fondato. In questo senso depone la lettura di due frammenti (par. 13 e 15) sicuramente avvicinati sul piano del contenuto e che Fiorentini di recente ha ipotizzato – sulla base però di considerazioni esclusivamente sintattiche<sup>376</sup> – possano

---

<sup>375</sup>Analogamente M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit., pagg. 313-314, dove si afferma che l'istituto anche nel suo assetto maturo altro non sarebbe che uno strumento per risolvere “il conflitto di interesse tra chi avesse edificato su suolo pubblico [...] ed il privato confinante con l'area pubblica che dall'opera avesse ragione di attendersi una diminuzione dei suoi *commoda*”.

<sup>376</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit., pag. 282, fa in particolare riferimento alla a una differenza nella coniugazione dei tempi verbali tra il par. 14 (con verbo all'indicativo) e i par. 13 e 15: questo argomento mi pare debole, considerando che in realtà i tre paragrafi usano il medesimo modo e tempo, l'indicativo futuro anteriore. Un'indicazione più interessante, sebbene ancora su piano puramente ipotetico, può venire piuttosto dall'analisi della persona cui il verbo è declinato; mentre infatti nei par. 13 e 15 il caso è costruito in prima persona (*aedificavero, aedificem*), nel par. 14 l'esposizione la fattispecie in modo impersonale alla terza persona singolare (*effecerit*). Infine, sarebbe forse possibile argomentare a favore dell'unitarietà della citazione di Labeone sulla base dell'incipit del fr. 15 (*Idem ait*) che, ove fosse riferito al precedente

essere considerati parte di una medesima citazione ulpiana di Labeone<sup>377</sup>, intermezzata da una glossa del giurista tardoclassico (nel par. 14) alla prima parte del discorso labeoniano.

D.43.8.2.13 (Ulp. 68 ad ed.) *Si quid in loco publico aedificavero, ut ea, quae ex meo ad te nullo iure defluebant, desinant fluere, interdicto me non teneri labeo putat.*

D.43.8.2.15. (Ulp. 68 ad ed.) *Idem ait, si in publico aedificem, deinde hoc aedificium ei obstet, quod tu in publico aedificaveras, cessare hoc interdictum, cum tu quoque illicite aedificaveris, nisi forte tu iure tibi concesso aedificaveras.*

Il primo passo<sup>378</sup> si riferisce evidentemente al caso di un'estensione di una costruzione privata fino ad occupare il suolo pubblico: il fatto che essa comporti la cessazione del flusso di liquidi che prima scorrevano dal fondo privato del costruttore al fondo vicino senza che questi ne avesse diritto, non è reputato da Labeone sufficiente a integrare un *damnum* rilevante ai fini dell'applicazione del *ne quid in loco publico*<sup>379</sup>. Ove si ritenga, con Branca, che tale flusso giungesse al fondo vicino “attraverso il luogo pubblico”<sup>380</sup>, il caso sarebbe perfettamente coerente col quadro fin qui delineato, di una tutela rivolta prevalentemente ai *commoda* tratti dal *civis* dal suo rapporto individuale con la *res*: in questo caso il rimedio sarebbe negato perché il vantaggio non deriva propriamente dalla *res in usu publico* – come invece necessario agli occhi di Ulpiano, secondo cui rileverebbe solo il *commodum quod ex publico consequeretur* – ma, sostanzialmente, dal fondo del costruttore. Trattandosi di rapporti tra fondi privati, soccorrerebbero solo i rimedi di natura schiettamente privatistica, *in primis* la costituzione di una servitù a favore del fondo che riceve il

---

par. 14 non avrebbe alcun senso dal momento che in esso non viene apparentemente riportata un'opinione altrui, mentre acquisterebbe senso come continuazione del Labeo *putat* con cui si chiude il fr. 13.

<sup>377</sup>Ma già in via ipotetica O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., pag. 521 (Labeo Pal. 150).

<sup>378</sup>A. ÜBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 393; G. BRANCA, *Le cose*, cit., pagg. 172 ss; V. PONTE, *Regimen*, cit., pagg. 189 ss; A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., pag. 115 e ID., *Le strade*, cit., pag. 863.

<sup>379</sup>Per tutti A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit., pag. 37.

<sup>380</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 172.

flusso d'acqua: permettere di agire con l'interdetto in parola comporterebbe il riconoscimento implicito di una servitù d'acqua a carico del fondo del costruttore e a favore dell'impetrante. Secondo questa ricostruzione, Labeone in questo caso negherebbe l'applicabilità del rimedio sulla base della coloritura 'pubblicistica' del *commodum* con esso tutelato, dimostrando così di aver già chiara la finalità pubblicistica del rimedio in esame.

Altri autori<sup>381</sup> invece, ipotizzando che il terzo traesse direttamente il flusso dal fondo privato del vicino costruttore, vedono in questo frammento l'emersione di una diversa prospettiva da cui originariamente i giuristi avrebbero guardato la *ratio* di tutela del rimedio, e da cui Labeone si allontana: la tutela dei rapporti di vicinato, l'iniquità di alterare il rapporto tra proprietari confinanti. A partire da questa indole strettamente interindividuale della tutela originariamente concessa col *ne quid in loco publico* la giurisprudenza avrebbe in progresso di tempo modellato l'istituto secondo una chiara impronta pubblicistica<sup>382</sup>. In questa prospettiva, l'esclusione da parte di Labeone dell'applicabilità dell'interdetto in parola si fonderebbe<sup>383</sup> sull'applicazione dei criteri generali in tema di rapporti di vicinato. Si ricordi del resto che lo stesso Labeone aveva escluso l'applicabilità dell'*actio aquae pluviae arcendae* in un caso analogo:

D.39.3.1.21 (Ulp. 53 ad ed.) *Sicut autem opus factum, ut aqua pluvia mihi noceat, in hanc actionem venit, ita per contrarium quaeritur, an posset aquae pluviae arcendae agi, si vicinus opus fecerit, ne aqua, quae alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit. Ofilius igitur et Labeo putant agi non posse, etiamsi intersit mea ad me aquam pervenire: hanc enim actionem locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit.*

---

<sup>381</sup>G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pagg. 190 ss; seguito da A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., pag. 115.

<sup>382</sup>G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pag. 191.

<sup>383</sup>Ma G. MELILLO non prende posizione esplicitamente, limitandosi ad affermare l'ovvietà del fondamento della decisione (*Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pag. 190).

La fattispecie considerata è quella di un *opus* (presumibilmente *in privato factum*) che interrompa il flusso d'acqua che scorreva a favore del vicino, e i giuristi (oltre a Labeone, Ofilio) escludono che questi possa agire con l'*a.a.p.a* perché questo rimedio si attiva solo nel caso in cui si produca un vero e proprio danno, non bastando la mera perdita di un'utilità (*hanc enim actionem locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit*)<sup>384</sup>. Come in questo caso, anche nell'ipotesi considerata in D.43.8.2.13 la perdita dell'utilità prima tratta dal fondo vicino (*l'aqua fluens*) non legittimerebbe l'esperibilità del rimedio perché non si tratterebbe propriamente di un *damnum* (inteso come violazione di un diritto) ma della mancata percezione di un'utilità goduta *nullo iure*, ovvero su un piano di mera fattualità. Dunque, diversamente che per l'interpretazione di Branca, in questo caso Labeone giungerebbe ad escludere l'applicazione del *ne quid in loco publico fiat* proprio perché vi applica i principii generali in materia di rapporti privati di vicinato legati allo sfruttamento d'acqua, finendo così per riconoscere un carattere esclusivamente privato al *commodum* tutelato con questo interdetto. La tesi di Melillo è senz'altro suggestiva, ma alcune osservazioni ne impediscono l'accoglimento. Innanzitutto, le ipotesi di costruzioni su luogo pubblico idonee ad alterare un flusso di liquidi che interessi esclusivamente due fondi privati mi sembrano difficili a concepirsi, e comunque di rilevanza quantomeno marginale. Soprattutto però, l'argomentazione di Melillo – secondo cui in questo caso Labeone escluderebbe l'applicabilità dell'interdetto poiché, applicandosi i principii generali in materia di rapporti di vicinanza, non risulterebbero tutelabili le utilità legate alle condizioni esterne del fondo – risulta indebolita proprio dalle riflessioni sopra svolte con riferimento alla tutela di *lumen prospectus* e *aditus* in D.43.8.2.12 e 14. Come abbiamo visto infatti il pretore finiva per concedere il *ne quid in loco publico fiat* anche nel caso fosse compreso, per via di un *opus in publico factum*, un *commodum* consistente nel mero

<sup>384</sup>Cfr. anche la motivazione in D.39.3.1.11 (Ulp. 53 ad ed.) *Idem aiunt aquam pluviam in suo retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse*. Sul tema si leggano le osservazioni di F. SITZIA, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1977, pag. 98 e Id., *Aqua pluvia e natura agri. Dalle XII tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999, pagg. 104 ss.

godimento di un beneficio legato alle condizioni esterne (fattuali, nel linguaggio di Melillo) della proprietà, segnando così una netta differenza col regime delle *aedificationes in privato*. Dunque non può escludersi, come invece fa Melillo, che tale interdetto potesse applicarsi anche nel caso di una *aedificatio in publico* che compromettesse il godimento di un *commodum* pur non tutelabile nel caso la stessa fosse avvenuta *in privato* come la recezione di un flusso d'acqua dal vicino.

Alla luce di queste considerazioni, rimane perciò più convincente la ricostruzione di Branca secondo cui si tratterebbe di uno scolo d'acqua transitante per il *locus publicus* ma proveniente da un fondo vicino, per cui il *commodum* appare tratto da esso più che dal luogo pubblico, a differenza di *lumen prospectus aditus* (*commoda* considerati in D.43.8.2.12 e 14) che vanno considerati direttamente fondati sul rapporto del *civis* con il *locus publicus*, dunque goduti *iure* (in particolare, *iure civitatis*). Trattandosi invece di utilità tratte sostanzialmente da un fondo privato, esse non sono riconducibili al generico diritto di utilizzo del luogo pubblico da parte dei *cives* e dunque, in assenza di una *servitus* (possibile anche nel caso di *loco publico intercedente*)<sup>385</sup>, devono essere considerate godute *non iure*.

Il secondo frammento (par. 15) analogamente esclude la proponibilità dell'interdetto nel caso in cui il postulante non possa addurre un fondamento giuridico per il *commodum* goduto. Il caso sembra riguardare l'ipotesi di due opere ugualmente costruite su suolo pubblico ma in momenti differenti<sup>386</sup>, e il giurista giunge a escludere la proponibilità dell'interdetto da parte del soggetto (indicato con la II persona singolare) che abbia iniziato successivamente l'*opus*, ma solo nel caso in

---

<sup>385</sup>Come pare doversi desumere da D.39.3.17.2 (Paul. 15 ad Plautium) *Via publica intercedente haustus servitutum constitui posse placuit et est verum: sed non solum si via publica interveniat, sed et si flumen publicum, eodem casu, quo interveniente flumine publico viae itineris actus servitus imponi potest, id est si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis*. L'argomentazione in effetti riguarda esclusivamente il caso di una *via publica*, ma pare avere carattere abbastanza generale da essere estesa a qualsiasi ipotesi servitù tra due fondi separati da un luogo pubblico (diversamente che nel caso di luogo sacro religioso o santo, come espressamente affermato nel successivo paragrafo 3).

<sup>386</sup>Si veda A. UBBOLOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 393-394. Da ultimo anche M. GIAGNORIO, *Il ruolo del civis*, cit., pag. 48, dove l'autore afferma che "nell'ipotesi in cui fosse stata realizzata, senza autorizzazione, una costruzione *in loco publico*, il proprietario dell'opera abusiva non avrebbe potuto richiedere l'interdetto per impedire di essere pregiudicato da un'opera più recente parimenti non permessa, poiché in questo caso non v'era alcun diritto ad ottenere dei vantaggi su di una costruzione non autorizzata".

cui la mancanza di un'apposita concessione renda la sua costruzione illecita (*cum tu quoque illicite aedificaveris, nisi forte tu iure tibi concesso aedificaveras*).

Innanzitutto occorre tenere a mente la natura esclusivamente proibitoria dell'interdetto in parola, perché tale caratteristica esclude che il paragrafo in questione riguardi la proponibilità dell'interdetto contro un'opera già completata. Il caso pertanto a mio avviso doveva riguardare l'ipotesi di due opere contemporaneamente a cantiere e non ancora completate, perché altrimenti si ricadrebbe nel diverso problema della possibile tutela *ex post* dei *commoda* tratti dal *locus publicus* e non si spiegherebbe la collocazione topografica del frammento in sede di commento ai *verba edicti* relativi al *damnum illi*. Pertanto, occorre interpretare l'*aedificem* con cui è indicata l'attività del soggetto contro cui è proposto l'interdetto come un'attività ancora *in fieri* e non conclusa.

In secondo luogo, occorre a mio avviso interpretare il verbo *obstare*, con cui è indicato l'*incommodum* subito dal soggetto postulante, come un vero e proprio impedimento al proseguimento dei lavori. Non si capisce infatti che altro tipo di *incommodum* possa subire un cantiere da parte di un altro cantiere.

La fattispecie pertanto deve essere stata la seguente: un soggetto in procinto di *aedificare* su un luogo pubblico si rivolge al pretore per chiedere l'emanazione dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* contro un altro soggetto che ha già precedentemente iniziato una costruzione sul medesimo luogo pubblico, adducendo la circostanza che questi impedisce il proseguimento dei lavori necessari per la sua opera. A questo punto si capisce il senso dell'esclusione dell'applicabilità del rimedio in parola in assenza di concessione: il soggetto che ha iniziato per secondo la costruzione infatti non ha ancora consolidato la sua posizione rispetto al luogo pubblico, non può rivendicare nessuna posizione di particolare *commodum* rispetto ad esso, pertanto non può invocare un *damnum* rilevante ai sensi della clausola edittale. Del resto l'interdetto mira a salvaguardare la conformazione originaria del *locus publicus* nella misura in cui da essa qualcuno traesse particolari utilità *uti civis*, ma in questo caso il soggetto postulante non trae ancora alcun vantaggio dal *locus publicus*, o meglio il *commodum* che può far valere davanti al pretore è meramente

potenziale: conseguentemente l'utilità futura e potenziale che il soggetto potrebbe trarre non è ritenuta sufficiente a giustificare la *prohibitio* pretoria nei confronti di un *novum opus*. Diverso è il caso, adombrato nella seconda parte del frammento<sup>387</sup>, in cui il soggetto postulante che abbia iniziato i lavori per secondo sia munito di specifica<sup>388</sup> concessione: in questi casi infatti la posizione del postulante rispetto al *locus publicus* non è più potenziale e ipotetica ma, grazie al riconoscimento della pubblica autorità, appare già sufficientemente stabilizzata da giustificare l'intervento pretorio in quanto goduta *iure*.

Alla luce di queste osservazioni può forse accamparsi un argomento di tipo contenutistico e non meramente stilistico a favore di una lettura unificata dei par. 13 e 15. In effetti in entrambi i casi l'esclusione dell'applicabilità dell'interdetto appare fondarsi sulla caratteristica del *commodum* minacciato dall'attività altrui: in entrambe le fattispecie considerate infatti il postulante non fa valere un'utilità che gli deriva direttamente da una particolare posizione nei confronti del luogo pubblico.

#### 6. *Segue: ne quid in loco publico fiat e actio iniuriarum*

Un'ulteriore riprova del fatto che il *ne quid in loco publico* (D. 43.8.2 pr.) non fosse uno strumento di tutela della destinazione delle *res al pubblico uso*, ma pur sempre un rimedio essenzialmente preordinato alla protezione di *commoda* individuali goduti *iure civitatis* su un bene rientrante nel campo semantico dell'espressione *locus publicus*, può trarsi dall'analisi del rapporto di tale interdetto con l'*actio iniuriarum*, testimoniato da due frammenti in cui Ulpiano, di fronte a casi apparentemente assimilabili, giunge a risultati opposte circa l'applicabilità dell'uno o dell'altro rimedio.

---

<sup>387</sup>La chiusa è stata ritenuta sospetta da G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 134 nota 3 con riferimenti bibliografici.

<sup>388</sup>Si tratterebbe dunque di una concessione specifica di edificazione *in publico* (A. UBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 394). Cfr. *infra* sulla distinzione tra concessioni *ad aedificandum* specifiche e generiche rilevante per la concessione del rimedio.



La fattispecie materiale considerati in entrambi i passi è quella di un'attività che impedisca la fruizione del *mare* da parte di un altro soggetto, come è discusso innanzitutto in:

D.43.8.2.9 (Ulp. 68 ad ed.) *Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.*

Il frammento esclude alcune fattispecie dall'applicabilità dell'interdetto *ne quid in loco publico*, attirandole invece nell'ambito della tutela approntata dalla *actio iniuriarum*<sup>389</sup>.

Tale esclusione potrebbe riposare sulla non riconducibilità del mare all'interno della categoria dei *loca publica* oggetto di tale interdetto, ma è lo stesso Labeone a proporre in due diversi passi l'estensione in via utile al mare di un interdetto *de locis publicis*: come abbiamo visto *supra*, il precedente par. 8 e successivo D.43.12.1.17 potrebbero addirittura testimoniare di un'estensione analogica del campo applicativo dell'interdetto alla base dell'enucleazione della categoria delle *res communes omnium*<sup>390</sup>. In secondo luogo potrebbe argomentarsi che in questo caso l'esclusione dell'applicabilità del *ne quid in loco publico fiat* anche nella sua forma utile dipenda dalla natura delle fattispecie ivi descritte, non riconducibili all'ipotesi prevista dal *ne quid in loco publico*, di un *facere vel immittere in publico* che si concretizzi in un danno specifico<sup>391</sup>. Si è sottolineato come le turbative previste in D.43.8.2.9 non siano propriamente riconducibili alle nozioni di *facere* o *immittere*, e sarebbero invece più precisamente inquadrabili come

<sup>389</sup>Sull'applicabilità dell'*actio iniuriarum* come mezzo di tutela delle *res in usu publico*, si veda la recente analisi di M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 381 ss.

<sup>390</sup>Cfr. Capitolo 1 Paragrafo 7.

<sup>391</sup>Così G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pagg. 115 ss e pag. 173, specialmente dove sostiene che in questo caso l'interdetto “è negato in quanto le turbative di cui parla il giurista non si concretano in un *facere* (o in *immittere*) e neanche in un danno specifico” (pag. 117). Peraltro una posizione simile già in S. DI MARZO, *Le cose e i diritti sulle cose*, I, Palermo, 1922, pag. 22.

casi di violenza sulle persone, non riconducibili a una tutela dei *commoda* individuali quanto piuttosto alla repressione della *vis*<sup>392</sup>.

Da una diversa prospettiva, si può aggiungere che in queste ipotesi il danno per il soggetto si concretizza nell'impedimento dell'*usus* pubblico, della libera disponibilità della *res in usu publico*, e non nella perdita di un *commodum* particolare da esso goduto<sup>393</sup>: gli esempi riportati si riferiscono infatti tutti all'impedimento di attività che rappresentano la normale esplicazione della funzione pubblica del bene (giocare in una piazza, lavarsi in un bagno pubblico, guardare uno spettacolo al teatro) indipendentemente dalla particolare posizione del soggetto nei confronti di esso.

Del resto il confronto della fattispecie qui considerata con l'ipotesi di applicazione in via utile dello stesso riportata nel frammento immediatamente precedente corrobora questa lettura della *ratio* dell'esclusione:

D.43.8.2.8 (Ulp. 68 ad ed.) *Adversus eum, qui molem in mare proiecit, interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit.*

In questo caso l'interdetto *ne quid in loco publico* è concesso in via utile, nonostante il mare<sup>394</sup> non rientrasse *stricto sensu* nella categoria delle *res in usu publico* né in quella di *locus publicus*, nei limiti in cui l'attività del costruire in mare potesse<sup>395</sup> arrecare danno ai rivieraschi (*interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit*). Anzi, nell'ipotesi in cui non sia possibile individuare un soggetto

<sup>392</sup>È questa la tesi di X. D'ORS, *La "vis" en la tutela interdicial*, in *Persona y Derecho*, 3, 1976, pagg. 424 ss.; che costruisce la sua argomentazione a partire dalla tesi di Labruna circa il diverso significato delle formule edittali degli interdetti. (cfr L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pagg. 41 ss).

<sup>393</sup>Così già A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette*, cit., pag. 389. Più di recente: G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 173; G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 149 ss; M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 191.

<sup>394</sup>In questo caso non è chiaro se la costruzione di moli e dighe sia qualificabile come *in mari facta* oppure piuttosto come *in litore facta*, né la cosa appare determinante dal momento che *litora* e *maris* appaiono considerati unitariamente dalla giurisprudenza romana.

<sup>395</sup>Anche qui, posta la natura meramente proibitoria dell'interdetto in parola, deve intendersi il riferimento a un danno potenziale. In questo senso Branca propone di correggere *proiecit* con *proicit* (G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 116).

che in particolare *damnum sentit*, espressamente Ulpiano afferma doversi lasciare impunita la condotta del costruttore e anzi proteggere il costruttore (*tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit*)<sup>396</sup>. Ai fini dell'esperibilità di tale interdetto il caso *l'opus in mari factum* è assimilato a quello della generale *aedificatio in publicum*, essendo sanzionato (pur in via utile) solo nella misura in cui possa nuocere a qualche *commodum* individuale<sup>397</sup>: tale posizione ulpiana trova conferma in un altro frammento, lungamente analizzato dalla romanistica, in cui il giurista afferma tra l'altro che su fiumi, vie e spiagge *publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat* (D.39.2.24 pr.)<sup>398</sup>. Tale lettura del passo in esame rafforza l'impressione che l'esclusione dell'interdetto nel frammento successivo (par 9) sia legata all'impossibilità di vedere nell'impedimento di un'attività evidentemente considerata connaturata alla funzione stessa del mare (*pescare, navigare*), un *damnum* rilevante ai fini dell'applicazione del *ne quid in loco publico fiat*.

Che l'esclusione della concessione in via utile di tale interdetto riposi, in D.43.8.2.9), sulla considerazione della particolare natura dell'interesse tutelato con questo rimedio, è conclusione ulteriormente corroborata dalla considerazione che in altri frammenti emerge invece la tendenza ad estendere l'applicabilità degli interdetti posti alla tutela della destinazione del bene all'*usus publicus* alle ipotesi di opere che impedissero la generale utilizzabilità del mare, come in particolare nel caso (discusso da Ulpiano ma sulla base di opinioni labeoniane) della concessione, a partire del modello del *de fluminibus* (D.43.12.1 pr.), dell'interdetto *ne quid in mari inve litore* "quo portus, statio iterve navigio deterius fiat" (D.43.12.1.17)<sup>399</sup>.

Ma perché, se questa è la ragione che impediva al pretore e alla giurisprudenza di concedere il rimedio in parola in caso di turbative dell'uso normale della cosa, si è ricorso all'*actio iniuriarum*? Un frammento tratto da D. 47.10

<sup>396</sup>Tale affermazione ulpiana richiama evidentemente il problema della liceità delle *aedificationes* in mare, sui cui da ultimo M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 417 ss.

<sup>397</sup>Così già S. DI MARZO, *Le cose*, cit., pag. 26.

<sup>398</sup>Per una discussione delle diverse interpretazioni maturate in dottrina, in particolare con riferimento all'espressione *publice*, si veda da ultimo N. DE MARCO, *I loci*, cit., pag. 84.

<sup>399</sup>Su cui *infra* Capitolo 4.1 Paragrafo 1.

testimonia che l'applicabilità a casi del genere dell'*actio iniuriarum* era, almeno all'epoca di Pomponio<sup>400</sup>, oggetto di *ius controversum*:

D.47.10.13.7 (Ulp. 57 ad ed.) *Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod graece δαγήνην dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam ei vis prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum<sup>401</sup>.*

L'*incipit* del frammento introduce una fattispecie chiaramente sovrapponibile a quella riportata in D.43.8.2.9 (*si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum ducere*): Ulpiano però qui sostiene che non solo l'applicabilità dell'*actio iniuriarum*

---

<sup>400</sup>Ciò che ha fatto dubitare della genuinità del passo ulpiano contenuto in D.43.8.2.8, in cui l'autore – di poco posteriore a Pomponio – concede “troppo risolutamente” questo rimedio (così M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 191 nota 584, che riprende G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 117). Una possibile spiegazione è offerta da M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 387 ss, sulla base dell'osservazione della collocazione palinogenetica dei due frammenti: D.47.10.13.7, trovandosi *in sede materiae* nel libro 62, avrebbe avuto un tono più problematico e articolato mentre D.43.8.2.9, che nel commentario *ad edictum* era contenuto nel successivo libro 68 dedicato agli interdetti, non avrebbe fatto altro che richiamare sinteticamente i risultati della discussione precedente.

<sup>401</sup>La genuinità del testo è stata soprattutto messa in discussione da E. COSTA, *Le acque*, cit., pagg. 109-111. Su cui da ultimi N. DE MARCO, *I loci publici*, cit., pagg. 76 ss e M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 383 ss. Cfr. anche A. MANFREDINI, *Un'ingiuria che non c'è*, in L. VACCA (ed.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, Padova, 2008, pagg. 181 ss. spec. 195 ss e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Il «civis» e le acque*, cit., pagg. 264 ss.

al caso di preclusione alla pesca o navigazione in mare è incerta, ma che ancora più incerta doveva essere l'estensione del rimedio alle fattispecie di turbativa del normale godimento delle *res in usu publico*.

Questa incertezza ha fatto ipotizzare<sup>402</sup> che la necessità di trovare dei mezzi di tutela per quei beni, come il mare, che non godevano nemmeno della tutela interdittale predisposta dal pretore (in quanto non propriamente qualificabili come *res publicae in usu publico*), si sia incontrata con la parallela estensione del campo applicativo dell'*actio iniuriarum*<sup>403</sup>. Con tale rimedio si andava infatti originariamente a sanzionare “l'offesa all'aspettativa di fruizione di ciascuno, in quanto singolo, sulle *res communes*”<sup>404</sup> considerando tale impedimento come “atto lesivo della sua personalità”<sup>405</sup>: a partire da questo nucleo primigenio di applicazioni dell'*actio iniuriarum* nell'ambito della tutela della fruibilità di cose escluse dal novero originario di *res publicae in usu publico* ma pur sempre riconosciute aperte all'utilizzo comune, l'esperibilità di tale *actio* sarebbe stata riconosciuta, pur con le incertezze dimostrate da Ulpiano in D.47.10.13.7, anche per le *res in usu publico*, stante la mancanza di strumenti interdittali di carattere generale a tutela dell'uso di tutte le cose pubbliche<sup>406</sup>.

Dunque questi cenni alla riflessione giurisprudenziale romana in tema di *damnum* rilevante ai fini dell'applicabilità del *ne quid in loco publico* ci consentono di trarre qualche conclusione, che riprenderemo trattando del regime di legittimazione attiva: si trattava della minaccia della perdita di un qualsiasi *commodum* tratto *iure civitatis* (non fondato, dunque, su un titolo privato) dal particolare rapporto di un singolo con la *res in usu publico* (con esclusione, quindi, delle turbative riguardanti l'uso normale o comune di essa, piuttosto sanzionate con l'*actio iniuriarum*, o i *commoda* sostanzialmente tratti da un fondo privato). Un

<sup>402</sup> G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 15. Di recente M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 389 ss.

<sup>403</sup> Sulla progressiva estensione del campo applicativo dell'*actio iniuriarum* riferimenti bibliografici in G. SANTUCCI, *Operis novi*, cit., pagg. 2-3.

<sup>404</sup> A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., pag. 117.

<sup>405</sup> G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 150.

<sup>406</sup> Cfr. le riflessioni di M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*, Padova, 1983, pag. 179 nota 140. Esistono invece interdetti a tutela dell'uso generale delle *viae publicae*: su cui *infra*.

vantaggio individuale epperò fondato sulla libera fruibilità della *res* da parte dei *cives*.

Se dunque il danno rilevante per l'attivazione del rimedio pretorio è qualificabile con questa formula ambigua – sospesa tra la pretesa individuale e il generale diritto dei *cives* ad accedere alla *res in usu publico* – si comprende l'oscillazione della dottrina nel ricostruire i rimedi dei privati in caso di non ottemperanza alla *prohibitio* pretoria: gli uni (Branca), valorizzando l'operare di un principio di ordine pubblicistico, riconducono l'esecutività del rimedio all'attività degli organi amministrativi; gli altri (Gandolfi), sottolineando invece l'inerenza individuale del danno subito, si sforzano di trovare nelle pieghe delle fonti la testimonianza di un rimedio privatistico direttamente volto a dare rimuovere l'*incommodum*.

#### *7. La natura proibitoria del rimedio*

Il secondo profilo in cui si concretizza l'ambigua natura della tutela approntata dal *ne quid in loco publico fiat* è, come si diceva, quello relativo alla sua forma esclusivamente proibitoria, desumibile dall'espressa esclusione dell'applicabilità dello stesso a condotte già portate a termine rinvenibile nella chiusa della clausola edittale riportata da Ulpiano in D.43.8.2 pr. (*de eo, quod factum erit, interdictum non dabo*). Tale caratteristica del rimedio è peraltro lapidariamente ribadita da Ulpiano nel frammento immediatamente successivo, con cui si apre il suo commento all'interdetto in parola (D.43.8.2.1, Ulp. 68 ad ed.): *hoc interdictum prohibitorium est*.

In tutto il titolo 8 del libro 43, in effetti, non è riportata la formula di alcun interdetto restitutorio equivalente al proibitorio *ne quid in loco publico*<sup>407</sup>: di fronte

---

<sup>407</sup>G. MELILLO peraltro, a pag. 191 del suo *Interdicta e operis novi nuntiatio*, sembra indicare l'esistenza di un "*interdictum demolitorium*, di tipo restitutorio" corrispondente al *ne quid in loco publico*, a partire dal testo di D.43.8.2.36-37: a partire dalla pretesa unicità delle diverse formule interdittali previste in D.43.8.2, estende il valore di tale frammento, inserito in sede di commento all'interdetto *ne quid in itinere*, alla diversa fattispecie prevista in D.43.8.2 pr.

all'*opus* costruita *in publico*, sebbene *cum incommodo alicuius*, vien meno l'applicabilità dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* e il soggetto danneggiato risulta sprovvisto di una tutela *ex post* idonea a rimuovere le conseguenze dannose delle condotte che, ove non ancora perfezionate, darebbero invece luogo all'applicazione dell'interdetto proibitorio. Ulpiano (D.43.8.2.17) e Salvio Giuliano (D.43.8.7) individuano concordemente la ragione di questa asimmetria della disciplina del *ne quid in loco publico* nell'esigenza di tutelare il decoro urbano, evitando che il paesaggio cittadino possa essere deturpato dalle rovine degli edifici demoliti: questo il significato dell'espressione, che ricorre identica nei due frammenti, *ne ruinis urbs deformatur*. Tale circostanza conferma, come già rilevato, che il campo applicativo privilegiato dell'interdetto in parola dovesse essere, almeno per il periodo classico, quello delle costruzioni urbane.

Esso però testimonia pure di come la giurisprudenza fosse orientata a inquadrare il problema dell'assenza di una tutela *ex post* dei *commoda* violati da un *opus in publico* all'interno della più generale questione dei divieti demolizione previsti dalla legislazione urbanistica tanto di Roma che delle comunità cittadine, municipali e coloniali<sup>408</sup>. In realtà tali divieti di demolizione di edifici urbani appaiono ispirati da criteri e finalità differenti, difficilmente riconducibili all'interno di una supposta "politica urbanistica" di Roma. In questo caso, il divieto non si concretizza in una limitazione dello *ius abutendi* del proprietario o in una limitazione della libertà negoziale dei soggetti, ma piuttosto in una restrizione della possibilità di ottenere una tutela completa contro opere *in loco publico* idonee a comprimere o violare un *commodum* tratto dal luogo pubblico stesso. Vero è che ogni disciplina volta a porre dei limiti alla possibilità di demolire edifici urbani tocca un intricato assetto di interessi pubblici e privati di difficile bilanciamento<sup>409</sup>: in questo caso in particolare la mancanza di un meccanismo per la rimozione *ex post* del danno

<sup>408</sup>Su cui di recente, F. PROCCHI, *La tutela urbanistica: un problema non nuovo. Considerazioni a margine del "SC. Hosidianum"*, in *Studi Cristiani*, 2001, pagg. 659 ss; M.A.S. MOLLÀ-J.M. LLANOS, *Prohibicion de demolicion de edificaciones. Aspectos legales y procesales*, in *RIDA*, 48, 1995, pagg. 235 ss, spec. pag. 239.

<sup>409</sup>Cfr. M.A.S. MOLLÀ-J.M. LLANOS, *Prohibicion*, cit., pag. 239.

causato dall'*opus in publico* al *commodum* goduto da altri evidentemente ha un'importanza notevole per la definizione del carattere della situazione giuridica tutelata col rimedio.

Di fronte alla recisa affermazione del pretore, confermata dalla chiosa ulpiana, è legittimo domandarsi cosa potesse fare *post factum* chi avesse subito gli *incommoda* che tale rimedio mira ad evitare. A questo riguardo risulta fondamentale la lettura di un altro passo ulpiano<sup>410</sup>:

D.43.8.2.17 (Ulp. 68 ad ed.) *Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium. si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debet id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere: vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo, quod pro solo pendatur*<sup>411</sup>.

La regola del divieto di *denstruere* l'opera edificata *in publico* (e, implicitamente, con *damnum alicuius*)<sup>412</sup> è qui declinata come impossibilità di obbligare il soggetto che abbia completato la costruzione a provvedere alla demolizione stessa (*non esse eum cogendum tollere*). L'operatività di tale regola è ulteriormente limitata dall'inciso iniziale “*si...nemine prohibente*”, rispetto alla cui interpretazione si pongono due problemi interpretativi fondamentali: da un lato,

---

<sup>410</sup> Su cui peraltro si sono avanzati dubbi di interpolazione, ma con riferimento all'ultima parte del frammento (e specialmente delle espressioni “*qui operibus publicis procurat*” e “*solarium*”) per i quali si veda G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, cit., pag. 65 nota 97, con bibliografia.

<sup>411</sup>La critica interpolazionistica ha aggredito soprattutto l'inciso finale del testo, e in particolare la menzione del *solarium* (cfr. S. SOLAZZI, *Usus proprius*, in *SDHI*, 7, 1941, pagg. 373 ss, spec. pag. 391), mentre il discorso ulpiano è accettato come sostanzialmente classico per quanto riguarda il problema, che qui interessa maggiormente, dei rimedi per l'esecuzione in forma specifica della *prohibitio* interdittale ad esempio da G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 149 e G. MELILLO, *Operis novi*, cit., pag. 187 nota 29. Da ultimo si veda anche G. SANTUCCI, *Operis novi*, cit., pag. 64 nota 97, con ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>412</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 149 sottolinea come, nella logica stessa del passo, dovesse trattarsi di un'ipotesi “in cui sarebbe stato possibile evitare la costruzione (e ogni danno) con la relativa *prohibitio*”.



quello di chiarire a quali *prohibitiones* si riferisse Ulpiano nel differenziare le ipotesi qui considerate, dall'altro quello di determinare a quale regime alternativo fossero sottoposte queste ipotesi di *aedificationes* contrarie alla *prohibitio* pretoria.

Con riferimento al primo punto, occorre domandarsi se Ulpiano si riferisse alla sola *prohibitio* scaturente dall'esperimento entro i termini indicati dell'interdetto *ne quid in loco publico* (D.43.8.2 pr.: *de ea ...non dabo*) o in generale fino a ricomprensivi la *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*<sup>413</sup>. Come noto, si tratta dell'adattamento di un istituto originariamente approntato per tutelare la sfera dei rapporti privati, in particolare – nella versione *iuris nostri conservandi causa* – di un diritto di servitù minacciato dalla costruzione sul fondo servente di un *opus* tale da pregiudicare l'integrità del diritto reale minore<sup>414</sup>. Nella sua versione 'pubblicistica' essa trova applicazione nei casi di *opus novum* costruito *in publicum* idoneo a ledere gli interessi della collettività, per cui qualunque *civis* poteva ricorrere a questo strumento per inibire l'*aedificatio* lesiva della *publica utilitas*<sup>415</sup>. L'avvicinamento dell'istituto della *o. n. n. iuris publici tuendi gratia* agli *interdicta de locis publicis*, pacificamente riconosciuto dalla dottrina<sup>416</sup>, è del resto suggerito dallo stesso Ulpiano

<sup>413</sup> G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, cit., pag. 27

<sup>414</sup> Per tutti, G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pag. 4.

<sup>415</sup> Il regime di legittimazione diffusa di questo rimedio, aperta dunque all'iniziativa del *quivis e populo*, è affermato con insolita nettezza dalle fonti, in particolare in D.39.1.3.4 (Ulp. 53 dig.) *Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus nuntiare possunt. Nam rei publicae interest quam plurimos ad defendendam suam causam admittere*. All'opposto, e con altrettanta limpidezza, è affermata per le altre ipotesi di *o.n.nuntiatio* la restrizione della legittimazione al soggetto direttamente interessato dalle conseguenze negative dell'opera: *Iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi opus novum nuntiare potest is ad quem pertinet* (D.39.1.1.19, Ulp. 58 ad ed.). La dottrina del resto appare assolutamente compatta nel ricondurre l'istituto entro la categorie dei rimedi a legittimazione diffusa: di recente, per tutti, G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pag. 60.

<sup>416</sup> Per la dottrina ottocentesca, che ricomprendeva le due forme di tutela pretoria entro la generale (e discussa) categoria delle *actiones populares*: K. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, cit., pagg. 73-74 e C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., pagg. 52 ss. Anche la dottrina più recente ha mostrato di valorizzare il collegamento strutturale tra questa forma di *nuntiatio* e apparato interdittale di tutela delle *res in usu publico*: pensi in particolare al lavoro di Melillo (*Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit.) e alle recenti osservazioni in G. SANTUCCI, *Operis novi*, cit., pagg. 48 ss.

in un lungo frammento (sostanzialmente genuino)<sup>417</sup> che rappresenta il luogo fondamentale per l'inquadramento della disciplina dell'istituto:

D.39.1.1.17 (Ulp. 52 ad ed.) *Nuntiamus autem, quia ius aliquid prohibendi habemus: vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur: aut si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet, vel in sacro vel in loco religioso, vel in publico ripave fluminis, quibus ex causis et interdicta proponuntur.*

La chiusura del paragrafo istituisce un parallelismo tra *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia* e sistema interdittale attraverso il quale, dice Ulpiano, si persegue lo stesso scopo di tutela (*quibus ex causis et interdicta proponuntur*). A quale settore dell'ampio ventaglio di rimedi interdittali predisposti dal pretore si riferisca, è lo stesso Ulpiano a specificarlo: nell'individuare le due autonome fattispecie, e così i diversi presupposti per l'applicazione dell'istituto dell'*o.n.n. iuris publici tuendi gratia*<sup>418</sup> egli espressamente distingue l'ipotesi di chi costruisce un *opus novum contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt*, contravvenendo dunque le previsioni normative autoritative che regolano

<sup>417</sup> Gli autori che più di recente si sono occupati dell'esegesi del passo hanno rifiutato gli eccessi della critica interpolazionistica: si vedano G. MELILLO, *Interdicta*, cit., pag. 180 e G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pag. 102, con indicazioni bibliografiche circa i lavori maturati in ambito interpolazionistico. G. SANTUCCI (*Operis novi nuntiatio*, cit., pag. 99 nota 4) accetta però la proposta di emendamento avanzata nell'edizione mommseniana del Digesto in cui l'*autem* con cui si apre il paragrafo 17 è sostituito, per ragioni di simmetria col precedente paragrafo, dalla particella *aut*.

<sup>418</sup> Sul punto la dottrina per lungo tempo era orientata diversamente: come riferisce SANTUCCI (*Operis novi nuntiatio*, cit., pagg. 106-107, con specifici riferimenti bibliografici agli autori) “la dottrina che si giovava della critica interpolazionistica provvedeva ad una lettura unitaria delle due componenti che integrano l'esposizione ulpiana, collegandole tra loro funzionalmente. La *o.n.n. iuris publici tuendi gratia* era esperibile ogni volta che si costruisse (o demolisse) in contrasto con provvedimenti normativi (*leges e edicta principum*) in luogo sacro, religioso, pubblico...essenzialmente nel concorrere di entrambi tali requisiti diventa operativa la *o.n.n. iuris publici tuendi gratia*”. Diversamente si è sostenuto da altra parte della dottrina che i due enunciati ulpiane integrino altrettante autonome fattispecie in cui si ammette la *nuntiatio* a tutela dello *ius publicum*: l'una, appunto, nel caso si edificasse illegalmente perché in contrasto con le norme che regolavano il *modum aedificandi*, l'altra nel caso – non ulteriormente specificato – di *aedificatio* che insistesse su una *res extra patrimonium*. (A. BERGER, *L'operis novi nuntiatio ed il concetto di ius publicum di Ulpiano*, in *Iura*, I, 1950, pagg. 102-123, pag. 104; G. SANTUCCI, *Operis novi*, cit., pag. 109). Tale “lettura disgiuntiva dei presupposti della *o.n.n.*” *iuris publici tuendi gratia* è parsa ragionevole a G. FALCONE, *Recensione a Santucci*, in *Iura*, 52, 2005, pagg. 374 ss.

l'edilizia privata, dalla diversa ipotesi di *aedificatio* che insistesse su una *res extra patrimonium* (*vel in sacro vel in loco religioso, vel in publico ripave fluminis*): è relativamente a quest'ultima fattispecie che si istituisce il richiamo alla materia interdittale, volendo evidentemente significare il riferimento agli interdetti a tutela delle *res extra patrimonium*, tanto *humani* quanto *divini iuris*<sup>419</sup>. Tale avvicinamento su un piano classificatorio corrisponde del resto a una potenziale concorrenza dei due istituti (sistema interdittale *de locis publicis* e *o.n.n.i.p.t.g.*): per valutare la sovrapponibilità dei due rimedi, anche al fine di interpretare l'inciso *nemine prohibente* in D.43.8.2.17, occorre prendere in considerazione almeno tangenzialmente alcuni dei profili caratterizzanti la disciplina della *o.n.n. iuris publici tuendi gratia*. Innanzitutto, l'individuazione del suo campo applicativo presuppone l'esatta ricostruzione dell'espressione, usata da Ulpiano nel già visto D.39.1.1.17, *vel in publico ripave fluminis*. La dottrina in effetti ha notato l'apparente incoerenza del discorso ulpiano che, dopo aver affermato la generale esperibilità del rimedio in caso di *aedificatio in publico* – perfettamente in linea con la precedente indicazione dei *loci sacri vel religiosi*, estende subito dopo il rimedio anche all'ipotesi in cui l'*opus novum* insistesse su *ripae fluminis*: potrebbe infatti giustificarsi questa specificazione con l'osservazione che le *ripae fluminis* sono escluse dall'elenco labeoniano dei *loca publica* (D.43.8.2.3), nel qual caso però ci si sarebbe aspettati una identica estensione anche nei confronti degli altri beni pubblici non rientranti in quella definizione, ovvero i *flumina*. Proprio sulla base di simili osservazioni si spiega la proposta mommseniana di emendare il testo ulpiano aggiungendo *flumine* tra *in* e *publico*<sup>420</sup>: in questo modo però l'ambito oggettivo di applicabilità verrebbe drasticamente, e irragionevolmente, limitato ai soli fiumi e rive pubbliche, escludendo invece la generalità delle *res in usu publico* da questa forma di tutela. A fronte dell'arbitraria limitazione del rimedio derivante dalla proposta di menda mommseniana, si è reagito prospettando una ancora più radicale emendazione del testo: così Berger propone di leggere *vel in publico* <*vel in publico flumine*>

<sup>419</sup> Il riferimento si attaglia in particolare agli *interdicta* disposti a tutela dei luoghi sacri disciplinati in D.43.6 (*Ne quid in loco sacro fiat*).

<sup>420</sup>G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pag. 110.

*ripave* <*eius*> [*fluminis*]<sup>421</sup>, in tal modo – a costo di un incisivo intervento sulle fonti – si concilia l'applicabilità alla generalità delle *res in usu publico* con il riferimento alle ipotesi eccentriche di *flumina* e *ripae fluminis*.

È però possibile giungere a un tale risultato pur accedendo a una lettura conservativa del frammento ulpiano, sottolineando la particolarità dell'espressione utilizzata qui da Ulpiano, che non si riferisce specificatamente ai *loca publica* – da cui, stando alla definizione di Labeone fatta propria da Ulpiano in D.43.8.2.3, sono in effetti esclusi *ripae* e *flumina* – ricorrendo invece alla generica espressione *in publico*: tale locuzione assumerebbe nel pensiero del giurista severiano un'accezione ampia, idonea a ricomprendere nel suo campo semantico ogni *res in usu populi* (ivi compresi i *flumina publica*) ma non le *ripae fluminis*, la cui peculiare condizione giuridica impedirebbe la piena riconducibilità delle stesse a tale categoria<sup>422</sup>. Un secondo requisito per l'applicabilità dell'*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, a partire dal quale possiamo misurare la sovrapposibilità di questa forma di tutela a quella approntata dal sistema interdittale, discende dalle caratteristiche generali di ogni forma di *operis novi nuntiatio* e riguarda il momento dell'esperibilità del rimedio, come lucidamente testimoniato da Ulpiano:

D.39.1.1 (Ulp. 52 ad ed.) pr. *Hoc edicto promittitur, ut, sive iure sive iniuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi ius is qui nuntiasset non haberet. 1. Hoc autem edictum remediumque operis novi nuntiationis adversus futura opera inductum est, non adversus praeterita, hoc est adversus ea quae nondum facta sunt, ne fiant: nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de operis novi*

<sup>421</sup>A. BERGER, *L'operis novi nuntiatio e il concetto di ius publicum di Ulpiano*, cit., pag. 104 nota 8.

<sup>422</sup>Tale intuizione si trova già in G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 126 nota 1, ma viene compiutamente argomentata solo da G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pagg. 114 ss. Accoglie tale risultato FALCONE nella sua *Recensione a Santucci*, cit., pag. 381. Tale ipotesi acquista nel contesto argomentativo qui seguito un significato particolare. Come abbiamo visto *supra* infatti, anche nel caso del *ne quid in loco publico fiat* il giurista severiano tende a ricondurre il problema della definizione dell'espressione *locus publicus* all'interno del più generale dibattito sulla classificazione delle cose, per cui la definizione del campo applicativo dell'interdetto avviene attraverso il riferimento alla nozione di *res in usu publico* (D.43.8.2.4).

*nuntiatione et erit transeundum ad interdictum "quod vi aut clam factum erit ut restituatur", et "quod in loco sacro religiosove" et "quod in flumine publico ripave publica factum erit": nam his interdictis restituetur, si quid illicite factum est*<sup>423</sup>.

La concreta articolazione della generale *ratio* dell'istituto, volto a inibire la realizzazione di opere *in fieri*, in una precisa conformazione dell'assetto cronologico della tutela rispetto alla lesione del bene protetto, consente ad Ulpiano di definire più precisamente i rapporti intercorrenti tra questo istituto e il complesso del sistema interdittale: l'affermazione per cui la *nuntiatio* è possibile *adversus futura opera non adversus praeterita* fonda da un lato la espressa differenziazione dell'istituto dagli interdetti di tipo restitutorio (*nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de operis novi nuntiatione et erit transeundum ad interdictum*); dall'altro però implicitamente costituisce un ulteriore elemento di ravvicinamento con gli interdetti di tipo proibitorio, che con l'*operis novi nuntiatio* condividono la natura preventiva<sup>424</sup>.

Nel pensiero di Ulpiano i due sistemi di tutela appaiono dunque sicuramente avvicinati quanto ad ambito applicativo (*res in usu publico*), fattispecie (*opus novum*) e natura preventiva: queste affinità strutturali lascerebbero pensare che Ulpiano, nell'escludere in D.43.8.2.17 l'operatività del divieto di demolizione dell'*opus in publico* nel caso in cui ci fosse una preventiva *prohibitio* pretoria, si potesse riferire tanto all'emanazione del *ne quid in loco publico fiat* quanto alla pronuncia di una *nuntiatio iuris publici tuendi gratia*.

Qualche osservazione circa i punti di divergenza tra *o.n.n. iuris publici tuendi gratia* e gli interdetti proibitori in parola contribuirà però a complicare il quadro fin qui delineato<sup>425</sup>. Innanzitutto, nonostante il comune riferimento a *aedificationes in*

<sup>423</sup>Un commento del passo nel quadro della più generale ricostruzione della disciplina della *o.n.n. Iuris publici tuendi gratia* in G. SANTUCCI, *Operis novi*, cit., pagg. 117 ss, con bibliografia precedente e discussione dei dubbi di genuinità.

<sup>424</sup>G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pag. 133.

<sup>425</sup>Sul raffronto puntuale della disciplina dei due rimedi si vedano, sebbene giungano a risultati divergenti, G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pagg. 194 ss e G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pagg. 132.

*publico* non ancora portate a termine, l'ambito oggettivo di applicazione dei due rimedi non è pienamente coincidente. Da un lato infatti ogni forma di *nuntiatio* era ammissibile solo nei confronti di opere *quae solo coniuncta sunt*, come espressamente previsto dalle fonti (D.39.1.1.12)<sup>426</sup>, mentre gli interdetti proibitori in questione sono genericamente esperibili contro ogni *facere immittere*, comprendendosi in particolare in quest'ultima espressione ogni attività che, pur insistendo sul luogo pubblico, non si concretizzasse in un mutamento strutturale delle condizioni fisiche dello stesso<sup>427</sup>. Dall'altro però la fattispecie dell'*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia* risulta più generica e così di più elastica applicazione, dal momento che non richiede l'accertamento di alcun potenziale evento dannoso, diversamente dagli interdetti *de locis publicis* che contemplanò una possibile lesione dei *commoda* individualmente goduti sulla *res in usu publico* (D.43.8.2 pr.: *qua ex re quid illi damni detur*) ovvero l'idoneità della condotta a deteriorare le condizioni del bene. Anche con riferimento alla legittimazione attiva il regime delle due forme di tutela non è pienamente sovrapponibile. Mentre infatti la legittimazione del *quivis ex populo* è – come sopra ricordato – nettamente affermata dalle fonti in particolar modo con riferimento all'ipotesi in cui l'*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia* sia rivolta contro l'*aedificatio in publico*<sup>428</sup>, più frastagliato è il regime di legittimazione del sistema degli interdetti *de locis publicis*: sebbene nella rilevata incertezza della dottrina, esso pare limitato al soggetto che dall'*aedificatio* possa subire un *incommodum* nel caso del *ne quid in loco publico* (D.43.8.2 pr.), mentre pare nettamente orientato nel senso dell'apertura alla legittimazione del *quivis ex populo* il *ne quid in via publica itinereve publico fiat* (D.43.8.2.20).

---

<sup>426</sup>D.39.1.1.12 (Ulp. 52 ad ed.) *Hoc autem edictum non omnia opera complectitur, sed ea sola, quae solo coniuncta sunt, quorum aedificatio vel demolitio videtur opus novum continere. Idcirco placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, quamquam opus faciat, tamen ad hoc edictum non pertinere, quia ad ea opera, quae in solo fiunt, pertinet hoc edictum.* Cfr. da ultimo F. FASOLINO, *Interessi della collettività e dei vicini nell'«operis novi nuntiatio»*, in *Labeo*, 45, 1999, pagg. 38 ss. spec. pagg. 42 ss.

<sup>427</sup>Tale aspetto è particolarmente valorizzato nella prospettiva di MELILLO (*Interdicta e operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, cit., pag. 195).

<sup>428</sup>D.39.1.3.4 (Ulp. 52 ad ed.) *Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt.*

La divaricazione più netta delle due forme di tutela si può cogliere però sul piano del regime processuale dei rimedi. Emerge innanzitutto la maggior snellezza e informalità della procedura per *nuntiatio* rispetto a quella per *interdictum*<sup>429</sup> e l'assenza di rischi per l'impetrante nel caso in cui l'*opus novum* si rivelasse *facta iure*<sup>430</sup>, che dovevano renderla particolarmente “invitante”<sup>431</sup> per il *nuncians*. Soprattutto, ritornando al problema da cui eravamo partiti, l'effettività del divieto contenuto nella *nuntiatio iuris publici tuendi gratia* è sempre garantita dall'esperibilità di un interdetto demolitorio volto alla rimessa in pristino del luogo pubblico, discusso da Ulpiano nel frammento D.39.1.20 (Ulp. 71 ad ed.)<sup>432</sup>. Al contrario, le fonti appaiono affermare recisamente l'assenza di un equivalente rimedio privatistico volto a dare attuazione al divieto di *aedificare in publico* contenuto nell'interdetto *ne quid in loco publico fiat*. Questa divaricazione del regime dei due rimedi toglierebbe pregio all'ipotesi che la clausola *nemine prohibente* con cui Ulpiano individua in D.43.8.2.17 il regime alternativo al divieto di demolizione li

<sup>429</sup>La *nuntiatio* infatti poteva essere realizzata direttamente nel luogo della costruzione, poteva essere rivolta contro qualunque soggetto si trovasse sul fondo senza che rilevasse la qualifica di *dominus* ai fini della capacità di essere *nunciatus*, e comportava l'immediato insorgere dell'obbligo di sospendere i lavori senza alcun onere per il *nuncians* che, solo ove il *nunciatus* non bloccasse i lavori, doveva rivolgersi al pretore per ottenere la concessione dell'*interdictum demolitorium*. Diversamente nella procedura interdittale l'impetrante non solo doveva rivolgersi al *tribunal* pretorio e procedere alla *in ius vocatio* del convenuto, ma pure la susseguente attività volta alla concessione dell'interdetto “appare notevolmente complessa” per cui in definitiva il “procedimento poteva svolgersi talvolta anche per un periodo abbastanza lungo di tempo” (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pagg. 911-913), presupponendo infatti una *causae cognitio* che contemplava una valutazione circa la fondatezza – quantomeno *prima facie* – della pretesa. Così in particolare G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pagg. 134 ss.

<sup>430</sup>In effetti per quanto riguarda il procedimento conseguente all'emanazione dell'interdetto, qualora il convenuto non ottemperasse all'ordine pretorio di sospensione dei lavori le parti dovevano siglare una *stipulatio* con cui si impegnavano reciprocamente a pagare una penale alla controparte nel caso in cui, alla fine del procedimento, fossero risultati in torto: così dunque l'attore si esponeva al rischio di dover pagare al costruttore convenuto una somma di denaro nel caso in cui il pretore avesse stabilito la liceità dell'*aedificatio* (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pagg. 916 ss). Nel caso dell'*operis novi nuntiatio* invece l'accollo di un tale rischio per il *nuncians* era solo eventuale e comunque si realizzava in un momento successivo al compimento della *nuntiatio*: solo qualora il *nunciatus* avesse portato a termine la costruzione nonostante la *nuntiatio*, e non avesse prestato adeguate garanzie (attraverso *repromissio*), il *nuncians* poteva decidere se richiedere al pretore la concessione dell'interdetto demolitorio, esponendosi così a un rischio pecuniario in tutto analogo a quello dell'impetrante (G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pag. 136).

<sup>431</sup>G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio*, cit., pag. 137.

<sup>432</sup>Cfr. in particolare J. PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clasico*, Barcelona, 1982, pagg. 195 ss e J.M. RAINER, *Bau- und Nachbarrechtliche*, cit., pagg 188 ss.

*Ne quid in loco publico fiat*

affermato si riferisse tanto all'*operis novi nuntiatio* che all'esperimento del *ne quid in loco publico fiat* proibitorio: se così fosse infatti, il giurista avrebbe ricondotto alla medesima fattispecie (*nemine prohibente*) situazioni affatto differenti proprio in tema di esecuzione della *prohibitio* pretoria.

Tale affermazione richiede però di essere discussa all'interno di una più organica considerazione del secondo profilo problematico nell'interpretazione di D.43.8.2.17, quello relativo al regime alternativo cui dovevano essere sottoposte queste ipotesi di *aedificationes* contrarie alla *prohibitio* pretoria: se pure esse fossero sottratte all'operatività del divieto di *denstruere* ovvero se fosse riconosciuto, al *civis* che avesse ottenuto in via preventiva la *prohibitio* pretoria, un mezzo per dare effettività alla precedente pronuncia pretoria. Come abbiamo visto, nel caso della *operis novi nuntiatio*, l'esistenza di tale rimedio è chiaramente affermata dalle fonti e, di conseguenza, pacificamente riconosciuta dalla dottrina.

Per quanto riguarda l'esecuzione dei divieti di *aedificationes* contenuti in un interdetto *ne quid in loco publico fiat* invece, la situazione appare meno chiara. Nel senso dell'esistenza di un rimedio equivalente all'*interdictum demolitorium* posto a presidio della *o.n.n.i.p.t.g* nel caso di violazione dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* depone la lettura del frammento di Salvio Giuliano in D.43.8.7, che ripropone la stessa situazione contemplata in fr. 17:

D.43.8.7 (Iul. 48 dig.) *Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioqui inane et lusorium praetoris imperium erit.*

Il passo parrebbe infatti distinguere l'ipotesi in cui, *nullo prohibente*, il privato che abbia edificato *in publico* non poteva essere obbligato (*cogendus non est*) a demolire l'*opus*, dall'ipotesi in cui invece tale *aedificatio* fosse stata fatta *adversus*



*edictum praetoris*<sup>433</sup>, per cui pare configurarsi un vero e proprio obbligo di *demolitio* (*tollere aedificium debere*)<sup>434</sup>.

Il problema posto dalla lettura di questi frammenti è quello di stabilire se chi avesse diligentemente attivato i rimedi privatistici concessi dal pretore prima della costruzione dell'opera si trovasse in una condizione più favorevole per far valere le sue ragioni, rispetto a chi non aveva richiesto preventivamente la *prohibitio* del pretore. La questione mi pare coinvolga due diversi profili: da una parte occorre chiarire la natura del procedimento che dava attuazione a tale obbligo di *demolitio* riconosciuto nel caso di *opus* portata a termine nonostante la *prohibitio* pretoria; dall'altra, si tratta di capire se in tale ultima ipotesi di *aedificatio* in spregio dell'inibizione pretoria, l'obbligo di *denstruere* incontrasse il limite della regola *ne urbs ruinis deformatur*, ovvero si potesse invece in casi del genere provvedere alla *demolitio* anche oltre quei limiti.

Parte della dottrina, anche per sottolineare la generale decisorietà ed esecutività del *decretum* che concludeva il processo interdittale<sup>435</sup>, conclude nel senso dell'esperibilità di un rimedio privatistico a tutela delle ragioni del danneggiato dalla costruzione *adversus edictum praetoris* di un'opera *in publico*, attraverso cui il costruttore potrebbe essere obbligato dall'iniziativa processuale di controparte a riportare il *locus publicus* alla condizione originaria. La natura di questo rimedio volto alla rimessa in pristino è discussa. Possiamo innanzitutto escludere l'ipotesi di Gandolfi<sup>436</sup> circa l'esistenza di una vera propria versione restitutoria dell'interdetto in

<sup>433</sup>Riferimento che, accettando la lettura congiunta di D.43.8.7 con D.43.8.2.17, fornirebbe un argomento a chi esclude che la *prohibitio* del fr. 17 si riferisca anche all'*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*. Sempre che con *edictum praetoris* ci si riferisca all'ordine negativo del magistrato in ordine all'edificabilità, come dovrebbe doversi dedurre dal confronto con D.50.17.102 pr. (Ulp. 1 ad ed.): sulla controversia si veda G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pag. 29 nota 53.

<sup>434</sup>O. LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., pag. 458; così anche M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 283 ss

<sup>435</sup>G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pagg. 93 ss.

<sup>436</sup>Anche se nel suo *Contributo* si rinvenivano tali oscillazioni da far persino dubitare che la riflessione dell'autore riguardi propriamente l'*interdetto ne quid in loco publico*: G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pag. 98, afferma che “il passo riguarda l'interdetto restitutorio *quod in itinere publico facere erit ut restituatur*”, dunque presumibilmente il diverso interdetto riportato in D. 43.8.2.35, ma poche righe più in basso si legge “In esso [il fr. D. 43.8.7] si prospettano due situazioni contrapposte: da un lato la mancata pronuncia del relativo interdetto proibitorio...” che a rigore di quanto detto sopra dovrebbe essere il 43.8.2.20, senonché in nota l'autore specifica trattarsi di quello contenuto in D. 43.8.2 pr.

questione: esplicita è la sua affermazione per cui “[dal]l'inottemperanza dell'interdetto proibitorio, ossia l'avvenuta erezione di una costruzione in suolo pubblico in ispregio del divieto pretorio” consegue che “il soccombente disobbediente deve distruggere l'edificio [...] evidentemente, in quanto sia stata fatta istanza al pretore dell'interdetto restitutorio”<sup>437</sup>. In questo caso la regola *ne urbs ruinis deformatur* non opererebbe: trattandosi di un mezzo privatistico a tutela dei *commoda* individuali, in questo caso “il pretore accerta se dall'abuso del bene pubblico non la collettività risenta pregiudizio, bensì se ne subisca danno l'attore, un privato”<sup>438</sup>. Tale ricostruzione del meccanismo processuale che doveva concretizzare il potere del soggetto danneggiato di obbligare alla demolizione del manufatto comporta una evidente forzatura delle fonti, compatte nel negare l'esistenza di un *ne quid in loco publico* restitutorio.

Maggiormente coerente con le affermazioni di Ulpiano è la tesi secondo cui l'obbligo di demolizione sarebbe potuto essere attivato dal soggetto che avesse ottenuto preventiva *prohibitio* nel *iudicium secutorium* (*actio ex interdicto*) che si innescherebbe nel caso di violazione dell'ingiunzione pretoria<sup>439</sup>. In tal senso potrebbe deporre la ricostruzione di Lenel dell'*Edictum perpetuum*, in cui sono riportati a commento della clausola edittale *ne quid in loco publico* (§237)<sup>440</sup>, due frammenti che nella visione dell'insigne romanista accennerebbero a tale *iudicium secutorium*: lo stesso passo di Salvio Giuliano (D.43.8.7 *qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet*) e il passo di Ulpiano riportato in:

---

Non potendo credere che si tratti di un refuso, ché alle pagine seguenti tale ambiguità riemerge, l'unica possibile spiegazione è che egli tratti le diverse formule interdittali contenute nel tit. 8 – come gli autori sopra citati – alla stregua di diverse formulazioni di un unico interdetto. Ciò che lo condurrebbe, come farà pure Melillo (*Interdicta e «operis novi nuntiatio»*, cit., pag. 187) a riconoscere valore generale alla previsione restitutoria *de viis* in D.43.8.2.35.

<sup>437</sup> G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pag. 99, G. MELILLO, *Interdicta e «operis novi nuntiatio»*, cit., pag. 187.

<sup>438</sup> G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pag. 29.

<sup>439</sup> Sul problema dell'*agere ex interdicto* specialmente nel caso di formula arbitraria, rimando al recente lavoro di M. VARVARO, *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdicto sine poena*, cit., pagg. 709 ss.

<sup>440</sup> O. LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., pag. 458.

D.43.8.2.18 (Ulp. 68 ad ed.) *Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri: et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda.*

In questo senso argomenta Scherillo, secondo cui il danneggiato dall'*opus* “costruita ad onta della pronuncia dell'interdetto, potrà, attraverso l'*arbitratus de restituendo* contenuto in una delle formule rilasciate in seguito alla pronuncia, arrivare alla demolizione dell'opera”<sup>441</sup>. L'esclusione della versione restitutoria dell'interdetto, in questo senso, varrebbe solo a imporre un onere di diligente e tempestiva attivazione del soggetto potenzialmente danneggiato, che deve richiedere l'emanazione dell'interdetto prima del completamento dei lavori, e non già ad escludere in toto la possibilità di una tutela *ex post* nel caso di costruzione *contra edictum*.

Anche in questa prospettiva dunque, come per quegli autori che riconoscono l'esistenza di un equivalente restitutorio al *ne quid in loco publico fiat*, risulta decisamente valorizzata la differenza tra la posizione del soggetto che si sia procurato una preventiva *prohibitio* pretoria, che dispone di uno specifico mezzo processuale per rimuovere il danno, e quella di chi non possa far valere una tale proibizione: “se un privato non è intervenuto, convenendo con l'interdetto chi si apprestava a costruire abusivamente in suolo pubblico, il pretore non può far più nulla”<sup>442</sup>, nel senso che l'iniziativa passa agli organi pubblici che agiranno in via amministrativa (eventualmente sollecitati da una denuncia privata), che procederà – questa volta sì – “solo in quanto di interesse della collettività” e quindi applicando la regola del *ne urbs ruinis deformatur* per decidere se procedere o meno alla *demolitio*. Tale ricostruzione della vicenda processuale, se da un lato permette di dare conto dei frammenti di Giuliano e Ulpiano in cui le due fattispecie sono nettamente differenziate, dall'altro lascia aperta la questione circa la obbligatorietà della demolizione prevista dalla formula arbitraria. Sebbene più in linea con il tenore delle

<sup>441</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 154-155.

<sup>442</sup>G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pag. 29.

fonti rispetto all'opinione di quanti ritengono provata l'esistenza di un interdetto restitutorio *ad hoc*, anche l'interpretazione di Scherillo presenta infatti alcune difficoltà. Innanzitutto, come già ricordato *supra* (Capitolo 1 Paragrafo 2), la possibilità di *agere ex interdicto sine poena* (con formula arbitraria) appare limitata, nella ricostruzione della dottrina dominante, al caso si discuta della violazione degli interdetti restitutori o esibitori. In secondo luogo, anche ammettendo si potesse in questo caso procedere *sine poena*, occorre ribadire che attraverso l'inserimento nella formula *ex interdicto* di una clausola arbitraria non si otteneva la possibilità per il postulante (ora attore) di obbligare il convenuto alla rimozione dell'opera fatta *contra edictum*, essendo solo una facoltà concessa dal pretore a quest'ultimo per evitare la condanna. Se questo fosse il caso cui si riferiscono Salvio Giuliano e Ulpiano, non si capirebbe perché essi affermino invece che nel caso di opera completata *contra edictum praetoris* sorgerebbe un vero e proprio obbligo alla demolizione.

Diversa è l'interpretazione di D. 43.8.2.17 offerta da Branca<sup>443</sup>, il quale nega l'esistenza di un qualsiasi rimedio rimedio privatistico volto a dare effettività all'inibizione pretoria, utile alla dogmatica moderna per dar conto della diversità di trattamento tra l'ipotesi del *nullo prohibente* e del *alicuo prohibente*, ma espressamente negata dalle fonti. Secondo questo autore il primo periodo del frammento (*Si quis...non restitutorium*) sarebbe lapidario nell'escludere l'esistenza di qualsiasi strumento processuale, attivabile dal postulante, per rimuovere *ex post* gli *incommoda* individuali derivante da un *opus* già portato a termine, fondando tale esclusione sul dato formale della natura esclusivamente proibitoria dell'interdetto (*quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium*) e sul piano sostanziale sull'operare della regola di salvaguardia dell'edilizia urbana (*ne urbs ruinis deformatur*). Nel secondo periodo il giurista tratterebbe del diverso problema della tutela indiretta del danneggiato attraverso l'azione amministrativa degli organi

---

<sup>443</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag 148 ss. Peraltro, come notato da Fiorentini (*Fiumi e mari*, cit., pag 283 nota 10), Branca limita la sua analisi a D. 43.8.2.17, accennando marginalmente a D. 43.8.7 in sole due note. Recentemente tale impostazione è stata ripresa da S.C. PEREZ-GOMEZ, *Regimen juridico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996, pagg. 168 ss.

pubblici, cui è sempre possibile rivolgersi con una *petitio* (come si evincerebbe tra l'altro da D.43.7.1) e che non sono vincolati al divieto di *demolitio* scolpito nella regola *ne urbs ruinis deformatur*, ma possono per ragioni di opportunità decidere di sanare *ex post* l'illegittimità attraverso l'imposizione di un *solarium*: a questo "procedimento amministrativo" si riferirebbe Salvio Giuliano affermando che, chi ha costruito *adversus edictum praetoris*, *tollere aedificium debet*. Dunque in linea di massima ogni *opus novum* costruito senza autorizzazione preventiva *in publico* è *non iure*; pertanto sono attivabili *ex ante* dei rimedi specificatamente rivolti a inibirne il completamento, tra cui il *ne quid in loco publico* a tutela dei *commoda* dei singoli *civis*<sup>444</sup>; parallelamente di fronte al fatto compiuto si dovrebbe ammettere che in base ai principii tali opere debbano essere demolite, ma la ragion pratica dei romani consiglia due mitigazioni a tale principio: da un lato la facoltà dei privati di evitare gli *incommoda* derivanti da tale opera si limitava alla fase preparatoria della costruzione (con il proibitorio), giacché in questo caso prevaleva l'interesse generale alla sicurezza dello spazio urbano sulla tutela dei *commoda* individuali<sup>445</sup>; dall'altro si concedeva un'alternativa agli organi statali tra la *demolitio* e l'imposizione di un *vectigal* (o *solarium*) a modo di sanatoria (*rectius* condono edilizio), secondo che l'*opus* pregiudicasse o meno l'*usus publicus*.

È evidente come tale ricostruzione, negando l'esistenza di un qualsiasi rimedio privatistico volto a rimuovere gli *incommoda* individuali attraverso la rimessa in pristino del *locus publicus*, lasci aperto il problema della diversità di trattamento, adombrata dalle fonti in relazione all'esistenza o meno di una precedente *prohibitio* (e dal Gandolfi spiegata come sottrazione dell'ipotesi di precedente *prohibitio* al divieto di demolizione). Per dare senso al tenore dell'inciso con cui si apre il frammento D. 43.8.2.17 si può forse pensare, con Branca, che Ulpiano, nell'isolare l'ipotesi di precedente *prohibitio*, intendesse sottolineare non tanto la sua

<sup>444</sup>Col quale concorre il diverso rimedio di natura civilistica dell'*operis novi nuntiatio*, come già visto *supra* in questo Capitolo, Paragrafo 7.

<sup>445</sup>Limpidamente anche J.M. RAINER, *Bau- und Nachbarrechtliche*, cit., pag. 215: "Ist die bauliche Veränderung erst einmal abgeschlossen, dann ist die Möglichkeit endgültig erloschen, dass private Bürger gegen diese Veränderung vorgehen können. Nur die öffentliche Hand kann gegen ein derartiges opus noch vorgehen; doch selbst dann nicht mehr zum Schutze privater Interessen".

sottrazione al divieto di *demolitio*, quanto piuttosto la possibilità – considerata evidentemente normale – che il danneggiato dall'*opus* si fosse premurato in anticipo richiedendo in sede di *prohibitio* una *cautio* al pretore, cui si riferirebbe anche D.43.8.2.18, per cui avrebbe potuto far fronte agli eventuali *incommoda* esperando la *actio ex stipulatu damni infecti*<sup>446</sup>. Rimane però l'espressa menzione di un obbligo di demolire nel caso di *aedificatio adversus edictum praetoris* in D.43.8.7, che nella prospettiva accettata da Branca e Fiorentini non può essere spiegato che come un obbligo di demolizione riconosciuto in capo agli organi pubblici, un obbligo dunque di demolire “in via amministrativa”: questa mi sembra l'unica interpretazione plausibile del passo alla luce della ricostruzione offerta dai due autori, che peraltro sembrano non affrontare mai espressamente la questione: Branca infatti in generale non considera rilevante il frammento (che addirittura non è presente nell'indice analitico), Fiorentini ne tratta<sup>447</sup> ma non pare coglierne la possibile frizione con la sua ricostruzione.

Come emerge da questa disamina, dal riconoscimento della natura esclusivamente proibitoria dell'interdetto *ne quid in loco publico* si generano una serie di problemi interpretativi di ampio respiro, concernenti la natura della procedura interdittale e la possibilità di acquistare la proprietà su opere edificate *in publico*. Per la prospettiva assunta in questo lavoro, è interessante notare come la differenza delle due ricostruzioni si rifletta sul problema del contenuto di tutela dell'interdetto. Entrambi gli autori, citati *ad exempla* delle rispettive posizioni interpretative, riconoscono senz'altro che il danno rilevante nella fattispecie dell'interdetto *ne quid in loco publico* è l'*incommodum* privato, la perdita o diminuzione dei vantaggi goduti dal singolo *civis* sulla *res* ma si dividono nel momento di definire l'estensione della tutela accordata con tale rimedio, specialmente con riguardo al coordinamento degli interessi privati con gli interessi generali tutelati dagli organi pubblici: mentre Gandolfi, in linea con lo spirito del suo lavoro,

---

<sup>446</sup>Così G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 176 e pare anche G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pag. 101. Lasciando impregiudicata dunque anche nel caso di *aliquo prohibente* l'operatività del divieto di *demolitio* e la relativa eccezione.

<sup>447</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 283 ss.

finalizzato a dimostrare come gli interdetti tutelassero posizioni giuridiche non distinguibili da quelle protette da *actiones*, riconosce una tutela completa del *commodum* privato almeno nel caso di *aliquo prohibente*, Branca, intento da una prospettiva più oggettivistica a tracciare le linee del regime delle *res in usu publico*, tende a sottolineare la necessità di contemperare la tutela della posizione soggettiva del danneggiato con gli interessi generali.

#### 8. Interferenze col regime delle concessioni ad aedificare in publico

Un ulteriore elemento che salta agli occhi procedendo quasi lemmaticamente al commento della formula interdittale, è la non applicabilità del rimedio nel caso di preventiva autorizzazione dell'opera da parte dell'autorità pubblica (*praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est*).

Parrebbe dunque che l'obbligo di interrompere il *facere* o *immitere in publico* che possa minacciare un *commodum* altrui trovi il limite di una qualsiasi forma autorizzativa da parte degli organi pubblici, e che dunque l'aspettativa del *civis* di veder tutelati tali *commoda* sia indiscriminatamente comprimibile nel caso di intervento preventivo dei pubblici poteri. Di fronte a una valutazione autoritativa *ex ante* che accerti la non lesività dell'*opus* per i *commoda* individualmente goduti da altri sul *locus publicus*, o comunque la tollerabilità della loro compressione di fronte ai benefici dell'*opus novum*, verrebbe meno il potere del pretore di tutelare in sede contenziosa quei medesimi *commoda*.

Un'analisi dei frammenti a commento di tale elemento della clausola edittale fa emergere un quadro la cui complessità riflette quella del sistema romano di concessioni pubbliche, rispetto al quale tale interdetto è evidentemente complementare.

Che l'ordinamento romano conoscesse in età classica la possibilità di ottenere dal *princeps permissiones* individuali a costruire *in publico* si evince, oltre che da

alcune importanti testimonianze epigrafiche<sup>448</sup>, dall'esegesi di due frammenti ulpiani<sup>449</sup>:

D.43.8.2.10 (Ulp. 68 ad ed.) *Merito ait praetor "qua ex re quid illi damni detur": nam quotiensque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine iniuria cuiusquam fiat. et ita solet princeps, quotiens aliquid novi operis instituendum petitur, permittere.*

D.43.8.2.16 (Ulp. 68 ad ed.) *Si quis a principe simpliciter impetraverit, ut in publico loco aedificet, non est credendus sic aedificare, ut cum incommodo alicuius id fiat, neque sic conceditur: nisi forte quis hoc impetraverit.*

Se è pacifico che tali passi si riferiscano alle concessioni individuali per costruzione *in publico*, come risulterebbe in particolare dal ricorrere dell'avverbio *quotiens* in D.43.8.2.10<sup>450</sup>, altrettanto non si può dire sulle tipologie di *permissiones* da essi individuate. Il tenore dei due frammenti è infatti differente. Nel par. 10 Ulpiano sembra più che altro lodare la prassi seguita dal *consilium principis* in tema di concessioni di *aedificatio in publico*, tanto rispettosa dei *commoda* dei controinteressati da comportare la realizzazione solo di opere *sine iniuria cuiusquam*<sup>451</sup>. In questo senso potrebbe apparire un po' forzata la collocazione del passo in esame nel commento lemmatico alla parte di formula relativa al *quid illi damni* piuttosto che alla chiosa finale con cui esplicitamente il pretore escludeva l'applicabilità del rimedio nel caso di previa concessione amministrativa. Nel par. 16 invece si prospetta una fattispecie in cui, in contraddizione con quanto affermato subito supra, l'*aedificium* possa essere considerato dannoso, e quindi attaccabile con il *ne quid in loco publico fiat*, nonostante la preventiva autorizzazione

---

<sup>448</sup>Tab. *Heracleensis*, linee 68 ss, su cui anche *supra* Capitolo 1 Paragrafo 6.

<sup>449</sup>Su cui in generale, G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 146 ss. Di recente S. CASTAN PEREZ GOMEZ, *El regimen*, cit., pagg. 164 ss e M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 301 ss.

<sup>450</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 134.

<sup>451</sup>Sul significato da attribuire a questa espressione, cfr. A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, pagg. 130 ss. e A. KRÄNZLEIN, *Sine iniuria privatorum*, in *Festschrift Wesener*, Graz, 1992, pagg. 279 ss, pag. 281.



amministrativa. Per dar conto di tale apparente contraddizione la dottrina ha seguito strade diverse. Secondo parte della dottrina, i due passi farebbero riferimento alla stessa categoria di concessioni generiche, emesse senza preventiva valutazione dell'impatto dell'*opus sui commoda* dei terzi "controinteressati" e dunque proprio per questo normalmente accompagnate dalla clausola di salvezza *ut sine iniuria cuiusquam fiat*: il frammento 16 testimonierebbe anzi la trasformazione di questa consuetudine in clausola implicita, affermando che chi abbia ottenuto una tale semplice concessione di costruire in luogo pubblico<sup>452</sup>, non per questo deve credere di poterlo fare in spregio dei *commoda* altrui giacché, appunto, opererebbe implicitamente la clausola di salvezza di cui sopra e pertanto rimarrebbe esperibile l'interdetto nel caso in cui le concrete modalità di realizzazione dell'opera si dimostrassero incompatibili coi *commoda* altrui. Solo di fronte "un'autorizzazione specifica a compiere quella determinata opera che si prevede lesiva di *commoda*"<sup>453</sup>, emessa a seguito di previa specifica valutazione e limitata a determinate modalità costruttive, "il pretore, chiamato a decidere con l'interdetto *ne quid in loco publico*, non può proprio più nulla"<sup>454</sup>, nel senso che tale valutazione autoritativa inibisce in principio la concedibilità del rimedio a tutela dei *commoda* individuali.

Diversamente ha di recente argomentato Fiorentini, secondo cui i due frammenti farebbero riferimento a diverse tipologie di concessioni. Il fr. 10 individuerrebbe la normale tipologia di permesso imperiale, emesso in seguito a "uno

---

<sup>452</sup>*Impetrare* in latino ha il significato, parzialmente diverso dall'italiano, di ottenere qualcosa in seguito a una richiesta: in senso proprio dunque l'impetrante sarebbe il soggetto cui il rimedio sia stato effettivamente concesso.

<sup>453</sup>G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 175. Si riferisce in particolare all'espressione *tibi concessum est*, per desumere l'esistenza di tali "ipotesi di concessioni speciali accordate di volta in volta dal senato o dal principe allo scopo di consentire anche opere che siano lesive di *commoda*", ma un'indicazione in tal senso potrebbe trarsi anche dalla chiusa finale di D.43.8.2.16, in cui Ulpiano sembra escludere il divieto di costruire *cum incommodo alicuius* nel caso in cui l'*impetratio* imperiale così disponesse (*nisi forte quis hoc impetraverit*). Peraltro circa i dubbi sulla genuinità della chiusa vedi le indicazioni di Fiorentini (*Fiumi e mari*, cit., pag. 308 nota 68) e G. BRANCA (*Le cose*, cit., pagg. 134 ss).

<sup>454</sup>G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 174: anche sotto questo profilo di disciplina l'interpretazione di Branca si rivela quella che maggiormente tende a ricondurre la tutela accordata a tale rimedio nell'alveo di un'attività meramente amministrativa, non giurisdizionale, essendo pianamente comprimibile ad opera degli organi della pubblica autorità – senza la possibilità per il pretore di un'autonoma valutazione degli *incommoda* privati – il diritto dei cittadini di trarre utilità dalle *res in usu publico*.

specifico esame dell'impatto che l'occupazione del suolo pubblico per la quale si chiedeva concessione avrebbe potuto avere sui *commoda* dei terzi, autorizzandola nei limiti in cui essa non arrecasse loro turbative<sup>455</sup>: la clausola di salvezza dunque non svolgerebbe tanto la funzione di segnalare che, essendo la concessione stata emessa *de plano*, si deve far salva l'ipotesi che la costruzione possa arrecare *incommoda*, ma al contrario che il concedente, valutate le circostanze del caso, ha autorizzato la costruzione in quanto non dannosa. Il frammento 16 invece testimonierebbe null'altro come “nella pratica quotidiana le autorità a cui era commesso il controllo delle attività dei privati sui luoghi pubblici, non di rado prescindessero dalla valutazione della diminuzione delle utilità private”<sup>456</sup>, emettendo semplici *impetrationes*. Per questo autore però, nonostante la regola secondo cui la concessione imperiale non potesse derogare al divieto di edificare in un luogo pubblico a pregiudizio delle utilità private sia ricordata solo con riferimento a questa seconda categoria di permessi (*non est credendus sic aedificare, ut cum incommodo alicuius id fiat*) in realtà l'interdetto era sempre proponibile, “anche nel caso che l'opera fosse stata autorizzata da un provvedimento *ad hoc*”<sup>457</sup>.

### 9. La legittimazione attiva

Rimane infine da parlare del regime di legittimazione attiva, ovvero dei soggetti cui il pretore concedeva il rimedio in parola<sup>458</sup>. La questione non è dirimibile applicando i tradizionali canoni con cui la dottrina usa dedurre il regime di

---

<sup>455</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit., pag. 304.

<sup>456</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit., pag. 309.

<sup>457</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit., pag. 312. Seguito anche da M. GIAGNORIO, *Il ruolo del civis*, cit., pag. 61. Peraltro commentando questo frammento, affermava già A. PALMA (*Jura vicinitatis*, cit., pag. 116) che “l'avvenuta concessione non impedisce al privato danneggiato di chiedere tutela, sicché la protezione della *res publica* viene realizzata nonostante un precedente provvedimento concessivo”, senza peraltro dar segno di cogliere la contraddizione con D.43.8.2.10, commentato due pagina prima nello stesso lavoro.

<sup>458</sup>Il commentario ulpiano al *ne quid in loco publico* non contiene invece particolari indicazioni in tema di legittimazione passiva al rimedio, a differenza di quanto riscontrabile per gli *interdicta de viis (infra)*: probabilmente si può osservare che in caso di interdetto proibitorio, come quello in esame, il problema dell'identificazione del soggetto responsabile non deve dare particolari problemi dal momento che si deve trattare di una condotta ancora in corso.

legittimazione a partire dall'analisi della formula edittale<sup>459</sup>, giacché in questo caso D.43.8.2 pr. non ci fornisce indicazioni univoche: da un lato manca l'indicazione del soggetto cui l'interdetto è concedibile (secondo la formula tradizionale *ei interdictum dabo*), anzi la formulazione impersonale della chiusa del frammento potrebbe far deporre nel senso della diffusività della legittimazione (*de eo, quod factum erit, interdictum non dabo*); dall'altro i *verba edicti* contengono un'indicazione molto preziosa nel senso di un regime ristretto di legittimazione, ove individuano il referente del danno elemento della fattispecie attraverso un pronome personale determinativo (*illi*).

La dottrina assolutamente maggioritaria ha attribuito valore assorbente a tale argomento testuale, deducendo – come sopra rilevato – dalla natura essenzialmente personale e individuale del danno potenziale richiesto per la concessione del rimedio, la limitazione della legittimazione al soggetto leso dal *facere* o *immittere in publico* altrui nel godimento di una particolare utilità derivante dal suo rapporto con la *res in usu publico*<sup>460</sup>.

Non si è mancato però, come sopra rilevato, di tentare di addurre prove a favore della tesi di una legittimazione aperta al *quivis ex populo*: già nella dottrina ottocentesca<sup>461</sup> e poi, negli ultimi anni, da parte di Lozano y Corbi<sup>462</sup> e – con maggiore profondità di analisi – Di Porto<sup>463</sup>. Per saggiare l'attendibilità di questa ricostruzione seguiremo le argomentazioni di quest'ultimo autore, che in un recente intervento ha proposto di inquadrare il *ne quid in loco publico* nel novero degli “interdetti a tutela delle *res in usu publico*”, classe unitaria di rimedi caratterizzati dal regime di legittimazione del *quivis ex populo*, del *civis* protagonista della

<sup>459</sup>Si veda in particolare A. BERGER, *Interdictum*, cit., pagg. 1621 ss.

<sup>460</sup>Con diversità di formulazioni che riflettono i mutamenti di temperie nella romanistica ma non mutano la sostanza della tesi, si vedano tra gli altri: C. G. BRUNS, *Le azioni popolari* (trad. Scialoja), cit., pag. 74 ss; C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., pag. 88 ss; A. UBBELOHDE, *Commentario alle pandette*, cit., pagg. 375 ss; G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 172, G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 154; A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., pag. 117.

<sup>461</sup>Riferimenti puntuali ai singoli autori in C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., pag. 88.

<sup>462</sup>E. LOZANO Y CORBI, *La legitimacion popular en el proceso romano clasico*, Barcelona, 1982, pag. 157. Questo autore peraltro si limita a osservare che la legittimazione popolare consegue dal diritto di uso generale riconosciuto in capo ai cittadini.

<sup>463</sup>A. DI PORTO, *Interdetti popolari e «res in usu publico»*, cit., pag. 505 ss.

protezione di tali beni. Anzi, proprio l'individuazione di un interdetto popolare preposto alla tutela dell'*usus publicus* di ognuna di tali *res* rappresenta il cuore della tesi Di Porto, di contro al tradizionale insegnamento secondo cui mancherebbe nell'esperienza romana “un mezzo generale a tutela dell'uso di tutte le cose pubbliche”<sup>464</sup>.

Per sostenere la sua tesi questo autore parte dalla classificazione ulpiana degli interdetti in D.43.1.1 pr, in cui sarebbe fatta menzione – sotto la categoria degli interdetti *de rebus publicis* – di un generale interdetto *de locis publicis*: “il frammento, come si vede, definisce pubblico – o popolare che dir si voglia, la sostanza non muta – l'interdetto a tutela dei *loca publica*”<sup>465</sup>.

Dietro questo argomento addotto dall'autore a favore della legittimazione del *quivis ex populo*, ritroviamo contenuto lo stesso fraintendimento in cui era incappata, come autorevolmente notato da Casavola<sup>466</sup>, la dottrina ottocentesca sulle *actiones populares*: il pregiudizio per cui ogni rimedio che toccasse la sfera degli interessi pubblici dovesse essere caratterizzato da un regime di legittimazione diffusa. A tale convinzione possono essere opposti due ordini di critiche.

Innanzitutto, solidi argomenti testuali fanno dubitare che dal frammento ulpiano possa trarsi la conseguenza che, secondo questo giurista, tale presunto interdetto *de locis publicis* fosse preordinato alla tutela dell'interesse pubblico. Contro questo argomento si può notare innanzitutto come la classificazione ulpiana in D.43.1.1 pr. si riferisca semplicemente al referente oggettivo degli interdetti, individuato appunto nelle *res publicae*, e non alla natura degli interessi tutelati, ciò che è confermato dalla lettura della successiva classificazione paolina (in D.43.1.2) – questa sì invece fondata su considerazioni attinenti alla funzione svolta dai diversi interdetti – in cui non si fa menzione di alcun interdetto *de locis publicis* (*l'alias* del nostro *ne quid in loco publico* nel pensiero di Di Porto) tra quelli che *publicae utilitatis causa competit*<sup>467</sup>.

---

<sup>464</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 150.

<sup>465</sup>A. DI PORTO, *Interdetti popolari e «res in usu publico»*, cit., pag. 507.

<sup>466</sup>F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, in *Labeo*, I, 1955, pagg. 131 ss.

Secondariamente occorre dimostrare l'indefettibilità nell'esperienza giuridica romana della correlazione tra regime di legittimazione diffusa (aperta al *quivis e populo*) e carattere sovraindividuale dell'interesse diffuso col rimedio. Uno spunto in tal senso parrebbe rinvenirsi nel frammento di apertura del titolo 7 del libro 43 del Digesto:

D.43.7.1 (Pomp. 30 ad Sab.) *Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdicitur.*

Da tale passo emergerebbe non solo la correlazione – immanente all'ordinamento romano – tra legittimazione del *quilibet* e pubblicità degli interessi tutelati, in particolar modo con riferimento a tutto ciò che *ad usum omnium pertinet*, e dunque al nostro interdetto. Tale impressione va però ridimensionata alla luce di alcune riflessioni. Innanzitutto sul significato del *petere* preso in considerazione da Pomponio la dottrina è divisa: in particolare sono state proposte ipotesi interpretative che negano che con questa locuzione il giurista si riferisca all'esperibilità di rimedi privatistici. Secondo Branca, ad esempio, si tratterebbe della possibilità di presentare richieste in via amministrativa al pretore al fine di azionare le sue competenze in materia di tutela dei luoghi pubblici<sup>468</sup>. Anche per Scherillo il frammento non si riferirebbe all'esperibilità degli interdetti *de rebus publicis*, ma sarebbe piuttosto il residuo di un'antica *vindicatio in publicum* con cui il *civis* poteva procedere alla rivendica di *res publicae* in caso di usurpazione della stessa da parte di un privato<sup>469</sup>. Anche a volere affermare, contro queste autorevoli posizioni, che tale passo significhi che ogni interdetto *quod ad usum omnium pertinet* è sottoposto a un regime

<sup>467</sup>Che a tal fine non rilevi nemmeno l'*incipit* di D.43.8.2.2 (*Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur*) è evidentemente dal tono retorico – tipico della *ludatio edicti* – con cui Ulpiano attribuisce opposte funzioni di tutela al *ne quid in loco publico*.

<sup>468</sup>G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 160. Questo autore è netto nel negare che in questo frammento “vi si possa vedere l'allusione precisa ad un interdetto, del quale si sarebbe perduta ogni traccia”, che è proprio una delle ipotesi avanzate da A. DI PORTO (*Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*, cit., pagg. 509 ss).

<sup>469</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 167.

di legittimazione diffusa, rimarrebbe ancora da dimostrare che il *ne quid in loco publico* fosse effettivamente rivolto alla tutela dell'uso comune: risulta dunque un'inaccettabile petizione di principio voler vedere in questo frammento un indizio circa il regime di legittimazione di tale rimedio.

Un altro frammento però suggerisce a Di Porto la possibilità che il *ne quid in loco publico* fosse effettivamente rivolto a reprimere condotte lesive della destinazione all'uso comune della *res*, e non a tutelare i *commoda* individualmente goduti dai *cives* sulla *res*: si tratta del già analizzato D.43.8.2.17, di cui riportiamo il testo per comodità di lettura:

D.43.8.2.17 (Ulp. 68 ad ed.) *Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformatur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium. si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debet id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere: vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo, quod pro solo pendatur.*

È opinione di Di Porto “che un simile commento non possa che riferirsi a un interdetto proibitorio a tutela dell'uso comune”, poiché in esso si discute di un'opera *usui publico obstans* già costruita: nella prima parte del frammento per negare che essa possa essere demolita attraverso il ricorso a uno strumento privatistico – argomentando sulla base della natura proibitoria dell'interdetto e della regola *ne urbs ruinis deformatur* – nella seconda parte per descrivere la possibilità di intervento del magistrato. Proprio il fatto che l'esperibilità dell'interdetto sia negata sulla base della sua natura proibitoria, e non sul rilievo che attraverso esso si tutelano solo i *commoda* privati, sarebbe per Di Porto ragione sufficiente per ritenere “che l'interdetto riguarda l'*usus publico* e non i *commoda*”<sup>470</sup>. Questa conclusione presuppone che anche nella prima parte del passo, ove nega l'esperibilità dell'interdetto, Ulpiano si riferisse all'*aedificium* esclusivamente in quanto *usui*

<sup>470</sup> A. DI PORTO, *Interdetti e tutela delle «res in usu publico»*, cit., pag. 509.

*publico obstans*, ma il tenore del passo, come abbiamo già dimostrato sopra, osta a questa ricostruzione<sup>471</sup>.

In esso infatti il giurista prospetta due ipotesi molto diverse, la prima riguardando la possibilità per il privato di addivenire alla demolizione dell'opera attraverso un rimedio privatistico (negata sulla base degli argomenti sopra ricordati), la seconda l'attività dei pubblici poteri con riguardo all'opera già costruita: nella prima parte del testo, riguardante in sostanza la possibilità di una tutela reale dell'interesse dei privati al mantenimento delle utilità da essi goduti sulle *res*, l'opera costruita è vista appunto dalla prospettiva per cui essa possa arrecare danno ai terzi; nella seconda parte invece, esclusa tale possibilità, l'opera è guardata dall'unico punto di vista rilevante per i pubblici poteri, ovvero quello della possibile incidenza sull'*usus publicus*. Ciò che in definitiva vizia l'ipotesi interpretativa di Di Porto è l'incapacità di concepire che una stessa opera possa contemporaneamente produrre *incommoda* privati – rilevanti ai fini dell'esperibilità dell'interdetto – e turbative del pubblico uso.

Un ultimo argomento a favore della legittimazione popolare del *ne quid in loco publico* proverebbe secondo Di Porto dalla lettura di D.43.8.2.2:

D.43.8.2.2 (Ulp. 68 ad ed.) *Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur. loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad optinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. propter quod si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem hoc interdictum propositum est.*

In effetti la circostanza che Ulpiano affermi che i privati hanno l'uso dei *loca publica iure civitatis* e il riferimento al *quilibet ex populo* sembrerebbe indicare che l'interdetto in commento fosse rivolto alla tutela dell'uso comune (cfr. Paragrafo 2 di

---

<sup>471</sup> Riprendo alcuni argomenti già esposti da G. SANTUCCI in *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, cit., pag. 138 nota 102.

questo Capitolo), ma alcune osservazioni varranno almeno a mitigare tale impressione.

Occorre innanzitutto sottolineare ancora una volta l'intonazione generica e astratta di tali *laudationes edicti* ulpianee, solitamente riguardanti profili di opportunità etica o politica che giustificano le previsioni pretorie, per cui la possibilità di trarre da esse conclusioni relative ad aspetti strettamente tecnici andrebbe sempre prudentemente soppesata.

Più in particolare poi il riferimento all'indole pubblicistica del titolo da cui i *civis* traggono il diritto all'uso delle *res publicae* non mi sembra distonico rispetto a quanto detto sopra circa la natura dei *commoda* tutelati con il *ne quid in loco publico*: essi infatti riguardano il rapporto individuale del *civis* col bene, e in questo senso non sono identificabili con le comuni facoltà di utilizzo del bene, ma si differenziano pure dalle pretese dei singoli fondate su titoli esclusivamente privati come quelle tutelate dagli interdetti *de aqua ex castello ducenda* (D.43.20.1.38) o *de loco publico fruendo* (D.43.9.1 pr.). In questo senso non mi pare che contraddica alla ricostruzione dei *commoda* in chiave strettamente individuale l'affermazione di Ulpiano per cui essi siano goduti *iure civitatis*.

Oltretutto questa osservazione mi porta a ritenere che Ulpiano – anche considerando il tono generale del frammento in esame – possa non essersi riferito al *quilibet ex populo* al fine di definire tecnicamente il regime di legittimazione ad agire del *ne quid in loco publico*, ma forse più semplicemente per sottolineare che il *civis*, nel momento in cui esperisce tali rimedi a difesa dei propri *commoda*, non lo fa in base a un titolo privatistico ma appunto *iure civitatis*, in veste di cittadino che altro non è se non “uno del popolo”. Questa interpretazione mi pare confermata dalla lettura della seconda parte del frammento, non riportata peraltro da Di Porto nel suo lavoro<sup>472</sup>: essa, dal tenore più tecnico, si riferisce invece espressamente al *damnum privati* come condizione per la concessione dell'interdetto ed è introdotta con una

---

<sup>472</sup>A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*, cit., pag. 509: il testo del frammento si interrompe inspiegabilmente (senza giustificazioni di tipo interpolazionistico) con *quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet*.



causale (*propter quod*) da cui si intuisce una consequenzialità nel discorso ulpiano che male si abbina alla tesi di Di Porto.

Dunque, esaurita così la critica degli argomenti addotti da Di Porto a favore della tesi della diffusività della legittimazione attiva nell'interdetto *ne quid in loco publico*, possiamo consapevolmente riappropriarci dell'insegnamento tradizionale, secondo cui tale rimedio sarebbe stato concesso esclusivamente al soggetto che avesse dimostrato di godere di particolari *commoda* legati al suo rapporto non privatistico con la *res in usu publico*, qualora tali utilità fossero minacciate da un'opera di terzo insistente sulla stessa: per la dogmatica moderna (almeno italiana) un tale contenuto di tutela risulta senz'altro anfibo, in bilico tra diritto soggettivo e interesse legittimo, ed è perciò naturale che, nell'affrontare i singoli profili di disciplina relativi a esecuzione della *prohibitio* e rilevanza della concessione degli organi amministrativi al fine di disinnescare il rimedio, siano emerse posizioni di volta in volta tendenti a garantirne una piena difesa giurisdizionale ovvero il necessario temperamento con interessi pubblici.

## CAPITOLO TERZO

### INTERDETTI RELATIVI ALLE *VIAE PUBLICAE*

#### 1. *INTERDICTA DE VIIS* (D.43.8.2.20 e D.43.8.2.35)

##### 1. *Ambito applicativo*

Queste riflessioni intorno ai caratteri fondamentali dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* hanno fatto emergere come esso fosse essenzialmente rivolto alla tutela di *commoda*, bensì individuali ma goduti *iure civitatis*, minacciati da un *facere* o un *immittere* genericamente incidenti su un *locus publicus*. Abbiamo anche messo a fuoco come non esistesse, diversamente da quanto di recente ipotizzato da Di Porto e Lozano y Corbi, un rimedio privatistico genericamente volto a tutelare la utilizzabilità di ogni *res in usu publico*: davanti a ipotesi del genere al cittadino che fosse stato impedito nell'esercizio di una facoltà rientrante nella normale destinazione di utilizzo della *res*, non restava che esperire – ove ne ricorressero i presupposti – l'*actio iniuriarum*, come testimoniato dal dibattito giurisprudenziale ricordato da Ulpiano e riportato in D.43.8.2.8-9.

Questo quadro rimediale genericamente valido per ogni *res in usu publico*, va peraltro integrato con riferimento a due specifiche categorie di *res in usu publico*, quella delle *viae* e dei *flumina* pubblici, rispetto alle quali il libro 43 del Digesto ci testimonia l'esistenza di rimedi interdittali non riconducibili al modello di tutela del *ne quid in loco publico*, in quanto più decisamente orientati a reagire contro danni (potenziali e attuali) direttamente incidenti sull'utilizzabilità della *res publica*, piuttosto che sugli *incommoda* individuali tratti da essa dai singoli *cives*.

Con riferimento alle strade pubbliche, la tutela approntata dal pretore attraverso l'interdetto *ne quid in loco publico* – essenzialmente parametrata sull'esistenza di *incommoda* individuali – dovette sembrare inadeguata a reprimere

condotte che minacciavano la funzionalità stessa delle *viae*: le falle del sistema di tutela basato su una legittimazione ristretta legata all'esistenza di un danno individuale, che lasciava senza sanzione comportamenti evidentemente connotati da un forte disvalore sociale spinse pertanto il pretore – sollecitato dalla giurisprudenza – alla predisposizione di interdetti *ad hoc*.

Nella dottrina moderna si coglie l'esigenza di ricostruire le tappe del processo che condusse alla predisposizione di simili strumenti, e in particolare di definire in modo univoco i rapporti di tali fattispecie speciali rispetto all'interdetto generale *ne quid in loco publico*<sup>473</sup>: in questa sede si procederà piuttosto a un'analisi puntuale delle fattispecie più rilevanti al fine di chiarirne la natura alla luce dei profili di disciplina emergenti dalle fonti.

Nello stesso lungo frammento D.43.8.2, tratto dal libro 68 del commento ulpiano all'editto, ritroviamo innanzitutto le clausole relative a una coppia di interdetti rivolti alla tutela di *viae* e *itinera* pubblici<sup>474</sup>:

D.43.8.2.20 (Ulp. 68 ad ed.) *Ait praetor: " in via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto"*.

D.43.8.2.35 (Ulp. 68 ad ed.) *Praetor ait: " quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas"*<sup>475</sup>.

<sup>473</sup>Così G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pagg. 186 ss. mostra di collocare tali peculiari formulazioni dell'*interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat* entro il progressivo affermarsi nella coscienza giuridica romana della funzione sociale dei beni pubblici e la correlativa evoluzione del sistema interdittale verso una chiara finalità pubblicistica; in tal senso anche A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., pag. 112 e J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion o defensa*, cit., pag. 107 ss. *Contra* A. DI PORTO, *Interdetti popolari e «res in usu publico»*, cit., pag. 510, che mostra di considerare tali interdetti speciali come tardo isolamento di fattispecie dotate di sufficientemente autonomia a partire da un'originaria onnicomprensiva previsione interdittale *de locis publicis*, presumibilmente da identificare con il *ne quid in loco publico*. Una valutazione di tali ricostruzioni nel Paragrafo 1 delle Conclusioni.

<sup>474</sup>Su cui si veda in generale A. UBELOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 410 ss e 419 ss; A. BERGER, *Interdictum*, cit., pagg. 1654 ss; L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pagg. 49 ss; J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pagg. 107 ss; V. PONTE, *El regimen*, cit., pagg. 191 ss.

<sup>475</sup>Danno credito alla testimonianza ulpiana per la ricostruzione del tenore della clausola edittole O. LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., pagg. 458-459 e in D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., pag. 86 e 90.

Come emerge già a una prima lettura, si tratta di rimedi rivolti contro le medesime condotte sanzionate dal *ne quid in loco publico (facere e immittere)*, la cui rilevanza però non dipende qui dalla loro indiretta incidenza sulla sfera di interessi di terzi *cives*, ma più semplicemente dall'efficienza causale rispetto a un peggioramento dello stato del bene oggetto della particolare tutela: che il danno rilevante fosse proprio un evento peggiorativo della *res* protetta (*deterius fiat*), segnala fin da ora come la prospettiva di tutela sottesa a tali rimedi fosse quella della protezione della *res in usu publico* in sé, non mediata dal riferimento agli interessi individuali goduti su essa<sup>476</sup>.

Da questo punto di vista dunque le due previsioni rispondono alla medesima *ratio* di tutela, come peraltro indicato dallo stesso Ulpiano, che in D.43.8.2.36 segnala come i due interdetti abbiano origine *ex eadem causa*<sup>477</sup> pur differenziandosi con riferimento al momento dell'esperibilità rispetto alla manifestazione del danno: profilo questo peraltro che, come vedremo infra, comporta una non irrilevante differenza di regime in punto di legittimazione passiva.

Le formule edittali si riferiscono genericamente a *viae* e *itinera* pubblici come referenti oggettivi delle condotte rilevanti, ma come testimoniato dai frammenti 21-25 di D.43.8.2 è la giurisprudenza a chiarire, in sede di commento dei *verba edicti*, la portata di tali espressioni ai fini dell'applicazione di tali rimedi. In realtà, la già vista trattazione ulpiana delle *species viarum* (*supra*, Capitolo 1 Paragrafo 5) pare non prendere in considerazione la nozione di *iter publicum*, per concentrarsi invece sul commento all'espressione «*via*». Del resto, la nozione di *iter* appare usata dalla giurisprudenza romana classica in esclusivo riferimento ai passaggi privati, mentre nel Digesto l'espressione *iter publicum* non appare menzionata in alcun frammento salvo in quelli relativi agli *interdicta de locis publicis*<sup>478</sup>. Essa appare invece presente

<sup>476</sup>Secondo V. PONTE, *Regimen juridico del las vias publicas*, cit., pag. 194 “la tutela del bien publico como es la via, la defensa del bien colectivo asume, a diferencia de lo que ocurría en otros parrafos, un relieve autonomo”.

<sup>477</sup>D.43.8.2.36 (Ulp. 68 ad ed.) *Hoc interdictum* [l'interdetto restitutorio riportato nel par. 35] *ex eadem causa proficiscitur, ex qua et superius: et tantum interest, quod hoc restitutorium, illud prohibitorium est*.

<sup>478</sup>Con l'eccezione di D.19.1.53.1 (Labeo 1 pithanon a Paulo epitomarum). Essa è invece presente nel *Codex Theodosianum*, libro XV, titolo III *De itinere muniendo*.

sia nella tradizione degli agrimensori<sup>479</sup> che in alcuni statuti coloniali<sup>480</sup>, ponendo così il problema di stabilire se sia possibile rintracciare un significato autonomo dell'espressione *iter publicum* all'interno dell'endiadi *in via itinereve publico*: il commentario ulpiano lascia intendere che il giurista usasse l'espressione come un pleonasma rispetto alla nozione, centrale, di *via*<sup>481</sup>, ma la questione rimane aperta con riferimento all'epoca di redazione dell'editto relativo agli *interdicta de viis*.

Ritornando alla delimitazione del campo applicativo dell'interdetto operato da Ulpiano in D.43.8.2.21-23 (Ulp. 68 ad ed.), abbiamo già visto supra come il ricorso a criteri 'oggettivi' o funzionalistici di pubblicità delle *viae* sottoposte agli interdetti in parola dipenda dal loro peculiare scopo di tutela: come il loro contenuto di tutela si incentra sulla protezione dello stato della *res* ai fini della salvaguardia della sua destinazione d'uso, così parallelamente assumono rilevanza *viae* la cui pubblicità è determinata non dal criterio formale della appartenenza del suolo, ma dal criterio funzionale dell'oggettiva loro destinazione al pubblico uso (mi riferisco in particolare alle *viae* che si partono dalle vie pubbliche e *ad agros ducunt* (D.43.8.2.23) e alle *viae vicinales* (nei limiti individuati dalla lettura congiunta di D.43.8.2.22 e D.43.7.3 pr)<sup>482</sup>. Si è cercato inoltre di mostrare come tale lettura dell'operazione definitoria ulpiana appaia coerente con la delimitazione dell'applicabilità degli *interdicta de viis* alle sole *viae rusticae* affermata da Ulpiano in D.43.8.2.24 (Ulp. 68 ad ed.)<sup>483</sup>,

<sup>479</sup>Negli scritti degli agrimensori, peraltro, l'espressione *iter* pare assumere due differenti significati. In molti casi – e specialmente nei casi in cui esso ricorre accompagnato dall'aggettivo *publicum* – essa pare indicare il diritto di passaggio pubblico su tratto stradale, specialmente nella formula *iter populo debetur* (su cui cfr. H.E. HERZIG, *Probleme des romischen Strassenwesen*, cit., pag. 614): così ad esempio in Frontino, *De agrorum qualitate*, C.4.32 e C.8.12 ss o Iginio, *De const.*, C.136.3 ss.. In altri luoghi però il termine appare indicare direttamente la strada intesa come ente della realtà: così ad esempio in Balbo, *De sepulchris*, C.220.26 (ed. B. CAMPBELL, *The writing of the Roman land surveyors. Introduction, text, translation*, London, 2000).

<sup>480</sup>In particolare in *lex coloniae Genetivae Iuliae*, cap. 78.

<sup>481</sup>Diversamente V. PONTE, *Regimen juridico de las vias publicas en derecho romano*, cit., pag. 121 nota 278 ritiene di poter identificare gli *itineria publica* con le *viae vicinales* considerate da Ulpiano in 43.8.2.22.

<sup>482</sup>Così limpida è già A. UBBELOHDE, *Commentario alle pandette*, cit., pagg. 410-411 ove sostiene che “poiché il nostro interdetto non ha appunto altro scopo che la tutela dell'uso pubblico di queste vie, la sua applicazione a tutte le vie destinate all'uso pubblico apparisce perfettamente corrispondente al suo scopo”.

<sup>483</sup>*Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non: harum enim cura pertinet ad magistratus.*

poiché proprio rispetto ad alcune categorie di vie extraurbane (vicinali, *privatae quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes*) il giurista aveva affermato la prevalenza del criterio oggettivo di pubblicità su quello legato alla titolarità del suolo: l'ambito applicativo di un rimedio a tutela della generale utilizzabilità del bene è dunque identificato con quelle strade pubbliche in ragione non della titolarità del fondo su cui sono costruite ma della loro funzione, oggettivamente rivolta al pubblico utilizzo. Occorre però ora interrogarsi, al di là della ricostruzione dell'operazione intellettuale portata avanti da Ulpiano, sui motivi di questa esclusione delle vie *urbicae* dall'applicazione di questo regime volto a tutelare l'*usus publicus* del bene.

La cura delle *viae publicae* urbane, dunque pubbliche in ragione della titolarità del fondo su cui sono costruite (D.43.8.2.21), è affidata alla competenza dei magistrati (*harum enim cura pertinet ad magistratus*): nella prospettiva dei compilatori, il passo si riferisce chiaramente alle funzioni individuate nel titolo 10 del libro 43<sup>484</sup>, contenente un unico lungo frammento in greco attribuito dai compilatori giustinianeî a un *de cura urbium* di pseudo-Papiniano<sup>485</sup>, probabilmente invece tratto da un modello di prescrizioni legislative circolante in ambiente provinciale fin dal I sec. a.C.<sup>486</sup>, come parrebbe doversi tra l'altro desumere dalla corrispondenza con altri documenti di origine legislativa “provinciale” quali la

<sup>484</sup>Su cui, nella dottrina più recente, soprattutto R. MARTINI, *D.43.10: ex astynomikou monobiblou tou Papinianou*, in *AARC*, 15, 2005, pagg. 243 ss; M.L. ZINGALE, *Ancora sugli astynomoi*, in *Studi Martini*, II, Milano, 2009, pagg. 809 ss; F. VALLOCCHIA, *Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di incommodum publicum (a proposito di D.43.10.1)*, in *TSDP*, 6, 2013, pagg. 1 ss.; M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 181 ss; J.M ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pagg. 145 ss.

<sup>485</sup>La paternità dell'opera (e così la genuinità dell'attribuzione in rubrica) è stata lungamente discussa nella dottrina (una completa sintesi delle diverse soluzioni proposte si trova in M.L. ZINGALE, *Ancora sugli astynomoi*, cit., pagg. 810 ss, nonché in F. VALLOCCHIA, *Fulloniche*, cit., pagg. 5 ss): la dottrina più recente, appare orientata a negare che il frammento derivi da un'opera della giurisprudenza romana, propendendo invece per riconoscere l'origine legislativa e greca delle prescrizioni in esso contenuto (in particolare, M. AMELOTTI, *L'epigrafe di Pergamo sugli astynomoi e il problema della recezione di leggi straniere nell'ordinamento giuridico romano*, *SDHI*, 24, 1958, pagg. 80 ss (= *Scritti giuridici*, Torino, 1996, pagg. 282); R. MARTINI, *D.43.10*, cit., pag. 249; M.L. ZINGALE, *Ancora sugli astynomoi*, cit., pagg. 814 ss; F. VALLOCCHIA, *Fulloniche*, cit., pag. 17).

<sup>486</sup>Mi sembrano sagge le osservazioni di AMELOTTI (*L'epigrafe*, cit., pag. 90 nota 33), recentemente riprese da F. VALLOCCHIA (*Fulloniche*, cit., pag. 19), secondo cui appare difficile tracciare linee di ascendenza diretta tra queste diverse testimonianze, dovendosi limitare l'interprete moderno a riconoscere probabili interferenze dovute alla circolazione di modelli comuni.

*tabula Heracleensis*<sup>487</sup> e la cd. legge degli *ἀστυμικοί* di Pergamo<sup>488</sup>. Conseguentemente, la dottrina mostra di ritenere che originariamente il riferimento agli *ἀστυμικοί*, magistrati che nelle città greche ed orientali erano preposti alla manutenzione non solo delle strade ma anche degli impianti di conduzione e raccolta idrica<sup>489</sup>, non intendesse tanto tradurre in lingua greca una magistratura romana (*aediles*<sup>490</sup> o *curatores viarum*<sup>491</sup>, *quattuorviri viis in urbe purgandis*<sup>492</sup>), ma indicare piuttosto genericamente la competenza di magistrati municipali come i *duumviri* ovvero “una magistratura esclusivamente greca” e diffusa nella parte grecofona dell’Impero<sup>493</sup>. Dal punto di vista contenutistico<sup>494</sup>, il frammento riportato dai compilatori giustinianeî pare circoscrivere la competenza di questi magistrati alle ipotesi di pregiudizio alla generale e normale percorribilità delle strade cittadine: innanzitutto vigilando sui proprietari delle abitazioni prospicienti, affinché garantiscano la manutenzione “dei muri privati e delle altre pertinenze adiacenti alla via”<sup>495</sup> (D.43.10.1.1) e provvedano alla normale manutenzione di *viae* e cloache (D.43.10.1.3)<sup>496</sup>; ulteriormente, reprimendo qualunque condotta idonea a pregiudicare la transitabilità delle strade, come (in generale) scavi, edificazioni e ogni immissione di materiale sulla via (D.43.10.1.2) ovvero (in particolare) l’esposizione di materiale da parte degli artigiani (D.43.10.1.4), i combattimenti e lo scarico di cadaveri o

<sup>487</sup>In particolare la dottrina ha suggerito un raffronto tra le linee 68-72 e D.43.10.1.2, 20-23 e D.43.10.1.3. Cfr. H. LEGRAS, *La table latine d’Héraclée (la prétendue lex Iulia municipalis)*, Paris, 1907, pagg. 63 ss.; M. AMELOTI, *L’epigrafe*, cit., pag. 80, F. VALOCCHIA, *Fulloniche*, cit., pagg. 20 ss., O. ROBINSON, *Ancient Rome: city planning and administration*, London, 1992, pag. 67.

<sup>488</sup>Su cui in particolare, M. AMELOTI, *L’epigrafe*, cit.; R. MARTINI, *D.43.10*, cit., pagg. 246 ss., S. SABA, *La legge degli Astynomoi e la tutela urbanistica a Pergamo nel II secolo a. C.*, in *Quaderni lupiensi di storia e diritto*, 1, 2011, pagg. 1 ss.

<sup>489</sup>Su questa magistratura greca, con discussione della bibliografia precedente, cfr. S. SABA, *La legge di Pergamo*, cit., pagg. 7 ss.

<sup>490</sup>M. MARRONE, sv *Strade*, in NNDI, XVIII, Torino, 1971, pag. 473.

<sup>491</sup>Così G. SCHERILLO, *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, in *Iura*, 1, 1950, pagg. 204 ss.

<sup>492</sup>Così Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*<sup>3</sup>, II, Leipzig, 1887 (rist. Graz, 1963), pagg. 593 ss. e 603 ss., ripresa tra l’altro da A. GUARINO, *Storia del diritto romano*<sup>12</sup>, Napoli, 1998, pagg. 503 ss.

<sup>493</sup>Così M.L. ZINGALE, *Ancora sugli astynomoi*, cit., pag. 818.

<sup>494</sup>Si veda, A. DELL’ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, pag. 267.

<sup>495</sup>Così, R. MARTINI, *D.43.10*, cit., pag. 245.

<sup>496</sup>Per il confronto tra la procedura contemplata in questo frammento e quella prevista dalla *tabula Heracleensis*, linee 32-49 (su cui il già citato A. M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La manutenzione delle strade di Roma. Un procedimento specifico nella Tavola di Heraclea*, cit.) cfr. F. VALLOCCHIA, *Fulloniche*, cit., pag. 23.

sterco (D.43.10.1.5). Ai magistrati individuati dallo pseudo-Papiniano di D.43.10 è affidata la responsabilità di garantire la percorribilità, dunque la generale utilizzabilità, delle *viae* pubbliche esistenti in ambiente urbano.

È però evidente che nel contesto argomentativo originario del discorso ulpiano il riferimento in D.43.8.2.24 dovesse essere non già agli ἄστυμκοί cui si riferisce il frammento pseudo-papiniano, ma piuttosto a delle magistrature romane quali, in primo luogo, i *curatores viarum*: si tratta come noto di una magistratura prevista in via ordinaria a partire dal principato augusteo<sup>497</sup> le cui funzioni, accanto al compito principale di sovrintendere i lavori di costruzione o riparazione delle principali *viae publicae*, comprendevano il potere (*coercitio*)<sup>498</sup> di emanare *multae*<sup>499</sup> a tutela in primo luogo della transitabilità della superficie viaria contro ogni ipotesi di

<sup>497</sup>Augusto, incaricato dal Senato già nel 27 a.C. di rimettere in sesto la rete viaria italiana (H.E. HERZIG, *Strassenwesen*, cit., pag. 626; W. ECK, *Die staatliche Organisation Italiens in der hohen Kaiserzeit*, München, 1969, pagg. 26 ss, A. PALMA, *Le 'curae publicae'. Studi sulle strutture amministrative romane*, Napoli, 1980, pag. 186; E.P. CUHLMAN, *Curatores viarum: a study of suprintendents of highways in ancient Rome* (PhD dissertation, 1976), pagg. 21 ss), è poi investito nel 20 a.C. direttamente della competenza alla loro manutenzione, da lui poi delegata a speciali funzionari (chiamati appunto *curatores viarum*) generalmente di origine senatoria (W. ECK, *Die staatliche Organisation Italiens*, cit., pagg. 44 ss ma anche le precisazioni a pagg. 53 ss.; coerentemente del resto col progetto di rinnovata alleanza con il senato, su cui A. PALMA, *Le 'curae publicae'*, cit., pagg. 178 ss e F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.1, Napoli, 1962, pagg. 585 ss.): tale carica è senz'altro esistente – nella forma di una competenza specifica per le singole *viae* (A. PALMA, *Le 'curae publicae'*, cit., pagg. 187 ss) – in età severiana (cfr. le liste di *curatores viarum* redatte, da ultimo, da W. ECK, *Die staatliche Organisation Italiens*, cit., pagg. 80 ss) e dalla documentazione epigrafica pare doversi ammettere l'esistenza di *curatores* nei municipi (E.P. CUHLMAN, *Curatores viarum*, cit., pagg. 107 ss).

<sup>498</sup>Lo deduce, pur in assenza di riscontri specifici, E.P. CUHLMAN, *Curatores viarum*, cit., pagg. 93 ss, anche a partire dal confronto con la diversa carica dei *curatores aquarum*, afferente alla manutenzione degli acquedotti, sulle cui competenze conosciamo molto grazie alla testimonianza di Frontinus in *De aquaeductu* spec. II.129 (cfr. F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani II. L'organizzazione giuridica*, Napoli, 2012, pagg. 125 ss e A. PALMA, *Le 'curae publicae'*, cit., pagg. 197 ss). Questa osservazione solleva naturalmente l'ulteriore problema di sapere se una ripartizione di competenze come quella abbozzata da Ulpiano in D.43.8.2.24-25 tra *curatores* e giurisdizione pretoria valesse anche, pur nel silenzio delle fonti, per *flumina* e *ripae*.

<sup>499</sup>Così W. ECK, *Die staatliche Organisation Italiens*, cit., pag. 64. La procedura di emanazione e di gestione del contezioso relativo alle *multae* di questi *curatores* deve farsi rientrare nel complesso quadro delle *cognitiones extra ordinem* ovvero in quell'insieme di procedure straordinarie di esplicazione del potere giurisdizionale del *princeps* sviluppatesi a partire dall'età augustea, in parallelo con la costruzione di un sistema amministrativo autonomo dalle magistrature repubblicane e fondato sull'autorità dell'imperatore (cfr. I BUTI, *La 'cognitio extra ordinem': da Augusto a Diocleziano*, in *ANRW* II.14, Berlin-New York, 1982, pagg. 29 ss, spec. pag. 39). In quest'ottica dunque il frammento ulpiano D.43.8.2.25 rappresenterebbe, con riferimento alla tutela delle *viae publicae*, null'altro che un riparto di giurisdizione tra *ordo iudiciorum privatorum* (*interdicta de viis*) e competenze affidate alla nuova burocrazia imperiale e sottoposte alle *cognitiones extra ordinem*.



ostruzione o deterioramento<sup>500</sup>. Da questo punto di vista, dunque, i compiti dei *curatores viarum* sembrano largamente sovrapponibili a quelli della magistratura evocata nel lungo frammento D.43.10: a differenza degli ἄστυμκοί però, il cui ambito di competenza pare limitato alle strade cittadine, i *curatores viarum* di origine augustea avevano competenza sulle più importanti vie dell'Italia, collocate dunque prevalentemente in ambiente extraurbano.

Queste osservazioni possono aiutare ad affrontare il problema della concorrenza tra potere magistratuale e rimedi interdittali nella tutela delle due tipologie di strade posto dalla lettura del seguente:

D.43.8.2.25 (Ulp. 68 ad ed.) *Si viae publicae exemptus commeatus sit vel via coartata, interveniunt magistratus.*

Il frammento contempla un'ipotesi di intervento magistratuale nel caso in cui la via pubblica fosse ostruita in modo da impedire il transito. Dal punto di vista della fattispecie materiale (impedimento del normale transito viario) il caso potrebbe riferirsi tanto alle competenze degli ἄστυμκοί (polizia 'urbana') che in quelle dei *curatores viarum* (garanzia della percorribilità delle principali arterie, specialmente extraurbane. Ulpiano però non specifica a quale delle due sottocategorie prospettate nel frammento precedente – *urbicae* o *rusticae* – debba intendersi riferito il passo. Dunque, potrebbe intendersi il passo come mera esemplificazione della competenza magistratuale sulle *viae urbicae* riferita nel fr 24: in questo caso la delimitazione delle rispettive sfere d'azione tra autorità pubbliche e iniziativa privata sarebbe sovrapponibile alla distinzione tra *viae urbicae*, per le quali solo rileverebbe l'iniziativa magistratuale<sup>501</sup>, e *viae rusticae*, sottoposte invece esclusivamente alla protezione accordata dal sistema interdittale.

<sup>500</sup>E.P. CUHLMAN, *Curatores viarum*, cit., pag. 96.

<sup>501</sup>Contra A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pag. 140, ove l'autore afferma sembrargli “più verosimile che Labeone ritenga applicabile l'interdetto *in via publica itinereve publico facere immittere*...alle vie pubbliche in generale e non solo a quelle extraurbane”. Di recente seguito da F. VALLOCCHIA, *Fulloniche*, cit., pagg. 31-32.

Contrariamente si è fatto notare che accedendo a tale interpretazione la lettura congiunta dei due frammenti ulpiani sarebbe resa piuttosto difficoltosa dall'irragionevole ripetizione della competenza magistratuale con riferimento alle *viae urbanae*, nel contesto oltretutto di un commento alla fattispecie interdittale che renderebbe la digressione ancora meno comprensibile. Inoltre, come abbiamo visto, i *curatores viarum* – i magistrati cui probabilmente si riferiva Ulpiano nel suo commentario – erano incaricati di svolgere la loro attività di “polizia” sulle grandi *viae* consolari<sup>502</sup>, dunque perlopiù su segmenti di strade esterni all'ambiente cittadino. Tali considerazioni spingono a riferire il frammento D.43.8.2.25 – perlomeno nella prospettiva originaria del suo autore – alla competenza magistratuale sulle *viae rusticae*, che verrebbe così ad affiancarsi al sistema degli interdetti *de viis* creando così un doppio binario di protezione per tale categoria di strade<sup>503</sup>.

Per tentare di dare ragione di questa asimmetria, emergente dalla lettura di Ulpiano in D.43.8.2.24-25, nel riparto di competenza tra intervento diretto del magistrato e concessione di rimedi pretorii per le due tipologie di *viae publicae*, occorre dare uno sguardo generale sulle diverse esigenze e i diversi rimedi approntati per ciascuna di esse.

Nel contesto urbano i profili maggiormente rilevanti per quanto riguarda il regime giuridico delle *viae publicae* dovevano essere legati al traffico e alla densità abitativa: è in conseguenza del forte transito nelle vie urbane che la manutenzione delle infrastrutture doveva essere pronta e assidua, e perciò affidata alla competenza dei magistrati (D.43.8.2.25; D.43.10) piuttosto che all'iniziativa di privati (D.43.11 *De via publica et itinere publico reficiendo*), e soprattutto è al fine di garantire la sicurezza del transito viario che il pretore giunge ad elaborare le azioni *de effusis* e

---

<sup>502</sup>Che l'intervento magistratuale sulle *viae* extraurbane (in D.43.8.2.25) fosse prevalentemente rivolto alle grandi arterie di comunicazione è convinzione che traggio da G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 144.

<sup>503</sup>Per tutti, oltre lo stesso Ubbelohde: G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 138 nota 1; G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 144; M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., pag. 181 nota 561. Di recente infine, A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pag. 140, ove l'autore afferma sembrargli “più verosimile che Labeone ritenga applicabile l'interdetto *in via publica itinereve publico facere immittere*...alle vie pubbliche in generale e non solo a quelle extraurbane”, seguito anche da F. VALLOCCHIA, *Fulloniche*, cit., pagg. 31-32.

*de positis* (D.9.3); il profilo della densità abitativa, con i suoi inevitabili riflessi in tema di rapporti e conflitti di vicinato, spiega invece l'applicabilità alle sole vie pubbliche urbane del *ne quid in loco publico* (D.43.8.2 pr.), che proprio per il suo riferirsi essenzialmente ai possibili conflitti di interessi tra vicini nel caso di costruzione *in publico*, trova la sua ragione d'essere principalmente nel contesto urbano.

Per le *viae* extraurbane naturalmente le esigenze dovevano essere molto diverse. Innanzitutto non dovevano richiedere una manutenzione assidua, che sarebbe comunque dovuta risultare molto difficile per un'organizzazione pubblica con apparati amministrativi così esili come quella romana di epoca classica<sup>504</sup>. Pertanto la si affida normalmente all'iniziativa dei privati, tutelandola poi con l'interdetto *de via publica et itinere publico reficiendo* (D.43.11.1 pr.), che infatti pare fosse applicabile esclusivamente alle *viae publicae* su suolo privato, ovvero (ancora una volta) essenzialmente quelle extraurbane<sup>505</sup>, e parallelamente si sanziona ogni condotta che possa renderle *deteriores* attraverso la concessione degli interdetti *ne quid in via publica itinereve publico* (D.43.8.2.20 e 35). Rimane dunque da spiegare, nel quadro appena delineato, il senso della sovrapposizione delle competenze dei funzionari imperiali al regime pretorio (essenzialmente privatistico) di tutela delle *viae urbanae*: secondo Di Porto<sup>506</sup> il riparto di competenza diretta del magistrato e tutela interdittale emergente dai frammenti ulpiani andrebbe spiegata in chiave diacronica, come il progressivo affermarsi in età imperiale di un modello di tutela delle *res publicae* centralizzato, per cui l'intervento degli apparati statali sarebbe andato a sostituire la responsabilità diretta dei *cives*. In realtà per tutta l'epoca del principato l'intervento magistratuale sulle vie extraurbane dovette spesso

<sup>504</sup>Notava G. IMPALLOMENI, *Appunti dalle lezioni di storia del diritto romano*, Padova, 1993, pag. 7, che “alla cronica insopprimibile inadeguatezza della vigilanza statale, particolarmente grave fuori dai centri urbani, viene felicemente sopperito dal diritto onorario con il ricorso all'iniziativa privata mediante lo strumento interdittale”, di modo che “il privato viene incentivato a sorvegliare e ad agire in ristoro del pregiudizio risentito, con il risultato che mediante questo ritrovato l'intera rete dei beni pubblici viene efficacemente salvaguardata”.

<sup>505</sup>Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione degli *ira praediorum**, cit., pag. 15; analogamente J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pag. 194.

<sup>506</sup>A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pagg. 139 ss; ID., *Interdetti popolari e «res in usu publico»*, cit., pagg. 517 ss.

risultare poco incisivo o addirittura negligente<sup>507</sup>, per cui in realtà il senso della sovrapposizione dei due sistemi andrebbe forse meglio spiegato all'interno della più generale duplicazione di strutture amministrative tipica del regime del principato.

## 2. *La fattispecie materiale: facere immittere*

La fattispecie oggettiva rilevante per la concessione del rimedio (e dunque il contenuto oggettivo del divieto pretorio) consiste in qualsiasi danneggiamento di una via pubblica (*deterius fiat*) conseguente all'esecuzione di cambiamenti (strutturali) della sede stradale (*facere*) o all'immissione su essa di cose o materiali (*immittere*), rilevando poi naturalmente il profilo cronologico al fine di determinare l'applicazione del proibitorio (contro condotte non ancora perfette e danneggiamenti dunque solo potenziali) o del restitutorio (nel caso invece di *opus o immissio iam factum*).

Il primo profilo che balza agli occhi è l'assenza anche qui, come nella formula del *ne quid in loco publico* (D.43.8.2 pr.), della clausola terminativa *vim fieri veto*. Abbiamo già rilevato come con riferimento a quell'interdetto la tesi di Gandolfi, che vorrebbe ricondurre l'assenza di tale locuzione alla qualificabilità della condotta censurata in termini di esercizio di un'attività illecita<sup>508</sup>, si prestasse alla critica del Labruna, che dimostra come invece si tratti pure in questo caso (costruzione dell'ordine pretorio con *ne* + congiuntivo) – come nelle ipotesi di interdetti contenenti il *vim fieri veto* – di turbative nell'esercizio di facoltà altrui (in quel caso, i *commoda* tratti dalla *res in usu publico*). L'ipotesi di questo interdetto sembra di contro deporre a favore della tesi tradizionale: la descrizione della condotta oggetto della fattispecie pretoria in effetti è incentrata sul danno oggettivo alle *viae publicae*, sopravvenienza sufficiente a qualificare la condotta come illecita, e non sulla lesione della sfera giuridica di un soggetto. Non vale a dimostrare il contrario il tentativo di Labruna<sup>509</sup> di configurare l'interdetto *ne quid in via publica itinereve publico fiat*

<sup>507</sup>Cfr. in particolare W. ECK, *Die staatliche Organisation Italiens*, cit., pag. 57, ma anche E.P. CUHLMAN, *Curatores viarum*, cit., pagg. 98 ss.

<sup>508</sup>G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pagg. 99-100.

<sup>509</sup>L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pagg. 48 ss.

come essenzialmente rivolto alla tutela della “libera esplicazione da parte dell'impetrante delle normali facoltà di utilizzazione delle vie pubbliche non cittadine”<sup>510</sup>: sebbene, come già rilevato, pressoché ogni condotta oggettivamente illecita sia astrattamente ricostruibile nei termini della violazione di una facoltà altrui, mi pare che in questo caso la *ratio* di tutela dell'interdetto emerga con sufficiente chiarezza dal riferimento nella clausola interdittale al deterioramento della via<sup>511</sup>.

Prima di toccare il profilo dell'evento dannoso, occorre peraltro spendere qualche parola sulla condotta tipizzata nella clausola edittale col consueto riferimento all'endiadi *facere immittere*, dal momento che in questo caso, a differenza di quanto rilevato per il *ne quid in loco publico*<sup>512</sup>, le fonti sul punto ci tramandano una ricca casistica soprattutto con riguardo alla nozione di *immittere*<sup>513</sup>.

Emerge innanzitutto la tendenza della giurisprudenza a interpretare “nel modo più elastico”<sup>514</sup> il *verbum immittere*, in alcuni frammenti in cui Ulpiano discute la possibilità di concedere l'interdetto nel caso di immissioni atipiche:

D.43.8.2.29 (Ulp. 68 ad ed.) *Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti.*

D.43.8.2.30 (Ulp. 68 ad ed.) *Hoc interdictum etiam ad ea, quae pascuntur in via publica itinereve publico et deteriore faciant viam, locum habet.*

<sup>510</sup>L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pag. 50.

<sup>511</sup>Ciò peraltro non toglie per il resto pregio alla ricostruzione del Labruna, giacché basta aver sottolineato l'inapplicabilità dello schema tradizionale al *ne quid in loco publico* per aprire uno spazio alla sua proposta alternativa.

<sup>512</sup>Il che potrebbe ulteriormente deporre contro la tesi di Labruna: mentre con riferimento al *ne quid in loco publico* la casistica si concentrava esclusivamente sulla definizione dell'*incommodum* rilevante, evidentemente nella convinzione che la turbativa di essi fosse elemento centrale della fattispecie, l'attenzione prestata in questa sede alle modalità della condotta fanno supporre che il disvalore della fattispecie risiedesse proprio in qualche carattere oggettivamente proprio di esse.

<sup>513</sup>Specialmente nei frammenti dal 26 al 30: si veda la ricostruzione palinogenetica di Lenel (*Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., pag. 808), in cui tali passi sono riuniti nel par. 1499 rubricato “*Ad verba facere immittere quid*”. La circostanza che i compilatori abbiano posto questi frammenti a commento dell'interdetto proibitorio non impedisce che valgano a illuminare l'applicabilità del corrispettivo restitutorio.

<sup>514</sup>Così G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 162.

Nel primo passo<sup>515</sup> è discussa la possibilità di applicare l'interdetto a tutela delle *viae publicae* nel caso di una condotta che ne comprometta le condizioni di utilizzabilità *solo odore*, ovvero contaminandola con odori pestilenziali. Ulpiano in realtà qui riporta il pensiero di Nerva *pater*, come pare doversi desumere dall'*idem ait* con cui si apre il frammento e che segnala la continuità coll'argomentazione sviluppata nel passo precedente, esso pure relativo all'interpretazione del sintagma *immittere*, esplicitamente attribuito da Ulpiano a quel giurista<sup>516</sup>. Il frammento in questione si riferisce in primo luogo alla questione della natura del deterioramento della via rilevante ai fini dell'applicazione dell'interdetto *de viis*<sup>517</sup>, discutendosi se possa essere considerato *deterior* ai fini dell'applicazione del rimedio pretorio un luogo che sia stato reso *pestilentiosus*: evidentemente però questo problema implica l'ulteriore questione relativa alla qualificabilità come *immissiones in publicum* di condotte consistenti nell'immissione di mero odore<sup>518</sup>. La rilevanza giuridica di immissioni prive di consistenza materiale come quelle dei fumi appare peraltro al centro di un intenso dibattito tra i giuristi del I sec. d.C.<sup>519</sup>: si pensi al notissimo frammento di Aristone, riportato da Ulpiano in D.8.5.8.5 (Ulp. 17 ad ed.), in cui è

<sup>515</sup>Su cui A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pagg. 141 ss e M.L.LÓPEZ GALVEZ, *Actividades prejudiciales*, cit., pagg. 411 ss.

<sup>516</sup>In realtà non si capisce a quale Nerva faccia riferimento Ulpiano, se a Nerva *pater* o *filii* (cfr. R. ORESTANO, s.v. *Nerva M. Cocceio (padre)* e *Nerva M. Cocceio (figlio)* su *NDI*, XI, Torino, 1965, pagg. 233 ss). Propendeva per l'identificazione con Nerva *pater* già Lenel, che gli attribuiva il frammento (Pal. *Nerva pater* fr. 30); di recente Di Porto ha ripreso tale opinione, adducendo a sostegno anche la vicinanza dei due giuristi testimoniata dal frammento pomponiano riportato in D.1.2.2.48 (Pomp. *enchiridion*), secondo cui *et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt*. Sui problemi posti dall'utilizzo dell'*enchiridion* pomponiano come fonte di conoscenza storica sui giuristi più antichi, cfr. D. NÖRR, *Pomponius oder Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, *ANRW* II.15, pagg. 497 ss, spec. pagg. 563 ss (tr.it. *Pomponio o dell'intelligenza storica dei giuristi romani*, in *Rivista di diritto romano*, II, 2002, pagg. 167 ss, spec. pagg. 217 ss).

<sup>517</sup>In dottrina è stata peraltro avanzata l'ipotesi, soprattutto sulla base del riferimento all'espressione *locus* – che il frammento si riferisse in realtà alle condizioni di esperibilità del *ne quid in loco publico fiat* (P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 365 nota 1, di recente anche A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pag. 141). A me sembra che, accettata la ricostruzione dei diversi interdetti contemplati in D.43.8.2 come rimedi autonomi, ne derivi pianamente la riferibilità del commento ulpiano alla clausola del *ne quid in via itinereve publico fiat*.

<sup>518</sup>Sulla rilevanza di immissioni invisibili per la tutela privatistica: P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 372 e, di recente, S. SEYED-MAHDAVI RUIZ, *Die rechtlichen Regelungen der Immissionen im Römischen Recht und in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen*, Göttingen, 2000, pagg. 39 ss.

<sup>519</sup>Si veda in particolare S. SEYED-MAHDAVI RUIZ, *Die rechtliche Regelungen*, cit., pagg. 35 ss.

discussa l'esperibilità dell'*actio negatoria* nel caso di *fumum immittere*<sup>520</sup>; oppure ancora alla questione relativa all'ammissibilità dell'*actio iniuriarum* nel caso di *fumum facere* discussa da Labeone-Giavoleno in D.47.10.44 (Iav. 9 post. Lab.)<sup>521</sup>. Nella giurisprudenza del I secolo dunque, le *immissiones* di fumo o odori sgradevoli erano considerati elementi idonei a pregiudicare il rapporto del soggetto con il bene, e legittimavano pertanto la concessione dei rimedi privatistici volti a tutelarlo sia sul piano civilistico (*actio negatoria* o *actio iniuriarum*) che pretorio (*interdictum uti possidetis*). In questo quadro si iscrive dunque la discussione di Nerva-Ulpiano sulla concedibilità del *ne quid in via publica fiat* nel caso di *immissio* di *solus odor*: non sorprende dunque che il giurista del I sec. d.C.<sup>522</sup> ritenga non essere fuori luogo<sup>523</sup> (*non esse ab re*) concedere l'interdetto *de viis* nel caso di condotte consistenti nell'immissione di miasmi pestilenziali<sup>524</sup>.

<sup>520</sup>Il testo è “uno dei più noti e discussi del Digesto” (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., pag. 511 nota 15), e la bibliografia è di conseguenza sterminata. Riferimenti minimi in P. BONFANTE, *Corso*, cit., pagg. 363 ss, e *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Riv. dir. civ.* 1911, III, pagg. 517 ss. (oggi in *Scritti giuridici varii*, II, Torino, 1918, pagg. 774 ss); L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pagg. 224 ss, spec. con discussione di possibili interventi compilatori su questo passo sicuramente “non illibato” (L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pag. 225) ma sostanzialmente genuino (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., pag. 511 nota 15 oggi anche R. FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im römischen Recht*, Aachen, 1995, pag. 117); da ultimo S. SEYED-MAHDAVI RUIZ, *Die rechtliche Regelungen der Immissionen*, cit., pagg. 49 ss.

<sup>521</sup>Su cui si veda A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., pagg. 130 ss e 184 ss. Le ragioni che spinsero Labeone in quel frammento a negare l'esperibilità dell'*actio iniuriarum* rimangono sconosciute: peraltro l'opinione di Di Porto, secondo cui Labeone qui rifiuterebbe l'*actio iniuriarum* perché preferirebbe lo strumento dell'*actio negatoria* (A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pag. 142 nota 459), ben si inquadreerebbe entro quella tendenza ad estendere l'applicazione dell'*actio negatoria* oltre il campo delle servitù e fino a ricomprendervi ogni turbativa del rapporto proprietario che sarebbe stata tipica della scuola serviana (su cui A. WATSON, *The law of property in the late Roman republic*, Oxford, 1968, pagg. 177 ss e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., pagg. 501 ss).

<sup>522</sup>Ai fini della presente indagine dunque non appare determinante stabilire a quale Nerva facesse riferimento Ulpiano, dal momento che entrambi operarono nel I sec. d.C., sotto Traiano.

<sup>523</sup>Questo il significato dell'espressione *ab re esse*, come nella locuzione latina *ab re loqui* (parlare in modo inopportuno). Diversamente interpreta il passo nel senso che Nerva non concedesse l'interdetto O. ROBINSON, *Ancient Rome*, cit., pag. 78.

<sup>524</sup>P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 365 nota 1; S. SEYED-MAHDAVI RUIZ, *Die rechtliche Regelungen*, cit., pag. 34. Rimane a mio avviso di incerta interpretazione l'espressione *pestilentiosus*, giacché a me pare, a differenza della dottrina che si è occupata del passo, che in questo caso il giurista non ammettesse l'esperibilità del rimedio in ogni caso in cui la via risultasse ammorbata da un odore molesto, ma solo contro quelle immissioni di miasmi percepite come pestilenziali, da intendersi secondo il linguaggio medico dell'epoca (cfr. in particolare, J. ANDRÉ, *La notion de pestilentia à Rome*, *Latomus* 39, 1980, pagg. 3 ss.) come le esalazioni portatrici di epidemie: si veda la ricostruzione del pensiero medico antico sul punto in S. BOSCHERINI, *La medicina in Catone e Varrone*, in *ANRW*, II.37.1, pagg. 729 ss, spec. 749 ss. Sarei quindi propenso ad identificare tali

Nel passo immediatamente successivo, Ulpiano afferma la concedibilità dell'interdetto in parola contro colui che abbia fatto pascolare i propri capi di bestiame sulla via pubblica, deteriorandola. Evidentemente l'utilizzo della sede stradale come pascolo<sup>525</sup> doveva rientrare negli usi leciti del bene, dal momento che esso è interdetto solo nel caso in cui produca conseguenze dannose per le condizioni di utilizzabilità della via<sup>526</sup>.

Più complessa l'interpretazione di un altro frammento del commento ulpiano ai lemmi *facere immittere quid*:

D.43.8.2.28 (Ulp. 68 ad ed.) *Idem labeo scribit, si quis in suo ita aedificaverit, ut aqua in via collecta restagnet, non teneri eum interdicto, quia non immittat aquam, sed non recipit: nerva autem melius scribit utrumque teneri. plane si fundus viam publicam contingat et ex eo aqua derivata deteriore viam faciat, quae tamen aqua ex vicini fundo in tuum veniat: si quidem necesse habeas eam aquam recipere, interdictum locum habebit adversus vicinum tuum: si autem necesse non sit, non teneri vicinum tuum, te tamen teneri: eum enim videri factum habere, qui usum eius aquae habeat. idem nerva scribit, si tecum interdicto agatur, nihil ultra te facere cogendum, quam ut arbitrato eius qui tecum experitur cum vicino experiaris: ceterum aliter observantibus futurum, ut tenearis etiam, si iam bona fide cum vicino egeris neque per te stet, quo minus arbitrato actoris cum vicino experiaris.*

In questo passo Ulpiano riporta una controversia giurisprudenziale risalente all'età augustea<sup>527</sup>, riguardante la configurabilità in termini di *immissio*, e dunque

---

*odores pestilentiosi* in primo luogo con le esalazioni provenienti dai cadaveri, evocate peraltro nel già visto D.43.10.1.5, e pertanto dannose.

<sup>525</sup>Come noto il diritto di pascolo poteva costituire oggetto di una servitù rustica, come testimoniato tra l'altro da Ulpiano in D.8.3.1.1 (Ulp. 2 inst.): *in rusticis computanda sunt aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae.*

<sup>526</sup>Essa dunque doveva essere protetta dal misterioso interdetto contemplato in D.43.8.2.45 contro ogni ipotesi di violenza o turbativa, su cui *infra*.

<sup>527</sup>Età cui appartengono sia Labeone che Nerva: sui problemi di identificazione del Nerva cui si riferisce Ulpiano cfr *supra*.



l'applicabilità dell'interdetto *ne quid in via publica itinereve fiat*, nel caso in cui una costruzione su fondo privato incidesse sul corso di un flusso di liquidi in modo da comportare il danneggiamento della via.

La posizione di Labeone (riportata da Ulpiano) è univoca nell'escludere l'esperibilità dell'interdetto contro il costruttore *in suo*, poiché la condotta di chi smetta di ricevere uno scolo d'acqua non rientra nella nozione di *immittere* rilevante ai fini della concessione del rimedio (*quia non immittat aquam, sed non recipit*). Tale interpretazione restrittiva della nozione di *immittere* rilevante, peraltro, appare tipica del pensiero labeoniano in materia di rapporti di vicinato, in particolare in tema di esperibilità dell'*actio aquae pluviae arcendae*. Mi riferisco ai passi in cui il giurista augusteo esclude l'operatività di tale rimedio contro il costruttore *in suo* nel caso in cui l'*opus* devii un flusso d'acqua che prima scorreva a favore del vicino e così provochi la perdita di un'utilità al vicino stesso<sup>528</sup>. Penso innanzitutto a D.39.3.1.21 (Ulp. 53 ad ed.)<sup>529</sup>, dove il giurista si chiede *an posset aquae pluviae arcendae agi, si vicinus opus fecerit, ne aqua, quae alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit*, rispondendo contro la concedibilità del rimedio sulla base della considerazione che *hanc enim actionem locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit*<sup>530</sup>: per obbligare un soggetto a fornire un'utilità (positiva) infatti, occorre costituire una servitù prediale, mentre con l'*actio aquae pluviae arcendae* si può solo impedire che la condotta altrui provochi un danno. Ancora, esplicitamente Labeone in D.39.3.2.9 (Paul. 49 ad ed.)<sup>531</sup> esclude che si possa agire con l'*actio aquae pluviae arcendae* nel caso in cui l'*aedificatio* nel fondo di un vicino modifichi il corso di uno

<sup>528</sup>Su cui F. SITZIA, *Aqua pluvia e natura agri*, cit., pagg. 103 ss. Come noto una particolare lettura del ruolo di Labeone nell'elaborazione dell'*actio aquae pluviae arcendae* è stata autorevolmente proposta, anche con riferimento a questo tema, da M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura*, Bari-Roma, 2001, pagg. 102 ss.

<sup>529</sup>Labeo Pal. 350. Per una discussione dei dubbi circa la genuinità del frammento F. SITZIA, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, cit., pagg. 98 ss.

<sup>530</sup>Uguale *ratio* in 39.3.2.5 (Paul. 49 ad ed.) *hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat*. Sull'interpretazione del frammento e le critiche testuali si rinvia a F. SITZIA, *Ricerche*, cit., pagg. 88 ss.

<sup>531</sup>Labeo Pal. 351. Su cui si veda soprattutto M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano, 1940, pagg. 105 ss.

scolo d'acqua in modo da impedirne l'afflusso nel fondo e da dirottarlo sul fondo vicino, danneggiandolo.

La posizione di Labeone circa l'esperibilità dell'interdetto *de viis* appare dunque perfettamente coerente coi principii dallo stesso giurista enunciati con riferimento ai rapporti di vicinato. Diversamente Nerva crede doversi in ogni caso concedere l'interdetto in reazione a tale condotta, distinguendo peraltro in ordine alla legittimazione passiva tra la posizione del costruttore e quella del vicino da cui eventualmente provenisse il flusso deviato dall'opera, sulla base del principio per cui *eum enim videri factum habere, qui usum eius*<sup>532</sup> *aquae habeat*.

In questa difformità di opinioni Melillo<sup>533</sup> ha voluto leggere il portato della contrastata evoluzione del sistema interdittale romano di tutela delle *res in usu publico*, da una concezione originariamente legata alla tutela degli interessi privati tratti su esse “verso una chiara finalità pubblicistica”<sup>534</sup>. Secondo quest'autore la fattispecie materiale cui si riferiscono entrambe le *sententiae* sarebbe quella della costruzione privata che devii l'acqua derivata dal fondo vicino su suolo pubblico, deteriorandolo. Nella prospettiva di Labeone il costruttore dell'opera non è soggetto all'interdetto, per cui può dirsi che “l'interesse assorbente è quello del costruttore che, evitando un incomodo cui non era tenuto, ha solo ripristinato la pienezza dei suoi diritti”<sup>535</sup>: in questo senso Labeone si muoverebbe ancora nella concezione originaria per cui la tutela delle vie verrebbe in rilievo non di per sé, ma in quanto ne fosse derivato danno ai privati; diversamente per Nerva l'elemento qualificante della fattispecie concreta sarebbe invece il danno alla via pubblica, inteso già autonomamente rispetto agli *incommoda* privati, per cui occorre determinare un responsabile e dunque un legittimato passivo all'interdetto in base al criterio dell'*usus aquae*. Sebbene non sia improbabile che l'ipotesi ricostruttiva proposta da Melillo colga un aspetto non secondario della generale evoluzione del sistema di tutela delle

<sup>532</sup>Mommsen sostituisce *usum* con *ius*: cfr A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 413 ss.

<sup>533</sup>G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pagg. 190 ss. L'opinione dell'autore italiano è stata ripresa da A. PALMA, *Le strade*, cit., pag. 863 e poi, nella dottrina spagnola, da J.M. ALBURQUERUE, *La proteccion*, cit., pagg. 128 ss e V. PONTE, *Regimen juridico*, cit., pagg. 195 ss.

<sup>534</sup>G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pag. 191.

<sup>535</sup>G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pag. 193.

*res in usu publico*, forse la rilevanza accordata alla controversia riportata in D.43.8.2.28 – e in particolare alla posizione di Labeone – andrebbe ridimensionata.

Che nel pensiero di Labeone fosse assente qualsiasi istanza di tutela della via pubblica da danneggiamenti che non si ripercuotessero necessariamente in un *incommodum* per i privati è affermazione insostenibile, alla luce della lettura dei frammenti immediatamente precedenti:

D.43.8.2.26 (Ulp. 68 ad ed.) *Si quis cloacam in viam publicam immitteret exque ea re minus habilis via per cloacam fiat, teneri eum labeo scribit: immisisse enim eum videri*<sup>536</sup>.

D.43.8.2.27 (Ulp. 68 ad ed.) *Proinde et si fossam quis in fundo suo fecerit, ut ibi aqua collecta in viam decurrat, hoc interdicto tenebitur: immissum enim habere etiam hunc videri.*

A favore della riferibilità di entrambi tali passi al pensiero labeoniano possono accamparsi alcuni argomenti: nel fr. 26 è lo stesso Ulpiano che denuncia la provenienza della *sententia* da un'opera di Labeone; nel frammento successivo tale espresso riferimento manca, ma la collocazione (tra due frammenti – il 26 e il 28 – in cui Ulpiano si riferisce al pensiero labeoniano) e l'*incipit* del passo (*proinde et*) e del frammento successivo (*idem Labeo scribit*) fanno credere che tale opinione, se anche non direttamente attinta da un'opera del giurista augusteo, fosse agli occhi di Ulpiano compatibile col pensiero di Labeone. Se ciò è vero, occorre in primo luogo ammettere che in questi casi Labeone accoglie una prospettiva nettamente orientata alla tutela della via contro *immissiones* che potessero renderla *minus habilis*, sebbene astrattamente inquadrabili come esercizio di facoltà inerenti al rapporto tra fondo e proprietario<sup>537</sup>: lo scolo di una cloaca e, ipotesi ancora più rilevante, la costruzione di

<sup>536</sup>Su cui, di recente, A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pagg. 139 ss, che nelle linee essenziali pare riprendere la tesi di Melillo.

<sup>537</sup>Peraltro lo stesso Melillo pare giudicare prudentemente la posizione di Labeone all'interno di tale evoluzione giurisprudenziale, ammettendo che “in Labeone poi l'aspetto pubblicistico e privatistico si affiancano” (G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pag. 191).

un fossato per far defluire sulla via pubblica l'acqua raccolta nel fondo privato attiguo alla via. In secondo luogo tale ipotesi di concessione dell'interdetto contro chi *fossam in fundo suo fecerit ut ibi aqua collecta in viam decurrat*, risulterebbe in contraddizione, ove si accedesse all'esegesi del frammento 28 proposta da Melillo, con l'esclusione dell'esperibilità del rimedio in caso di “proprietario che operando una costruzione – che potrebbe appunto essere una fossa – ha in tal modo deviato l'acqua derivata dal fondo del vicino sul suolo pubblico”<sup>538</sup>.

La ricostruzione di Melillo della posizione labeoniana appare dunque contraddittoria: con riferimento a D.43.8.2.28 afferma che il giurista augusteo sarebbe ancora fermo a un'interpretazione privatistica dello scopo di tutela dell'interdetto *de viis*, limitata alla disciplina dei rapporti di confine, mentre con riguardo ai due passi precedenti (26-27) afferma trattarsi dell'emersione – per opera dello stesso Labeone – della natura essenzialmente pubblicistica che assume il rimedio in età più avanzata.

Per evitare tale contraddizione e stemperare la pretesa centralità della controversia nel quadro dell'evoluzione del sistema interdittale romano, si potrebbe accedere a una diversa esegesi di D.43.8.2.28: gli autori infatti, nonostante Ulpiano ci presenti le due opinioni come alternative, potrebbero invece riferirsi a due diverse fattispecie materiali.

In effetti Labeone nel frammento 28 non pare riferirsi, come vorrebbe Melillo, a un'opera idonea a deviare un flusso d'acqua proveniente dal fondo vicino e transitante sul fondo del costruttore, quanto piuttosto a una costruzione che impedisca l'afflusso del liquido dalla *via publica* al fondo privato, in tal modo determinando il ristagno sul suolo pubblico: in questo caso, poiché non vi è flusso dal fondo privato al suolo pubblico, si può affermare che il costruttore *non immittat aquam, sed non recipit*. Diversamente avverrebbe nel caso in cui la *aedificatio* su suolo privato modifichi il flusso di liquidi nel senso di determinare la fuoriuscita degli stessi dal fondo privato, poiché in questo caso l'*immissio* appare senza dubbio

---

<sup>538</sup> Così G. MELILLO (*Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit., pag. 192) riassume la posizione di Labeone nel caso controverso. *Infra* per la critica a tale esegesi.

rilevante: a questa ipotesi si riferisce sia il frammento 27, per affermare la responsabilità del costruttore nel caso in cui l'*opus in suo factum* comporti uno sversamento sulla via pubblica, sia l'opinione di Nerva in D.43.8.2.28, finalizzata ad operare una *distinctio* in relazione al soggetto tenuto dall'interdetto nel caso in cui il flusso deviato sulla via pubblica provenisse da un fondo vicino. In questo ultimo frammento, la fattispecie analizzata da Nerva sarebbe stata quella di due fondi confinanti e contigui a una *via publica*, tra i quali scorresse uno scolo d'acqua il cui corso sia a un certo momento modificato dall'*opus* costruito su uno dei fondi in modo tale da defluire sulla strada danneggiandola: in questo caso, Nerva specifica che non necessariamente sarà tenuto responsabile *ex interdicto* il costruttore, ma piuttosto il soggetto che aveva l'*usus* dell'acqua.

### 3. La fattispecie materiale: l'evento dannoso

Le condotte riconducibili alla nozione di *facere immittere* devono, per rilevare ai fini della concessione dell'interdetto *ne quid in via publica itinereve publico*, concretizzarsi in un oggettivo peggioramento delle condizioni della strada: la casistica riportata dalle fonti con riguardo ai danneggiamenti rilevanti per l'interdetto in questione indica con quale ampiezza fosse assunto il concetto di *deterius fiat* contenuto nella formula editale.

In termini generali l'estensione semantica della nozione è indicata mediante la specificazione delle possibili modificazioni dello stato della via rilevanti per l'interdetto in parola, in:

D.43.8.2.32 (Ulp. 68 ad ed.) *Deteriorem autem viam fieri sic accipiendum est, si usus eius ad commeandum corrumpatur, hoc est ad eundum vel agendum, ut, cum plane fuerit, clivosa fiat vel ex molli aspera aut angustior ex latiore aut palustris ex sicca.*

È evidente che elemento qualificante di questa definizione di deterioramento è l'effetto di impedire o diminuire la funzionalità della via per il transito (*si usus eius ad commeandum corrumpatur*) sia a piedi che con un veicolo (*hoc est ad eundum vel agendum*)<sup>539</sup>: non solo è condizione di rilevanza di tutte le specifiche ipotesi menzionate, ma si può dire che queste non sono altro che l'esemplificazione (ovviamente non tassativa) di alcune delle fattispecie in cui tale effetto può concretizzarsi. Dunque le fattispecie di modifica strutturale della strada qui considerate da Ulpiano (sconnessione del terreno, aumento della pendenza, diminuzione sede stradale, impaludamento) non rilevano di per sé, ma solo in quanto producano un effettivo peggioramento della percorribilità della via.

Questa interpretazione si pone evidentemente in contrasto con la tesi, pur autorevolmente sostenuta<sup>540</sup>, secondo cui con riferimento a qualunque *facere in via publica* il requisito della sopravvenienza dannosa perderebbe qualunque capacità selettiva, in quanto condotta certamente idonea a rendere *angustior* la sede stradale: anche in questi casi andrebbero invece valutate caso per caso le conseguenze negative dell'*opus* sulla transitabilità della via, limitando la concessione dell'interdetto a quei *facere* che incidano sulla conformazione della via in modo da comprometterne la funzionalità.

Questa osservazione aiuta a mio parere a gettar luce sul significato del frammento immediatamente successivo:

D.43.8.2.33 (Ulp. 68 ad ed.) *Scio tractatum, an permittendum sit specus et pontem per viam publicam facere: et plerique probant interdicto eum teneri: non enim oportere eum deteriores vias facere*<sup>541</sup>.

---

<sup>539</sup>Evidentemente l'endiadi *ire agere* si riferisce ai tipi fondamentali di transito terrestre tipizzati nell'esperienza giuridica romana, ovvero *iter* e *actus*.

<sup>540</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 137

<sup>541</sup>I dubbi del Beseler circa la genuinità del passo (G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, pag. 16), sono reputati sostanzialmente irrilevanti dal Branca, che reputa "non intacchino la genuinità ai fini della nostra ricerca" (G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 137 nota 1).

Anche qui Ulpiano riporta la questione non pacifica dell'applicabilità dell'interdetto nel caso di costruzione di tombini o ponti lungo una via pubblica, per concludere coi *plerique* a favore della soluzione positiva. L'esegesi del frammento proposta da Ubbelohde<sup>542</sup> potrebbe confermare l'impressione che la giurisprudenza romana tendesse ad applicare l'interdetto a prescindere dalla valutazione in concreto del danno arrecato dall'*opus*: secondo questo autore i *plerique* avrebbero inteso assoggettare tali opere all'interdetto senza distinzioni, senza che rilevasse cioè il procurato impedimento al transito della via, analogamente a quanto avveniva alle costruzioni su fondo privato (*in alieno*), indistintamente soggette all'*actio negatoria* e all'*interdetto quod vi aut clam* anche qualora non comportanti un impedimento all'utilizzabilità del fondo stesso. Evidentemente secondo questo autore la chiusa finale del passo (*non enim oportere eum deteriorem viam facere*) rappresenterebbe nient'altro che la giustificazione della presunzione di dannosità affermata nella prima parte con riferimento a tali particolari opere. È però possibile addivenire a un'esegesi alternativa, valorizzando il collegamento di tale frammento con l'elencazione contenuta nel precedente D.43.8.2.32: in quest'ottica la costruzione di tombini e ponti costituirebbe un'ulteriore esemplificazione di modificazioni della via potenzialmente riconducibile alla nozione di deterioramento rilevante per l'applicazione dell'interdetto, come quelle dunque soggette all'ulteriore valutazione circa l'idoneità in concreto a impedire o peggiorare il transito. In questo contesto esegetico il finale del frammento assumerebbe un diverso significato. I cittadini infatti avevano il diritto-dovere di provvedere alla manutenzione delle strade, tant'è che il pretore concede a tutela di quest'attività l'interdetto *de via publica et itinere publico reficiendo* (D.43.11.1 pr.), nel limite in cui però tale *refectio* non comportasse un peggioramento della condizione della strada: in questo caso non solo l'interdetto *de via reficienda* non era esperibile a tutela del soggetto che avesse provveduto alla *refectio* dannosa per la via, come testimoniato da D.43.11.1.2<sup>543</sup>, ma addirittura il

<sup>542</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario alle pandette*, cit., pag. 417.

<sup>543</sup>D.43.11.1.2 (Ulp. 68 ad ed.) *Si quis in specie refectionis deteriorem viam facit, impune vim patietur. propter quod neque latiore neque longiore neque altiore neque humiliore viam sub nomine refectionis is qui intercidit potest facere, vel in viam terrenam glaream inicere aut sternere viam*

soggetto era esposto all'interdetto *ne quid in via publica itinereve publico facias* nel caso in cui la sua attività (come appunto la costruzione di un tombino o di un ponte) risultasse peggiorativa delle condizioni della sede stradale, sulla considerazione appunto che *non enim oportere eum deterioreviam facere*.

#### 4. Rilevanza del profilo temporale del deterioramento

Così tratteggiati i confini oggettivi della nozione di *deterius* rilevante per l'interdetto in questione, occorre ora rilevare come pure il profilo cronologico della sopravvenienza dannosa che legittima l'accesso al rimedio fosse inteso in modo alquanto elastico dalla giurisprudenza, come testimonia:

D.43.8.2.31 (Ulp. 68 ad ed.) *Deinde ait praetor: " quo ea via idque iter deterius sit fiat". hoc sive statim deterior via sit, sive postea: ad hoc enim pertinent haec verba " sic fiat": etenim quaedam sunt talia, ut statim facto suo noceant, quaedam talia, ut in praesentiarum quidem nihil noceant, in futurum autem nocere debeant.*

L'effetto peggiorativo può manifestarsi sia contemporaneamente alla condotta (*statim*) sia in seguito ad essa, con l'andar del tempo (*postea*). Questa possibile dissociazione temporale tra condotta ed evento dannoso rileva diversamente a seconda che si abbia riguardo all'interdetto proibitorio o a quello restitutorio.

Nel caso di interdetto volto a inibire il compimento di un'opera non ancora completata, è evidente che tale regola non ha altro valore che di allargare il novero delle fattispecie rilevanti, potendosi accordare l'interdetto contro il soggetto che minaccia un *facere immittere* che possa arrecare un danno alla via anche a distanza di tempo dall'esperimento del rimedio: si specifica, in altre parole, che il danno potenziale rilevante per la concessione del rimedio va inteso elasticamente,

---

*lapide quae terrena sit, vel contra lapide stratam terrenam facere.*



considerando che l'eventualità dannose possono manifestarsi anche a distanza dal compimento dell'opera.

Ben diversa è la pregnanza della possibile dissociazione tra evento e condotta nel caso di interdetto restitutorio richiesto a fronte di un'opera già costruita, qualora essa abbia manifestato la sua dannosità solo a distanza di tempo dal *facere*<sup>544</sup>: mentre infatti nel caso di interdetto proibitorio – rivolto a inibire un'opera imminente o appena iniziata – si presume facilmente identificabile il soggetto che sta costruendo, diversamente nel caso di reazione contro l'*opus iam factum* si dà la possibilità che chi costruì l'opera rivelatasi dannosa non sia più nella disponibilità della stessa nel momento in cui si manifesta la sua dannosità e si richiede la concessione del rimedio. Per questo motivo la giurisprudenza romana ha approntato un particolare regime di legittimazione passiva per l'interdetto *ne quid in via publica itinereve publico restituas*<sup>545</sup>, contemplando le due distinte ipotesi dell'*opus* attualmente nella disponibilità di un soggetto diverso dal costruttore e di *derelictio* della stessa.

Per quanto riguarda il caso di dissociazione tra autore dell'opera e soggetto nella cui disponibilità essa si trova al momento della richiesta dell'interdetto restitutorio, Ulpiano è lapidario nel disegnare tanto la responsabilità di quest'ultimo in ordine alla rimozione del manufatto quanto le ragioni di politica del diritto che ispirano tale previsione:

D.43.8.2.37-38 (Ulp. 68 ad ed.) 37. *Hoc interdicto non is tenetur, qui in via publica aliquid fecit, sed is, qui factum habet. proinde si alius fecit, alius factum habet, is tenetur, qui factum habet: et est hoc utilius, quia is potest restituere, qui factum immissum habet.* 38. *Habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis*

<sup>544</sup>Anche le condotte qualificabili come *immissiones* possono teoricamente manifestare il loro potenziale dannoso a distanza di tempo, ma il caso più ricorrente – stando anche al tenore delle fonti che trattano del tema – deve essere stato quello di un *facere* che, per la sua incidenza sulla struttura fisica del bene, risulta più idoneo a manifestare la propria dannosità a distanza di tempo dalla sua realizzazione.

<sup>545</sup>Ma tale regime, che Ulpiano disegna *ex professo* per l'interdetto *de viis* restitutorio, è implicitamente richiamato con riferimento ad altri interdetti costruiti sulla endiadi *facere immittere*: in particolare D.43.12.1.22 e D.43.13.1.13.

*fruitur, sive ipse opus fecit sive ex causa emptionis vel conductionis vel legato vel hereditate vel quo alio modo adquisiit*

Di regola dunque l'interdetto restitutorio in parola si rivolge contro il soggetto che ha la disponibilità dell'*opus* al momento della denuncia al pretore, ovvero – come si evince dal fr. 37 – l'attuale possessore a prescindere dalla natura originaria o derivata del titolo su cui il suo possesso si fonda, e dunque anche qualora questi sia diverso dall'*auctor operis*: e ciò, ci spiega Ulpiano, è logico e coerente con la natura del mezzo in questione, finalizzato alla restituzione in pristino della via, poichè l'ordine pretorio risulta efficace solo se rivolto al soggetto che tale rimozione può materialmente portare a termine<sup>546</sup>; ma pure, aggiungiamo noi nel silenzio delle fonti, con la rilevanza, affermata in D.43.8.2.31, del deterioramento manifestatosi a distanza di tempo dalla costruzione, quando cioè l'*opus* poteva essere passata nella disponibilità di un soggetto diverso in seguito a vicende *latu senso* successive. Nonostante l'apparente linearità della ricostruzione ulpiana del regime di legittimazione passiva emergente da D.43.8.2.36-37, univocamente e indistintamente costruito sul criterio dell'attuale disponibilità del bene a prescindere dalla qualità di *auctor operis*, è lo stesso giurista a indicare due profili di complessificazione di tale modello.

In primo luogo con riferimento all'ipotesi di non coincidenza tra possessore e autore il quadro è complicato dall'operare di un ulteriore criterio di individuazione del soggetto tenuto dall'interdetto, come si evince da:

D.43.8.2.42 (Ulp. 68 ad ed.) *Hoc interdictum locum habet etiam adversus eum, qui dolo malo fecit, quo minus possideret vel haberet: etenim parem esse condicionem oportet eius, qui quid possideat vel habeat, atque eius, cuius dolo malo factum sit, quo minus possideret vel haberet: et mihi videtur vera labeonis sententia.*

---

<sup>546</sup> Così A. UBBELOHDE, *Commentario alle pandette*, cit., pag. 420 e G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 157

Ulpiano riporta come *vera* un'opinione di Labeone secondo cui, nell'ipotesi in cui l'attuale possessore sia persona diversa dall'autore dell'opera, quest'ultimo risulta comunque legittimato passivo qualora abbia rinunciato alla disponibilità del bene *dolo malo*. Che si tratti di un'ipotesi di responsabilità concorrente, di per sé non idonea a escludere l'esperibilità dell'interdetto contro il possessore, è segnalato dal ricorso all'avverbio *etiam* nonché dalla esplicita parificazione della condizione del possessore a quella del non possessore in mala fede, con formula che trova sanzione di regola generale tra i frammenti *De diversis regulis antiquis* (D.50.17)<sup>547</sup>:

D.50.17.150 (Ulp. 68 ad ed.) *Parem esse condicionem oportet eius, qui quid possideat vel habeat, atque eius, cuius dolo malo factum sit, quo minus possideret vel haberet.*

Ulteriormente, e nonostante in D.43.8.2.36-37 non emerga alcun elemento di differenziazione nel contenuto della responsabilità dell'*auctor* rispetto a quella del *possessor*, la lettura del successivo frammento 43 farebbe pensare a una mitigazione della responsabilità del mero possessore (non *auctor*):

D.43.8.2.43 (Ulp. 68 ad ed.) *"restituas" inquit. restituere videtur, qui in pristinum statum reducit: quod fit, sive quis tollit id quod factum est vel reponat quod sublatum est. et interdum suo sumptu: nam si ipse, quo qui interdixit, fecerit, vel iussu eius alius, aut ratum habitum sit quod fecit, ipse suis sumptibus debet restituere: si vero nihil horum intervenit, sed habet factum, tunc dicemus patientiam solam eum praestare debere.*

Nella prima parte del frammento Ulpiano descrive il contenuto dell'obbligo di *restituere* contenuto nell'ordine pretorio: la rimessa in pristino dello stato della cosa nella condizione antecedente alla condotta dell'impetrato, effetto ultimo cui mira l'interdetto, può a seconda dei casi richiedere la rimozione dell'opera (*tollit id quod*

<sup>547</sup> Così anche in O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., pag. 809.

*factum est*) ovvero il rifacimento di qualcosa che fosse stato tolto (*reponat quod sublatum est*). Più controversa l'esegesi della seconda parte del frammento, contenente una differenziazione nel regime della responsabilità del legittimato passivo in ragione dell'assoggettamento o meno alle spese necessarie per il ripristino (*et interdum suo sumptu*): esse saranno addebitate al legittimato passivo qualora egli sia anche l'*auctor* dell'opera o in ogni caso in cui la modificazione della via sia stata eseguita per suo comando o con la sua successiva approvazione; fuori da queste ipotesi, il soggetto responsabile perché *factum habet* (D.43.8.2.37-38) è tenuto solo a *praestare patientiam* ovvero a tollerare che le cose su cui si trova ad avere la disponibilità siano rimesse in pristino con suo svantaggio<sup>548</sup>. Se dunque l'opera fosse stata realizzata da un soggetto diverso dall'impetrato, questi avrebbe dovuto tollerare che l'attore intervenisse sull'*opus* al fine di ripristinare lo stato della via ma non sarebbe stato convenibile per la rifusione delle spese sopportate. Tale regime di responsabilità differenziato tra possessore che *factum habet* e *auctor operis*, lungi dal costituire una peculiarità dell'interdetto in esame, appare analogo a quello previsto per l'*actio aquae pluviae arcendae*<sup>549</sup> e per l'interdetto *quod vi aut clam*<sup>550</sup>.

Come detto, che tale fosse il regime anche in epoca classica è questione controversa: in particolare Scherillo, a partire dalla convinzione della non classicità dei riferimenti al *patientiam praestare*<sup>551</sup>, ha avanzato l'ipotesi che tale mitigazione

<sup>548</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario alle pandette*, cit., pag. 424; analogamente V. PONTE, *Regimen iuridico*, cit., pag. 200.

<sup>549</sup>Cfr. In particolare le precise osservazioni di F. SITZIA, *Ricerche*, cit., pagg. 111 ss.

<sup>550</sup>Si veda in particolare in Paul. 67 ad ed., D.43.24.16.2 dove il giurista sembra individuare tre classi di legittimati passivi a questo rimedio (peraltro solo restitutorio): “Chi è possessore dell’opera effettuata *vi aut clam*, ma non autore della stessa (*qui possidet nec fecit*), è tenuto a tollerare che l’interessato (colui che ha interesse a che l’opera non venga realizzata) provveda affinché le cose vengano ricondotte nel pristino stato (*patientiam praestare*). Chi, invece è autore dell’opera, ma non possiede (*qui fecit nec possidet*), deve sostenere la spesa della *restitutio*. Se, poi, le due qualità, di possessore dell’opera e di autore della stessa, coincidono in capo alla stessa persona (*fecit, si possidet*), costui, allora, è tenuto ad adempiere ad entrambi gli obblighi” (Così I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, 1998, pag. 42). Una discussione dei problemi complessivamente posti dal passo in I. FARGNOLI, *Studi*, cit., pagg. 41 ss.

<sup>551</sup>Che il *patientiam praestare* segnalasse senz'altro un intervento compilatorio era opinione diffusa nella dottrina meno risalente: cfr. in particolare G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, pagg. 93 ss., spec. pagg. 188 ss; per una ricostruzione meno drasticamente interpolazionistica, cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., pag. 517 nt. 3. Con riferimento al regime dell'*actio aquae pluviae arcendae*, considerava non classica (ma non giustianea) la limitazione della responsabilità del possessor non auctor ancora M. SARGENTI, *L'actio*, cit., pag.

della responsabilità del mero possessore fosse di origine giustiniana, come l'analoga ipotesi in tema di *actio aquae pluviae arcendae*<sup>552</sup>: “nel diritto classico la responsabilità era la stessa nei due casi”<sup>553</sup>, giacché il convenuto non poteva sottrarsi alla condanna nel successivo *iudicium arbitrium* altrimenti che ottemperando all'ordine di *restituere* contenuto nell'interdetto<sup>554</sup>. Le più recenti ricerche hanno invece dimostrato la genuinità dei riferimenti al *patientiam praestare* nelle fonti<sup>555</sup>, in particolare con riferimento alla disciplina dei rapporti di vicinato approntata dall'*actio aquae pluviae arcendae*<sup>556</sup> e dall'*interdictum quod vi aut clam*<sup>557</sup>. Conseguentemente, le ragioni per dubitare della genuinità del riferimento al *patientiam praestare* nella disciplina della legittimazione passiva all'interdetto *ne quid in via itinereve publico fiat ut restituatur* mi sembrano venute meno.

Dunque se l'*auctor operis* non è più nella disponibilità della cosa al momento dell'intervento pretorio, legittimato passivo all'interdetto sarà il soggetto che è giunto ad avere la disponibilità sulla cosa e cumulativamente ad esso pure *qui opus fecit* nel caso in cui *dolo malo habere desiit*.

L'altra ipotesi presa in considerazione dalle fonti è quella in cui l'autore dell'opera abbia perso la disponibilità della stessa *sine dolo malo* e non sia individuabile alcun soggetto che possa vantare un rapporto possessorio con essa: l'ipotesi della *res derelicta*<sup>558</sup>. In questi casi, non potendo operare il criterio del

---

112; con riferimento alla disciplina dell'*interdictum quod vi aut clam* cfr. le osservazioni di I. FARGNOLI, cit., pagg. 41 ss.

<sup>552</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 158, seguito da J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pag. 110 ss.

<sup>553</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 158.

<sup>554</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 158 nota 2. Sull'esecuzione degli ordini interdittali restitutori si vedano le osservazioni di G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pagg. 101 ss.

<sup>555</sup>Cfr. in particolare la fondamentale ricerca di F. PETERS, *Das 'patientiam praestare' im klassischen römischen Nachbarrecht*, in *SDHI*, 35, 1969, pagg. 135 ss.

<sup>556</sup>Da ultimo F. SITZIA, *Aqua pluvia*, cit., pagg. 55 ss.

<sup>557</sup>F. PETERS, *Das patientiam praestare*, cit., pagg. 190 ss, Si è peraltro dubitato da più parti che tale regime, pur classico, fosse sconosciuto a Labeone (cfr. gli autori citati, in senso adesivo, da I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione*, cit., pag. 44 e da L. PARENTI, *Osservazioni sul «patientiam praestare» in Labeone*, in *TSDP*, 5, 2012, che sostiene invece la genuinità dei riferimenti labeoniani al *patientiam praestare*).

<sup>558</sup>Per uno sguardo sui diversi approcci in tema di *derelictio* e *res pro derelicta habita* maturati nella dottrina romanistica, cfr. L. VACCA, *'Derelictio' e acquisto delle 'res pro derelicto habitae'*. *Lettura delle fontie tradizione romanistica*, Milano, 1984, spec. pagg. 45 ss.

*factum habere* espresso da Ulpiano in D.43.8.2.37-38 e nemmeno la regola della parificazione al possessore dell'autore in mala fede (D.43.8.2.42)<sup>559</sup>, i giureconsulti più antichi finivano in sostanza per lasciare un vuoto di tutela.

D.43.8.2.39 (Ulp. 68 ad ed.) *Unde Ofilius putat eum, qui pro derelicto reliquit id opus quod fecit, si viam publicam corrumpit et reliquit, non teneri hoc interdicto: non enim habet quod fecit., sed an in eum actio debeat dari, videbimus. et puto utile interdictum competere, ut, quod in via publica aedificavit, restituat. 40. Si ex fundo tuo arbor in viam publicam sic ceciderit, ut itineri sit impedimento, eamque pro derelicto habeas, non teneri Labeo scribit: si tamen, inquit, actor sua impensa arborem tollere paratus fuerit, recte tecum acturum interdicto de via publica reficienda. sed si pro derelicto non habeas, recte tecum agi hoc interdicto.*

Le posizioni di Ofilio e Labeone (entrambi giuristi vissuti attorno al I sec. a.C.) riportate da Ulpiano sono evidentemente sovrapponibili: il primo afferma, in via generale, che il costruttore che abbandoni l'opera *pro derelicto*, sebbene questa si riveli deteriorata per la via pubblica, non è tenuto dall'interdetto perché *non habet quod fecit* (e – naturalmente – perché la perdita della disponibilità non avvenne *dolo malo*); Labeone si confronta invece con il caso concreto di un albero abbattuto che dal fondo contiguo alla strada risulta in essa *immissum*: anche in questo caso, qualora il proprietario *arborem pro derelicto habeat* (ovvero non manifesti volontà di *dominium* sull'albero)<sup>560</sup>, egli non può essere convenuto con l'interdetto restitutorio in questione, ma deve tenersi pronto a sopportare le spese per la rimozione da parte di un terzo impetrante il *de via publica reficienda* (D.43.11)<sup>561</sup>. Dunque di fronte alla

---

<sup>559</sup>Stando alle parole di Ulpiano, che riferisce tale regola a una *Labeonis sententia*, l'operatività di tale criterio di responsabilità deve essere stata conosciuta già almeno in epoca augustea. Dubbi si potrebbero avanzare sulla conoscenza di questa regola da parte di Ofilio, citato in D.43.8.2.39.

<sup>560</sup>A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., pag. 119. Tale passo è richiamato da S. ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padova, 1933, pagg. 32 ss, a dimostrazione che nel pensiero giurisprudenziale classico poteva aversi *pro derelicto* la cosa che il *dominus* non possiede più (*derelictio solo animo*), a sostegno della sua ricostruzione della *derelictio* come essenzialmente fondata sull'*animus derelinquendi*: contra, L. VACCA, *Derelictio*, cit., pagg. 79 ss.

<sup>561</sup>Interdetto che *habet condemnationem in id quod actoris intererit* (D.43.11.1.3).

medesima fattispecie, di *res* abbandonata *pro derelicto* in seguito a un *facere* (fr. 39: *opus quod fecit*) o a un *immittere* (fr. 40: *arbor immissa*), i due giuristi danno la medesima soluzione di diritto, nel senso di escludere l'applicabilità dell'interdetto: egli non è tenuto responsabile del deterioramento della via in quanto tale ma solo eventualmente, delle spese sostenute per eliminare l'ingombro. È Ulpiano, che scrive a uno stadio più avanzato dell'esperienza giuridica romana, a menzionare la possibilità di concedere un *interdictum utile* contro il costruttore che avesse abbandonato la disponibilità dell'opera anche *sine dolo malo*<sup>562</sup>: a questo punto dell'elaborazione giurisprudenziale il regime di legittimazione passiva era dunque costruito in modo tale da garantire un alto grado effettività dell'ordine pretorio di restituzione in pristino.

##### 5. Legittimazione attiva

Così esaurita la problematica relativa alla legittimazione passiva dell'interdetto restitutorio *ne quid in itinere fiat, ut restituas*, profilo su cui le fonti giustinianee tramandano una casistica rilevante, occorre ora ritornare alla disciplina generale dell'interdetto *ne quid in via publica fiat* e affrontare il problema della legittimazione attiva, dei soggetti cui era concesso accedere a tali rimedi.

Diversamente da quanto visto per il *ne quid in loco publico* (43.8.2 pr.), con riferimento a tali interdetti contro i *facere* e *immittere in via itinereve publicis* la dottrina è concorde nell'accettare la legittimazione del *quivis ex populo*<sup>563</sup>, e ciò fondamentalmente sulla base di due ordini di considerazioni esegetiche. Innanzitutto la diffusività della legittimazione è argomentabile dall'assenza nella formula interdittale di qualsiasi riferimento testuale a una particolare condizione soggettiva: l'ordine è costruito in modo del tutto impersonale, senza che il rimedio sia rivolto a

<sup>562</sup>Secondo F. BETANCOURT (*Derecho romano clasico*, Siviglia, 2007, pag. 268) si tratterebbe di una previsione interdittale autonoma (*quod in via publica itinereve publico, qui pro derelicto reliquit id opus quod fecit, si viam publicam iterve publico corruptit et reliquit, restituas*).

<sup>563</sup>C.G BRUNS, *Le azioni popolari*, cit., pagg. 71 ss specialmente affermazione esplicita in tal senso a pag. 74; C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., pagg. 84 ss; A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 418; G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag 162; G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., pag. 158.

qualcuno (come nelle formule *ei interdictum dabo*), né la fattispecie oggettiva contiene alcun elemento di individualizzazione (come il “*damnum illi*” nel caso del *ne quid in loco publico*). In secondo luogo la dottrina mostra di attribuire valore assorbente all'affermazione – contenuta in un passo del commento ulpiano al proibitorio (D.43.8.2.34) – secondo cui si tratterebbe di un *interdictum popolare*:

D.43.8.2.34 (Ulp. 68 ad ed.) *Hoc interdictum perpetuum et popolare est condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit.*

Ma sulla decisività di tale affermazione al fine di stabilire il regime di legittimazione dell'interdetto pesano naturalmente le incertezze relative ai criteri per ricostruire la nozione di *popularitas*: ove si accettasse l'interpretazione tradizionale, entro cui si muove la dottrina ottocentesca (nonostante la polemica circa la qualificazione dogmatica complessiva dell'istituto), che ricollega alla *popularitas* quantomeno la caratteristica minimale della legittimazione del *quivis ex populo*, tale passo certamente corroborerebbe la tesi desumibile dagli argomenti testuali suddetti; laddove invece si accogliesse la tesi del Casavola<sup>564</sup>, per cui “*popularis*” sarebbe mera qualificazione atecnica riferita alla natura individualistica dell'interesse tutelato da rimedi caratterizzati da regimi di legittimazione differenziati, tale qualificazione non potrebbe certo assumersi come dirimente per stabilire il regime di legittimazione attiva.

---

<sup>564</sup>F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, Napoli, 1958, spec. pagg. 16 ss.



## 2. INTERDETTO '*QUO MINUS ILLI VIA PUBLICA ITINEREVE PUBLICO IRE AGERE LICEAT, VIM FIERI VETO*' (D.43.8.2.45)

Gli interdetti finora considerati mirano a reprimere, pur secondo diverse prospettive di tutela, fattispecie qualificabili come *facere* o *immittere*: tanto il *ne quid in loco publico* che i due speculari contro il deterioramento della sede stradale sono attivabili a fronte di condotte oggettivamente incidenti sullo stato fisico della via: il primo per prevenire potenziali turbamenti dei *commoda* individualmente tratti dal rapporto con il *locum publicum*, i secondi per evitare impedimenti della pubblica utilizzabilità della via stessa o per reagire contro essi.

Segue invece una diversa prospettiva di tutela l'ultimo degli interdetti considerati da Ulpiano nel lungo frammento contenuto in D.43.8, il cosiddetto *ut in via publica ire agere liceat*<sup>565</sup>. Si tratta peraltro di una testimonianza alquanto scarna, consistendo in un unico paragrafo contenente la formula edittale dell'interdetto<sup>566</sup>, sprovvisto di qualsiasi commento o spiegazione.

D.43.8.2.45 (Ulp. 68 ad ed.) *Praetor ait: " quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto"*.

Si tratta come detto dell'unica testimonianza diretta dell'esistenza di una simile previsione interdittale, che per il resto pare richiamata in modo episodico e con differente dicitura in pochi altri testi. Innanzitutto nel frammento paolino contenente la già discussa classificazione degli interdetti secondo la loro causa

<sup>565</sup>La bibliografia su questo interdetto appare scarna, come del resto l'attenzione ad esso riservata dai pochi autori che ne hanno almeno tangenzialmente trattato: la ricognizione più completa rimane quella di A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 425 ss, mentre gli ultimi contributi di un qualche rilievo sono quelli di J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pagg. 142 ss (sostanzialmente analogo a quanto già in Id., *Consideraciones en materia de proteccion vial : in interdicto "ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve deterius sit fiat": (D.43.8.2.20)*, in *El derecho de familia y los derechos reales en la Romanística española (1940-2000)*, Huelva, 2001, pagg. 185 ss. spec. pagg. 206 ss.) e V. PONTE, *Regimen*, cit., pagg. 202 ss. Accenni in A. BERGER, *Interdictum*, cit., pag. 1655. Stranamente non contemplato nel lavoro di Labruna sul valore della formula *vim fieri veto*.

<sup>566</sup>Cfr. la ricostruzione di O. LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., pag. 459. Accetta la formulazione riportata da Ulpiano come testo della formula edittale pure D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., pag. 91.

(D.43.1.2.1), il giurista espressamente accenna a un *interdictum ut via publica uti liceat*<sup>567</sup>. Ancora Paolo, in un altro luogo del suo commentario *ad edictum*, pare accennare all'esistenza di un tale interdetto:

D.3.3.42 pr. (Paul. 8 ad ed.) *Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est merito eum qui de via publica agit et privato damno ex prohibitione adficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem. Multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is ad quem ea res pertinet*<sup>568</sup>.

La centralità di Paolo come testimone dell'esistenza di tale interdetto è peraltro confermata da uno sguardo alle fonti non giustiniane. Le testimonianze paoline contenute nel Digesto, devono infatti essere integrate con il passo delle *Pauli sententiae*<sup>569</sup> dove l'autore pare fare riferimento all'interdetto in questione:

P.S. 5.6.2 *Ut interdictum, ita et actio proponitur, ne quis via publica aliquem prohibeat. Cuius rei sollicitudo ad viarum curatores pertinet, a quarum munitione nemo exceptus est. Si quis tamen in ea aliquid operis fecerit, quo commeantes impediuntur, demolito opere condemnatur.*

Nella prima frase in effetti, sembrerebbe abbastanza chiaro l'accento a un rimedio volto a reprimere le condotte di chi impedisca l'uso della *via publica*. Perlomeno due osservazioni suggeriscono però di non sopravvalutare l'affidabilità di tale testimonianza. Innanzitutto non appare chiaro il doppio riferimento a un

<sup>567</sup>D.43.1.2.1 (Paul. 63 ad ed.) ...*Publicae utilitatis causa competit interdictum "ut via publica uti liceat" et "flumine publico" et "ne quid fiat in via publica"*...

<sup>568</sup>Sull'identificazione del citato interdetto (individuato con l'espressione a-tecnica *agere de via publica*) sono state peraltro sollevate perplessità, riportate da A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 426, su cui *infra*.

<sup>569</sup>Come noto la storiografia relativa a questo documento appare ondivaga: in particolare alla *communis opinio* circa la non autenticità del testo, fondata sulla celebre monografia di Levy del 1945, si è recentemente contrapposto un filone dottrinale diretto a rivalutare la possibilità di un'attribuzione effettiva del contenuto del testo a Giulio Paolo (ad esempio R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*<sup>3</sup>, Bologna, 2006, pagg. 83 ss). Per una ricostruzione della vicenda si veda da ultimo J. RUGGIERO, *Immagini di ius receptum nelle Pauli sententiae*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009, pagg. 436 ss.

*interdictum* e all'equivalente *actio* che dovrebbe dividerne lo scopo di tutela: la dottrina è infatti divisa tra quanti sostengono trattarsi di un'azione autonoma e quelli che tendono invece a ravvisarvi il riferimento alla *actio ex interdicto* che avrebbe introdotto il corrispondente *iudicium secutorium*. A sostegno di questa ultima interpretazione riposano, a mio avviso, sia la stretta interdipendenza stabilita (innanzitutto a livello sintattico) tra i due rimedi, che la chiusa del frammento in cui si fa riferimento ad una *condemnatio* avente ad oggetto la rimessa in pristino dei luoghi attraverso la demolizione del manufatto stesso. Epperò è proprio l'ultima parte del passo a sollevare le maggiori perplessità con riguardo alla possibilità di riferire la testimonianza all'interdetto riportato da Ulpiano in D.43.8.2.45. L'autore del frammento si riferisce infatti alla rimozione di un *opus* che ingombri la via impedendovi il transito (*commeantes impediatur*), ma tale affermazione appare in contrasto con la natura dell'interdetto qui discusso, il quale appare invece centrato sulla repressione della *vis*, dunque un'intrusione nella sfera personale tale da impedire l'utilizzo delle *viae*, piuttosto che sulla costruzione di manufatti in grado di peggiorare lo *status* della *via*. La chiusa del passo potrebbe dunque far pensare che l'autore si riferisca piuttosto agli *interdicta de viis* (all'interdetto restitutorio in D.43.8.2.35 e al *iudicium* instaurato in seguito alla sua violazione da parte dell'impetrato), coi quali il pretore sanzionava i *facere* e *immittere in via publica* da cui derivasse un peggioramento delle condizioni di percorribilità della strada. In ogni caso, e stante la persistente incertezza sulla datazione e l'attendibilità delle *Pauli Sententiae* in generale, la testimonianza non appare credibile al fine di ricostruire il regime dell'interdetto *quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat*.

Uno spunto interessante è fornito piuttosto da Ulpiano che, commentando l'interdetto *ut in flumine publico navigare liceat* (D.43.14), sottolinea l'analogia di quel rimedio con l'interdetto posto a tutela di colui che sia proibito nell'utilizzo della via (*ei, qui via publica uti prohibeatur, interdictum*)<sup>570</sup>, evidentemente richiamando l'interdetto da egli stesso riportato in D.43.8.2.45.

<sup>570</sup>D.43.14.1.1 (Ulp. 68 ad ed.) *Hoc interdicto prospicitur, ne quis flumine publico navigare prohibeatur: sicuti enim ei, qui via publica uti prohibeatur, interdictum supra propositum est, ita hoc quoque proponendum praetor putavit.*

Per il resto le fonti giustiniane non riportano alcun frammento dedicato ad illustrare la disciplina o a fornire la casistica di tale rimedio, ciò che naturalmente rende difficile e in definitiva aleatoria ogni puntuale ricostruzione del suo regime: l'unico dato emergente da una prima lettura dei frammenti sopra riportati, unanimemente accolto dalla dottrina come elemento qualificante della fattispecie rispetto alle altre previsioni interdittali relative alle vie, è il riferimento del divieto pretorio a condotte direttamente (di per sé) idonee a turbare il normale utilizzo (*uti; ire agere*) della via da parte di chiunque<sup>571</sup>: l'intervento del pretore non si concentrerebbe qui sulle conseguenze negative (per i *commoda* individuali o per le condizioni materiali di utilizzabilità della strada) di attività materialmente rivolte alla *res*, quanto piuttosto su condotte immediatamente idonee a impedire ai singoli cittadini l'esercizio della facoltà di ciascuno di utilizzare *iure civitatis* le *viae*. Un'analisi puntuale, sebbene sommaria dato lo stato delle fonti<sup>572</sup>, ci permetterà di precisare tale impressione.

Con riferimento al suo ambito applicativo, in assenza di un'espressa limitazione analoga a quella riportata da Ulpiano a commento della formula interdittale *ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via deterius fiat* (D.43.8.2.24), bisogna concludere con Ubbelohde<sup>573</sup> che per l'applicazione di tale interdetto non rilevasse la natura *urbica* o *rustica* della via su cui la condotta si fosse consumata. L'opposto tentativo<sup>574</sup> di dimostrare l'operatività della limitazione alle vie extraurbane anche per questo interdetto non pare supportato da adeguati riscontri nelle fonti: innanzitutto l'argomento fondato sul collegamento tra questa previsione

---

<sup>571</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 156 per cui l'interdetto in parola tutelerebbe le facoltà d'uso generale, e in particolare "il libero passaggio sulle vie pubbliche"; G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit. pag. 154; V. PONTE, *Regimen*, cit., pag. 202: "Hay que resanar que se acusa una gran diferencia en relacion a los tres interdictos anteriores ya comentados: ahora se va contra el impedimento a que las personas usen la *vía publica*"; J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pag. 142 sostiene che tale fattispecie interdittale fosse introdotta "con la finalidad de reprimir los actos dirigidos a obstaculizar el uso publico".

<sup>572</sup>Di cui già si rammaricava A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 425.

<sup>573</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario alle pandette*, cit., pag. 427.

<sup>574</sup>Già in Heimbach, riportato da A. UBBELOHDE, *Commentario alle pandette*, cit., pag. 427. Di recente mostra di aderire a tale prospettiva, senza fornire alcun argomento a suo sostegno, J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pag. 143, dove riferisce tale interdetto alla tutela della "red viaria publica rustica".

interdittale e le precedenti contenute nel medesimo frammento (D.43.8.2) non appare dirimente giacché, come già ricordato, essa dipende da scelte dei compilatori e non del pretore e perché comunque il raggruppamento sotto lo stesso titolo non ha impedito agli stessi giustinanei di valorizzare il particolare ambito applicativo del *ne quid in via publica itinereve* rispetto al *ne quid in loco publico* (D.43.8.2.24); né tantomeno una tale restrizione troverebbe giustificazione nella *ratio* di tutela di tale rimedio poiché se per gli interdetti volti a impedire il deterioramento del bene *via* lo stesso obiettivo poteva essere delegato all'attività amministrativa dei *curatores viarum*, altrettanto non si può dire per un rimedio volto a impedire condotte che turbino l'esercizio le normali facoltà di utilizzazione attraverso una diretta incidenza nella sfera personale del *civis*<sup>575</sup>: dunque la limitazione alle sole vie rustiche degli interdetti contro i *facere* e *immitere in via publica* riveste carattere eccezionale. Seguendo la stessa linea argomentativa, di valutazione della coerenza del campo applicativo con la *ratio* di tutela deducibile dalla concreta disciplina emergente dalle fonti, si può specularmente escludere che possa valere per l'applicazione di questo interdetto la limitazione alle *viae* costruite su suolo pubblico, valido invece per il *ne quid in loco publico*: la rilevanza della funzione oggettiva di pubblico utilizzo nello scopo di tutela dell'*ut via publica itinere publico ire agere licet*, avvicina in questo caso tale rimedio a quelli relativi al deterioramento delle *viae* (D.43.8.2.20 e 35), per cui le fonti stabiliscono espressamente l'applicabilità alle strade qualificate come pubbliche sulla base del dato della loro destinazione al pubblico utilizzo (D.43.8.2.21-23)<sup>576</sup>.

Un'analisi lemmatica dello schema di formula riportato da Ulpiano in D.43.8.2.45 può aiutare a gettare qualche lume sulla fattispecie materiale presa in considerazione dal pretore nella predisposizione del rimedio in questione.

<sup>575</sup>Così A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 427, ripreso anche da V. PONTE, *Regimen*, cit., pag. 203.

<sup>576</sup>In questo senso ancora una volta A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 427. Un indizio dell'applicabilità dell'interdetto alle *viae* su suolo privato ma destinate al pubblico utilizzo potrebbe venire dal ricorrere anche qui della locuzione *ire agere*, presente pure in D.43.8.2.21: il significato di tale locuzione, e in generale il criterio alla base della classificazione delle vie in pubbliche e private in quel passo è però - come sopra ricordato - talmente incerto da rendere questo avvicinamento una mera suggestione.

Un primo elemento testuale per ricostruire i termini della fattispecie presa in considerazione dal pretore nell'emanazione di tale interdetto si può desumere dall'utilizzo del pronome personale *illi* nella formulazione del divieto pretorio. Come già per l'interdetto *ne quid in loco publico*, riferire l'impedimento dell'uso generale rilevante per la concessione dell'interdetto a uno specifico soggetto significherebbe accampare un argomento importante a favore di un regime di legittimazione dell'interdetto ristretto al soggetto concretamente impedito. La maggior parte degli autori<sup>577</sup> mostra però di non accordare rilevanza a questo argomento testuale, per accogliere la lettura in termini di legittimazione del *quivis ex populo* basata su una diversa esegesi delle fonti e suggerita dall'inespressa convinzione che la tutela dell'uso comune debba accompagnarsi necessariamente a un regime di legittimazione 'popolare'. Di contro si è sottolineato come proprio tale profilo dell'interdetto rappresenti un elemento di complessità nel quadro degli interdetti che *publicae utilitatis causa competunt*<sup>578</sup>: pur tutelando l'*usus publicus* del bene, ovvero la possibilità per i cittadini di accedere alla via pubblica e di goderne in ragione della sua ordinaria destinazione d'uso, la concessione del rimedio presuppone pur sempre che venga con esso denunciato il pregiudizio concretamente subito dall'impetrante e non un generico impedimento in alcun modo riferibile a un determinato individuo.

È però soprattutto la presenza della formula terminativa *vim fieri veto*, assente invece nella formulazione degli interdetti fin qui visti, a suggerire alcune riflessioni. Tale costruzione della formula edittale avvicina l'interdetto in parola, come del resto suggerito dallo stesso Ulpiano (D.43.14.1.1) al corrispondente rimedio predisposto a tutela dei *flumina publica* (D.43.14.1 pr.) e denuncia innanzitutto la natura proibitoria

---

<sup>577</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 428 ove si dice che poiché si tratta di interdetto popolare “vien quindi presupposto un impedimento, che non riguarda un determinato individuo o più determinati individui, ma che danneggerebbe l'uso pubblico”; su questa scia V. PONTE, *Regimen*, cit., pag. 203.

<sup>578</sup>Così si esprime M. FIORENTINI (*Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit., pag. 187) commentando l'interdetto *ut in flumine publico navigare liceat* (formula in D.43.14.1 pr.), che l'autore legge come equivalente al nostro sulla base della tradizionale esegesi di D.43.14.1.1, in cui si richiama appunto un analogo interdetto *qui via publica uti prohibeatur*. Analogamente G. BRANCA, pur non affrontando *ex professo* l'interdetto in questione lo cita nel quadro degli strumenti attivabili “quando un cittadino sia turbato nell'uso normale della cosa pubblica” (*Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 159) e su questa scia G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 157.

dell'interdetto in questione, il quale “proibisce un impedimento che è ancora imminente, un impedimento futuro”<sup>579</sup>: la clausola *vim fieri veto*, basata sulla costruzione “verbo *impediendi* + proposizione completiva (normalmente introdotta da *quo minus*)”, si attaglia per natura sintattica esclusivamente a tali ipotesi.<sup>580</sup>

Inoltre, dal punto di vista del contenuto deontologico dell'ordine negativo enunciato ricorrendo all'espressione *vim fieri veto* – prospettiva in cui si muove la dottrina maggioritaria<sup>581</sup> – è certamente vero che una tale previsione si riferisce a una fattispecie oggettiva estremamente generica: le condotte non sono tipizzate, nemmeno attraverso il riferimento alle nozioni – come visto interpretate in modo estremamente elastico dalla giurisprudenza – di *facere immittere* e il divieto pretorio abbraccia indistintamente tutte le condotte idonee a intralciare l'esercizio da parte dell'impetrante delle facoltà di uso comune delle strade, sinteticamente individuate con l'espressione tratlatizia *ire agere*. L'assenza di qualsiasi indicazione circa i requisiti di rilevanza dell'attività illecita (il riferimento alla violenza non può essere inteso come elemento effettivamente selettivo)<sup>582</sup> comporta infatti il concentrarsi del disvalore della fattispecie sulle conseguenze dell'azione stessa, ovvero sul turbamento del diritto individuale di utilizzare la via secondo la sua normale destinazione d'uso. In quest'ottica il pretore avrebbe selezionato tra le innumerevoli forme di intrusione nella sfera personale altrui quelle meritevoli di tutela non in base al criterio della forma esterna assunta dalla violazione, ma in base alla particolare gravità della limitazione che a causa di tale intrusione il soggetto deve subire: il fatto che la condotta impedisca di usufruire del sistema viario fa assumere alla stessa i caratteri dell'illiceità e legittima la concessione del rimedio. Il pretore descrive tali normali facoltà di utilizzo del bene attraverso laendiadi *ire agere*, che definisce in positivo il contenuto del diritto di generale utilizzabilità da parte di ciascuno della via

<sup>579</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 427.

<sup>580</sup>Tra i molti a notare tale particolarità, L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pag. 12.

<sup>581</sup>L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pag. 905. Con specifico riferimento all'interdetto in questione, si vedano J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pag. 144 e V. PONTE, *Regimen*, cit., pag. 203.

<sup>582</sup>Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit., pag. 905; A.M. GIOMARO, *Interdicta*, cit., pag. 793; J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pag. 144.

e rappresenta il parametro per determinare l'illiceità della condotta: si tratta di una locuzione ricorrente nel lessico della giurisprudenza romana per indicare il fascio di facoltà legate al transito *per vias*, in particolare con riferimento alle servitù di passaggio su fondo altrui come si evince dalla lettura del primo frammento di D.8.3 *De servitutibus praediorum rusticorum*:

D.8.3.1 pr. (Ulp. 2 inst.) *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus. Iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquae ductus est ius aquam dicendi per fundum alienum.*

Come si vede da questa trattazione istituzionale del possibile contenuto delle servitù prediali, lo *ius eundi et agendi* rappresenta la massima estensione di tali facoltà di passaggio, legittimando sia il transito a piedi (*ire*) sia la conduzione di veicoli (*agere*): trasportando la nozione dall'ambito delle relazioni di tipo privatistico a quello delle facoltà godute da ciascun *civis iure civitatis* il pretore intende riferirsi evidentemente a ogni forma di normale utilizzazione della strada, non legata a un particolare rapporto del soggetto col bene ma inerente alla oggettiva destinazione d'uso della cosa stessa.

Si può dunque ritenere col Daube che “the interdict quominus illi via publica ire agere liceat vim fieri veto is available to you whether I never allow you to set foot on the road, or whether I attack you when you have gone half way, or whether I drive you off when you have gone half way and do not let you come back”<sup>583</sup>.

Riannodando il filo di queste brevi osservazioni: il rimedio è concesso a fronte del turbamento in qualsiasi forma dell'esercizio individuale del diritto di accesso e utilizzazione del bene pubblico, di cui sono indistintamente titolari tutti i cittadini; con esso il pretore mira a reprimere ogni condotta che si traduca nella

<sup>583</sup>D. DAUBE, *Concerning the classification of interdicts*, cit., pagg. 68.



violazione di quell'ambito della sfera personale di ciascun individuo relativo alla facoltà di utilizzare le vie pubbliche secondo la loro normale destinazione d'uso.

Saggiamo ora la tenuta degli argomenti addotti dalla dottrina a sostegno della legittimazione del *quivis ex populo* contro il dato testuale fornito dal riferire il pretore il turbamento dell'*ire agere* rilevante a un determinato soggetto (*illi*). Ubbelohde, la cui tesi è pedissequamente ripresa da Ponte<sup>584</sup>, fonda la sua argomentazione sulla lettura di due frammenti tratti dal commento paolino all'editto, già citati come testimonianze dell'esistenza dell'interdetto ulteriori rispetto alla riproduzione della formula edittale in D.43.8.2.45:

D.3.3.42 pr. (Paul. 8 ad ed.) *Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est merito eum qui de via publica agit et privato damno ex prohibitione adficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem. Multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is ad quem ea res pertinet.*

D.43.1.2.1 (Paul. 63 ad ed.) *Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione, sicut est "ne quid in loco sacro fiat" vel "quod factum est restituatur" et de mortuo inferendo vel sepulchro aedificando. Hominum causa competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris tuendi causa vel officii tuendi causa vel rei familiaris. Publicae utilitatis causa competit interdictum "ut via publica uti liceat" et "flumine publico" et "ne quid fiat in via publica": iuris sui tuendi causa de liberis exhibendis, item de liberto exhibendo: officii causa de homine libero exhibendo: reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.*

L'affermazione di questo autore, secondo cui “se la L.42 pr D. cit. prova l'indole popolare del nostro interdetto, questa vien posta del tutto fuor di dubbio dalla L.2 § 1 D. de interd. XLIII, 1 cit.”<sup>585</sup>, necessita quantomeno di essere stemperata nella sua assolutezza.

<sup>584</sup>V. PONTE, *Regimen juridico de las vias publicas en derecho romano*, cit., pag. 203.

<sup>585</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 426.

Innanzitutto a quale degli interdetti *de viis* si riferisca precisamente Paolo con il sintagma *de via publica* è questione dibattuta dalla romanistica sin dall'epoca dei glossatori<sup>586</sup>: la dottrina assolutamente maggioritaria<sup>587</sup> esclude che si potesse riferire al *ne quid in loco publico*, per cui Salvo Giuliano espressamente ammette la possibilità di costituire procuratore (D.43.8.6); non altrettanto condivisibili gli argomenti tratti da Ubbelohde<sup>588</sup> dall'esegesi dell'inciso *damno ex prohibitione adficitur*, che varrebbe ad escludere la riferibilità dell'interdetto nominato da Paolo in D.3.3.42 pr. ai due interdetti rivolti contro i *facere* e *immittere* che possano deteriorare la via (D.43.8.2.20 e 35): il tempo del verbo *adficitur*, che nella visione di Ubbelohde metterebbe fuori gioco il restitutorio, considerato invece nel suo rapporto di coordinazione sintattica e di identità di tempo verbale con l'*agit* della frase precedente, potrebbe far pensare al contrario che l'iniziativa del singolo si ponga come reazione a un danno già esistente al momento della denuncia al pretore<sup>589</sup>.

Secondariamente il *damnum ex prohibitione*, da cui l'autore pretenderebbe di escludere l'equivalente proibitorio in quanto rivolto non contro un impedimento ma contro il peggioramento della via, potrebbe non riferirsi a un elemento costitutivo della fattispecie interdittale cui Paolo si riferisce con l'espressione *de via publica*, quanto piuttosto a una di quelle situazioni legittimanti che spingono il pretore, di fronte a un rimedio a legittimazione diffusa a preferire tra vari denuncianti *is cuius interest*. Ricordiamo infatti che Paolo sta commentando la regola per cui l'attore popolare non può normalmente nominare un rappresentante processuale (ribadita anche in un altro passo del medesimo autore: D.47.23.5)<sup>590</sup>, introducendo con *tamen* un'eccezione a tale principio nel caso in cui chi agisca lo faccia per rimuovere un *damnum privatum*: ciò potrebbe significare, come vuole Ubbelohde, che il *damnum* deve costituire un elemento della fattispecie oggettiva dell'interdetto attivato affinché

<sup>586</sup>Si vedano le diverse posizioni riportate in C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., pagg. 146 ss; più recentemente discute il problema anche M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 272.

<sup>587</sup>Per tutti C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., pag. 146 che respinge recisamente la posizione della Glossa, che ritiene trattarsi appunto di *ne quid in loco publico fiat*.

<sup>588</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 426.

<sup>589</sup>Giunge a questa conclusione pure C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., pag. 146.

<sup>590</sup>D.47.23.5 (Paul. 8 ad ed.) *Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest: is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest.*

tale eccezione possa operare; ma l'ipotesi di chi agisce per rimuovere un danno potrebbe invece rilevare come fattispecie di preferenza del più interessato qualora *plures simul agant populari actione* (D.47.23.2): in questo caso l'eccezionale possibilità di *dare procuratorem* opererebbe anche laddove il danno al privato non entri direttamente come elemento qualificante della fattispecie ma solo come fattore di preferenza, come nel caso del proibitorio contro il deterioramento delle *viae*. Questa interpretazione, che mi sembra avvallata dall'esempio dell'*actio sepuchri* fornito da Paolo nella frase successiva, lascia impregiudicata la possibilità di riferire l'inciso *de via publica* all'interdetto in D.43.8.2.20: qualora il *facere* o *immittere* in via, oltre che deteriorare la sede stradale, si traducesse anche in un *damnum* per un privato, questi sarebbe preferito al *quivis ex populo* ai fini della concessione del rimedio, sulla scorta della regola di D.47.23.2, e per lui non varrebbe il divieto di rappresentanza.

Se l'esegesi di D.3.3.42 pr. non offre spunti determinanti per la soluzione della questione della legittimazione ad agire, ancora più inopportuno pare il richiamo a D.43.1.2.1: anche qui, come per il tentativo di Di Porto di dimostrare la legittimazione del *quivis ex populo* all'interdetto *ne quid in loco publico fiat*, la ricostruzione del regime di legittimazione del rimedio sulla base di tale generale classificazione della materia interdittale non può che denunciare il pregiudizio, pervicacemente radicato nella dottrina romanistica, per cui ogni istituto che *publicae utilitatis causa competit* debba necessariamente caratterizzarsi per un regime di legittimazione diffuso<sup>591</sup>.

In tal modo ridimensionata la rilevanza degli indizi esterni al testo della formula adottati dalla dottrina per argomentare la legittimazione del *quivis ex populo* in questo interdetto, non rimane che far riferimento al sicuro dato testuale rappresentato da quell'*illi*, per escludere la legittimazione del *quivis ex populo* e

<sup>591</sup>Rimangono illuminanti a questo riguardo le pagine ormai classiche del Bruns, ove è magistralmente rilevato che in questo caso – come del resto per il simmetrico interdetto *ut in flumine publico navigare liceat* (D.43.14) – “l'azione, anche se compete solo a chi viene impedito, si fonda però sopra un diritto generale dei cittadini ed è introdotta, almeno principalmente, *iuris publici tuendi gratia*”, per concludere quindi “che il diritto in questo caso è popolare, sebbene l'azione compete sempre ad un solo individuo” (K. BRUNS, *L'azione popolare romana*, cit., pag. 75).

limitare l'accesso al rimedio a chi sia stato individualmente impedito nell'esercizio di una facoltà pur spettante a ogni cittadino<sup>592</sup>.

Alla luce dei risultati ottenuti dall'analisi della formula edittale dell'interdetto *ut via publica ire agere liceat*, possiamo tentare di inquadrare questa previsione nell'ambito del complessivo sistema interdittale di tutela delle *viae publicae*.

Si tratta innanzitutto di una fattispecie con cui il pretore eccezionalmente mira a tutelare l'*usus publicus* del bene. In sede di esegesi di D.43.8.2.9 abbiamo rilevato, nell'escludere che l'*incommodum* rilevante ai fini dell'esperibilità del *ne quid in loco publico* potesse consistere nell'impedimento dell'uso normale della *res publica*, come non esistesse una previsione interdittale diretta a proibire i turbamenti del normale godimento di qualunque *res in usu publico*, un mezzo generale a tutela dell'utilizzabilità da parte di ciascun *civis* di tutte le cose pubbliche: il pretore però, spinto evidentemente dalla considerazione della particolare rilevanza del sistema stradale nella vita della comunità, giunse a predisporre per tali beni una serie di strumenti di tutela in cui risultasse in vario modo protetta la generale utilizzabilità delle *viae* da parte dei consociati. Così si saldano in un'unica prospettiva il processo di isolamento delle *viae* come autonomo oggetto di protezione e l'esigenza di addivenire a una forma di tutela che garantisse il mantenimento delle condizioni di utilizzabilità di un tale bene, sebbene nelle due tipologie di interdetti *de viis* tale progressiva emersione delle strade come oggetto di una tutela della loro destinazione al pubblico uso assuma caratteri differenti. Mentre infatti la coppia di interdetti *ne quid in via publica itinereve publico facere immittere* (D.43.8.2.20 e 35) risulta ancorata a una tutela della *res* intesa nella sua materialità, come bene passibile di un deterioramento che ne possa compromettere la funzionalità, nell'interdetto da ultimo considerato si assiste a una netta astrazione dell'oggetto della tutela pretoria, giacché la protezione della funzionalità della via non è più mediata dal riferimento a un peggioramento dello stato fisico del bene, ma investe immediatamente la garanzia per i cittadini di godere del bene *publico usui* destinato. Si potrebbe trovare un

---

<sup>592</sup> Per alcuni spunti nella direzione di una simile esegesi del testo paolino si veda C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., pagg. 146-147.

### CAPITOLO III

argomento a conferma di un tale processo di astrazione nella considerazione delle esigenze di tutela legate al sistema viario romano nel significato attribuito da Labruna all'emergere della clausola terminativa *vim fieri veto*, presente solo nella formula dell'interdetto *quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat* (D.43.8.2.45): ove si accettasse l'ipotesi che questa formulazione dell'ordine pretorio rimandi a un'origine più tarda dell'interdetto in parola rispetto agli altri *de locis publicis*, in quanto legata a un'ideologia di repressione della violenza privata affermatasi nella tarda Repubblica, si trarrebbe una conferma alla tesi di una transizione da una tutela essenzialmente reale della via come *res in usu publico* (nei *ne quid in via publica itinereve publico facere immittere*: D.43.8.2.20 e 35), a un modello di tutela del sistema viario in cui il bene materiale rappresenta piuttosto il contesto che il diretto oggetto della tutela, essendo questo rappresentato dalla sicurezza del transito come garanzia della libera utilizzabilità del bene (D.43.8.2.45). Nella considerazione del pretore le condizioni di utilizzabilità della strada non riguarderebbero più esclusivamente lo stato fisico della stessa, rilevando al fine della preservazione della destinazione del bene al pubblico uso anche condotte non direttamente incidenti sul bene.

## CAPITOLO QUARTO

### INTERDETTI RELATIVI AI *FLUMINA*

#### 1. *INTERDICTA DE FLUMINIBUS* (D.43.12)

##### 1. *Ambito applicativo e applicazione in via utile*

Passando ora all'analisi della seconda 'massa' di interdetti volti alla tutela di una particolare *species* di *res in usu publico*, si nota come il primo interdetto specificamente rivolto alla tutela dei *flumina* contenuto nel titolo 12 del libro 43 è quello tratteggiatamente nominato *de fluminibus*<sup>593</sup>, di cui Ulpiano ci tramanda le due formule edittali (proibitoria e restitutoria)<sup>594</sup>: di esse il commento ulpiano ci riconsegna una disciplina identica nei suoi profili essenziali<sup>595</sup>, salvo naturalmente quello del momento di esperibilità<sup>596</sup>.

D.43.12.1 (Ulp. 68 ad ed.) pr. *Ait praetor: "Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat"*.

---

<sup>593</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 603 ss; A. BERGER, *Interdictum*, cit., pagg 1634 ss; G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., pagg. 162 ss; G. ASTUTI, *Acque (storia)*, cit., pag. 368; G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 127 ss e pag. 160; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 163 ss.

<sup>594</sup>Cfr. O. LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., pagg. 460 ss.

<sup>595</sup>Differenza peraltro non del tutto priva di conseguenze sul piano del regime approntato, in particolare in punto di legittimazione passiva: poiché l'esperimento del restitutorio può avvenire anche a distanza di tempo dalla condotta dannosa, opportunamente la giurisprudenza in questo caso chiama a rispondere *non eum, qui fecit vel immisit, sed qui factum immisum habet*, ovvero – come si evince dal successivo esempio di Labeone, il soggetto giuridicamente responsabile della cosa al momento dell'istanza (D.43.12.1.22). Cfr. *supra* quanto detto con riferimento agli *interdicta de viis*.

<sup>596</sup>È lo stesso Ulpiano a sottolineare l'identità di scopo dei due interdetti (o delle due versioni dell'interdetto) in D.43.12.1.20, dove – dopo aver riportato la formula restitutoria – afferma: *superius interdictum prohibitorium est, hoc restitutorium, ad eandem causam pertinens*.

D.43.12.1.19 (Ulp. 68 ad ed.) *Deinde ait praetor: "Quod in flumine publico ripave eius fiat sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas"*.

La fattispecie materiale contro cui si rivolge l'intervento pretorio consiste dunque in un qualunque *facere* o *immittere* sul fiume e le sue rive da cui possa derivare un peggioramento delle condizioni di navigabilità del fiume stesso, intesa sia come possibilità di transito che di sosta<sup>597</sup> per le imbarcazioni<sup>598</sup>. Il pretore dunque intendeva reprimere condotte che, incidendo sulla stessa conformazione fisica del fiume potessero nuocere alla sua navigabilità: da tale *ratio* di tutela Ulpiano, nel già analizzato frammento 12, desume la limitazione della sua applicabilità ai soli fiumi navigabili.

Nei paragrafi D.43.12.1-4 Ulpiano – come abbiamo già visto *supra* (Capitolo 1 Paragrafo 5) – affronta il problema dei criteri per individuare i corsi d'acqua oggetto della particolare tutela interdittale offerta dal pretore con l'interdetto *de fluminibus*. L'argomentazione ulpiana, come si è cercato di mostrare *supra*, non va trattata come una definizione dell'astratta nozione di *flumen publicum* rilevante per l'ordinamento giuridico romano, ma piuttosto come il tentativo di predisporre una serie di criteri volti a individuare l'ambito applicativo del rimedio in coerenza con lo scopo di tutela da esso perseguito<sup>599</sup>. In particolare, stante lo scopo del rimedio – volto appunto a tutelare la generale utilizzabilità del corso d'acqua come via di comunicazione – la giurisprudenza appare incline a dare particolare rilevanza ad alcuni elementi oggettivi, ritenuti indizi della destinazione a pubblico uso del corso d'acqua, della sua idoneità a soddisfare le esigenze della comunità: la *perennitas* e la *existimatio circumcolentium*, indicati nel par. 1 come criteri per distinguere il *flumen* dal rivo<sup>600</sup>, nonché la navigabilità, individuata da Ulpiano nel par. 12, come ulteriore criterio per isolare, tra i corsi d'acqua considerabili *flumina*, quelli effettivamente

<sup>597</sup>Come specificato in sede di commento del lemma *statio iterve* nel successivo fr. 13.

<sup>598</sup>L'interpretazione estensiva del termine *navigium*, inclusiva anche delle zattere (*rates*), è proposta da Ulpiano nel fr. 14.

<sup>599</sup>Lo sottolinea A. BERGER, *Interdictum*, cit., pag. 1635.

<sup>600</sup>Sottoposto peraltro al differente interdetto *de rivis* (D.43.21).

oggetto della tutela predisposta dall'interdetto *de fluminibus*. Dunque possiamo affermare che la protezione pretoria in questo caso si rivolgeva a corsi d'acqua contraddistinti da una certa importanza sociale, desumibile dalla *perennitas* o dalla considerazione sociale degli abitanti del luogo, e ulteriormente caratterizzati dal requisito della navigabilità.

Al rimedio peraltro deve essere stata riconosciuta nella prassi applicativa una certa capacità espansiva. In particolare dalla lettura del commento ulpiano si trae l'impressione che Labeone<sup>601</sup> abbia avuto un ruolo notevole nell'ampliamento del campo applicativo dell'interdetto: Ulpiano infatti riporta la proposta, attribuita a questo giurista, di estendere in via utile l'applicazione di tale interdetto in due ipotesi evidentemente non rientranti nel quadro concettuale qui delineato. Partiamo dalla considerazione di due frammenti:

D.43.12.1 (Ulp. 68 ad ed.) 17. *Si in mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum: "ne quid in mari inve litore" "quo portus, statio iterve navigio deterius fiat".* 18. *Sed et si in flumine publico, non tamen navigabili fiat, idem putat.*

Si tratta evidentemente di un discorso unitario, complessivamente attribuibile al pensiero di Labeone<sup>602</sup>. Che si tratti di un'argomentazione unica e non di due *sententiae* autonome, lo si può dedurre da alcune osservazioni sintattiche: innanzitutto il par. 18 inizia con un *sed et* altrimenti poco spiegabile, e si chiude con

---

<sup>601</sup>Per una peculiare valorizzazione del ruolo di questo giurista in tema di interdetti *de locis publicis* si legga A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pagg. 99 ss. Peraltro già A. BERGER, *Interdictum*, cit., pag. 1635.

<sup>602</sup>Forti perplessità sono state sollevate sulla genuinità del frammento 18 (G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 166; O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, pag. 812 nota 1), con particolare riferimento alla chiosa finale (*idem putat*) che pare implicitamente affermare che Labeone proponesse a tutela dei fiumi non navigabili la "concessione di un interdetto inteso ad impedire che *portus statio iterve navigio deterius fiat*, cioè a tutelare facoltà evidentemente non esercitabili su un fiume non navigabile (G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 160). Secondo Scherillo l'intervento compilatorio avrebbe avuto lo "scopo di ravvicinare il mezzo consigliato da Labeone nel par. 12" - che secondo questo autore non può invece essere considerato un interdetto utile rispetto al *de fluminibus* - "agli interdetti relativi ai fiumi pubblici" (G. SCHERILLO, *ibidem*). Cercherò di dimostrare come l'avvicinamento dell'interdetto proposto nel par 12 (e richiamato nel par. 18) all'interdetto *de fluminibus* possa in realtà argomentarsi a partire da considerazioni legate allo scopo di tutela dei due rimedi.



un *idem putat* che pare rimandare a un'argomentazione precedente; in secondo luogo, considerando la costruzione sintattica del par. 17 si può notare come il verbo *competere* con cui è espressa l'operazione di concessione in via utile dell'interdetto, appare privo del necessario verbo flesso reggente: dove non si voglia ricondurre la circostanza allo stile ellittico dei giuristi repubblicani, si potrebbe ipotizzare che entrambe le proposizioni dei paragrafi 17 e 18 siano rette dal *putat* finale. Del resto, che pure il paragrafo 18 sia da attribuire, quantomeno nella sostanza, al pensiero di Labeone è confermato dalla lettura congiunta del paragrafo 12, su cui torneremo più avanti in questo paragrafo.

La proposta labeoniana di interpretazione estensiva del rimedio in questione riguarda dunque due fattispecie differenti.

Nel frammento 17, infatti, è riportata la proposta di Labeone, su cui Ulpiano peraltro non sembra prendere posizione, di estendere la tutela accordata con l'interdetto *de fluminibus* al caso di condotte incidenti non già su un corso d'acqua interno o sulle sue rive ma sul mare e il relativo litorale.

Non serve scomodare monsieur Lapalisse per notare come il mare non sia in nessun modo riconducibile entro l'area semantica della nozione di *flumen*: esso, variamente qualificato dai giuristi romani come *res publica iuris gentium*<sup>603</sup> ovvero semplicemente *res publica*<sup>604</sup>, come noto costituisce l'elemento più importante della categoria marcianea delle *res communes omnium*. Come ho cercato di mostrare *supra*, proprio da frammenti come questo, che testimoniano della tendenza della giurisprudenza romana ad estendere analogicamente il campo applicativo di rimedi volti a tutelare la generale utilizzabilità (*usus publicus, communis*) di alcuni beni,

<sup>603</sup>D.1.8.5 (Gai 2 rerum cott.) pr. *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt; D.43.8.4 (Scaev. 5 resp.) Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur; D.18.1.51 (Paul. 21 ad ed.) Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*

<sup>604</sup>D.50.16.112 (Iav. 11 ex Cassio) *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est; D.1.8.10 (Pomp. 6 ex Plautio) Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.*

possa partirsi per una ricostruzione del processo di progressiva individuazione e messa a fuoco della categoria marcianea, che appare concettualmente avvicicabile alla diversa specie delle *res in usu publico*. Entrambe, infatti, si sarebbero generate a partire dagli sforzi sistematizzanti della giurisprudenza in merito al campo applicativo degli interdetti *de locis publicis*.

Più nello specifico, non sappiamo se l'interdetto *de mari* qui adombrato da Labeone fosse da considerarsi rimedio autonomo rispetto al modello rappresentato dall'interdetto *de fluminibus*, e dunque costruito con formula interdittale *in factum*, oppure una mera applicazione di quello in via utile<sup>605</sup>: quest'ultima ipotesi sembra da preferire, visto l'evidente richiamo – nonostante la necessaria modifica della clausola interdittale<sup>606</sup> – allo schema costituito dall'interdetto *ne quid in flumine publico fiat* e vista soprattutto la già citata unitarietà di ispirazione dei par. 17 e 18: la qualifica di utile dell'interdetto indicato nel par. 18, dedotta dal confronto col già citato par. 12, parrebbe doversi estendere all'interdetto relativo al mare dato che con riferimento ai due Labeone *idem putat*.

Più interessante la considerazione del par. 18, ove Labeone propone di estendere l'applicazione dell'interdetto anche ai fiumi non navigabili, in disaccordo con quanto perentoriamente affermato da Ulpiano nella prima parte del par. 12: lì infatti, commentando la parte della clausola interdittale ove il pretore richiede l'avverarsi di un peggioramento delle condizioni di navigabilità al fine dell'esperibilità del rimedio, il giurista severiano appare seccamente dedurre l'esclusiva applicabilità del rimedio in questione ai *flumina navigabilia*: *Ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet*. Proprio la lettura del prosieguito di quel frammento aiuta però a gettare luce sull'affermazione labeoniana recisamente riportata da Ulpiano nel par. 18:

---

<sup>605</sup>Sul problema degli *interdicta utilia e in factum*, cfr. A. BERGER, *Interdictum*, cit., pagg. 1623 ss. S. LUZZATTO, *Il problema d'origine*, I, cit., pagg. 165 ss. Ne ammette l'esistenza (*sub nomine di interdicta repentina*) anche A. BISCARDI, *La tutela*, cit., pag. 48.

<sup>606</sup>In particolare sulla nozione di *portus*, in un frammento tratto dal medesimo libro 68 *ad edictum* di Ulpiano (D.50.16.59) è affermato che "*Portus*" *appellatus est conclusus locus, quo importantur merces et inde exportantur: eaque nihilo minus statio est conclusa atque munita. Inde "angiportum" dictum est*.

D.43.12.1.12 (Ulp. 68 ad ed.) [...] *Sed Labeo scribit non esse iniquum etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere "ne vis ei fiat, quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter cursus fluminis deterior sit fiat, tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitrato possit"*

La fattispecie cui si riferisce il giurista repubblicano è quella in cui l'*opus* o il *facere* insista su fiumi non navigabili, causandone l'inaridimento (*exarescat*) o comunque ostacolandone il corso<sup>607</sup>: in questo caso l'attività di autotutela del soggetto che avesse intrapreso la rimozione di quegli ostacoli (attività tipizzata con le espressioni *tollere demoliri purgare restituere*)<sup>608</sup>, sarebbe dovuta essere tutelata da ogni forma di interferenza (da ogni *vis*) attraverso la concessione in via utile dell'interdetto *de fluminibus*<sup>609</sup>, evidentemente nella sua versione proibitoria. Certo lascia perplessi la qualificazione del rimedio prospettato da Labeone come versione utile del *ne quid in flumine fiat*<sup>610</sup>, dal momento che esso appare del tutto slegato dallo schema di tutela con quello approntato<sup>611</sup>. Per provare a dare un significato

<sup>607</sup>La tesi dell'ALBERTARIO (*Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici*, in BIDR, 38, 1930, pagg. 197 ss (= in *Scritti*, II, pagg. 80 ss), secondo cui Labeone proporrebbe in questo frammento un interdetto restitutorio a tutela del *cursus* dei fiumi navigabili, presuppone mende testuali molto invasive ed è già stata sottoposta alla persuasiva critica di G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 167 e M. SARGENTI, *Il regime dell'alveo derelitto in diritto romano*, in BIDR, 68, 1965, pagg. 251 ss (= in ID., *Scritti*, Napoli, 2011, pagg. 637 ss. da cui cito) pagg. 697 ss.

<sup>608</sup>Cfr. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 224. In particolare la considerazione dell'uso del termine *purgare* ha fatto immaginare che la *ratio* della proposta di Labeone fosse quella di tutelare la del fiume: cfr. in questo senso A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pag. 108. Contro tale interpretazione si può notare che, nonostante il campo semantico del termine *purgare* possa astrattamente ricomprendere il significato di purificare, è difficilmente ipotizzabile una condotta di inquinamento delle acque che comprometta il corso del fiume, come invece richiesto da Labeone.

<sup>609</sup>Sui rapporti con D.43.13.1 pr. cfr. M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 222; J. M. ALBURQUERQUE, *La proteccion o defensa del uso colectivo*, cit., pagg. 217 ss; A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pagg. 103 ss.

<sup>610</sup>Si potrebbe addirittura dubitare che Labeone si riferisse, nei due paragrafi, alla medesima fattispecie legittimante l'applicazione in via utile del rimedio: nel par. 18 infatti, l'applicazione al fiume non navigabile dell'interdetto appare riposare sulla medesima *ratio* dell'estensione al mare operata nel paragrafo precedente, che contemplava però non già l'ipotesi di rimozione di opere ma direttamente la *prohibitio* di costruzione di manufatti sul mare.

<sup>611</sup>Lo notava già A. BERGER, *Interdictum*, cit., pag. 1624, che proprio dalla considerazione di fattispecie come quella contemplata in D.43.12.1.12 sviluppava l'ipotesi dell'esistenza di interdetti *in factum*.

all'avvicinamento dei due rimedi, si è ipotizzato<sup>612</sup> che Labeone in questo caso avesse semplicemente esteso l'applicabilità dell'interdetto all'ipotesi di opere che, sebbene realizzate su un fiume non navigabile, potessero indirettamente recar danno alla navigazione sul fiume (navigabile) in cui sboccano. Tale interpretazione, secondo cui la proposta di Labeone avrebbe il medesimo scopo di tutelare indirettamente e funzionalmente la navigabilità dei corsi maggiori, non ha però riscontri nelle fonti, anzi appare contraddetta dalla diversa costruzione delle fattispecie nei due interdetti: il rimedio riportato nel par. 12 infatti appare diretto non già ad impedire il perfezionamento delle opere incidenti sul corso d'acqua (come invece il *ne quid in flumine publico fiat*), ma appunto a tutelare l'attività del soggetto che si fosse attivato per rimuovere gli ostacoli. Potrebbe forse sostenersi<sup>613</sup>, per spiegare la diversa indole dei due rimedi pur apparentati da Labeone, che nel caso della tutela indiretta della navigabilità nel caso di condotte incidenti sui corsi d'acqua minori e non navigabili che pure influenzavano la portata idrica dei *flumina navigabilia* si sarebbe predisposta una tutela affievolita, limitata alle ipotesi di violenza che impedisse le attività di spontanea rimozione degli ostacoli, piuttosto che la tutela piena rappresentata dalla diretta *prohibitio* delle condotte incidenti sulla portata d'acqua del fiume navigabile. Anche accettando questa spiegazione, ancora osterebbe a mio avviso all'accoglimento di tale ricostruzione dell'operazione di estensione proposta da Labeone la circostanza che il rimedio prospettato pare applicarsi a qualunque fiume non navigabile, a prescindere dalla sua posizione nel sistema fluviale e dunque a prescindere dall'effettiva idoneità di influenzare il corso dei fiumi maggiori.

Si potrebbe piuttosto immaginare che la proposta labeoniana di estensione analogica del campo applicativo dell'interdetto riposi sulla valorizzazione dell'elemento della sottrazione idonea a impoverire il fiume pregiudicandone la generale utilizzabilità, quand'anche esso non fosse navigabile<sup>614</sup>. L'avvicinamento dei due rimedi si fonderebbe dunque, in questa prospettiva, sull'isolamento della comune

<sup>612</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 605.

<sup>613</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 168.

<sup>614</sup>Cfr. G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, cit., pagg. 76 ss, e letteratura ivi indicata.

*ratio* di tutela finalizzata a salvaguardare la generale utilizzabilità del corso d'acqua. Proprio a partire da questo punto di vista si sono sviluppati i recenti tentativi di fondare una peculiare sensibilità “ambientale” di Labeone<sup>615</sup>, poiché l'estensione utile di tale interdetto si fonderebbe sull'isolamento de "l'ambiente fluviale" come bene oggetto di un'autonoma considerazione (e tutela) giuridica<sup>616</sup>.

Il rimedio in questione appare affine, sotto il diverso profilo della tecnica di tutela, ad un altro interdetto relativo alla tutela dei *flumina*, in particolare il cosiddetto *de ripa munienda* (D.43.15): con esso il pretore vietava il compimento di atti di violenza (attraverso la formula *vim fieri veto*) volti ad impedire il compimento di opere di miglioramento degli argini, salvo che queste potessero danneggiare la navigabilità del corso d'acqua. In entrambi i casi infatti, il pretore tutela l'attività di miglioramento delle condizioni geomorfologiche del fiume contro ogni ipotesi di violenta turbativa, anche se la *ratio* dei due interventi pretori appare differente. Mentre nel caso prospettato da Labeone nel par. 12 il pretore intende indirettamente tutelare la generale utilità del fiume non navigabile contro opere che possano diminuirla, nell'ipotesi del *de ripa munienda* l'intervento pretorio appare orientato a proteggere l'attività di autotutela del frontista che intenda cautelare la sua proprietà contro la possibilità di esondazioni del fiume, come si evince, nonostante Ulpiano nella consueta *laudatio edicti* affermi enfaticamente *ripas fluminum publicorum reficere munire utilissimum est*, dall'inciso (*ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa*) con cui il pretore pare limitare la sua tutela alle attività finalizzate alla protezione dei campi circostanti il fiume. Questa differenza nello scopo perseguito coi due rimedi da un lato spiega la collocazione della proposta labeoniana nel quadro del commento al *ne quid in flumine publico fiat* (con cui condivide la finalità di tutelare la generale utilizzabilità del fiume, sebbene in forma indiretta)<sup>617</sup>, dall'altro conferma l'interpretazione secondo cui tale estensione utile dell'interdetto riposasse

<sup>615</sup>In particolare A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pagg. 99 ss.

<sup>616</sup>Su cui si vedano le osservazioni nel Paragrafo 1 delle Conclusioni di questo lavoro.

<sup>617</sup>Diversamente Branca (*Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 166; opinione poi ripresa da L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pag. 66 nota 86) ritiene che le divergenze rispetto al modello del *ne quid in flumine publico fiat ut peius navigetur* siano tali da dover considerare interpolato l'aggettivo *utile* in D.43.12.1.12.

sulla considerazione dell'interesse sostanziale perseguito dal pretore col *ne quid in flumine publico fiat*.

## 2. Segue: La definizione degli elementi costitutivi il *flumen publicum*

Sempre con riferimento alla definizione del campo applicativo dell'interdetto *de fluminibus*, il commento ulpiano, oltre a precisare i criteri per l'individuazione dei corsi d'acqua rientranti nella nozione di *flumen publicum* rilevante ai fini dell'esperibilità dell'interdetto (D.43.12.1-4) e a riportare le proposte di Labeone di estendere *utiliter* l'interdetto al mare (D.43.12.17) e al fiume non navigabile (D.43.12.12 e 18), procede ad individuare analiticamente gli elementi del corso d'acqua che rientrano nell'area semantica della nozione di *flumen* e dunque nel campo applicativo dell'interdetto in questione. Il fiume infatti è un bene composito e mutevole in base alle stagioni, per cui si pone la necessità di stabilire dei criteri per individuare i diversi elementi che lo compongono, al fine di stabilire quando una condotta incida *in flumine publico ripamve eius* e legittimi quindi la reazione pretoria.

Il primo elemento preso in considerazione da Ulpiano nel suo commentario sono le *ripae*, ovvero gli argini del fiume. È lo stesso pretore del resto, stando al tenore della clausola edittale riportata da Ulpiano in D.43.12.1 pr., a estendere l'applicabilità del rimedio in questione alle condotte incidenti non solo sul *flumen publicum* in senso stretto ma pure sulle *ripae eius*. Ulpiano nel suo commento, dopo aver fornito una definizione naturalistica delle *ripae fluminis*<sup>618</sup>, prende in considerazione le vicende degli argini del fiume nel tempo, in correlazione a taluni mutamenti morfologici:

D.43.12.1.5 (Ulp. 68 ad ed.) *Ripa autem ita recte definitur id, quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens: ceterum si quando vel imbribus vel*

---

<sup>618</sup>Su cui in particolare L. MAGANZANI, *Ripae fluminis e dissesti idrogeologici*, in *Jus*, 1-2, 2010, pagg. 175 ss.

*mari vel qua alia ratione ad tempus excrevit, ripas non mutat: nemo denique dixit nilum, qui incremento suo aegyptum operit, ripas suas mutare vel ampliare. Nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit, ripae alvei eius muniendae sunt. Si tamen naturaliter creverit, ut perpetuum incrementum nactus sit, vel alio flumine admixto vel qua alia ratione, dubio procul dicendum est ripas quoque eum mutasse, quemadmodum si alveo mutato alia coepit currere.*

La definizione della *ripa* fornita in apertura del frammento da Ulpiano, quale elemento che contiene il fiume entro il suo corso naturale (*naturalem rigorem*)<sup>619</sup> si dimostra peraltro perfettamente coerente con la successiva testimonianza di Paolo:

D.43.12.3 (Paul. 16 ad Sab.) 1 *Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet.*

L'allusione al *plenissimum flumen*, ovvero al corso d'acqua nella sua fase di piena "ordinaria", corrisponderebbe infatti al *naturalis rigor* cui si riferisce Ulpiano<sup>620</sup>. Le *ripae*, dunque, nella prospettiva dei due giuristi severiani, sono gli elementi che definiscono il corso normale del fiume, potendo dunque essere assunte come linee di demarcazione tra i fenomeni fluviali ordinari, che si svolgono comunque al suo interno (ad es. variazione stagionale della portata del fiume, erosione delle sponde) e fenomeni straordinari quali esondazioni o altri avvenimenti idonei a modificare l'assetto territoriale circostante<sup>621</sup>. Proprio questi ultimi episodi, rispetto ai quali si pone un problema di ridefinizione giuridica degli elementi del bacino fluviale, prende in considerazione Ulpiano nel prosieguo di D.43.12.1.5, laddove individua alcuni criteri per stabilire quando fenomeni di sconvolgimento

<sup>619</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 188 nota 49 nota la consonanza tra il significato giuridico del termine *rigor* in Ulpiano e l'accezione con cui esso era usato dai Gromatici, a conferma di quanto già suggerito per il *ne quid in loco publico fiat*, che in materia di *interdicta de locis publicis* il dialogo tra giuristi e agrimensori dovette essere particolarmente fitto. Spunti in questo senso anche in L. MAGANZANI, *Ripae fluminis*, cit., pagg. 178-179.

<sup>620</sup>L. MAGANZANI, *Ripae*, cit. pag. 177-178.

<sup>621</sup>L. MAGANZANI, *Ripae*, cit., pag. 178 ss.

straordinario dell'assetto idrogeologico comportino pure un mutamento nella conformazione delle *ripae*<sup>622</sup>. Il giurista pare considerare due diverse ipotesi: da un lato quella della semplice *inundatio*, ovvero l'esondazione dovuta a fattori estemporanei (pioggia) o ciclici (marea)<sup>623</sup> non idonea a mutare stabilmente il *naturalis rigor* del fiume (come nel caso delle esondazioni del Nilo in Egitto) e dunque a incidere sull'individuazione delle *ripae*<sup>624</sup>; dall'altro il diverso caso in cui l'incremento fluviale appaia idoneo a mutare stabilmente il corso normale del fiume, come nel caso di confluenza con un altro corso d'acqua, che viene equiparato alla fattispecie di *alvei mutatio*. Proprio questa ipotesi è considerata da Ulpiano nel successivo paragrafo 7:

D.43.12.1.7 (Ulp. 68 ad ed.) *Simili modo et si flumen alveum suum reliquit et alia fluere coeperit, quidquid in veteri alveo factum est, ad hoc interdictum non pertinet: non enim in flumine publico factum erit, quod est utriusque vicini aut, si limitatus est ager, occupantis alveus fiet: certe desinit esse publicus. Ille etiam alveus, quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus.*

L'ipotesi è quella in cui il fiume, abbandonato il suo alveo originario, abbia iniziato a scorrere altrove (*si flumen alveum suum reliquit et alia fluere coeperit*), per

---

<sup>622</sup>Questa è la posizione di recente assunta in L. MAGANZANI, *I fenomeni fluviali e la situazione giuridica del suolo rivierasco*, in *Jus*, 44, 1997, pagg. 343 ss: l'autrice infatti, criticando l'atteggiamento di chi troppo facilmente assume come scontati "principi e schematizzazioni che, pur non essendo alieni da talune fonti classiche o post classiche, appiattiscono la multiforme realtà descritta dai giuristi e l'evoluzione del loro pensiero" (pag. 344), preferisce impostare genericamente la questione come "descrizione giurisprudenziale del fenomeno dello straripamento del fiume e del conseguente allagamento delle zone circostanti" e relativa "soluzione dei problemi giuridici che ne derivano proposta dai diversi giuristi" (pag. 345). Ulpiano peraltro si muove all'interno di una matura tradizione giurisprudenziale, ove pare già consolidata la di riduzione dei fenomeni fluviali attorno a figure tipiche: cfr. L. MAGANZANI, *I fenomeni fluviali*, cit., pagg 356 ss.

<sup>623</sup>Appare dunque imprecisa l'osservazione per cui si avrebbe semplice *inundatio* in tutti i casi di tracimazione dovuta a "circostanze occasionali" (L. MAGANZANI, *Ripae fluminis*, cit., pag. 180), nella misura in cui l'esondazione del Nilo dovuta al riflusso del mare si presenta come fenomeno annuale e ciclico dunque non occasionale.

<sup>624</sup>A un caso analogo si riferisce Ulpiano nel successivo D.43.12.1.9 *Aliter atque si flumen aliquam terram inundaverit, non alveum sibi fecerit: tunc enim non fit publicum, quod aqua opertum est.*



affrontare in particolare il problema delle condizioni di applicabilità dell'interdetto dopo che tale mutamento morfologico fosse compiuto. La prima parte del frammento affronta la questione della condizione giuridica del suolo su cui scorreva originariamente il corso d'acqua, che viene da Ulpiano ricondotta alla generale disciplina dell'*alveus derelictus*<sup>625</sup>: laddove i fondi ai lati del vecchio fiume non fossero limitati, opera il principio dell'accessione e il suolo del vecchio alveo andrà ad incrementare le proprietà privata dei rivieraschi (*non enim in flumine publico factum erit, quod est utriusque vicini*), presumibilmente secondo la regola della mediana del fiume originario<sup>626</sup>; ove invece i fondi limitrofi al corso abbandonato del fiume fossero limitati, ovvero attribuiti in godimento in seguito a *divisio* ed *adsignatio* da *ager publicus*, essi non godevano del cosiddetto *ius alluvionis* e pertanto l'alveo derelitto era qualificabile come *res nullius* e sottoposto al regime della *occupatio* (*si limitatus est ager, occupantis alveus fiet*)<sup>627</sup>. In entrambi i casi i manufatti costruiti sull'*alveus derelictus* non sono qualificabili come *opera in flumine publico facta*, perché – venuta la qualifica di *publicum* legata all'esistenza di un fiume (*certe desinit esse publicus*) – essi risultano ora insistenti su un fondo privato e pertanto sottratti alla disciplina predisposta con questo rimedio. Vero è che l'osservazione ulpiana appare forse superflua nel contesto di una discussione circa l'applicabilità dell'interdetto *de fluminibus*, dal momento che l'assenza di un corso d'acqua navigabile rende difficile immaginare che si possa avere sull'*alveus derelictus* un manufatto idoneo a pregiudicare la navigabilità di un fiume.

Più complicata l'esegesi della seconda parte del frammento in esame, dove Ulpiano passa a considerare la condizione del suolo privato che venga a essere ricoperto dal fiume in seguito alla *alvei muatatio*. Se è pacifica la qualifica di *publicum* che esso acquista a seguito dell'evento, non altrettanto chiara è la sorte dei manufatti in esso costruiti che risultino di ostacolo alla navigazione del fiume sul

<sup>625</sup>Perlomeno a quello che pare essere stato il regime dell'*alveus derelictus* al tempo di Ulpiano, dunque in età tardo classica: cfr. le osservazioni risalenti ma ancora valide di M. SARGENTI, *Il regime dell'alveo derelitto in diritto romano*, cit., pagg. 637 ss

<sup>626</sup>Cfr. D.41.1.7.5-6 (Gai. 2 rerum cott.).

<sup>627</sup>Cfr. D.41.1.16 (Florent. 6 inst.).

nuovo alveo. Pur non affrontando esplicitamente la questione, Ulpiano sembra escludere che le opere che, a seguito della *mutatio alvei*, si trovino a insistere sul nuovo corso del fiume, possano essere aggredite con l'interdetto in parola, evidentemente considerato nella sua versione restitutoria. Egli infatti espressamente afferma che il suolo del nuovo alveo del fiume può iniziare a essere considerato pubblico solo dal momento in cui la *mutatio* sia avvenuta (*incipit tamen esse publicus*), per cui – nonostante l'ampia legittimazione passiva al rimedio consentita dalla nozione di *factum habere* – sembra da escludersi che i manufatti preesistenti siano considerabili fatti *in flumine publico*. Un argomento a favore di questa ipotesi potrebbe ricavarsi dalla lettura della prima parte del successivo fr. 10<sup>628</sup>:

D.43.12.1.10 (Ulp. 68 ad ed.) *Item si amnis aliquid circumeat, sciendum est eius manere cuius fuit: si quid igitur illic factum est, non est factum in publico flumine. Nec pertinet ad hoc interdictum, si quid in privato factum sit, ne quidem si in privato flumine fiat: nam quod fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio privato loco fiat.*

Il caso sembra addirittura di scuola: Ulpiano infatti costruisce e affronta la fattispecie del corso d'acqua (*amnis*)<sup>629</sup> che circonda completamente un fondo privato, per affermare che anche in un simile caso il terreno rimarrebbe privato e pertanto le cose ivi costruite non sarebbero sottoposte al regime predisposto con questo interdetto.

Difficile ricostruire la fattispecie concreta che poteva avere in mente Ulpiano nel formulare questo principio. L'ipotesi di un fondo circondato da tutti i lati da un *flumen* (navigabile) è senz'altro di difficile avveramento: irragionevole dunque pensare che Ulpiano stesse qui affrontando il problema della definizione del confine

---

<sup>628</sup>Tale frammento non è stato oggetto di considerazione da parte degli autori che si sono occupati dell'interdetto in esame, che sembrano perlopiù essersi limitati a richiamarne la seconda parte nel quadro della generale distinzione tra fiume *publicum* e fiume *privatum*: cfr. ad es. G. GROSSO, *Le cose*, cit., pag. 42; G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pagg. 169-170; recentemente anche M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 228.

<sup>629</sup>Su cui M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 77.

tra *publicum* e *privatum* in una situazione “statica”. Piuttosto, data anche la collocazione topografica del frammento – inserito nella serie di paragrafi relativi agli eventi straordinari che possono sconvolgere l'assetto morfologico e dunque proprietario del bacino fluviale – e l'utilizzo del termine *manere*, si può pensare che il giurista avesse in mente l'ipotesi in cui il fiume, in seguito a uno dei fenomeni straordinari sopra descritti (aumento del *rigor naturalis*, *mutatio alvei*) si trovi a circondare completamente un'opera prima costruita su suolo privato. In questo caso, applicando meccanicamente il principio affermato nel par. 7, si dovrebbe pensare che il suolo su cui si trova il nuovo alveo, in quanto sicuramente pubblico, sarebbe sottoposto alla disciplina dell'interdetto in questione come le opere ivi costruite. In questa prospettiva invece, il paragrafo 10 varrebbe ad escludere l'applicabilità “retroattiva” del *ne quid in flumine publico* per le opere originariamente costruite su suolo privato che si trovino, a seguito di uno stravolgimento dell'assetto del bacino fluviale, ad insistere su un *flumen publicum*.

Un diverso caso di stravolgimento geomorfologico idoneo a mutare la considerazione degli elementi del *flumen* è discusso da Ulpiano nel par. 6:

D.43.12.1.6 (Ulp. 68 ad ed.) *Si insula in publico flumine fuerit nata inque ea aliquid fiat, non videtur in publico fieri. Illa enim insula aut occupantis est, si limitati agri fuerunt, aut eius cuius ripam contingit, aut, si in medio alveo nata est, eorum est qui prope utrasque ripas possident.*

Si tratta del caso, noto e ampiamente discusso dalle fonti, dell'*insula in flumine nata*. In questo caso la soluzione prospettata da Ulpiano per risolvere il problema della condizione giuridica di tale elemento del bacino fluviale è apparsa alla dottrina distonica rispetto ai principii in materia operanti nel pensiero

giurisprudenziale classico<sup>630</sup> nonché inutile rispetto al ragionamento ulpiano in tema di applicabilità dell'interdetto *de fluminibus*<sup>631</sup>.

Le critiche si sono appuntate non tanto sulla differenziazione di regime tra *agri arcifinii* e *limitati*, che al tempo di Ulpiano doveva essere sufficientemente stabilizzata nonostante l'esistenza di fonti che testimoniano invece di “una disciplina unitaria per *agri limitati* e *arcifinii* secondo cui, se il fiume era pubblico, doveva essere tale anche l'isola”<sup>632</sup>. Eccentrica appare piuttosto la soluzione data dal giurista al caso di *insula nata* nel fiume che scorre tra *agri limitati* poiché, in questo caso, ancora al tempo di Ulpiano doveva valere la regola della natura pubblica del terreno emerso dal fiume<sup>633</sup>, mentre il giurista severiano pare ricondurre l'ipotesi entro la disciplina di *occupatio* di *res nullius*. Tra i numerosi tentativi di dar ragione di questa apparente divergenza del pensiero ulpiano rispetto ai principii applicati dalla giurisprudenza romana classica<sup>634</sup>, particolarmente significativo ai fini del discorso che stiano qui facendo è quello di Maddalena<sup>635</sup>. L'autore, infatti, riconduce la peculiarità della soluzione ulpiana al definitivo affermarsi della categoria delle *res in usu publico*, intesa come classe di beni – tra cui spiccano *flumina* e *viae* – la cui pubblicità dipende unicamente da criteri oggettivi e funzionali e su cui, di conseguenza, non era configurabile un rapporto giuridico di tipo patrimoniale<sup>636</sup>. Durante l'età dei Severi (e in questa elaborazione Ulpiano pare aver avuto un ruolo di primo piano), la distinzione tra *res in pecunia populi* e beni *in publico usu* sarebbe stata sostituita da quella tra *res in patrimonio fisci* e *in publico usu*, e anche gli *agri publici* sarebbero stato attratti fra i *loca fiscalia*<sup>637</sup>: in questo quadro, i fiumi che

<sup>630</sup>Cfr. P. MADDALENA, *Incrementi fluviali*, cit., pagg. 81 ss. e di recente L. MAGANZANI, *I fenomeni fluviali*, cit., pagg. 364 ss.

<sup>631</sup>M. SARGENTI, *Il regime*, cit., pagg. 697 ss che reputa pertanto il passo non tanto frutto di un rimaneggiamento sostanziale dei compilatori volto ad affermare un diverso principio in termini di regime giuridico dell'*insula in flumine nata* quanto piuttosto della “divagazione di un annotatore”.

<sup>632</sup>Da ultimo, con discussione della precedente dottrina, L. MAGANZANI, *I fenomeni fluviali*, cit., pag. 364.

<sup>633</sup>L. MAGANZANI, *ivi*.

<sup>634</sup>Su cui L. MAGANZANI, *I I fenomeni fluviali*, cit., pag. 365.

<sup>635</sup>P. MADDALENA, *Gli incrementi fluviali*, cit., pagg. 81 ss.

<sup>636</sup>P. MADDALENA, *Gli incrementi fluviali*, cit., pag. 91.

<sup>637</sup>Questo processo di attrazione dell'*ager publicus* entro il *patrimonium* imperiale appare oramai accertato dagli storici del mondo antico: si veda per tutti E. LO CASCIO, *Il princeps e il suo impero*,

scorrevano sull'*ager publicus*, prima qualificati *in pecunia populi* in ragione del rapporto dominicale del *populus* con essi, non potevano entrare nel *fiscus* “in quanto beni improduttivi”<sup>638</sup> e sarebbero divenuti dunque beni *in pubblico usu*, analogamente a quanto già valeva per quelli dei territori *arcifinii*. Da ciò, argomenta Maddalena, la sostanziale unitarietà di disciplina, nel senso che per entrambe le categorie di fiumi avrebbe smesso di valere la regola della rivivescenza del diritto di proprietà dello stato sull'*insula in flumine nata* giacché un diritto di tal genere non era appunto più configurabile. Tale sostanziale unità di regime (in negativo) non impedisce peraltro l'operatività di due differenti regole per stabilire (in positivo) a chi spettassero tali porzioni di terreno<sup>639</sup>: mentre per i territori *arcifinii* sarebbe potuta rivivere l'antico *ius alluvionis* di origine civilistica, per gli agri limitati questo risultava dogmaticamente impossibile, per cui le *insulae* “si presentavano come oggetti nuovi di cui non si conosceva l'appartenenza e che dovevano perciò ritenersi nella condizione di *res nullius*”.

Come si vede tutta l'argomentazione ulpiana relativa ai fenomeni fluviali che possono toccare la stessa identità del corso d'acqua presuppone, e in qualche modo cerca di far salva anche a fronte di sconvolgimenti geomorfologici, la distinzione tra il fiume pubblico e i fondi privati circostanti e le regole relative ai modi d'acquisto della proprietà: l'interdetto infatti si rivolge esclusivamente contro condotte che incidano sul suolo qualificabile come pubblico perché riconducibile alla nozione di *flumen publicum* o di *ripae publicae*. Tale principio è affermato recisamente da Ulpiano, innanzitutto con riferimento alla distinzione tra fiumi pubblici e privati: in D.43.12.1.4 esplicitamente esclude che possa applicarsi l'interdetto a condotte incidenti su fiumi privati (quindi non riconducibili alla nozione delineata in D.43.12.1.1-3), sulla motivazione che in questo caso *nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum*.

---

Bari, 2000, pagg. 111 ss.

<sup>638</sup>P. MADDALENA, *Gli incrementi fluviali*, cit., pag. 91.

<sup>639</sup>Non pare aver colto questa sfumatura del pensiero di Maddalena la Maganzani, che critica la ricostruzione di questo Autore affermando che “non ha senso parlare unitarietà di regime, se è Ulpiano stesso a distinguere fra accessione e occupazione” (L. MAGANZANI, *I fenomeni fluviali*, cit., pag. 369).

Più interessante al fine di stabilire la configurabilità di un *facere in ripa* rientrante nel campo applicativo dell'interdetto in parola è la precisazione di Paolo, nel par. 2 del già citato fr. 43.12.3:

D.43.12.3 (Paul. 16 ad Sab.) 2. *Secundum ripas fluminum loca non omnia publica sunt, cum ripae cedant, ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam.*

Per Paolo non ogni luogo appartenente alle *ripae* così come individuate secondo il criterio del *plenissimum flumen* può essere definito pubblico. Egli infatti individua un confine tra la parte della *ripa fluminis* sottoposto alla disciplina pubblicistica e quella ricondotta al normale regime privatistico in quanto *pars* del fondo privato prospiciente: tale linea di demarcazione è indicata nel punto in cui l'argine inclina verso il fiume. Pertanto, occorrerebbe limitare la reazione pretoria, e dunque l'esperibilità dell'interdetto *ne quid in flumine publico ripave eius*, ai casi in cui il *facere* o *immittere* incida sulla parte di argine effettivamente declinante e dunque qualificabile come pubblica. Tale precisazione circa la duplice natura delle *ripae* rappresenterebbe null'altro che l'individuazione di un criterio per risolvere il problema del limite tra l'area considerabile pubblica ai sensi della previsione interdittale qui discussa e i circostanti fondi privati, questione che appare centrale nella riflessione Ulpiana (ad es. nella seconda parte del citato par. 10). L'affermazione paolina dunque varrebbe ad escludere la proponibilità dell'interdetto *ne quid in flumine publico ripave eius* contro condotte (tipicamente *facere*) incidenti sulla parte di ripa non degradante verso il fiume, in quanto non considerabili *in publicum factae*.

Del resto, contro tale interpretazione del pensiero di Paolo, potrebbe notarsi come il frammento paolino sia tratto dal commentario *ad Sabinum*<sup>640</sup> per cui parrebbe

---

<sup>640</sup>Cfr O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, pag. 1292 (Paulus Pal. 1891). Proprio la lettura della ricostruzione palingenetica del Lenel pare confermare che il discorso svolto da Paolo con riferimento ai *flumina publica* nel libro XVI della sua opera *ad Sabinum*, si riferisce piuttosto a problemi di acquisto della proprietà che a quelli di applicazione di una tutela, come quella interdittale, volta a tutelare l'*usus publicus* del *flumen* stesso: il frammento immediatamente successivo infatti (Paulus 1892) è infatti tratto da D.41.1.29 e riguarda, coerentemente del resto con la sua collocazione nel titolo

meglio atteggiarsi a criterio per risolvere problemi relativi all'acquisto della proprietà piuttosto che a criterio di limitazione dell'applicabilità di un interdetto – il *ne quid in flumine ripave eius fiat* – che pare finalizzato – almeno nel più maturo pensiero giurisprudenziale classico – alla tutela funzionale della generale utilizzabilità del fiume piuttosto che a quella di un determinato assetto proprietario del bacino fluviale. Tale interpretazione viene a mio avviso corroborata dalla lettura del passaggio in cui Ulpiano, procedendo alla definizione del deterioramento rilevante ai fini della riconducibilità della condotta entro il campo applicativo dell'interdetto in parola, esplicitamente considera l'ipotesi in cui esso si concretizzi in un ostacolo all'*iter pedestre*, ovvero al passaggio a piedi (D.43.12.1.14). Come rilevato dalla dottrina assolutamente maggioritaria, in questo frammento Ulpiano giungerebbe a considerare rientranti nella nozione di peggioramento delle condizioni di navigabilità “anche gli impedimenti al passaggio lungo le rive, evidentemente nel caso di navigazione esercitata a traino dei natanti dalla riva”<sup>641</sup>. È evidente come nella prospettiva di Ulpiano, evidentemente orientata a una considerazione finalistica e funzionale dello scopo di tutela della navigabilità dell'interdetto in esame, la limitazione paolina circa i *facere in ripa* rilevanti per l'esperibilità del rimedio risulti quantomeno distonica, quando non apertamente in contrasto con l'ipotesi di impedimento dell'*iter pedestre*: in questa fattispecie infatti, l'ostacolo al passaggio terrestre sarà normalmente costituito proprio da costruzioni incidenti su quella parte di argine in piano non degradante verso il fiume, dove ragionevolmente potevano essere collocate le vie alzaie usate per il traino delle imbarcazioni.

Il frammento paolino, a parte la consonanza col pensiero di Labeone in tema di definizione naturalistica della *ripa*, potrebbe dunque essere stato collocato dai compilatori in coda al titolo relativo all'interdetto in questione per analogia tematica, ma senza considerazione del diverso contesto argomentativo entro cui esso era stato originariamente formulato. Questa ricostruzione dell'operazione dei compilatori

---

41.1 del Digesto, proprio l'acquisto della proprietà da parte del frontista sull'*insula in flumine nata* (cfr. P. MADDALENA, *Incrementi fluviali*, cit., pag. 45).

<sup>641</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 160. Di recente, per tutti, M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pagg. 177ss

parrebbe essere confermata dalla lettura del seguente frammento tratto dal *Liber responsorum* di Cervidio Scevola:

D.43.12.4 (Scaev. 5 respons.) *Quaesitum est, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privati iuris facere potest. respondit non posse.*

Secondo l'esegesi del passo di recente proposta da Fiorentini<sup>642</sup> la questione cui si riferirebbe il giurista, peraltro di difficile ricostruzione data la natura ellittica del *responsum*, si riferirebbe proprio alla possibilità di acquistare la proprietà su un ponte che unisca due appezzamenti appartenenti allo stesso proprietario ma divisi da un fiume pubblico, come dovrebbe desumersi dall'espressione *privati iuris facere potest*<sup>643</sup>. Si tratterebbe dunque in questo caso di una applicazione del principio secondo cui chi costruisce su suolo pubblico non acquista il *dominium ex iure Quiritium* sull'*opus*, come affermato in via generale da Nerazio in D.41.1.15 (Ner. 5 reg.): *Qui autem in ripa fluminis aedificat, non suum facit*. Tale interpretazione del passo di Scevola è confermata dalla considerazione della sua collocazione palinogenetica<sup>644</sup>: il frammento infatti è collocato da Lenel subito dopo il passo in cui il giurista classico affermava la liceità *iure gentium* della *aedificatio in litore*<sup>645</sup>, dando l'impressione che l'attenzione di questo giurista – nonostante la rubricazione leneliana dei due frammenti li riferisca al commento degli interdetti *ne quid in loco publico* e *ne quid in flumine publico* – sia in particolare rivolto ai problemi di acquisto della proprietà sui beni edificati *in publico* più che alla definizione del campo applicativo dei rimedi interdittali.

Il collegamento con la precedente affermazione paolina potrebbe risiedere dunque nella circostanza che proprio il ponte è un esempio di costruzione che insiste

<sup>642</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pagg. 245 ss, ma già G. SEGRÉ, *La condizione giuridica dei ponti*, in BIDR, 7, 1941, pagg. 17 ss.

<sup>643</sup>Contro L. MAGANZANI, *Ripae*, cit., pag. 192, ma senza spiegare il riferimento – piuttosto probante a mio avviso – al *privati iuris facere*.

<sup>644</sup>O. LENEL, *Palinogenesia*, cit., II, pag. 313 (Scaevola Pal. 298).

<sup>645</sup>D.43.8.4 (Scaev. 5 resp.) = Lenel Pal. Scaev. 297.



sull'argine precisamente nella zona in cui esso inizia a degradare verso il fiume. Accogliendo questa ricostruzione dei paragrafi di chiusura del titolo relativo al *ne quid in flumine publico*, verrebbe a cadere la limitazione posta da Paolo circa la pubblicità delle *ripae* con riferimento all'applicabilità dell'interdetto.

### 3. *La fattispecie materiale*

Il commentario ulpiano relativo all'interdetto *de fluminibus*, come detto, appare incentrato sul problema della definizione del campo applicativo del rimedio. Il giurista severiano non si sofferma sulla ricostruzione degli elementi oggettivi della fattispecie, che costituiscono i presupposti di fatto per l'esperibilità del rimedio, con la medesima precisione analitica con la quale lo abbiamo visto procedere nel caso degli interdetti *de viis*: in particolare, nessuna attenzione è riservata alla delucidazione del significato dell'endiadi *facere e immittere* su cui si appuntavano invece gli sforzi interpretativi di Ulpiano nel commento agli interdetti relativi alle *viae*. L'unica testimonianza che tocchi il problema in questione appare l'enigmatica affermazione, nel paragrafo 11:

D.43.12.1.11 (Ulp. 68 ad ed.) *In flumine publico factum accipere debemus, quidquid in aqua fiat: nam si quid extra factum sit, non est in flumine factum: et quod in ripa fiat, non videtur in flumine factum.*

Per dare un significato a questo frammento – altrimenti inspiegabile anche nel quadro di un commento strettamente lemmatico della formula edittale, data la sua evidente circolarità e inidoneità selettiva – si potrebbe forse ipotizzare che il pretore – vista anche la costruzione in forma disgiuntiva (*in flumine ripave eius*) della clausola edittale relativa all'interdetto in questione<sup>646</sup> – emanasse due differenti *prohibitiones* a seconda che la condotta denunciata dal postulante incidesse sul fiume o le sue rive. Solo in questo la precisazione di Ulpiano avrebbe un significato pratico,

<sup>646</sup>Sottolineata da M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pagg. 172-173.

nel senso di precisare le condizioni alle quali doveva procedersi all'emanazione dell'uno o dell'altro tipo di *prohibitio*. Il problema investe, evidentemente, la questione circa la natura astratta o concreta del *decretum* emanato dal Pretore al termine della procedura interdittale e, ancora più in generale, il rapporto tra modello edittale e la costruzione della *prohibitio* nel caso concreto<sup>647</sup>. La dottrina, nonostante autorevoli dissensi, pare concorde nell'ammettere che l'ordine pretorio, pur modellato sul tenore della clausola edittale, fosse emanato a seguito di una pur sommaria cognizione del caso di specie e risultasse costruito dunque in conformità alle caratteristiche della fattispecie concretamente sottoposta all'attenzione del pretore. Pertanto, nel caso di clausole edittali che contemplassero fattispecie astratte differenti, il pretore avrebbe comunque dovuto emanare un *decretum* costruito a partire dai *verba edicti* relativi alla fattispecie rilevante nel caso concreto<sup>648</sup>. Alla luce di queste osservazioni, il frammento ulpiano varrebbe quale criterio per il pretore per scegliere, nel caso concreto, se inserire nel *decretum* contenente la *prohibitio* (o la *restitutio*) il riferimento alle *ripae* o ai *flumina*: un errore nella costruzione del *decretum* infatti avrebbe consentito all'intimato di sottrarsi all'ordine pretorio eccependo (nel successivo giudizio *ex interdicto*) che l'opera, pur dannosa per la navigazione, non ricadeva al nel divieto edittale in quanto non effettuata nel fiume, se compiuta sulle *ripae*, o viceversa.

Per il resto, il commentario di Ulpiano all'interdetto in parola appare tutto rivolto a specificare i caratteri dell'evento pregiudizievole, limitandosi ad assumere senza ulteriori specificazioni l'endiadi *facere immittere*<sup>649</sup>, tipicamente ricorrente nelle clausole degli interdetti relativi ai *loci publici*. Diverse ipotesi possono essere messe in campo per dare conto di questo sbilanciamento del commentario ulpiano all'interdetto *de fluminibus*: che il riferimento a tali espressioni non fosse considerato problematico con riferimento alla fattispecie qui considerata non pare sostenibile,

<sup>647</sup>Su cui A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 421 ss e G. G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pagg. 79 ss.

<sup>648</sup>A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit., pagg. 42 ss.

<sup>649</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 173. In generale sulla distinzione tra *facere* e *immittere* si può rinviare a quanto osservato *supra* con riferimento al commentario ulpiano agli interdetti *de viis*.

laddove si consideri le difficoltà interpretative che potrebbe dare la nozione di *immittere* con riferimento allo sversamento nel fiume; potrebbe immaginarsi che tale mancanza dipenda da un implicito rinvio al precedente commento agli interdetti *de viis* (D.43.8.2.26-28), da parte dello stesso Ulpiano o dei compilatori che escerpirono e disposero i frammenti del commentario *ad edictum* ulpiano nel libro 43 del Digesto; infine potrebbe sostenersi che, nella prospettiva del giurista severiano, il disvalore della condotta contemplata nelle clausole degli interdetti *de fluminibus* si concentrasse in particolare sull'evento dannoso, ovverosia la minaccia alla possibilità di utilizzare il fiume come via di comunicazione. Che il baricentro della tutela offerta dal pretore con tale interdetto risiedesse, nella visione ulpiana, nella diminuita capacità del fiume a funzionare come via di comunicazione fluviale, è confermato dalla lettura dei parr. 12-15, dove Ulpiano definisce i caratteri di questo elemento della fattispecie interdittale. Il paragrafo 12 infatti contiene, nella frase di apertura che evidentemente segnala l'inizio del commento lemmatico relativo alla parte di clausola edittale “*quo statio iterve navigio deterior sit*”, una netta affermazione della capacità del requisito del peggioramento delle condizioni di navigabilità di selezionare le condotte aggredibili attraverso l'esperimento dell'interdetto in parola (*non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat*). Di seguito, Ulpiano definisce dapprima alcuni caratteri delle attività in cui si esprime tipicamente la possibilità di navigazione fluviale (13 e 14, entrambi costruiti a partire da considerazioni etimologiche) e poi il concetto di deterioramento rilevante ai fini di stabilire se esse siano state effettivamente intaccate dalla condotta in questione (par. 15).

Nel paragrafo 13<sup>650</sup>, Ulpiano si premunisce di specificare il significato di *statio* rilevante ai fini dell'esperibilità del rimedio in parola, riconducendo tale nozione a qualunque luogo in cui le imbarcazioni potessero trovare un riparo sicuro. Questo frammento, a parte le possibili precisazioni circa l'estensione semantica del

---

<sup>650</sup>*Stationem dicimus a stando: is igitur locus demonstratur, ubicumque naves tuto stare possunt.*

termine<sup>651</sup> – peraltro forse sovrastrutturali data la assoluta stringatezza dell'affermazione ulpiana, segnala come lo scopo di tutela di questo interdetto riguardasse, perlomeno nella visione di Ulpiano, non solo la navigabilità, ma più in generale la possibilità di utilizzo del fiume come via di comunicazione. In questo rispetto, l'idoneità ad essere solcato da imbarcazioni rappresenta bensì l'imprescindibile presupposto per la tutela, ma non l'unica funzione del fiume con esso protetta.

In questo senso depone pure la lettura del paragrafo immediatamente successivo dove Ulpiano, dopo una precisazione lessicale circa l'uso comune e giuridico del termine *navigium*<sup>652</sup> (utile peraltro a precisare che l'espressione *iter navigio* si riferisce al transito delle imbarcazioni sull'acqua) riporta un'ipotesi di applicazione dell'interdetto in via diretta che segnala l'ampiezza delle attività, funzionali alla navigazione ma non con essa coincidenti, considerate rientranti nel campo applicativo dell'interdetto: qui Ulpiano ritiene concedibile l'interdetto anche nell'ipotesi in cui l'*opus* (probabilmente *in ripa factum*: cfr. quanto osservato supra al Paragrafo 2 di questo Capitolo) concretasse un ostacolo alla navigazione in quanto impedimento al *pedestre iter*, ovvero al transito di uomini e bestie necessari al trascinarsi della nave. Da tale previsione, con cui si tutela una fattispecie strumentale alla navigazione fluviale, si desume a contrario come proprio la possibilità di utilizzare il *flumen* come mezzo di comunicazione – al di là della mera navigazione intesa come transito sul fiume – fosse considerata il baricentro del rimedio.

Tale lettura dello scopo di tutela perseguito dal pretore mediante la predisposizione di questo rimedio è confermata dal successivo frammento 15 in cui Ulpiano, proseguendo nel commento dei *verba edicti* “*quo statio iterve navigio deterior sit fiat*”, chiarisce l'estensione il significato del sintagma “*deterior fiat*”

---

<sup>651</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 170.

<sup>652</sup>L'osservazione di Ulpiano riguarda l'ambivalenza semantica del termine *navigium* che, se nell'uso comune della lingua latina significa navigazione (in senso analogo a *iter*), nel linguaggio della giurisprudenza spesso è usato ad indicare la stessa nave (come appunto nell'espressione *iter navigio*). Tale distinzione è del resto consonante con le osservazioni di FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, pag. 340 colonne 2 e 3.

attraverso l'enucleazione – a titolo meramente esemplificativo – di alcune situazioni considerate integranti un evento dannoso rilevante ai fini dell'esperimento dell'interdetto:

D.43.12.1.15 (Ulp. 68 ad ed.) *Deterior statio itemque iter navigio fieri videtur, si usus eius corrumpatur vel difficilior fiat aut minor vel rarior aut si in totum auferatur. Proinde sive derivetur aqua, ut exiguior facta minus sit navigabilis, vel si dilatetur, ut<sup>653</sup> diffusa brevem aquam faciat, vel contra sic coangustetur, ut<sup>654</sup> rapidius flumen faciat, vel si quid aliud fiat quod navigationem incommodet difficiliorve faciat vel prorsus impediatur, interdicto locus erit.*

Nella prima parte del frammento è presa in considerazione in particolare l'ipotesi, evidentemente considerata tipica, che il peggioramento delle condizioni di utilizzabilità del fiume come via di comunicazione si concretizzasse in un impedimento al transito delle navi sull'alveo del fiume. Le fattispecie prese in considerazione riguardano condotte idonee a modificare strutturalmente le condizioni geomorfologiche del bacino fluviale in modo da modificare il corso d'acqua diminuendone la funzionalità<sup>655</sup>. Gli esempi di eventi pregiudizievoli all'utilizzabilità del *flumen* come via di comunicazione portati da Ulpiano nella seconda parte del frammento (*proinde...faciat*) si riferiscono ai due casi speculari in cui la navigazione sia impedita a causa di un impoverimento della portata d'acqua del fiume (a seguito di una derivazione o di un allargamento dell'alveo) ovvero al contrario sia resa difficoltosa dall'aumento della velocità della corrente a seguito di un restringimento

<sup>653</sup>Lezione a mio avviso preferibile ad *aut*, per motivi essenzialmente sintattici e stilistici, legati in particolare alla ripetizione nel passo in esame del costrutto *si* + completiva introdotta da *ut*.

<sup>654</sup>Lezione preferibile all'*et* proposto da Mommsen. Cfr M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 174, che però stranamente non rileva la necessità di emendare anche il precedente *aut*.

<sup>655</sup>Tale diminuzione dell'utilizzabilità del fiume (*usus eius*) è indicata da Ulpiano attraverso una serie di verbi nel complesso ridondante (per l'abbondante ricorso alle congiunzioni *aut* e *vel*), che appare disegnare comunque una sorta di progressione “di ipotesi sempre più gravi di turbative” (così M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 174), una vera e propria fenomenologia (non esaustiva) dei possibili deterioramenti rilevanti: così si contemplanò i casi in cui il suo uso sia reso peggiore o più difficile (*corrumpatur vel difficilior fiat*), oppure sia diminuito (*minor vel rarior*), oppure infine sia del tutto impedito (*in totum auferatur*).

del letto del fiume. Anche in questo caso, come nel già analizzato D.43.8.2.32 (Capitolo 3 Paragrafo 3), nella chiusa del passo Ulpiano, per evitare che l'elencazione precedente potesse essere intesa come tassativa, inserisce un'affermazione di carattere generale, una sorta di clausola generale da un lato idonea a comprendere all'interno della nozione di '*deterior fiat*' rilevante ai fini dell'emanazione dell'interdetto qualunque altra condotta idonea a peggiorare o rendere più difficile la navigazione o l'attracco delle imbarcazioni, dall'altro ad esplicitare la *ratio* comune a tutte le ipotesi prima considerate. In questo ultimo senso, si manifesta qui con particolare chiarezza la funzionalizzazione dell'interdetto *de fluminibus* alla tutela non già della generale utilizzabilità del fiume pubblico, ma nemmeno alla mera tutela della navigabilità intesa come possibilità di transito con imbarcazioni sul bacino fluviale: a rilevare è piuttosto il *flumen* come via di comunicazione e la tutela accordata dal pretore si estende pertanto, quantomeno nella prospettiva di Ulpiano (ma confermata da Labeone), a tutte le attività strumentali a questo particolare utilizzo del fiume (transito di imbarcazioni, *iter pedestre*, ormeggio).

Alcune osservazioni circa la natura dell'interesse al mantenimento delle condizioni di navigabilità del bacino fluviale tutelato con questo interdetto possono essere svolte a partire dalle considerazioni di Labeone in punto di potere del convenuto di eccepire, nella *causae cognitio* di fronte al pretore, alcune circostanze idonee a paralizzare o condizionare l'emanazione dell'ordine<sup>656</sup>. Nel frammento 16 infatti Ulpiano riporta ancora una volta una *sententia labeoniana*, in cui il giurista repubblicano esclude la possibilità per l'impetrato di sottrarsi all'ordine pretorio adducendo quale esimente la funzione di *tuitio* delle *ripae* svolta dalla sua opera: dal

---

<sup>656</sup>Sulla possibilità per il convenuto (almeno in epoca classica) di addurre di fronte al pretore circostanze di fatto a lui favorevoli perché idonee a condizionare l'efficacia dell'interdetto attraverso l'inserimento nel *decretum* contenente l'ordine magistratuale di apposite clausole integrative rispetto a quella derivata dalla promessa magistratuale, cfr. per tutti G. GANDOLFI, *Contributo*, cit., pagg. 73 ss e A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit., pagg. 48 ss. I due autori, mentre concordano circa l'esistenza di tali eccezioni idonee a inserire nell'ordine pretorio una condizione favorevole al convenuto, si dividono sulla possibilità di qualificare come *exceptiones* “quelle clausole dell'interdetto che rendono il comando pretorio inapplicabile, tutte le volte che il convenuto possa dimostrare, a sua difesa, che non si è verificato il fatto, previsto nell'editto come *condicio sine qua non* per l'emanazione dell'interdetto”: cfr. A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit., pag. 48.

bilanciamento degli interessi in campo operato dal giurista, emerge con nettezza la natura sovraindividuale dell'interesse tutelato con l'interdetto *de fluminibus*.

D.43.12.1.16 (Ulp. 68 ad ed.) *Labeo scribit non esse dandam exceptionem ei, qui interdicto convenitur: "aut nisi ripae tuendae causa factum sit", sed ita excipiendum ait: "extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit"*.

In esso è negata la possibilità per il legittimato passivo di paralizzare la concessione dell'interdetto in parola assumendo che l'*opus* concretasse un intervento di manutenzione delle *riparae*<sup>657</sup>.

Si tratta di un'ipotesi di (potenziale) concorrenza tra interdetti, giacché la *tuitio* delle *riparae* da parte dei privati<sup>658</sup> era tutelata dal pretore con la concessione di un diverso interdetto, il *de ripa munienda* (D.43.15)<sup>659</sup>, sulla base della considerazione che «*ripas fluminum publicorum reficere munire utilissimum est*» (D.43.15.1)<sup>660</sup>. La formula edittale è riportata da Ulpiano in apertura del frammento 1:

D.43.15.1 (Ulp. 68 ad ed.) pr. *Praetor ait: "Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel cautum vel satisdatum est aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato caveatur vel satisdetur, vim fieri veto"*<sup>661</sup>.

<sup>657</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 161; G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 163; M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 176.

<sup>658</sup>Sulla complementarità di "iniziativa pubblica e privata nella *munitio* delle rive" si veda M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 217 ss.

<sup>659</sup>Su cui, da ultimo, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 206 ss.

<sup>660</sup>Un accenno alla necessità di mantenere la funzionalità delle *riparae* anche in D.43.12.1.5: *Nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit, ripae alvei eius muniendae sunt*. Riferimenti alle opere dei gromatici in cui appare la consapevolezza dell'utilità della *refectio* e *tuitio* delle *riparae* in G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 163 nota 2.

<sup>661</sup>Sottolineato anche in D.43.15.1.2 (Ulp. 68 ad ed.) *Merito adicit "dum ne ob id navigatio deterior fiat": illa enim sola refectio toleranda est, quae navigio non est impedimento*.

Con tale rimedio dunque il pretore vietava ogni forma di interferenza (*vim fieri veto*) sull'attività del soggetto (*illi*)<sup>662</sup> che avesse intrapreso<sup>663</sup> un'opera sul fiume pubblico e le sue *ripae* volta a proteggere le rive o le i campi confinanti con il fiume stesso: si riconosceva dunque all'attività di *tuitio* delle *ripae* una meritevolezza tale da essere tutelata con apposito interdetto. D'altra parte il pretore appare ugualmente conscio del possibile conflitto con altri interessi di rango uguale o addirittura superiore. In questo senso vanno interpretate le due condizioni cui è subordinata la concessione del rimedio in questione. *In primis*, a tutela degli interessi dei proprietari dei fondi vicini al luogo in cui l'*opus* è costruita, il pretore obbliga il soggetto impetrante che abbia denunciato una violenza finalizzata a impedirgli di completare l'opera di *tuitio* a fornire adeguate garanzie patrimoniali per i *damni infecti* che questa possa provocare ai vicini e ai proprietari dei fondi dall'altra parte del fiume (D.43.15.1.4)<sup>664</sup> qualora l'opera di *tuitio* non fosse compiuta in conformità con la diligenza del *vir bonus*<sup>665</sup>. A questo riguardo<sup>666</sup>, Ulpiano differenzia le forme che doveva assumere tale garanzia *secundum qualitatem personarum*, riferendosi alle diverse attività giuridiche del *cavere* e del *satisdare*: tali espressioni indicano due *species* di *stipulationes* pretorie, l'una consistente in una semplice *promissio* (*cavere*), l'altra invece nella più gravosa forma di *stipulatio* assistita da testimonii (*satisdatio*). Questa affermazione è

---

<sup>662</sup>Fiorentini limita la legittimazione attiva al rimedio al soggetto proprietario del fondo prospiciente il fiume, a partire dalla “circostanza che il testo interdittale prescriveva che l'opera dovesse giustificata dalla finalità di proteggere il fondo prospiciente la riva del fiume, come si ricava dallo stesso inciso del testo edittale (*agrive qui circa ripam est*)” (M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 207). A me non pare che si possa fondare una tale limitazione a partire dall'indicazione pretoria – peraltro molto generica – dei possibili motivi soggettivi per cui il soggetto aveva messo mano alla *tuitio*: peraltro, occorre notare come lo stesso pretore, nella clausola non interamente riportata da Fiorentini, esplicitamente menzioni come possibile scopo della *tuitio* anche quello del mero rafforzamento degli argini.

<sup>663</sup>La costruzione con *vim fieri veto* + completiva introdotta da *quominus* è normalmente ritenuta incompatibile con la versione restitutoria degli interdetti. Cfr. *supra*.

<sup>664</sup>*Dabitur autem satis vicinis: sed et his, qui trans flumen possidebunt.*

<sup>665</sup>Sulle promesse pretorie di comportarsi secondo il paradigma del *vir bonus*, cfr. B. ALBANESE, *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus*, in *SDHI*, 60, 1994, pagg. 135 ss.

<sup>666</sup>Oltre che nella clausola edittale, la precisazione è in D.43.15.1.3 (Ulp. 68 ad ed.) *Is autem, qui ripam vult munire, de damno futuro debet vel cavere vel satisdare secundum qualitatem personae: et hoc interdicto expressum est, ut damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel caveatur vel satisdetur.*



parsa a molta parte della dottrina<sup>667</sup> contraddittoria rispetto ai principii generali in tema di *cautio damni infecti* deducibili dall'editto pretorio sul danno temuto<sup>668</sup>: mentre in sede di commento a quell'editto Ulpiano afferma recisamente la necessità che la *cautio* assuma la forma della *satisdatio* in ogni caso di *facere in publico*, in quanto sottospecie del *facere in alieno*<sup>669</sup>, qui differenzia le ipotesi introducendo la possibilità che la garanzia sia prestata sotto forma di mera *cautio promissoria* (come dovrebbe dedursi dall'uso del termine *cavere*)<sup>670</sup>. Oggi la necessità di ricorrere alla critica interpolazionistica<sup>671</sup> è negata dalla dottrina dominante, anche se le interpretazioni della differenziazione di disciplina *ratione qualitate personarum* in D.43.1.15 pr. rimangono divergenti. Giannetto Longo, seguito di recente da Fiorentini, aveva ipotizzato<sup>672</sup> che la distinzione si riferisse al soggetto a garanzia dei cui interessi la garanzia è prestata, riconducendo così la differenza di disciplina al differente scopo per la quale era richiesta la *cautio*: nel caso in cui la garanzia fosse prestata al fine di salvaguardare un interesse individuale del proprietario circoscrivendo avrebbe assunto la forma della *repromissio*, mentre se avesse avuto lo scopo di tutelare gli usi pubblici si sarebbe potuto richiedere la *satisdatio*. Branca<sup>673</sup> propone invece di riferire la differenza di regime alla diversa posizione del soggetto garante, per cui “l'essere o meno proprietari della sponda costituisce la *qualitas personae*, di cui parla il giurista”: tale interpretazione presuppone dunque la circostanza che sulla *ripa* potessero vantarsi diritti proprietari individuali, per cui se l'opera viene iniziata sulla parte di riva in proprietà del frontista essa è considerata *facta in suo* e dunque

<sup>667</sup>Indicazioni in G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate in diritto romano*, Padova, 1957, pagg. 361 ss. e M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 210 ss.

<sup>668</sup>Su cui G. BRANCA, *Danno temuto*, cit., pagg. 349 ss.

<sup>669</sup>Lo stesso emerge dalla lettura di altri frammenti tratti dal commentario ulpiano *ad edictum*: D.39.2.24.pr. (Ulp. 81 ad ed.), ma anche D.39.2.30.1 (Ulp. 81 ad ed.) e D.46.5.1.6 (Ulp. 70 ad ed.).

<sup>670</sup>G. BRANCA, *Danno*, cit., pag. 362.

<sup>671</sup>Su cui invece O. GRANDEWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni*, BIDR, II, 1889, 7 ss. La distinzione *ratione qualitate personarum* si sarebbe infatti affermata in età post classica e si riferirebbe al diverso status sociale ed economico dei soggetti che dovevano prestare la garanzia, rimandando alla distinzione tra *humiliores* e *honestiores*.

<sup>672</sup>G. LONGO, *Il regime romano delle acque pubbliche*, in *RISG*, 3, 1928, pagg. 243 ss, spec. pag. 299. In realtà si tratta della riproposizione di una tesi presente nella Glossa di Accursio, peraltro presentata dall'Autore con un'estrema cautela peraltro non colta da Fiorentini, che invece la ripropone in toni definitivi.

<sup>673</sup>G. BRANCA, *Danno*, cit., pag. 362.

sottoposta, coerentemente ai principii generali, al regime della *promissio*; al contrario, ove l'opera insistesse su quella parte di ripa considerata pubblica (quella degradante verso il fiume, secondo la sopra ricordata definizione di Paolo) essa deve considerarsi *facta in publico*, dunque *in alieno*, e pertanto richiederà la prestazione di una *satisfatio*. Nonostante l'interpretazione di Longo sia affascinante, soprattutto per il collegamento instaurabile tra differente regime della *cautio* e diverse finalità dell'opera di *tuitio*<sup>674</sup>, quest'ultima interpretazione mi pare senza dubbio preferibile: innanzitutto, perché più aderente al significato di *qualitas personarum* normalmente riscontrabile nelle fonti, poi perché permette di ricondurre il caso ai principii generali in materia, che Ulpiano pare essere convinto di rispettare, data l'asciuttezza dell'affermazione.

È quindi piuttosto la seconda delle condizioni apposte dal pretore per l'esperibilità dell'interdetto a fornire qualche indicazione circa il bilanciamento tra l'interesse alla *munitio* della ripa e quello alla tutela della navigabilità. Come si evince dalla clausola *dum ne ob id navigatio deterior fiat* inserita nella promessa edittale<sup>675</sup>, la tutela dell'attività di *refectio* delle *ripae* trovava un limite proprio nell'ipotesi in cui l'*opus* potesse comportare un pregiudizio alla navigazione. Proprio a questa medesima ipotesi di *opus* si riferisce Labeone in D.43.12.1.16 discutendo della possibilità di inserire nella *prohibitio* emanata in conformità al modello dell'interdetto *de fluminibus* la clausola “*aut nisi ripae tuendae causa factum sit*” che sarebbe valsa a paralizzare il divieto pretorio qualora l'opera pregiudizievole per la navigazione fosse fatta con lo scopo di munire le *ripae*. Dunque, di fronte alla fattispecie in cui un soggetto – ipotizziamo il proprietario del fondo adiacente al *flumen* – si appresti a costruire un'opera volta a munire le *ripae* ma che nel concreto producesse un impedimento alla navigabilità, il pretore considera due situazioni: nel caso in cui un soggetto impedisca la continuazione dell'opera, il proprietario

<sup>674</sup>In tale interpretazione dunque la differenza di regime in tema di *cautiones* sarebbe da ricollegarsi alla duplice finalità dell'opera di *munitio* tutelata con l'interdetto in questione, indicata con l'espressione *ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa*.

<sup>675</sup>Cfr. la consueta *laudatio* ulpiana in D.43.15.1.2 (Ulp. 68 ad ed.) *Merito adicit "dum ne ob id navigatio deterior fiat": illa enim sola reffectio toleranda est, quae navigio non est impedimento*.

costruttore potrebbe voler richiedere l'emanazione dell'interdetto *de ripa munienda*, ma il rimedio gli sarà denegato proprio in forza della clausola “*dum ne ob id navigatio deterior fiat*” contenuta nella formula<sup>676</sup>; se invece il soggetto preoccupato dai possibili effetti negativi per la navigazione dell'opera di *munitio* decida, più saggiamente, di adire il pretore, egli otterrà l'emanazione dell'interdetto *de fluminibus* senza che il costruttore possa eccepire che il manufatto *ripae tuendae causa factum sit* (Labeone in D.43.12.1.16). È evidente l'asimmetria tra la possibilità di far valere davanti al pretore i due diversi interessi al mantenimento delle condizioni di navigabilità del fiume e alla *munitio* delle *ripae*: mentre il primo dovette essere percepito fin da epoca risalente come riferibile alla collettività del suo complesso, quello alla *munitio* delle *ripae*, benché indirettamente riferibile anche alla collettività, era considerato particolarmente concentrato sui proprietari dei fondi rivieraschi. Dalla lettura congiunta dei due frammenti si ricava l'impressione che dovessero essere ben presenti, tanto al pretore quanto alla giurisprudenza, i possibili conflitti tra interessi superindividuali che possono sorgere con riferimento a beni pubblici e che coscientemente fosse accordata prevalenza a quello riconducibile alla più generale utilizzabilità da parte della comunità: non a caso Labeone, nel frammento 43.12.1.16, ammette la prevalenza dell'interesse alla *refectio riparum*, e quindi la possibilità di paralizzare la concessione dell'interdetto *ne quid in flumine publico fiat* nonostante l'opera compromettesse la navigabilità del corso d'acqua, nel diverso caso in cui l'intervento sulle *ripae* fosse stato autorizzato da un atto normativo generale (D.43.12.1.16: *extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit*)<sup>677</sup>.

Dalla lettura congiunta dei due frammenti si ricava l'impressione che dovessero essere ben presenti, tanto al pretore quanto alla giurisprudenza, i possibili conflitti tra interessi superindividuali che possono sorgere con riferimento a beni pubblici e che coscientemente fosse accordata prevalenza a quello riconducibile alla più generale utilizzabilità da parte della comunità: non a caso Labeone ammette la

<sup>676</sup>Come giustamente notava Scherillo, questa circostanza testimonia il riconoscimento da parte del pretore della legittimità dell'autotutela privata (G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 161).

<sup>677</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 163.

prevalenza dell'interesse alla *refectio riparum*, e quindi la possibilità di paralizzare la concessione dell'interdetto *ne quid in flumine publico fiat* nonostante l'opera compromettesse la navigabilità del corso d'acqua, nel diverso caso in cui l'intervento sulle *ripae* fosse stato autorizzato da un atto normativo generale (D.43.12.1.16: *extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit*).

Da queste precisazioni possiamo trarre alcune considerazioni sulla natura dell'interesse tutelato dal pretore attraverso la concessione dell'interdetto *de fluminibus*: si tratterebbe di un rimedio preposto alla conservazione delle condizioni morfologiche del fiume navigabile, al fine di garantire la possibilità a tutti i consociati di godere di esso come mezzo di comunicazione. Si tratta quindi in questo caso di un interesse indeterminato, non individualizzabile, al mantenimento delle condizioni di navigabilità del fiume: da questo carattere marcatamente pubblicistico, la dottrina desume un regime popolare di legittimazione attiva, per cui l'attivazione del rimedio sarebbe demandata al *quivis ex populo* senza alcuna limitazione a portatori di interessi specifici sul bene. Come per il caso degli interdetti *de viis*, una conferma di questo regime di legittimazione attiva aperta al *quivis e populo* si potrebbe trovare – accettando la teoria del Berger – nella mancanza, nella formula edittale, di alcun riferimento specifico idoneo a limitare la cerchia soggettiva dei legittimati all'esperimento del rimedio.

## 2. INTERDETTO NE QUID IN FLUMINE PUBLICO FIAT, QUO ALITER AQUA FLUAT (D.43.13)

### 1. Ambito applicativo

Ben più travagliata appare la dottrina nell'interpretazione dell'interdetto<sup>678</sup> riportato nel frammento immediatamente successivo, il cui testo edittale è riportato da Ulpiano in D.43.13.1 pr. e 11.

43.13.1 (Ulp. 68 ad ed.) pr. *Ait praetor: "In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto"*.

43.13.1 (Ulp. 68 ad ed.) 11. *Deinde ait praetor: "Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in flumen ripamve eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluit atque uti priore aestate fluxit, restituas"*<sup>679</sup>.

I *verba edicti* promettono l'emanazione di un interdetto (nella due versioni proibitoria e restitutoria) contro qualunque condotta integrante un *facere* o *immittere* sul fiume pubblico o le sue *ripae* da cui derivi un mutamento del corso d'acqua rispetto all'estate precedente.

L'analisi della fattispecie edittale e, soprattutto, la considerazione dei principali profili di disciplina emergenti dalla lettura del commento ulpiano,

<sup>678</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 611 ss; G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pagg. 177; G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 155; G. ASTUTI, *Acque*, cit., 368; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 187 ss; J. M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., pag. 291; R. FISCHER, *Umweltschuetzende Bestimmungen im römischen Recht*, cit., pagg. 144 ss. Ringrazio il dott. R. Signorini per avermi gentilmente permesso di visionare in anteprima il testo di un suo contributo specificatamente dedicato a questo interdetto, presentato in occasione dell'incontro *Terra acqua diritto. Giovani romanisti milanesi incontrano Gérard Chouquer* (Milano, 21.11.2013) e destinato a prossima pubblicazione. Non potendo operare puntuali rinvii, mi limiterò a richiamare in nota il pensiero dell'autore senza ulteriori indicazioni.

<sup>679</sup>Cfr. la ricostruzione della clausola edittale in O. LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., pag. 460 e in D. MANTOVANI, *Formule*, cit., pagg. 86 e 91. L'unica menda proposta è l'inserimento, nella formula restitutoria (par.11) dell'aggettivo determinativo *id*, per cui si avrebbe: *Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in <id> flumen ripamve eius immissum habes [...]*.

forniscono spunti contrastanti al fine di inquadrare lo scopo di tutela perseguito dal pretore con l'emanazione di questo interdetto. Le maggiori difficoltà interpretative si sono appuntate, come vedremo, sull'esistenza di un danno ai privati circostanti (*incommoda accolentium*) quale condizione per l'emanazione dell'interdetto: mentre la formula edittale non fa menzione di questo elemento della fattispecie, esso è richiamato in diversi punti del commentario ulpiano quale requisito essenziale della reazione pretoria. L'incertezza riguardo questo aspetto della fattispecie edittale si riverbera su altri profili della disciplina del rimedio (in particolare quello della legittimazione attiva) e sul suo rapporto con le altre previsioni interdittali a tutela dei fiumi pubblici; più in generale però, essa investe direttamente, come ovvio, la definizione della natura dell'interesse tutelato con questo rimedio: da un lato, l'interesse generale non individualizzabile al mantenimento delle condizioni del corso d'acqua (che avvicinerrebbe l'interdetto in parola al *ne quid in flumine publico quo peius navigetur* in D.43.12), dall'altro quello dei frontisti a mantenere i *commoda* tratti dal fiume (che appare più affine alla tutela approntata dal *ne quid in loco publico fiat*, già visto in D.43.8.2 pr).

In secondo luogo, la fattispecie considerata nell'interdetto in questione incide direttamente sulla disciplina delle concessioni d'acqua da fiume pubblico, tema come noto assai controverso su cui la dottrina pare non aver raggiunto una posizione condivisa. Il dibattito si è particolarmente sviluppato nella dottrina italiana della prima metà del novecento<sup>680</sup>, in ciò probabilmente sollecitata dai problemi sollevati dall'emanazione del decreto luogotenenziale sulle derivazioni di acque pubbliche (decreto luogotenenziale n° 1664 del 1916). L'esplicito riferimento nel testo della clausola edittale alle *derivationes minus concesses* ripropone infatti l'alternativa libertà di derivazione/necessità di concessione, attorno a cui si sono sviluppati gli sforzi ricostruttivi degli autori coinvolti in quel dibattito. Tale prospettiva, quella da cui soprattutto la dottrina ha analizzato l'interdetto in questione, appare peraltro appiattare le problematiche emergenti dal commentario ulpiano<sup>681</sup>

<sup>680</sup>Si veda un'utile sintesi delle diverse posizioni maturate dalla dottrina di quegli anni in G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 131.

<sup>681</sup>Lo nota M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 188 nota 48.

Questa prima ricognizione dei problemi legati all'interpretazione del rimedio in esame può spiegare del resto le numerose – e disparate – proposte di emendazione del testo del commentario ulpiano volte a ridare coerenza a una disciplina che presenta profili oggettivamente oscuri e contraddittori. Esse saranno riportate e – per quanto talvolta le modifiche del testo assumano la forma della *petitio principii* – discusse mano a mano che verranno affrontate le diverse questioni controverse.

L'esatta definizione dell'ambito applicativo di questo interdetto pone, come accennato, notevoli problemi di coordinamento con gli altri rimedi costituenti il sistema romano di tutela interdittale delle *res publicae*.

Il punto di partenza della ricostruzione non può che essere l'affermazione ulpiana secondo cui l'interdetto in questione si applica a tutti i *flumina publica, sive navigabilia sive non* (D.43.13.1.2). La maggioranza degli autori riconduce l'irrilevanza del criterio della navigabilità al particolare scopo di tutela perseguito con l'interdetto in parola: non trattandosi di un rimedio posto a tutela dell'utilizzabilità del fiume come via di comunicazione, conseguentemente il giurista prescinde dal criterio della navigabilità nell'individuazione dei corsi d'acqua assoggettati a questo regime<sup>682</sup>. Dunque nel caso del fiume pubblico navigabile, la tutela accordata con questo rimedio si assommerà a quella predisposta dall'interdetto *de fluminibus* (43.12.1 pr.): mentre questo poteva essere attivato da chiunque in reazione a quelle condotte incidenti sull'utilizzabilità del fiume come via di comunicazione fluviale, il *ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua fluat* avrebbe soccorso solo contro le condotte da cui derivasse un *incommodum* per i vicini<sup>683</sup>. Nel caso del fiume non navigabile, invece, alla tutela accordata con l'interdetto qui in discussione si sarebbe assommata quella suggerita da Labeone in 43.12.1.12: pertanto, ove non fosse rinvenibile nel caso concreto un danno individualizzabile in capo ai *circumcolentes*,

<sup>682</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 195.

<sup>683</sup>Da ultimo, M. FIORENTINI, *Fiumi e mare*, cit., pag. 195. BRANCA peraltro, negando che il *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat* fosse soggetto a un regime di legittimazione attiva diffusa, sostiene (*Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 180) che il riferimento al *quivis e populo* in 43.13.1.9 sia frutto di un'interpolazione giustiniana volta a unificare il regime dei due interdetti (quello discusso in 43.13 e quello proposto da Labeone in 43.12.1.12): si potrebbe forse osservare che, se i compilatori avessero voluto procedere a una tale unificazione probabilmente avrebbero avuto la possibilità di operare in modo più netto, senza lasciare tali contraddizioni.

la tutela dell'integrità del *flumen publicum* non navigabile avrebbe potuto solo assumere la forma di una protezione dell'azione in autotutela del soggetto che si apprestasse *motu proprio* alla rimessa in pristino del bacino fluviale.

Verrebbe così confermata una volta di più l'elasticità con cui Ulpiano ricorre ai diversi criteri di pubblicità dei fiumi, in relazione alla natura del rimedio di cui si discute l'applicazione; soprattutto, viene radicalmente messa in discussione l'idea che quello della navigabilità potesse essere considerato – perlomeno dal giurista severiano – un requisito essenziale per considerare *publicum* un *flumen*: in questo passo infatti è espressamente affermato che i fiumi possono essere considerati pubblici a prescindere dalla loro navigabilità.

Epperò una considerazione più ravvicinata dello scopo di tutela perseguito con tale interdetto mette in luce inaspettati problemi esegetici e di coordinamento con gli altri rimedi interdittali *de locis publicis*.

Una diversa lettura dello scopo di tutela, e così dell'ambito applicativo del rimedio, è stata infatti avanzata dall'Albertario. Questo autore, partendo dalla tesi secondo cui nel diritto classico il regime delle derivazioni d'acqua avrebbe nettamente distinto tra fiumi navigabili (per cui sarebbe sempre necessaria una concessione *ad hoc*) e quelli non navigabili (per cui valeva invece la regola della libertà di derivazione)<sup>684</sup>, giunge ad affermare che l'interdetto commentato da Ulpiano in D.43.13 trovasse applicazione solo per i fiumi non navigabili: il testo del par. 2, nell'attuale redazione frutto di un'interpolazione giustiniana volta ad “estendere al fiume pubblico navigabile la difesa ordinata nel diritto classico per il fiume pubblico non navigabile”<sup>685</sup>, dovrebbe invece essere letto come “pertinet autem ad flumina publica <quae navigabilia non sunt>”<sup>686</sup>. Tale menda testuale è proposta dall'Albertario proprio a partire da considerazioni legate allo scopo di tutela dell'interdetto in parola: agli occhi di questo autore infatti, dal commentario ulpiano

---

<sup>684</sup>E. ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua*, in *BIDR*, 38, 1930, pagg. 197 ss. Una critica di questa tesi già in G. GROSSO, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici (Estratto dagli Atti della reale accademia delle Scienze di Torino*, 66, 1931), pagg. 369 ss.

<sup>685</sup>E. ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua*, cit., pag. 209.

<sup>686</sup>E. ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua*, cit., pag. 210.



emergerebbe chiaramente che “scopo dell'interdetto è di evitare la lesione dei vicini, degli *accolentes*, non di proteggere la navigabilità delle acque”, pertanto deve dedursi che esso “provvede alla difesa di acque pubbliche destinate alla irrigazione”<sup>687</sup>, ovvero quelle dei fiumi non navigabili. Pertanto in questo caso la limitazione del campo applicativo dell'interdetto ai fiumi non navigabili è argomentata a partire dalla natura eminentemente individuale ed agricola degli interessi tutelati dal rimedio, e dunque dalla valorizzazione del requisito – non contemplato nei *verba edicti* – dell'*incommodum accolentium*.

Una tale lettura dello scopo di tutela del rimedio in esame, del resto, pone con forza l'ulteriore problema del rapporto di questo interdetto con il *ne quid in loco publico fiat*: già Branca notava l'analogia “impressionante” tra i due rimedi, entrambi finalizzati alla protezione di interessi individualmente goduti dai proprietari vicini al bene pubblico in questione<sup>688</sup>. Certamente la disciplina dei due interdetti conosce anche profili di differenziazione, ma rimane la sensazione di una certa sovrapposizione del campo applicativo dei due rimedi che renderebbe poco spiegabile l'introduzione di un rimedio *ad hoc* specificatamente rivolto a tutelare i *commoda* individualmente goduti sui *flumina* oltre a quello genericamente rivolto ai *loca publica*. Per spiegare questa circostanza potrebbe notarsi<sup>689</sup> come il fiume pubblico non sia ricompreso nella definizione labeoniana di *locus publicus* riportata da Ulpiano a commento dell'interdetto *ne quid in loco publico* (43.8.2.3) la cui applicazione, peraltro, appare limitata al contesto urbano: in questa prospettiva, la previsione di uno specifico interdetto a tutela dei *commoda* goduti individualmente sul *flumen publicum* non farebbe che colmare una lacuna di tutela. Contro tale osservazione potrebbe ribattersi che nella prospettiva di Ulpiano la definizione del campo applicativo del *ne quid in loco publico fiat* non era costruita, come in Labeone, a partire dalla nozione di *locus publicus*, quanto piuttosto da quella di *res in usu publico*, all'interno della quale non si dubita rientrasse pure il *flumen publicum*. A questo proposito si possono fare due ordini di osservazioni: innanzitutto,

<sup>687</sup>E. ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua*, cit., pag. 210.

<sup>688</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 183.

<sup>689</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 169.

che le fattispecie previste dai due rimedi, per quanto simili, non sono sovrapponibili dal momento che per l'esperimento del *ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat* è richiesto, come vedremo, che il danno ai privati si manifesti nella particolare forma di un mutamento strutturale del bacino fluviale; in secondo luogo, occorre tenere a mente che il sistema degli interdetti *de locis publicis*, pur apparendoci dalle pagine di Ulpiano come un sistema coerente e coordinato, è frutto della stratificazione di rimedi puntiformi di volta in volta predisposti come reazione a condotte specifiche, per cui trarre conclusioni esegetiche a partire da argomenti "sistematici" appare quantomeno pericoloso.

## 2. La fattispecie materiale

Le incertezze relative all'individuazione dello scopo di tutela perseguito dal pretore con la previsione di tale interdetto si innestano come ovvio sull'incerta ricostruzione della fattispecie materiale che legittima la reazione pretoria. Essa appare costruita attorno a tre nuclei: due (la condotta integrante un *facere* o *immittere* e la modifica del corso del fiume) espressamente contemplati nella clausola edittale, cui si aggiunge l'ulteriore requisito degli *incommoda accolentium* emergente dal commentario ulpiano.

La condotta incidente sul *flumen* o le sue *ripae* deve essere configurabile come *facere* e *immittere*. Pertanto nel caso delle derivazioni, coerentemente del resto con il requisito per cui rientrano nel campo applicativo dell'interdetto solo le condotte incidenti sulla struttura morfologica del corso d'acqua (*infra*), non è la mera azione della sottrazione d'acqua ad essere vietata dal pretore, ma piuttosto le opere a tal fine predisposte nell'area fluviale. Esempi di opere finalizzate alla derivazione d'acqua rientranti nel campo applicativo dell'interdetto in parola sono riportati da Ulpiano nei paragrafi 4 e 5, dove il giurista evidentemente affronta il problema dell'interazione tra sistemi irrigui privati (*rivi*) e il sistema delle acque interne maggiori.

D.43.13.1.4 (Ulp. 68 ad ed.) *Si quis ex rivo tecto per apertum ducere velit vel contra qui ante aperto duxit, nunc operto velit, interdicto teneri placuit, si modo hoc factum eius incommodum circa colentibus adferat.*

Il caso prospettato da Ulpiano in questo frammento è quello della *refectio* di un *rivus*, che lo stesso giurista definisce, in un passo tratto dal commento all'interdetto *de rivis* – *locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrat, cui nomen est από τοῦ ρειν*. (D.43.21.1.2). Tale restauro del rivo prende in particolare le forme (opposte) dello scopercchiamento di un canale prima sotterraneo o, al contrario, della costruzione di una tettoia per il *rivus* che prima scorreva scoperto<sup>690</sup>. La fattispecie addotta ad esempio non pone alcun dubbio con riguardo alla riconducibilità della condotta entro il campo semantico del *verbum* edittale *facere*: nonostante la genericità della definizione ulpiana contenuta in 43.13.1.4 infatti, mi pare evidente che il giurista si riferisse in particolare a condutture artificiali, *manu factae*<sup>691</sup>. Lascia invece perplessi la qualificazione dell'opera come *in flumine ripamve eius facta*, dal momento che la *refectio* pare interessare esclusivamente il *rivus*. Nonostante l'esatta qualificazione di tali corsi d'acqua minori (normalmente artificiali) sia discussa in dottrina<sup>692</sup>, è evidente che esso non può essere considerato un *flumen* (la definizione di *flumen* di Ulpiano è costruita, come già notato, proprio in opposizione a quella di *rivus*), né tanto meno un elemento accessorio di esso. Ne sia riprova la circostanza che la fattispecie prospettata da Ulpiano potrebbe porre un problema di concorrenza tra i due interdetti *ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua fluat* e il già ricordato *de rivis*: l'ipotesi del *tegere* un *rivum* è infatti

<sup>690</sup>Si leggano le affascinanti osservazioni di G.D. ROMAGNOSI, *Della condotta delle acque secondo le vecchie intermedie e nuove legislazioni dei diversi paesi d'Italia*<sup>2</sup>, I, Firenze, 1833, pagg. 322 ss.

<sup>691</sup>Che il termine *rivus* potesse genericamente indicare anche corsi d'acqua aperti e naturali è attestato in diverse fonti, tra cui Festo (v. *rivus*, 336 L) che, riportando il pensiero del grammatico tardo repubblicano Verrio Flacco sostiene che *rivus vulgo appellatur tenuis aquae fluor, non +spe consiliove+ <specu incilive> factus, verum naturali suo impetu*. Pur non potendosi accogliere nella sua radicalità la tesi dell'OSSIG (*Römisches Wasserrecht*, cit., pagg. 117 ss) secondo cui *rivus* individuerebbe sempre un fossato artificiale, vero è – come nota FIORENTINI (*Fiumi e mari*, cit., pagg. 101 ss) – che le fonti si riferiscono normalmente all'ipotesi di manufatti artificiali più che di canali naturali.

<sup>692</sup>E. COSTA, *Le acque e il diritto romano*, cit., pagg. 15 ss con riferimenti a bibliografia ottocentesca. Di recente anche FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 99 ss.

espressamente presa in considerazione da Ulpiano nel suo commento all'interdetto *de rivis* tra le possibili accezioni del termine *reficere*, cui si rivolge la protezione edittale (D.43.21.1.6). Dunque, da un lato il soggetto che avesse provveduto – al fine di migliorare le condizioni del *rivus* – a installare o rimuovere la sua copertura (*tegere*) avrebbe potuto esperire l'interdetto *de rivis* contro chiunque lo impedisse con la forza nella sua opera, purché con essa non giungesse a derivare una quantità d'acqua maggiore di quella legittimamente derivata l'estate precedente; dall'altro, egli sarebbe legittimato passivo all'interdetto *ne quid in flumine publico fiat quuo aliter aqua fluat* qualora da tale *refectio* derivasse un mutamento del corso d'acqua tale da comportare *incommoda* ai *colentes*. Il bilanciamento tra gli interessi in gioco pare consapevolmente risolto a favore di quelli più marcatamente interindividuali o collettivi: mentre infatti al soggetto convenuto coll'interdetto a tutela dell'interesse privato alla *refectio* del *rivus* è offerta in via di eccezione la possibilità di liberarsi facendo valere l'illegittimità della derivazione<sup>693</sup>, al soggetto convenuto con l'interdetto a tutela del più generale assetto fluviale non è concesso di eccepire la funzionalità dell'*opus* al miglioramento del *rivus*. Rispetto all'esempio riportato da Ulpiano nel par. 4, ulteriori perplessità potrebbero essere sollevate in merito alla possibilità di immaginare un'attività di *refectio* di un *rivus* privato, e in particolare la sua copertura con una tettoia, che potesse in concreto incidere sul *cursus* o il *rigor* del *flumen*, modificando la struttura del bacino fluviale come richiesto dal pretore per la concessione dell'interdetto (*infra*).

Un discorso analogo può essere fatto per l'altro esempio di condotta sottoposta alla previsione interdittale *quo aliter* riportata da Ulpiano nel frammento immediatamente successivo:

D.43.13.1.5 (Ulp. 68 ad ed.) *Simili modo et si incile ducat aut alio loco faciat aut si alveum fluminis mutet, hoc interdicto tenebitur.*

---

<sup>693</sup>Si tratta anche in questo caso, come già notato *supra*, di un sostanziale riconoscimento dell'autotutela privata a difesa di interesse collettivi.

Anche in questo caso è Ulpiano a fornirci, ancora in sede di commento all'interdetto *de rivis*, una definizione di incile: (43.21.1.5) *Incile est autem locus depressus ad latus fluminis, ex eo dictus, quod incidatur: inciditur enim vel lapis vel terra, unde primum aqua ex flumine agi possit*. Si tratta insomma di un “varco d'acqua, praticato col tagliare la pietra o il terreno, onde far passar un'acqua nel rivo”<sup>694</sup>. Nella visione di Ulpiano dunque, dava luogo all'esperibilità dell'interdetto *ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat* la condotta di chi modificasse il *caput aquae*<sup>695</sup> del *rivus* in modo da stravolgere il corso del fiume da cui si dipartiva, arrecando un danno agli altri derivatori. Analogamente a quanto visto per il caso della *refectio* del *rivus*, la possibilità di ricondurre un *facere in incilibus* all'ipotesi edittale appare dubbia, nonostante in questo caso la prossimità del manufatto agli argini del fiume potrebbe farla più facilmente ricadere nell'ipotesi di *opus in ripa factum*. Ad ogni modo, anche in questo caso si avrebbe una concorrenza dell'interdetto *ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat* con il *de rivis*, per cui il miglioramento dell'incile poteva in ogni caso essere bloccato nel caso in cui comportasse uno sconvolgimento nell'assetto di interessi dei circonvicini, mentre le interferenze nell'opera di miglioramento dell'incile potevano trovare restare impunte qualora l'utilità individuale tratta fosse sproporzionata rispetto all'anno precedente.

Più in generale, rimane confermata ancora una volta la pragmaticità con cui la giurisprudenza romana, spinta più che altro da considerazioni funzionali e di scopo che da definizioni di tipo induttivo, modella il campo applicativo dei diversi interdetti e come appaia pertanto inutile, più ancora che errato, cercare di definire l'esatto confine della nozione di *res in usu publico* e gli elementi in essa ricompresi: ciò che opera nel pensiero di Ulpiano – che appare sintetico della precedente giurisprudenza – è il paradigma dell'*usus publicus*, inteso come sistema di tutela applicato a diversi beni complessi.

<sup>694</sup>G.D. ROMAGNOSI, *Della condotta delle acque*, I, cit., pag. 307.

<sup>695</sup>43.20.1.8 (Ulp. 70 ad ed.) *Caput aquae illud est, unde aqua nascitur: si ex fonte nascatur, ipse fons: si ex flumine vel lacu, prima incilia vel principia fossarum, quibus aquae ex flumine vel ex lacu in primum rivum compelli solent*.

Il secondo elemento della fattispecie prevista dall'ordine pretorio è il mutamento del corso d'acqua conseguente alla condotta di *facere* o *immittere in flumine ripave euis*, espresso nella clausola edittale attraverso l'espressione "*quo aliter aqua fluat*". La necessità di questo evento per integrare la fattispecie pretoria risulta decisamente affermata da Ulpiano nella prima parte paragrafo 3, in cui è contenuto il commento lemmatico a quella *pars edicti*:

D.43.13.1.3 (Ulp. 68 ad ed.) *Ait praetor: "Quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit": non omnis ergo, qui immisit vel qui fecit, tenetur, sed qui faciendo vel immittendo efficit aliter, quam priore aestate fluxit, aquam fluere. Quod autem ait "aliter fluat", non ad quantitatem aquae fluentis pertinet, sed ad modum et ad rigorem cursus aquae referendum est. Et generaliter dicendum est ita demum interdicto quem teneri, si mutetur aquae cursus per hoc quod factum est, dum vel depressior vel artior fiat aqua ac per hoc rapidior fit cum incommodo accolentium: et si quod aliud vitii accolae ex facto eius qui convenitur sentient, interdicto locus erit.*

L'individuazione del mutamento del corso del fiume rilevante ai fini dell'esperibilità dell'interdetto pone due problemi: da un lato, quello di stabilire il criterio temporale di riferimento, ovvero il *dies* rispetto al quale valutare l'avvenuta modificazione, dall'altro quello di individuare il referente materiale del *fluere* cui si riferisce la promessa edittale.

Quanto alla prima questione, è lo stesso pretore nella clausola edittale a individuare nella *prior aestas* il termine rispetto a cui valutare il mutamento del flusso d'acqua del fiume rilevante per l'esperibilità dell'interdetto: questo è evidentemente il significato dell'espressione *quam priore aestate fluxit*, cui lo stesso Ulpiano fa implicitamente riferimento anche in sede di commento dell'interdetto *de aqua cottidiana et aestiva* (D.43.20.1.3). In un passo tratto dal frammento a commento del *ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat* Ulpiano specifica poi la

*ratio* della scelta pretoria di questo intervallo temporale, nonché i criteri per procedere alla comparazione.

D.43.13.1.8 (Ulp. 68 ad ed.) *Is autem hoc interdicto tenetur, qui aliter fecit fluere, quam priore aestate fluxit. Et idcirco aiunt praetorem priorem aestatem comprehendisse, quia semper certior est naturalis cursus fluminum aestate potius quam hieme. Nec ad instantem aestatem, sed ad priorem interdictum hoc refertur, quia illius aestatis fluxus indubitator est. Aestas ad aequinoctium autumnale refertur. Et si forte aestate interdiceretur, proxima superior aestas erit intuenda: si vero hieme, tunc non proxima hieme aestas, sed superior erit inspicienda.*

Il frammento mi sembra per molti versi incongruo<sup>696</sup>. Innanzitutto, la spiegazione riportata (e verosimilmente approvata) da Ulpiano nella prima parte del frammento, sull'assunzione dell'estate precedente come termine di paragone per valutare il cambiamento nel flusso del fiume, appare quantomeno forzata. Nonostante la laconicità con cui egli afferma che *semper certior est naturalis cursus fluminum aestate potius quam hieme*, e la compattezza con cui la dottrina riconduce questa spiegazione alla più stabile portata dei corsi d'acqua nei mesi estivi<sup>697</sup>, occorre notare che la portata stagionale dei fiumi dipenda dal regime del particolare tronco fluviale considerato: mentre nel caso di regimi pluviali o nivali effettivamente si potrebbe acconsentire all'osservazione di Ulpiano, non altrettanto avviene per i bacini a regime glaciale, ad esempio quelli alpini, sottoposti come noto a piene estive di tipo torrentizio legate allo scioglimento dei ghiacciai. Un'indicazione più pregnante circa le possibili ragioni dell'assunzione del periodo estivo come criterio di raffronto per valutare il mutamento del *cursus aquae* è forse rinvenibile nel commentario al *de aqua cottidiana et aestiva*. L'interdetto tutela la possibilità di derivare privatamente

<sup>696</sup>La dottrina più risalente ne affermava recisamente l'origine compilatoria: si veda in particolare G. BESELER, *Et (atque) ideo, et (atque) ideirco, ideoque, idcircoque*, in *ZSS (Rom. Abt.)*, 45, 1925, pagg. 456 ss, pag. 480, seguito da E. ALBERTARIO, *Le derivazioni*, cit., pag. 211.

<sup>697</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 618, da ultimo M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 188 nota 47.

acqua *per rivum*, e nel paragrafo 31 Ulpiano distingue tra due versioni dell'interdetto, e due costruzioni dell'ordine pretorio nel caso concreto, a seconda che con esso venga tutelato l'approvvigionamento quotidiano o stagionale di acqua. Con riferimento a questa ultima ipotesi (di tutela dell'*aqua aestiva*) Ulpiano chiosa: *nec immerito: nam quia hieme non utitur, referre se non ad praesentem aestatem, sed ad priorem debuit*. Dunque secondo il giurista l'assunzione dell'*aestas* come criterio per valutare la congruità della derivazione d'acqua dipenderebbe dalla circostanza che è durante la stagione estiva che si pone con particolare forza, a causa soprattutto dell'aumentate esigenze di acqua per l'irrigazione, il problema della scarsità dell'acqua utilizzabile: si ricordi che lo stesso Ulpiano, nella definizione di *flumen perenne*, aveva specificato che è il corso d'acqua *si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est* (D.43.12.1.2). È normale dunque che si prenda in considerazione quel momento dell'anno per determinare il mutamento rilevante ai fini dell'esperibilità di un rimedio volto a tutelare l'approvvigionamento idrico. Da un'osservazione simile si dipartiva l'argomentazione dell'Albertario che, come abbiamo visto, giungeva a limitare l'applicazione dell'interdetto ai soli fiumi non navigabili. In realtà, come già messo in luce da Grosso<sup>698</sup>, tale inferenza non appare necessaria: se è pur vero che il criterio dell'*aestas* segnala che la preoccupazione del pretore era soprattutto quella di tutelare interessi agricoli all'irrigazione, è pur vero che una derivazione d'acqua a fini irrigui poteva farsi pure da un *flumen* navigabile.

Un'ulteriore difficoltà di lettura del par. 8 riguarda la seconda parte del passo (*nec...fine*), dove Ulpiano affronta nel dettaglio il procedimento per operare il raffronto inter-stagionale tra il *cursus* del fiume considerato. A parte la considerazione circa l'estensione del periodo estivo dall'equinozio primaverile<sup>699</sup> fino all'equinozio autunnale<sup>700</sup>, solleva perplessità l'indicazione dei criteri per individuare la *prior aestas* rilevante per la concessione dell'interdetto. Ulpiano infatti specifica

<sup>698</sup>G. GROSSO, *Le cose*, cit., pag. 58.

<sup>699</sup>Così Ulpiano specifica pure, commentando il *de aqua aestiva*, che «*aestatem incipere (sic peritiores tradiderunt) ab aequinoctio verno et finiri aequinoctio autumnali*» (D.43.20.1.32).

<sup>700</sup>Così l'integrazione proposta da P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., pag. 103.



che qualora l'interdetto *ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat* sia esperito durante l'estate, occorre assumere come parametro di riferimento l'estate dell'anno precedente, mentre se l'interdetto sia richiesto nella stagione invernale si farà riferimento non all'estate appena terminata ma a quella ancora precedente. Le difficoltà nascono proprio in questo secondo caso: da un lato non si capisce perché, nel caso di interdetto richiesto durante l'inverno, si debba fare riferimento alla stagione precedente invece che a quella appena trascorsa; dall'altro, rimane inspiegato quale sia la attuale situazione del corso d'acqua cui si dovrebbe fare riferimento: se l'interdetto fosse richiesto nella versione proibitoria, occorrerebbe pensare che si debba assumere il momento di esperimento del rimedio per valutare l'avvenuto cambiamento del *cursus aquae*, ma ciò vorrebbe dire paragonare lo stato estivo del fiume con quello invernale. Un'indicazione utile per ridare coerenza al pensiero ulpiano viene ancora una volta dal commentario all'interdetto *de aqua aestiva*, dove è affermato che *priorem aestatem ex comparatione duarum aestatum accipi* (D.43.20.1.33). La comparazione per stabilire l'entità del mutamento del *cursus* deve dunque avvenire sempre tra due periodi estivi, per cui nel caso di interdetto invernale occorre confrontare il *cursus* del fiume nell'estate appena trascorsa con quello dell'estate ancora precedente<sup>701</sup>. Rimane però a mio avviso inspiegata<sup>702</sup> l'ipotesi in cui l'*opus* intrapresa nel periodo invernale fosse aggredita con un interdetto *quo aliter* proibitorio, giacché in questo caso gli effetti dell'opera sul *cursus* d'acqua avrebbero potuto non essersi ancora manifestati durante l'estate appena trascorsa e il pretore non avrebbe avuto gli elementi per valutare l'esistenza delle condizioni di esperibilità del rimedio.

Ancora più complicata risulta la seconda questione relativa al mutamento del flusso del fiume rilevante per l'esperibilità dell'interdetto, consistente nell'individuazione dell'elemento del *fluere* di cui occorre accertare il mutamento. Nel paragrafo 3 infatti Ulpiano pare escludere che tale mutamento possa risolversi in

<sup>701</sup>Come pare confermato dalla chiusa del successivo par. 34, dove si afferma che nel caso di interdetto esperito nella stagione invernale la comparazione coprirà un biennio: *si hieme interdicatur, etiam in biennium haec res extendetur*.

<sup>702</sup>Poco convincente la spiegazione addotta dall'UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 619.

una mera variazione della *quantitas* d'acqua portata dal fiume (rilevante semmai ai fini della navigabilità), quanto piuttosto al *modus et rigor* del *cursus aquae*, ovvero esattamente alla conformazione idromorfologica del bacino fluviale<sup>703</sup>, come emerge sia dall'analisi semantica dei due lemmi<sup>704</sup> che dalla considerazione degli esempi portati da Ulpiano nella seconda parte del frammento. Poiché l'illiceità del *facere* o *immittere* dipende non già dalla circostanza che con tali opere aumenti la capacità di derivazione e così si determini una diminuzione dell'acqua disponibile nel *flumen*, ma dalla considerazione dei suoi effetti strutturali sul bacino fluviale, saranno ad esempio assoggettate all'interdetto quelle condotte che rendano più basso o più stretto l'alveo del fiume (*depressior vel artior*). Questa interpretazione del frammento in esame, nonostante appaia fondata su solide basi testuali, va coordinata con il tenore del già visto paragrafo 1, in cui Ulpiano secondo un suo canone ricorrente esplicita le ragioni dell'intervento pretorio:

D.43.13.1.1 (Ulp. 68 ad ed.) *Hoc interdicto prospexit praetor, ne derivationibus minus concessis flumina exarescant*<sup>705</sup> *vel mutatus alveus vicinis iniuriam aliquam adferat.*

Tralasciando per ora il riferimento all'*iniuria* contenuto nella chiusa del frammento, possiamo notare che la seconda parte del frammento (*vel mutatus alveus*) appare perfettamente in sintonia con la lettura qui proposta, riferendo lo scopo dell'interdetto proprio alla repressione delle condotte idonee a modificare la conformazione dell'alveo del fiume (*mutatus alveus*); diversamente la prima frase (*derivationibus...exarescant*) – da cui peraltro parte della dottrina aveva dedotto la vigenza in diritto classico di un regime regolare di concessioni per le derivazioni da

<sup>703</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 612; G. GROSSO, *Le cose*, cit., pag. 57.

<sup>704</sup>Per un'analisi lemmatica dei *verba cursus* e *modus* si veda M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 188-192.

<sup>705</sup>Pacifico quantomeno l'accoglimento della lezione della Vulgata (*exarescant*), che ridà coerenza alla frase: a seguire il testo della Fiorentina risulterebbe che il fine giurista Ulpiano (per chi ritiene il passo genuino) o i compilatori bizantini tanto spesso tacciati di *subtilitates* (per chi lo ritiene interpolato) potessero aver affermato che una derivazione d'acqua può 'accrescere' il fiume.

fiume pubblico – pare indicare una finalità dell'intervento pretorio incoerente con la ricostruzione della fattispecie sopra tratteggiata: la mera derivazione di per sé non incide sul *rigor* o *modus* del *flumen*, trattandosi di una mera variazione della *quantitas aquae* di per sé non legata a un mutamento dell'assetto morfologico del fiume, cosicché Ulpiano parrebbe disattendere quanto precisato nel par. 3 e considerare rilevante ai fini dell'esperibilità dell'interdetto una condotta consistente in una mera sottrazione d'acqua.

Il frammento peraltro è ritenuto interpolato da quegli autori che si muovono nella prospettiva – estranea allo scopo del presente lavoro – della libertà di derivazione dai fiumi pubblici in età classica: mentre Grosso reputa interpolato tutto il frammento<sup>706</sup>, Branca<sup>707</sup> limiterebbe l'intervento compilatorio alla frase *derivationibus...exarescant*, in ogni caso escludendo che Ulpiano potesse considerare rilevante ai fini dell'applicazione dell'interdetto la mera sottrazione d'acqua. Maggiormente conservativa la proposta di Scherillo<sup>708</sup>, secondo cui l'intervento compilatorio sarebbe limitato all'espressione *derivationibus minus concessis*, mentre nella sostanza il riferimento alla funzione di evitare l'impovertimento del fiume sarebbe genuinamente ulpiana. Mi pare che questa ultima posizione sia la più equilibrata<sup>709</sup>, soprattutto ove si tenga a mente che in questo passo Ulpiano non analizza i requisiti della fattispecie edittale, ma procede a una ricognizione delle finalità di “politica del diritto” perseguiti dal pretore: finalità queste che possono anche non coincidere con l'immediato scopo di tutela

<sup>706</sup>G. GROSSO, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici nel diritto romano (A proposito di uno studio di Emilio Albertario)*, in *Atti della Reale Accademia delle scienze di Torino*, LXVI, 1931, 369 ss, spec. pag. 384, opinione ribadita dallo stesso autore in *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., pag. 54. Simmetricamente, reputano il passo (specialmente il riferimento alle concessioni) gli autori che difendevano l'esistenza in età classica di un regime di concessioni per le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici, in particolare M. LAURIA, *Le derivazioni di acque pubbliche*, in *Scritti e ricordi*, Napoli, 1983 (originariamente in *Annali Macerata*, 8, 1932, *non vidi*), su cui si veda peraltro la replica in G. GROSSO, *Rec a M. Lauria, Le derivazioni di acque pubbliche*, in *Id., Scritti storico giuridici*, IV, Torino, 2001, pagg. 24 ss (originariamente in *Archivio Giuridico*, CXI, 1934, pagg. 123 ss, *non vidi*).

<sup>707</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pagg. 181 ss; posizione analoga in G. LONGO, *Sull'uso delle acque pubbliche in diritto romano*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1933 (= *Id., Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, pagg. 149 ss, da cui cito) pag. 157.

<sup>708</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 133.

<sup>709</sup>A quanto pare è la posizione anche di Fiorentini, che però non mi pare affrontare il problema con la dovuta chiarezza: cfr. M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 194.

oggettivamente svolto dal rimedio. Pertanto, considerando i diversi contesti argomentativi dei paragrafi 1 e 3, mi pare che la loro lettura congiunta non legittimi né a espungere al testo del primo il riferimento all'inaridimento del *flumen* né a mettere in discussione l'esclusione dal campo applicativo dell'interdetto delle condotte consistenti in una mera sottrazione d'acqua.

L'ultimo elemento della fattispecie pretoria che rimane da considerare è il requisito dell'*incommodum accolentium*. Come detto la formula edittale non fa riferimento al pregiudizio degli interessi dei proprietari dei fondi vicini<sup>710</sup> quale requisito essenziale per il perfezionamento della fattispecie edittale; inoltre, è stato notato come pure l'ipotesi dell'inaridimento del fiume in seguito a mera derivazione d'acqua (par. 1 *ne derivationibus minus concessis flumina exarescant*) contraddica la necessità di identificare un danno individualizzato in capo ai vicini quale presupposto per l'emanazione dell'interdetto, integrando questo caso un mero peggioramento delle generali condizioni di utilizzabilità del fiume<sup>711</sup>. D'altro canto, il commento ulpiano si riferisce sistematicamente alla diminuzione delle utilità godute dai proprietari dei fondi prospicienti: *vicinis iniuriam aliquam* (par. 1), *cum incommodo accolentium* (par. 3), *incommodum circa colentibus* (par. 4), *cum incommodo accolentium* (par. 6), *sine iniuria utique accolarum* (par. 7). Non pare potersi dunque negare – a meno di non accedere alla proposta di menda radicale del frammento proposta da Ossig – che nella prospettiva del giurista severiano l'interdetto approntasse una tutela degli interessi individuali al mantenimento della conformazione idrogeologica del fiume vantati *uti cives* (in assenza dunque di un titolo specifico) dai frontisti<sup>712</sup>: le utilità protette con l'interdetto in parola non si esauriscono nella possibilità di derivare acqua, ma devono essere senz'altro intese come tutte quelle “facoltà dei rivieraschi di trarre dai fiumi pubblici particolari vantaggi connessi con la particolare posizione dei

<sup>710</sup>Sul significato di *acolentes* si veda tra gli altri A. PALMA, *Iura vicinitatis*, cit., pag. 120.

<sup>711</sup>Si potrebbe pensare che in questo caso la giurisprudenza riconoscesse una specie di presunzione di dannosità per i vicini *acolentes*. In questo senso mi pare M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 194.

<sup>712</sup>Così felicemente L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pagg. 53 ss. Ricorda R. Signorini che già Pothier aveva accettato questa interpretazione del passo: *Duo interdicta quae hoc titulo (scil. D. 43, 13 pr e 11) proponuntur...differunt ab illis quae tit. praec. retulimus; in eo quod illa commodum navigationis respiciebant, haec vero accolarum commodum (Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae, vol. III, Lugduni, 1782, pag. 213).*

loro fondi<sup>713</sup> come ad esempio quella di accedere al corso d'acqua direttamente dal fondo<sup>714</sup>. Tale elemento della fattispecie pretoria riportata e commentata da Ulpiano in D.43.13 da un lato avvicina tale interdetto (come già detto sopra) al *ne quid in loco publico fiat*, mentre dall'altro segna un'affinità strutturale con l'*actio aquae pluviae arcendae*<sup>715</sup>. Anche in questo caso infatti si tutelano gli interessi dei privati al mantenimento delle attuali condizioni idrogeologiche di un territorio, contro le condotte incidenti non già sull'assetto idrografico di un terreno privato (come per l'*a.a.p.a*) ma su quello del bacino di un *flumen publicum*.

Rimane aperto il problema se tale ricostruzione dello scopo di tutela del rimedio, incentrato sulla protezione dei *commoda* individuali, sia frutto di un'interpretazione innovativa di Ulpiano (o della giurisprudenza immediatamente precedente, ma le uniche testimonianze riportate dal digesto provengono dal commentario ulpiano) oppure rispecchi la fattispecie originariamente prevista dal pretore: ad ogni modo appare evidente che per il giurista severiano, e per i compilatori giustiniane, l'interdetto *ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat* serve a tutelare l'interesse individuale degli *accolentes* al mantenimento della condizione morfologica del fiume da cui traggono particolari utilità in ragione della loro particolare posizione rispetto al bene.

### 3. Le eccezioni proponibili

L'indole individuale dell'interesse tutelato pare inoltre confermata dalla possibilità, discussa da Ulpiano nei frammenti 6 e 7<sup>716</sup>, che i *commoda accolentium* potessero essere legittimamente compressi dall'*utilitas* del soggetto che intendesse

<sup>713</sup>L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pag. 54.

<sup>714</sup>Così G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 183.

<sup>715</sup>G. BRANCA, *Le cose*, cit., pagg. 186-187; G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 128.

<sup>716</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 179; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 198 ss; G. LONGO *Utilitas publica*, cit., pag. 47 e in *Il regime delle concessioni e le derivazioni di acque pubbliche nel diritto romano classico e giustiniano*, in *Annali dell'Università di Macerata*, XXIII, 1959, pagg. 52 ss (= in Id, *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, pagg. 179 ss, specialmente pag. 298).

compiere un'opera di *munitio* delle *ripae fluminis*, per mezzo dell'inserimento nell'ordine decretale di una apposita *exceptio*.

D.43.13.1 (Ulp. 68 ad ed.) 6. *Sunt qui putent excipiendum hoc interdicto "quod eius ripae muniendae causa non fiet", scilicet ut, si quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen muniendae ripae causa fiat, interdicto locus non sit. Sed nec hoc quibusdam placet: neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt. Hoc tamen iure utimur, ut praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat: plerumque enim utilitas <publica><sup>717</sup> suadet exceptionem istam dari. 7. Sed et si alia utilitas vertatur eius, qui quid in flumine publico fecit (pone enim grande damnum flumen ei dare solitum, praedia eius depopulari), si forte aggeres vel quam aliam munitioem adhibuit, ut agrum suum tueretur eaque res cursum fluminis ad aliquid immutavit, cur ei non consulatur? Plerosque scio prorsus flumina avertisse alveosque mutasse, dum praediis suis consulunt. Oportet enim in huiusmodi rebus utilitatem et tutelam facientis spectari, sine iniuria utique accolarum.*

Il paragrafo 6 riporta un'ipotesi analoga a quella già considerata da Ulpiano, con riferimento all'interdetto *de fluminibus*, in D.43.12.1.16: anche qui è infatti discussa la possibilità di opporre all'interdicente l'eccezione – evidentemente fondata sulla tutela accordata dall'interdetto *de ripa munienda* – '*quod eius ripae muniendae causa non fiet*', ma la soluzione è opposta<sup>718</sup>. Mentre per l'interdetto a tutela della navigabilità dei *flumina publica* Ulpiano riporta, accettandola, l'opinione labeoniana che esclude la proponibilità da parte dell'impetrato di tale eccezione<sup>719</sup>, con riferimento all'interdetto a tutela dei *commoda accolentium* il giurista severiano – pur riportando le diverse opinioni giurisprudenziali con tono dubitativo (*Sunt qui putent... Sed nec hoc quibusdam placet*) e rinviando al prudente apprezzamento della

<sup>717</sup>Così propone di integrare Mommsen, evidentemente consapevole della differenza sostanziale tra i casi prospettati da Ulpiano nei due frammenti, su cui *infra* in questo Paragrafo.

<sup>718</sup>Già appuntava il differente risultato del bilanciamento dei contrapposti interessi con riferimento al *ne quid in flumine* (D.43.12.1.16) e il *quo aliter aqua fluat* (D.43.13.1.6-7) A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 615.

<sup>719</sup>Nella forma parzialmente diversa di *aut nisi ripae tuendae causa factum sit*.

fattispecie concreta da parte del pretore in sede di *causae cognitio*<sup>720</sup> – nella chiusa del frammento si esprime in senso favorevole alla concessione dell'*exceptio*.

Dunque questo rimedio (e gli interessi per esso tutelati) – a differenza del già analizzato *de fluminibus* (D.43.12) – cede di fronte all'esigenza di mantenimento della funzionalità delle *ripae*, a conferma che l'interesse al mantenimento delle utilità godute dai privati circonvicini non è considerato di portata altrettanto generale rispetto a quello della navigabilità, e dunque idoneo a cedere di fronte all'interesse – nettamente ultraindividuale, seppur concentrato in capo ai proprietari rivieraschi – al mantenimento della corretta funzionalità degli argini. Un ulteriore conferma del carattere strettamente individuale degli interessi tutelati con l'interdetto qui in discussione è l'assenza, nella formula del *de ripa munienda*, di una clausola che condizioni l'illegittimità della *vis* compiuta contro il soggetto che proceda alla *munitio* alla non lesività dell'*opus* per gli interessi degli *accolentes*<sup>721</sup>. Dunque di fronte alla condotta di chi ponga in essere un'opera di *munitio* delle *ripae* potenzialmente (o concretamente) idonea a modificare il *cursus* o *modus* del *flumen* in danno dei vicini, la concessione dell'interdetto *ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat* sarà normalmente paralizzabile dall'impetrato e l'azione in autotutela volta a impedire la *munitio* sarà certamente perseguibile col *de ripa munienda*, purché il soggetto che provvede a tale riparazione degli argini abbia prestato adeguata garanzia attraverso la *cautio* pretoria<sup>722</sup>. Anzi proprio in ipotesi del genere, in cui la *munitio* delle *ripae* poteva pregiudicare gli interessi individuali dei proprietari circonvicini piuttosto che la generale utilizzabilità del bene, la *cautio* (o *satisdatio*) pretoria doveva esplicare la sua precipua funzione, trattandosi di casi in cui erano facilmente

<sup>720</sup>L'uso dell'espressione *hoc iure utimur*, a lungo ritenuto sicuramente interpolata (ad esempio, S. RICCOBONO, *Zur terminologie der Besitzverhältnisse*, in ZSS, XXI, 1910, pagg. 321 ss. spec. pag. 358, e G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. IV, Tübingen, 1920, pag. 58), segnalerebbe proprio che la soluzione proposta da Ulpiano, più che essere fondata su ragioni teoriche o dogmatica, riflette la prassi giuridica dei tempi (così M. VARVARO, *Riflessioni sullo scopo del Codice Ermogeniano*, in *AuPA*. 49, 2004, pag. 242 nota 8) e suggerisce dunque al pretore criteri per l'esercizio della sua discrezionalità (J.M. ALBURQUERQUE, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público*, cit., pag. 296).

<sup>721</sup>Analogamente a quella, già considerata per l'interdetto *de fluminibus*, *dum ne ob id navigatio deterior fiat*.

<sup>722</sup>Come già ricordato, la prestazione della *cautio* era richiesta dal pretore quale condizione per la concessione dell'interdetto *de ripa munienda* e dunque per la tutela dell'attività di *munitio* delle *ripae*.

identificabili uno o più soggetti individualmente portatori dell'interesse al non compimento dell'opera di *munitio* e dunque legittimati passivi alla *cautio*: in questo contesto pare doversi leggere la specificazione ulpiana secondo cui le *stipulationes* pretorie a garanzia dell'opera di *munitio* delle *ripae* andrebbero a favore dei vicini intesi non tanto come i proprietari dei fondi confinanti ma in senso generale come tutti i frontisti del fiume (D.43.15.1.4: *Dabitur autem satis vicinis: sed et his, qui trans flumen possidebunt*).

Come già ricordato *supra* però, l'interesse al mantenimento delle *ripae* protetto con l'interdetto *de ripa munienda* pare assumere – nella formula riportata da Ulpiano<sup>723</sup> – differenti sfumature: da un lato, il generico scopo di restaurare gli argini *ripae tuendae causa*, dall'altro il più specifico interesse del proprietario a proteggere i fondi prospicienti al fiume (*agri qui circa ripam est tuendi causa*). Da tale ambigua natura dell'interesse tutelato discende la già ricordata incertezza circa il regime di legittimazione attiva al rimedio: aperto al *quivis de populo* genericamente interessato al miglioramento degli argini o limitato al soggetto che abbia intrapreso la *munitio* per proteggere i propri fondi prospicienti. Tale considerazione aiuta a comprendere le ragioni logico-giuridiche della differente soluzione da Ulpiano al caso, apparentemente analogo a quello appena discusso, prospettato nell'immediatamente successivo paragrafo 7: anche qui infatti viene in discussione l'inseribilità nell'ordine decretale di un'eccezione idonea a paralizzare la *prohibitio* della condotta pregiudizievole per i *commoda accolentium* nel caso in cui essa sia finalizzata alla *munitio* delle *ripae*, ma in questo caso l'esito del bilanciamento degli interessi in campo appare differente. In realtà, la fattispecie presentata da Ulpiano è leggermente diversa da quella considerata nel par. 6, come sembrerebbe doversi desumere dalla particella avversativa (*sed*) con cui si apre il brano e, soprattutto, dall'uso dell'espressione *alia utilitas*, che evidentemente tende a contrapporsi alla *utilitas (publica)* che il giurista aveva posto a fondamento della scelta di concedere l'eccezione *de ripa munienda* nel caso discusso nel paragrafo precedente. La diversa *utilitas* qui in gioco sembra essere, a giudicare dal tenore generale del brano, quella

<sup>723</sup>Cfr. D.43.15.1pr ...*opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa liceat*.



del proprietario frontista del *flumen publicum* che subisca regolarmente i danni delle alluvioni in ragione della particolare posizione o conformazione del suo fondo (*pone enim grande damnum flumen ei dare solitum, praedia eius depopulari*) e che, pertanto, reagisca edificando appositi terrapieni (*si forte aggeres vel quam aliam munitionem adhibuit*) allo scopo di proteggere le sue proprietà (*ut agrum suum tueretur; dum praediis suis consulunt*). Qualora tali opere arrivino a mutare la struttura idrogeologica del bacino fluviale in modo da arrecare danno ai vicini, si pone ovviamente il problema della esperibilità dell'interdetto *quo aliter* e Ulpiano afferma che in questi casi il prudente apprezzamento dovrebbe consigliare al pretore di non concedere l'eccezione e così la possibilità per il soggetto che abbia intrapreso la *munitio sui agri tuendi gratia* di liberarsi dall'applicazione dell'interdetto *ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat*. Dunque Ulpiano in questo passo discute l'applicabilità dell'interdetto contro un'opera non genericamente finalizzata al rafforzamento degli argini, ma specificatamente rivolta alla protezione del fondo circostante dall'impetuosità del fiume<sup>724</sup>: in questo caso, essendo l'opera compiuta al solo fine di proteggere il proprio fondo e non al generico rafforzamento degli argini, in cui può scorgersi una seppur indiretta rilevanza per l'interesse della comunità, sembra dover prevalere in sede di bilanciamento la considerazione dei *commoda* tratti dagli *accolentes* dall'attuale situazione idrografica. L'opera di protezione che venga realizzata *cum iniuria utique accolarum* può pertanto essere sanzionata con l'attivazione del rimedio interdittale *quo aliter*, senza che l'interesse del soggetto impetrato alla *munitio* delle *riparae agri sui tuendi gratia* possa fungere da scriminante per la condotta lesiva degli interessi degli *accolentes*.

Ricapitolando, nei due paragrafi è discussa la medesima questione relativa alla concedibilità, a favore dell'impetrato in una *causae cognitio* relativa all'interdetto *ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat*, di un'eccezione fondata sulla particolare funzione di *munitio* delle *riparae* svolta dall'*opus* che ha provocato il mutamento del corso del fiume in spregio degli interessi degli *accolentes*. Nel nel primo caso l'*utilitas* (*publica*, secondo Mommsen; in ogni caso di coloritura sovraindividuale)

<sup>724</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 201.

alla conservazione del buono stato delle *ripae* dovrebbe consigliare (*suadet*) al pretore la concessione dell'eccezione, in quanto essa consente la prevalenza dell'interesse alla manutenzione degli argini a beneficio della sicurezza morfologica del bacino su quello dei proprietari circonvicini al mantenimento dei *commoda* goduti individualmente sul *flumen*. Nel secondo il pretore non dovrebbe invece di norma concedere tale strumento di difesa all'impetrante poiché in questo caso egli aveva posto in essere opere utili esclusivamente alla difesa dei propri fondi e non al mantenimento delle corrette condizioni geomorfologiche del fiume: in questo caso dunque l'*utilitas* degli *accolentes* alla conservazione dello status quo devono prevalere sull'interesse esclusivamente individuale alla sicurezza dei propri campi. Come si vede, analogamente a quanto già notato per il *ne quid in loco publico fiat* (di cui abbiamo già notato l'affinità strutturale col rimedio in esame) la natura degli interessi degli *accolentes* allo sfruttamento del *flumen* tutelati con questo interdetto appare di difficile definizione alla luce della secca alternativa pubblico/privato entro cui si muove la moderna scienza del diritto: questi infatti, pur essendo individualizzati in capo ad alcuni soggetti in particolare, hanno degli indubbi riflessi pubblicistici che ne legittimano la prevalenza sull'interesse esclusivamente privato e individuale alla protezione del proprio fondo. Diciamo che l'interesse al mantenimento dello *status quo* della conformazione del bacino fluviale ha natura ancipite perché, pur essendo particolarmente concentrato in capo ai soggetti che da questa conformazione traggono utilità individuali, risponde del resto a esigenze di stabilità proprie dell'ordinamento nel suo complesso.

#### 4. Legittimazione attiva

Questa osservazione permette a mio avviso di impostare nel modo più corretto il problema del regime della legittimazione attiva all'interdetto in parola. La dottrina infatti ha a lungo ritenuto incoerente con lo scopo tutela dei *commoda* goduti dai rivieraschi l'affermazione – nel frammento 9 – della popolarità dell'interdetto, che comporterebbe la sua sottoposizione a un regime di legittimazione attiva aperta al

*quivis e populo*. In effetti è opinione comune nella dottrina romanistica che la diffusività della legittimazione attiva di un rimedio debba essere considerata un indizio della natura pubblicistica, ultraindividuale, dell'interesse con esso tutelato<sup>725</sup>.

A partire da questa presunta corrispondenza tra natura dell'interesse tutelato e regime di legittimazione attiva, di fronte a un rimedio *popularis* eppure attivabile solo in presenza di un *incommodum* individuale la dottrina si è mossa in due direzioni. Si è potuto innanzitutto ritenere (con Branca e Scherillo)<sup>726</sup> interpolato il frammento 9 in cui Ulpiano afferma la popolarità dell'interdetto e così restringere il suo regime di legittimazione al soggetto privato dei suoi *commoda*. Al contrario invece è possibile valorizzare l'assenza del requisito degli *incommoda accolentium* tra i *verba edicti*, negando dunque che esso rappresentasse una condizione per la concessione dell'interdetto, e ricondurre così il rimedio a una funzione pienamente pubblicistica che ne giustifichi la popolarità<sup>727</sup>. Entrambi questi tentativi di ristabilire la simmetria tra regime di legittimazione attiva e (presunta) natura dell'interesse tutelato richiedono peraltro una manipolazione dei testi. Un diverso approccio, pienamente conservativo dei frammenti del commento ulpiano riportati, è stato recentemente assunto da Fiorentini: secondo questo autore la legittimazione del *quivis de populo* in questo caso “potrebbe venir ammessa come conseguenza della natura pubblica del bene”<sup>728</sup>, giacché l'interesse generale alla tutela del bene pubblico – da cui discende la legittimazione diffusa del rimedio – non viene automaticamente escluso dalla considerazione di un interesse particolare come elemento della fattispecie. Il tentativo non mi pare riuscito: in particolare non mi sembra che possa riconoscersi a questo interdetto, oltre alla *ratio* di tutela dei *commoda accolentium*, un'ulteriore finalità di tutela nettamente pubblicistica: non sembra infatti che l'interesse al mero mantenimento dello *status* del bacino idrografico, in nessun modo

<sup>725</sup>Lo nota di recente R. SCEVOLA, *Utilitas publica*, cit., II, pag. 98. Per una storia delle teorie sulla popolarità si legga la ricostruzione (sebbene oramai risalente) in F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, in *Labeo*, I, 1955, pagg. 131 ss.

<sup>726</sup>G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 186; G. SCHERILLO non lo sostiene espressamente, ma è evidente che lo ritiene interpolato come si desume in *Le cose*, cit., pag. 133.

<sup>727</sup>J. M. ALBURQUERQUE, *La proteccion o defensa del uso colectivo*, cit., pag. 293.

<sup>728</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 197.

finalisticamente orientato alla prevenzione del deterioramento dell'utilizzabilità dello stesso, sia stato preso in considerazione dai giuristi romani come motivo di predisposizione di un rimedio a legittimazione popolare: si pensi, per fare un esempio tratto dalla materia fluviale, all'interdetto *de fluminibus*, di cui abbiamo accettato la popolarità perché finalizzato alla difesa dell'interesse non già alla mera conservazione dell'alveo da ogni *facere* o *immittere*, ma a quelle opere da cui potesse derivare un pregiudizio all'utilizzabilità del fiume come mezzo di comunicazione.

A mio avviso, un approccio appagante al problema della legittimazione attiva del rimedio deve partire da una riconsiderazione del significato della qualificazione di *popularis* riservata da Ulpiano all'interdetto in parola nel par. 9. In effetti nella visione tradizionale, maturata in particolare nella dottrina tedesca ottocentesca, quello della *popularitas* era considerato istituto unitario e coerente e, conseguentemente, il titolo 47.23 (*De popularibus actionibus*) era trattato come la disciplina generale valida per tutti i rimedi qualificati come popolari dalle fonti o comunque assoggettati ad un regime di legittimazione attiva diffusa. Contro tale ricostruzione si mosse in particolare la critica di Casavola che, nella sua *pars destruens*, opportunamente mette in discussione l'esistenza di un tale “regime unitario delle *actiones populares*”<sup>729</sup>. Se nella sua *pars costruens*, secondo cui quello di *actio popularis* sarebbe *nomen* atecnico privo di contenuto ma indicante semplicemente la natura individualistica dell'interesse protetto, la tesi di Casavola appare inaccettabile nella sua radicalità, la dottrina più recente pare aver accettato l'esistenza di un modello “solo tendenzialmente unitario” delle *actiones populares*<sup>730</sup>.

Un esempio di come la disciplina dei singoli rimedi popolari non possa essere supinamente dedotta dai frammenti raccolti sotto il titolo *de popularibus actionibus*, ma debba essere ricostruita a partire dalle caratteristiche specifiche dello stesso, è offerto proprio dall'interdetto in esame: il successivo frammento 10 infatti, che afferma la trasmissibilità sul lato passivo di tale interdetto, appare in contrasto con quella che è considerata dalla dottrina la 'disciplina generale' dei rimedi popolari

<sup>729</sup>F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., pag. 15.

<sup>730</sup>Così G. SANTUCCI, *Operis novi*, cit., pagg. 62 e ss. Analogamente R. SCEVOLA, *Utilitas*, II, cit., pag. 103.

(47.23) dove lo stesso Ulpiano sostiene che *omnes populares actiones neque in heredes dantur* (D.47.23.8). La circostanza per cui Ulpiano da un lato pare ricondurre l'interdetto *ne quid in flumine fiat, quo aliter aqua fluat* nel campo dei rimedi popolari e dall'altro nega l'applicabilità di un profilo di disciplina caratterizzante dello statuto generale delle *actiones populares*, può spiegarsi ove si tenga presente che l'intrasmissibilità dal lato passivo è profilo di disciplina che le *actiones populares* derivano dal loro carattere penale e che dunque non necessariamente dovrebbe estendersi ai rimedi di natura interdittale; la precisazione ulpiana anzi potrebbe suonare come la necessità di precisare l'esclusione di questo profilo di disciplina, e dunque come implicita conferma del carattere popolare del rimedio<sup>731</sup>.

Proprio valorizzando tale disomogeneità della categoria dei rimedi popolari, si è fatto notare che il regime di legittimazione attiva ai rimedi considerati popolari non coinciderebbe necessariamente e omogeneamente con quello del *quivis e populo*, dandosi ipotesi in cui il pretore – a fronte di una pluralità di postulanti – conceda il rimedio al soggetto maggiormente qualificato<sup>732</sup>. Del resto è lo stesso Ulpiano ad affermare, in un frammento tratto dal primo libro *ad edictum* e riportato dai compilatori in D.47.23.3.1, ad affermare che *in popularibus actionibus is cuius interest praefertur*, apparentemente dando per scontato che il problema di concorso di azioni evidentemente posto da un regime di legittimazione aperto al *quivis e populo* dovesse essere risolto dal pretore operando una gradazione delle posizioni degli interessati al fine di scegliere il più meritevole<sup>733</sup> di proseguire il procedimento ed, eventualmente, percepire la condanna parametrata sul *id quod actoris interest*.

<sup>731</sup>Inoltre si potrebbe osservare, con A. UBBELOHDE (*Commento*, cit., pag. 621), che il riferimento alla trasmissione sul lato passivo di un rimedio proibitorio non ha molto senso: occorrerebbe quantomeno riferirlo al restitutorio, immaginando uno spostamento di mano giustiniana. Si potrebbe ulteriormente respingere l'argomento tratto dal raffronto tra disciplina del singolo interdetto e il dettato del titolo 23 del XLVII del Digesto negando la possibilità di ricondurre gli interdetti popolari entro una ipotetica nozione generale di *actio popularis*: su questo punto alcune osservazioni in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pag. 907.

<sup>732</sup>G. SANTUCCI, *Operis novi*, cit., pagg. 63 ss.

<sup>733</sup>Paolo infatti, in un passo ugualmente tratto dal primo libro del suo commentario *ad edictum* e riportato dai compilatori poco supra nel titolo 47.23, poteva affermare che *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem* (D.47.23.2).

### 3. INTERDETTO *UT IN FLUMINE PUBLICO NAVIGARE LICEAT* (43.14)

Infine l'ultimo rimedio interdittale espressamente espresso riferito ai *flumina* è quello fatto oggetto del commento ulpiano riportato nel titolo 14 del libro 43 del Digesto (*ut in flumine publico navigare liceat*)<sup>734</sup>, la cui clausola editale è riportata da Ulpiano nel paragrafo d'apertura:

D.43.14.1 (Ulp. 68 ad ed.) pr. *Praetor ait: "Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam*<sup>735</sup> *onerare exonerare liceat, vim fieri veto. Item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdicam*"<sup>736</sup>.

Il divieto pretorio si rivolge dunque contro ogni forma di violenza personale (*vim fieri veto*) idonea ad turbare o impedire l'uso normale del fiume<sup>737</sup>. Dal punto di vista dello scopo di tutela perseguito, dunque, il pretore pare assumere il fiume essenzialmente come via di comunicazione e di trasporto, perlomeno a giudicare dalle attività tipiche indicate nella formula come oggetto della tutela interdittale (*navem ratem agere e per ripam onerare exonerare*). Tale profilo avvicina dunque il rimedio in questione ai già visti *interdicta de fluminibus* (D.43.12), ugualmente rivolto alla tutela delle condizioni di utilizzabilità del fiume come via di comunicazione: in entrambi i casi la navigabilità è assunta in senso ampio, come ricomprendente tutte le attività funzionali all'utilizzo del *flumen* come via di comunicazione<sup>738</sup>.

Da una diversa prospettiva, evidentemente fondata non già sull'oggetto ma sulla tecnica della tutela, è lo stesso Ulpiano nella consueta *laudatio edicti*, a proporre un'analogia tra il rimedio in parola e il già visto *ut in via publica agere*

<sup>734</sup>A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 625 ss; A. BERGER, *Interdictum*, cit., pagg. 1636 ss; G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 156; G. GROSSO, *Corso*, cit., pagg. (58) ss; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 182 ss; J. M. ALBURQUERQUE, *La proteccion o defensa*, cit., pagg. 301.

<sup>735</sup>Mommsen propone di inserire <eius>, ma la menda non è in grado di spostare nella sostanza l'esegesi del passo.

<sup>736</sup>Uguale in O. LENEL, *Edictum*, cit., pag. 461 (par. 243).

<sup>737</sup>G. BRANCA, *Le cose*, cit., pag. 159; G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 156.

<sup>738</sup>Cfr. Capitolo IV.1 Paragrafo 3.

*liceat*<sup>739</sup>:

D.43.14.1.1 (Ulp. 68 ad ed.) *Hoc interdicto prospicitur, ne quis flumine publico navigare prohibeatur: sicuti enim ei, qui via publica uti prohibeatur, interdictum supra propositum est, ita hoc quoque proponendum praetor putavit.*

In effetti le formule dei due rimedi presentano analogie sintattiche idonee a differenziarli nettamente dagli altri interdetti a tutela della generale utilizzabilità di *viae* (D.43.8.2.20 e 35, Capitolo III.1) e *flumina* (D.43.12.1 pr. e 19, Capitolo IV.1): mentre in quelli l'ordine pretorio era costruito attorno all'endiadi *facere immittere*, in questi la formula presenta la clausola finale *vim fieri veto*, che segnala come il disvalore delle fattispecie sia riferito non già ai “modi dell'azione di turbativa, ma solo ai risultati che mirano ad evitare”<sup>740</sup>. Mentre nel caso degli *interdicta de viis* e *de fluminibus* la tutela dell'utilizzabilità di questi beni era “mediata”, nel senso che la tutela pretoria scattava solo nel caso di condotte idonee a modificare fisicamente e strutturalmente la conformazione del bene, con questi diversi interdetti (43.8.2.45 e 43.14.1 pr.) si persegue immediatamente qualunque condotta “atipica” idonea a frapporre un ostacolo all'utilizzo del bene.

Alla luce di questa particolare tecnica di tutela, è evidente che l'individuazione del campo applicativo dell'interdetto dipenderà non già dalla definizione del referente materiale della condotta tipica (come nell'ipotesi di *facere immittere in flumine publico ripave eius*) – coi correlati problemi di riconducibilità della fattispecie materiale alla nozione di *facere in publico* – ma, trattandosi di una fattispecie assolutamente atipica, direttamente dall'individuazione dei bacini idrici di cui si tutela l'utilizzabilità a fini di navigazione. In questo senso, poiché l'interdetto reprime, in prima istanza, le condotte che impediscano la navigabilità dei *flumina publica*, nella sua forma diretta esso doveva trovare applicazione ai soli fiumi pubblici navigabili. Stando però all'analisi del commento ulpiano, l'ambito

<sup>739</sup>Cfr. quanto detto supra Capitolo III.2.

<sup>740</sup>L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pag. 82.

applicativo del rimedio pare aver conosciuto interpretazioni estensive, in due direzioni.

Innanzitutto occorre notare fin da ora (ma *infra*) che la giurisprudenza propose una lettura estensiva dell'interdetto in parola, fino ad applicarlo *utiliter* a condotte incidenti su forme di generale utilizzabilità dei fiumi diverse dalla navigabilità: in questi casi, quale ad esempio quello prospettato nel par. 9 relativo alla possibilità di abbeverare il gregge al fiume, è da ritenere che non operasse tale restrizione del campo applicativo dell'interdetto ai soli fiumi navigabili.

È poi lo stesso pretore a indicare, direttamente nella formula edittale, l'estensione del rimedio in esame anche a garantire l'utilizzabilità di beni non rientranti nel campo semantico disegnato dall'espressione *flumen*, in particolare laghi, *fossae* e stagni<sup>741</sup>. Ulpiano poi, nel successivo commento, precisa cosa debba intendersi con queste espressioni. Innanzitutto il giurista di Tiro propone una definizione puramente descrittiva dei tre elementi, priva di una reale capacità selettiva sul piano tecnico-giuridico: così il *lacus est, quod perpetuam habet aquam* (par. 3), lo *stagnum* è invece la pozza ove l'acqua si raccoglie temporaneamente, aumentando in particolare durante il periodo invernale (par. 4)<sup>742</sup>, infine la fossa è un *receptaculum aquae manu facta* (par. 5)<sup>743</sup>. Tali precisazioni peraltro non aiutano a limitare il campo applicativo del rimedio, dal momento che lasciano aperto in primo luogo il problema, centrale, di individuare il criterio di pubblicità di tali beni: Ulpiano stesso, infatti, dopo aver affermato che tale interdetto non si applica a *res privatae*<sup>744</sup>, specifica che anche laghi *fossae* e stagni possono essere pubblici<sup>745</sup> e dunque sottoponibili alla disciplina dell'interdetto in parola, implicitamente

<sup>741</sup>Si può forse immaginare che proprio sulla base di tale estensione pretoria dell'applicabilità dell'interdetto *ut in flumine publico navigare liceat* a laghi *fossae* e stagni, Ulpiano abbia proposto un'analoga estensione del campo applicativo dell'interdetto *de ripa munienda*, come si desume da D.43.15.1.6 (Ulp. 68 ad ed.) *Illud notandum est, quod ripae lacus fossae stagni muniendi nihil praetor hic cavet: sed idem erit observandum, quod in ripa fluminis munienda.*

<sup>742</sup>D.43.14.1.4 (Ulp. 68 ad ed.) *Stagnum est, quod temporalem contineat aquam ibidem stagnantem, quae quidem aqua plerumque hieme cogitur.*

<sup>743</sup>Sulla nozione di fossa, si veda M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 183 nota 42. Parla di *de fossis interdiceret* Cicerone, *Pro Caecina*, 36. Per le testimonianze epigrafiche di rimedi a legittimazione diffusa a tutela delle *fossae* cfr. *supra* Capitolo 1 Paragrafo 6.

<sup>744</sup>D.43.14.1.2 (Ulp. 68 ad ed.) *Si privata sunt supra scripta, interdictum cessat.*

<sup>745</sup>D. 43.14.1.6 (Ulp. 68 ad ed.) *Possunt autem etiam haec esse publica.*



riconoscendo la necessità di individuare un criterio di pubblicità per essi<sup>746</sup>. In assenza di qualunque indicazione in proposito, deve ritenersi, con Scherillo, che per queste cose non sia stato elaborato “alcun criterio particolare di pubblicità diverso dal titolo e la *vetustas*”<sup>747</sup>. Stante la già rilevata funzione di tutela della navigabilità di questo interdetto, occorre pensare che anche nel caso di *fossae* stagni e laghi la sua applicazione fosse limitata ai bacini d'acqua navigabili: requisito questo che, evidentemente, mostra una particolare capacità selettiva nel caso di stagni e fossati, dal momento che si tratta di beni che difficilmente raggiungono dimensioni tali da essere considerabili navigabili. Si potrebbe forse allora pensare che l'applicazione dell'interdetto *ut navigare liceat* a stagni e *fossae* seguisse piuttosto la logica sottesa alla già ricordata estensione in via utile dell'interdetto a forme di utilizzo del bene diverse dalla navigazione, anche se la circostanza che tale estensione si trovasse nella clausola edittale sembra suggerire che si intendesse invece tutelare immediatamente la navigabilità di *fossae* e stagni. In effetti il fatto che l'estensione dell'applicabilità dell'interdetto *ut navigare liceat* a laghi stagni e *fossae* sia riportata nella stessa clausola edittale, e non nel commento ulpiano come l'ipotesi del *piscari in lacum* (par. 7), ha fatto ritenere che si tratti non già di un'estensione in via utile ma di un'applicazione pur sempre diretta o principale del rimedio<sup>748</sup>, per cui esso si rivolgerebbe esclusivamente contro condotte incidenti sulla navigabilità di quei beni.

Per quanto riguarda la ricostruzione della fattispecie disciplinata dal pretore, l'esiguità del commentario Ulpiano – unita alla genericità dei *verba edicti*, rende congetturale ogni tentativo: un'analisi lemmatica e sintattica della clausola edittale consente di avanzare qualche ipotesi su alcuni profili del regime di questo rimedio.

Innanzitutto la costruzione verbo *impediendi* seguito da proposizione

<sup>746</sup>Del resto l'esistenza di laghi privati è attestata in diversi luoghi del Digesto, tra cui per esempio D.8.3.23.1 (Paul. 15 ad sab.) (in tema di servitù di passaggio su lago privato), D.18.1.69 (Procul. 11 epist.), D.50.15.4.6 (Ulp. 3 de cens.). Parimenti attestata l'esistenza di laghi pubblici afferenti ai municipi, tra cui in particolare l'esempio portato nel successivo par. 7.

<sup>747</sup>G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 115.

<sup>748</sup>O. LENEL, *Edictum*, cit., pag. 461; A. BERGER, *Interdictum*, cit., pag. 1636; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 183. La chiusa finale della formula edittale svolgerebbe insomma una funzione di precisazione (in positivo) del campo applicativo dell'interdetto in via diretta, analogamente a quanto previsto – in negativo – per l'interdetto *ne quid in loco publico fiat* ove il pretore specifica, nella formula edittale, che *de eo, quod factum erit, interdictum non dabo* (D.43.8.2 pr).

completiva (introdotta da *quominus*) secondo alcuni autori<sup>749</sup> sarebbe incompatibile con un rimedio di tipo restitutorio e denuncierebbe pertanto la natura esclusivamente proibitoria dell'interdetto in questione.

In secondo luogo la presenza del pronome personale *illi* potrebbe indicare che la fattispecie sanzionatoria si rivolgesse contro condotte direttamente incidenti sulla sfera personale del soggetto, e in quanto tali idonee a precludere al soggetto la possibilità di utilizzare il fiume secondo la sua normale destinazione d'uso, ovvero *in primis* come via di comunicazione<sup>750</sup>. Tale ultima osservazione potrebbe invero chiarire due importanti profili di disciplina. In primo luogo essa fornisce un argomento contro la popolarità del regime di legittimazione attiva dell'interdetto in parola, talvolta affermata in dottrina sulla base – anche qui – della considerazione della pubblicità dell'interesse tutelato<sup>751</sup>: l'esplicito riferimento nella clausola editale al soggetto impedito nell'utilizzo del fiume confermerebbe invece, stante la già ricordata teoria del Berger, che il rimedio non fosse attivabile dal *quivis de populo*, ma solamente dalla vittima dell'atto di turbativa<sup>752</sup>. Inoltre il carattere personale della tutela approntata segna la differenza rispetto all'altro interdetto predisposto alla

<sup>749</sup>L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pag. 12 e A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pag. 427.

<sup>750</sup>Contra Ubbelohde sostiene che l'interdetto in parola dovesse rivolgersi contro un pregiudizio alla navigazione “che non si limita a un determinato individuo o a più determinati individui (altrimenti l'*actio iniuriarum* sarebbe il mezzo processuale acconcio) ma reca danno all'uso comune” (*Commentario*, cit., pag. 626). In realtà il rapporto tra interdetto *ut navigare liceat* e *actio iniuriarum* a tutela del diritto di utilizzare individualmente *uti cives* la *res* appare qui ricostruito in modo insoddisfacente, come se la potenziale sovrapposizione dei due rimedi dovesse necessariamente essere risolta riconoscendone una diversa funzione che ne legittimi la coesistenza. In realtà, come già sostenuto da Scherillo, il problema va inquadrato soprattutto dal punto di vista dello sviluppo storico dell'ordinamento romano: “l'applicazione dell'*actio iniuriarum* alle ipotesi di turbativa del singolo nel godimento di cose destinate al pubblico uso si spiega con il fatto che non vi è un mezzo generale a tutela dell'uso di tutte le cose pubbliche, ma solo mezzi particolari relativi a talune cose e a talune facoltà”, come appunto tale interdetto a tutela della possibilità di utilizzare il *flumen* come bacino navigabile; “onde” prosegue Scherillo, “la giurisprudenza ha cercato di provvedervi indirettamente, facendo rientrare nel concetto di *iniuria* tutti i casi per cui non esisteva un apposito mezzo di tutela” (*Lezioni*, cit., pag. 150). Pertanto, nulla si potrebbe dedurre circa il campo applicativo di tale interdetto argomentando a contrario dalla definizione del campo applicativo dell'*actio iniuriarum*.

<sup>751</sup>Già C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., pagg. 86 ss, di recente J. M. ALBURQUERQUE, *La proteccion o defensa*, cit., pag. 303 e A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*, cit., pag. 511.

<sup>752</sup>Così A. BERGER, *Interdictum*, cit., pagg. 1622-1623. Di recente espressamente M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 187, ma già implicito nell'inquadramento di G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., pag. 159 e G. SCHERILLO *Le cose*, cit., pag. 156.

difesa della navigabilità dei fiumi, il *de fluminibus* (D.43.12): mentre in quel caso la reazione pretoria era rivolta contro condotte che impedivano la navigazione incidendo sulla conformazione fisica stessa del fiume, qui l'intervento del magistrato non si rivolge contro atti oggettivamente volti a modificare lo stato della *res*, quanto piuttosto contro tutte le condotte potenzialmente idonee a interpersi tra l'individuo e l'utilizzo del fiume come mezzo di comunicazione (a impedire a singoli individui l'esercizio del loro diritto di utilizzo del fiume) toccando la sfera personale del soggetto.

Tale astrazione della tutela pretoria della navigabilità (dalla conservazione dello stato fisico del bene all'attacco alla sfera personale del soggetto come evento senza condotte tipizzate) non deve essere stato senza conseguenze sul piano dell'interpretazione giurisprudenziale del rimedio, che conobbe – come già ricordato – un'applicazione estensiva: oltre alla già menzionata estensione dell'interdetto a laghi stagni e *fossae*, ancora più significativa appare l'applicazione in via utile dell'interdetto contro condotte idonee ad impedire forme di utilizzo del fiume diverse dalla navigazione, testimoniata dai passi 7-9 del titolo in esame:

D.43.14.1.7 (Ulp. 68 ad ed.) *Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum competere Sabinus consentit: et ita Labeo. Ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri.*

In questo passo, Ulpiano riporta l'opinione di Sabino, approvata da Labeone, secondo cui doveva ammettersi l'applicazione in via utile dell'interdetto (apparentemente *ut navigare liceat*) nel caso di impedimento ad esercitare il proprio diritto di pesca su un lago (*publicum* in senso proprio o di spettanza di un *municipium*, come aggiunge Ulpiano nella chiusa del passo)<sup>753</sup>, fondato su un particolare titolo concessorio. Il caso prospettato da Ulpiano, e risolto concordemente da proculiani e sabiniani, merita qualche rilievo ulteriore.

<sup>753</sup>Che si tratti di notazione ulpiana è notato da A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit., pag. 46.

Innanzitutto, è senza dubbio strano che l'attività del *publicanus* titolare di una concessione di pesca su un lago pubblico fosse tutelata attraverso l'emanazione in via utile di questo interdetto – che nella sua variante diretta mira a tutelare la generale fruibilità del bene da parte dei consociati – piuttosto che attraverso il *de loco publico fruendo* (D.43.9)<sup>754</sup>: quest'ultimo rimedio infatti, espressamente mirava a tutelare il rapporto esclusivo del conduttore (e del suo *socius*) con il bene oggetto della concessione in regime di monopolio, nei limiti in cui lo sfruttamento avvenisse conformemente alle clausole della concessione (*e lege locationis*)<sup>755</sup>, attraverso la *prohibitio* di ogni forma di *vis* (*vim fieri veto*). In questo caso dunque, la tutela del *locus publicus* risulta indiretta, in quanto “il soddisfacimento dell'interesse pubblico è subordinato alla difesa di un'*utilitas* particolare spettante ai *cives uti singuli* sulla base di un rapporto di concessione”<sup>756</sup>: in questo caso dunque l'interesse individualmente tratto dai soggetti locatari dalla relazione con il *locus publicus* non si fonda, come per il *ne quid in loco publico fiat*<sup>757</sup>, sul generico diritto di ogni *cives* di utilizzare i beni lasciati al pubblico uso, ma direttamente su un titolo concessorio di tipo “privatistico” o esclusivo<sup>758</sup>.

Ritornando al caso prospettato da Ulpiano in D.43.14.1.7, esso pare integrare tutti i requisiti per l'applicazione diretta del *de loco publico fruendo*<sup>759</sup>, trattandosi di

<sup>754</sup>Su cui si veda il recente lavoro di P. SANTINI, *Quo minus e lege locationis frui liceat. Contributo allo studio dell'interdictum de loco publico fruendo*, Napoli, 2012.

<sup>755</sup>D.43.9.1.3 (Ulp. 68 ad ed.) *Ait praetor "Quo minus e lege locationis frui liceat". Merito ait "e lege locationis": ultra legem enim vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat.*

<sup>756</sup>Così P. SANTINI, *Note in tema di interdictum de loco publico fruendo: interessi privati ed esigenze regolamentative*, in F. REDUZZI MEROLA (ed.), *Sfruttamento tutela e valorizzazione del territorio: dal diritto romano alla regolamentazione europea e internazionale*, Napoli, 2007, pagg. 161 ss, pag. 165. In tal senso depone del resto l'affermazione dello stesso Ulpiano secondo cui *interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est: tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id fruendum conduxit* (D.43.9.1), su cui (oltre alla stessa P. SANTINI, *Note in tema di interdictum de loco publico fruendo*, cit., pagg. 166 ss e ID., *Quo minus e lege locationis*, cit., pagg 62 ss.) specialmente R. SCEVOLA, *Utilitas publica*, II, cit., pagg. 111 ss.

<sup>757</sup>Cfr. *supra* Capitolo Secondo, Paragrafo 3.

<sup>758</sup>A partire da questa caratteristica si capisce come da questo tipo di interdetto abbia potuto generarsi la figura giuridica della *superficies* che, almeno nella sua conformazione matura (ma per l'originaria connotazione pubblicistica del rimedio si veda per tutti J.M. RAINER, *Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht*, in *ZSS (Rom. Abt.)*, 106, 1989, pagg. 346 ss.) appare pienamente attratta nell'ambito dei rapporti privatistici. Sul punto si veda la pregevole ricostruzione offerta da P. SANTINI, *Quo minus e lege locationis*, cit., pagg. 71 ss.

<sup>759</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 461.

una *conductio piscatus* esercitata su uno specchio d'acqua pubblico<sup>760</sup>, per cui non si capirebbe perché la giurisprudenza abbia invece risolto il caso (apparentemente) estendendo in via utile un rimedio, l'*ut in flumine publico navigare liceat* (D.43.14), il cui scopo di tutela è evidentemente differente<sup>761</sup>. Conseguentemente la dottrina prevalente mostra di interpretare il passo, nonostante la collocazione da parte dei compilatori nel titolo dedicato all'*ut in flumine publico navigare liceat*, come se si riferisse all'applicazione *utiliter* dell'interdetto a tutela delle concessioni di luoghi pubblici<sup>762</sup>.

Ulteriormente, si tratterebbe di un caso analogo a quello considerato da Ulpiano nel già visto D.47.10.13.7 (Ulp. 57 ad ed.)<sup>763</sup> laddove, discutendo dell'applicabilità dell'*actio iniuriarum* nel caso di generico impedimento a pescare in mare, il giurista ricorda come nel caso in cui tale attività trovasse fondamento in un titolo concessorio (*si forte publice hoc conduxit*) i *veteres* concedessero un interdetto *vis ei prohibenda, quo minus conductione sua fruatur* ovvero – nell'interpretazione maggioritaria<sup>764</sup> – proprio il *de loco publico fruendo*. Dunque, accettando l'ipotesi che in entrambi i frammenti (43.14.1.7 e 47.10.13.7) i giuristi si riferiscano al *de loco publico fruendo*, si finirebbe per individuare un coerente filone dottrinale volto ad affermare l'applicabilità di questo interdetto nei casi di *conductio piscatus*, si esercitasse essa sul mare o su un lago<sup>765</sup>.

Tale ricostruzione, elaborata a partire da una simmetrica esegesi di D.43.14.1.7 e D.47.10.13.7, è stata recentemente oggetto di una revisione critica da

<sup>760</sup>P. SANTINI, *D.43.14.1.7 (Ulp. 68 ad edictum): uno 'scambio' di interdetti nel caso della tutela delle conductiones piscatus?*, in *Fides humanitas ius*, VII, Napoli, 2008, pagg. 5023 ss, pagg. 5030 ss e Id., *Quo minus e lege locationis*, cit., pagg. 126 ss.

<sup>761</sup>M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 474 ss.

<sup>762</sup>Se si escludono le interpretazioni più marcatamente interpolazionistiche (si vedano comunque i riferimenti in P. SANTINI, *Quo minus e lege locationis*, cit., pag. 121 nota 357), l'opinione che vede in D.43.14.1.7 l'applicazione del *de loco publico fruendo* è in A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., pagg. 435 ss (addirittura nella sua forma diretta) e in G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 153 (ritenendolo però interpolato, senza ulteriori specificazioni).

<sup>763</sup>Già analizzato supra con specifico riferimento al rapporto tra *ne quid in loco publico fiat* (D.43.8.2 pr.) e *actio iniuriarum*: cfr. Capitolo 2 Paragrafo 6.

<sup>764</sup>Tra cui in particolare G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., pag. 207 e G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 153 e da ultimo G. KLINGENBERG, *Maris proprium ius in D.44,710,14*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 72(1), 2004, pagg. 37 ss, spec. pagg. 44 ss.

<sup>765</sup>Cfr. P. SANTINI, *Quo minus e lege locationis*, cit., pag. 141.

parte della Santini: l'autrice da un lato mette in dubbio che la concessione tutelata con il *de loco publico fruendo* in D.47.10.13.7 fosse una *conductio piscatus* marina (della cui esistenza nella prassi romana non rimangono tracce)<sup>766</sup> e, dall'altro, nega si potesse dar luogo all'applicazione del *de loco publico fruendo* nel caso contemplato da Ulpiano in 43.14.1.7 sulla base della considerazione che gli specchi di acqua non potessero essere inquadrati entro la nozione di *locus publicus*<sup>767</sup> rilevante ai fini dell'applicazione di quel rimedio poiché – come abbiamo visto *supra* – non potrebbe non aver compreso gli ambienti fluviali<sup>768</sup>. L'interdetto di cui viene discussa l'esperibilità in quest'ultimo frammento, dunque, doveva essere proprio l'*ut in flumine publico navigare liceat*<sup>769</sup>, applicabile in forma diretta a laghi e stagni ma qui applicato *utiliter* perché l'attività tutelata non era la navigazione ma la pesca. Anche ammettendo il risultato esegetico cui perviene l'autrice, ovvero che in D.43.14.1.7 si discuta l'applicabilità dell'*ut in flumine publico navigare liceat* e che dunque la collocazione del passo all'interno del titolo D.43.14 ne rispetti il senso originale, non mi pare si possa escludere – sulla sola considerazione del carattere “terrestre” dell'espressione *locus publicus* – una concorrente applicabilità del *de loco publico fruendo*<sup>770</sup>: la scelta dell'uno o dell'altro rimedio, insomma, poteva dipendere da motivi di convenienza processuale per il soggetto impedito nella pesca, legati magari all'incertezza circa la validità ed efficacia della *lex locationis* – elemento essenziale nella fattispecie del *de loco publico*, irrilevante nell'*ut in flumine publico navigare liceat*.

Alla luce di quanto detto, assume una particolare rilevanza la seconda parte del frammento 7, in cui Ulpiano estende l'applicabilità del rimedio (*ut in flumine*

<sup>766</sup>P. SANTINI, *Quo minus e lege locationis*, cit., pagg. 134 ss, ma già M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pagg. 461 ss.

<sup>767</sup>P. SANTINI, *Quo minus e lege locationis*, cit., pag. 143 (= in ID., *D.47.14.1.7*, cit., pag. 5049).

<sup>768</sup>Questa interpretazione del frammento in esame è del resto funzionale alla generale ipotesi ricostruttiva dell'autrice, che intende dimostrare come l'origine dell'interdetto *de loco publico fruendo* sia da rintracciarsi nelle concessioni di *suolo* pubblico.

<sup>769</sup>Così, oltre a P. SANTINI, *Quo minus e lege locationis*, cit., pag. 143, anche M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 474.

<sup>770</sup>Questa opinione peraltro è quella fatta propria nella Glossa accursiana e riproposta poi nell'Ottocento da Rudorff nella sua Palingenesi dell'editto, come riportato in P. SANTINI, *Quo minus e lege locationis*, cit., pag. 123.

*publico navigare liceat*) alle ipotesi di locazioni di beni di spettanza dei *municipia* poiché testimonierebbe di quel processo di estensione dell'applicabilità degli interdetti *de locis publicis* anche ai *bona civitatum*: sarebbe così confermato<sup>771</sup> come, agli occhi di Ulpiano, a rilevare per l'applicazione degli interdetti in parola non fosse tanto la natura del soggetto titolare della *res* (*populus romanus* o enti cittadini minori) ma piuttosto la oggettiva funzione del bene, la sua destinazione all'*usus publicus*.

Nei due successivi paragrafi (8-9) Ulpiano addirittura, riportando il pensiero di Mela<sup>772</sup>, discute la possibilità di estendere la tutela accordata mediante tale interdetto all'ipotesi in cui ad un soggetto fosse impedito di raggiungere il fiume per far abbeverare il proprio gregge:

D.43.14.1 (Ulp. 68 ad ed.) 8. *Si quis velit interdictum tale movere, ut locus deprimatur pecoris appellendi gratia, non debet audiri: et ita Mela scribit. 9. Idem ait tale interdictum competere, ne cui vis fiat, quo minus pecus ad flumen publicum ripamve fluminis publici appellatur.*

Nel frammento 9 il giurista severiano dichiara '*competere*' l'interdetto nel caso di impedimento all'*adpulsus pecoris*, quasi che l'*iter* fino al fiume costituisse un *adminiculum* rispetto al diritto (di natura pubblicistica) di attingere acqua dallo stesso. È evidente l'analogia con la disciplina delle servitù d'acqua privata (*aquae haustus e pecoris adpellendi*)<sup>773</sup>, a loro volta tutelate con un rimedio interdittale, il cosiddetto interdetto *de fonte* (D.43.22.1 pr.)<sup>774</sup>: il contenuto essenziale di tali diritti è infatti “costantemente identificato con la facoltà di attingere acqua dal *fons*”, ma la

<sup>771</sup>Cfr. *supra* Capitolo Primo, Paragrafo 6,

<sup>772</sup>Sul giurista Fabio Mela cfr. M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 186 nota 45. Che pure il paragrafo 9 sia da riferirsi al pensiero di questo giurista, come pare dedursi dalla continuità argomentativa e soprattutto dall'*idem* con cui si apre, è sostenuto tra gli altri da A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit., pag. 29.

<sup>773</sup>Su queste figure vedi Grosso e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Torino, 1966, pagg. 107 ss.

<sup>774</sup>D.43.22.1.2 (Ulp. 70 ad ed.) *Hoc autem interdictum locum habet, si quis uti prohibeatur aqua, hoc est sive haurire prohibeatur sive etiam pecus ad aquam appellere.*

giurisprudenza giunse a riconoscere al titolare, anche attraverso un'estensione del campo applicativo del *de fonte*<sup>775</sup>, anche la facoltà accessoria<sup>776</sup> di accedere alla sorgente (*iter ad hauriendum*)<sup>777</sup>. Dunque il pretore da un lato tutelava, con l'interdetto *de fonte*, il diritto privatistico (*servitus aquae haustus* o *pecoris adpellendi*) di attingere acqua da un *fons* privato<sup>778</sup> anche laddove fosse impedito l'*iter ad fontem*, dall'altro con l'interdetto *ut in flumine publico navigare liceat* in via utile tutelava l'analogo diritto di *iter ad fluminem publicum*, accessorio rispetto alla facoltà di utilizzare il fiume protetta in via diretta con quell'interdetto<sup>779</sup>.

Peraltro, occorre notare che tale facoltà di passaggio per attingere acqua al fiume pubblico poteva essere oggetto di un'autonoma servitù prediale, come pare doversi dedurre da:

D.39.3.17.4 (Paul. 15 ad Plautium) *Sed si fundus medius alterius inter me et te intercedit, haustus servitutem fundo tuo imponere potero, si mihi medius dominus*

---

<sup>775</sup>D.43.22.1.5 *Plane si quis ire ad haustum prohibeatur, aequae interdictum sufficiet*

<sup>776</sup>Sulla qualificazione di tale facoltà accessoria peraltro le opinioni sono discordanti: mentre G. GROSSO (*Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., pag. 163 seguito da B. BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, cit., pag. 302) la qualifica come *adminiculum servitutis* al pari delle altre facoltà relative alla realizzazione dei presupposti materiali che rendono possibile l'esercizio della servitù vera e propria (come quelle discusse in D.8.2.20.1 e D.8.4.11 pr.), per Capogrossi Colognesi l'*iter ad hauriendum* sarebbe qualificabile piuttosto come servitù indipendente sebbene organicamente collegata alla *servitus aquae haustus* (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù*, cit., pagg. 110-111 nota 205).

<sup>777</sup>L'analogia strutturale con il regime delle servitù private, e in particolare con l'affermazioni di Nerazio in D.8.3.3.3 (Ulp. 17 ad ed.) secondo cui *qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum* e quella di Paolo in è suggerita da G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 126.

<sup>778</sup>Interessante notare come questo rimedio abbia conosciuto un'interpretazione estensiva analoga a quella del nostro interdetto *ut in flumine navigare liceat*, dal momento che è lo stesso pretore a riconoscere nella clausola edittale la possibilità di esperire il rimedio, con un'espressione sovrapponibile a quella usata nella chiusa di D.43.14.1 pr., anche nel caso in cui il diritto riguardasse laghi pozzi o cisterne (*de lacu puteo piscina item interdicam*: sul significato di tale estensione del rimedio nel quadro della più generale evoluzione delle forme di servitù private d'acqua, si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura*, cit., pagg. 122 ss).

<sup>779</sup>Esplicitamente G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., pagg 163-164, dove trattando della determinazione di elementi strumentali rispetto al contenuto della servitù scrive: "Vediamo p. es l'*iter ad aquam* per le servitù di *aquae haustus*. [...] Nerazio in Ulp. D.8.3.3.3 lo dice implicito nella costituzione di *ius hauruendi*; egli qui afferma però anche la reciproca, che cioè se si costituisce il *ius ad eundi ad fontem* si intende come tale che comprende l'*haustus* [...]; se (invece) si tratta di un fiume pubblico, occorre e basta stabilire la servitù di *iter ad flumen*, in quanto l'*haustus* rientra nell'uso pubblico del fiume, e quindi una pure e semplice costituzione di servitù di *haustus ex flumine* non produrrebbe nessuna efficacia".



*iter ad transeundum cesserit, quemadmodum, si ex flumine publico perenni haustu velim uti, cui flumini ager tuus proximus sit, iter mihi ad flumen cedi potest.*

Dunque, mentre nel caso in cui il terreno vicino al *flumen* fosse esso stesso pubblico l'unico rimedio disponibile era il nostro interdetto, nel caso di *privato fondo intercedente* si danno due alternative: da un lato la tutela approntata dall'*ut in flumine publico navigare liceat* contro le sole ipotesi di impedimento violento dell'*iter ad flumen* da parte del titolare del fondo intermedio, dall'altro la possibilità di una più completa tutela (contro ogni ipotesi di impedimento dell'*iter*, eventualmente anche non inquadrabile nella nozione di *vis*)<sup>780</sup> attraverso la costituzione di una servitù *ad hoc*. Si noti comunque che anche in quest'ultimo caso l'oggetto della servitù non è mai l'*haustus* al fiume pubblico in sé, che evidentemente rientrava nell'*usus publicus* di ogni cittadino, ma il semplice *iter ad flumen*<sup>781</sup>.

L'analogia con le *servitutes aquae haustus e pecoris adpellendi* consente di ribadire che nel caso prospettato da Ulpiano in D.43.14.1.9 l'interdetto *ut in flumine publico navigare liceat* esperito in via utile tutela una facoltà completamente diversa dalla navigabilità del fiume, in particolare quella di attingere acqua per abbeverare il gregge: l'estensione in via analogica del rimedio sembra risiedere nella considerazione che entrambe tali facoltà sono ipotesi di comune e generale utilizzo del fiume.

Peraltro, anche in questo caso occorrerebbe bilanciare il diritto al libero utilizzo del fiume da parte dei consociati con altri interessi rilevanti: così Mela nel frammento 8 esclude che la tutela<sup>782</sup> del diritto di abbeverare il bestiame al fiume pubblico possa legittimare il livellamento del suolo per facilitare l'accesso del gregge<sup>783</sup>.

<sup>780</sup>Penso ad esempio all'ipotesi in cui il titolare del fondo intercedente proceda alla costruzione *in suo* di manufatti tali da impedire o rendere estremamente difficoltoso l'*iter ad flumen*.

<sup>781</sup>G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., pag. 164.

<sup>782</sup>Il significato dell'espressione *non debet audiri* è discusso da G. GANDOLFI, *Contributi*, cit., pagg. 51 ss.

<sup>783</sup>La tutela dell'assetto del territorio, specialmente degli argini, costituiva evidentemente un controinteresse prevalente sulla facilità di accesso al fiume. M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pag. 186. Anche in questo caso appare una forte analogia con la disciplina delle servitù prediali rustiche: si

### Interdetti relativi ai *flumina publica*

Si tratta però di interpretazioni estensive della giurisprudenza, ch  le fonti non solo non tramandano l'esistenza di alcun rimedio volto a tutelare genericamente la destinazione all'uso pubblico di ogni *res in usu publicus*<sup>784</sup>, ma neppure ci testimoniano alcun rimedio espressamente predisposto per la tutela di ogni forma di generale utilizzabilit  dei fiumi da parte dei consociati: n  l'interdetto *de fluminibus*, che come visto sopra prende in considerazione l'utilizzabilit  del *flumen* da parte dei consociati dal peculiare punto di vista della possibilit  di navigazione su esso, n  – come abbiamo visto – gli altri interdetti relativi ai *flumina publica* (*ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat*: Capitolo IV.2 e *ut in flumine publico navigare liceat*: Capitolo IV.3); potrebbe invece risultare corroborata dalla lettura di D.47.10.13.7 e D.43.8.2.9 l'ipotesi che la giurisprudenza romana fosse giunta a individuare piuttosto nell'*actio iniuriarum* uno strumento idoneo a reprimere condotte idonee a impedire l'utilizzo da parte del singolo della *res in usu publico*<sup>785</sup>.

---

ricordi che nel caso di *refectio* dell'*iter* oggetto di una servit  di passaggio era esclusa l'esperibilit  dell'interdetto *de itinere actuque privato* qualora la *refectio* comportasse una modifica strutturale del fondo servente, come deve dedursi tra l'altro da D.43.19.3.15 (Ulp. 70 ad ed.).

<sup>784</sup>Si veda la critica alla recente tesi di Di Portocirca l'esistenza di un mezzo generale a tutela dell'uso di tutte le cose pubbliche svolta nel Capitolo II Paragrafo 9.

<sup>785</sup>Cos  G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., pag. 62; G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., pag. 117 ss; G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pagg. 149-150.

## CAPITOLO IV

## CONCLUSIONI

### *1. Interpretazione complessiva del sistema interdittale di tutela delle res in usu publico*

L'analisi delle singole fattispecie contemplate dal pretore negli editti relativi agli interdetti *de locis publicis*, nonché dell'apparato interpretativo di origine giurisprudenziale stratificato nel relativo commento ulpiano, consente infine di trarre alcune conclusioni circa i caratteri generali della tutela interdittale delle *res in usu publico* emergente dalle fonti.

Innanzitutto occorre sottolineare come, nella prospettiva del giurista di età severiana, tale complesso di rimedi costituisca un *corpus* organico, un sistema di tutela dell'*usus publicus* di determinati beni dotato di compattezza e coerenza interna. Per quanto risulta dalla considerazione del commentario ulpiano, pretore e giurisprudenza (soggetti cui era primariamente accordato il compito di guidare lo sviluppo dell'ordinamento romano in epoca classica) assunsero peraltro tali beni nella loro riflessione da diverse prospettive, individuando conseguentemente differenti esigenze di tutela.

Talvolta – nel caso degli interdetti caratterizzati dalla presenza nello schema di formula pretoria dell'endiadi *facere immittere* – essi appaiono considerati nella loro materialità, come mere porzioni dello spazio fisico, la cui conformazione strutturale poteva essere intaccata dall'attività umana comportando disagi per quanti legittimamente da tali beni traevano vantaggi individuali (*ne quid in loco publico fiat*: D.43.8.2 pr.; *ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua fluat*: D.43.13) ovvero compromettendo la destinazione del bene al pubblico uso (*ne quid in via itinereve publico facere immittere*: D.43.8.2.20 e 35; *ne quid in flumine publico ripave eius facere immittere*: D.43.12.1 pr. e 19).

## CONCLUSIONI

In altre ipotesi invece la giurisprudenza mostra di tutelare non tanto lo stato fisico del bene, quanto piuttosto l'attività che su di esso normalmente si svolgeva, predisponendosi così una reazione dell'ordinamento contro condotte violente (incidenti sulla sfera personale del soggetto) idonee a impedire ai singoli *cives* l'utilizzo di *viae* e *flumina* pubblici (*ut via publica ire agere liceat*: D.43.8.2.45; *ut in flumine publico navigare liceat*: D.43.14)<sup>786</sup>.

Si tratta evidentemente di due prospettive complementari, in quanto entrambe sostanzialmente dirette alla tutela delle condizioni di utilizzabilità di tali beni da parte dei consociati, ovvero la loro destinazione all'*usus publicus*. Come si è già cercato di mostrare nel Capitolo I di tale lavoro, a partire da tale nozione – che esprimerebbe sinteticamente l'applicabilità del complesso di rimedi interdittali *de locis publicis* – Ulpiano giunge a costruire la categoria delle *res publicae in usu publico*. Ora la considerazione delle diverse fattispecie materiali previste nell'editto dal pretore – nonché dell'interpretazione che di esse diede la giurisprudenza di età severiana – consente di definire il contenuto di disciplina sinteticamente evocato con tale nozione. In questo senso è interessante notare come accanto alla tutela strettamente pubblicistica legata al mantenimento delle condizioni di utilizzabilità del bene pubblico, perseguita attraverso la protezione dello *status* morfologico di *viae* e *flumina*, vengano in considerazione sia l'interesse collettivo a fruizione individuale all'accesso al bene (interdetti con formula terminativa *vim fieri veto*) che quello – strettamente individuale – alla salvaguardia dei *commoda* goduti *uti singuli* dai proprietari dei fondi prospicienti il luogo pubblico (*ne quid in loco publico fiat*). La nozione di *usus publicus* in età severiana rimanda dunque a un complesso sistema di tutela di interessi pubblici e privati, individualizzabili e adespoti, che sembrano inoltre bilanciati (soprattutto attraverso le eccezioni inseribili nell'editto pretorio) con equilibrio e consapevolezza da parte della giurisprudenza: esso dunque non appare appiattibile su formule semplificatrici come quella che vedrebbe nella giurisprudenza

---

<sup>786</sup>A questi strumenti vanno aggiunti, come detto, l'*actio iniuriarum* e gli interdetti a tutela dell'attività di *refectio* di *viae* e *flumina* (*de itinere reficiendo*: D.43.11; *de ripa munienda*: D.43.15).

## CONCLUSIONI

severiana “a shift of emphasis from a capitalistic to a socialistic, ecumenic trend, so that private interests on *res publicae* were...eliminated in favour of public interest”<sup>787</sup>.

Se questi sembrano i tratti salienti del sistema di tutela interdittale delle *res in usu publico* emergente dalla considerazione dei frammenti tratti dal sessantottesimo libro *ad edictum* di Ulpiano e conservati nel libro 43 del Digesto, rimangono in conclusione da affrontare due ordini di questioni legati alla complessiva interpretazione storica di tale sistema di tutela: da un lato, quello relativo alla ricostruzione della vicenda della sua evoluzione diacronica nell'ordinamento romano; dall'altro, quello concernente la generale definizione dello scopo di tutela che l'apparato degli *interdicta de locis publicis* pare assolvere nella sua versione matura, ovvero nel pensiero ulpiano.

Con riferimento al primo punto – la ricostruzione delle linee evolutive del sistema di tutela interdittale *de locis publicis* – le tesi più autorevolmente sostenute sono quelle (opposte) di Melillo e Di Porto. Il primo<sup>788</sup> vede nella stratificazione di materiale normativo e giurisprudenziale contenuta nel commentario ulpiano il segno di un'evoluzione in senso pienamente pubblicistico della tutela interdittale dei *loca publica*, per cui a una prima fase in cui essa doveva essere essenzialmente legata alla disciplina dei rapporti privatistici di vicinato dei proprietari adiacenti il luogo pubblico si sarebbe in progresso di tempo chiarita la funzione di tutela della destinazione del bene al pubblico uso come oggetto autonomo della tutela predisposta dal pretore, soprattutto a partire dall'epoca di Labeone. Al contrario Di Porto<sup>789</sup>, in un articolo più volte citato nel corso del presente lavoro, ha creduto di poter contrapporre un modello “repubblicano” – fondato sull'iniziativa del *civis* che attraverso strumenti privatistici a legittimazione diffusa aziona interessi di tipo pubblicistico – al modello imperiale in cui la cura degli interessi collettivi viene completamente assorbita all'interno dell'amministrazione imperiale con conseguente “privatizzazione” dei rimedi interdittali *de locis publicis*. Prima di svolgere qualche

<sup>787</sup>Così J. PLESCIA, *The Roman law on waters*, in *Index*, 21, 1993, pagg. 433 ss, pag. 439.

<sup>788</sup>G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, cit.

<sup>789</sup>A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*, cit.

## CONCLUSIONI

rilievo critico su queste proposte ricostruttive, non sarà superfluo riordinare i dati fondamentali in nostro possesso.

Occorre innanzitutto sottolineare come la questione involga in realtà due distinti profili: da un lato, quello dell'ordine di comparizione delle fattispecie pretorie, dall'altro quello del ruolo dell'interpretazione evolutiva della giurisprudenza che su quelle previsioni lavorava.

Abbiamo già visto come la dottrina maggioritaria ritenga i più antichi tra gli interdetti *de locis publicis* quelli in cui l'ordine pretorio è espresso attraverso l'endiadi *facere immittere*, mentre quelli costruiti attorno alla formula *vim fieri veto* sarebbero di epoca più tarda, anche se comunque di età repubblicana<sup>790</sup>. Tale scansione cronologica fondata sulle tipologie di «stili edittali» peraltro, oltre a scontare un alto tasso di ipoteticità, non pare in grado di illuminare la “politica del diritto” che guidò pretore e giurisprudenza nell'evoluzione del sistema interdittale di tutela dei beni pubblici. La presenza nello schema edittale dell'una o dell'altra clausola infatti, come già osservato da Labruna<sup>791</sup>, non appare un elemento sufficiente per ricostruire i caratteri e la natura della situazione giuridica con essi tutelata: al contrario, l'analisi dei *verba edicti* e del commento giurisprudenziale hanno dimostrato che interdetti contenenti l'espressione *facere immittere* – i più antichi – potevano tutelare sia la destinazione pubblica del bene (*interdicta de viis, de fluminibus*) che l'assetto degli interessi individualmente tratti dai privati dal loro peculiare rapporto col bene (*ne quid, quo aliter*).

Per quanto riguarda le testimonianze dei giuristi precedenti, Labeone pare assumere una posizione centrale, perlomeno agli occhi di Ulpiano. Il giurista di età augustea però non sembra avere avuto quel ruolo determinante nella definizione dei caratteri della tutela interdittale dei *loca publica* che – sebbene da punti di vista opposti – tendono a riconoscergli sia Melillo che Di Porto. L'analisi che precede mi

---

<sup>790</sup>Cfr. Capitolo Secondo Paragrafo 4. Si ricordino peraltro le critiche mosse all'assunzione a-critica di tale modello interpretativo di G. FALCONE, *Ricerche*, cit., pagg. 160 ss, che pare aver convincentemente dimostrato come almeno uno degli interdetti contenenti la clausola *vim fieri veto*, ovvero *uti possidetis*, sia da far risalire ad un tempo coevo a quelli costruiti attorno alla endiadi *facere immittere*.

<sup>791</sup>L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., pagg. 41 ss.

pare abbia sufficientemente dimostrato come le sue proposte interpretative sembrino per lo più finalizzate alla precisa definizione degli elementi delle fattispecie edittali più che a una complessiva ridefinizione dello scopo di tutela del sistema degli *interdicta de locis publicis*: si pensi, con riferimento all'interdetto *ne quid in loco publico fiat*, alla *loci publici appellatio*<sup>792</sup> e alla descrizione del *commodum* individuale rilevante al fine dell'esperibilità di questo interdetto in D.43.8.2.13 e 15<sup>793</sup>; ancora, con riguardo agli *interdicta de viis*, l'intervento labeoniano pare esclusivamente finalizzato a una precisa delimitazione del campo semantico della nozione di *immittere* contenuta nello schema di formula edittale (D.43.8.2.26,27,28)<sup>794</sup>; infine, per quanto riguarda i *flumina publica*, l'estensione del *ne quid in flumine publico fiat* al mare e ai fiumi non navigabili<sup>795</sup>, nonché l'esclusione dell'eccezione «*aut nisi ripae tuendae causa factum sit*»<sup>796</sup>, presuppongono la consapevolezza della natura pubblica dell'interesse tutelato.

Per quanto suggestive e pregevolmente sostenute, dunque, le tesi di Melillo e Di Porto circa il senso dell'evoluzione interna del sistema di tutela interdittale dei beni pubblici risultano, alla prova di una complessiva analisi degli *edicta de locis publicis*, non sostenute da alcun elemento decisivo, né sul piano della scansione cronologica dell'introduzione dei diversi rimedi né per quanto riguarda il ruolo della giurisprudenza (e in particolare di Labeone) nell'interpretazione evolutiva degli stessi.

L'unico profilo della tesi di Melillo che, al di fuori di ogni pretesa di ricostruire la complessiva evoluzione del sistema, può forse risultare confermata dall'analisi fin qui svolta è l'affinità tra il regime degli interdetti costruiti sull'endiadi *facere immittere* e la disciplina generale dei rapporti di vicinato. Nell'esegesi dei commenti giurisprudenziali agli interdetti *ne quid in loco publico fiat*, *de viis* e *de fluminibus*, abbiamo infatti più volte avuto modo di confrontare singoli aspetti della

<sup>792</sup>Capitolo 2 Paragrafo 1.

<sup>793</sup>Capitolo 2 Paragrafo 4.

<sup>794</sup>Capitolo 3.2 Paragrafo 3.

<sup>795</sup>Capitolo 2 Paragrafo 2.

<sup>796</sup>Capitolo 4.1 Paragrafo 4.



## CONCLUSIONI

disciplina relativa al *facere* o *immittere in publico* (o *in viis, in fluminibus*) con i paralleli punti concernenti il *facere in privato*, per notare alcune strutturali somiglianze in particolare col regime dell'*o.n.n. iuris publici tuendi gratia*<sup>797</sup>, la disciplina delle immissioni (specialmente immateriali)<sup>798</sup>, l'*actio aquae pluviae arcendae* (43.8.2.28)<sup>799</sup>, l'*interdictum quod vi aut clam (praestare patientiam)*<sup>800</sup>, tutela interdittale delle servitù (*de rivis e aqua cottidiana*). L'avvicinabilità di taluni profili della disciplina degli interdetti *de locis publicis* al regime dei rapporti di vicinato non mi pare però legato a una particolare coloritura (privatistica) dell'interesse con essi tutelato, quanto piuttosto dall'ovvia considerazione dell'unitarietà dei problemi giuridici posti dall'attività di *facere* o *immittere*, fosse essa *in publico* o *in privato*. In questa ottica, è ovvio che la giurisprudenza romana abbia affrontato i problemi legati agli effetti esterni negativi dell'attività umana direttamente esplicantesi su un fondo (in proprietà privata o pubblico) attraverso i medesimi schemi giuridici: tale assonanza dimostra solo l'unitarietà e coerenza del pensiero giuridico romano classico, non la natura privata degli interessi coinvolti.

Se la questione circa i caratteri dell'evoluzione del sistema interdittale di tutela dei beni pubblici rimane così sostanzialmente priva di riscontri nelle fonti tali da corroborare l'una o l'altra delle opposte tesi, maggiori spunti offre la questione relativa alla complessiva interpretazione della natura della tutela con esso approntata al tempo di Ulpiano, quando il sistema appare comunque aver acquisito i suoi caratteri definitivi. In anni recenti, il tema è stato perlopiù ricondotto all'interno del dibattito relativo alla tutela dell'ambiente nel diritto romano<sup>801</sup>: in questa prospettiva,

---

<sup>797</sup>Capitolo 2 Paragrafo 6.

<sup>798</sup>Capitolo 2 Paragrafo 3.

<sup>799</sup>Capitolo 2 Paragrafo 3.

<sup>800</sup>Capitolo 2 Paragrafo 5.

<sup>801</sup>Filone di studi, peraltro eterogenei per temi e impostazioni, che pare dipanarsi a partire dal pionieristico lavoro di E. NARDI, *Inquinamento e diritto romano*, in *Studi in onore di T. Carancini*, III, Milano, 1984, pagg. 755 ss (= in ID., *Scritti minori*, I, Bologna, 1991, pagg. 585 ss). Tale prospettiva è stata poi accolta e portata avanti in particolare da A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit. e in ID., *La gestione dei rifiuti a Roma fra tarda Repubblica e primo impero. Linee di un 'modello'*, in *«Societas-ius»*. *Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999, pagg. 41 ss. Si vedano anche A. BURDESE, *Tutela privatistica dell'ambiente e diritto romano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 35 (2), 1989, pagg. 505 ss; R. FISHER, *Umweltschützende Bestimmungen*, cit.; A. WACKE, *Umweltschutz im römischen Recht?*, in *Orbis Iuris Romani*, 7, 2001, pagg. 101 ss (tr. ing. *Protection of the environment in Roman*

## CONCLUSIONI

la predisposizione da parte del pretore di un complesso sistema di interdetti a tutela delle *res in usu publico* è stato interpretato come il segnale dell'emersione, nella coscienza giuridica romana, di una particolare sensibilità ambientale e così di una considerazione dell'ambiente come bene giuridico autonomo<sup>802</sup>.

Senza entrare nel merito della questione generale circa la legittimità metodologica, e soprattutto, il valore euristico di tale prospettiva incentrata sull'assunzione del «bene ambiente» come elemento ordinatore delle fonti romane<sup>803</sup>, mi sembra nel caso degli *interdicta de locis publicis* essa si mostri particolarmente inadatta a mettere a fuoco il senso della tutela con essi apprestata. Da un lato, infatti, l'interdetto *ne quid in loco publico fiat* (come pure il *ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua fluat*: D.43.13) appare esclusivamente orientato alla tutela dei *commoda* individualmente tratti dal bene pubblico, senza che la fattispecie pretoria o l'*interpretatio* giurisprudenziale denotino la minima preoccupazione per la salvaguardia dello stato del *locus publicus*. D'altro canto, anche gli strumenti che effettivamente appaiono rivolti alla salvaguardia delle condizioni di utilizzabilità del bene in sé considerato – gli *interdicta de viis e de fluminibus*, l'*ut in via publica ire agere liceat* e l'*ut in flumine publico navigare liceat* – non sembrano assumere i beni oggetto di tale particolare tutela (*viae e flumina*) come potenziale oggetto di deturpamento o inquinamento. Come già notato in sede di commento ai singoli interdetti, il pretore pare piuttosto interessato a garantire la loro utilizzabilità come vie di comunicazione, come segmenti del complesso sistema di trasporti romano:

---

law?, in *Roman legal tradition*, 1, 2002, pagg. 1 ss); J.L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental. La contaminacion de aguas, canalizacion de las aguas fecales y la tala ilicita forestal*, Madrid, 2003 (su cui si vedano le due lunghe recensioni critiche di M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? 1. La contaminazione delle acque*, in *Index*, 34, 2006, pagg. 353 ss e *Precedenti di diritto ambientale a Roma? 2. La tutela boschiva*, in *Index*, 35, 2007, pagg. 325 ss); L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica*, Torino, 2009. Ulteriori ragguagli bibliografici in M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? 1. La contaminazione delle acque*, cit., pag. 387 nota 10 e I. Fargnoli,

<sup>802</sup>In questo senso soprattutto A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas»*, cit., pagg. 99 ss e 139 ss. Ma una prospettiva analoga è assunta anche in R. FISHER, *Umweltschützende Bestimmungen*, cit., pagg. 138 ss, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente*, cit., pagg. 91 ss, J.L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental*, cit., pagg. 40 ss.

<sup>803</sup>Su cui si vedano comunque i convincenti rilievi critici mossi da G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, pagg. 32 ss.

## CONCLUSIONI

basta qui ricordare, da un lato, i frammenti in cui Ulpiano, commentando il lemma *deterior* presente negli schemi di formule degli interdetti *de viis* e *de fluminibus*, specifica come il deterioramento rilevante per attivare la reazione pretoria sia proprio quello legato al peggioramento della transitabilità delle *viae* (D.43.8.2.32)<sup>804</sup> o della navigabilità dei fiumi (D.43.12.1.12 e 15)<sup>805</sup>; dall'altro, come gli interdetti che reprimono la *vis* compiuta sugli utenti di strade (D.43.8.2.45)<sup>806</sup> e fiumi (D.43.14)<sup>807</sup> siano attivabili proprio quando sia ravvisabile un impedimento a transitare sulla via o a navigare sul fiume. Le ragioni di “politica del diritto” che sembrano aver guidato l'introduzione di tali rimedi, dunque, risiederebbero nella particolare importanza strategica del complesso sistema di trasporto via terra e fiume (ma anche il mare, stante la proposta di interpretazione estensiva di Labeone in D.43.12.1.17)<sup>808</sup> nella società romana specialmente di età imperiale.

Lo scopo di tutela perseguito dal pretore nella predisposizione di un apparato di rimedi rivolti alla tutela di due particolari *species* di *res in usu publico*, *viae* e *flumina*, sembra risiedere nella protezione della loro specifica destinazione d'uso come vie di comunicazione per il pubblico. Dunque il paradigma della tutela dell'ambiente nel mondo antico si dimostra inadeguato a cogliere il significato della tutela pretoria di *flumina* e *viae*: in questo caso dunque l'applicazione di schemi ordinanti nati nell'esperienza giuridica contemporanea si rivela inefficace a dar conto del senso complessivo del regime emergente dalle fonti romane.

Eppure, proprio dalla considerazione secondo cui la speciale tutela interdittale di fiumi e strade appare modellata sull'esigenza di garantirne l'utilizzabilità come vie di comunicazione si può partire per saggiare l'applicabilità a tale complesso rimediale di un diverso paradigma tratto dall'esperienza

---

<sup>804</sup>Capitolo 3.1 Paragrafo 4.

<sup>805</sup>Capitolo 4.1 Paragrafo 5.

<sup>806</sup>Capitolo 3.2.

<sup>807</sup>Capitolo 4.3.

<sup>808</sup>Capitolo 4.1 Paragrafo 2.

contemporanea: mi riferisco in particolare al cosiddetto *property right paradigm* derivato dall'analisi economica del diritto<sup>809</sup>.

## 2. *Analisi economica e diritto romano: alcune suggestioni*

L'avvicinamento di approcci metodologici apparentemente così lontani (metodo storico-giuridico e analisi economica del diritto) non deve sorprendere. Da anni infatti è in corso un processo di avvicinamento tra queste due tradizioni di studi, soprattutto con riferimento allo studio dei sistemi proprietari. Da un lato, si è assistito alla cosiddetta “historical turn of Law&Economics”<sup>810</sup>, che ha condotto diversi studiosi a rivolgersi alla storia giuridica alla ricerca di possibili modelli istituzionali di gestione dell'accesso alle risorse. Assumono particolare significato in questa sede alcuni lavori che mirano esplicitamente a rintracciare nel diritto romano i modelli per affrontare i problemi economici posti dalla fruizione collettiva di beni e risorse (con particolare riferimento al fenomeno di internet): mi riferisco ai numerosi contributi in cui Carol Rose<sup>811</sup> analizza alcune delle categorie di *res* conosciute dall'esperienza giuridica romana, mettendole in relazione con alcune questioni aperte del dibattito giuseconomico contemporaneo<sup>812</sup>.

<sup>809</sup>Per un'utile panoramica dei problemi fondamentali legati all'utilizzo di questo paradigma scientifico come strumento euristico anche per sistemi di tradizione romanistica, rimane fondamentale il pionieristico lavoro di U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987 (spec. pagg 71 ss), che rappresenta il primo consapevole tentativo di mettere in dialogo tradizione romanistica e analisi economica del diritto in relazione al problema dei diritti sui beni. Un'utile ricostruzione teorica in lingua italiana anche in A. PERICU, *Property rights e diritto di proprietà*, in G. ALPA-S. RODOTÀ (ed.), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, pagg. 102 ss.

<sup>810</sup>R. HARRIS, *The uses of history in law and economics*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 4(2), 2003, pagg. 659 ss spec. pagg. 674 ss. Un inquadramento generale dei problemi anche in R. HARRIS, *The Encounters of Economic History and Legal History*, in *Law and History Review*, 21 (2), 2003, pagg. 297 ss e in G.D. SNOOKS, *What can historical analysis contribute to the science of economics?*, in G.D. SNOOKS (ed.), *Historical analysis in economics*, London-New York, 1993, pagg. 1 ss.

<sup>811</sup>C. ROSE, *Romans Roads and Romantic creators. Traditions of public property in the Information age*, in *Law And Contemporary Problems*, 66, 2003, pagg. 1 ss.

<sup>812</sup>Ancora più radicale, ma scientificamente più debole, appare la riflessione di David Berry, che non solo procede a un'analoga “mappatura” delle categorie romanistiche alla ricerca di soluzioni ai problemi posti dalla rete globale (D. BERRY, *The concept of the commons*, in Id., *Copy Rip Burn. The Politics of Copyleft and Open sources*, London, 2008), ma giunge a proporre la creazione di *licences* (licenze d'uso) parametrate su categorie romanistiche: le *res divini iuris* e le *res communes omnium*

## CONCLUSIONI

Parallelamente, pare definirsi all'interno della romanistica contemporanea un filone di studi volti ad applicare taluni schemi tratti dall'analisi economica del diritto allo studio delle fonti romane. All'interno di questo crescente numero di studi, mi pare si possano individuare due filoni particolarmente rilevanti per il tema che qui interessa. Alcuni studiosi<sup>813</sup> si sono concentrati sulla valutazione in prospettiva giuseconomica della tendenza dell'ordinamento romano a creare meccanismi istituzionali volti a “decentralizzare” le scelte degli individui, senza l'intermediazione di un'autorità pubblica altamente burocratizzata, specialmente in tema di sfruttamento delle risorse naturali. Un ulteriore filone di ricerca si sta poi coagulando attorno all'analisi economica dei regimi di appartenenza, in particolare ricorrendo alla nozione di *property rights*<sup>814</sup>: si pensi ai pionieristici lavori di Dennis Kehoe<sup>815</sup>, o più recentemente di C. Bannon<sup>816</sup>, sull'analisi economica dei sistemi istituzionali di accesso individuale alle risorse fondiari o idriche o, ancora, al recente tentativo di M. Fiorentini che in un articolo sul tema della qualificazione dell'acqua come *res communis omnium* nelle fonti romane<sup>817</sup>, giunge a mettere in relazione tale categoria romanistica con alcuni problemi relativi all'analisi economica dell'accesso collettivo alle risorse.

Procedendo dunque nel percorso di avvicinamento appena tracciato, si può tentare di inquadrare gli interdetti specificatamente rivolti alla tutela di *flumina* e

---

*licences* (D. BERRY-G. MOSS, *The politics of libre commons*, in *First Monday*, 11(9), 2006, URL: [http://firstmonday.org/issues/issue11\\_9/berry/index.html](http://firstmonday.org/issues/issue11_9/berry/index.html)).

<sup>813</sup>U. MALMENDIER, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitaeten in den Haenden privater Unternehmer*, Koln-Weimar-Wien, 2002 (su cui L. MAGANZANI, *Analisi economica e studio storico del diritto: le societas publicanorum rivisitate con gli strumenti concettuali dell'economista*, in *Iura*, 53, 2002, pagg. 216 ss) e J.J. DEL GRANADO, *The genius of Roman law from a law and economics perspective* (versione digitale disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1293939>).

<sup>814</sup>Si veda in generale K. HOOFS, *Property rights in legal history*, in B. BOUCKAERT (ed.), *Property law and economics*, Cheltenham-Northampton, 2010, pagg. 5 ss.

<sup>815</sup>D. KEHOE, *The economics of agriculture on Roman imperial estates in North Africa*, Göttingen, 1988; ID., *Investment, profit, and tenancy: the jurists and the Roman agrarian economy*, Michigan, 1997; ID., *Law and the Rural Economy in the Roman Empire*, Michigan, 2007.

<sup>816</sup>C. BANNON, *Gardens and neighbors. Private water In Roman Italy*, Ann Arbor, 2009.

<sup>817</sup>M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2010, pagg. 39 ss. Peraltro si veda un'analisi molto simile già in SCHRIJVER-PRISLAN, *From Mare Liberum to the Global Commons: building on the Grotian Heritage*, in *Grotiana*, 30, 2009, pagg. 168 ss.

## CONCLUSIONI

*viae* all'interno del quadro concettuale delineato dell'analisi economica dei sistemi proprietari, in particolare all'interno del cosiddetto *property rights paradigm*.

Si deve partire da una considerazione preliminare: nella riflessione giuseconomica – in parziale disaccordo con la tradizione giuridica e specialmente giusromanistica<sup>818</sup> – a rilevare non è tanto il bene inteso come porzione della realtà oggettiva, ma piuttosto le utilità tipiche che da esso si possono trarre (*utility, commodity, amenity*). Poichè abbiamo visto che gli *interdicta* relativi a *viae* e *flumina* tutelano la loro percorribilità da parte di chiunque, si può dire che essi tutelino il *good* (in senso economico) consistente nell'utilizzabilità di strade e fiumi come mezzi di comunicazione.

Ora, in quanto siano assunti come mezzi di trasporto aperti all'uso di chiunque (ovvero siano considerati dal punto di vista delle utilità di trasporto che essi possono offrire alla generalità degli agenti economici), strade e fiumi dal punto di vista economico<sup>819</sup> sono *public goods*. Per *public good*<sup>820</sup> infatti si intende, nella teoria economica, qualunque utilità il cui godimento sia non rivale<sup>821</sup> e non esclusivo<sup>822</sup>: lo sfruttamento del bene da parte di un individuo, in altre parole, non pregiudica la possibilità di un concorrente sfruttamento da parte di un altro agente, e

---

<sup>818</sup>Basti qui rimandare ai già citati lavori di Bonfante (P. BONFANTE, *Corso*, cit., pag. 6) o di Scherillo (G. SCHERILLO, *Le cose*, cit., pag. 19).

<sup>819</sup>Incredibilmente ancora moltissimi testi di microeconomia non riconoscono la differenza tra la nozione economica di *public good* e il problema dell'individuazione dei regimi giuridici per governare tali beni in senso economico. Sulla relazione tra concetto economico e giuridico di proprietà si veda D.H. COLE-P.Z. GROSSMAN, *The Meaning of Property Rights: Law versus Economics?*, in *Land Economics*, 78(3), 2002, pagg. 317 ss.

<sup>820</sup>Il primo autore a formulare compiutamente una teoria economica dei *public goods* è P. SAMUELSON, *The pure theory of public expenditure*, in *Review of Economics and Statistics*, 1954, 36 (4), pagg. 387 ss.

<sup>821</sup>Così già P. SAMUELSON, *The pure theory*, cit., pag. 387. Peraltro la caratteristica della non rivalità si pone in modo particolare con riferimento a strade e fiumi: infatti in caso di congestionabilità del bene si potrebbe porre un problema di rivalità nell'utilizzo dello stesso. Peraltro, a bassi livelli di utilizzo come nell'esperienza romana, il problema della congestione e così della rivalità nell'uso non si pone. Cfr. J.R. NASH, *Economic efficiency versus public choice: the case of property rights in road traffic management*, in *Boston college law review*, 49, 2008, pagg. 673 ss, pag. 674 e W. BLOCK, *Public goods and externalities: the case of roads*, in *The Journal of Libertarian studies*, 7 (1), 1983, pagg. 1 ss, spec. pagg. 6 ss.

<sup>822</sup>Tale criterio è stato aggiunto da P. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, New York, 1959.

al contempo l'esclusione dal godimento di quell'utilità di qualcuno è impossibile o estremamente costosa<sup>823</sup>.

La natura di *public good* di tali beni significa essenzialmente che il loro utilizzo (sfruttamento) in assenza di un complesso di regole formali o sociali (*open access*) tende a generare esternalità<sup>824</sup>, poiché nessun soggetto sarebbe in grado di impedire che i benefici e i danni relativi all'utilizzo (accesso al) del bene si ripercuotano su terze parti<sup>825</sup>. Questa caratteristica dei *public goods* comporta diversi problemi economici: in particolare, una volta prodotto il bene<sup>826</sup>, si pone il problema fondamentale del *free riding* nell'utilizzo della risorsa, che porta al sovrautilizzo o alla degradazione (*overexploitation*) del bene<sup>827</sup>. Se non esistono regole in grado di

<sup>823</sup>In realtà in questo secondo caso, in quanto il bene presenta una sola delle caratteristiche del *public good*, si parla più precisamente di quasi-*public goods*. Il discrimine tra impossibilità (tecnica) e eccessiva onerosità dipende ovviamente dal contesto tecnologico di riferimento: per cui, se oggi le strade sono più correttamente inquadrare come quasi-*public good*, è indubbio che nel contesto dell'economia romana si possa tranquillamente parlare di *public good* in senso proprio.

<sup>824</sup>Tale concetto è tanto onnipresente quanto discusso nelle scienze economiche. una panoramica dei problemi, anche con riferimento al rapporto tra il tema delle esternalità e quello dei *public goods*, in T. COWEN, *Introduction in Public goods and market failures. A critical examination*, London, 1992, pagg. 1 ss; U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, cit., pagg. 41 ss.

<sup>825</sup>Per una definizione minima di esternalità si veda U. MATTEI, *Tutela*, cit., pag. 11 (una panoramica delle diverse tesi alle pagg. 37 ss).

<sup>826</sup>In realtà gli studiosi tendono a distinguere due differenti ordini di problemi, l'uno legato al momento dell'utilizzo del bene (*free riding*) e l'altro alla sua produzione (R. POSNER, *Economic Analysis of the Law*, New York, 2007, pagg. 32 ss, in lingua italiana si veda A. PERICU, *Property rights e diritto di proprietà*, cit., pag. 111 nota 33). Da questo ultimo punto di vista per così genetico, il problema risiede nell'impossibilità per il soggetto produttore di controllare del tutto l'accesso al bene e così godere esclusivamente delle *utilities* da esso prodotte: mancando pertanto gli incentivi a produrre tali beni privatamente, si genera una sottoproduzione (*underprovision*) di tali beni: si tratta in questo caso di esternalità positive (benefici goduti da terzi al di fuori di un sistema di prezzi di mercato), che impediscono il costituirsi di un sistema concorrenziale di prezzi (*market failure*). Peraltro con riferimento al profilo della produzione di *public goods*, la posizione tradizionale (per cui sarebbe necessario l'intervento del governo) è stata oggetto di un vivace ripensamento critico alla luce dell'incorporazione nell'analisi economica del tema delle motivazioni etiche alle decisioni individuali, per cui il privato potrebbe essere spinto da considerazioni valoriali a fornire *public goods* a prescindere dalla possibilità di godere in esclusiva del bene. Sul tema del *private provision of public goods*, in particolare per l'approccio qui nominato, K.A. BREKKE – S. KVERNDOKK – K. NYBORG, *An economic model of moral motivation*, in *Journal of Public Economics*, 87, 2003, pagg. 1967 ss, in generale, T. COWEN, *Public goods and Market Failures: a critical examination*, cit., pagg. 69 ss.

<sup>827</sup>Una critica all'argomento del *free-riding* come problema centrale della fruizione dei *public goods* è in M. ROTHBARD, *Man, Economy, and State* (edizione online all'URL: <http://mises.org/Books/mespm.pdf>), pagg. 965 ss, citato in W. BLOCK, *Public goods and externalities: the case of roads*, cit., pag. 11. Entrambi gli autori si muovono però entro una cornice ideologica fortemente orientata verso il cosiddetto *libertarianism*.

## CONCLUSIONI

controllare l'accesso alla risorsa, ciascun agente economico sarà condotto a massimizzare il suo profitto anche a discapito della stessa sopravvivenza del bene<sup>828</sup>. Tale profilo, essenzialmente legato alla questione delle esternalità negative<sup>829</sup> (intese come possibilità di un uso opportunistico del bene), solleva la necessità di elaborare adeguati sistemi istituzionali di gestione del problema del *free riding*<sup>830</sup>. Nel linguaggio della scienza economica, e di Law&Economics, si è soliti classificare le soluzioni a tale problema in *centralized* e *decentralized*<sup>831</sup>. Paradigmatica della soluzione “centralizzata” al problema delle economie esterne legata allo sfruttamento dei *public goods* è il diretto intervento statale<sup>832</sup>. Contro tale soluzione, ritenuta contraria allo spirito liberale dell'economia di mercato oltre che inefficiente a causa dell'imperfetta informazione da parte degli organi regolatori e della tendenza della politica a gestire tali beni o servizi secondo logiche di patronato piuttosto che di efficienza<sup>833</sup>, si è invece cercato di risolvere il problema in modo decentralizzato, attraverso il riconoscimento di diritti (o pretese) individuali a soggetti privati su beni inquadrabili come *public goods*. Questa fu, come noto, la tesi esposta da R. Coase in uno degli articoli più influenti della storia della scienza economica: *The problem of Social Cost*<sup>834</sup>. In esso viene introdotta l'idea, essenziale per lo sviluppo di tutta la

---

<sup>828</sup>Si tratta della situazione icasticamente definita *tragedy of the commons* in G. HARDIN, *The tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, pagg. 1243 ss, articolo che – pur essendo stato scritto da un biologo – ha influenzato in maniera determinante l'analisi economica delle forme collettive di accesso alle risorse.

<sup>829</sup>Per una definizione di 'negative externality' o 'external diseconomy' si veda U. MATTEI, *Basic principles of property law*, London, 2000, pag. 60.

<sup>830</sup>Si veda in generale R. COOTER-T. ULEN, *Law and Economics*<sup>6</sup>, Boston, 2012, pagg. 103 ss, S. SHAVELL, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge-London, 2004, pagg. 93 ss.

<sup>831</sup>Ad esempio, R. POSNER, *Economic Analysis of the law*, cit., pag. 491; U. MATTEI, *Tutela*, cit., pag. 106 e ID., *Basic Principles*, cit., pag. 60 ss.

<sup>832</sup>Proprio Pigou – il più importante esponente di tale approccio centralizzato o statale – aveva sviluppato la sua teoria sulla necessità dell'intervento del governo nel caso di esternalità positive con riferimento all'esempio delle strade: così U. MATTEI, *Tutela*, cit., pagg. 33 e 51.

<sup>833</sup>Coase a questo riguardo citava una famosa frase di Ambrose Pierce, in cui si legge che un faro (qui inteso come esempio paradigmatico di *public good* in mano alla gestione del governo) sarebbe “A tall building on the seashore in which the government maintains a lamp and the friend of a politician” (R. COASE, *The Lighthouse in Economics*, in *Journal of Law and Economics*, 17(2), 1974, pagg. 357 ss., spec. pag. 376).

<sup>834</sup>R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1, 1960, pagg. 1 ss. Stando ai dati raccolti in F.R. SHAPIRO-M. PEARSE, *The most-cited Law review articles of all times*, in *Michigan Law Review*, 110, 2012, pagg. 1483 ss, sarebbe l'articolo di materia giuridica (*sic*) più citato della storia (negli Stati Uniti?).



teoria dei *property rights*, che si possano controllare le esternalità attraverso l'assegnazione di *individual property rights* sul bene generatore di esternalità<sup>835</sup>. Il cosiddetto “teorema di Coase” in esso enucleato può essere così sintetizzato: *in condizioni di costi transattivi*<sup>836</sup> *nulli*, la creazione di diritti individuali di esclusiva negoziabili conduce alla istituzione di un mercato efficiente in grado di tenere in considerazione i costi sociali (esternalità) prodotte dallo sfruttamento della risorsa, a prescindere dall'allocazione iniziale dei diritti stessi<sup>837</sup>.

Alla luce di questa impostazione teorica, per valutare la capacità dei rimedi interdittali posti a tutela di *viae e flumina* di internalizzare le esternalità legate allo sfruttamento collettivo di quei beni, occorre innanzitutto vagliare la loro riconducibilità all'interno della nozione economica di *property rights*. Tale categoria affonda le radici nella scienza economica, che con questo termine non si riferisce tanto a un diritto formalizzato e sanzionato con precisi rimedi giurisdizionali, quanto piuttosto al concreto potere di un soggetto di prevalere su un altro soggetto nel caso di conflitto sull'utilizzo o l'accesso a una risorsa<sup>838</sup>. Questa nozione, che suggerisce la definizione del *property rights* come fascio di diritti essenzialmente relativi<sup>839</sup> rimane

<sup>835</sup>H. DEMSETZ, *Toward a theory of property rights*, in *The American Economic review*, 57(2), 1967, pagg. 347 ss, pag. 348: “A primary function of property rights is that of guiding incentives to achieve a greater internalization of externalities”. Una sintesi in F.S. MCCHESENEY, *Coase, Demsetz and the unending externality debate*, *Cato Journal*, 26(1), 2006, pagg. 179 ss. e in U. MATTEI, *Tutela*, cit., pagg. 76 ss.

<sup>836</sup>Il concetto di *transaction cost* è centrale nella dottrina di Law & Economics, specialmente nella tradizione post-coasiana: in esso viene assunta una nozione di *transaction* a cavallo fra tradizione giuridica ed economica in quanto tendente ad indicare qualunque relazione giuridica od operazione economica (U. MATTEI, *Tutela*, cit., pag. 73 e A. PERICU, *Property rights*, cit., pag. 113); pertanto, la nozione di *transaction cost* può essere in prima approssimazione riassunta come qualsiasi sacrificio di risorse legato alla preparazione e realizzazione di un'operazione economica (U. MATTEI, *Tutela*, cit., pagg. 74-75), ovvero – in termini più analitici - “search and information costs, bargaining and decision costs, policing and enforcement costs” (C.J. DAHLMAN, *The problem of externality*, in *Journal of Law and Economics*, 22(1), 1979, pagg. 141 ss, spec. pag. 148). Cfr. anche R.COOPER-T.ULEN, *Law and economics*<sup>6</sup>, cit., pagg. 88 ss.

<sup>837</sup>Cfr. MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., pagg. 82 ss.

<sup>838</sup>Cfr. una definizione canonica in E.G. FURUBOTN-S. PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, *Journal of Economic Literature*, 10 (4), 1972, pagg. 1137-1162. pag. 1139: “property rights do not refer to relations between men and things, but, rather, to the sanctioned behavioral relations among men that arise from the existence of things and pertain to their use”. Cfr. Anche U. MATTEI, *Tutela inibitoria tutela risarcitoria*, cit., pagg. 78 ss.

<sup>839</sup>A.M. HONORÉ, *Ownership*, in *Oxford Essays In Jurisprudence* 107, pagg. 113 ss. Per una critica alla “relativizzazione” del diritto di proprietà nella dottrina di Law & economics, si vedano H. SMITH, *What happened to property in Law and Economics?*, *Yale Law Journal*, 111, 2001, pagg. 357 ss e A.

però a un livello di analisi che possiamo chiamare pre-giuridico, nel senso che non indaga la natura degli strumenti predisposti per concretizzare (implementare) tale prevalenza nella controversia sull'uso di una risorsa. Un passaggio cruciale verso la definizione dei caratteri tecnico-giuridici della tutela dei *property rights* è rappresentato senz'altro dal lavoro del 1972 di Calabresi e Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*<sup>840</sup>. In tale fondamentale lavoro<sup>841</sup>, l'attenzione degli autori non è più limitata all'allocatione di situazioni sostanziali (poteri d'accesso al bene, ora definiti dagli autori *entitlements*)<sup>842</sup>, ma si sposta sulle forme di protezione (*remedies*) dei titoli giudiziari<sup>843</sup>, che prendono la forma di *property rule* (tutela inibitoria, *injuction*), *liability rule* (tutela risarcitoria, *liability*) e *inalienability rule*<sup>844</sup>: tali forme di protezione possono naturalmente

---

GAMBARO, *I Beni*, in *Trattato di diritto di civile e commerciale già Cicu-Messineo*, X, Milano, 2012, spec. pagg. 104 ss..

<sup>840</sup>In *Harvard Law Review*, 85, 1972, pagg. 1089 ss. Una valutazione dell'impatto di tale lavoro sull'analisi economica dei *property rights*, specialmente nel senso di una maggiore attenzione al dato tecnico-rimediale, si può leggere in U. MATTEI, *Tutela*, cit., pagg. 88 ss.

<sup>841</sup>Sesto nella già citata classifica di F.R. SHAPIRO-M. PEARSE, *The most-cited Law review articles*, cit.

<sup>842</sup>*Entitlement*, definito come la legittimazione di una parte a prevalere su di un'altra nel caso di conflitto tra le due dovuto a interessi incompatibili: cfr. U. MATTEI, *Tutela*, cit., pag. 89.

<sup>843</sup>G. CALABRESI-A.D. MELAMED, *Property rule liability rule*, cit., pag. 1105: "Whenever society chooses an initial entitlement it must also determine whether to protect the entitlement by property rules, by liability rules, or by rules of inalienability". Cfr. D. LUECK-T. MICELI, *Property law*, in POLINSKY-SHAVELL (eds.), *Handbook of law and economics*, Amsterdam, 2007, pag. 231 (secondo cui la tesi per cui il modello coasiano "decentrato" di internalizzazione delle esternalità "suggests an expanded set of remedies for controlling externalities, which is best exemplified by the choice between property rules and liability rules", come sostenuto appunto nell'articolo di Calabresi e Melamed). Cfr. Anche, in lingua italiana, U. MATTEI, *Tutela*, cit., pag. 106 e ID., *Basic principles*, cit., pagg. 62 ss.

<sup>844</sup>CALABRESI-MELAMED, *Property rule liability rule*, cit., pagg. 1092-1093: "an entitlement is inalienable to the extent that its transfer is not permitted between a willing buyer and a willing seller. The state intervenes not only to determine who is initially entitled and to determine the compensation that must be paid if the entitlement is taken or destroyed, but also to forbid its sale under some or all circumstances. Inalienability rules are thus quite different from property and liability rules. Unlike those rules, rules of inalienability not only "protect" the entitlement; they may also be viewed as limiting or regulating the grant of the entitlement itself". Tale profilo sembrerebbe inevitabilmente sottrarre i nostri rimedi interdittali dall'orbita del diritto di proprietà, assunta nell'esperienza moderna quale paradigma di situazione giuridica patrimoniale e dunque disponibile. Eppure dal punto di vista di Law&Economics, la limitazione alla possibilità di commerciare il titolo è considerata – in alcune circostanze – una strategia efficiente di protezione dell'entitlement: in particolare nel caso di external costs difficilmente monetizzabili come quelli che Melamed e Calabresi chiamano '*moralisms*' (CALABRESI-MELAMED, *Property rule liability rule*, cit., pagg. 1111-1112). L'esempio portato è quello dell'inalienabilità della libertà personale, e così dell'inefficienza della possibilità di vendersi come schiavi. Più in generale, credo si possa dire che tale 'pesante' intervento statale nella definizione del sistema di entitlements si legittimi con lo scopo di salvaguardare un determinato assetto di diritti

## CONCLUSIONI

concorrere alla tutela dei property rights, anche se “avrà senso parlare di un property right soltanto qualora l'entitlement [...] sia tutelato attraverso una property rule”<sup>845</sup>. Gli interdetti a tutela della generale utilizzabilità come vie comunicazione di strade e fiumi possono essere facilmente inquadrati in questo schema concettuale, che rappresenta a tutt'oggi la base dell'analisi economica dei diritti proprietari. Essi infatti predispongono un rimedio inibitorio (interdetti proibitori: D.43.8.2.20 e 45; D.43.12.1 pr. e D.43.14) e un rimedio risarcitorio (D.43.8.2.35 e D.43.12.1.19), entrambi inalienabili (dunque indisponibili), che concretizzano il potere del postulante di prevalere sul convenuto in una controversia relativa all'utilizzo di fiumi e strade come vie di comunicazione. Così sommariamente accertata la riconducibilità degli *interdicta* entro il paradigma concettuale dei *property rights*, occorre infine valutare l'efficienza della loro allocazione nel sistema giuridico romano, ovvero l'efficienza della scelta circa a quali soggetti riconoscere un *entitlement* su strade e fiumi.

Il punto di partenza della riflessione di Law&Economics circa l'efficiente allocazione di *property rights* al fine internalizzare le esternalità legate allo sfruttamento di *public goods* è rappresentato dal seminale lavoro di H. Demsetz, nel quale all'inefficienza del sistema di *communal property* sprovvisto di regole di accesso (in realtà, *open access*)<sup>846</sup> è contrapposta la capacità di un sistema di diritti

percepito come efficiente sul lungo periodo dalla possibilità dell'accumulo in poche mani per scelte contingenti dei contraenti più poveri.

<sup>845</sup>Si veda U. MATTEI, *Tutela*, cit., pag. 91.

<sup>846</sup>In realtà, come puntualmente osservato dai suoi critici, Demsetz maliziosamente confonde regime di *communal property* e *open access*, che equivale a una condizione di assenza di regole di accesso al bene: “Communal ownership means that the community denies to the state or to individual citizens the right to interfere with any person's exercise of communally-owned rights” (H. DEMSETZ, *Toward*, cit., pag. 354); l'autore ha ribadito tale impostazione in numerosi scritti successivi, ad es. H. DEMSETZ-A. ALCHIAN, *The property right paradigm*, in *The Journal of Economic History*, 33 (1), 1973, pagg. 16 ss., spec. pag. 19: “Communal rights mean that the working arrangement for the use of a resource is such that neither the state nor individual citizens can exclude others from using the resource except by prior and continuing use of the resource”, quindi “Persons who own communal rights will tend to exercise these rights in ways that ignore the full consequences of their actions”. Contro tale identificazione di *open access* e *common property* il *leading article* è S.V. CIRIACY-WANTRUP- R.C. BISHOP. “Common Property” as a Concept in Natural Resources Policy. in *Natural Resources Journal*, 15, 1975, pagg. 713 ss, di recente molto critico H. SMITH, *Governing water*, in *Arizona Law Review*, 50 (2), 2008, pagg. 445 ss (spec pag 450 ss) e T. EGGERSTON, *Open access vs common property*, in ANDERSON-McCHESNEY (eds), *Property rights: cooperation, competition and the law*, pagg. 73 ss (= ID., *Economic behavior and institutions. Principles of NeoInstitutional Economics*,

privati di esclusiva di internalizzare, in assenza di costi di transazione, le esternalità negative legate allo sfruttamento della risorsa.

L'efficienza della creazione di diritti privati di esclusiva su *public goods* è però messa in discussione proprio dall'esistenza dei costi di transazione, considerati nel teorema di Coase ma presto obliati dai suoi successori, che ne hanno dato un'interpretazione (cosiddetta) normativa<sup>847</sup>. L'esistenza in varie forme di costi di transazione, comporta che l'efficienza di diverse forme di allocazione di *property rights* non possa essere valutata in astratto – a-storicamente – ma sia invece da considerarsi nel quadro del più generale contesto economico di riferimento<sup>848</sup>. L'efficienza della scelta di risolvere i problemi di esternalità legati al regime di *open access* attraverso la creazione di diritti privati di esclusiva trasferibili deve dunque essere negata quando, a causa dei costi transattivi, risulta troppo costoso (relativamente ai benefici) assegnare diritti individuali di esclusiva sul bene<sup>849</sup>: in questo caso l'uso efficiente delle risorse non dipende solo dalla creazione di un

---

Cambridge, 1990, pagg. 105 ss), spec. pag. 75: “Hardin's paper has created something like a tragedy in itself”. R. EPSTEIN, *The Allocation of the Commons: Parking on Public Roads*, in *The Journal of Legal Studies*, 31 (2), 2002, pagg. 515 ss, spec. pag. 521. Tale confusione non pare altro che il portato di un'incomprensione più generale, tipica nei dibattiti di Law & Economics, tra caratteristiche economiche e regime giuridico del bene studiato: cfr. OSTROM-HESS, *Private and common property rights*, in BOUCKAERT (ed.), *Property law and economics*, cit. La ricorrenza di tale confusione potrebbe essere generata da una concezione “normativa” della scienza economica per lungo tempo imperante come paradigma scientifico: cfr. U. MATTEI, *Comparative law and economics*, Ann Arbor, 1997, spec. Chapter 2 (*The Economist's legacy to Law&Economics: The Natural law misconception in Historical and Comparative perspective*), pagg. 27 ss (su cui si veda P. GROSSI, *rec. a U. Mattei, Comparative Law and Economics, in Quaderni Fiorentini*, 2001, pagg. 662 ss).

<sup>847</sup>Di 'normative Coase theorem' parlano R. COOTER-T. ULEN, *Law and economics*<sup>6</sup>, cit., pagg. 91 ss. Si veda anche F. PARISI, *The Coase Theorem*, in *New Palgrave Dictionary of Economics*<sup>2</sup>, Basingstoke, 2008.

<sup>848</sup>Si veda a livello generale D. LUECK-T.MICELI, *Property law*, cit., pagg. 189, T. EGGERSTON, *Open access*, cit., pag. 75, F.S. MCCHESENEY, *Coase, Demsetz and the unending externality debate*, cit., pag. 182. La considerazione dei costi di transazione, una delle 'scoperte' della New Institutional Economics, (P. KLEIN, *New Institutional Economics*, in BOUCKAERT-DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, 2000, pagg. 456 ss, spec pagg. 466 ss.) è la porta attraverso cui la storia fa ingresso nella scienza economica: D. KEHOE, *Law and the Rural Economy of the Roman Empire*, cit., pagg. 29 ss; B.W. FRIER-D. P. KEHOE, *Law and Economic Institutions*, in W. SCHEIDEL-I. MORRIS (eds.), *The Cambridge Economic History of the Greco-Roman World*, Cambridge, 2007, pagg. 113 ss, spec. pagg. 134 ss; P. F. BANG, *The Ancient Economy and the New Institutional Economics*, in *Journal of Roman Studies*, 99, 2009, pagg. 194 ss, spec pag. 196 dove l'autore afferma che “one crucial implication of transaction costs analysis is that frequently is too expensive to operate through the market and alternative forms of organization prove more efficient in allocating economic resources...These are ideas that should resonate well with ancient historians”.

## CONCLUSIONI

sistema di diritti di esclusiva trasferibili, ma direttamente dalla scelta di un particolare assetto di regole per l'accesso alla risorsa. È questo a mio avviso il caso di strade e fiumi intesi come vie di comunicazione: in questi l'estensione spaziale del bene rende difficili ed estremamente costosi sia il controllo dell'accesso al bene, che l'eventuale negoziazione dei titoli proprietari per l'accesso al bene, specialmente quando la velocità dello spostamento è necessariamente limitata per cause tecnologiche<sup>850</sup>. In tal modo non solo si vanifica così la massimizzazione dell'utilità legata alla rinegoziazione dei diritti di accesso tra i titolari del diritto esclusivo, ma anzi si avrebbe in questi casi il fenomeno icasticamente definito da Heller, in un articolo divenuto altrettanto celebre di quello di Gardin da cui trae ironicamente il nome, *Tragedy of the Anticommons*<sup>851</sup>: in presenza di una molteplicità di diritti individuali di esclusiva sul medesimo bene, l'uso di esso viene inibito e si ha un'ipotesi di *underuse* del bene<sup>852</sup>. Tale fenomeno, di per sé produttore di inefficienze nell'utilizzo della risorsa, risulta ancora meno tollerabile in presenza di cosiddette esternalità di rete, o più precisamente *network effects*<sup>853</sup>, espressione usata per riferirsi a quei casi in cui “the utility that a user derives from consumption of a good

---

<sup>849</sup>Lo nota proprio con riferimento a strade e fiumi C. ROSE, *The comedy of the commons*, in *The University of Chicago Law Review*, 53 (3), 1986, pagg. 711 ss, spec. pag. 763 (“the more people, and the less specific their identities, the less likely it becomes that they can afford the costs of arranging a consensual bargain”). Cfr. anche T. MERRILL, *Trespass, Nuisance, and the Costs of Determining Property Rights*, in *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, pagg. 26 ss; CALABRESI-MELAMED, *Property rule liability rule*, cit., pag. 1107.

<sup>850</sup>C. ROSE, *Romans, roads and romantic creators*, cit., pag. 9.

<sup>851</sup>M. HELLER, *The tragedy of the anticommons: property in transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law review*, 111(3), 1998. La tesi è stata poi sviluppata dal medesimo autore, e resa accessibile a un pubblico non specialista, nel libro *The Gridlock Economy. How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*, New York, 2010.

<sup>852</sup>M. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons*, cit., pagg. 627 ss.

<sup>853</sup>C. ROSE, *Romans, roads and romantic creators*, cit., pag. 10 e T. EGGERSTON, *Open access vs Common property*, cit., pag 75.

## CONCLUSIONI

increases with the number of other agents consuming the good”<sup>854</sup>, come appunto nel caso di strade e fiumi in quanto vie di comunicazione.

Queste ragioni, che conducono ad allontanarsi dal modello dell'assegnazione di *private property rights* per gestire l'accesso alle vie di comunicazione, spingono al contrario in questi casi verso forme di allocazione diffusa del diritto di inibire comportamenti contrari alla destinazione pubblica dell'uso del bene – ovvero verso sistemi di *common property*. Questo termine “designates resources that are owned or controlled by a finite number of people who manage the resource together”<sup>855</sup> e si riferirebbe a “complex structures...that regulates exclusion and internal governance”<sup>856</sup>. In particolare, “a simple and customary method of allocating use of common property is a rule that grants equal access to all members of the group”<sup>857</sup>: tale regola si rivela efficiente nell'internalizzare le esternalità<sup>858</sup>, specialmente quelle (negative) legate all'uso opportunistico della risorsa. Occorre però sottolineare come *equal access* in questo caso vada interpretato non già come arbitraria possibilità di sfruttamento del bene da parte di chiunque, ma piuttosto come generale diritto di utilizzare il bene in modo non opportunistico, ovvero senza comprometterne l'equivalente utilizzabilità da parte degli altri utenti: occorre dunque più propriamente parlare di *selective access*<sup>859</sup>, nel senso che l'uso della risorsa da parte di ciascuno è subordinato al rispetto della destinazione all'uso comune, e parallelamente di *selective right to exclude*, nel senso che la possibilità di inibire comportamenti sul bene non è arbitraria ma subordinata alla condizione della

---

<sup>854</sup>Leading article è M.L. KATZ & C. SHAPIRO, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, in *The American Economic Review*, 75, 1985, pagg. 424 ss, spec. pag. 424, con alcune precisazioni di dettaglio in LEMLEY-McGOWAN *Legal Implications of Network Economic Effects*, in *California Law Review*, 86(3), 1998, pagg. 479 ss, spec. pagg 481 ss. Per una connessione tra il tema delle esternalità di rete e la cosiddetta “tragedy of the commons”, si veda S. J. LIEBOWITZ-S.E. MARGOLIS, *Network Externality: An Uncommon Tragedy*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 8(2), 1994, pagg. 133 ss, spec. pagg. 141 ss.

<sup>855</sup>H. DAGAN-M. HELLER, *The liberal commons*, in *Yale Law Journal*, 110, 2001, pagg. 549 ss, spec. pagg. 556-557.

<sup>856</sup>T. EGGERSTON, *Open access vs Common property*, cit., pag 76.

<sup>857</sup>D. LUECK-T.MICELI, *Property law*, cit., pag. 195.

<sup>858</sup>D. LUECK-T.MICELI, *Property law*, cit., pag. 196.

<sup>859</sup>K. GOLDIN, *Equal access vs Selective access. A critique of public goods theory* (1977), ora in T. COWEN (ed.), *Public goods and market failures. A critical examination*, cit., pagg. 69 ss.

## CONCLUSIONI

contrarietà della condotta alla destinazione pubblica del bene<sup>860</sup>. In questo regime di *common property* in altre parole, il diritto di escludere non opera tanto nei confronti dell'esterno, verso i soggetti non appartenenti alla comunità<sup>861</sup>, ma pure all'interno del gruppo al fine di escludere comportamenti opportunistici dei *commoners* e garantire il *proper use* della risorsa<sup>862</sup>.

La considerazione del profilo della legittimazione ad agire nei casi degli interdetti a tutela della generale utilizzabilità di strade e fiumi come vie di comunicazione consente di verificare sul piano storico-giuridico l'operatività di una tale regola di allocazione diffusa di *property rights* relativi a *public goods*: gli interdetti relativi ai fiumi e alle *viae* qui considerati, infatti, sono caratterizzati da un regime di legittimazione diffusa (aperta cioè al *quivis e populo*)<sup>863</sup>, per cui a ciascun cittadino è data la possibilità di tutelare attraverso *injuctions* (interdetti proibitori) e *liability rules* (*restitutori*) il proprio diritto di accesso al bene conformemente alla sua destinazione d'uso nonché sanzionare la condotta di quanti utilizzino il bene in modo incompatibile con essa: essi dunque possono essere concepiti come rimedi posti a tutela di un uguale diritto di tutti i cittadini all'utilizzo di *viae e flumina* come mezzi di trasporto. Come si vede, sebbene non si tratti in senso proprio di esclusione di un soggetto dall'accesso del bene, si tratta pur sempre di una forma di tutela inibitoria allocata in modo diffuso tra tutti membri della comunità, in grado di affrontare in modo efficiente e decentrato, alla luce dei problemi messi fuoco dall'analisi

---

<sup>860</sup>Una discussione della particolare configurazione del diritto di escludere nel caso di *common property* in L.A. FENNEL, *Ostrom's Law: Property Rights in the Commons*, *International Journal of the Commons*, 5 (1), 2011, pagg. 9 ss, spec. pagg. 14 ss.

<sup>861</sup>Questa è la prima caratteristica individuata come discriminare tra sistemi *open access* e *common property*, ad es. in C. ROSE, *Romans, Roads*, cit., pag. 106 dove i sistemi di proprietà collettiva sono definiti "property on the outside, commons on the inside".

<sup>862</sup>È la strategia di gestione delle risorse che Carol Rose ha chiamato *RIGHTWAY* in C. ROSE, *Rethinking Environmental Controls: Management Strategies for Common Resources*, in *Duke Law Journal*, 1, 1991, pagg. 1 ss, pag. 9 ("regulate the way in which the resource is used or taken, effectively prescribing the methods by which users may take the resource"); cfr. anche H. SMITH, *Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, in *Journal of legal studies*, 31, 2002, pagg. 453 ss, spec pag. 456.

<sup>863</sup>Si vedano i luoghi nella trattazione dei singoli rimedi: Capitolo 3.1 Paragrafo 4; Capitolo 3.2; Capitolo 4.1 Paragrafo 3; Capitolo 4.2 Paragrafo 4.

## CONCLUSIONI

economica del diritto, il problema del *free riding* come questione centrale nella gestione delle risorse a fruizione collettiva.

L'analisi così compiuta, a cavallo tra metodo storico-giuridico e analisi economica del diritto, permette infine di sviluppare qualche riflessione. Da questa riconducibilità delle fonti romane entro schemi concettuali tanto distanti dalla tradizione romanista, lo studioso di diritto romano trae innanzitutto conferma della legittimità di uno studio storico condotto con un armamentario concettuale non solo moderno, ma pure proveniente da una tradizione non immediatamente riconducibile al modello romanistico<sup>864</sup>: purché, questo il punto cruciale secondo Orestano, l'analisi sia sempre condotta con rigore specialmente al momento del confronto tra il modello euristico e le fonti antiche<sup>865</sup>.

Per quanto riguarda il differente piano dell'utilità di tali ricerche per la miglior comprensione del diritto romano, mi pare che lo studio delle fonti relative agli *interdicta* posti a tutela delle *res in usu publico* alla luce del cosiddetto *property right paradigm* possa contribuire a superare quegli 'errori di impostazione' che Orestano riconosceva nella dottrina tradizionale relativa al problema dell'imputazione di situazioni giuridiche nel quadro dell'organizzazione pubblica romana<sup>866</sup>. In particolare, l'utilizzo di strumenti concettuali estranei alla tradizione romanistica, potrebbe servire ad evitare quel 'pregiudizio statalista'<sup>867</sup> che impedirebbe una esatta ricostruzione del rapporto dello stato romano con le *res in usu publico*, problema a partire dal quale si è dipanato il presente lavoro.

Studiando il regime di tutela interdittale di tali beni alla luce del concetto di *property rights*, si può affermare che i soggetti cui è riconosciuto un *entitlement* di tipo proprietario sulle *res in usu publico* – e in particolare su strade e fiumi intesi come vie di comunicazione – sono i *cives* in quanto potenziali postulanti in un processo interdittale. Ciò non significa affatto che i cittadini possano essere

---

<sup>864</sup>In questo senso trovo illuminante la *Premessa* di C.A. CANNATA a L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976.

<sup>865</sup>R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., pagg. 385 ss ma spec. pagg. 409 ss.

<sup>866</sup>R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, cit., pagg. 185 ss.

<sup>867</sup>R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, cit., pagg. 196 ss.



## CONCLUSIONI

considerati comproprietari dei beni, come nella tesi jheringhiana<sup>868</sup>: come già ricordato infatti, col termine *property rights* non si indica tanto una relazione di titolarità in senso tradizionale ma, piuttosto, la garanzia giuridica dell'accesso alla risorsa. Nel caso degli *interdicta* relativi a fiumi e strade tale garanzia (che si concretizza nel potere di esclusione dall'accesso al bene nei casi di utilizzo contrario alla destinazione pubblica del bene) non è assoluta, poiché dipende essenzialmente dal rispetto delle condizioni di utilizzabilità del bene come via di comunicazione, per cui da un lato sono impedito quelle modalità di accesso al bene che ne compromettano transitabilità e navigabilità (*interdicta de viis e de fluminibus*), dall'altra sono sanzionate le condotte idonee a impedire violentemente l'estrinsecazione di tale potere di accesso (D.43.8.2.45 e D.43.14).

Questa osservazione può condurre a riconsiderare la (apparentemente contraddittoria) affermazione di Ulpiano secondo cui le *res in usu publico*, pur non essendo considerabili *in patrimonio fisci* (D.43.8.2.4), *sunt alicuius* (D.43.1.1 pr.)<sup>869</sup>. Tali beni infatti, pur non essendo annoverabili tra le *res* su cui gli apparati dello stato possono vantare un rapporto di tipo proprietario, *sunt alicuius* nel senso che sono soggetti a un regime di protezione interdittale che concretizza sul piano tecnico-giuridico il diritto di ogni *civis* di utilizzarli in conformità alla loro destinazione d'uso.

---

<sup>868</sup>Capitolo 1 Paragrafo 5.

<sup>869</sup>Si veda la discussione dei problemi legati all'affermazione ulpiana in Capitolo 1 Paragrafo 4.

## BIBLIOGRAFIA

- 'Les biens et les choses', numero monografico di *Archives de philosophie du droit*, 24, 1979.
- AGAMBEN G., *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, Bari-Roma, 2008.
- AGAMBEN G., *Signatura rerum. Sul metodo*, Torino, 2008.
- ALBERTARIO E. *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici*, in *BIDR*, 38, 1930, pagg. 197 ss [= in *Scritti*, II, pagg. 80 ss.
- ALBURQUERQUE J.M., *La proteccion o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio publico*, Madrid, 2002.
- ALBURQUERQUE J.M., *Consideraciones en materia de proteccion vial : in interdicto "ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve deterius sit fiat" : (D.43.8.2.20)*, in *El derecho de familia y los derechos reales en la Romanística española (1940-2000)*, Huelva, 2001, pagg. 185 ss.
- AMELOTTI M., *L'epigrafe di Pergamo sugli astynomoi e il problema della recezione di leggi straniere nell'ordinamento giuridico romano*, *SDHI*, 24, 1958, pagg. 80 ss (= *Scritti giuridici*, Torino, 1996, pagg. 282).
- ANDRÉ J., *La notion de pestilentia à Rome*, in *Latomus* 39, 1980, pagg. 3 ss.
- ANKUM-DE ROO-POOL, *Die verchiedenen Bedeutungen des Audsdrucks in bonis alicuius/in bonis habere im klassischen romischen Recht I*, in *ZSS (Rom. Abteil.)*, CIV, 1987, pagg. 238 ss
- ARANGIO RUIZV., *Societas re contracta e communio incidens*, in *Studi Riccobono*, IV, Palermo, 1936 [rist. Aalen, 1974].
- ARCHI G.G., *La «summa divisio rerum» in Gaio e in Giustiniano*, in *SDHI*, 3, 1937.
- ASTUTI G., *Acque (storia)*, *Enc. Giur.*, I, Milano, 1956.
- BALZARINI M., *De iniuria extra ordinem statui*, Padova, 1983.
- BANG F., *The Ancient Economy and the New Institutional Economics*, in *Journal of Roman Studies*, 99, 2009, pagg. 194 ss
- BEHRENDTS O., *Die allen Lebenwesen gemeinsamen Sachen (res communes omnium) nach den Glossatoren und dem klassischen römischen Recht*, in *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart, 1992, pagg. 3 ss. [= Id., *Institut und Prinzip: siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen*, 2, Göttingen, 2004, pagg. 599 ss.].
- BEKKER E.I., *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886 [rist. Aalen, 1979].
- BERGER A., *Interdictum*, in *Pauly-Wissowa, Real-Encykl.*, IX, pagg. 1609 ss.
- BERGER A., *Miszellen aus der Interdiktenlehre*, in *ZSS*, 36, 1915, pagg. 176 ss.
- BERGER A., *L'operis novi nuntiatio ed il concetto di ius publicum di Ulpiano*, in *Iura*, I, 1950, pagg. 102 ss.
- BERRY D., *The concept of the commons*, in Id., *Copy Rip Burn. The Politics of Copyleft and Open sources*, London, 2008
- BESLER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. IV, Tübingen, 1920.
- BESLER G., *Textkritische Studien*, *ZSS*, LII, 1932, pagg. 31 ss.
- BESLER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911.
- BESLER G., *Et (atque) ideo, et (atque) ideirco, ideoque, idcircoque*, in *ZSS (Rom. Abt.)*, 45, 1925, pagg. 456 ss.
- BETANCOURT F., *(Derecho romano clasico)*, Siviglia, 2007.
- BIGNARDI A., *Controversiae agrorum e arbitrati internazionali. Alle origini dell'interdetto «uti possidetis»*, Milano, 1984.
- BIONDI B., *La categoria romana delle servitutes*, Milano, 1938.

## Bibliografia e indice

- BIONDI B., *La condizione giuridica del mare e del litus maris in diritto romano*, in *Studi Perozzi*, Palermo, 1925, pagg. 271ss. (oggi in Id, *Scritti giuridici vari*, Milano, 1965, pagg. 107 ss.).
- BISCARDI A., *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938.
- BISCARDI A., *La tutela interdittale e il relativo processo*, Siena, 1956 (ristampa digitale su Rivista di diritto romano, II, 2002, pagg. 1 ss, URL: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02biscardi.pdf>).
- BLOCK W., *Public goods and externalities: the case of roads*, in *The Journal of Libertarian studies*, 7 (1), 1983, pagg. 1 ss
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano. La proprietà*, II.1, Milano, 1966 (riedizione della prima edizione, Roma, 1926) pag. 83.
- BONFANTE P., *Nota N in Note a Windscheid, Diritto delle Pandette, vol. V (traduzione, note e riferimenti al Diritto civile italiano iniziate da Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante e Fulvio Maroi)*, Torino, 1922.
- BONFANTE P., *Scritti giuridici varii*, II, Roma, 1926: *La derelizione di res mancipi nel diritto classico* (pagg. 327 ss), *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte* (pagg. 342 ss) e *Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione in bonis habere* (pagg. 370 ss).
- BOSCHERINI S., *La medicina in Catone e Varrone*, in *ANRW*, II.37.1, pagg. 729 ss.
- BRANCA G., *Danno temuto e danno da cose inanimate in diritto romano*, Padova, 1957, pagg. 361 ss.
- BRANCA G., *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Trieste, 1941.
- BREKKE – S. KVERNDOKK – K. NYBORG, *An economic model of moral motivation*, in *Journal of Public Economics*, 87, 2003, pagg. 1967 ss
- BRETONE M., *I fondamenti del diritto romano: le cose e la natura*, Bari-Roma, 2001
- BRETONE M., *Postulati e aporie nella "History" di Schulz*, in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea*, Bari, 1982, pagg. 15 ss.
- BRUGI B., *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, Verona-Padova, 1897.
- BRUNS K. G., *Die romische Popularklagen*, in *Zeitschrift der Savigny-stiftung für Rechtsgeschichte*, I, 1864 = in *Kleineren Schriften*, Weimar 1882, (tr. it.) V. SCIALOJA, *Le azioni popolari romane*, in *Archivio Giuridico*, XXVIII, 1892, pagg. 3 ss.
- BUCKLAND W.W. , *Marcian*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, Palermo, 1936, pagg. 273 ss.
- BURDESE A., voce *Flumen*, *NnDI*, VII, 1961, pagg. 414 ss.
- BURDESE A., *Tutela privatistica dell'ambiente e diritto romano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 35 (2), 1989, pagg. 505 ss
- BUSACCA C., *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, Villa San Giovanni, 1981.
- BUSACCA C., *'Ne quid in loco sacro religiosove santo fiat'?*, in *SDHI*, 43, 1977, pagg. 265 ss.
- BUTI I., *La 'cognitio extra ordinem': da Augusti a Diocleziano*, in *ANRW* II.14, Berlin-New York, 1982, pagg. 29 ss.
- CALABRESI G.-MELAMED A.D., *Property rule liability rule and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 85, 1972, pagg. 1089 ss.
- CAMPBELL B., *The writing of the Roman land surveyors. Introduction, text, translation*, London, 2000.
- CANNATA C.A., *Corso di Istituzioni di diritto romano I*, Torino, 2001.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Interdetti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, pagg. 909 ss.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Il sistema romano delle viae*, in *La struttura della proprietà e la formazione degli iura praediorum in età repubblicana*, II, 1976, pagg. 1 ss.
- CARCATERRA A., *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli, 1966.
- CASAVOLA F., *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, in *Labeo*, I, 1955.
- CASAVOLA F., *Studi sulle azioni popolari romane*, Napoli, 1958.
- CASSESE S., *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969.
- CATALANO P., *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974.
- CHARBONNEL N.-MORABITO M., *Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs*, *RHDEF*, 65, 1987, pagg. 23 ss.
- CHOUQUERT G.-FAVORY F., *L'arpentage romain : histoire des textes, droit, techniques*, Parigi, 2001.

## Bibliografia e indice

- COASE R.H., *The Lighthouse in Economics*, *Journal of Law and Economics*, 17(2), 1974, pagg. 357 ss
- COASE R.H., *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1, 1960, pagg. 1 ss.
- CODACCI PISANELLI A., *Le azioni popolari*, AG, XXXIII, 1884 pagg 371 ss.
- COLE D.H.-GROSSMAN P.Z., *The Meaning of Property Rights: Law versus Economics?*, in *Land Economics*, 78(3), 2002, pagg. 317 ss
- CONTE-BERTI-MARIOTTI, *La sintassi del latino*, Firenze, 2006.
- COOTER R.-ULEN T., *Law and Economics*<sup>6</sup>, Boston, 2012
- CORBO C., *Constitutio Antoniniana. Ius philosophia religio*, Napoli, 2013.
- CORTESE E., *Demanio (diritto romano)*, *Enc. giur.*, XII, Milano, 1964.
- COSTA E., *Le acque e il diritto romano*, Bologna, 1919
- CORBINO A., *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981.
- COWEN T., *Public goods and market failures. A critical examination*, London, 1992, pagg. 1 ss
- CRAWFORD M., *Aut sacrom aut poublicom*, in P. Birks (ed.), *New perspectives in the Roman Law of Property*, Oxford, 1989, pagg. 93 ss.
- CUHLMAN E.P., *Curatores viarum: a study of suprintendents of highways in ancient Rome* (PhD dissertation, 1976).
- CIRIACY-WANTRUP S.V.- BISHOP R.C., "Common Property" as a Concept in Natural Resources Policy. in *Natural Resources Journal*, 15, 1975, pagg. 713 ss
- DAGAN H.-HELLER M., *The liberal commons*, in *Yale Law Journal*, 110, 2001, pagg. 549 ss
- DAUBE D., *Concerning the classification of interdicts*, in *RIDA*, 6, 1951, pagg. 23 ss.
- DE GIOVANNI L., *Giuristi Severiani: Elio Marciano*, Napoli, 1989.
- DE GIOVANNI L., *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo antico: alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007.
- DE GIOVANNI L., *La giurisprudenza Severiana tra storia e diritto. Le Institutiones di Elio Marciano*, in *Athenaeum*, 94, 2, 2006.
- DE MARCO N., *I loci publici dal I al III secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell'usus, gli strumenti di tutela*, Napoli, 2004.
- F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.1, Napoli, 1962.
- DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana*<sup>2</sup>, IV.2, Napoli, 1975.
- DE NEEVE P.W., *Fundus as economic unit*, in *TR*, 1984, pagg. 3 ss.
- DELL'ORO A., *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960.
- DEMSETZ H., *Toward a theory of property rights*, in *The American Economic review*, 57(2), 1967, pagg. 347 ss
- DEMSETZ H.- ALCHIAN A., *The property right paradigm*, in *The Journal of Economic History*, 33 (1), 1973, pagg. 16 ss.
- DERNBURG H., *Untersuchungen uber das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts*, in *Festgabe Heffter*, Berlin, 1873.
- DE SOUZA M., *La question de la tripartition des catégories du droit divin dans l'Antiquité romaine*, Saint-Étienne, 2004.
- DI MARZO S., *Le cose e i diritti sulle cose*, I, Palermo, 1922.
- DI PORTO A., *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza. I. Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990
- DI PORTO A., *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico». Linee di un'indagine, in Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, pagg. 505 ss (oggi anche in A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013, pagg. 3 ss.)
- DI PORTO A., *La gestione dei rifiuti a Roma fra tarda Repubblica e primo impero. Linee di un 'modello'*, in "Societas-ius". *Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999, pagg. 41 ss.
- D'ORS X., *La "vis" en la tutela interdicial*, in *Persona y Derecho*, 3, 1976, pagg. 424 ss.
- ECK W., *Die staatliche Organisation Italiens in der hohen Kaiserzeit*, München, 1969.

## Bibliografia e indice

- EGGERSTON T., *Open access vs common property*, in ANDERSON-McCHESNEY (eds), *Property rights: cooperation, competition and the law*, pagg. 73 ss (= ID., *Economic behavior and institutions. Principles of NeoInstitutional Economics*, Cambridge, 1990, pagg. 105 ss)
- EISELE F., *Über das Rechtsverhältniss der res publicae in publico usu nach römischem Recht*, Basel, 1873.
- ELIACEVITCH B., *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942.
- EPSTEIN R., *The Allocation of the Commons: Parking on Public Roads*, in *The Journal of Legal Studies*, 31 (2), 2002, pagg. 515 ss
- ERNOUT A.-MEILLET A., *Dictionnaire étimologique de la langue latine*<sup>4</sup>, Paris, 1985.
- FABBRINI F., *Res divini iuris*, in NNDI, XV, 1968, pagg. 510 ss.
- FADDA C., *L'azione popolare romana*, Torino, 1894.
- FALCONE G., *Recensione a Santucci*, Iura, 52 2005, pagg. 374 ss.
- FALCONE G., *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 1998.
- FANTETTI E., *L'inquadramento classico delle «res sanctae»*, in *Labeo*, 2, 1956, pagg. 94 ss.
- FARGNOLI I., *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, 1998.
- FASOLINO F., *Interessi della collettività e dei vicini nell'«operis novi nuntiatio»*, in *Labeo*, 45, 1999, pagg. 38 ss.
- FENNEL L.A., *Ostrom's Law: Property Rights in the Commons*, *International Journal of the Commons*, 5 (1), 2011, pagg. 9 ss
- FERRINI C., *Intorno alle Istituzioni di Marciano*, in *Rend. Ist. Lombardo*, serie II, vol. 34, 1901, pagg. 736 ss [oggi in ID, *Opere*, II, pagg. 285 ss.].
- FIorentini M., *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2003.
- FIorentini M., *Precedenti di diritto ambientale a Roma? 1. La contaminazione delle acque*, in *Index*, 34, 2006, pagg. 353 ss.
- FIorentini M., *Precedenti di diritto ambientale a Roma? 2. La tutela boschiva*, in *Index*, 35, 2007, pagg. 325 ss.
- FIorentini M., *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2010, pagg. 39 ss.
- FISCHER R., *Umweltschützende Bestimmungen im römischen Recht*, Aachen, 1995.
- FREZZA P., *Rec. A M. Pohlenz, Die Stoa*, in *SDHI*, 17, 1951.
- FRIER B.W.-KEHOE D. P., *Law and Economic Institutions*, in W. SCHEIDEL-I. MORRIS (eds.), *The Cambridge Economic History of the Greco-Roman World*, Cambridge, 2007, pagg. 113 ss
- FURUBOTN E.G.-PEJOVICH S., *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, in *Journal of Economic Literature*, 10 (4), 1972, pagg. 1137 ss.
- GABBA E., *Riflessioni sulla Lex coloniae genitivae iuliae*, in *Estudios sobre la tabula siarensis*, 1988, pagg. 157 ss.
- GABBA E., *Dallo stato-città allo stato municipale*, in *Storia di Roma II. L'impero mediterraneo*, Torino, 1990, pagg. 697 ss.
- GAMBARO A., *I Beni*, in *Trattato di diritto di civile e commerciale già Cicu-Messineo*, X, Milano, 2012,
- GANDOLFI G., *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955.
- GARCIA SANCHEZ J., *Teoria de la immissio*, Oviedo, 1999.
- GENOVESE M., *Res in nostro patrimonio vel extra nostro patrimonium. Valenza giuridico-istituzionale della partizione*, in *Fides Humanitas Ius IV*, pagg. 2133 ss.
- GIAGNORIO M., *Il contributo del civis alla tutela delle res in usu publico*, in *TSDP*, 2013, pagg. 52 ss.
- GIANNINI M. S., *I beni pubblici*, Roma, 1963.
- GIOFFREDI G., *Aspetti della sistematica gaiana*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, pagg. 241 ss.
- GIARO T., in *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, I, Stuttgart-Weimar, 1996, pag. 172.

## Bibliografia e indice

- GIOMARO G., voce *Interdicta*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, IX Torino 1993, pag. 504.
- GOLDIN K., *Equal access vs Selective access. A critique of public goods theory* (1977), ora in T. COWEN (ed.), *Public goods and market failures. A critical examination*
- GORIA F., *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in AAVV, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1975, pagg. 328 ss.
- GRANDEWITZ O., *Interpolazioni e interpretazioni*, in *BIDR*, II, 1889, pagg. 7 ss.
- GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*<sup>2</sup>, Napoli, 2006.
- GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000.
- GROSSO G., *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino 1941 (ripubblicato in *Rivista di diritto romano*, I, 2001, e disponibile online all'indirizzo [www.ledonline.it/rivistadirittoromano](http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano), da cui si cita).
- GROSSO G., *Appunti sulle distinzioni delle res nelle Istituzioni di Gaio*, in *Studi Besta*, I, Milano, 1939, pagg. 35 ss.
- GROSSO G., *Problemi sistematici nel diritto romano: cose-contratti*, Torino, 1974.
- GROSSO G., *Introduzione*, in *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 1967.
- GROSSO G., *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici* (Estratto dagli Atti della reale accademia delle Scienze di Torino, 66, 1931)
- GROSSO G., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969.
- GROSSO G., *Rec a M. Lauria, Le derivazioni di acque pubbliche*, in ID., *Scritti storico giuridici*, IV, Torino, 2001, pagg. 24 ss (originariamente in *Archivio Giuridico*, CXI, 1934, pagg. 123 ss).
- GUARINO A., *Actio petitio persecutio*, in *Labeo*, 12, 1966, pagg. 129 ss.
- GUARINO A., *Storia del diritto romano*<sup>12</sup>, Napoli, 1998.
- GULINA G., *I modelli urbano e municipale cisalpino del procedimento di danno temuto*, in E. GABBA-D. MANTOVANI (ed.), *Gli statuti municipali*, cit., pagg. 239 ss.
- HARDY E.G., *The lex Mamilia Roscia Peducaea Alliea Fabia*, in *Classical Quarterly*. 1925, pagg. 185 ss.
- HARRIS R., *The uses of history in law and economics*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 4(2), 2003, pagg. 659 ss
- HARRIS R., *The Encounters of Economic History and Legal History*, in *Law and History Review*, 21 (2), 2003, pagg. 297 ss.
- HELLER M., *The tragedy of the anticommons: property in transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law review*, 111(3), 1998
- HERZIG H.E., *Probleme des romischen Strassenwesens: Untersuchungen zu Geschichte und Recht*, in *ANRVV* II.1, Berlin-New York 1974, pagg. 593 ss.
- HONORÉ T., *The severan lawyers: a preliminary survey*, in *SDHI*, 28, 1962, pagg. 162 ss.
- HONORÉ, *Ownership*, in *Oxford Essays In Jurisprudence* 107, pagg. 113 ss.
- HONSELL T., *Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht*, in *ZSS (Rom. Abt.)*, 95, 1978, pagg. 93 ss.
- HOOPS K., *Property rights in legal history*, in B. BOUCKAERT (ed.), *Property law and economics*, Cheltenham-Northampton, 2010, pagg. 5 ss
- IMPALLOMENI G., *Appunti dalle lezioni di storia del diritto romano*, Padova, 1993.
- IMPALLOMENI G., *In tema di strade vicinali*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, pagg. 541 ss.
- IMPALLOMENI G., *Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano*, *Studi Volterra*, 3, Milano, 1971, pagg. 23 ss. (oggi in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, pagg. 227 ss).
- ISNARDI PARENTE M., *Introduzione a Stoici antichi*, Torino, 1989.
- JHERING R., *Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die festungswerte der Stadtbasel*, Leipzig 1862 poi in *Vermischte Schriften*, Leipzig 1879, pagg. 143.
- JHERING R., *Geist des römischen Rechts*<sup>3</sup>, Leipzig, 1873

## Bibliografia e indice

- KASER M., *Zur methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, I, 2, 1962 (traduzione italiana, *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, in *Diritto e storia* [a cura di A. Corbino], Padova, 1995).
- KASER M., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*<sup>2</sup>, Köln-Graz, 1956.
- KASER M., *Das römische Privatrecht I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971.
- KASER M., *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993.
- KASER M., *Zum Ediktstil*, in *Festschrift Schultz*, II, pagg. 21 ss.
- KATZ M.L.-SHAPIRO C., *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, in *The American Economic Review*, 75, 1985, pagg. 424 ss.
- KRÄNZLEIN A., *Sine iniuria privatorum*, in *Festschrift Wesener*, Graz, 1992, pagg. 279 ss.
- KEHOE D., *The economics of agriculture on Roman imperial estates in North Africa*, Göttingen, 1988.
- KEHOE D., *Investment, profit, and tenancy: the jurists and the Roman agrarian economy*, Michigan, 1997.
- KEHOE D., *Law and the Rural Economy in the Roman Empire*, Michigan, 2007.
- KLEIN P., *New Institutional Economics*, in BOUCKAERT-DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, 2000, pagg. 456 ss.
- LABRUNA L., *Vim fieri veto. Alle radici di un'ideologia*, Camerino, 1971.
- LABRUNA L., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli, 1986.
- LAMBERTINI R., *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*<sup>3</sup>, Bologna, 2006.
- LAURIA M., *Le derivazioni di acque pubbliche*, in *Scritti e ricordi*, Napoli, 1983 (originariamente in *Annali Macerata*, 8, 1932).
- LEGRAS H., *La table latine d'Héraclée (la pretendue lex Iulia municipalis)*, Paris, 1907, pagg. 63 ss.
- LENEL O., *Palinnesia iuris civilis*, Leipzig, 1889 (ristampa anastatica Graz, 1960).
- LENEL O., *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927 (ristampa Aalen, 1985), pagg. 99 ss.
- LEMLEY-MCGOWAN *Legal Implications of Network Economic Effects*, in *California Law Review*, 86(3), 1998, pagg. 479 ss.
- LIEBOWITZ S.J.-MARGOLIS S.E., *Network Externality: An Uncommon Tragedy*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 8(2), 1994, pagg. 133 ss.
- LIEBS D., *Álius Marcianus. Ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt*, in *ZSS*, 128, 2011, pagg. 39 ss.
- LO CASCIO E., *Il princeps e il suo impero*, Bari, 2000.
- LONGO G., *Utilitas publica*, *Labeo*, 18, 1972, pagg. 7 ss.
- LONGO G., *Il regime delle concessioni e le derivazioni di acque pubbliche nel diritto romano classico e giustiniano*, in *Annali dell'Università di Macerata*, XXIII, 1959, pagg. 52 ss (= in Id, *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, pagg. 179 ss.
- LONGO G., *Sull'uso delle acque pubbliche in diritto romano*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1933 (= Id, *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, pagg. 149 ss.
- LONGO G., *Il regime romano delle acque pubbliche*, in *RISG*, 3, 1928, pagg. 243 ss.
- LOPEZ GALVEZ M.N., *Actividades perjudiciales para la salubridad del aire de los espacios públicos en el derecho romano*, *Index*, 34, 2006, pp 401 ss.
- LOZANO Y CORBI E., *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, Barcelona, 1982.
- LUECK D.-MICELI T., *Property law*, in POLINSKY-SHAVELL (eds.), *Handbook of law and economics*, Amsterdam, 2007,
- LUZZATTO G., *Il problema d'origine della cognitio extra ordinem. I Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretorii*, Bologna, 1965G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di 'ius gentium'*, Milano, 1946.
- MADDALENA P., *Gli incrementi fluviali*, Napoli, 1970.

## Bibliografia e indice

- MAGANZANI L., *Analisi economica e studio storico del diritto: le societas publicanorum rivisitate con gli strumenti concettuali dell'economista*, in *Iura*, 53, 2002, pagg. 216 ss
- MAGANZANI L., *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997.
- MAGANZANI L., *Ripae fluminis e dissesti idrogeologici*, *Jus*, 1-2, 2010, pagg. 175 ss.
- MAGANZANI L., *I fenomeni fluviali e la situazione giuridica del suolo rivierasco*, in *Jus*, 44, 1997, pagg. 343 ss.
- MALMENDIER U., *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitaeten in den Haenden privater Unternehmer*, Koln-Weimar-Wien, 2002
- MANCUSO G., *Praetoris edicta*, in *AuPa*, 37, 1983.
- MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977.
- MANFREDINI A., *Un'ingiuria che non c'è*, in L. Vacca (cur.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, Padova, 2008, pagg. 181 ss.
- MAROTTA V., *La cittadinanza romana in età imperiale (I-II sec d.C.)*, Torino, 2009.
- MAROTTA V., *Una nota su D. 45.1.83.5 (Paul. 72 ad ed.)*, in *Iuris Quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli, 2010, pagg. 193 ss.
- MARRONE M., voce *Strade (diritto romano)*, in *NNDI*, vol. XVIII, Torino, 1971.
- MARRONE M., *Le significationes di D.50.16*, in *SDHI*, LX, 1994.
- MARRONE M., *Nuove osservazioni su D.50.16 de verborum significatione*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VII, 1995.
- MARRONE M., *Osservazioni su D.50.16*, in *Il linguaggio dei giuristi romani. Atti Lecce 1994*, Galatina, 1999 (anche in *AUPA*, 45, 2, 1998).
- MARTINI R., *Le summae divisiones in Gaio*, in *Seminario romanistico gardesano*, pagg. 89 ss.
- MARTINI R., *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966.
- MARTINI R., *D.43.10: ex astunomikou monobiblou tou Papinianou*, in *AARC*, 15, 2005, pagg. 243 ss.
- MASCHI C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937.
- MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987
- MATTEI, *Basic principles of property law*, London, 2000
- MATTEI U., *Comparative law and economics*, Ann Arbor, 1997
- MCCHESNEY F.S., *Coase, Demsetz and the unending externality debate*, *Cato Journal*, 26(1), 2006, pagg. 179 ss
- MELILLO G., *Interdicta e operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, *Labeo*, 12, 1966, pagg. 178 ss.
- MERRILL T., *Trespass, Nuisance, and the Costs of Determining Property Rights*, in *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, pagg. 26 ss
- MESSINETTI D., *L'oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.
- MOLLÀ M.A.S. -LLANOS J.M., *Prohibicion de demolicion de edificaciones. Aspectos legales y procesales*, in *RIDA*, 48, 1995, pagg. 235 ss.
- MOMMSEN TH., *Sopra un'iscrizione scoperta in Frisia*, in *BIDR*, 2, 1889, pag. 13.
- MOMMSEN TH., *Römisches Staatsrecht*<sup>3</sup>, II, Leipzig, 1887 (rist. Graz, 1963).
- MORO A., *Breve storia del verbo essere*<sup>4</sup>, Milano, 2010.
- MURGA J.L., *Las acciones populares en la lex coloniae genetivae iuliae*, in *Seminarios complutenses de derecho romano: revista complutense de derecho romano y tradición romanística*, 1, 1989, pagg. 103 ss.
- MURGA J.L., *Posible signficación del trinomio «actio, petitio, persecutio» en las leyes municipales romanas*, in *Estudios d'Ors*, Pamplona, 1987.
- NARDI E., *Inquinamento e diritto romano*, in *Studi in onore di T. Carancini*, III, Milano, 1984, pagg. 755 ss (= in Id., *Scritti minori*, I, Bologna, 1991, pagg. 585 ss).
- NASH J.R., *Economic efficiency versus public choice: the case of property rights in road traffic management*, in *Boston college law review*, 49, 2008, pagg. 673 ss
- NICOSIA G., *Brevis dominus*, *Studi Franciosi*, III, Napoli, 2007, pagg. 1847 ss.
- NOAILLES P., *Du droit sacré au droit civil. Cours de Droit romain approfondi 1941-1942*, Paris, 1942.



## Bibliografia e indice

- NÖRR D., *Zum Interdiktenverfahren in Irni und anderswo*, in *Iuris Vincula. Studi Talamanca*, 6, Napoli, 2001, pagg. 99 ss.
- NÖRR D., *Pomponius oder Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, ANRW II.15, pagg. 497 ss, spec. pagg. 563 ss (tr.it. *Pomponio o dell'intelligenza storica dei giuristi romani*, in *Rivista di diritto romano*, II, 2002, pagg. 167 ss)
- ORESTANO R., *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*", in *BIDR*, 46, 1940, pagg. 194 ss.
- ORESTANO R., *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968.
- ORESTANO R., *Diritti soggettivi e i diritti senza soggetto*, in *Jus* 1960, pp. 150 ss (oggi in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, pagg. 115 ss).
- ORESTANO R., voce *Elio Marciano*, in *Novissimo Digesto Italiano*, X, Torino, 1982, pag. 254.
- ORESTANO R., s.v. *Nerva M. Cocceio (padre) e Nerva M. Cocceio (figlio)* su *NDI*, XI, Torino, 1965, pagg. 233 ss.
- OSSIG A., *Römisches Wasserrecht*, Leipzig, 1898.
- OSTROM-HESS, *Private and common property rights*, in B. BOUCKAERT (ed.), *Property law and economics*, Cheltenham-Northampton, 2010.
- PALMA A., *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del principato*, in ANRW, II, 14, 1982, pagg. 850 ss.
- PALMA A., *Iura vicininitatis. solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988.
- PALMA A., *Le 'curae publicae'*. *Studi sulle strutture amministrative romane*, Napoli, 1980.
- PAMPALONI M., *Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno*, in *BIDR*, 4, 1891, pagg. 197 ss.
- PARENTI L., *Osservazioni sul «patientiam praestare» in Labeone*, in *TSDP*, 5, 2012.
- PARICIO J., *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clasico*, Barcelona, 1982.
- F. PARISI, *The Coase Theorem*, in *New Palgrave Dictionary of Economics*<sup>2</sup>, Basingstoke, 2008
- PEPPE L., *La nozione di populus e le sue valenze*, in *Staat und Staatlichkeit in der fruhen romischen Republik: Akten eines Symposiums*, Stuttgart, 1990, pagg. 312 ss.
- PEREZ-GOMEZ S.C., *Regimen juridico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996.
- PERICU A., *Property rights e diritto di proprietà*, in G. ALPA-S. RODOTÀ (ed.), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, pagg. 102 ss.
- PERNICE A., *Die sogenannten res communes omnium*, Berlin, 1900.
- PERRUSO R., *The development of the doctrine of res communes in medieval and early modern Europe*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 70, 2002, pagg. 69 ss.
- PETERS F., *Das 'patientiam praestare' im klassischen römischen Nachbarrecht*, in *SDHI*, 35, 1969, pagg. 135 ss.
- POHLENZ M., *Die Stoa*, Göttingen, 1948.
- PONTE V., *Regimen juridico de las vias publicas en derecho romano*, Madrid, 2007.
- POSNER R., *Economic Analysis of the Law*<sup>7</sup>, New York, 2007.
- PROCCHI F., *La tutela urbanistica: un problema non nuovo. Considerazioni a margine del "SC. Hosidianum"*, in *Studi Cristiani*, 2001, pagg. 659 ss.
- PUGLIESE G., *Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel Corso di Gaetano Scherillo sulle cose*, in *Gaetano Scherillo. Atti del convegno, Milano, 22-23 ottobre 1992*, Milano 1994, pagg. 153 ss.
- PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino, 1991.
- PUGLIESE G., *Brevi considerazioni su un recente indirizzo della storiografia romanistica*, in *Festschrift Wieacker*, Göttingen, 1978, pagg. 145 ss (ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, pagg. 145 ss).
- PUGLIESE G., *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, in *Annali di storia del diritto*, 5-6, 1961-62, pagg. 71 ss

## Bibliografia e indice

- PUGLIESE G., *Storia dei giuristi e storia del diritto*, in A. SCHIAVONE-A. CASSANDRO (ed.), *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea*, Bari, 1977
- RAGGI L., *Il metodo della giurisprudenza romana*, Milano, 1975.
- RAINER J.M., *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987.
- RAINER J.M., *Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht*, in *ZSS (Rom. Abt.)*, 106, 1989, pagg. 346 ss.
- RAMPAZZO N., *Diritto soggettivo e ius nella visione di Michel Villey*, in *RIDA*, 54, 2007, pagg. 379 ss.
- RICCOBONO S., *Zur terminologie der Besitzverhältnisse*, in *ZSS*, XXI, 1910, pagg. 321 ss.
- RIES G., *Prolog und Epilog in Gesetzen des Altertums*, München, 1983.
- ROBBE U., *La differenza sostanziale fra 'res nullius' e 'res nullius in bonis' e la distinzione delle res pseudo marcianea 'che non ha né capo né coda'*, Milano, 1979.
- ROBINSON O., *Ancient Rome: city planning and administration*, London, 1992.
- ROCCA M.M., *I magistrati municipali e l'imperium*, in *Studi Martini*, III, Milano, 2010 pagg. 343 ss.
- RODGER A., *Owners and Neighbourghs in Roman law*, Oxford, 1972.
- RODRIGUEZ GONZALES A.M., *La manutenzione delle strade di Roma. Un procedimento specifico nella Tavola di Heraclea*, in E. GABBA-D. MANTOVANI (ed.), *Gli statuti municipali*, pagg. 397 ss.
- ROMAGNOSI G.D., *Della condotta delle acque secondo le vecchie intermedie e nuove legislazioni dei diversi paesi d'Italia<sup>2</sup>*, I, Firenze, 1833.
- ROSE C., *Romans Roads and Romantic creators. Traditions of public property in the Information age*, in *Law And Contemporary Problems*, 66, 2003, pagg. 1 ss.
- ROSE C., *The comedy of the commons*, in *The University of Chicago Law Review*, 53 (3), 1986, pagg. 711 ss.
- RUGGIERO J., *Immagini di ius receptum nelle Pauli sententiae*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009, pagg. 436 ss.
- SABA S., *La legge degli Astynomoi e la tutela urbanistica a Pergamo nel II secolo a. C.*, in *Quaderni lupiensis di storia e diritto*, 1, 2011, pagg. 1 ss.
- SACCHI O., *Le nozioni di stato e di proprietà in Panezio e l'influenza della dottrina stoica sulla giurisprudenza romana dell'epoca scipionico-cesariana*, in *RIDA*, LII, 2005, pagg. 325 ss.
- SAMUELSON P., *The pure theory of public expenditure*, in *Review of Economics and Statistics*, 1954, 36 (4), pagg. 387 ss
- SANTINI P., *Note in tema di interdictum de loco publico fruendo: interessi privati ed esigenze regolamentative*, in F. REDUZZI MEROLA (ed.), *Sfruttamento tutela e valorizzazione del territorio: dal diritto romano alla regolamentazione europea e internazionale*, Napoli, 2007, pagg. 161 ss.
- SANTINI P., *D.43.14.1.7 (Ulp. 68 ad edictum): uno 'scambio' di interdetti nel caso della tutela delle conductiones piscatus?*, in *Fides humanitas ius*, VII, Napoli, 2008, pagg. 5023 ss.
- SANTINI P., *Quo minus e lege locationis frui liceat. Contributo allo studio dell'interdictum de loco publico fruendo*, Napoli, 2012.
- SANTUCCI G., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010.
- SANTUCCI G., *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova, 2001.
- SARGENTI M., *Le «res» nel diritto del tardo Impero*, in *Labeo*, 40, 1994.
- SARGENTI M., *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilita per danno nel diritto romano*, Milano, 1940.
- SARGENTI M., *Il regime dell'alveo derelitto in diritto romano*, in *BIDR*, 68, 1965, pagg. 251 ss (= in *ID.*, *Scritti*, Napoli, 2011, pagg. 637 ss.).
- SCHERMAIER M.J., *Res communes omnium: The History of an Idea from Greek Philosophy to Grotian Jurisprudence*, in *Grotiana*, 30, 2009, pagg. 20 ss.
- SCHERILLO G., *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, in *Iura*, 1, 1950, pagg. 204 ss
- SCHERILLO G., *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945.

## Bibliografia e indice

- SCHMIDT A., *Das Interdiktenverfahren der Römer. In geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig, 1853.
- SCHRIJVER-PRISLAN, *From Mare Liberum to the Global Commons: building on the Grotian Heritage*, in *Grotiana*, 30, 2009, pagg. 168 ss
- SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1933 (ma si tratta di materiale risalente ai corsi tenuti dal Maestro a partire dal 1885).
- SEGRÉ G., *La condizione giuridica dei ponti*, in *BIDR*, 7, 1941.
- SEYED-MAHDAVI RUIZ S., *Die rechtlichen Regelungen der Immissionen im Römischen Recht und in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen*, Göttingen, 2000.
- SHERWIN-WHITE A.N., *The Roman citizenship*<sup>2</sup>, Oxford, 1973.
- SITZIA F., *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1977.
- SITZIA F., *Aqua pluvia e natura agri. Dalle XII tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999.
- SMITH H., *What happened to property in Law and Economics?*, *Yale Law Journal*, 111, 2001, pagg. 357 ss
- SMITH H., *Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, in *Journal of legal studies*, 31, 2002, pagg. 453 ss
- SNOOKS G.D., *What can historical analysis contribute to the science of economics?*, in G.D. SNOOKS (ed.), *Historical analysis in economics*, London-New York, 1993, pagg. 1 ss
- SOLAZZI S., *Quodam modo nelle Istituzioni di Gaio*, *SDHI*, 19, 1953.
- SOLAZZI S., *Usus proprius*, in *SDHI*, 7, 1941, pagg. 373 ss.
- SOLIDORO MARUOTTI L., *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica*, Torino, 2009
- SOLIDORO MARUOTTI L., *Il «civis» e le acque*, in *Index*, 39, 2011, pagg. 236 ss.
- SOKOLOWSKI P., *Die Philosophie in Privatrecht*, Halle, 1902.
- SPAGNUOLO VIGORITA T., *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*, in A. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, III.1, Torino, 1993, pagg. 5 ss.
- STEINWERTER A., *Utilitas publica-utilitas singulorum*, in *Festschrift Koshaker*, I, Weimer, 1939.
- STOLFI E., *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *Rivista di diritto romano*, 1, 2001, pagg. 385 ss (versione online all'URL: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano0102stolfi.pdf>)
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.
- TALAMANCA M., *Diritto romano*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1981, pagg. 675 ss.
- TALAMANCA M., *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec d.C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi. Firenze 2-4 maggio 1974*, Firenze, 1976, pagg. 95 ss.
- THOMAS Y., *Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet.objet en droit romain)*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 25, 1980, pagg. 413 ss.
- THOMAS Y., *Le valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales. Histoire, Science Sociales*, 6, 2002.
- THOMAS Y., *L'indisponibilité de la liberté en droit romain*, in *Hypothèses*, 1, 2006 pagg. 379 ss.
- THOMAS Y., *La construction de l'unité civique. Choses publiques, choses communes, choses n'appartenant à personne et représentation*, in *La représentation dans la tradition du ius civile en Occident (Actes des «Entretiens Volterra» de Rome, 2 e 3 Juin 1995)*, 2002, pagg. 7 ss.
- THOMAS Y., *La langue du droit romain. Problèmes et méthodes*, in *Archives de philosophie du droit*, 19, 1974.
- TORRENT A., *Lex irnitana: cognitio de los magistrados locales en interdictos, y limitación a su competencia por cuantía*, in *AFDUDC*, 12, 2008, pagg. 987 ss.
- TRAINA A., *Sintassi normativa della lingua latina*, Bologna, 1985.
- UBBELOHDE A., *Die Interdicte zum Schutze des Gemeingebrauches*, Erlangen, 1893 (continuazione di C.F. GLUCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nacht Hellfeld*, Erlangen 1790-1892),

## Bibliografia e indice

- traduzione italiana curata da V. Pochain, *Commentario alle Pandette. Libri XLIII-XLIV*, Milano, 1905.
- VACCA L., *'Derelictio' e acquisto delle 'res pro derelicto habitae'*. Lettura delle fontie tradizione romanistica, Milano, 1984.
- VALLOCCHIA F., *Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di incommodum publicum (a proposito di D.43.10.1)*, in *TSDP*, 6, 2013, pagg. 1 ss.
- VALLOCCHIA F., *Studi sugli acquedotti pubblici romani II. L'organizzazione giuridica*, Napoli, 2012.
- VASSALLI F., *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, in *Studi Senesi*, XXV, 1908, oggi in Id., *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, pagg. 3 ss.
- VASSALLI F., *Premesse storiche all'interpretazione della nuova legge sulle acque*, in *Acque e trasporti*, 1917, pagg. 34 ss, oggi in F. VASSALLI, *Studi giuridici*, 2, Milano, 1960, pagg. 9 ss.
- VARVARO M., *Riflessioni sullo scopo del Codice Ermogeniano*, in *AuPa*, 49, 2004.
- VARVARO M., *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdicto sine poena*, in *AuPA*, 55, 2012, pagg. 709 ss
- VILLEY M., *L'idée de droit subjectiv et les systemes juridiques romains*, in *Revue historique de droit francais et etranger (IV serie)*, 24-25, 1946-1947, pagg. 201 ss.
- VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957.
- WACKE A., *Umweltschutz im römischen Recht?*, in *Orbis Iuris Romani*, 7, 2001, pagg. 101 ss (tr. ing. *Protection of the environment in Roman law?*, in *Roman legal tradition*, 1, 2002, pagg. 1 ss)
- WALDE A.-HOFFMANN J.B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*<sup>5</sup>, II, Heidelberg, 1982.
- WALDSTEIN W., *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, in *ZSS*, 111, 1994, pagg. 1 ss.
- WATSON A., *The law of property in the late Roman republic*, Oxford, 1968.
- WEIGAND R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München, 1967.
- WESENER G., *Zu ediktalen und dekretalen Exzeptionen im Interdiktenrecht*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, VIII, Napoli, 2007, pagg. 5909 ss.
- WIEL S., *Running water*, in *Harvard Law Review*, 3, 22, 1909, pagg. 190 ss.
- WOLF J. G., *Iurisdictio irnitana*, in *SDHI*, 66, 2002, pagg. 29 ss.
- ZAMORA MANZANO J.L., *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental. La contaminacion de aguas, canalizacion de las aguas fecales y la tala ilicita forestal*, Madrid, 2003
- ZINGALE M.L., *Ancora sugli astynomoi*, in *Studi Martini*, II, Milano, 2009, pagg. 809 ss.
- ZOZ M.G., *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999.
- ZOZ M.G., *Idee vecchie e nuove in tema di acque pubbliche interne*, in *Fides Humanista Ius*, IX, Napoli, 2007, pagg. 6079 ss.

## Bibliografia e indice

## INDICE DELLE FONTI

<i>CICERO</i>	39.1.1.17.....pagg. 131 ss.
<i>Tusculanae disputationes</i>	39.1.1.19.....pag. 130
3, 20, 48.....pag. 37	39.2.24 pr.....pagg. 71, 80, 124, 226
	39.3.1.21.....pag. 117, 170
<i>CORPUS IURIS CIVILIS</i>	39.1.3.4.....pagg. 130, 135
	39.1.20.....pag. 136
<i>Codex</i>	39.2.30.1.....pag. 226
C. 7.25.1.....pag. 31	39.3.1.11.....pag. 118
	39.3.17.2.....pag. 119
<i>Digesta</i>	39.3.2.9.....pag. 170
1.1.10.2.....pag. 20	39.3.17.4.....pag. 265
1.2.2.48.....pag. 167	41.1.7.5-6.....pag. 210
1.8.1 pr.....pag. 32	41.1.14.....pag. 80
1.8.2.....pagg. 7, 71, 74	41.1.15.....pag. 217
1.8.5 pr.....pagg. 72, 79, 202	41.1.16.....pag. 210
1.8.10.....pag. 72, 202	41.2.1.22.....pag. 64
3.3.42 pr.....pagg. 14, 187, 194 ss.	43.1.1 pr.....pagg. 10, 14, 16, 22, 24 ss,
8.2.16.....pag. 113	32, 58, 63, 64, 81, 89 ss, 149, 290
8.3.1 pr.....pag. 169, 193	43.1.2.1.....pagg. 10, 15, 187, 194,
8.3.3.3.....pag. 265	196
8.3.23.1.....pag. 258	43.7.1.....pagg. 142, 150
8.5.8.5.....pag. 167	43.7.3 pr.....pagg. 51 ss., 158
18.1.51.....pagg. 72, 202	43.8.2 pr.....pagg. 41, 95 ss, 108, 121,
18.1.69.....pag. 258	127, 130, 135, 138, 148, 164 ss, 184, 231,
39.1.1 pr.-1.....pag. 133	258, 262, 269
39.1.1.12.....pag. 135	43.8.2.1.....pag. 127 ss.

Bibliografia e indice

43.8.2.2.....	pagg. 68, 105 ss., 150, 152	43.8.2.29.....	pagg. 82, 166
43.8.2.3.....	pagg. 100, 102, 132 ss.,	43.8.2.30.....	pag. 166
234		43.8.2.31.....	pag. 177 ss
43.8.2.4-5.....	pagg. 27, 42 ss, 64, 81, 90,	43.8.2.32.....	pag. 174 ss., 223, 276
103, 133, 290		43.8.2.33.....	pag. 175
43.8.2.6.....	pag. 55, 109	43.8.2.34.....	pagg. 14, 68, 185
43.8.2.7.....	pag. 109	43.8.2.35.....	pagg. 95, 138, 139, 155
43.8.2.8.....	pagg. 81, 123, 125, 155	ss., 188, 284	
43.8.2.9.....	pagg. 81, 122 ss, 197, 267	43.8.2.36.....	pag. 127, 157, 179 ss.
43.8.2.10.....	pagg. 112, 145, 147	43.8.2.37-38...	pag. 178, 181 ss.
43.8.2.11.....	pag. 110, 112	43.8.2.39.....	pag. 183
43.8.2.12.....	pagg. 103, 112 ss, 118 ss.	43.8.2.40.....	pag. 183
43.8.2.13.....	pag. 116 ss., 273	43.8.2.42.....	pag. 179, 183
43.8.2.14.....	pagg. 112 ss.	43.8.2.43.....	pag. 180
43.8.2.15.....	pagg. 116	43.8.2.44.....	pag. 68, 107
43.8.2.16.....	pagg. 145 ss.	43.8.2.45.....	pag. 95, 169, 186 ss., 194,
43.8.2.17.....	pagg. 56, 103, 113, 128	198, 256, 270, 276, 290	
ss., 136 ss, 138, 141,	141 ss., 151	43.8.3.1.....	pag. 79
43.8.2.18.....	pagg. 140, 143	43.8.4.....	pagg. 72, 202, 217
43.8.2.20.....	pagg. 43, 47, 68, 95, 135,	43.8.6.....	pag. 195
138, 155 ss., 190, 195	ss, 256, 269, 284	43.8.7.....	pag. 128, 137 ss., 143
43.8.2.21-23...	pagg. 43, 47 ss., 158 ss.,	43.9.1 pr.....	pagg. 111, 153, 261
190		43.10.....	pagg. 159 ss.
43.8.2.24.....	pagg. 55, 158, 161, 163,	43.11.1 pr.....	pag. 164, 176
189 ss.		43.11.1.2.....	pag. 176
43.8.2.25.....	pag. 161, 162 ss.	43.11.1.3.....	pag. 183
43.8.2.26.....	pagg. 104, 172, 218, 273	43.12.1 pr.....	pag. 43, 82, 97, 124, 207,
43.8.2.27.....	pagg. 172	232, 256, 269, 284	
43.8.2.28.....	pagg. 82, 169, 171, 173	43.12.1.1-4.....	pagg. 42 ss., 214
ss., 274		43.12.1.2.....	pag. 241

Bibliografia e indice

43.12.1.4.....pagg. 43, 214	43.13.1.13 .....pag. 178
43.12.1.5.....pag. 207 ss., 224	43.14.1 pr.....pagg. 191, 255, 265
43.12.1.6.....pag. 212	43.14.1.1.....pagg. 188, 191, 256
43.12.1.7.....pag. 209	43.14.1.2-6.....pag. 257 ss.
43.12.1.9.....pag. 209	43.14.1.7.....pag. 260 ss.
43.12.1.10.....pag. 211	43.14.1 8-9.....pagg. 264 ss
43.12.1.11.....pag. 218	43.15.....pag. 224 ss.
43.12.1.12.....pagg. 57, 82, 206, 204, 232, 232, 276	43.15.1 pr.....pag. 224, 249
43.12.1.13.....pag. 220	43.15.1.2.....pag. 224, 227
43.12.1.14.....pagg. 216	43.15.1.3.....pag. 225, 256
43.12.1.15.....pag. 221	43.15.1.4.....pagg. 256
43.12.1.16.....pagg. 224, 227 ss., 247	43.15.1.6.....pag. 256
43.12.1.17.....pagg. 82, 122, 124, 276	43.20.1.32.....pag. 241
43.12.1.17-18. pagg. 201 ss.	43.20.1.33-34. pag. 242
43.12.1.19.....pag. 200 ss, 284	43.20.1.38.....pag. 111, 153
43.12.1.22.....pag. 178, 199	43.21.1.2.....pag. 236
43.12.3.1.....pag. 208	43.21.1.6.....pag. 237
43.12.3.2.....pag. 215	43.22.1 pr.....pag. 264
43.12.4.....pag. 217	43.22.1.2.....pag. 264
43.13.1 pr.....pag. 204, 230	43.22.1.5.....pag. 265
43.13.1.1.....pagg. 243	43.24.16.2.....pag. 181
43.13.1.2.....pag. 43, 232	46.5.1.6.....pag. 226
43.13.1.3.....pagg. 239	47.10.13.7.....pagg. 71, 125 ss., 262 ss.
43.13.1.4.....pagg. 236	47.10.44.....pag. 168
43.13.1.5.....pag. 237	47.23.2.....pag. 196, 254
43.13.1.6-7.....pagg. 247 ss.	47.23.3.1.....pag. 254
43.13.1.8.....pag. 230, 240	47.23.5.....pag. 195
43.13.1.9.....pagg. 232, 251 ss.	47.23.8.....pag. 254
43.13.1.11.....pag. 232	50.1.26.....pag. 65
	50.15.4.6.....pag. 258



Bibliografia e indice

50.16.15, 17....pagg. 61 ss, 69  
50.16.59.....pag. 203  
50.16.60 pr....pag. 101  
50.16.60.1.....pag. 102  
50.16.112 .....pagg. 72, 202  
50.17.102 pr.. .pag. 138  
50.17.150.....pag. 180

*Institutiones*

2.1.....pagg. 7, 70

*PAULI SENTENTIAE*

5.6.2.....pag. 187

*GAI INSTITUTIONES*

II.1-11.....pagg. 7, 16, 29 ss., 34  
IV.141.....pag. 12  
IV.142.....pag. 14  
IV.156-160.....pag. 14

*FESTUS*

*De verborum significationes*

*Ordo sacerdotum..pag 18*

*viae.....pag 48*

*SCRITTI DEGLI AGRIMENSORI*

(ED. COLLINS, 2000)

Balbus, *De sepulchris*

C.220.26.....pag. 158.

Frontinus, *De agrorum qualitate*

C.4.32.....pag. 158

C.8.12 ss.....pag. 158

Iginus, *De const.*

C.136.3 ss.....pag. 158

Siculus Flaccus, *De condicionibus agrorum*

C. 112.9 ss.....pag. 51

*TABULA HERACLEENSIS*

Linee 20-21....64

Linee 68 ss.....pagg. 65, 98, 145

*TABULAE IRNITANAE*

Cap. 84 linee 6-8 pag. 66

*LEX COLONIAE GENETIVAE IULIAE*

Cap. 104 ll. 11-18 pagg. 66, 98

Cap. 77 ll. 29-31...pag. 108

*LEX MAMILIA ROSCIA PEDUCAEA ALLIEA*

*FABIA*

K.L.III.....pag. 67

*LEX MUNICIPII TARENTINII*

Linee 39-41....pag. 108