

MARIO FIORENTINI

STRUTTURA ED ESERCIZIO
DELLE SERVITÙ D'ACQUA
NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

SOMMARIO: Nota introduttiva - 1. Premessa: acque pubbliche ed acque private - 2. I requisiti della costituzione delle servitù d'acqua: il *caput aquae* - 3. Costituzione delle servitù d'acqua: a - costituzione per via negoziale mediante atti *inter vivos* - b: costituzione per disposizioni *mortis causa* - c: costituzione per *longum tempus* - 4. L'esercizio delle servitù d'acqua - 5. Estinzione delle servitù - 6. Considerazioni conclusive

Nota introduttiva

L'anno 2003 è stato proclamato dall'ONU "Anno Internazionale dell'acqua". La ragione di questa scelta è stata dettata dalla sempre maggiore consapevolezza che il problema idrico rischia di diventare il maggior focolaio di tensione internazionale del sec. XXI. Gli orizzonti programmatici non tanto dei singoli Stati, quanto soprattutto degli organismi economici internazionali, Fondo Monetario Internazionale, Banca Mondiale e WTO (World Trade Organization - Organizzazione Mondiale del Commercio), si sono rivolti esclusivamente alla dimensione quantitativa del fenomeno, con la conseguente predisposizione di politiche tendenti al solo aumento della disponibilità di acqua attraverso megaprogetti come sbarramenti fluviali e deviazioni di consistenti flussi idrici per le esigenze dell'agricoltura industriale e del rifornimento idrico delle città: un progetto mondiale che è stato definito "blue revolution", un'espressione alquanto retorica per definire la risoluzione, da un lato, del problema della sete attraverso le grandi opere ora descritte, dall'altro di quello della fame attraverso l'acquacoltura ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sulle linee portanti di questa "blue revolution" cfr. le descrizioni, invero un po' troppo ottimistiche, contenute in *Solutions for a Water-Short World*, Population Reports, published by the Population Information Program, Center for Communication Programs, The Johns Hopkins School of Public Health, Bal-

Non è difficile scorgere in queste scelte dei grandi organismi internazionali un'opzione in favore delle multinazionali dell'acqua, che premono per ottenere la privatizzazione dei servizi essenziali (il GATS - General Agreement on Trade in Services, Accordo Generale sul Commercio nei Servizi - serve appunto a forzare gli Stati a ritirarsi dalla gestione dei servizi essenziali, trasferendoli alle multinazionali), tra i quali non solo la gestione degli impianti, ma la stessa proprietà dell'acqua, con la facoltà di praticare tariffe sui servizi essenziali in linea con un'ottica esclusivamente commerciale del problema ⁽²⁾. Il che spiega, tra l'altro, il sostanziale fallimento del 3° Forum Mondiale sull'Acqua, svoltosi a Kyoto dal 16 al 23 marzo 2003, "Water for people – Water for life", proprio per tentare di dare una soluzione soddisfacente al problema della sete che attanaglia attualmente circa un miliardo e mezzo di persone (con proiezioni agghiaccianti sui cinque miliardi nel 2025): gli Stati più sensibili alle richieste delle multinazionali si sono opposti ad inserire nel documento finale qualsiasi riferimento alla natura fallimentare delle privatizzazioni, e ne è uscito il solito compitino pieno di buone intenzioni e del tutto privo di proposte concrete.

timore (MD), USA XXVI, 1, September 1998 (<http://www.jhucp.org/pr/m14edsum.shtml>). Ma sul versante dell'acquacoltura, e sui problemi ambientali e sociali provocati dall'esercizio in scala industriale di tale attività in una delle regioni più grandi del mondo, l'India, cfr. la critica serrata di A. SUBRAMANIAN, *Community, place and citizenship*, in *Shades of Green*, a Symposium on Changing Contours of Indian Environmentalism, August 2002, consultabile in linea: <http://www.india-seminar.com/2002/516.htm>.

⁽²⁾ Una raccolta completa dei documenti relativi al GATS, a cominciare dall'Agreement e dai sei annessi, è reperibile al sito della European Commission's INFO-POINT on World Trade in Services (<http://gats-info.eu.int/index.html>). Una lettura molto istruttiva sulle politiche dei grandi organismi economici internazionali è L. WALLACH - M. SFORZA, *WTO. Tutto quello che non vi hanno mai detto sul commercio globale*, tr. it., Milano, 2000; ed ora G. CHIESA - M. VILLARI, *Superclan. Chi comanda l'economia globale?*, Milano, 2003.

Ma queste politiche aggressive hanno provocato depauperamenti ed abbassamenti delle falde idriche, salinizzazione dei suoli, peggioramento delle qualità organolettiche delle acque, drammatici deficit di portata dei fiumi un po' in tutto il mondo: in poche parole, il disastro ambientale, le alluvioni, le siccità (con conseguenti carestie), lo "stress" idrico ⁽³⁾ hanno poco a che fare con la natura e moltissimo con l'ottica miope con cui lo sfruttamento idrico è stato condotto nel XX sec.⁽⁴⁾. Ma c'è di più e di peggio.

Le forme attuali di gestione e sfruttamento delle risorse idriche, oltre che rilevarsi dissennate, hanno provocato alcuni dei più gravi contrasti internazionali scoppiati negli ultimi decenni, non di rado sfociati in guerra aperta, e rischiano di aggravare ancor di più il già difficile quadro internazionale del secolo entrante. I focolai di tensione internazionale collegati con la "confittualità idrica" sono numerosi ed aumentano di anno in anno, accrescendo l'instabilità mondiale. Come si può vedere da queste poche parole, il problema globale del rifornimento idrico si è fatto, in questi ultimi decenni, sempre più drammatico.

Cosa ha a che fare tutto quanto detto finora con un corso di diritto romano sulle servitù delle acque? Moltissimo, a dispetto dell'abisso temporale e della distanza che ci separa dalle esperienze antiche, in termini di scala delle rispettive economie e,

⁽³⁾ Uno Stato si trova tecnicamente in una situazione di "stress idrico" quando il suo rifornimento annuale di acqua dolce rinnovabile è tra 1000 e 1700 m³ per persona. In queste condizioni uno Stato può aspettarsi temporanei o limitati decrementi idrici.

⁽⁴⁾ Per una panoramica su alcuni disastri sanitari provocati qua e là nel mondo dalla privatizzazione dei servizi di distribuzione d'acqua potabile in alcune delle maggiori metropoli del mondo (causati dall'abbassamento degli standard di controllo sanitario sulle acque potabili da parte delle imprese private) cfr. l'accurata inchiesta condotta dall'ICIJ (International Consortium of Investigative Journalists), organo del Center for Public Integrity: *Cholera and the Age of the Water Barons* consultabile in linea: <http://www.icij.org/dtaweb/water/default.aspx?SECTION=ARTICLE&AID=1>.

soprattutto, dell'esplosione demografica subita dalla Terra nel corso del XX sec. Il punto qualificante risiede nel confronto tra un accesso aggressivo (quello moderno) e uno "morbido" (quello antico) alle risorse, in cui era realizzato un sapiente bilanciamento dei contrapposti interessi degli utenti, fossero essi agricoltori, cittadini, naviganti, ed in cui le modalità con le quali veniva effettuato il prelievo delle acque non andavano ad intaccare in maniera significativa le scorte naturali, permettendo il riformarsi delle falde ed un accesso equilibrato e ragionevole per tutti i possibili utenti.

In realtà non solo quello romano, ma tutti i sistemi tradizionali escogitati nel mondo nel corso dei secoli hanno, empiricamente, avuto di mira lo sfruttamento senza dissipazione, permettendo di fare affidamento su risorse inesauribili. In altri termini il problema della scarsità attuale non deriva tanto dal numero immenso di esseri umani che hanno attualmente la necessità di accedere all'acqua, ma dalle scriteriate modalità con cui avviene il rifornimento ⁽⁵⁾.

L'esame delle regole con le quali era organizzato il sistema dei rapporti tra proprietari di acque private ed utenti di una servitù d'acqua in diritto romano ci permetterà, quindi, di apprezzare vantaggi e limiti di un approccio esclusivamente economicistico al problema, come era anche quello romano, per il quale l'acqua aveva valore come risorsa da impiegare, e non come bene da tutelare in sé (una prospettiva chiaramente ignota agli antichi, data la loro percezione dell'acqua come bene infinito); ma, per converso, ci mostrerà un esempio oltremodo considerevole di esperienza giuridica che misura i rapporti tra gli utenti come in linea

⁽⁵⁾ Un confronto tra i rovinosi sistemi attuali, incentrati sulla costruzione di dighe per la produzione di enormi invasi, e quelli, sapienti, in uso nelle società tradizionali, è compiuto da V. SHIVA, *Le guerre dell'acqua*, tr. it., Milano, 2003, con particolare riferimento alle problematiche insorte in India nella competizione tra un sistema di gestione diffusa, attribuita alle comunità di villaggio, ed uno concentrato nelle mani di pochi privati.

di principio equivalenti tra loro, e perciò necessariamente fondati sul principio secondo cui le necessità di uno non devono prevalere quelle di tutti gli altri. Un sistema di gestione delle acque, dunque, che, seppur indifferente alla dimensione “ecologica” dello sfruttamento delle acque, impone una misura all’accesso individuale, in funzione del diritto di tutti gli altri a garantirsi un equivalente impiego della risorsa.

1. Premessa: acque pubbliche ed acque private

L’approvvigionamento idrico, con la conseguente regolamentazione degli usi pubblici e privati delle acque, ha sempre costituito la prima sollecitudine delle comunità umane. Senza scomodare le antiche civiltà orientali nate sui fiumi (Egitto, Indo, Sumer, Babilonia), la nostra penisola offre l’esempio particolarmente significativo di una comunità che, di fronte ad una idrografia capricciosa e spesso rovinosa, giunge progressivamente ad elaborare una complessa rete di regole che, pur senza trascurare gli interessi privati connessi alle esigenze del rifornimento d’acqua potabile e dell’irrigazione agricola, li contempera con quelli pubblici, dando forma ad una disciplina particolarmente articolata, dotata di indiscutibili pregi ed anche di notevoli difetti.

Preliminarmente è necessario limitare il discorso relativo alle servitù d’acqua in diritto romano alle acque interne, fiumi e laghi, mentre ne va tenuto concettualmente distinto quello relativo al mare, che attiene a problematiche del tutto diverse, connesse alla nozione di cosa pubblica. Inoltre un altro settore dovrà essere tenuto al di fuori del discorso: quello relativo al rifornimento idrico cittadino. Le servitù d’acqua sono servitù rustiche, e perciò limitano la loro efficacia all’ambiente agrario: almeno nell’Urbe, l’approvvigionamento di acqua potabile è organizzato intorno alla nozione di acqua pubblica, e dunque non è possibile

costituire una servitù di acquedotto o di attingimento (*servitus aquae ductus ed aquae haustus*) a partire da un *castellum aquae* pubblico ⁽⁶⁾. Diverso è il discorso per quanto riguarda i *castella* privati, a cui le fonti giurisprudenziali romane fanno non rari riferimenti.

Il modello a cui si atterrà prevalentemente questo contributo sarà pertanto costituito dalla disciplina e dalle regole introdotte dalla giurisprudenza e dall'editto del pretore a proposito dei fiumi.

Il punto di partenza obbligato per l'analisi della struttura e della disciplina delle servitù d'acqua nell'esperienza giuridica romana è la distinzione tra fiumi pubblici e fiumi privati, elaborata verso la fine del II sec. d. C. dal giurista Ulpiano in un passo tratto dal libro 68 del commento all'editto del pretore, dedicato agli interdetti:

D.43.12.1.1 (Ulpiano, 68 ad edictum): *Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. 2. Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. perenne est, quod semper fluat, ¶šnaoj, torrens Ñ ceim£rrouj; si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est. 3. Fluminum quaedam publica sunt,*

⁽⁶⁾. E più in generale tutta la materia dell'uso delle acque condotte è sottratto ai poteri di disposizione dei privati. Ulpiano è categorico sul punto: D.43.20.1.40 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Si ex castello permissum est, dandum erit interdictum: 41. Permittitur autem aquam ex castello vel ex rivo vel ex quo alio loco publico ducere. 42. Idque a principe conceditur: alii nulli competit ius aquae dandae* (tr.: "40. Se è permesso [condurre acqua] da un serbatoio, da un fossato o da un qualsiasi altro luogo pubblico, sarà da concedere l'interdetto [quo ex castello]. 41. Infatti è permesso condurre acqua da un serbatoio o da un canale o da un qualunque altro luogo pubblico. 42. E questo viene concesso dal principe; a nessun altro compete il diritto di concedere l'acqua"). Naturalmente tutto questo ha valore nel limite delle acque pubbliche; in confronto ad acque private la costituzione di servitù di presa o di attingimento è sempre possibile.

quaedam non. publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis ⁽⁷⁾.

Sul punto della distinzione concettuale tra fiumi pubblici e privati, Ulpiano si inserisce in un lungo tradizionale dibattito che, senza scomodare gli antecedenti di età tardorepubblicana, ha i suoi punti fermi in Cassio Longino, maestro della scuola sabinaiana vissuto nel I sec. d. C., ed in Celso, qualche decennio dopo, caposcuola dell'opposta corrente dei proculiani. In genere il consenso che un maestro di una delle due scuole dichiara con una *sententia* di un giurista della *secta* concorrente determina quella unanimità di opinioni da cui discende la sua incontrovertibilità presso i giuristi coevi e posteriori, oltre che la vincolatività per il giudice chiamato a giudicare in una controversia relativa a quel tema ⁽⁸⁾. Ulpiano, in effetti, menziona la *sententia Cassii* senza neanche sottoporla a discussione; tuttavia un velato accenno al fatto che, ancora dopo un secolo e mezzo (e forse anche più) dalla sua elaborazione, essa non fosse unanimemente accettata dalla

⁽⁷⁾ Tr.: "1. Il fiume deve essere distinto dal *rivus* per la grandezza o per la considerazione dei rivieraschi. 2. Inoltre tra i fiumi alcuni sono perenni, altri torrentizi. È perenne quello che scorra sempre, *aënaos* (quello che scorre sempre); torrentizio è *cheimárrous* (quello che scorre d'inverno): tuttavia, se un'estate si sia inaridito un fiume che in genere scorreva perenne, nondimeno rimane perenne. 3. Tra i fiumi alcuni sono pubblici, altri non lo sono. Cassio definisce pubblico il fiume che sia perenne: questa affermazione di Cassio, che anche Celso approva, appare essere degna di approvazione".

⁽⁸⁾ L'operatività delle *sententiae prudentium* nella piena età imperiale era illustrata da Gaio, *Institutiones*, 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiant, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur* (Tr.: "I responsi dei giuristi sono le affermazioni e le opinioni di coloro ai quali è stato permesso di creare le regole di diritto. E se le opinioni di tutti costoro concordano, ciò che essi così ritengono ottiene forza di legge; se invece sono in disaccordo, al giudice è concesso di seguire l'opinione che preferisce; e questo è indicato in un rescritto del divo Adriano").

totalità dei giureconsulti pare emergere dall'inciso finale, nel quale essa non è dichiarata *vera*, ma appare niente più che degna di approvazione, *videtur esse probabilis*.

Perché questa cautela? Su questo punto è possibile avanzare solo congetture: la più verosimile è che i giuristi incontrassero qualche difficoltà a sostituire il criterio tradizionale, fondato fin dall'età repubblicana sul regime delle assegnazioni coloniali e su quello dell'*ager publicus*, e costituito dall'accessorietà del regime giuridico del fiume rispetto a quello del territorio attraversato. In altre parole, secondo il sistema tradizionale, se un corso d'acqua avesse attraversato un fondo pubblico sarebbe stato pubblico, mentre anche un fiume perenne avrebbe potuto essere privato qualora avesse attraversato un fondo in *dominium* di un privato. La regola individuata da Cassio veniva a spezzare questo automatismo, riconoscendo l'attributo pubblico ad un carattere naturale del fiume, la perennità della corrente.

Pare evidente che la pubblicità fondata su questa qualità intrinseca del fiume rispondeva meglio alla generalità degli usi a cui una corrente perenne poteva assolvere: pensiamo agli interessi connessi alla navigazione fluviale, a quelli degli agricoltori ripatici, che se ne servivano per l'irrigazione dei loro fondi, a quelli delle città che la usavano per il rifornimento idrico.

L'elemento che distingue i fiumi pubblici da quelli privati è dunque costituito (almeno come criterio di massima) dalla perennità o meno del corso d'acqua: quello che scorre tutto l'anno con corrente più o meno costante è pubblico, mentre quello dotato di un regime idrico variabile, in funzione soprattutto delle precipitazioni, è privato. È per questo motivo che Ulpiano, per esemplificare in cosa consista un corso torrentizio, si serve della parola greca indicante un fiume che scorre prevalentemente in inverno, quando le piogge sono abbondanti.

I fiumi pubblici sono soggetti ad una serie di cautele volte a garantire la regolarità dell'apporto idrico per gli usi pubblici, a partire dal rifornimento necessario all'irrigazione agricola ed agli

usi potabili, per giungere a quello altrettanto fondamentale costituito dalla navigazione fluviale; e, dal momento che la navigazione è una delle più importanti funzioni collettive di un fiume, il fiume navigabile è *sempre* pubblico (anche se non tutti i fiumi pubblici sono navigabili) ⁽⁹⁾.

I comportamenti degli utenti privati che potessero peggiorare lo stato dei fiumi erano sanzionati con provvedimenti di urgenza denominati *interdicta*, elaborati dal pretore nel suo editto per singole fattispecie di turbative, con i quali il magistrato vietava la costruzione di manufatti nell'alveo dei fiumi o sulle loro rive che potessero pregiudicare la navigazione su un fiume pubblico navigabile (D.43.12: *de fluminibus: ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*) ⁽¹⁰⁾; impediva le manipolazioni dei corsi d'acqua (realizzate ad esempio con apertura di *incilia*, ossia tagli delle sponde per innestarvi una derivazione d'acqua) che si risolvessero in una modificazione delle usuali modalità di scorrimento del fiume (D.43.13: *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit*) ⁽¹¹⁾; sanzionava gli atti di violento impedimento diretti ad ostacolare a qualcuno la facoltà di navigare (D.43.14: *ut in flumine publico navigare liceat*) ⁽¹²⁾; inibiva la messa in atto di comportamenti violenti diretti ad impedire a qualcuno di innalzare argini prima inesistenti, o di restaurare argini già esistenti, che servissero a tenere sotto controllo il regime dei fiumi pubblici (D.43.15: *de ripa munienda*). Per alcune di queste fattispecie dannose il

⁽⁹⁾ Dopo l'accoglimento della *sententia* di Cassio, il requisito minimo per riconoscere la pubblicità di un fiume è dunque costituito non dalla navigabilità ma dalla perennità della corrente. Un fiume è comunque pubblico se, pur non possedendo la portata necessaria a permettere la navigazione, ne ha una sufficiente ad assicurare le altre utilità collettive.

⁽¹⁰⁾ Tr.: “Dei fiumi: che non sia fatto niente in un fiume pubblico o sulle sue rive, in modo che si navighi peggio”.

⁽¹¹⁾ Tr.: “Che non sia fatto niente in un fiume pubblico in modo che l'acqua scorra diversamente da come scorreva l'estate precedente”.

⁽¹²⁾ Tr.: “Che sia possibile navigare in un fiume pubblico”.

pretore prevede anche altri interdetti con i quali fosse possibile rimuovere i manufatti pregiudizievoli, se l'attivazione di parte fosse stata successiva alla loro edificazione ⁽¹³⁾.

I giuristi romani hanno inquadrato le problematiche relative alle servitù d'acqua negli schemi generali elaborati per le servitù prediali. La giurisprudenza classica non ha mai realizzato una nozione generale di servitù prediale (per la definizione contenuta nell'art. 1027 ^[14] il Codice Civile del 1942 ha elaborato e fuso insieme varie regole individuate dai giuristi romani, senza peraltro che sia possibile rinvenire presso di essi alcuna formulazione onnicomprensiva); tuttavia che tutto il discorso dei giuristi romani, relativamente alle servitù, ruoti intorno alla nozione di "utilità" è fuori discussione. Pertanto, quando parliamo di servitù d'acqua ci riferiamo ad acque appartenenti ad un proprietario, al cui uso è ammesso il proprietario di un fondo diverso.

⁽¹³⁾ Interdetti di questo tipo, detti "restitutori" proprio perché diretti a *restituere*, cioè a ripristinare una situazione preesistente all'intervento pregiudizievole, erano previsti per le prime due fattispecie (la terza non aveva bisogno di un restitutorio, dato che il relativo interdetto era diretto solo a far cessare attività di turbativa alla facoltà di navigare). Quanto al *de ripa munienda*, il proposito di taluno di innalzare un argine poteva essere contrastato solo con mezzi preventivi come la *cautio damni infecti*, la cui richiesta doveva essere effettuata a cura dell'interessato al non compimento dell'opera, e *prima* che questa avesse inizio. Qualora costui si fosse attivato *dopo* il compimento dell'opera, non avrebbe avuto alcun mezzo di natura restitutoria ma solo un'azione (*actio legis Aquiliae*), con cui avrebbe potuto chiedere la condanna di colui che aveva innalzato l'argine al pagamento di una somma di denaro corrispondente al danno subito; ma l'argine sarebbe rimasto al suo posto (D.43.15.1.5). Questa complessa disciplina ci fa intravedere il pretore all'opera in un delicato bilanciamento di interessi tra le esigenze private di chi potesse temere un pregiudizio dalla costruzione dell'argine, e l'interesse pubblico diretto a tenere sotto controllo e ben regimati fiumi che altrimenti avrebbero potuto straripare con conseguenze disastrose per l'agricoltura e la stabilità dei suoli, oltre che per la certezza dei confini dei fondi.

⁽¹⁴⁾ Art. 1027 C. C.: "La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario".

2. I requisiti della costituzione delle servitù d'acqua: il caput aquae

Il principio fondamentale è quello secondo cui la servitù d'acqua può avere inizio solo da un *caput*:

D.43.20.1.7 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Haec interdicta de aqua, item de fonte ad eam aquam pertinere videntur, quae a capite ducitur, non aliunde; harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest. 8. Caput aquae illud est, unde aqua nascitur: si ex fonte nascatur, ipse fons; si ex flumine vel lacu, prima incilia vel principia fossarum, quibus ex flumine vel ex lacu in primum rivum compelli solent. plane si aqua sudoribus manando in aliquem primum locum effluere atque ibi apparere incipit, eius hoc caput dicemus, ubi primum emergit. 9. Et qualiter sit constitutum ius aquae, dicendum est hoc interdictum locum habere* ⁽¹⁵⁾.

Le servitù valide sul piano del *ius civile* sono solo quelle costituite a partire da un *caput*, ovvero da un punto in cui l'acqua inizia a sgorgare: o la sorgente (*fons*), o *prima incilia vel principia fossarum*, cioè l'*incile* da cui prende inizio una derivazione da una raccolta di acqua corrente, o il punto da cui prende avvio il canale di derivazione (*rivus*).

⁽¹⁵⁾ Tr.: “7. Questi interdetti riguardanti l'acqua, ed anche quello sulla sorgente, appaiono riguardare quell'acqua che viene condotta dall'origine (*caput*), non da un altro luogo; infatti su quelle acque si può anche costituire una servitù valida sul piano del diritto civile. 8. Il punto di origine dell'acqua è quello da dove l'acqua sgorga: se sgorga da una sorgente, è la stessa sorgente; se da un fiume o da un lago, sono i punti iniziali dei tagli delle sponde, o il luogo di avvio dei fossati, con i quali le acque sono di solito convogliate dal fiume o dal lago all'inizio del canale. Se poi l'acqua, emergendo goccia a goccia, inizia a fluire in un qualche punto iniziale e ad apparire lì, diremo origine di quell'acqua il luogo in cui essa comincia ad emergere. E comunque sia stato costituito il diritto sull'acqua, bisogna dire che questo interdetto trova applicazione”.

Nel § 9 Ulpiano completa l'analisi dei requisiti naturali necessari per poter operare una *ductio* protetta dall'interdetto *de aqua cottidiana et aestiva* affiancando, a quelli tradizionalmente ammessi, quello del luogo ove l'acqua *primum emergit*, qualora essa zampilli, per così dire, goccia a goccia ⁽¹⁶⁾. Qui vediamo all'opera l'attività interpretativa del giureconsulto che, per valutare l'esperibilità di un mezzo di tutela giurisdizionale, compie preventivamente una valutazione comparativa tra il presupposto materiale di concessione dell'interdetto (la necessità che l'acqua scaturisca *a capite*, con l'ulteriore necessità di capire cosa sia un *caput aquae*), e la riferibilità alla nozione di *caput aquae* di un elemento naturale che, propriamente, non è né un *fons*, né un *incile*, né un *principium fossae*. Il dato di fatto che consente al giurista di reputare esperibile l'interdetto anche al caso della vena d'acqua consiste nell'identificazione di questa come un luogo in cui *aqua primum emergit*.

Determinata l'estensione concettuale della regola del *caput aquae*, Ulpiano si sofferma a definire analiticamente i manufatti accessori delle derivazioni; questa meticolosità non è fine a se stessa, ma serve ad identificare le opere relativamente alle quali è esperibile l'interdetto *de rivis*, che vieta di compiere atti di turbativa finalizzati ad impedire a qualcuno di riparare o ripulire un canale di derivazione ed i suoi accessori (*rivos specus septa*): a questo proposito Ulpiano definisce in questi termini rispettivamente i *septa* e l'*incile*:

⁽¹⁶⁾ Nell'espressione ulpiana (43.20.1.8) *aqua sudoribus manando in aliquem primum locum effluere atque ibi apparere incipit* (Tr.: "L'acqua, fuoriuscendo goccia a goccia, comincia a scaturire in un qualche primo luogo e ad apparire lì"), possiamo identificare luoghi come le risorgive, polle d'acqua che scaturiscono dal sottosuolo dando origine, non di rado, a fiumi anche importanti. Ulpiano parifica queste vene, nel punto in cui l'acqua sgorga, a quei *prima loca*, come il *fons* o l'*incile*, tradizionalmente valutati come i punti *unde aqua nascitur* ai fini dell'esperibilità dell'interdetto *de aqua cottidiana et aestiva*.

D.43.21.1.4 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Septa sunt, quae ad incile opponuntur aquae derivandae compellendaeve ex flumine causa, sive ea lignea sunt sive lapidea sive qualibet alia materia sint, ad continendam transmittendamque aquam excogitata. 5. Incile est autem locus depressus ad latus fluminis, ex eo dictus, quod incidatur: inciditur enim lapis vel terra, unde primum aqua ex flumine agi possit* ⁽¹⁷⁾.

(17) Tr.: “4. Le barriere sono quei manufatti che vengono posti di fronte ad un incile per derivare o per rinchiudere acqua da un fiume, siano essi di legno o di pietra o di qualsiasi altra materia, ideate per contenere o per trasferire acqua. 5. L’incile è invece un punto incavato sul lato del fiume, così detto perché viene tagliato: infatti si taglia la pietra o la terra, in modo che da lì l’acqua possa all’inizio essere captata dal fiume”. Non pare inutile segnalare il pericolo costituito da questi manufatti disposti di traverso all’alveo dei fiumi, non solo per la navigazione fluviale, che ne veniva impedita, ma soprattutto per i rischi di alluvioni in caso di piogge eccezionali, come avvenne a Firenze nel novembre del 1333. Ascoltiamo la *Cronaca* di Giovanni Villani: XII.1. “... fue sì grande l’empito de l’acqua, non potendola lo spazio ove corre l’Arno per la città ricevere, e per cagione e difetto di molte pescaie fatte infra la città per le molina, onde l’Arno per le dette pescaie era alzato oltre l’antico letto di più di braccia VII; ... I più dissono che l’antico non fu quasi molto meno acqua, ma per l’alzamento fatto del letto d’Arno, per la mala provedenza del Comune di lasciare alzare le pescaie a coloro ch’aveano le molina inn-Arno, ch’era montato più di braccia VII da l’antico corso, la città fu più allagata e con maggiore damaggio che per l’antico diluvio; ma a cui Dio vuole male li toglie il senno. Per lo quale difetto avvenuto delle pescaie incontanente fu fatto dicreto per lo Comune di Firenze che infra’ ponti nulla pescaia né molino fosse, né di sopra a Rubaconte per ispazio di IIIm braccia, né di sotto a quello dalla Carraia per ispazio di IIIIm braccia, sotto gravi pene”. Dato che un braccio fiorentino corrisponde a circa 58,3 cm., le steccaie presenti nel tratto urbano dell’Arno ne avevano innalzato il livello di quasi 4 metri. L’incipiente espansione manifatturiera, sviluppata su dimensione industriale (soprattutto per la macinazione del grano), senza alcuna adeguata precauzione ambientale, né con alcuna capacità di previsione delle ripercussioni della presenza di tanti ostacoli al deflusso delle acque, crea il disastro. Allora come ai nostri giorni questa incapacità di gestire un territorio, anche in opposizione alle esigenze della produzione industriale, innesca autentiche bombe ad orologeria: oggi varia la scala

Dunque i *saepta* sono sbarramenti, indifferentemente di legno o di pietra, idonei a separare la corrente per convogliare una certa quantità di acqua verso un incile, ossia un taglio della sponda del fiume stesso, da cui inizia la derivazione in un canale che conduca l'acqua ad un altro fondo appartenente ad un titolare diverso ⁽¹⁸⁾.

Il requisito fondamentale è che si tratti di "acqua viva": pertanto non si può costituire una servitù d'acqua da una raccolta d'acqua ferma (ad es. da una cisterna). Ulpiano si sofferma più volte sul punto: illustrando l'interdetto *de aqua cottidiana et aestiva*, che vieta di compiere atti di violenza diretti ad impedire di condurre l'acqua, egli ne limita l'esperibilità alle acque perenni:

D.43.20.1.5 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Loquitur autem praetor in hoc interdicto de ea aqua sola, quae perennis est: nulla enim alia aqua duci potest, nisi quae perennis est. 6. Quamquam ad perennes aquas dixerimus hoc interdictum pertinere, ad eas tamen perennes pertinet, quae duci possunt. ceterum sunt quaedam, quae, etsi perennes sunt, duci tamen non possunt, ut puta puteales et quae ita sunt summersae, ut defluere extra terram et usui esse non possint. sed huiusmodi aquis, quae duci non possint, haustus servitus imponi potest* ⁽¹⁹⁾

della catastrofe ambientale, ma le dinamiche non mutano. Vedremo in séguito perché, forse, nell'età romana il problema non fosse così urgente.

⁽¹⁸⁾ Si discosta sensibilmente dalla definizione di Ulpiano quella proposta da Paolo Diacono (Festo), v. *Incilia*, p. 94 L., *Incilia fossae, quae in viis fiunt ad deducendam aquam, sive derivationes de rivo communi factae* (tr.: "Gli incili sono fossati che vengono fatti nelle strade per deviare l'acqua, o derivazioni fatte da un canale comune"). Essa prospetta due significati diversi, il secondo dei quali si riferisce ad un complesso di derivazioni che prendono avvio da un canale comune. Che la definizione non appaia attendibile mi pare dimostrato dal fatto che Paolo Diacono identifica l'*incile* con la derivazione, mentre nel linguaggio tecnico esso designa il taglio dell'argine da cui prende avvio il canale.

⁽¹⁹⁾ Tr.: "Il pretore, in questo interdetto, parla solo di quell'acqua che

La perennità dell'acqua è, in questo contesto, diversa dalla perennità invocata da Cassio per la pubblicità dei fiumi: lì si tratta della non stagionalità dell'apporto idrico del fiume, che non sia limitato dalle precipitazioni invernali (ricordiamo l'equivalente greco scelto da Ulpiano per illustrare il significato da attribuire all'intermittenza dell'apporto idrico di un torrente, *heimárrous*, che allude precisamente alle piogge invernali); qui della continuità del rifornimento del *fons* dal quale sia possibile costituire una derivazione d'acqua.

Sono dunque escluse in primo luogo le acque sotterranee, ma solo perché è tecnicamente impossibile farle defluire per usarle: si tratta quindi della pratica esclusione dell'*utilitas*, tanto è vero che, pur negando la possibilità di costituire una servitù di acquedotto, Ulpiano ammette su di esse la costituzione della servitù di *haustus*: ma soprattutto sono escluse le acque ferme, come quelle di pozzo.

Allo stesso modo, illustrando l'interdetto *de fonte*, che vieta di far violenza per impedire a taluno di attingere ad una fontana (e il pretore estende tale interdetto *de lacu puteo piscina*), Ulpiano ne illustra l'inesperibilità in relazione ad acque captate da cisterne:

D.43.22.1.4 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Hoc interdictum de cisterna non competit: nam cisterna non habet perpetuam causam nec vivam aquam; [ex quo apparet in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit: cisternae autem imbribus concipiuntur gl. Eisele]. denique constat interdictum ces-*

sia perenne: non si può infatti condurre altra acqua se non quella perenne. 6. Benché abbiamo detto che questo interdetto compete per le sole acque perenni, esso compete per quelle sole acque perenni che possono essere condotte. Invece ve ne sono alcune che, benché siano perenni, non possono essere condotte, come ad esempio quelle di pozzo e quelle che sono talmente sotterranee da non poter sgorgare ed essere utilizzabili. Ma su quelle acque che non possono essere condotte è possibile imporre una servitù di attingimento”.

sare, si lacus piscina puteus vivam aquam non habeat ⁽²⁰⁾.

Quindi l'interdetto che tutelava la facoltà di attingere da una fontana non solo era in ogni caso inespugnabile se l'acqua fosse estratta da una cisterna, ma non poteva essere richiesto se le altre raccolte d'acqua per le quali il pretore prometteva la sua tutela non fossero alimentate da acque correnti.

* * *

Per diritto civile, dunque, una servitù di conduzione di acqua poteva essere costituita solo a partire da un *caput*, identificato o nella sorgente o nei *prima incilia vel principia fossarum*. Ma durante l'età severiana si venne a porre un problema di equiparabilità fra i tradizionali mezzi di captazione d'acqua (*ex capite vel ex fonte*) e mezzi diversi che, evidentemente, la prassi aveva iniziato ad adottare. Abbiamo almeno due testimonianze di questo dibattito, la più importante delle quali risale ad Ulpiano:

D.8.4.2 (Ulpiano, 17 ad edictum): *De aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda vel si quis servitutum castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent: sed rescripto imperatoris Antonini ad Tullianum adicitur, licet servitus iure non valuit, si tamen hac lege comparavit seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc ius adquisivit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit* ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Tr.: "Questo interdetto non compete relativamente alla cisterna: infatti la cisterna non ha una causa perpetua né acqua viva; [e da ciò appare che in tutti questi interdetti bisogna esigere che si tratti di acqua viva: infatti le cisterne sono riempite dalle acque piovane]. Pertanto è opinione unanime che questo interdetto cessi se il lago, la piscina o il pozzo non abbiano acqua viva". È opportuno rilevare come in questo luogo con *lacus* il giurista non si riferisca a un lago naturale ma ad una raccolta d'acqua artificiale (ad es. il serbatoio di raccolta delle acque di un acquedotto), non diversamente dalla *piscina*, in cui va identificato un bacino artificiale (ad es., una peschiera per l'allevamento di pesce: anzi, il nome *piscina* deriva direttamente da *piscis*).

⁽²¹⁾ Tr.: "Riguardo alla captazione od all'attingimento d'acqua da un

Pare evidente che la presa da un fiume o da un pozzo a mezzo di ruota idraulica ⁽²²⁾, così come anche quella dal castello di un acquedotto, in qualche modo fosse venuto, già da parecchio tempo prima di Ulpiano, a turbare l'unanimità della giurisprudenza sulla necessità, tradizionalmente ammessa, del requisito del *caput aquae*: un dissenso che, descritto da Ulpiano con un verbo al tempo perfetto (*dubitaverunt*) ci induce a ritenere sorto

fiume per mezzo di una ruota idraulica, o se qualcuno abbia imposto una servitù sul castello di un acquedotto, alcuni dubitarono che queste non fossero servitù: ma in un rescritto dell'imperatore Antonino (Caracalla) a Tulliano è aggiunto che, benché questa servitù non abbia validità per il diritto (civile), tuttavia, se ha stabilito questo diritto con questa clausola o se lo è procurato in un qualsiasi altro modo conforme al diritto civile, colui che possiede questo diritto deve essere tutelato”.

⁽²²⁾ La ruota idraulica (noria) è un sistema di sollevamento dell'acqua ben noto in tutto il mondo antico; nel mondo arabo è ancora adottata, specialmente negli ambienti rurali (*sāqiya*: ma ne esistono ancora di funzionanti anche in grandi città, come ad Hama in Siria). Una delle applicazioni più rilevanti dell'uso dell'acqua come forza motrice è costituito dal molino idraulico, del quale i Romani hanno del pari avuto ampia cognizione: Vitruvio, nell'età di Augusto, lo descrive con ampiezza di particolari. L'*antlia* di Marziale, *Epigrammi*, 9.18, 3 - 6, *sed de valle brevi quas det sitientibus hortis / curva laboratas antlia tollit aquas, / sicca domus quaeritur nullo se rore foveri / cum mihi vicino Marcia fonte sonet* (tr.: “ma dalla stretta valle la curva ruota idraulica solleva acque tormentate da distribuire agli orti assetati; la casa riarisa non chiede di essere nutrita da alcun liquido, pur risuonando l'acqua Marcia nella vicina sorgente”) è probabilmente una noria, una semplice ruota idraulica provvista di recipienti riempiti e sollevati per forza d'inerzia dalla corrente. E peraltro lo stesso Digesto chiaramente allude all'esistenza di ruote idrauliche a servizio di edifici urbani, risolvendo affermativamente la questione se la *rota* fosse da considerare accessorio di un edificio: D.18.1.40.6 (Paolo, 4 epitomarum Alfeni Digestorum): *Rota quoque, per quam aqua traheretur, nihilo minus aedificii est quam situla* (Tr.: “Anche la ruota idraulica, mediante la quale si estrae l'acqua, è parte dell'edificio non meno che il secchio”). Qui è in discussione non il problema della conoscenza della ruota idraulica nel panorama tecnologico romano (che, in quanto tale, è un non problema), quanto quello delle ripercussioni che l'impiego di questa tecnologia può avere avuto sulle strutture giuridiche.

prima dell'età in cui scrive il giurista. Se infatti “alcuni dubitarono” della configurabilità del rapporto in esame come servitù, vuol dire verosimilmente che, mentre alcuni giuristi avevano negato tale configurabilità, rimanendo fermi alla regola tradizionale, altri erano stati propensi a valutare le figure che la prassi (probabilmente sulla scorta di innovazioni nella tecnologia idraulica) andava introducendo nei sistemi di presa d'acqua come analoghe, anche sul piano della struttura, a quelle tipiche tradizionalmente riconosciute. Caracalla risolve questo punto di *ius controversum*, per un verso enunciando il rispetto della regola tradizionale di *ius civile*, escludendo che il rapporto sia propriamente configurabile come una servitù (*servitus iure non valet*); ma dall'altro decide di estendere anche a questo nuovo rapporto la tutela che per *ius civile* avrebbe dovuto aver valore solo per le tradizionali servitù d'acqua.

Per questo motivo appare esente da sospetti di natura compilatoria un noto frammento estratto dalle *Pauli Sententiae*:

D.8.3.9 (Paolo, 1 sententiarum) = *Pauli Sententiae* 1.17.3:
Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet ⁽²³⁾.

Ampi settori della dottrina hanno per lungo tempo affermato la non classicità dell'inciso finale *hodie... solet*, che parrebbe introdurre un elemento di assoluta incoerenza interna: come si fa a dire, nella stessa frase, prima che la servitù si può costituire solo *ex capite vel ex fonte*, e subito dopo che la si può costituire da un qualunque punto di partenza diverso?

La lettura del passo, invece, secondo me si presta ad una interpretazione diversa. Partiamo da una constatazione: il passo distingue due piani diversi, quello della regola e quello della

⁽²³⁾ Tr.: “La servitù di conduzione e di attingimento d'acqua non può essere costituita se non dall'origine o dalla sorgente: oggi tuttavia si è soliti costituirla da qualunque luogo”.

prassi. Il primo emerge dalla clausola *constitui non potest*, in cui si evidenzia la regola del *ius civile*, nel cui ambito continua a valere la regola antica secondo cui la servitù di acquedotto può essere costituita solo se l'acqua sia presa da un *caput*, con la conseguente esclusione della possibilità di costituirla a partire da luoghi diversi. Al piano della prassi allude invece il nesso *hodie constitui solet*, che si riferisce a *quod plerumque accidit*, all'uso prevalente della prassi dei suoi tempi (*hodie*, in cui va letta una allusione all'età severiana nella quale vive Paolo; non c'è alcun motivo di ritenere che siano stati i commissari giustiniani ad inserire l'inciso finale per dire che *ai loro tempi*, nel VI sec., questa prassi avrebbe iniziato a svilupparsi), in cui la presa d'acqua a partire da luoghi diversi dal *fons* o dall'*incile* ha iniziato ad essere valutata, anche da parte dei giuristi, almeno come analoga nella funzione e nella tutela processuale alle servitù tipiche preesistenti, in cui una *servitus aquae ex rota tollendae vel hauriendae* (così come una *servitus aquae ex castello*) non esisteva.

Non è possibile toccare in questa sede il problema della tradizione testuale delle *Pauli Sententiae* e dei meccanismi della loro trasmissione fino alla Compilazione giustiniana. Restando entro un esame puramente interno al passo che ora ci interessa, e premettendo la certezza incontrovertibile che esse non sono opera di Paolo, si può rilevare che, qualora la locuzione *hodie... solet* dovesse essere attribuita ai bizantini, sorgerebbe un problema che qui non può essere affrontato che di sfuggita: quale ruolo può aver giocato, nell'età tardo-imperiale (diciamo, da Costantino in poi), la prassi come presupposto per l'introduzione di regole in potenziale contrasto col diritto di produzione legislativa? In altri termini, è plausibile che i commissari giustiniani abbiano sentito la necessità di aggiornare il testo per riportarlo ad usanze invalse ai loro tempi, nel VI sec.?

Potrebbe anche essere successo qualcosa di più complicato: l'aggiunta potrebbe essere attribuita a un lettore che, poniamo nel IV o V sec. (quindi prima di Giustiniano), avrebbe annotato *hodie... solet*,

per segnalare che ai suoi tempi era invalso un uso difforme da quello enunciato nel testo (pseudo) paolino; in séguito questo ipotetico manoscritto contenente la glossa sarebbe stato riprodotto da un copista che l'avrebbe fatta rifluire nel testo; infine il nuovo (altrettanto ipotetico) manoscritto, con la glossa ormai rifiuta nel testo, sarebbe giunto nelle mani dei commissari giustiniani, che lo avrebbero meccanicamente riprodotto nel Digesto.

In sé considerata, questa ipotesi è tutt'altro che inverosimile, data la prassi della trasmissione dei libri nell'antichità: la sua plausibilità si gioca allora all'interno del complessivo sistema di produzione delle norme nel tardo impero e nell'età di Giustiniano. Ma una congettura che riservi alla prassi un posto potenzialmente concorrenziale alla volontà dell'imperatore, tanto da costringere i commissari a conservare l'allusione alla consuetudine (*solet*), pare totalmente sformata di attendibilità; altrettanto inverosimile mi pare che i compilatori abbiano stolidamente riprodotto l'inciso, senza rendersi conto del suo potenziale contrasto col *ius* di produzione imperiale, che per tutto il tardo impero romano, ed ancor di più per Giustiniano, è il solo diritto ammesso. Del resto, se una *consuetudo* fosse stata recepita dall'imperatore sarebbe diventata *lex*, mutando quindi la sua natura. Tutta questa riflessione vale, naturalmente, su un presupposto: che il Digesto fosse destinato a contenere diritto vigente in età giustiniana: un problema da sempre dibattuto in dottrina e che non ha ancora trovato risposte soddisfacenti.

L'assoluta congetturalità di tutte queste riflessioni contrasta decisamente con la piena compatibilità del testo delle *Pauli sententiae* con la notizia dell'intervento rescrittore di Caracalla, fornita da Ulpiano in D.8.4.2. Da un lato il rapporto così stretto ed armonico fra 8.4.2 e 8.3.9, dall'altro la serie di problemi praticamente irrisolvibili cui darebbe luogo il postulato dell'aggiunta glossatoria, mi fanno ritenere assolutamente preferibile l'ipotesi della classicità del riferimento ad *hodie*. L'opera, sicuramente pseudoepigrafa, contiene tuttavia, almeno in parte, materiali sicuramente riconducibili a regole classiche.

Non pare possibile dubitare, a questo proposito, che un ruolo determinante sia stato giocato dall'intervento rescrittore di Caracalla, che ha rafforzato con la sua *auctoritas* la tendenza

giurisprudenziale che si potrebbe designare “modernista”, contro quella che potremmo definire “conservatrice”, cui allude il riferimento ai giuristi che avevano respinto la qualificazione del rifornimento *ex rota* in chiave di servitù.

Il testo di Paolo ora in esame solleva un'altra rilevante questione: la pronuncia dell'imperatore ha costituito il fondamento della regola *hodie tamen ex quocumque loco constitui solet* (come appare nel testo), o non è stato piuttosto il lavoro dei giuristi, dal quale è emersa la constatazione della normalità della costituzione *ex quocumque loco*, a fornire la base costruttiva del rescritto imperiale? Che il lavoro dei giuristi sia imprescindibile, in questa come in qualsiasi pronuncia del principe, è reso evidente dal loro inserimento nel *consilium principis*, cioè nel gruppo dei consiglieri specializzati che assistevano l'imperatore negli affari di governo. In particolare i giuristi suggerivano alla cancelleria imperiale le regole di diritto da applicare nelle questioni che venivano portate alla sua attenzione dai privati o dai giudici. Ricordando che Paolo faceva parte del *consilium* di Caracalla, è difficile dare una risposta univoca alla domanda evocata all'inizio di questa nota. In realtà la soluzione più verosimile al problema può essere una combinazione delle due visuali, nel senso che prassi, giuristi e principe abbiano rafforzato vicendevolmente l'accettazione dello schema negoziale discusso: talora i giuristi osservano con approvazione quanto *solet*, ossia quanto avviene nella prassi negoziale dei privati, che riservano scarsa attenzione alle regole civilistiche, preferendo regolare i propri interessi in modi magari meno perfetti ma più adeguati alle loro reali esigenze (quando non si tratti di vie obbligate, data l'inesperibilità dei negozi civilistici ai fondi provinciali); il principe prende spunto da questi rilievi (che implicano un concreto accoglimento della prassi da parte dei giuristi) per emanare rescritti fondati su di essi, ponendo quindi regole di diritto rafforzate dalla sua *auctoritas*; i giuristi successivi impernano la regola di diritto sulla pronuncia imperiale, e quindi non più solo sull'osservazione fattuale di una realtà che si sta svolgendo sotto i loro occhi, ma anche sulla direttiva di produzione imperiale.

Mi pare che si possa concludere affermando che il requisito civilistico della necessità della costituzione delle servitù d'acqua esclusivamente dal *caput aquae*, sicuramente sorto in un periodo in cui non vi erano altri modi di derivare acqua che captandola da una sorgente o praticando un taglio nell'argine di un fiume o di un lago ⁽²⁴⁾, aveva iniziato ad essere sovvertito dalla prassi già nel primo Principato, che costituiva servitù di estrazione d'acqua col sistema della *rota*, o servitù *ex castello* a partire da un *castellum aquae* privato, senza chiedersi se queste tipologie potessero essere parificate alle servitù già esistenti ⁽²⁵⁾; il sordo conflitto tra *ius* e prassi era poi giunto ad un'equa composizione nei primi anni del III sec. d. C., in età severiana, col riconoscimento della piena assimilazione della costituzione *aliunde* (da un luogo diverso) ad una servitù, se non sul piano formale almeno su quello, altrettanto rilevante, sostanziale e processuale.

3. Costituzione delle servitù d'acqua

a - costituzione per via negoziale mediante atti inter vivos

Le servitù d'acqua appartenevano alla categoria delle servitù rustiche, e pertanto venivano create con i negozi di costituzione dei diritti reali propri delle *res Mancipi*, cioè la *mancipatio*

⁽²⁴⁾ Come afferma Ulpiano, un incile praticato sulla sponda di un lago soggiace alle stesse regole ed alle stesse tutele di quello fluviale. Simili manufatti lacuali sono noti nelle fonti letterarie fin dall'età repubblicana, come ricordano molti autori romani, tra cui Cicerone e Livio, per la fine del IV sec. con riferimento alla conquista di Veio.

⁽²⁵⁾ Tra l'altro questo percorso può introdurci in un problema di grande importanza nell'ambito delle problematiche inerenti al sistema delle servitù romane: quello della tipicità delle servitù. Qui mi limito a segnalare la rilevanza che il tema dell'accoglimento delle servitù *aquae ex rota vel ex castello tollendae* (fattispecie, torno a ricordare, sconosciute alla classificazione tradizionale delle servitù) ha avuto sul processo di apertura del "sistema" delle servitù.

o la *in iure cessio*. Gaio è categorico sul punto:

Gaio, *Institutiones*, 2.29: *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi <tantum> possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt* ⁽²⁶⁾.

Dal momento che le servitù prediali avevano lo scopo di consentire al proprietario di un fondo di svolgere un'attività su un fondo altrui, uno dei modi più frequenti di costituzione delle servitù era la *deductio servitutis* con la quale, all'atto del trasferimento della proprietà di un fondo, una delle parti sottraeva alle facoltà in procinto di trasferire una particolare attività, che riservava per sé o per la controparte. Vediamo un esempio concreto, che ci introduce nella complessità dei rapporti tra vicini:

D.8.3.30 (Paolo, 4 epitomat. Alfeni dig.): *Qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late pedes decem exceperat: quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. respondit, si ita recepisset: 'circa eam aquam late pedes decem', iter dumtaxat videri venditoris esse* ⁽²⁷⁾.

L'*exceptio* di cui parla il passo di Alfeno, riassunto da Paolo, è appunto l'*exceptio servitutis*, con la quale, dalla somma di facoltà in procinto di trasferire al nuovo proprietario, il dante causa trattiene una determinata attività, l'*haustus*, unitamente alle funzioni strumentali indispensabili al suo esercizio ⁽²⁸⁾. È ap-

⁽²⁶⁾ Tr.: “Ma le servitù urbane possono essere costituite solo con *in iure cessio*: quelle rustiche, invece, possono essere costituite anche con *mancipatio*”.

⁽²⁷⁾ Tr.: “Un soggetto che aveva due fondi, nella vendita di uno si era riservato l'acqua che nasceva nel fondo ed uno spazio di dieci piedi intorno ad essa: fu posta la questione se a lui spettasse la proprietà di quello spazio o se avesse la facoltà di accedere attraverso di esso. Rispose (Alfeno Varo) che, se l'avesse ricevuto così: ‘uno spazio di dieci piedi intorno a quella sorgente’, appariva che il venditore avesse solo il passaggio”.

⁽²⁸⁾ Un esempio forse anche più significativo si incontra in un testo di Nerazio, citato da Ulpiano: D.8.3.3.2 (Ulpiano, 17 ad edictum): *Eodem libro*

punto sulla qualificazione giuridica di questo elemento accessorio della servitù (*adminiculum servitutis*) che si concentra la *quaestio*: il proprietario del fondo dominante ha la proprietà dello spazio di circa tre metri che si è riservato con l'*exceptio servitutis*, o solo una servitù di passaggio per accedere alla sorgente?

Il testo ora esaminato ci mette di fronte ad una difficoltà di interpretazione e ad un'osservazione di un certo rilievo. La difficoltà consiste nel capire a cosa servisse lo spazio di poco meno di tre metri che il venditore si era riservato: una domanda importante per comprendere l'esatto assetto negoziale predisposto dalle parti. Qualcuno, facendo leva su una delle alternative proposte nel testo (*ut per eum locum accedere possit*), ha ipotizzato che si trattasse della striscia di terreno necessaria per accedere alla sorgente. Senonché il testo parla di uno spazio *circa eam aquam*, che può significare solo che esso è situato "intorno" al *fons*. È stato allora ipotizzato che lo spazio servisse non all'accesso alla sorgente, ma alle attività necessarie alla sua manutenzione: una spiegazione che sarebbe soddisfacente, se non fosse che il testo è esplicito nel delineare un'alternativa tra diritto di proprietà e servitù di passaggio, risolta per di più in questo secondo senso: *iter dumtaxat videri venditoris esse*. Pare pertanto

ait (scil. *Neratius*) *vicino, cuius lapidicinae fundo tuo immineant, posse te cedere ius ei esse terram rudus saxa iacere posita habere, et ut in tuum lapides provolvantur ibique positi habeantur indeque exportentur* (tr.: "Nello stesso libro Nerazio afferma che, ad un vicino la cui cava sovrasti il tuo fondo, tu puoi cedere il diritto di gettare o di ammassare terra o detriti o sassi, e che le pietre possano essere fatte rotolare nel tuo fondo e che ve le tenga ammassate per poi trasportarle via"). Come si vede, il proprietario del fondo sottostante può costituire a vantaggio del fondo sovrastante una servitù di *lapidicina*, consistente nel diritto di svolgere attività (che senza la servitù costituirebbero *incommodum* al fondo) sia sul fondo dominante, ma che abbiano ripercussioni su quello servente (la coltivazione della cava ha inevitabili conseguenze, come la produzione di detriti), sia addirittura su quello servente, come la costituzione di raccolte temporanee di materiale estratto ed in attesa di essere trasportato via (*ibique positi habeantur indeque exportentur*).

più aderente al testo ipotizzare che il venditore, oltre alla sorgente, si fosse riservato il diritto di accedervi attraverso questa striscia di terreno di dieci piedi, circa tre metri.

Questa conclusione ci porta ad un'osservazione importante. La facoltà di svolgere attività utili ad un fondo su un fondo di un proprietario diverso era già stata da tempo inquadrata dai giuriconsulti nella nozione di servitù, comportante una separazione tra la proprietà del fondo assoggettato e l'esercizio dell'attività, che veniva attribuito al titolare della servitù: già Quinto Mucio Scevola, all'inizio del I sec. a. C., non aveva alcun dubbio in proposito, tanto da risolvere con facilità un problema specifico di esercizio di un *iter aquae*, che è precisamente la servitù di acquedotto⁽²⁹⁾. Eppure il responso di Alfeno Varo, emesso svariati decenni dopo Q. Mucio, ci permette di osservare che ai privati questa configurazione non era gradita: pare evidente che il venditore pretendesse di essere proprietario e del *fons* e della striscia di terreno. Vi era dunque ancora chi, tra i privati, optava per una impostazione proprietaria della titolarità degli spazi contenuti nel fondo servente, destinati all'esercizio della servitù. A costoro Alfeno risponde ribadendo che un assetto negoziale come quello descritto non può che dar luogo ad una servitù.

In altri termini, alla metà del I sec. a. C., notiamo una tensione, non ancora del tutto risolta, tra due diverse concezioni delle servitù: una, più antica, secondo cui il titolare dell'attività diventa comproprietario della striscia di terreno strumentale all'esercizio della servitù assieme al proprietario del fondo servente⁽³⁰⁾, quando non ne divenga unico proprietario (ed appare

⁽²⁹⁾ Si tratta di D.43.20.8, Scevola, lib. sing. *órōn*, su cui torneremo più oltre, in sede di discussione delle modalità di esercizio delle servitù.

⁽³⁰⁾ Indizi di questa particolare configurazione si possono raccogliere in alcuni testi, soprattutto D.43.21.3.2, 43.20.3.5 e 43.21.2, che descrivono specifiche modalità di esercizio delle servitù, delle quali si afferma la necessità che non pregiudichino gli usi che sullo stesso bene hanno altri soggetti, e che vedremo in dettaglio più sotto.

presumibilmente questo il punto di vista suggerito dal proprietario del fondo dominante, nella *quaestio* discussa in D.8.3.30); ed una più recente che privilegia invece una impostazione più ristretta, secondo cui il proprietario del fondo servente ha la titolarità anche della striscia di terreno, che però *servit* a quello dominante. La risposta di Alfeno Varo alla *quaestio* va in questo secondo senso. Ma la resistenza della prassi fu tenace, come mostra un eccezionale documento epigrafico della seconda metà del II sec. d. C., che analizzeremo tra breve.

Lo stesso Alfeno discute poi una clausola negoziale correlata ad un contratto di compravendita:

D.8.3.29 (Paolo, 2 epitomarum Alfeni dig.): *Qui duo praedia confinia habuerat, superiorem fundum vendiderat: in lege ita dixerat, ut aquam sulco aperto emptori educere in fundum inferiorem recte liceat* ⁽³¹⁾.

Il passo individua due fasi temporali distinte: la prima è quella del contratto di compravendita, nel cui complesso ambito si colloca il negozio di costituzione della servitù. Il venditore, dunque, ha inizialmente concluso il contratto di compravendita, col quale si è obbligato a trasferire all'acquirente la disponibilità del fondo superiore e la facoltà di far scolare le acque eccedenti sul suo. Essendo contenuta in un contratto, questa clausola non è idonea a far sorgere in capo all'avente causa il diritto reale: a questo scopo è necessario far ricorso ai negozi formali del *ius civile*.

Nel contesto del successivo negozio traslativo della proprietà, egli ha dunque pronunciato una clausola (*lex* si riferisce precisamente alla clausola della *mancipatio*) con la quale ha costituito la servitù a favore del compratore: *ut aquam sulco aperto emptori educere in fundum inferiorem recte liceat* ⁽³²⁾. Il dispo-

⁽³¹⁾ Tr.: "Un soggetto che aveva due fondi confinanti, aveva venduto il fondo superiore: nella clausola aveva detto così, che all'acquirente sia lecito di far uscire l'acqua nel fondo inferiore, avendovi scavato un fosso".

⁽³²⁾ Si può osservare come in questo caso non si assista a una *deductio*

nente permette dunque al suo acquirente (a mezzo di costituzione di servitù) di far scolare le acque eccedenti dal fondo superiore in quello inferiore.

La costituzione della servitù è in questo caso essenziale, dal momento che la situazione territoriale preesistente alla vendita era inserita in un contesto proprietario in cui entrambi i fondi appartenevano al medesimo soggetto: una condizione nella quale non si può dire che un fondo *servit* ad un altro. Adesso, invece, i due fondi appartengono a proprietari diversi: pertanto è possibile consentire il deflusso delle acque in eccesso solo riversando questa situazione in una servitù.

Questa impostazione, che separa la titolarità dall'esercizio di una attività utile ad un altro fondo, si impone subito nella visuale giurisprudenziale fin dall'età tardorepubblicana, per l'ovvia ragione che risulta più funzionale alle varie forme di esercizio delle attività economiche, evitando di imporre un sacrificio eccessivo alle esigenze del proprietario del fondo servente; un po' meno generale è l'assimilazione di questo schema ad opera della prassi negoziale, che non di rado continuerà a servirsi degli schemi più antichi (acquisto della proprietà della striscia di terreno, comproprietà) anche in piena età imperiale.

Una prova eccezionale di questa resistenza della prassi al recepimento dello schema della costituzione della servitù, con la preferenza che si continua ad accordare a quello dell'acquisto della striscia di terreno, è costituita da un'iscrizione, trovata in Etruria presso la città di Ferento a breve distanza dall'odierna Viterbo, che descrive il percorso di un acquedotto privato, lungo quasi nove chilometri, che trasportava acqua da un *fons* ad una

dalla *mancipatio* ma, al contrario, ad un'aggiunta di facoltà a vantaggio del fondo superiore, che diventa così dominante rispetto a quello inferiore, che rimane in proprietà del venditore. Il meccanismo, tuttavia, rimane lo stesso, cioè la costituzione di un diritto reale parziale a mezzo di dichiarazioni formali (*nuncupationes*) aggiunte alla struttura solenne fissa del negozio di trasferimento del *dominium*.

villa:

CIL, XI.3003 (= FIRA, III².106-o): Mummius Niger / Valerius Vegetus consular(is) / aquam suam Vegetianam quae / nascitur in fundo Antoniano / maiore P. Tulli Varronis [cum] <c(larissimi) v(iri) ex> eo loco / in quo is fons est emancipatus duxi<t> / per milia passuum ~~MDCCCCL~~ [leggi: quinque milia nongentos quinquaginta] in vil(lam) suam Calvisianam quae est / ad aquas Passerianas suas compara/tis et emancipatis sibi locis itineri/busque eius aquae a possessoribus / sui cuiusque fundi, / per quae aqua / s(supra) s(cripta) ducta est, per latitudinem structu/ris pedes decem fistulis per latitudi/nem pedes sex, per fundos Antonian(um) / maiorem et Antonianum minor(em) / P. Tulli Varronis et Baebianum et / Philinianum Avilei Comodi / et Petronianum P. Tulli Varronis / et Volsonianum Herenni Polybi / et Fundanianum Caetenni Proculi / et Cuttolonianum Corneli Latini / et Serranum inferiorem Quintini / Verecundi et Capitonianum Pisibani / Celsi et per crepidinem sinisterior(em) / viae publicae Ferentiensis et Scirpi/anum Pisibaniae Lepidae et per viam / Cassiam in villam Calvisianam suam / item per vias limitesque publicos / ex permissu s(enatus) c(onsulti) ⁽³³⁾.

⁽³³⁾ Tr.: “Mummio Nigro Valerio Vegeto ex console condusse la sua acqua Vegeziana, che nasce nel fondo Antoniano maggiore di Publio Tullio Varrone da quel luogo nel quale quella sorgente fu mancipata, per 5950 migliaia di passi (= 5, 950 miglia = Km. 8,750 ca.) nella sua villa Calvisiana, che si trova presso le sue acque Passeriane, dopo aver comprato e mancipato i luoghi ed i passaggi dell’acqua, dai possessori di ciascuno dei fondi attraverso i quali la soprascritta acqua è stata condotta, per una larghezza di dieci piedi per le strutture, per le tubature per una larghezza di piedi sei, attraverso i fondi Antoniano maggiore ed Antoniano minore di Publio Tullio Varrone, Bebiano e Filiniano di Avilio Commodo, Petroniano di P. Tullio Varrone, Volsoniano di Erennio Polibio, Fundaniano di Cetennio Proculo, Cuttoloniano di Cornelio Latino, Serrano inferiore di Quintino Verecondo, Capitoniano di Pisibanio Celso, lungo il marciapiede sinistro della via pubblica Ferentiese, per il fondo

L'iscrizione, dell'età antonina (seconda metà del II sec. d. C.), riveste una grande importanza sotto molti riguardi. In primo luogo l'acquedotto privato, lungo quasi sei miglia, ha inizio dal *fons*, situato nel fondo Antoniano maggiore, ed attraversa ben undici fondi distinti, appartenenti ad otto diversi *possessores*, senza che venga costituita una sola servitù: il titolare acquista la proprietà della sorgente, senza costituire servitù; l'acquedotto attraversa i fondi interposti lungo una striscia di terreno della larghezza di dieci piedi, che serve ad ospitare la struttura muraria, che Valerio Vegeto acquista, invece di costituire su di essa la servitù di *aquae ductus* ⁽³⁴⁾.

Scirpiano di Pisibania Lepida, lungo la via Cassia nella sua villa Calvisiana, ed ugualmente attraverso vie e confini pubblici, su permesso emanato con senatoconsulto”.

⁽³⁴⁾ L'epigrafe presenta anche un secondo motivo di interesse, costituito dalla fonte della *permissio* che consentì a Vegeto di attraversare le due vie pubbliche ed i *limites publici*: il senatoconsulto. Va premesso che il *senatus* da cui l'ex console ottenne la *permissio* non è, come è stato detto da alcuni, il senato locale della città di Ferento, ma proprio il senato di Roma. Il problema sollevato da questo testo eccezionale è dato dal fatto che le fonti giuridiche sono concordi nell'enunciare il principio secondo cui il permesso è di esclusiva competenza dell'imperatore: secondo Giavoleno (D.39.3.18.1) *sine permissu principis aqua per viam publicam duci non potest* (Tr.: “senza il permesso del principe non può essere condotta acqua lungo una via pubblica”), principio ribadito da Paolo che, affermata l'inammissibilità della costituzione di una servitù di acquedotto qualora tra il *fons* ed il fondo di destinazione si frapponga un luogo pubblico o una via pubblica (l'unica servitù che è possibile costituire è quella di *haustus*), prosegue: D.8.1.14.2: *a principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat* (tr.: “Ma si è soliti richiedere al principe che sia lecito condurre acqua attraverso una via pubblica senza pubblico disturbo”). Nel solo caso pervenutoci di attraversamento di una via pubblica con un acquedotto, la conduzione fu attuata da Vegezio *ex permissu S. C.* (l. 30), senza alcun intervento dell'imperatore. Le spiegazioni fornite dalla dottrina a questa incongruenza sono molteplici: la più plausibile ipotizza che il principe abbia consentito al senato di emanare il permesso a favore di un suo membro (Vegeto, in quanto ex console, faceva parte dell'*ordo senatorius*). Si tratterebbe quindi non di una divergenza tra

Naturalmente le fonti attestano anche assetti nei quali il diritto di condurre l'acqua era riversato in un negozio di costituzione di servitù, come in un testo di Próculo, giurista dei primi decenni del Principato (ed eponimo della scuola dei Proculiani), al quale fu sottoposto un quesito sorgente da un particolare assetto della maglia di canali di irrigazione:

D.8.6.16 (Procuro, 1 epistolarum): *Aquam, quae oriebatur in fundo vicini, plures per eundem rivum iure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum eumque communem, deinde ut quisque inferior erat, suo quisque proprio rivo* ⁽³⁵⁾.

Anche se il giurista non lo afferma espressamente, il rapporto tra questi diversi proprietari è organizzato secondo lo schema delle servitù di acquedotto. Dovremo tornare più volte su questo importante frammento.

* * *

Dal momento che la soggezione di un fondo ad un altro fondo è giustificata dal servizio all'*utilitas* di un altro fondo, la costituzione di una servitù porta con sé anche quella di tutte le facoltà dirette ad assicurarne l'esercizio. Questa regola non è solo astrattamente enunciata dai giuristi, ma è sperimentata praticamente nelle più svariate fattispecie concrete portate alla loro attenzione:

D.8.4.11.1 (Pomponio, 33 ad Sabinum): *Si prope tuum fundum ius est mihi aquam rivo ducere, tacita haec iura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire, qua proxime possim, ad reficiendum eum ego fabrique mei, item ut*

regola e pratica, ma di un gesto di deferenza del principe verso il senato.

⁽³⁵⁾ Tr.: "Parecchi soggetti erano soliti condurre secondo il diritto l'acqua, che scaturiva da un fondo vicino, in modo tale che ciascuno la conduceva dalla sorgente nel giorno a lui destinato, da parte del primo per mezzo dello stesso fossato, quello comune, e poi ciascuno degli altri successivi, ognuno tramite il proprio fossato".

spatium relinquat mihi dominus fundi, qua dextra et sinistra ad rivum adeam et quo terram limum lapidem harenam calcem iacere possim ⁽³⁶⁾.

Pomponio, probabilmente riproducendo un'opinione di Masurio Sabino, afferma che la costituzione di una servitù di acquedotto ricomprende in sé anche *tacita iura*, ovvero diritti accessori implicitamente inclusi. Le facoltà ricordate dal giurista attengono alle attività necessarie alla manutenzione del manufatto che assicura la servitù. Il proprietario del fondo dominante ha il diritto di entrare in quello servente nel quale è contenuto il canale, poiché l'onere delle spese per l'esercizio della servitù ricade esclusivamente su di lui. Ricordiamo che, in base ad uno dei principi fondamentali delle servitù, il proprietario del fondo servente non è mai (con la sola rilevante eccezione della servitù di appoggio) tenuto ad un comportamento positivo, ma sempre ad un atteggiamento di astensione o di tolleranza nei confronti della facoltà del proprietario del fondo dominante (una regola oggi espressa col brocardo *servitus in faciendo consistere nequit*) ⁽³⁷⁾:

⁽³⁶⁾ Tr.: “Se a mio favore è costituito il diritto di condurre acqua in un fossato attraverso il tuo fondo, ne seguono questi diritti impliciti, che mi sia consentito di compiere la manutenzione del fossato, di pervenire più vicino possibile ad esso per compiere le riparazioni, io ed i miei operai, ed inoltre che il proprietario del fondo (servente) mi lasci uno spazio affinché io possa giungere da destra e da sinistra al fossato e possa depositare terra, fango, pietre, sabbia e calce”.

⁽³⁷⁾ Come è noto, la regola non è romana, ma la sostanza è espressa in termini poco diversi da Pomponio, forse riprendendo un insegnamento di Sabino, maestro eponimo della scuola dei Sabiniani: D.8.1.15.1 (Pomponio, 33 ad Sabinum): *Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiat aut non faciat* (tr.: “La natura delle servitù non è che qualcuno faccia qualcosa, come piantare giardini o apprestare un prospetto più ameno, o dipingere qualcosa nella sua proprietà, ma che tolleri o non faccia”). Il *quis* di cui parla Pomponio è ovviamente il proprietario del fondo servente, al quale è imposto un mero contegno passivo, o di tollerare che il titolare del fondo dominante eserciti un'attività sul suo fondo, o di astenersi dal compiere

ciò che, se comporta a suo carico un innegabile sacrificio, determinato dalla compressione del suo diritto di proprietà in funzione dell'attività svolta dal proprietario del fondo dominante sul suo fondo, ha anche un riflesso vantaggioso, consistente nella totale esenzione dal contribuire all'esercizio della servitù, sollevandolo dalla partecipazione alle spese ⁽³⁸⁾.

Perciò, nel caso discusso da Sabino - Pomponio, il *ius tacitum* del proprietario del fondo dominante di entrare per compiere le manutenzioni, e di disporre di uno spazio a destra e a sinistra del canale per depositare i detriti dell'opera di svuotamento del canale ed i materiali necessari ai lavori di rifacimento o di manutenzione (terra, pietrame etc.), consegue al dovere di tolleranza del proprietario del fondo servente in confronto allo svolgimento dell'attività dell'altro soggetto, che comporta però anche il diritto di disinteressarsi alle condizioni del manufatto mediante il quale la servitù è concretamente esercitata.

Non del tutto collimante con la problematica dei *tacita iura* ora affrontata, ma sostanzialmente confluyente in una soluzione analoga, è quella relativa alla necessità o meno di costituire formalmente una servitù per ciascuna concreta attività ricompresa nell'esercizio dell'attività. La soluzione ammessa dalla giurisprudenza classica lascia una certa libertà alla determinazione delle parti, nel senso che, se lo vogliono, esse possono costituire tante servitù quante sono le attività ricomprese nella servitù principale, pur essendo indispensabile costituire solo quella principale.

attività che altrimenti rientrerebbero nelle facoltà spettantigli in quanto proprietario.

⁽³⁸⁾ Entro certi limiti questo è un principio introdotto anche nel nostro C. C., che all'art. 1069, 2° c., dispone: "(Il proprietario del fondo dominante) deve fare le opere (necessarie per conservare la servitù) a sue spese, salvo che sia diversamente stabilito dal titolo o dalla legge. 3° c.: Se però le opere giovano anche al fondo servente, le spese sono sostenute in proporzione dei rispettivi vantaggi".

Così, verso la fine del I sec. d. C., Nerazio risolve un problema di costituzione di servitù di attingere:

D.8.3.3.3 (Ulpiano, 17 ad edictum): *Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum et, ut ait Neratius libro tertio membranarum sive ei ius hauriendi et adeundi cessum sit, utrumque habebit, sive tantum hauriendi, inesse et aditum sive tantum adeudi ad fontem, inesse et haustum. haec de haustu ad fontem privatum. ad flumen autem publicum scribit iter debere cedi, haustum non oportere, et si quis tantum haustum cesserit, nihil eum agere* ⁽³⁹⁾.

Nerazio, verso la fine del I sec. d. C., esprime la regola secondo cui la servitù di *haustus* ricomprende in sé anche quella di *iter ad hauriendum*, nel senso che la prima include anche le attività accessorie necessarie al suo esercizio, in primo luogo quella di passare all'interno del fondo nel quale è situata la sorgente per recarsi ad attingere.

Pertanto, afferma il giurista, è possibile sia costituire entrambe le servitù, *haustus* ed *iter ad hauriendum*, sia una sola di esse, ed in questo caso l'altra è racchiusa in quella esplicitamente costituita. Pare ovvio che, se si costituisca una servitù di *haustus* su una sorgente interamente racchiusa all'interno di un fondo privato, l'esercizio di questa servitù sarebbe reso impossibile qualora il titolare della servitù non disponesse anche del diritto di passaggio all'interno del fondo servente. Per converso, laddove

⁽³⁹⁾ Tr.: "Chi ha la servitù di attingimento, appare avere anche la servitù di passaggio per andare ad attingere e, come dice Nerazio nel terzo libro delle 'Membrane', se sia stata costituita a suo favore sia la servitù di attingimento, sia quella di passaggio, avrà entrambe, se soltanto quella di attingimento, sarà contenuta in essa quella di passaggio, se soltanto quella di andare alla sorgente sarà contenuta quella di attingimento. Questo vale per l'attingimento ad una sorgente privata. Lo stesso Nerazio scrive invece che è necessario costituire la servitù di passaggio ad un fiume pubblico, ma non quella di attingimento e, se qualcuno abbia costituito solo quella di attingimento, egli non ha concluso alcun negozio".

sia costituita una servitù di *iter ad hauriendum*, è sottinteso che essa sia costituita per permettere al titolare di recarsi alla sorgente per attingere acqua.

Ovviamente, però, argomenta Nerazio, questa varietà di schemi negoziali ha valore esclusivamente nell'ambito delle acque private. Laddove l'*haustus* sia esercitato su acque pubbliche (per esempio su quelle di un fiume pubblico), la situazione sarà radicalmente diversa. La costituzione di servitù private su acque pubbliche (come su qualunque cosa pubblica) è infatti inammissibile, ovviamente per difetto di disponibilità dei privati: trattandosi di cose in uso pubblico e quindi, come tutte le *res publicae*, sottratte al normale regime di circolazione dei beni (*res extra commercium*), la loro utilizzazione è tendenzialmente libera da parte dei privati ⁽⁴⁰⁾.

Questa è la ragione di fondo della regola individuata da Nerazio nella chiusa del passo: qualora un fondo privato intercludesse le sponde di un fiume pubblico, il proprietario del fondo

⁽⁴⁰⁾ Il problema delle forme e dei limiti dell'uso pubblico delle acque pubbliche è uno dei più dibattuti in dottrina. L'interpretazione relativamente più diffusa fino a non molti anni fa, secondo cui anche le derivazioni di acqua dai fiumi pubblici fossero possibili solo previa concessione statale, risente a mio avviso di uno di quei tipici *feedbacks* di cui ha sofferto (e talora soffre ancora) la scienza giuridica quando studia le forme amministrative (e più in generale quelle giuridiche) antiche, consistente nell'applicare alle esperienze passate le teorie amministrative moderne, informate al principio di legalità e alla centralità dello stato, che dispone dei suoi beni con concessioni amministrative. Nell'esperienza romana, invece, le derivazioni e le altre forme d'uso delle acque pubbliche erano verosimilmente libere, salva possibilità per gli altri utenti di contestarle mediante i mezzi giudiziari previsti nell'Editto pretorio (o suggeriti dai giuristi in sede di discussione casistica o, al di fuori dell'Editto, introdotti dal pretore con *decretum*): quindi con una valutazione *a posteriori* dell'opportunità dell'uso delle acque in un particolare contesto, in relazione all'eventuale pregiudizio arrecato alle utilità degli altri utenti. La "tendenziale libertà" di cui parlo nel testo si riferisce appunto al limite costituito dalla necessità che l'uso del bene pubblico da parte di un privato non si risolvesse nella produzione di un pregiudizio a carico degli altri consociati.

avrebbe dovuto costituire la sola servitù di passaggio (*iter ad hauriendum*) a favore di chi intendesse recarsi ad attingere (*haustus*) al fiume; ma non avrebbe potuto costituire servitù di *haustus* a suo favore, non avendo la disponibilità dell'acqua pubblica. Anzi, l'eventuale costituzione della servitù di attingimento sarebbe stata radicalmente nulla (*si quis tantum haustum cesserit, nihil eum agere*)⁽⁴¹⁾.

* * *

Le fonti individuano concordemente la *ratio* delle servitù prediali nell'*utilitas fundi*, ossia in un vantaggio attuale del fondo in favore del quale esse vengono costituite. Labeone, però, prospetta un'ipotesi diversa:

D.8.3.10 (Paolo, 49 ad edictum): *Labeo ait talem servitutum constitui posse, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat: nam si liceat nondum aedificato aedificio servitutum constituere, quare non aequae liceat nondum inventa aqua eandem constituere servitutum? et si, ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest* ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Le discipline delineate fin qui si riferiscono alle acque libere, ma non si possono applicare a quelle condotte mediante acquedotti. Benché anche queste fossero pubbliche, il loro uso era disciplinato da un complesso sistema amministrativo che, fin dall'età di Augusto, era inquadrato in un complesso apparato burocratico facente capo al *praefectus aquarum*, la cui competenza si estendeva alla gestione ed al controllo degli acquedotti ed ai procedimenti di concessione dell'uso dell'acqua ai privati, possibile solo dietro apposito *beneficium* imperiale (in pratica, una concessione), e sottoposta al pagamento di un *vectigal*, cioè di una sorta di imposta.

⁽⁴²⁾ Tr.: "Labeone afferma che si possa costituire una servitù siffatta, che sia lecito cercare acqua e, trovatala, condurla: infatti, se è lecito costituire servitù senza che sia stato ancora edificato un edificio, perché non dovrebbe essere lecito costituire la medesima servitù, quando ancora l'acqua non è stata trovata? e se possiamo costituire con *in iure cessio* il diritto di cercare acqua, può essere costituito anche il diritto di condurla, una volta trovata". Sull'attribuzione della domanda retorica cfr. più sotto, nt. 45.

Si tratta della costituzione di quella che, all'art. 1029, il C. C. vigente denomina servitù per vantaggio futuro ⁽⁴³⁾. L'assetto negoziale delineato da Labeone prevede due situazioni successive, consistenti rispettivamente nella costituzione della servitù di ricerca dell'acqua su un fondo altrui e, una volta che la ricerca sia stata coronata da successo, nella sua conduzione. Il testo paolino approva e giustifica questa facoltà con un evidente procedimento analogico, partendo dalla facoltà di costituire servitù a vantaggio di un edificio non ancora costruito: allo stesso modo (*aeque*) sarà lecito costituire servitù (evidentemente di conduzione) su acqua non ancora trovata, subordinatamente alla condizione che essa venga effettivamente trovata (nell'*inventà* possiamo forse vedere una forma brachilogica per una protasi di periodo ipotetico, nella quale va individuato un riferimento ad una condizione sospensiva, secondo cui la servitù poi effettivamente spiega la sua efficacia solo qualora la vena d'acqua sia stata effettivamente trovata).

Non sembrerebbe porsi alcun problema a proposito di questa fattispecie, data la sua conformità non solo alla logica, ma anche al principio dell'utilità per il fondo dominante: invece di un'utilità attuale, si prevede di poter conseguire dal fondo servente un'utilità potenziale, per la quale viene costituita una servitù di acquedotto, ovviamente sottoposta alla condizione di trovare effettivamente l'acqua. Senonché un altro testo, ancora di Labeone, viene (apparentemente) a sconvolgere questa linearità:

⁽⁴³⁾ Art. 1029 C. C.: "È ammessa la costituzione di una servitù per assicurare a un fondo un vantaggio futuro. 2° c. È ammessa altresì a favore o a carico di un edificio da costruire o di un fondo da acquistare; ma in questo caso la costituzione non ha effetto se non dal giorno in cui l'edificio è costruito o il fondo è acquistato". Il secondo comma dell'art. ora citato sottopone il prodursi dell'efficacia della servitù al termine costituito dalla conclusione del contratto d'acquisto del fondo o dall'edificazione del manufatto. Anche se il testo labeoniano non lo dice espressamente, la subordinazione della efficacia della servitù alla condizione dell'effettivo reperimento della vena d'acqua è autoevidente.

D.8.5.21 (Labeone, 1 pithanon a Paulo epitomatorum): *Si qua aqua nondum apparet, eius iter ductus constitui non potest. PAUL.: immo puto idcirco id falsum esse, quia cedi potest, ut aquam quaereres et inventam ducere liceret* ⁽⁴⁴⁾.

La regola enunciata da Labeone nel passo dei *pithaná* ora citato è opposta a quella attribuitagli da Paolo nel suo commento all'editto:

Labeone - Paolo: *Labeo ait* Labeone 1 pithanón: *Si qua talem servitutem constitui aqua nondum apparet, eius iter posse, ut aquam quaerere et ductus constitui non potest. inventam ducere liceat.*

La fattispecie discussa nei due testi è apparentemente la stessa: la costituzione di una servitù di conduzione d'acqua non ancora trovata; ma la soluzione al problema è opposta. Labeone - Paolo: liceità della costituzione di servitù *ut aquam quaerere et inventam ducere*; Labeone - *pithaná*: impossibilità di costituire servitù di conduzione d'acqua che *nondum apparet*.

Il fatto più sorprendente è che Paolo dichiara il suo dissenso dalla *sententia* espressa da Labeone nei *pithaná*, facendo proprio il pensiero dello stesso Labeone, con una formulazione che giunge alla piena identità lessicale:

Labeone - Paolo: *talem servitutem constitui posse, ut aquam quaereres et inventam ducere liceret.* Paolo: *cedi potest, ut aquam quaereres et inventam ducere liceret.*

In primo luogo pare evidente che Paolo abbia tratto le due massime labeoniane da due testi diversi: dai *pithaná* e da una diversa opera da lui non menzionata: e, per opporsi alla soluzione dei *pithaná*, Paolo si appropria della soluzione opposta enunciata da Labeone nella seconda opera.

⁽⁴⁴⁾ Tr.: "Se un'acqua non appare ancora, non si può costituire su di essa il passaggio della conduzione. PAOLO: invece io ritengo che ciò sia falso, per il fatto che si può concedere che tu cerchi l'acqua e, una volta trovatala, la conduca".

La spiegazione di questo apparente paradosso va ricercata in primo luogo nella natura dell'opera labeoniana riassunta da Paolo: i *pithaná*. Sul carattere di quest'insolita opera di Labeone non si è ancora fatta chiarezza tra gli studiosi: la parola greca usata come titolo significa "cose verosimili", riferite ad enunciati (o a regole giuridiche) dotati di semplice plausibilità. Il problema è troppo vasto per poterlo analizzare approfonditamente in questa sede, anche perché trascinerebbe con sé difficili questioni relative ai modi dell'accoglimento delle correnti filosofiche greche postaristoteliche (stoicismo, epicureismo, scetticismo) nel pensiero giuridico romano tardorepubblicano. Qui basti dire che nell'esclusione della facoltà di costituire servitù per vantaggio futuro, pronunciata dal Labeone dei *pithaná*, non va individuata una regola di diritto, un'enunciazione di carattere generale, ma una massima probabilistica, che in alcuni casi può essere vera ed in altri no.

Paolo non fa altro che recepire come regola quella che Labeone aveva enunciato solo come massima probabile. E la via seguita dal giurista severiano per giungere a questa conclusione è ben diversa da quella tracciata da Labeone. L'ammissione pronunciata in 8.3.10, infatti, non consegue ad una valutazione interna alla fattispecie, ma ad un procedimento analogico che trae spunto da una fattispecie simile, nel cui ambito la costituzione di servitù per vantaggio futuro era evidentemente già ammessa. Infatti il percorso logico seguito da Paolo ⁽⁴⁵⁾ parte dalla liceità della costituzione di una servitù a favore di una costruzione ancora da edificare (ad es., la costituzione di servitù di non elevare,

⁽⁴⁵⁾ Mi pare che il procedimento analogico seguito in 8.3.10, mediante l'interrogazione retorica *si liceat nondum aedificato aedificio servitutum constituere, quare non aequae liceat nondum inventa aqua eandem constituere servitutum?*, sia da attribuire a Paolo e non a Labeone, per ragioni grammaticali: il verbo all'indicativo garantisce che Paolo non sta riportando il pensiero del giurista augusteo (nel qual caso il verbo sarebbe stato all'infinito, secondo la regola delle proposizioni infinitive), ma proprio il suo.

costituita a carico di un fondo situato dirimpetto a quello su cui si progetta di fabbricare un edificio). Allo stesso modo, argomenta Paolo, deve essere ritenuta ammissibile la costituzione di una servitù di conduzione d'acqua *nondum inventa*. È l'analogia tra le due fattispecie ad indurre Paolo all'ammissione della possibilità di costituire la servitù anche su acqua non ancora trovata.

In realtà, se esaminiamo la posizione di Labeone, possiamo notare come la contraddittorietà ora rilevata sia solo apparente: nel testo citato da Paolo nel l. 49 *ad edictum*, il giurista augusteo affermava che era possibile la costituzione di una servitù di ricerca d'acqua, con l'automatica costituzione di una servitù di *ductus* sottoposta alla condizione del suo effettivo reperimento. Benché l'attività di ricerca sia solo strumentale a quella di conduzione, mi pare evidente la necessità della costituzione di una servitù autonoma per permettere all'eventuale titolare della servitù di conduzione di entrare nel fondo altrui per la ricerca. L'ingresso è cioè sottoposto ad una finalizzazione specifica: non al passaggio, non alla raccolta, non all'*haustus*, ma alla ricerca della vena d'acqua.

Nel testo dei *pithaná*, invece, Labeone pronunciava solo il divieto di costituire servitù su acqua non ancora trovata: *si qua aqua nondum apparet, eius iter ductus constitui non potest*. Il giurista, quindi, non si pronunciava contro la costituzione di una servitù per vantaggio futuro, ma contro la possibilità di costituire servitù su beni non ancora disponibili perché non ancora esistenti. La posizione di Labeone sul punto non sarebbe, quindi, contraddittoria. La dichiarazione di falsità di questa soluzione (*puto idcirco id falsum esse*), pronunciata da Paolo, mi sembra dunque fuori centro rispetto all'effettivo contenuto della regola enunciata da Labeone nei *pithaná*, dato che vi si contrappone affermando la possibilità di costituire servitù di ricerca e di conduzione: ed abbiamo visto che, verosimilmente, non era questo il contenuto della preclusione pronunciata da Labeone.

* * *

Finora abbiamo analizzato fattispecie negoziali per loro natura idonee alla costituzione di diritti reali, e come tali riconosciute dal *ius civile*. Ricordiamo in proposito che diritti costituiti in questo modo sarebbero stati inerenti al fondo, e lo avrebbero seguito col trasferimento di proprietà. Lo afferma esplicitamente Paolo:

D.8.4.12 (Paolo, 15 ad Sabinum): *Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt*⁽⁴⁶⁾.

Quindi il trasferimento della proprietà di un fondo gravato di servitù avrebbe portato al trasferimento anche della servitù.

Ora, invece, ci dobbiamo porre il problema degli effetti conseguiti da un assetto negoziale contrattuale avente ad oggetto la costituzione della soggezione di un fondo all'utilità di un altro fondo. Che il contratto sia inidoneo al trasferimento della proprietà delle *res mancipi*, e tanto più alla costituzione di servitù rustiche (o addirittura prediali, come quella di acquedotto) è pacifico. Effettivamente il problema era a prima vista insolubile: un contratto non poteva costituire un diritto reale, dal momento che, a prescindere dalle divergenze tra i giuristi sulla sua natura, il *ius civile* teneva fermo il principio per il quale esso ruota necessariamente intorno alla nozione di obbligazione. Pertanto, se la forma negoziale scelta dalle parti per costituire una servitù fosse stata un contratto, il diritto reale non sarebbe sorto: sarebbe stato bensì costituito un rapporto di soggezione del proprietario di un

⁽⁴⁶⁾ Tr.: "Quando su un fondo è costituita una servitù a favore di un altro fondo, con la vendita del fondo le servitù si trasferiscono. Anche gli edifici servono ai fondi ed i fondi agli edifici con la medesima condizione". La seconda parte del passo allude alla regola di *ius civile* secondo la quale l'edificio costituisce pertinenza del fondo, e quindi segue il fondo come suo accessorio. La conservazione della servitù è in questa ipotesi una conseguenza della regola secondo cui *superficies solo cedit*.

fondo nei confronti del titolare di un altro fondo, ma esso si sarebbe necessariamente configurato come un rapporto tra soggetti che, come tale, sarebbe stato inopponibile ai terzi, estinguendosi in caso di alienazione di uno dei due fondi (o di entrambi). In altri termini sarebbe stato costituito un rapporto obbligatorio, non un diritto reale.

Tuttavia i giuristi si soffermano spesso sugli effetti della costituzione, mediante contratto, di un diritto assimilabile ad una servitù sotto il profilo del contenuto: pensiamo alle province, dove i modi di trasferimento della proprietà impiegati per il trasferimento dei *fundi italicis*, che in quanto tali erano *res Mancipi*, erano impossibili ⁽⁴⁷⁾. In tal caso i modi di trasferimento della

⁽⁴⁷⁾ Gaio, *Institutiones*, 2.31: *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia Mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiat, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia Mancipationem aut in iure cessionem recipiunt* (tr.: “Ma tutte queste cose sono in questo modo nei fondi italicis, poiché essi ammettono la *Mancipatio* e la *in iure cessio*. Invece nei fondi provinciali se qualcuno voglia costituire un usufrutto, o un diritto di passaggio o di acquedotto o di innalzare edifici o di non innalzarli, per non ostruire la luce al vicino, o altri diritti simili, può farlo mediante patti e stipulazioni; poiché quei fondi non ammettono la *Mancipatio* e la *in iure cessio*”). Nelle province la situazione è del tutto peculiare: dato che, come dice Gaio, il *dominium* pieno è inammissibile per i privati, essendo unico proprietario lo stato romano, al privato spetta una titolarità quasi assoluta, che si estende al diritto di alienare il bene per atti *inter vivos* e *mortis causa*, e che Gaio qualifica con i termini di *possessio vel ususfructus*: Gaio, *Institutiones*, 2.7: *Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur* (tr.: “Ma su suolo provinciale i più consentono nel dire che un suolo non può essere consacrato agli dèi inferi, poiché il dominio di quel suolo è del popolo romano o dell'imperatore, mentre noi privati abbiamo solo il possesso o l'usufrutto”). Segnale rivelatore della difficoltà incontrata dai giuristi (pur d'accordo sulla impossibilità di destinare il suolo provinciale a sepolcro, con le stesse conseguenze che tale destinazione

titolarità di un fondo avrebbero dovuto assicurare all'acquirente non solo l'opponibilità del suo dominio a tutti i terzi, ma anche quella somma di poteri che gli avrebbe consentito di disporre del bene per atti *inter vivos* e *mortis causa*, cioè una titolarità sostanzialmente analoga al *dominium*.

Questa configurazione del rapporto emerge chiaramente in un celebre passo tratto da un'opera trasmessa sotto il nome di Ulpiano, che la maggioranza della dottrina ritiene però apocrifa:

D.8.4.13 pr. (Ulpiano, 6 *Opinionum*): *Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur* ⁽⁴⁸⁾.

La fattispecie negoziale è sufficientemente chiara: il titolare di due fondi ne vende uno, aggiungendo al contratto una clausola con la quale imponeva al fondo che conservava una servitù che oggi designeremmo negativa, cioè di non esercitare la pesca del tonno: *ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur* ⁽⁴⁹⁾. Il com-

ha su suolo italico: *placet plerisque* indica appunto il consenso della quasi totalità dei giuristi), di inquadrare esattamente negli schemi di appartenenza esistenti una situazione così particolare come la c. d. "proprietà provinciale".

⁽⁴⁸⁾ Tr.: "Il venditore del fondo Geroniano aveva apposto una clausola a carico del fondo Botriano, che egli conservava, 'che non si eserciti la pesca del tonno di fronte ad esso'. Benché al mare, che per sua natura è aperto a tutti, non si possa imporre una servitù con un negozio privato, poiché tuttavia la buona fede del contratto impone che si salvaguardi la clausola della vendita, le persone dei possessori o di coloro che succedono ad esse nel diritto restano obbligate dalla clausola della vendita o della stipulazione".

⁽⁴⁹⁾ Vi sono due problemi da affrontare. Il primo concerne l'esatto assetto negoziale: gran parte della dottrina ha interpretato la clausola come rivolta ad impedire all'acquirente del fondo Geroniano lo svolgimento di una attività economica in contrapposizione alla medesima attività compiuta dal

plexivo assetto di interessi perseguito dalle parti è interamente riversato in un contratto di compravendita; e questo ha provocato nella dottrina i sospetti più consistenti. Dal momento che, nel *ius civile* romano, un contratto è idoneo a creare situazioni inopponibili ai terzi, ma valide solo tra le parti, come si può affermare che, nella fattispecie discussa nel passo delle *Opiniones*, esso vincola non solo *personae possidentium* ma anche quelle *in ius eorum succedentium*? E come si legano tra loro le considerazioni fatte nel frammento, che prima negano la qualificazione della clausola come servitù (e quindi la vincolatività per chi subentra nella titolarità del diritto) in base al rilievo che il mare, essendo aperto all'uso di tutti, non può essere sottoposto a servitù (*mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest*)⁽⁵⁰⁾, per ammetterne subito dopo l'efficacia sulla base

venditore nel fondo Botriano (come se la *lex* fosse a favore del venditore). A mio parere, la clausola è *data al* fondo Botriano, cioè a suo carico, non a suo favore: e ciò mi pare confermato dal *contra eum*, il cui pronome non mi pare che possa riferirsi ad altro che al fondo Geroniano. Il secondo problema concerne la finalità della clausola: la sua particolarità ha portato una parte della dottrina a leggere in essa una clausola di non concorrenza, intendendo *contra eum* in senso letterale, come diretta ad impedire un'attività economica in antitesi alla controparte. Tutto può essere; ma la prudenza nell'interpretare un passo (così come un assetto negoziale) dovrebbe sollecitare a leggere solo ciò che vi si trova scritto o che se ne può desumere in maniera incontrovertibile. Nel testo ulpiano è solo contenuta l'espressione *contra eum*, che può significare molte cose più semplici di una clausola di non concorrenza: come il divieto di svolgere la pesca del tonno *dirimpetto* al fondo Geroniano (interpretando quindi *contra eum* nel senso di una determinazione spaziale): per esempio, per l'esigenza di tutelare il decoro del luogo (e quindi anche il suo valore immobiliare) dalla confusione e dal deprezzamento prodotti da una attività così invadente come la pesca al tonno. Tanto più che tutto il séguito del testo non si incentra sull'efficacia della presunta clausola di non concorrenza, ma sulla qualificazione dell'assetto prescelto dal venditore in termini di servitù, e sull'opponibilità di questa servitù agli eventuali futuri *possessores* del fondo servente.

⁽⁵⁰⁾ Il dato confliggente col diritto classico è visto, dalla dottrina, nella negazione, enunciata nel passo ulpiano, dell'opponibilità ai terzi di una

della necessità di salvaguardare la buona fede del contratto (*bona fides contractus legem servari venditionis exposcit*)? La conclusione che il testo riflettesse uno stato del diritto diverso da quello classico è stata immediata.

In realtà alcune considerazioni possono contribuire a diradare le perplessità. Il testo (anche se non lo dice) descrive una fattispecie sicuramente posta in essere in provincia, dove le regole del *ius civile*, come ormai sappiamo bene, non hanno valore, e dove una servitù non può essere costituita con i negozi idonei alla creazione di situazioni qualificabili in termini di *dominium*: ormai sappiamo che, già secondo Gaio (che vive nell'età degli imperatori antonini, nella seconda metà del II sec. d. C.), in provincia la titolarità è qualificata in termini di *possessio vel usufructus*, mentre il trasferimento della titolarità sui beni immobili avviene mediante *pactiones et stipulationes* che, benché siano contratti, in provincia hanno efficacia reale ⁽⁵¹⁾.

Su questa base non appare incongruo che l'autore delle *Opiniones* (Ulpiano o chiunque altri si celi dietro il suo nome) enunci la regola secondo cui la clausola contrattuale, qualora sia stata riversata in una vendita o in una *stipulatio*, vincola non solo le parti che l'hanno conclusa ma anche i successori a titolo particolare o universale.

Sulla stessa linea è un rescritto di Alessandro Severo del 223, che afferma un principio di diritto relativo all'opponibilità delle servitù ai terzi, in provincia:

C.3.34.3 Imp. Alexander Ricanae: *Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt,*

clausola costitutiva di servitù sul mare, che per natura è aperto all'uso generale, e non, come sarebbe conforme ai principi del diritto classico, nella circostanza che l'insieme dei rapporti tra le parti sia stato riversato in un contratto, che è per sua natura inidoneo a creare rapporti vincolanti per quanti eventualmente subentrassero, a titolo particolare od universale, nella titolarità del fondo servente.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Gaio, *Institutiones*, 2.7 e 2.31, citati sopra, nt. 47.

si ea praecesserint, quae servitutem constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent. quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse. PP k. mai. Maximo II et Aeliano coss. (52).

La fattispecie che diede origine al rescritto imperiale è probabilmente la seguente: Ricana, la ricorrente, è la titolare del fondo dominante; dopo l'alienazione del fondo servente, i nuovi titolari contestano il diritto di Ricana di continuare a giovare della servitù, evidentemente argomentando dalla circostanza che, non essendo stata costituita nei modi previsti dal *ius civile*, la servitù non poteva considerarsi esistente nei loro confronti. Atteggiamento che persuade Ricana a far ricorso alla cancelleria imperiale per conoscere la regola di diritto da applicare. Nel suo rescritto Alessandro Severo enuncia il principio in base al quale, se i precedenti titolari del fondo servente non avessero avuto alcuna ragione di diritto per impedire l'esercizio della servitù (*priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt*), il fondo servente potrebbe passare agli acquirenti con la servitù: quindi come se essa fosse stata a suo tempo costituita nei modi civilistici (53). Benché inserita in una struttura contrat-

(52) Tr.: "L'imperatore Alessandro Severo a Ricana: Anche su un fondo provinciale possono essere costituite la servitù di acquedotto o altre servitù, se già siano presenti gli elementi che costituiscono la servitù: infatti gli accordi conclusi tra le parti devono essere tutelati. Perciò non ignorerai che, se i precedenti possessori non hanno potuto impedire con buon diritto che l'acqua venisse condotta attraverso i loro fondi, gli stessi fondi possono essere trasferiti agli acquirenti con lo stesso onere di sopportare la servitù. Affissa il primo maggio nel consolato di Massimo per la seconda volta e di Eliano (223 d. C.)".

(53) La costituzione non fa alcun riferimento ad un provvedimento di grande rilievo emanato solo dieci anni prima: la concessione della cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero (con marginali eccezioni) mediante la *constitutio Antoniniana* del 212 d. C. L'estensione della cittadinanza comportava anche l'applicazione del diritto romano a tutto l'impero, facendo quindi venir meno

tuale, la servitù avrebbe quindi sviluppato i suoi effetti anche contro i nuovi titolari.

Africano risolve in questo modo un problema di concessione di acque condotte dal titolare della servitù ai proprietari dei fondi serventi attraversati da un canale di conduzione idrica:

D.8.3.33.1 (Africano, 9 Quaestionum): *Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo ducere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum servire neque servitutis fructus constitui potest* ⁽⁵⁴⁾.

Questo testo ci permette di sviluppare alcune osservazioni di un certo rilievo. In primo luogo Africano non sembra rivolgere alcun interesse al modo con cui è stata costituita la servitù: *aquam ducis quoquo modo imposita servitute*. La soluzione offerta dal giurista alla questione portata al suo esame prescinde quindi del tutto dalla circostanza che la servitù sia stata costituita o meno nei modi prescritti dal *ius civile*. Il problema da risolvere consiste dunque nello stabilire con quale strumento il titolare della servitù possa costituire, a favore dei proprietari dei fondi serventi, attraversati dal canale, ed agli altri vicini, il diritto di attingere acqua dal canale di conduzione.

le differenze tra i fondi italici, *res Mancipi*, e quelli provinciali, *res nec Mancipi*. Non si può escludere che la contestazione degli acquirenti del fondo contro il mantenimento della servitù fosse motivata proprio dalla circostanza che essa non era stata costituita con i modi previsti dal *ius civile* (in ipotesi, perché era stata costituita prima dell'emanazione della *constitutio Antoniniana*).

⁽⁵⁴⁾ Tr.: “Tu conduci acqua attraverso i fondi di svariati soggetti avendo imposto la servitù in un qualsiasi modo: se non siano seguiti un patto o una *stipulatio* anche a questo riguardo, tu non potrai accordare il diritto di attingere acqua dal canale né ad alcuno di essi, né ad alcun altro vicino: infatti solitamente anche questo viene concesso con patto o con *stipulatio*, benché nessun fondo possa servire a se stesso, né si possa costituire il frutto di una servitù”.

Africano risponde alla *quaestio* facendo riferimento agli usi della prassi dei suoi tempi, nel corso del II sec. d. C.: *et hoc concedi solet* rileva precisamente l'esistenza di una prassi negoziale in base alla quale questi rapporti tra le parti venivano riversati in *pactiones vel stipulationes*: dove il primo negozio consisteva nell'accordo delle parti sulla costituzione del rapporto, il secondo era una *stipulatio* di esercizio, di cui esamineremo tra breve un esempio illuminante, con la quale il titolare della servitù si impegnava a permettere alle controparti di svolgere l'attività (in questo caso l'*haustus*) senza turbative.

Il giurista mostra in tal modo di accogliere l'usanza di costituire questi rapporti a mezzo di contratti, evidentemente dotati, però, di efficacia reale, dato che li denomina *servitutes*, ed indipendentemente dallo strumento negoziale (negozio traslativo del diritto reale, o contratto) posto in essere dalle parti.

In tal modo l'assetto negoziale costituito dalle parti risulta particolarmente complicato, oltre che discutibile: sui fondi attraversati dal canale di conduzione grava la servitù di acquedotto, tuttavia a favore degli stessi fondi serventi è costituita la servitù di *aquae haustus*. Africano è consapevole che questa prassi tende a confliggere con ben due regole fondamentali delle servitù: la prima, secondo cui un fondo non può servire a se stesso (*nullum praedium ipsum servire... potest*), che è esattamente il risultato conseguito dalle parti: la costituzione di una servitù a favore del fondo servente.

Ma anche a non voler accedere a questa interpretazione del negozio, resta la difficoltà costituita dalla possibilità di ritenere l'attività riversata nella servitù di *haustus* come profitto ricavato dall'esercizio della servitù, in contraddizione col principio secondo cui una servitù non può consistere in un'attività lucrativa esercitata sul fondo servente (*neque servitutis fructus constitui potest*), come vedremo più in dettaglio tra breve. Ciononostante Africano accetta in pieno tale configurazione del negozio, arrivando a negare che, in favore dei proprietari dei fondi serventi, si

possa costituire una servitù di *haustus* in altro modo che mediante *pactum vel stipulatio*.

b – *costituzione a mezzo di disposizioni mortis causa*

Che un diritto reale parziario potesse essere costituito a mezzo di una disposizione di ultima volontà è troppo evidente per soffermarvisi estesamente. La regola è espressa in forma generale in un testo di Gaio, ripreso nelle Istituzioni giustinianee, nel quale il giurista afferma come la servitù possa essere costituita anche mediante un legato *per damnationem*:

D.8.4.16 (Gaio, 2 rerum cottidianarum sive aureorum) = I. 2.3.4: *Potest etiam in testamento heredem suum quis damnare, ne altius [aedes suas] tollat, ne luminibus aedium vicinarum officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidia [adversus eum] habere, vel ut patiatur [vicinum] per fundum [suum vel heredis] ire agere aquamve ex eo ducere* ⁽⁵⁵⁾.

Il *de cuius*, afferma Gaio, può obbligare l'erede a costituire in favore del legatario una servitù negativa (esemplificata nella *servitus altius non tollendi*), o una servitù positiva, come quella di acquedotto, di passaggio, o di stillicidio.

I giuristi, tuttavia, non di rado si trovarono di fronte alla necessità di interpretare disposizioni testamentarie non chiarissime, in base alle quali era incerto se un diritto costituito in vita in favore di un terzo passasse agli eredi di costui o si estinguesse. La casistica relativa a questo problema è di grande interesse, e merita una breve analisi.

⁽⁵⁵⁾ Tr.: “Qualcuno può anche, nel suo testamento, obbligare il proprio erede a non sopraelevare [la sua casa], per non oscurare la luce della casa vicina, o a sopportare che un terzo possa inserire la sua trave nella parete, o che abbia lo stillicidio [verso di lui], o a sopportare che [il vicino] possa passare a piedi o con un veicolo attraverso il fondo [suo o dell'erede] o condurre l'acqua da esso”. Le espressioni fra parentesi quadre sono ritenute da Mommsen interpolate.

D.8.3.4 (Papiniano, 2 Responsorum): *Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur: si tamen testator personam demonstravit, cui servitutum praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus* ⁽⁵⁶⁾.

Papiniano enuncia la soluzione al problema della opponibilità, ai successori a titolo particolare od universale (*emptori vel heredi*), di una servitù di pascolo o di conduzione del bestiame all'acqua per abbeverarlo, costituita mediante legato (anche se Papiniano non lo dice espressamente). La risposta non può essere univoca, ma va ricavata per via di interpretazione: se il fondo ha come destinazione oggettiva il pascolo, allora l'attività risulta inerente al fondo, e quindi il legatario la può trasmettere per atto *inter vivos* o *mortis causa*. Per la verità, Papiniano non afferma esplicitamente questa regola, ma la suggerisce come implicita conseguenza della constatazione *praedii magis quam personae videtur*, che implica appunto il legame funzionale tra l'attività ed il fondo. Ma se il testatore abbia indicato espressamente la persona titolare dell'attività, allora questa non è più collegata al fondo ma al soggetto al quale il *de cuius* ha trasmesso il diritto. In questo caso ne discende che il diritto non potrà essere a sua volta trasferito dal legatario con atto *inter vivos* o *mortis causa*.

La regola che emerge implicitamente da questa fattispecie ribadisce che, in caso di trasferimento del fondo, la servitù si conserva solo qualora l'attività sia collegata al fondo e non alla persona del titolare: e ciò è tanto vero che Pomponio si sente in dovere di notare espressamente che, nel caso in cui è forse più evidente l'*intuitus personae*, la servitù di *haustus*, siamo pur

⁽⁵⁶⁾ Tr.: “Le servitù di pascolare il gregge, e di portarlo all'acqua, se il profitto del fondo consista soprattutto nel pascolo, appaiono più del fondo che della persona; se però il testatore ha indicato espressamente la persona alla quale ha voluto che venisse prestata la servitù, non potrà essere prestata all'acquirente o all'erede la stessa servitù”.

sempre in presenza di un diritto reale, e non di una facoltà soggettivamente concessa al titolare:

D.8.3.20.3 (Pomponio, 33 ad Sabinum): *Haustus ius non hominis, sed praedii est* ⁽⁵⁷⁾.

La regola secondo cui la servitù si trasmette solo nel caso in cui possa essere riguardata come una qualità del fondo, e non se abbia un esclusivo collegamento con la persona del titolare, è confermata, relativamente ad un diverso assetto negoziale, da Paolo, in sede di interpretazione di un negozio di donazione:

D.8.3.37 (Paolo, 3 responsorum): ☉□◆❖&H□X
 *H◆❖*H□X ♪☉❖◆☉ ♠M◆❖◆☉ ◆◆♣☉
 ☉☉♠●♣◆♣☉☉ □●M◆♣◆◆☉ M☉☉H♣□M◆☉☉
 ♣♣☉☉◆□X ◆□◆♣ □☉M◆❖□◆◆□X M◆☉☉
 ◆♣☉☉ &□♣❖◆♣☉ ◆♣☉☉
 &☉◆☉◆&M◆☉□M◆♣◆☉ M◆☉☉
 H☉◆□○◆♣☉ ◆☉☉◆♣☉ ◆□◆♣ □☉◆□□❖X
 ○□◆ ☉◆❖◆☉○H &☉☉☉ M☉☉H◆❖♣□○☉◆❖
 ◆□H ☉☉❖&◆◆●□ M◆☉☉ ◆♣☉☉
 □H☉&H☉❖◆ ◆□H ◆♣☉☉ M◆☉☉ ◆◆♣☉
 H☉◆□○◆♣☉☉ ☉☉ □☉□□◆ ☉☉☉ ☉☉
 ☉□◆❖●♣☉☉☉ quaero, an ex hac scriptura usus
 aquae etiam ad heredes Gaii Seii pertineat. Paulus re-
 spondit usum aquae personalem ad heredem Seii quasi
 usuarii transmitti non oportere ⁽⁵⁸⁾.

La donazione del *digitus* d'acqua ⁽⁵⁹⁾, costituita nel negozio

⁽⁵⁷⁾ Tr.: “Il diritto di attingere non è della persona, ma del fondo”.

⁽⁵⁸⁾ Tr.: “Lucio Tizio saluta moltissimo il fratello Gaio Seio. Di quella acqua che fluisce nel serbatoio costruito da mio padre sullo stretto, io ti do e ti dono un dito (da condurre) nella tua casa sullo stretto o dovunque tu voglia’. Chiedo se in base a quest’atto l’uso dell’acqua spetti anche agli eredi di Gaio Seio. Paolo rispose che l’uso dell’acqua, essendo personale, non si debba trasmettere all’erede di Gaio Seio, che ne è quasi usufruttuario”.

⁽⁵⁹⁾ Il *digitus* era una frazione dell’unità di misura, corrispondente ad 1/16 di essa: Frontino, *de aquaeductu urbis Romae*, 24.1: *Aquarum moduli aut ad digitorum aut ad unciarum mensuram instituti sunt... 2. Est autem digitus,*

espresso in greco, è fatta espressamente in favore del fratello del disponente. Al giurista viene proposta la *quaestio* se l'erede del donatario abbia diritto di conservare l'*usus aquae*. Il responso di Paolo è negativo: il negozio con cui è stato costituito il diritto implica un rapporto soggettivo con la persona del beneficiario, che viene assimilato in qualche modo ad un usufruttuario (*quasi usuarii*), ovviamente sulla base della considerazione estrinseca che, non diversamente dall'usufrutto, anche la concessione espressa nel negozio di donazione discusso da Paolo dà luogo ad un rapporto di inerenza personale col beneficiario: pertanto agli eredi di costui il diritto non potrà essere trasferito per via testamentaria.

Come si può vedere, l'elemento discriminante fra la trasmissibilità e l'intrasmissibilità del diritto è costituito dall'*intuitus personae*: se il diritto, per così dire, si incorpora col fondo, i successivi cambiamenti nella titolarità del fondo sono irrilevanti, nel senso che il diritto si trasferisce con essi, per atti sia *inter vivos*, sia *mortis causa* (si tratta del tipico effetto detto di "ambulatorietà" dei diritti reali). Ma se il diritto è stato costituito avendo presente esclusivamente la persona del beneficiario, la personalità del diritto impedisce di renderlo oggetto di atti di disposizione, per cui esso si estingue con la morte del titolare, o col trasferimento di proprietà del bene.

c – costituzione per traditio o per longum tempus

Finora abbiamo esaminato fattispecie la cui costituzione dipende da un apposito negozio formale, *mancipatio* o *in iure cessio* o atto di ultima volontà. Abbiamo anche visto come nel corso dell'età imperiale, pur restando fermi al principio fonda-

ut convenit, sextadecima pars pedis (Tr.: "I calibri di distribuzione delle acque sono stati istituiti o in misura del dito o dell'oncia... 2. Il dito, come è stato stabilito, corrisponde alla sedicesima parte del piede"). Si tratta dunque, in questo caso, di una misura di lunghezza, relativa alla luce del tubo in cui passava l'acqua, corrispondente ad 1/16 di ca. cm. 30 = cm. 1,87.

mentale della separazione concettuale tra negozi riconosciuti dal *ius civile*, aventi quindi la piena efficacia di costituire rapporti validi sul piano del *ius*, e negozi tutelati solo in via onoraria dal pretore, i giuristi abbiano riconosciuto l'efficacia verso i terzi (e conseguentemente anche la loro difesa giudiziaria) anche a negozi che, in base ai principî, non avrebbero potuto avere questa efficacia, come i contratti.

Ma questo movimento, favorito anche dal riconoscimento dell'efficacia reale delle *pactiones vel stipulationes* in provincia, si incontra con un'altra importante linea evolutiva, che conduce all'ammissione dell'esistenza di una valida servitù pur in totale assenza di un titolo costitutivo effettivo. Questo secondo orientamento si svolge a sua volta su due topiche fondamentali: la *patientia servitutium* ed il *longum tempus*.

Iniziamo dalla *patientia*. L'effetto della tolleranza, con cui taluno permette ad un altro di svolgere un'attività sul suo fondo, ottiene, secondo Ulpiano, il riconoscimento da parte del pretore:

D.8.3.1.2 (Ulpiano, 2 institutionum): *Traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris* ⁽⁶⁰⁾.

(⁶⁰) Tr.: “La *traditio* e la tolleranza delle servitù susciteranno l'intervento del pretore”. Qui, come altrove, dati gli scopi di questo scritto, ometto tutte le discussioni sull'attribuzione dei testi, nella lezione pervenutaci, ai giuristi classici: non discuto, pertanto, sui rimaneggiamenti eventualmente subiti dai testi ad opera dei Compilatori giustiniani impegnati nella redazione del Digesto, né tanto meno degli eventuali interventi di rimaneggiamento, sunteggiamento, aggiornamento, subiti dagli stessi frammenti nella tarda antichità, anteriormente a Giustiniano. Un punto, tuttavia, va posto in particolare risalto: avendo Giustiniano abolito anche formalmente qualsiasi differenza sostanziale tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, quasi tutti i passi che trattano dei modi di trasferimento della proprietà delle cose furono aggiornati con la sistematica cancellazione di qualsiasi riferimento alla *Mancipatio*, sostituito col riferimento (incongruo per il diritto classico) alla *traditio* o ai contratti, ed alla *in iure cessio*, spesso sostituita col più scialbo riferimento alla *cessio*. Ciò non vuol dire, tuttavia, che *tutti* i luoghi in cui si menziona la *cessio*, o la *traditio* o un contratto in funzione del trasferimento delle *res Mancipi* siano giustiniani: abbiamo visto come già alla metà del II sec. d. C. l'effetto reale delle *pactiones*

Come si vede, Ulpiano prevede l'ipotesi che una servitù sia costituita con la *patientia* da parte del proprietario del fondo servente: un atteggiamento che consiste nella mera tolleranza dell'esercizio di una attività avente contenuto corrispondente a quello di una servitù, ma priva di titolo costitutivo. In questo caso la tutela è affidata agli strumenti processuali introdotti dal pretore.

Un principio confermato più volte dallo stesso Ulpiano nel suo commento all'Editto del pretore:

D.43.18.1.9 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petuntur: sed et interdictum de his utile competit* ⁽⁶¹⁾.

Nell'età severiana, quindi, cioè negli anni a cavallo tra il II ed il III sec. d. C., pur rimanendo ferma la distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*, i modi di costituzione di questo secondo tipo vengono assimilati, quanto agli effetti, a quelli civilistici, con la conseguenza che anche le forme di tutela predisposte per le servitù di *ius civile* vengono estese in via utile a quelle onorarie (*ad exemplum*).

Ma già alla fine del I sec. d. C. Giavoleno aveva discusso l'operatività della *traditio* nell'ambito della costituzione delle servitù, delineando un contrasto con la giurisprudenza precedente:

D.8.1.20 (Giavoleno, 5 ex posterioribus Labeonis): *Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia*

vel stipulationes fosse ammesso senza difficoltà per i negozi di trasferimento della titolarità di un bene in provincia; e vedremo tra breve gli effetti del *tempus immemorabile* già alla fine dell'età repubblicana.

⁽⁶¹⁾ Tr.: "Anche le servitù si costituiranno sulla base del diritto pretorio, ed esse stesse, sull'esempio di quelle che sono state costituite in base al diritto civile, saranno rivendicate con azioni utili: ma in loro favore compete anche l'interdetto utile".

nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt ⁽⁶²⁾.

Labeone, dunque, si era posto il problema della configurazione, e soprattutto della tutela, di una servitù costituita mediante contratto (nella fattispecie, una compravendita). Il punto problematico dell'assetto negoziale prescelto dalle parti è sintetizzato da Labeone con la formulazione *nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset*, che dichiara appunto la nullità sostanziale dell'assetto negoziale costituito mediante la semplice *traditio*. La tutela del soggetto in cui favore era stata costituita la servitù sarebbe stata costituita pertanto, per Labeone, dalla prestazione di una *cautio*, con la quale il disponente, mediante *stipulatio*, si impegnava ad assicurare alla controparte il pacifico esercizio dell'attività: quella che la dottrina più attenta (ed in particolare Giuseppe Grosso) ha definito "stipulazione di esercizio", da tenere distinta dalla *stipulatio* con la quale il promittente si obbliga al compimento del successivo trasferimento della proprietà di un bene.

Giavoleno, un secolo dopo, va più avanti, compiendo una esplicita assimilazione tra l'*usus iuris* e la *traditio possessionis*, con la conseguenza che l'avente diritto ottiene una tutela più marcata di quella proposta da Labeone, cioè la concessione degli interdetti possessorî (ed in particolare il prototipo di questi, l'*uti possidetis*), con i quali viene difesa la posizione di chi abbia la cosa presso di sé, purché questo rapporto con la cosa non sia viziato dalla circostanza di essersene impossessato con la violenza, di essersene introdotto clandestinamente, o di averlo avuto per

⁽⁶²⁾ Tr.: "Ogni volta che sia acquistata una servitù di passaggio o un altro diritto su un fondo, Labeone ritiene necessario che tu presti cauzione onde evitare che tu possa impedire all'acquirente di esercitare il suo diritto, dato che la vuota *traditio* di un tale diritto è nulla. Io credo che l'esercizio di quel diritto debba essere considerato alla stregua della *traditio* del possesso, ed a questo scopo sono apprestati interdetti per così dire possessorî".

concessione precaria ⁽⁶³⁾. Il giurista li qualifica *veluti possessoria* proprio perché in questo caso non intendono tutelare il possesso di un bene, ma l'esercizio di un'attività. È la stessa terminologia che, qualche decennio dopo, impiegherà Gaio quando, introducendo nelle sue *Istituzioni* la materia degli *interdicta*, afferma:

Gaio, *Institutiones*, 4.39: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit: quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur* ⁽⁶⁴⁾.

La soluzione proposta da Giavoleno era un deciso passo avanti rispetto alla tutela dell'esercizio delle attività connesse alla servitù a mezzo di stipulazione di esercizio. Era il primo passo verso una più decisa assimilazione dell'esercizio di un diritto al possesso di questo stesso diritto: quella che i giuristi medievali chiameranno *possessio iuris*.

* * *

Più rilevante è il problema dell'esercizio di una servitù in assenza di titolo, ma da parte di un soggetto erroneamente convinto che questo titolo esistesse:

⁽⁶³⁾ Ricordo che l'*uti possidetis*, nella versione trasmessa da Ulpiano nel suo commento all'editto, è così formulato: D.43.17.1 pr.: *Ait praetor: 'Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto'* (Tr.: "Afferma il pretore: 'Così come voi possedete questo edificio di cui è controversia, l'uno nei confronti dell'altro, senza violenza, non clandestinamente, né per concessione precaria, io faccio divieto che sia fatta violenza diretta a impedire che voi lo possediate"). Non mi soffermo sul problema costituito dall'esistenza di un testo interdittale piuttosto diverso da questo, ancora di età repubblicana, tramandatoci da Festo.

⁽⁶⁴⁾ Tr.: "Dunque il pretore o il proconsole, in base a cause determinate, interpongono la loro autorità in via principale allo scopo di definire i limiti delle controversie: ciò fanno soprattutto quando tra le parti si litiga sul possesso o sul quasi possesso".

D.43.20.1.9 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Et qualiter sit constitutum ius aquae, dicendum est hoc interdictum locum habere. 10. Sed etsi iure aqua non debetur alicui, si tamen iure ducere se putavit, cum non in iure, sed in facto erravit, dicendum est eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti possit: sufficit enim, si iure ducere se putavit nec vi nec clam nec precario duxit*⁶⁵.

Dopo avere discusso fattispecie accomunate dal presupposto dell'esistenza di un effettivo negozio costitutivo del titolo, Ulpiano affronta un difficile problema, costituito dall'efficacia dell'esercizio di una conduzione d'acqua in assenza di titolo costitutivo.

Il punto di partenza della questione è *iure aqua non debetur*, locuzione con cui Ulpiano descrive l'assenza del *ius* di svolgere l'attività o, detto in altre parole, l'inesistenza della servitù sul piano del *ius civile*. L'esperibilità dell'interdetto *de aqua cottidiana et aestiva* è dichiarata sul presupposto che il soggetto sia convinto di avere il diritto: *iure ducere se putavit*. Dato che l'interdetto in parola era concesso al richiedente qualora, nel corso dell'ultimo anno, avesse operato la conduzione *non vi non clam non precario*⁽⁶⁶⁾, è chiaro che anche la conduzione in as-

(⁶⁵) Tr.: “9. Ed in qualunque modo sia stato costituito il diritto sull'acqua, bisogna dire che questo interdetto (sull'acqua quotidiana ed estiva) è esperibile. 10. Ma anche se l'acqua non è dovuta ad alcuno in base al diritto, se tuttavia egli ritenne di avere il diritto di condurla, poiché errò non sul diritto, ma sul fatto, bisogna dire, e questa è la regola di diritto che applichiamo, che egli potrà servirsi di questo interdetto: infatti è sufficiente che egli ritenga di poterla condurre secondo diritto, e che non l'abbia condotta con violenza, clandestinamente o in base a concessione precaria”.

(⁶⁶) Il testo dell'interdetto (D.43.20.1 pr., Ulpiano, 70 ad edictum), infatti, è: *'Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto'* (tr.: “Io faccio divieto che si usi violenza per impedirti di condurre l'acqua, della quale si tratta, così come l'hai condotta in questo anno non con violenza, non clandestinamente, non per concessione precaria”).

senza del diritto, ma con la convinzione che esso esistesse, era subordinato alla medesima condizione.

La stessa enunciazione è espressa da Ulpiano in svariati luoghi del suo commento all'editto del pretore. In sede di analisi dell'interdetto *de rivis* ⁽⁶⁷⁾ egli afferma:

D.43.21.1.9 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Hoc interdictum competit etiam ei, qui ius aquae ducendae non habet, si modo aut priore aestate aut eodem anno aquam duxerit, cum sufficiat non vi non clam non precario duxisse* ⁽⁶⁸⁾.

Ulpiano sottolinea, dunque, che la convinzione soggettiva di avere *ius* di condurre acqua equivale, ai fini dell'esperibilità degli interdetti *de aqua*, all'esistenza di un valido titolo costitutivo del diritto. Il giurista sottolinea che, a questo scopo, è sufficiente un presupposto, l'aver condotto acqua per un periodo di tempo predefinito, ed è necessaria una condizione, non avere condotto acqua con modalità equivalenti ad uno di quei comportamenti che integrano la cosiddetta *clausula vitii* del possesso: *vi clam precario*.

Analogamente, introducendo il commento all'interdetto *quo ex castello*, riportato in D.43.20.1.39 ⁽⁶⁹⁾, Ulpiano afferma

⁽⁶⁷⁾ Il cui testo è (D.43.21.1 pr.): *'Rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto'* (tr.: "Io faccio divieto di usare violenza per non permettere a lui di restaurare o di ripulire i fossati, i canali, le chiuse costruiti per derivare acqua, purché non conduca acqua in modo diverso da come l'ha condotta da te nella precedente estate non con violenza, non clandestinamente, non per concessione precaria").

⁽⁶⁸⁾ Tr.: "Questo interdetto compete anche a colui che non ha il diritto di condurre acqua, purché l'abbia condotta o nella precedente estate, o nello stesso anno, bastando che non l'abbia condotta con violenza, clandestinamente o per concessione precaria". Le due determinazioni temporali fanno riferimento rispettivamente all'interdetto *de aqua aestiva* (*priore aestate*) ed a quello *de aqua cottidiana* (*eodem anno*).

⁽⁶⁹⁾ D.43.20.1.38: *Ait praetor: 'Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita uti permissum est ducat, vim*

che esso può essere accordato solo a colui che abbia preventivamente ottenuto un atto di concessione; e questa diversità di presupposto lo differenzia nettamente dagli altri interdetti *de aqua*: in esso infatti la *ductio* è operata su un'acqua pubblica e a partire da un *castellum* pubblico, mentre *superiora interdicta ad eos pertinent, qui a capite ducunt vel imposita servitute vel quia putant impositam* ⁽⁷⁰⁾. Nel caso del *quo ex castello* non si può fare questione di ignoranza sull'esistenza del titolo: la concessione o c'è o non c'è. E questo lo dice chiaramente lo stesso Ulpiano, ove afferma che questo interdetto ha finalità e struttura diverse da tutti gli altri interdetti *de aqua*:

D.43.20.1.44: *Meminisse autem debemus in hoc interdicto totam quaestionem finiri adsignationis: non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet ius adsignatum sibi aut non habet, et interdictum totum finitur* ⁽⁷¹⁾.

Invece gli altri interdetti *de aqua* tutelano anche colui che sia convinto di avere titolo ad esercitare la conduzione, pur essendo in realtà privo. La necessità che il soggetto sia convinto

fieri veto. quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caveri iubebo (Tr.: “Afferma il pretore: ‘Dal castello dal quale, da parte di chi ha il diritto di emanare concessioni, è stato permesso a costui di condurre acqua, io faccio divieto di far violenza al fine di impedirgli di condurre così come gli è stato permesso. Nel caso in cui l’interdetto sia stato proposto riguardo ad un’opera da eseguire, io ordinerò di prestare cauzione di danno non ancora prodotto”).

⁽⁷⁰⁾ Tr.: “Gli interdetti precedenti competono a coloro che conducono acqua da un *caput*, o dopo aver costituito una servitù, o poiché ritengono che essa sia stata costituita”.

⁽⁷¹⁾ Tr.: “Dobbiamo però ricordare che in questo interdetto tutta la questione si esaurisce nell’assegnazione: infatti questo interdetto non prepara la causa, come gli interdetti precedenti, né riguarda il possesso temporaneo, ma egli (cioè il richiedente) o ha il diritto assegnato o non lo ha, e tutto l’interdetto si esaurisce”.

di esercitare un suo diritto è esplicita in un passo in cui Ulpiano riporta un'opinione di Aristone, in cui l'atteggiamento mentale di chi sia persuaso di avere il diritto di svolgere l'attività è esplicitamente contrapposto a quello di colui che sia a conoscenza dell'inesistenza del diritto, e ciononostante eserciti ugualmente l'attività:

D.43.20.1.19 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Aristo putat eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo iure uti, non eum, qui scit se nullum ius habere et utitur* ⁽⁷²⁾.

La parificazione dell'utilizzo della conduzione d'acqua, attuato con la convinzione del soggetto di averne il diritto, alla effettiva costituzione della servitù di *ductus* o di *haustus* con gli opportuni negozi traslativi dei diritti reali, ci introduce così nella materia dei concreti modi di esercizio delle servitù.

4. L'esercizio delle servitù d'acqua

La funzione fondamentale delle servitù è la strumentalità di un fondo all'*utilitas* di un altro fondo, qualunque sia poi la configurazione di questa utilità. Che nel corso dell'età imperiale i giuristi ammettessero la tutela delle derivazioni non solo nel caso di rifornimento per usi necessari come l'irrigazione ma anche per qualunque *amoenitas*, è affermato da Pomponio in sede di valutazione dei requisiti di esperibilità dell'interdetto *de aqua cottidiana et aestiva*:

D.43.20.3 pr. (Pomponio, 34 ad Sabinum): *Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit* ⁽⁷³⁾.

⁽⁷²⁾ Tr.: "Aristone ritiene che disponga di questo interdetto colui che ritenga di avere questo diritto, non colui che sa di non avere nessun diritto e se ne serve".

⁽⁷³⁾ Tr.: "Applichiamo questa regola di diritto, e cioè che sia possibile condurre l'acqua non solo per irrigare, ma anche per abbeverare il bestiame o

L'*utilitas* era intesa quindi dai giuristi romani, almeno dal II sec. d. C., in senso lato, come rivolta comunque a favorire un qualsiasi *commodum* privato. In termini non dissimili da Pomponio si pronunciò poi Ulpiano:

D.43.20.1.11 (Ulpiano 70 ad edictum): *Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quae ad usum quoque et commodum nostrum. et hoc iure utimur, ut haec quoque contineatur. propter quod etiam si in urbana praedia quis ducere velit, hoc interdictum locum habere potest* ⁽⁷⁴⁾.

Dove mi pare rilevante che Ulpiano impiegasse non *competit*, ma *locum habere potest*, che pare stabilire una diversità nella determinazione del presupposto materiale di concessione: nel primo caso (irrigazione) si tratterebbe dell'ipotesi edittale; nel secondo (altri *commoda*) di una semplice estensione in via di interpretazione, su semplice suggerimento del giurista. Se ne deduce che l'estensione della nozione di servitù dalla finalità di perseguire l'*utilitas* del fondo dominante, in ambiente rurale, a qualunque *commodum* o *amoenitas* anche urbana, è il frutto della riflessione della giurisprudenza, che applica alle derivazioni urbane (ad es. per rifornire d'acqua gli innumerevoli *horti* urbani, cioè le splendide ville urbane aristocratiche dotate di giardini) le regole inizialmente introdotte per il rifornimento idrico dei fondi rurali ⁽⁷⁵⁾.

per la piacevolezza del luogo".

⁽⁷⁴⁾ Tr.: "Ci si chiede se sia considerata in questi interdetti solo quell'acqua che concerne l'irrigazione dei fondi, o qualsiasi, anche quella che riguarda il nostro uso e la nostra convenienza. Ed applichiamo questa regola di diritto, che sia compresa anche questa. Per questa ragione anche se qualcuno vuole condurre acqua in fondi urbani, questo interdetto potrà avere luogo".

⁽⁷⁵⁾ L'applicazione delle regole elaborate per le servitù rustiche, che come tali avevano attinenza alle esigenze di rifornimento idrico in ambiente rurale, ad ogni utilità del fondo, è accolta nel C. C. vigente che, all'art. 1028, accoglie quasi alla lettera i passi di Pomponio e di Ulpiano ora visti, dispo-

Non solo: l'*utilitas* non è presa in considerazione dai giuristi in astratto, ma calata nella molteplicità dei possibili assetti determinati dalle parti. Da questo punto di vista, almeno fino al I sec. d. C., i giuristi non sono unanimi nel determinare in base a quali requisiti sia da riconoscere l'*utilitas*: anzi, possiamo leggere in controluce nelle testimonianze della giurisprudenza, almeno a partire da Labeone, uno svolgimento del pensiero giurisprudenziale che parte da una concezione di quasi superfluità del requisito dell'utilità, per giungere ad una valutazione nella quale esso viene ad occupare un posto centrale, ed in cui l'estensione della relativa nozione all'*amoenitas* costituisce, in un certo senso, il punto terminale, di massima espansione.

Labeone, infatti, propone una valutazione assolutamente lata, al limite della superfluità, della nozione di *utilitas*:

D.8.1.19 (Labeone, 4 posteriorum a Iavoleno epitomatorum): *Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, et si <ipsi> non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui [dedere] ducere non expediret, nihilo minus constitui ea servitus possit: quaedam enim [debere] habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt* ⁽⁷⁶⁾.

A prima vista il passo sembra dire che si possa costituire servitù di acquedotto anche qualora il fondo dominante non abbia bisogno di quell'acqua. L'affermazione è in sé abbastanza sorprendente, e merita di essere approfondita. Perché in questo testo Labeone pare non dare rilevanza al requisito dell'utilità? La

nendo che "L'utilità può consistere anche nella maggiore comodità o amenità del fondo dominante". Il séguito dell'art., invece, riflette le esigenze economiche della moderna industrializzazione, respingendo completamente i princípi romani: "Può del pari essere inerente alla destinazione industriale del fondo".

⁽⁷⁶⁾ Tr.: "A quel fondo, che uno venda, io ritengo che possa essere imposta una servitù, anche se non sia utile a lui stesso: ad esempio se a taluno non fosse necessario condurre acqua, nondimeno può essere costituita questa servitù: infatti noi possiamo avere alcune cose, benché esse non ci siano utili".

spiegazione va probabilmente ricercata in un suo più generale orientamento diretto a riconoscere la sufficienza della sussistenza della utilità nel solo fatto del collegamento tra la sorgente da cui prendeva origine il canale di conduzione ed il fondo, senza bisogno di un più approfondito esame della finalità specifica a cui servisse il rifornimento idrico. Un orientamento che possiamo osservare in altri testi di Labeone:

D.8.3.24 (Pomponio, 33 ad Sabinum): *Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est* ⁽⁷⁷⁾.

Anche questo testo è sibillino: prima di tutto è verosimile che il riferimento al *commodare*, ammesso che non sia frutto di errore di trascrizione, non si riferisca tecnicamente al contratto di comodato, ma ad un più semplice atto volontario di cessione, da parte del titolare della servitù, ad un terzo ⁽⁷⁸⁾. Perché Labeone ritiene che il titolare della servitù possa cedere ad altri l'uso di una certa quantità dell'acqua che forma oggetto della servitù di cui egli è titolare? Evidentemente perché, secondo il giurista, costui aveva un pieno diritto di disporre come volesse dell'acqua condotta, anche cedendone l'uso di una parte a terzi. Si tratterebbe, in altri termini, di una configurazione più arcaica di quella successivamente accolta dalla giurisprudenza, che si incentra

⁽⁷⁷⁾ Tr.: "Labeone scrive che dal mio acquedotto io posso comodare ad un qualsiasi vicino. Proculo si pronuncia in senso contrario, per il fatto che io non posso usare l'acqua in una parte del mio fondo diversa da quella per la quale la servitù è stata costituita. L'opinione di Proculo è più vera (di quella di Labeone)".

⁽⁷⁸⁾ A questo proposito va rilevato che una diversa tradizione manoscritta riporta, su questo punto, una variante più convincente: invece di *vicino commodare*, infatti, nei codici della *Vulgata* bolognese si legge *vicino meo dare*. Sparirebbe in tal modo il riferimento, piuttosto incongruo, al comodato, sostituito da un ben altrimenti giustificato rinvio alla pura e semplice cessione dell'acqua.

sulla servitù di acquedotto come diritto parziario su cosa altrui comprendente sia la presa da un *fons* che continua ad essere in proprietà del titolare del fondo servente, sia la conduzione sul fondo altrui: una concezione più antica che vede nella proprietà della sorgente da parte del titolare della servitù il requisito minimo necessario e sufficiente per poter condurre l'acqua attraverso un fondo altrui. Su questo fondamento, pare ovvio che il proprietario dell'acqua (in quanto proprietario del *fons* da cui essa sgorgava e che poi fluiva nel canale scavato nel fondo altrui) potesse disporre come meglio credesse dell'acqua condotta, anche cedendone una parte a terzi.

Proculo si dissocia da questa visuale. Questo giurista è attivo pochi anni dopo Labeone, ma dimostra di avere della nozione di utilità una visione molto diversa. L'obiezione che egli muove all'opinione labeoniana non è per la verità molto chiara: cosa vuol dire che non posso concedere l'acqua ad altri per il fatto che "io non posso usare l'acqua in una parte del mio fondo diversa da quella per la quale la servitù è stata costituita"? A mio parere si tratta qui di un'argomentazione *a fortiori*, nel senso che il giurista afferma che, dato che l'acqua non può essere usata dal titolare della servitù neanche in una parte del suo fondo diversa da quella per la quale la servitù è stata costituita, a maggior ragione non può essere concessa ad altri. In altri termini, dato che la servitù è stata costituita per assicurare un'utilità specifica al fondo dominante, non può essere dispersa a favore di terzi estranei al rapporto. Come si può vedere, in Proculo l'utilità, intesa come parametro che rende ragione della strumentalità del rapporto al servizio del fondo dominante, viene ad assumere un rilievo centrale nella configurazione del rapporto stesso. L'inserimento della *amoenitas* nella nozione di utilità costituisce un ulteriore passo avanti nella riflessione sul requisito, che viene esteso praticamente all'infinito, in dipendenza dei più svariati bisogni del titolare della servitù.

Tuttavia, nella visuale dei giuristi romani, questa interpre-

tazione estensiva della nozione di *utilitas* soffre di un limite insuperabile: per poter essere riversata in una servitù, l'attività deve essere strumentale al vantaggio del fondo dominante, e non può quindi sottostare alla sua destinazione industriale. I giuristi, infatti, appaiono perentori nel negare la possibilità di costituire servitù allo scopo di esercitare un'attività economica lucrativa: lo affermano recisamente i giuristi di età severiana, Ulpiano (che però si collega esplicitamente all'autorità di Nerazio) e Paolo, in due testi situati nel Digesto in sequenza:

D.8.3.5.1 (Ulpiano, 17 ad edictum): *sed ipse (Neratius) dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit* ⁽⁷⁹⁾:

D.8.3.6 (Paolo, 15 ad Plautium): *veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur (sicuti in quibusdam fit, ut amphoris vinum evahatur aut ut dolia fiant), vel tegulae ad villam aedificandam. sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usus fructus erit* ⁽⁸⁰⁾.

L'ammissione della costituzione della servitù che consente al proprietario del fondo dominante di coltivare una cava di argilla o di gestire una calcara nel fondo servente, incontra il limite insuperabile della destinazione dell'attività. Se il materiale estratto viene lavorato nelle fornaci per servire al titolare della servitù (ad es., come suggerisce esplicitamente Paolo, per fabbricare i mattoni e le tegole da adoperare nell'edificazione di una

⁽⁷⁹⁾ Tr.: "Ma lo stesso Nerazio dice che si possano costituire soprattutto le servitù di cuocere la calce o di estrarre argilla solo per quanto sia necessario allo stesso fondo (dominante)".

⁽⁸⁰⁾ Tr.: "come se taluno avesse delle fornaci nelle quali si fabbricassero vasi con cui trasportare i prodotti di quel fondo (come avviene in alcune, allo scopo di trasportare il vino in anfore, o di fabbricare dolii), o tegole per l'edificazione di una villa. Ma se le fornaci fossero impiegate per vendere i vasi, si tratterebbe di usufrutto".

villa) è possibile costituirli; altrimenti, qualora i prodotti delle fornaci siano messi in vendita (quindi non siano strumentali alle attività economiche del fondo dominante, ma siano esse stesse l'oggetto dell'attività economica destinata a procurare un guadagno), non si potrà costituire servitù, dal momento che si tratterebbe di usufrutto: la *ratio* della pronuncia consiste nel fatto che il ricavo ottenuto dall'attività va considerato come percezione del *fructus* derivante dall'*usus* di una cosa altrui.

È ben vero che da alcuni testi parrebbe potersi desumere una qualche attenzione della giurisprudenza alla possibilità di costituire servitù per l'esercizio di attività lucrative su un fondo altrui. Abbiamo già esaminato il più rilevante di questi passi, D.8.4.13 pr. (Ulpiano, 6 *Opinionum*), in cui il giurista discute una *lex venditionis*, con la quale il venditore si impegnava a non esercitare una tonnara: *ne contra eum piscatio thynnaria exercetur*. Ma abbiamo anche visto che questa clausola non va interpretata necessariamente in chiave di clausola di non concorrenza, potendo benissimo riferirsi alla richiesta, da parte dell'acquirente, che il venditore evitasse di svolgere un'attività che avrebbe inevitabilmente comportato confusione, ed anche deprezzamento economico, *di fronte* al fondo trasferito.

Abbiamo anche esaminato un altro testo, D.8.3.4 (Papiniano, 2 *Responsorum*), in cui il giurista discute una fattispecie in base alla quale la servitù di conduzione del gregge al pascolo situato sul fondo altrui o ad abbeverarsi ad acqua situata ancora su fondo altrui (*appulsus pecoris pascendi e ad aquam*), possono costituire *fructus praedii*; in tal caso si tratterebbe di un'attività lucrativa su fondo altrui, strumentale quindi alla percezione di un utile economico. Tuttavia la configurazione di questa attività come attività industriale urta contro un orientamento generale della giurisprudenza, secondo cui va fatta distinzione tra servitù ed usufrutto: qualora la destinazione economica del fondo altrui sia orientata nel senso di un *intuitus personae*, non si tratta di servitù ma di usufrutto: ed ovviamente la destinazione industriale

di un fondo ha sempre, in sé, la finalità di procurare un lucro all'imprenditore. Tanto è vero che le fonti sono esplicite al riguardo. Esaminiamo brevemente questo passo di Paolo, che è la continuazione del frammento in cui il giurista tratta delle *figlinae* strumentali ad un'attività sul fondo dominante o destinate alla vendita:

D.8.3.6.1 (Paolo, 15 ad Plautium): *Item longe recedit ab usu fructu ius calcis coquendae et lapidis eximendi et harenae fodiendae aedificandi eius gratia quod in fundo est, item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant? non est dubitandum, quin servitutis sit: et hoc Maecianus probat in tantum, ut et talem servitutem constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet si habeam pascui servitutem aut pecoris appellendi, ut, si hiemps ingruerit, habeam quo me recipiam* ⁽⁸¹⁾.

In questo passo, in cui si legge in controluce tutta una serie di attività di sfruttamento delle cave e dei boschi, Paolo conferma la netta distinzione, già operata nel *principium* del testo, tra attività strumentali allo sfruttamento del fondo dominante, ed attività che non abbiano questa finalità: la destinazione del legno di un bosco ceduo alla manutenzione delle vigne, così come la coltivazione di cave di pietra o di sabbia al fine di edificare una costruzione sul fondo dominante, non rispondono alla finalità di conseguire un lucro, ma di rendere più funzionale l'attività del

⁽⁸¹⁾ Tr.: "Inoltre dista moltissimo dall'usufrutto il diritto di cuocere la calce e di estrarre pietra e di scavare sabbia allo scopo di edificare ciò che si trovi sul fondo (dominante), e così quello di sfruttare un bosco ceduo affinché non manchino mai le palificazioni nelle vigne. Dunque, di cosa si tratta se queste attività rendano migliore il fondo? Non si deve dubitare che si tratti di servitù. E questo Meciano dimostra tanto da ritenere che si possa costituire una servitù di questo genere, e cioè che io possa tenere nel tuo fondo una capanna, se abbia il diritto di pascolare il gregge o di condurlo, in modo tale che, se si avvicini l'inverno, abbia un luogo dove mi possa riparare".

fondo dominante. Tanto è vero che, con una argomentazione *a fortiori*, un giurista anteriore a Paolo, Meciano, aveva elaborato la stessa regola, addirittura adducendo che fosse possibile costituire una “servitù di edificazione di capanna” allo scopo di meglio svolgere la servitù di pascolo.

Paolo, infatti, contrappone queste attività, qualora *praediorum meliorem causam faciant*, all'usufrutto, evidentemente confermando che, qualora l'attività sul fondo altrui non sia funzionale al più efficace sfruttamento del fondo dominante, ma siano finalizzate al conseguimento di un lucro da parte del titolare, non si può parlare di servitù, ma di usufrutto. Pare dunque evidente che un'attività costituita su un fondo altrui per ottimizzare lo sfruttamento industriale del fondo, non sia, nell'ottica dei giuristi romani, una servitù.

* * *

Sul punto dei possibili rapporti intercorrenti tra i vicini, in relazione all'uso delle acque, la prassi negoziale, attestata e discussa dai giuristi, è singolarmente estesa. Il primo problema da affrontare riguarda la localizzazione del canale di conduzione all'interno del fondo dominante. Esistono delle regole che delimitano il diritto del titolare della servitù? Costui può scavare il condotto idrico dove vuole, o deve rispettare dei criteri di massima che pongano delle restrizioni al suo arbitrio?

Una prima risposta, sostanzialmente negativa, la fornisce, già all'aprirsi del I sec. a. C., Q. Mucio Scevola:

D.43.20.8 (Scaevola, lib. singular. *órōn*): *Cui per fundum iter aquae debetur, quacumque vult in eo rivum licet faciat, dum ne aquae ductum interverteret* ⁽⁸²⁾.

Q. Mucio, dunque, affermava che il titolare della servitù

⁽⁸²⁾ Tr.: “A colui al quale è dovuto il passaggio dell'acqua attraverso un fondo, è lecito fare in esso il canale ovunque voglia, purché non si appropri della conduzione d'acqua”.

aveva la facoltà di scegliere il percorso che egli preferiva attraverso il fondo servente, a patto di non *intervertere* il *ductum* dell'acqua: un'espressione non molto chiara, nella quale si possono celare ipotesi disparate. Se con *ductum* il giurista intendeva riferirsi alla direzione del flusso, il verbo potrebbe significare "invertire" la direzione dell'acqua. Ma il verbo implica anche, più generalmente, una "sottrazione": in questo caso il giurista indicherebbe un limite all'*arbitrium* del titolare della servitù: la scelta del percorso non potrebbe servire a sottrarre l'acqua.

Sostanzialmente congruente è la soluzione enunciata da Paolo in un passo di commento all'opera di Masurio Sabino:

D.8.3.21 (Paulus, 15 ad Sabinum): *Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum non destinata parte, per quam ducerem, totus fundus tuus serviet* ⁽⁸³⁾.

Paolo, forse prendendo spunto da un'opinione di Sabino, enuncia dunque un'alternativa: se il proprietario del fondo servente destina una parte del fondo per il percorso del fossato, tutta la parte rimanente del fondo rimane libera dalla servitù, e solo la parte destinata è assoggettata; ma se il proprietario del fondo non compie questa destinazione, tutto il fondo rimane soggetto. Questa regola è identica a quella che disciplina le servitù di passaggio, secondo un enunciato di Giavoleno:

D.8.3.13.3 (Iavolenus, 10 ex Cassio): *Si locus non adiecta latitudine nominatus est, per eum qualibet iri poterit: sin autem praetermissus est aequae latitudine non adiecta, per totum fundum una poterit eligi via dumtaxat eius latitudinis, quae lege comprehensa est: pro quo ipso, si dubitabitur, arbitri officium invocandum est* ⁽⁸⁴⁾

⁽⁸³⁾ Tr.: "Se tu mi avrai concesso la servitù di acquedotto sul tuo fondo senza aver destinato la parte (del fondo) attraverso la quale io la possa condurre, tutto il tuo fondo sarà soggetto alla servitù".

⁽⁸⁴⁾ Tr.: "Se il luogo è nominato senza aggiunta della larghezza [dell'*iter* e dell'*actus*], si potrà andare dovunque: se invece si sia omissso di indicare [il luogo], senza parimenti aggiungere la larghezza, attraverso tutto il

Come si vede, anche per le servitù di passaggio la mancata indicazione della larghezza del percorso prescelto per la servitù comportava la soggezione di tutto il fondo alla servitù stessa.

* * *

Il proprietario poteva cedere l'uso totale dell'acqua scaturente sul proprio fondo (ed abbiamo esaminato qualche ipotesi più sopra), ma poteva anche regolarlo ad intervalli temporali, in modo da alternare l'uso dell'acqua fra più titolari della servitù, o fra il titolare della servitù e lui stesso. Gaio ammette la facoltà del proprietario del fondo servente di regolare l'accesso del titolare della servitù ad ore determinate:

D.8.1.5.1 (Gaio, 7 ad edictum provinciale): *Usus servitutum temporibus secerni potest, forte ut quis post horam tertiam usque in horam decimam eo iure utatur vel ut alternis diebus utatur* ⁽⁸⁵⁾.

La programmazione temporale dell'accesso all'acqua, sorta evidentemente nella pratica agricola, viene recepita dalla giurisprudenza come una delle possibili modalità di regolamentazione convenzionale dell'esercizio della servitù. La libertà delle parti è, al proposito, vastissima. Nerazio Prisco esprime al proposito tutta una serie di facoltà consentite al proprietario del fondo servente per regolare i rapporti tra lui ed il titolare, o i titolari della servitù di acquedotto o di *haustus*:

D.8.3.2.1 (Nerat. 4 regularum): *Aquae ductus et haustus aquae per eundem locum ut ducatur, etiam pluribus concedi potest: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur: 2. Si aquae ductus vel haustus aquae sufficiens est,*

fondo si potrà scegliere una sola via, purché di quella larghezza che è stabilita dalla legge [delle XII tavole]: e per questo stesso punto, se vi sarà incertezza, dovrà essere invocato l'intervento di un arbitro".

⁽⁸⁵⁾ Tr.: "L'uso delle servitù può essere regolato anche in relazione al tempo, in modo tale che, ad esempio, taluno possa servirsi del suo diritto dall'ora terza all'ora decima, o a giorni alterni".

potest et pluribus per eundem locum concedi, ut et isdem diebus vel horis ducatur ⁽⁸⁶⁾.

Come si può vedere, nel caso in cui il proprietario del fondo servente voglia ammettere una pluralità di titolari della servitù alla conduzione od attingimento dell'acqua *per eundem locum*, Nerazio prevede una serie di possibilità alternative:

a- facoltà di ammettere più titolari mediante lo stesso canale (*l'isdem locus* è evidentemente la striscia di terreno lungo la quale passa il fossato di conduzione);

b- facoltà di ripartire l'accesso in funzione oraria o giornaliera;

c- a condizione che l'acqua sia sufficiente, l'accesso può anche essere permesso contemporaneamente ai titolari.

La facoltà di ammettere una pluralità di titolari è lecita in quanto, in questa ipotesi, l'esercizio dell'attività da parte di ciascuno non incide negativamente sulla facoltà degli altri titolari. Altra sarebbe la soluzione se il proprietario del fondo servente costituisse, sulla stessa porzione di suolo, due servitù diverse ed incompatibili tra di loro, ciascuna delle quali renderebbe impossibile l'esercizio dell'altra servitù. Pomponio è in questo caso categorico:

D.8.3.14 (Pomponio, 32 ad Quintum Mucium): *Per quem locum viam alii cessero, per eundem alii aquae ductum cedere non potero: sed et si aquae ductum alii concessero, alii iter per eundem locum [vendere vel alias] <mancipare vel in iure> cedere non potero* ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁶⁾ Tr.: "Può essere concesso anche ad una pluralità di soggetti di condurre o attingere l'acqua attraverso il medesimo luogo: può essere concesso anche di condurla in giorni od ore diversi. 2. Se l'acquedotto o l'acqua da attingere è sufficiente, può essere concesso anche ad una pluralità di soggetti di condurla negli stessi giorni o nelle stesse ore".

⁽⁸⁷⁾ Tr.: "Lungo quella porzione di fondo sulla quale ho costituito a favore di taluno la servitù di via, lungo quella stessa porzione non potrò costituire a favore di qualcun altro una servitù di acquedotto: e analogamente, se

Pare evidente che la regolamentazione degli usi idrici qui formulata sia sorta nell'ambito della prassi dei rapporti agrari, e sia stata in séguito recepita dalla giurisprudenza come elencazione di possibili opzioni a disposizione dei vicini per regolare il loro rifornimento idrico.

Nerazio, dunque, enuncia la facoltà di costituire una delle possibili servitù d'acqua (*ductus* o *haustus*) anche a favore di una pluralità di soggetti, che possono servirsene sia a scadenze temporali orarie o giornaliere, sia contemporaneamente, a condizione che l'acqua sia sufficiente per tutti (*si aquae ductus vel haustus aquae sufficiens est*).

Un giurista anteriore a Nerazio, Proculo, in un testo che affronta il problema dei modi di estinzione della servitù d'acqua, descrive alcuni diversi possibili modelli:

D.8.6.16 (Proculo 1 epistolarum): *Aquam, quae oriebatur in fundo vicini, plures per eundem rivum iure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum eumque communem, deinde ut quisque inferior erat, suo quisque proprio rivo, et unus [statuto tempore, quo servitus amittitur] <biennio> non duxit. existimo eum ius ducendae aquae amisisse, nec per ceteros qui duxerunt eius ius usurpatum esse: proprium enim cuiusque eorum ius fuit neque per alium usurpari potuit. quod si plurium fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset. item si quis eorum, quibus aquae ductus servitus debebatur et per eundem rivum aquam ducebant, ius aquae ducendae non ducendo eam amisit, nihil iuris eo nomine ceteris, qui rivo utebantur, adcrevit idque commodum eius est, per cuius fundum id iter aquae, quod non utendo pro parte unius amissum est: libertate enim huius partis servitutis fruitur* ⁽⁸⁸⁾.

avrò concesso a taluno l'acquedotto, lungo la stessa porzione di suolo non potrò costituire a favore di altri la servitù di *iter*".

⁽⁸⁸⁾ Tr.: "Più soggetti erano soliti condurre secondo il diritto l'acqua, che scaturiva da un fondo vicino, in modo tale che ciascuno la conduceva dalla

Le situazioni descritte da Proculo sono tre:

I) *plures per eundem rivum iure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum eumque communem, deinde ut quisque inferior erat, suo quisque proprio rivo*: derivazioni a giorni stabiliti e diversi (*suo quisque die a capite duceret*), quindi con *intermissio temporis* giornaliera; inoltre il primo titolare deriva direttamente dal *rivus communis* (*primo per eundem rivum eumque communem*), gli altri, impiegando ciascuno il proprio canale di irrigazione;

II) *plurium fundo iter aquae debitum esset*: servitù di acquedotto costituita a favore di un fondo in comproprietà (*plurium fundo iter aquae debitum*);

III) *quis eorum, quibus aquae ductus servitus debebatur et per eundem rivum aquam ducebant*: una pluralità di soggetti *quibus aquae ductus servitus debebatur* deriva contemporaneamente dal *rivus communis* senza intervalli temporali ed utilizzando lo stesso canale.

La prima ipotesi contempla dunque un *rivus* che, sgorgando da un *caput aquae* situato nel fondo servente, scorre attraverso i vari fondi dominanti e dal quale a loro volta si dipartono altri *rivi*

sorgente nel giorno a lui destinato, da parte del primo per mezzo dello stesso fossato, quello comune, e poi ciascuno degli altri successivi, ognuno tramite il proprio fossato. Uno di loro non la condusse per [il tempo stabilito, dopo il quale la servitù si estingue] due anni. Io ritengo che egli abbia perso il suo diritto di condurre l'acqua, ma che il suo diritto non sia acquistato da tutti gli altri che la condussero. Infatti il diritto era specifico per ciascuno di loro e non si poté acquistare da parte di un altro. Se invece il diritto di conduzione fosse dovuto ad un fondo appartenente a più soggetti, mediante uno di loro si sarebbe potuto acquistare a favore di tutti coloro tra i quali quel fondo fosse comune. Inoltre se qualcuno di coloro ai quali era dovuta la servitù di acquedotto e che conducevano l'acqua mediante il medesimo fossato, abbia perso la servitù di conduzione d'acqua, non conducendola, non accresce alcun diritto, a quel titolo, agli altri che usano il fossato, e quel vantaggio appartiene al proprietario del fondo attraverso il quale il percorso dell'acqua è stato perso non utilizzandolo da parte di uno: egli infatti si avvantaggia della libertà di quella parte di servitù".

privati di ciascun titolare della servitù: abbiamo cioè tante servitù quanti sono i titolari. Il *rivus communis* costituisce la spina dorsale di questo sistema di irrigazione; ma l'espressione non deve trarre in inganno: non si tratta, come potrebbe apparire a prima vista, di un uso comunitario del canale di conduzione, cioè di condominio, bensì di uso distinto di tanti titolari diversi della servitù, ciascuno dei quali deriva mediante un canale proprio che si dirama da un canale principale.

Dovremo tornare su questo testo importante quando esamineremo i modi di estinzione delle servitù.

Nel Digesto sono descritti assetti anche più complicati di questo. Si consideri

D.8.3.31 (Giuliano 2 ex Minicio): *Tria praedia continua trium dominorum adiecta erant: imi praedii dominus ex summo fundo imo fundo servitutem aquae quaesierat et per medium fundum domino concedente in suum agrum ducebat: postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, in quem aquam induxerat, vendidit* ⁽⁸⁹⁾.

Come si vede, in questo assetto territoriale il proprietario del fondo inferiore, unico titolare della servitù, costituisce una servitù di acquedotto attraverso due fondi diversi, quello dove è situato il *fons* e quello intermedio attraversato dal canale di conduzione dell'acqua. Si tratta di una struttura negoziale complessa, in base alla quale la servitù va costituita su ognuno dei fondi attraversati dal *rivus*.

Il sistema di ripartizione temporale dell'accesso all'acqua non è specifico per le acque private; anzi, è forse più giustificato

⁽⁸⁹⁾ Tr.: "Vi erano tre fondi contigui appartenenti a tre proprietari diversi. Il proprietario del fondo inferiore aveva chiesto la servitù di acquedotto a quello del fondo superiore e conduceva l'acqua attraverso il fondo intermedio, avendoglielo il proprietario concesso. In seguito il titolare della servitù acquistò il fondo superiore; e poi vendette il fondo inferiore, nel quale aveva condotto l'acqua". Il passo dovrà essere più attentamente esaminato in sede di analisi dei modi di estinzione delle servitù.

per acque pubbliche concesse ad una pluralità di utenti. Alcuni principî furono elaborati nella cancelleria imperiale: il più rilevante è contenuto in

D.8.3.17 (Papirio Giusto, 1 de constitutionibus): *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit. item rescripserunt aquam ita demum permitti duci, si sine iniuria alterius id fiat* ⁽⁹⁰⁾.

Il rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero fornisce dunque un criterio di massima per la valutazione dell'attribuzione delle acque di un fiume pubblico (e pertanto pubbliche esse stesse): il parametro generale è costituito dal rapporto direttamente proporzionale con le rispettive estensioni dei fondi. C'è un solo modo per disapplicare questa regola generale: la dimostrazione da parte di uno degli utenti che la concessione a suo favore prevedeva una quantità d'acqua maggiore di quella che gli sarebbe spettata applicando il principio generale. Il verbo *ostenderit* impiegato nel rescritto mi pare significativo per orientare questa eccezione sul piano della presentazione delle prove, e in conseguenza per suggerire che l'applicazione del diverso requisito possa conseguire solo ad un accertamento processuale.

L'esempio sicuramente più rilevante conservatoci è però contenuto in una lunga iscrizione trovata nell'odierna Algeria, nell'antica città di *Lamasba*, che riporta uno schema completo di ripartizione dell'accesso all'acqua procurata dall'*aqua Claudia* ad una complessa maglia di fondi. Qui ne riporto solo una

⁽⁹⁰⁾ Tr.: “Gli imperatori Antonino (= Marco Aurelio) e Vero Augusti emanarono un rescritto secondo cui l'acqua proveniente da un fiume pubblico, destinata ad irrigare i campi, deve essere divisa in proporzione alla estensione delle possessioni, a meno che taluno dimostri che, in base ad un proprio diritto, gliene era stata assegnata una quantità maggiore. Inoltre rescrissero che il permesso deve essere concesso in modo tale che ciò avvenga senza danno di altri”.

piccolissima parte esemplificativa, successiva ad un proemio contenente i nomi dei soggetti che, su delega del senato locale, provvidero alla realizzazione del sistema:

CIL, VIII.4440 = ILS, 5793: Scala I. Ex VII kal. octob. primo mane / quo Claudiana descendit ad Matricerigan/da, h. I.

<i>Mattius</i>	<i>k.</i>	<i>ex h. I d. VII kal. octobr. / in h.</i>
<i>For/tis</i>	<i>CCCCVIII</i>	<i>VS d. eiudem p. p. h. IIIIS</i>
<i>Flavius</i>	<i>k. CCCL</i>	<i>ex h. VS d. VII kal. octobr. / in</i>
<i>Adiu/tor vet.</i>		<i>h. XS d. eiudem p. p. s. h. V</i>
<i>her. Apulei</i>	<i>k. CXVII</i>	<i>ex h. XS d. VII kal. octobr. / in</i>
<i>Faustini</i>		<i>h. XII d. eiudem p. p. s. h. IS</i>
<i>Apuleius</i>	<i>k. CX</i>	<i>ex h. XII d. VII kal. octobr. / in</i>
<i>Rogatianus</i>		<i>h. IS noctis eiudem p. p. s. h.</i>
		<i>IS⁽⁹¹⁾</i>

Questo è solo un brevissimo stralcio di questo lungo do-

⁽⁹¹⁾ Tr.: “Scala I. Dal settimo giorno anteriore alle calende di ottobre (= 25 settembre) dall'alba / in cui l'acqua Claudiana discende fino a Matriceriganda, ora prima. Mattio Forte: fondo n. 408: dall'ora prima del settimo giorno anteriore alle calende di ottobre fino all'ora quinta e mezzo dello stesso giorno, per la sua parte ore quattro e mezzo: Flavio Adiutore vet.: fondo n. 350: dall'ora quinta e mezzo del settimo giorno anteriore alle calende di ottobre fino all'ora decima e mezzo dello stesso giorno; per la sua parte ore cinque. Eredi di Apuleio Faustino: fondo n. 150: dall'ora decima e mezzo del settimo giorno anteriore alle calende di ottobre fino all'ora dodicesima dello stesso giorno, per la parte sua ore una e mezzo. Apuleio Rogaziano: fondo n. 110: dall'ora dodicesima del settimo giorno anteriore alle calende di ottobre fino all'ora una e mezzo della stessa notte, per la parte sua ore una e mezzo”. Probabilmente il riferimento all'acqua che discende (è in séguito presente anche il riferimento all'acqua che *ascendit*) va interpretato nel senso che la sorgente da cui prende avvio il sistema idrico ha un andamento altalenante: quando la raccolta d'acqua naturale è piena, l'acqua inizia a decrescere, fino a raggiungere un minimo contenuto, dopo di che ricomincia a riempirsi (tanto è vero che quando l'acqua *descendit* è distribuita ai singoli fondi per un numero di ore superiore a quello possibile quando *ascendit*: segno evidente che nella prima fase c'è una maggiore disponibilità).

cumento, che riporta la distribuzione dell'acqua nel corso di un intero giorno, quello iniziale che, va notato, è quello successivo all'equinozio autunnale, venendo a contraddistinguere il sistema come tipico esempio di *aqua hiemalis* ⁽⁹²⁾.

Va rilevata l'analogia tra il sistema ordinato nella *lex aquae* di Lamasba e quello descritto da Proculo nella prima ipotesi esaminata in D.8.6.16: in entrambi i casi i singoli utenti derivano a tempi prestabiliti. Il complesso sistema di adduzione dell'*aqua Claudiana* dalla sorgente ai singoli fondi mediante *intermissio temporis* è stato giustamente interpretato dalla dottrina (e mi riferisco ad un lavoro ormai secolare di Biagio Brugi) come un "sistema di rii", innervato da un "comune canale irrigatorio" da cui si dipartivano i singoli canali privati.

La differenza tra il sistema di Lamasba e quello descritto da Proculo sta ovviamente nel regime giuridico: nel primo caso si tratta di un'acqua pubblica, il cui accesso ai privati è subordinato alla previa concessione, mentre i casi visti sopra riguardano acque private, il cui accesso era consentito previa costituzione di servitù di acquedotto. Varia pertanto la tipologia delle acque concesse e, di conseguenza, lo strumento adottato per la costituzione del diritto a derivare: ma la finalità e la struttura fondamentale è la stessa. ma si tratta solo di diversità della cornice giuridica in cui viene disposto il contesto ambientale, che è lo stesso: nel caso di Lamasba, essendo l'*aqua* pubblica, non si tratterà di costituzione di servitù, ma di concessione pubblica.

* * *

La delimitazione della durata temporale del rifornimento idrico è, ovviamente, rimessa alla libera determinazione delle

⁽⁹²⁾ La *lex aquae* di Lamasba non è il solo documento pervenutoci di distribuzione d'acqua: un altro esempio, per certi versi ancora più rilevante, è *CIL*, VI.1261, che contiene una pianta topografica dei fondi riforniti da derivazioni, che prendevano avvio probabilmente da un acquedotto pubblico e portavano l'acqua nei singoli fondi.

parti, a sua volta condizionata dalle particolari situazioni in cui versano i fondi. L'estrema varietà di queste condizioni dissuade dal tracciare regole eccessivamente rigide, tanto che i giuristi si limitano a fornire dei criteri di massima a cui le parti debbono attenersi nel regolare i loro rapporti, per evitare conflitti su una risorsa fondamentale come l'acqua. Il primo è enunciato da Nerazio in un testo esaminato poco sopra, 8.3.2.2, in cui il giurista, dopo aver affermato che il rifornimento idrico può essere effettuato anche con una suddivisione temporale, giornaliera od oraria, ricorda che la ripartizione può essere compiuta anche senza questa suddivisione, concedendo l'acqua contemporaneamente ad una pluralità di soggetti, purché l'acqua sia sufficiente: come si può vedere, si tratta di un principio empirico, da valutare caso per caso con riferimento al caso concreto.

La prassi agricola romana, recepita dai giuristi, conosceva un'altra forma di ripartizione temporale, quella stagionale: si tratta della differenza tra *aqua cottidiana et aestiva*, trattata da Ulpiano in due punti del suo commento all'editto del pretore riportati dai Compilatori giustiniane in D.43.20.1.1-4 e, rispettivamente, in D.43.20.1.31-36, ma già esaurientemente delineata da Nerazio Prisco in un testo conservato in

D.43.20.6 (Nerat., 3 Membranarum): *De interdicto de aqua aestiva, item cottidiana quaerentes primum constituendum existimabamus, quae esset aqua aestiva, de qua proprium interdictum ad prioris aestatis tempus relatum reddi solet, hoc est aestiva aqua utrumne ex iure aestivo dumtaxat tempore utendi diceretur, an ex mente propositoque ducentis, quod aestate eam ducendi consilium haberet, an ex natura ipsius aquae, quod aestate tantum duci potest, an ex utilitate locorum, in quae duceretur. placebat igitur aquam ob has duas res, naturam suam utilitatemque locorum in quae deducitur, proprie appellari, ita ut, sive eius natura erit, ut nisi aestate duci non possit, etiamsi hieme quoque desideraretur, sive omni tempore anni duci eam ipsius*

natura permetteret, si utilitas [personis] <regionis>, in quam ducitur, aestate dumtaxat usum eius exigeret, aestiva recte diceretur ⁽⁹³⁾.

In questo passo di grande interesse Nerazio, vissuto tra l'età flavia ed il regno di Adriano, ci pone di fronte ad una questione preliminare: l'esatta definizione di "acqua estiva". Evidentemente la giurisprudenza aveva dibattuto sul problema in passato; e Nerazio ci descrive ben quattro opzioni diverse, che devono sicuramente identificarsi con altrettante interpretazioni assunte dai giuristi. Le alternative consistevano nel riguardare la nozione di acqua estiva assumendo come parametro:

a) il *ius*: in base a questa opzione l'acqua avrebbe potuto essere condotta solo in estate;

b) la *mens* ed il *propositum* dell'utente; sulla base di questo criterio l'elemento fondante sarebbe stato il *consilium* individuale dell'utente, che quindi avrebbe potuto condurre l'acqua a suo piacimento durante l'estate;

c) la natura dell'acqua: si sarebbe allora definita estiva l'acqua che naturalisticamente può essere condotta solo d'estate;

d) l'*utilitas locorum*, in base alla quale sarebbe stata estiva

⁽⁹³⁾ Tr.: "Interrogandoci sull'interdetto relativo all'acqua estiva, ed ugualmente su quello relativo all'acqua quotidiana, ci pareva necessario in primo luogo stabilire quale fosse l'acqua estiva, riguardo alla quale solitamente l'interdetto viene rilasciato con riferimento al tempo della precedente estate. In altri termini, se l'acqua estiva fosse così detta sulla base del diritto per il fatto di venire condotta solo durante l'estate, o in base all'intenzione ed al proposito di colui che la conduce, poiché decide di condurla solo in estate, o in base alla natura della stessa acqua, poiché può essere condotta solo d'estate, o in base all'utilità dei luoghi attraverso i quali viene condotta. Si fu dunque d'accordo sul fatto che propriamente l'acqua venisse così definita in base a questi due criteri, la sua natura e l'utilità dei luoghi attraverso i quali viene condotta, in maniera tale che, sia che la sua natura fosse tale che non potesse essere condotta se non d'estate, benché se ne avesse bisogno anche in inverno, sia che la sua natura fosse tale da consentire di condurla in ogni periodo dell'anno, qualora l'utilità della regione nella quale viene condotta esigesse il suo uso solo d'estate, venisse definita correttamente estiva".

quell'acqua che dovesse essere condotta d'estate.

Come si può vedere, non muta in queste definizioni il risultato: è comunque estiva l'acqua condotta in periodo estivo. Ciò che differisce è il criterio regolatore: o un'istanza oggettiva e ordinante, il *ius*, che avrebbe imperativamente disposto quale acqua dovesse essere definita estiva; o l'arbitraria decisione del singolo utente, o il criterio naturalistico - stagionale o, infine, quello legato alle necessità dei luoghi. Il risultato del dibattito è il raggiungimento di un accordo (*placebat*) sulla qualificazione giuridica, fondata sulla natura e sulle necessità dei luoghi.

Ma dal punto di vista puramente temporale, cosa si intende per acqua estiva? Quanto dura l'*aestas* ai fini della proposizione dell'interdetto? Ulpiano lo illustra analizzando l'interdetto *de aqua aestiva*, riguardo al quale, in via preliminare, il giurista individua la durata temporale delle due stagioni nelle quali l'anno viene diviso ai fini dell'esperibilità dell'interdetto:

D. eod., 32: *Aestatem incipere (sic peritiores tradiderunt) ab aequinoctio verno et finire aequinoctio autumnali: et ita senis mensibus aestas atque hiems dividitur* ⁽⁹⁴⁾.

Come si può notare, ai fini della proponibilità del mezzo di tutela l'anno non si divide in quattro stagioni ma in due, comprese tra i due equinozi: quella estiva inizia con l'equinozio invernale (per noi moderni, quello primaverile, il 24 marzo), e termina l'equinozio autunnale, il 24 settembre, data in cui inizia la stagione in cui si può condurre l'acqua *hiemalis* ⁽⁹⁵⁾. Questa deli-

⁽⁹⁴⁾ Tr.: "L'estate inizia (così tramandarono i più esperti) con l'equinozio invernale e si conclude nell'equinozio autunnale: e così l'estate e l'inverno si dividono in sei mesi". Non mi è dato sapere a chi concretamente si riferisse Ulpiano nell'attribuire ai *peritiores* una tale divisione dell'anno: se ai più esperti tra i giuristi, o ai più esperti nella scienza della divisione del tempo, o agli scrittori di agricoltura: qui mi limito a segnalare la difficoltà di interpretazione del termine.

⁽⁹⁵⁾ Abbiamo visto che questo era esattamente il sistema di distribuzione dell'acqua nei fondi riforniti dall'*aqua Claudiana* a *Lamasba*, in Numidia. Questa divisione dell'anno in due stagioni è ripresa tale e quale nel

mitazione non è, ovviamente, naturalistica, ma serve esclusivamente a determinare i limiti temporali che costituiscono il presupposto per la scelta dell'interdetto.

Pertanto, va da sé che le enunciazioni di principio relative all'*aqua aestiva* valgano anche relativamente all'*aqua hiemalis*: tuttavia, poiché la formulazione dell'interdetto *de aqua aestiva* non consente di impiegare il mezzo di tutela per l'acqua invernale, quest'ultima sarà tutelata con l'esercizio dell'interdetto sull'acqua estiva, rilasciato in via utile:

D. eod., 45: *Si quis hieme tantum aquam solitus fuit ducere, aestate non fuit solitus, utile interdictum ei [competit] <atur>* ⁽⁹⁶⁾.

Sulla stessa base della differenziazione temporale delle stagioni, Ulpiano enuncia il criterio differenziale tra la formulazione del *de aqua cottidiana* ed il *de aqua aestiva*:

D.43.20.1.30 (Ulp., 70 ad edictum): *Hoc interdictum de aqua aestiva proponitur. 31. Quia autem diximus aestivam aquam aliquo distare ab aqua cottidiana, sciendum est etiam interdictis distare, quod qui de aqua cottidiana interdicit, ita interdicit: 'uti hoc anno aquam duxisti', at qui de aestiva, sic: 'uti priore aestate', nec immerito: nam quia hieme non utitur, referre se non ad presentem aestatem, sed ad priorem debuit* ⁽⁹⁷⁾.

nostro Codice Civile, che, all'art. 1085, 1° c., dispone che "Il diritto alla presa d'acqua si esercita, per l'acqua estiva, dall'equinozio di primavera a quello d'autunno; per l'acqua iemale, dall'equinozio d'autunno a quello di primavera".

⁽⁹⁶⁾ Tr.: "Se qualcuno era stato solito condurre l'acqua in inverno, ma non era stato solito in estate, gli [compete] <è concesso> l'interdetto utile".

⁽⁹⁷⁾ Tr.: "Questo interdetto è proposto riguardo all'acqua estiva. 31. Ma poiché abbiamo detto che l'acqua estiva si distingue per qualche aspetto dall'acqua quotidiana, bisogna sapere che anche riguardo agli interdetti si ha questa distinzione, poiché chi propone l'interdetto sull'acqua quotidiana, lo fa in questo modo: 'come hai condotto l'acqua in quest'anno', ma chi lo fa riguardo all'acqua estiva, lo fa così: 'come nell'estate precedente', e non senza

Ulpiano traccia dunque, in questo passo, il profilo differenziale, sul piano temporale, tra i due interdetti: chi esercita la conduzione quotidiana esprime la durata temporale facendo riferimento all'anno in corso (*hoc anno*); chi invece ha l'esercizio estivo si riferisce all'estate precedente. A questo punto è però necessario determinare il preciso significato della locuzione *priore aestate* contenuta nella formulazione dell'interdetto. Ulpiano la spiega analiticamente:

D. eod., 33: *Priorem aestatem ex comparatione duarum aestatum accipi. 34. Propter hoc, si aestate interdicatur, nonnumquam annum et sex menses continere: quod ita contigit, si initio verni aequinoctii ducta sit aqua et sequenti aestate pridie aequinoctium autumnale interdicatur, etiam in biennium haec res extendetur* ⁽⁹⁸⁾.

Ai fini della proponibilità dell'interdetto, quindi, la determinazione del tempo prescinde dalle scansioni naturali: Ulpiano ci mette di fronte ad un'ipotesi in cui si deve far riferimento ad un periodo più lungo di un anno solare: il titolare della servitù ha iniziato a condurre l'acqua estiva nel primo momento utile, l'equinozio primaverile, ha ripreso la conduzione all'equinozio

ragione: infatti chi non usa l'acqua d'inverno, si deve riferire non alla presente estate, ma a quella precedente". Va aggiunto che la stessa soluzione era prospettata qualora taluno volesse tutelare la sua conduzione idrica durante l'estate presente: poiché l'interdetto era predisposto con la clausola *priore aestate*, non sarebbe stato possibile richiedere quello edittale: sarà stato necessario, allora, concederlo in via utile. E questo esplicitamente afferma Ulpiano nel § 36: *Qui hac aestate duxit, non superiore, utile interdictum habet* (tr.: "Chi ha condotto l'acqua nell'estate presente, e non nella precedente, ha l'interdetto utile").

⁽⁹⁸⁾ Tr.: "La precedente estate va intesa sulla base della comparazione tra due estati. 34. Pertanto, se l'interdetto venga proposto in estate, talvolta l'anno contiene ancora sei mesi: e se si sia cominciato a condurre l'acqua all'equinozio d'inverno e si proponga l'interdetto l'estate seguente il giorno precedente l'equinozio autunnale, questa faccenda si estenderà per un biennio".

primaverile dell'anno successivo, e propone l'interdetto prima della fine del periodo della *ductio*, il giorno precedente l'equinozio autunnale. In questa ipotesi il periodo a cui si deve far riferimento corrisponde a due anni solari.

La libertà negoziale delle parti poteva però estendersi alla suddivisione dell'esercizio della conduzione non solo in relazione al tempo, ma anche alla misura dell'acqua da condurre. Giuliano esprime a tal proposito una regola:

D.43.20.5 (Iulianus, 5 ex Minicio): *Cum constet non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi, potest eodem tempore alius cottidianam, alius aestivam aquam ducere, ita ut aestate dividatur inter eos aqua, hieme solus ducat is qui cottidianae ius habeat* ⁽⁹⁹⁾.

Come si vede, la ripartizione dell'uso dell'acqua tra due titolari diversi poteva essere effettuata contemporaneamente secondo entrambe le tipologie: i giuristi, quindi, non vedevano alcuna contraddizione tra una concessione di *ius aquae cottidianae* ed uno di *ius aestivae*: in estate i due titolari si sarebbero ripartiti l'uso dell'acqua secondo scadenze giornaliere; a partire dall'equinozio autunnale l'acqua sarebbe stata condotta esclusivamente dal titolare del *ius aquae cottidianae*. Si tratta di una semplice regola empirica che consente di estendere al massimo la validità di un assetto dell'accesso all'acqua caratterizzato dalla massima elasticità e flessibilità.

* * *

Uno dei più rilevanti problemi connessi all'esercizio delle servitù d'acqua consiste nell'ammissibilità della realizzazione, da parte del titolare della servitù, di modifiche quantitative delle

⁽⁹⁹⁾ Tr.: "Poiché è indiscusso che l'acqua possa essere divisa non solo sulla base del tempo, ma anche della misura, è possibile che, nello stesso tempo, uno conduca l'acqua quotidiana, l'altro l'estiva, in modo tale che in estate l'acqua venga divisa tra di loro, in inverno la conduca solo colui che ha il diritto di condurre l'acqua quotidiana".

modalità del suo svolgimento. La casistica è molto vasta, e qui prenderò in esame solo alcune situazioni discusse dai giuristi. Già Alfeno Varo, nel I sec. a. C., aveva affrontato la questione:

D.8.3.29 (Paolo, 2 epitomat. Alfeni dig.): *Qui duo praedia confinia habuerat, superiorem fundum vendiderat: in lege ita dixerat, ut aquam sulco aperto emptori educere in fundum inferiorem recte liceat: si emptor ex alio fundo aquam acciperet et eam in inferiorem ducere vellet, quaesitum est, an possit id suo iure facere nec ne. respondi nihil amplius, quam quod ipsius fundi siccandi causa derivaret, vicinum inferiorem recipere debere* ⁽¹⁰⁰⁾.

Abbiamo già esaminato questo testo sotto il profilo del negozio costitutivo del diritto reale. Ora dobbiamo approfondire il vero problema sollevato nella *quaestio*, cioè se sia possibile sottoporre il fondo inferiore - servente a sopportare un carico idrico maggiore di quello per il quale la servitù era stata costituita, in dipendenza di una variazione della quantità d'acqua che il fondo dominante viene a ricevere, a sua volta determinato da una modifica nel fondo a questo sovrastante.

La soluzione fornita da Alfeno al quesito (*si emptor ex alio fundo aquam acciperet et eam in inferiorem ducere vellet, quaesitum est, an possit id suo iure facere nec ne*) non è esplicitamente né affermativa né negativa: nel suo responso, infatti, il giurista repubblicano afferma la necessità di fare riferimento al contenuto del negozio che ha originato il diritto reale. In questo caso il contenuto della servitù, costituita a carico del fondo inferiore, era di ricevere *quod ipsius fundi siccandi causa derivaret* (ovvia-

⁽¹⁰⁰⁾ Tr.: “Un soggetto che aveva due fondi confinanti, aveva venduto il fondo superiore: nella clausola aveva detto così, ‘che all’acquirente sia lecito di far uscire l’acqua nel fondo inferiore con un fosso a cielo aperto’. Se l’acquirente avesse ricevuto acqua da un altro fondo e la volesse condurre in quello inferiore, fu posta la questione se egli avesse il diritto di farlo o no. Risposi che il fondo vicino inferiore non doveva ricevere niente di più di quello che (quello superiore) derivava allo scopo di prosciugare il fondo”.

mente il fondo superiore): ossia la derivazione delle acque dal fondo superiore allo scopo di prosciugare solo quel fondo, non altri.

Su questo presupposto, si può fondatamente supporre che la risposta di Alfeno al quesito propostogli fosse negativa, perché la situazione che aveva originato il problema era che il fondo superiore aveva iniziato a ricevere acqua da quello ad esso superiore (il tenore della questione fa ritenere che il deflusso dal fondo superiore a quello dominante fosse già iniziato: *aquam acciperet*; mentre quello dal fondo dominante al fondo servente fosse allo stato di progetto e non si fosse ancora realizzato: *in inferiorem ducere vellet*). Quindi l'ulteriore carico idrico che il fondo inferiore avrebbe ricevuto non sarebbe servito alla bonifica del fondo dominante, ma a quella di altri fondi con cui non era stata costituita alcuna servitù, costringendo il fondo servente a subire un aggravio nella ricezione d'acqua che altera la configurazione originaria del rapporto col fondo dominante.

È degno di esame anche un altro testo, attinente ai profili di legittimazione all'esperimento dell'*actio aquae pluviae arcendae*:

D.39.3.23.2 (Paolo, 16 ad Sabinum): *Aggeres iuxta flumina in privato facti in arbitrium aquae pluviae arcendae veniunt, etiamsi trans flumen noceant, ita, si memoria eorum exstet et si fieri non debuerunt* ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Tr.: "Gli argini fatti in privato presso i fiumi ricadono nel giudizio relativo alla difesa contro l'acqua piovana, anche se provochino danno al di là del fiume, se resti il ricordo della loro costruzione e se non avrebbero dovuto essere fatti". L'*actio aquae pluviae arcendae* era un'azione tesa al ripristino di un assetto idrologico preesistente ad una modifica, attuata con la costruzione di un manufatto, dal quale il vicino avesse a temere la produzione di un danno: l'azione era costruita con una clausola arbitraria, con la quale il giudice invitava il convenuto (colui che aveva costruito il manufatto pericoloso) a ripristinare la situazione preesistente, con la minaccia di condannarlo al pagamento di una somma di denaro pari al danno temuto: D.39.3.1.1 (Ulpiano 53 ad edictum): *Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur: totiisque locum*

Evidentemente il dubbio sull'esperibilità dell'azione era stato sollevato dalla circostanza che, nella specie, il danno non era stato arrecato dal deflusso delle acque ad un fondo inferiore, che è la normale condizione di esperibilità dell'*a. aquae pluviae arcendae*, ma dalle acque di un fiume ad un fondo situato *trans flumen*. Paolo risolve la questione in senso positivo: dato che gli *aggeres* hanno modificato le normali condizioni di scorrimento del fiume, l'azione è dichiarata esperibile ⁽¹⁰²⁾. Tuttavia Paolo individua due presupposti per l'esperibilità della nostra azione: che gli argini siano recenti, ovvero si abbia il ricordo del momento della loro costruzione, e non esista una causa giustificativa per il loro innalzamento (*et si fieri non debuerunt*).

habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, id est cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam aut maiorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem aut si comprimendo redundare effecit. quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur (Tr.: “Questa azione trova applicazione in caso di danno non ancora provocato, ma di opera già fatta, cioè nel caso di opera dalla quale si tema un danno: essa ha luogo ogni volta che, a causa di un'opera manifatta, l'acqua sia in grado di nuocere ad un fondo, cioè quando qualcuno abbia fatto artificialmente in modo che l'acqua scorra diversamente da quanto è solita fare naturalmente: se ad esempio immettendola ne abbia aumentato la quantità o l'abbia resa più veloce o più veemente, o contenendola l'abbia fatta esondare. Se invece l'acqua arrechi danno naturalmente, queste situazioni non sono contenute nell'azione”).

⁽¹⁰²⁾ La dottrina più attenta esclude che il testo paolino possa essere apportato a prova della tendenza di una parte della giurisprudenza classica ad estendere l'applicabilità dell'azione in esame al di fuori del requisito dell'*aqua pluvia*. L'elemento caratterizzante dell'esperibilità nella specie in esame è costituito, allora, dalla circostanza che si tratti di opere che hanno modificato il *naturaliter defluere* delle acque: va ricordato che, in sede di analisi dei rapporti tra azione e *lex agri*, Ulpiano (D.39.3.1.23 [53 ad edictum]) afferma categoricamente che, *si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire atque hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore* (Tr.: “Se tuttavia, per il territorio, non sia stata emanata una legge, è necessario conservare la natura del territorio ed il fondo inferiore deve sempre essere servente di quello superiore, ed il fondo inferiore deve per natura tollerare questo disagio dal fondo superiore”).

Va rilevata, come circostanza di grande rilievo, la decisa esclusione della circostanza ora descritta dai rapporti di natura pubblicistica: benché innalzati in prossimità di un fiume pubblico (*iuxta flumina*), gli argini ricadono nell'ambito dei profili di legittimazione passiva all'*a. aquae pluviae arcendae*, perché situati all'interno del fondo del convenuto (*in privato facti*). Si ha qui un caso concreto di applicazione di quella regola, espressa in forma generale da Labeone, secondo una citazione di Ulpiano in D.39.3.3.3, per il quale *si tamen in privato opus factum sit et publicum interveniat, de toto agi posse aquae pluviae arcendae Labeo ait* ⁽¹⁰³⁾.

* * *

Un diverso problema affrontato spesso dai giuristi romani riguarda la modifica delle condizioni di scorrimento delle acque nel fossato di conduzione. La questione principale concerne la possibilità, per il titolare della servitù, di modificare tali condizioni. Una regola generale viene enunciata, alla fine del I sec. d. C., da Celso relativamente alle servitù di passaggio, ma ricordando un parere di Masurio Sabino, che aveva ragionato in via analogica, partendo nel suo ragionamento dalle regole concernenti il *rivus*:

D.8.1.9 (Celso, 5 digestorum): *Si cui [simplicius] <simpliciter> via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequae commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. verum constitit, ut, qua primum via direxisset, ea*

⁽¹⁰³⁾ Tr.: "Se tuttavia l'opera sia stata eseguita su suolo privato e se ne frapponga uno pubblico, Labeone afferma che si possa agire per la difesa dalle acque piovane riguardo a tutta (l'opera)".

demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet: sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primum qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum verum est ⁽¹⁰⁴⁾.

Questo passo di Celso presenta molti spunti di interesse generale. Il centro di interesse del giurista è costituito dalle servitù di passaggio, riguardo alle quali viene enunciata una regola: qualora il proprietario del fondo servente non abbia destinato una porzione di suolo all'attività, il titolare della servitù può scegliere il percorso, comunque tenendosi lontano da settori essenziali del fondo, come le zone residenziali e produttive, che potrebbero creare eccessivo pregiudizio al proprietario del fondo servente: queste zone, infatti, anche se non siano esplicitamente escluse, devono comunque essere tenute esentate dal peso. Una volta stabilito il percorso, il titolare della servitù non può più mutarlo: *qua primum via direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet*.

Celso, giurista della scuola proculiana, fa sua, sul punto, una regola precedentemente elaborata da Masurio Sabino, epo-

⁽¹⁰⁴⁾ Tr.: “Se in favore di taluno sia semplicemente costituito o lasciato il diritto di passare per un fondo di qualcuno, sarà lecito passare senza limiti, ossia per qualsiasi parte di esso, solo sul piano del diritto civile: infatti talune porzioni sono tacitamente eccettuate nella formulazione (del negozio costitutivo). infatti al titolare della servitù non deve essere permesso di passare per l'edificio stesso o in mezzo alle vigne, quando possa ugualmente farlo comodamente per un'altra parte del fondo con minore pregiudizio del fondo servente. In realtà risulta che, lungo il tragitto per il quale il passaggio è stato compiuto la prima volta, il titolare della servitù deve servirsi sempre di quello e non ha più la facoltà di mutarlo: e così sembrava anche a Sabino, che traeva l'argomento dal canale di conduzione che, in un primo momento, era lecito tracciare dovunque il titolare volesse, ma dopo che fosse stato tracciato, non era lecito trasferire: ed è vero che questa regola va osservata anche relativamente alla servitù di passaggio”.

nimo della scuola sabiniana ⁽¹⁰⁵⁾. Costui l'aveva enunciata svolgendo un ragionamento analogico, partendo dalla formulazione di una regola analoga in relazione proprio alla servitù di acquedotto: come in quest'ultima il settore prescelto dal titolare della servitù non poteva essere mutato col trasferimento del canale, la stessa regola avrebbe dovuto valere nelle servitù di passaggio: in proposito Celso dichiara la verità dell'estensione della regola a queste ultime servitù: *quod et in via servandum verum est*.

La stessa soluzione era proposta pochi decenni dopo da Pomponio:

D.8.3.22 (Pomponio, 33 ad Sabinum): *sed quae loca eius fundi tunc, cum ea fieret cessio, aedificiis arboribus vineis vacua fuerint, ea sola eo nomine servient* ⁽¹⁰⁶⁾,

e, in età severiana, da Paolo:

D.8.3.21 (Paolo, 15 ad Sabinum): *Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum non destinata parte, per quam ducerem, totus fundus tuus serviet* ⁽¹⁰⁷⁾.

Una soluzione analoga è offerta ancora da Paolo in una ipotesi di costituzione di servitù prediale per legato:

⁽¹⁰⁵⁾ Come abbiamo visto, questo non è l'unico caso in cui il maestro proculiano approva e fa sua una posizione teorica sostenuta da un maestro sabiniano: abbiamo già visto, sopra, l'accettazione, pronunciata da Celso, della definizione di *flumen publicum* elaborata da Cassio Longino. Questo è il segno dell'indipendenza di giudizio di questo grande giurista, che non si attiene agli insegnamenti dei giuristi della sua scuola, ma accetta volta per volta le opinioni che egli ritiene più logiche.

⁽¹⁰⁶⁾ Tr.: "Ma quei luoghi di quel fondo che, quando fu costituita la servitù, erano liberi da edifici, alberi, vigne, solo quelli serviranno a quel titolo". La congiunzione avversativa con cui inizia il passo fu probabilmente inserita dai Compilatori per collegarlo a quello immediatamente precedente, 8.3.21 di Paolo, già esaminato sopra, 71.

⁽¹⁰⁷⁾ Tr.: "Se mi avrai concesso un percorso per l'acqua senza avere prima destinato per quale parte del fondo io la possa condurre, tutto il tuo fondo sarà soggetto alla servitù".

D.8.3.26 (Paolo, 47 ad edictum): *Si via iter actus aquae ductus legetur simpliciter per fundum, facultas est heredi, per quam partem fundi velit, constituere servitutem, si modo nulla captio legatario in servitute fit* ⁽¹⁰⁸⁾.

Abbiamo visto sopra che una servitù prediale poteva essere costituita con un negozio di ultima volontà, in particolare con un legato. Qualora il testatore non avesse esplicitamente disposto attraverso quale porzione del fondo dovesse essere esercitata la servitù, era facoltà dell'erede designarla, con un limite: la frode a danno del legatario.

La più decisa enunciazione di principio in materia è espressa da Giavoleno, giurista vissuto tra la seconda metà del I e la prima metà del II sec. d. C.:

D.8.3.13.1 (Giavoleno, 10 ex Cassio): *Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus consistit, ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet* ⁽¹⁰⁹⁾.

Il testo del giurista sabiniano, relativo alle servitù di *iter* e di *actus*, conferma la fissazione delle stesse regole viste sopra, con

⁽¹⁰⁸⁾ Tr.: “Se una servitù di passaggio o di acquedotto sia costituita per legato semplicemente, è facoltà dell'erede costituire la servitù attraverso quella parte del fondo che egli vorrà, purché al legatario non sia fatta alcuna frode nella servitù”.

⁽¹⁰⁹⁾ Tr.: “Se tutto il fondo è sottoposto alla servitù di passaggio a piedi o con l'armento, il proprietario non può fare in esso niente che possa impedire la servitù, perché essa è così diffusa che tutte le zolle sono sottoposte alla servitù. Ma se le servitù di passaggio siano state costituite per legato senza alcuna determinazione, prima si farà la determinazione, e la servitù grava sulla porzione di fondo per il quale il passaggio è stato determinato la prima volta, mentre tutte le altre parti del fondo sono libere. Pertanto deve essere fornito un arbitro, che in entrambi i casi deve stabilire il passaggio”.

un'immagine particolarmente efficace: qualora le servitù di passaggio siano state costituite senza determinazione della porzione che deve servire, la servitù grava su tutte le zolle del fondo, e pertanto il proprietario non può compiere alcuna attività che possa ostacolare l'esercizio della servitù: sarà quindi necessario procedere alla delimitazione del settore gravato, in modo che tutti gli altri risultino liberi: e questa determinazione dovrà essere compiuta da un *arbiter*.

Stabilito questo primo punto, è necessario esaminare una diversa questione: il titolare della servitù può a suo piacimento mutare le condizioni di scorrimento dell'acqua nel canale di conduzione? Un primo orientamento fu sviluppato già da Q. Mucio Scevola, eminente uomo di stato (console, censore, *princeps senatus*) e giurista degli inizi del I sec. a. C., la cui opinione ci è stata trasmessa da Pomponio:

D.8.3.15 (Pomp. 31 <32 Le. ⁽¹¹⁰⁾> ad Quintum Mucium):
Quintus Mucius scribit, cum iter aquae vel cottidianae vel aestivae vel quae intervalla longiora habeat per alienum fundum erit, licere fistulam suam vel fictilem vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret, et quod vellet in rivo facere, licere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret ⁽¹¹¹⁾.

Preliminarmente dobbiamo capire cosa sia l'*aquagium*. Esaminiamo questa iscrizione:

AE 1890, 37. [Te]rent(ius) Cutteus et Ma[3] / monnula eius una cum / Terentiis Cutteo Ianuario Considio / Augusto et Feliciano [fi]li(i)s / aquagium suis possessionibus /

⁽¹¹⁰⁾ XXXII è correzione di Lenel in luogo del trådito XXXI.

⁽¹¹¹⁾ Tr.: "Quinto Mucio scrive che chi abbia un percorso d'acqua sia quotidiana, sia estiva, sia ad intervalli temporali maggiori attraverso un fondo altrui, può porre nel canale una sua tubatura di terracotta o di qualunque altro materiale, che permetta di condurre una maggiore quantità d'acqua a pressione, e di fare nel canale quello che voglia, purché non renda più difficoltoso il rifornimento idrico al proprietario del fondo".

constituerun(t) et dedicaverunt ⁽¹¹²⁾.

L'iscrizione proviene dall'odierna Algeria. Il dedicante, Terenzio Cutteo, costituisce, con la *monnula* (un'espressione rarissima per indicare, con un termine affettuoso, la compagna) e con i cinque figli, un *aquagium*, cioè un *ductus aquae*, per irrigare le *possessiones*. Con questo termine si indicava, pertanto, il manufatto mediante il quale era assicurata la conduzione idrica. E veniamo alla fattispecie discussa nel passo di Pomponio.

La questione affrontata da Q. Mucio Scevola in D.8.3.15 parte dalla costituzione di una servitù di acquedotto ⁽¹¹³⁾ attuata mediante un canale a cielo aperto; per la comprensione della fattispecie, è essenziale notare che il titolare della servitù non ha il diritto esclusivo dell'uso dell'acqua, ma se ne serve ad intervalli temporali in alternanza col proprietario del fondo servente.

In séguito il titolare della servitù si ripropone di migliorare la funzionalità della conduzione, facendo passare l'acqua in tubature (il giurista afferma l'irrilevanza sia del tipo di tubature, fittili o di qualsiasi altra materia, ad es. di piombo, sia delle modalità temporali del rifornimento effettuato dal titolare della servitù). Il problema consiste nel verificare se il titolare della servitù abbia il diritto di modificare le modalità di conduzione, rispetto a quelle precedentemente convenute fra le parti.

La soluzione fornita da Q. Mucio si pronuncia nel senso della liceità, ma ad una condizione: che, a causa della modifica, il proprietario del fondo servente non subisca un peggioramento del rifornimento idrico che anche lui effettua.

Un problema leggermente diverso, ma connesso a quello delle modifiche strutturali apportate ai manufatti di conduzione, è

⁽¹¹²⁾ Tr.: "Terenzio Cutteo e Ma[...] / sua compagna insieme ai / Terenzi Cutteo Ianuario Considio / Agostino e Feliciano, figli, / costituirono e dedicarono un fossato di conduzione d'acqua per i loro possessi".

⁽¹¹³⁾ *Iter aquae* è la dizione più antica per *ductus aquae*: lo stesso Q. Mucio la usa in un testo proveniente dal *liber singularis órōn* (D.43.20.8), già esaminato più sopra.

accanitamente discusso dai giuristi in relazione ai profili di esperibilità dell'interdetto *de rivis*. Questo mezzo di tutela era offerto a chi, nel corso dell'attività di *refectio*, cioè di manutenzione, di un fossato di conduzione idrica, subisse atti di turbativa diretti ad impedirgli di svolgere le relative operazioni.

Il problema nasceva sul punto dell'esatta delimitazione concettuale di *refectio*: entro quali limiti un'opera poteva essere definita semplice manutenzione, e non nuova opera? Infatti, nel primo caso la turbativa sarebbe stata illegittima, mentre nel secondo sarebbe stata lecita.

Il problema fu affrontato già da Servio Sulpicio Rufo, come attesta Ulpiano:

D.43.21.3 pr.: (Ulp. 70 ad edictum): *Servius autem scribit aliter duci aquam, quae ante per specus ducta est, si nunc per apertum ducatur: nam si operis aliquid faciat quis, quo magis aquam conservet vel contineat, non impune prohiberi. Ego et in specu contra, si non maior utilitas versetur adversarii. 1. Servius et Labeo scribunt, si rivum, qui ab initio terrenum fuit, quia aquam non continebat, cementicium velit facere, audiendum esse: sed et si eum rivum, qui structilis fuit, postea terrenum faciat aut partem rivi, aequae non esse prohibendum. Mihi videtur urguens et necessaria refectio esse admittenda* ⁽¹¹⁴⁾.

Il problema prospettato da Servio concerne una condotta

⁽¹¹⁴⁾ Tr.: "Servio invece scrive che è condotta diversamente l'acqua che anteriormente era condotta mediante un canale sotterraneo, se ora venga condotta a cielo aperto: infatti se qualcuno faccia un'opera, che conservi e contenga più acqua, potrà essere impedito impunemente. Io ho opinione diversa anche riguardo al canale coperto, se non sia compromessa una maggiore utilità dell'avversario. 1. Servio e Labeone scrivono che se qualcuno volesse rivestire di cemento il canale che all'inizio era di terra battuta, perché non conteneva acqua, debba essere ascoltato: ma anche se trasformi in terra battuta un canale, o una parte del canale, che anteriormente era costruito in muratura, ugualmente non possa essere impedito. A me pare che si debba ammettere una manutenzione urgente e necessaria".

idrica coperta (*specus*), che il titolare voglia trasformare in canale a cielo aperto. Il giurista afferma che un'opera di tal fatta costituirebbe una modifica della situazione precedente in quanto, in tal modo, ne verrebbe modificata non solo la configurazione, ma soprattutto la portata, in quanto *magis aquam conservet vel contineat*. Servio argomenta che un manufatto di questo tipo integra quell'*aliter factum* che impedisce di ritenere l'opera mero restauro di opera già esistente: per conseguenza un atto di *prohibitio*, di impedimento violento opposto dall'avversario sarebbe perfettamente lecito e non potrebbe dar luogo alla concessione dell'interdetto volto a farlo cessare.

Ulpiano si mostra in parziale disaccordo: egli infatti ritiene che il manufatto possa essere ammesso, purché non arrechi pregiudizio alle utilità che un altro soggetto potrebbe ricavare dalla conduzione d'acqua.

Una soluzione opposta Servio prospettava per l'ipotesi che il titolare del canale ne volesse solo mutare l'aspetto strutturale, nel senso di foderare di opera muraria un canale prima di terra battuta o viceversa. La motivazione è intuitiva: con queste modifiche non sarebbe stato integrato quell'*aliter factum* che, trasformando la natura sostanziale del manufatto, avrebbe impedito l'accesso all'acqua al proprietario del fondo servente.

Labeone appare nuovamente in un certo numero di testimonianze che discutono il problema delle modifiche di un canale di conduzione:

D.43.21.2 (Paul. 67 ad edictum): *Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset* ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Tr.: "Labeone afferma che un canale a cielo aperto non può essere trasformato in uno coperto, perché in tal modo si toglierebbe al proprietario del

Paolo ci fornisce, in questo pur breve testo, due informazioni di grande interesse: in primo luogo una *sententia* di Labeone, che esclude che il titolare di una servitù di acquedotto possa ricoprire un canale di conduzione idrica a cielo aperto, motivando questa posizione con la considerazione che in tal modo ne verrebbe annullato il *commodum* del proprietario del fondo, consistente nella facoltà di portare il bestiame ad abbeverarsi, o di attingere acqua dal canale.

La seconda indicazione è data dal dissenso manifestato da Pomponio, in considerazione del fatto che le facoltà esposte da Labeone derivano più da circostanze di fatto, dipendenti esclusivamente dall'arbitrio del proprietario del fondo servente, che da situazioni rilevanti sul piano del *ius* (*id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret*). Pomponio ammette una sola eccezione a questa regola, che rovescia totalmente la soluzione offerta da Labeone: che l'atto costitutivo della servitù riportasse il divieto, per il titolare della servitù, di modificare in tal modo il canale di conduzione.

Lo stesso Pomponio, tuttavia, risolve in senso opposto un caso apparentemente abbastanza simile:

D.43.20.3.5 (Pomponio, 34 ad Sabinum): *Is, qui aquae cottidianae ius habet, vel fistulam in rivo ponere vel aliud quodlibet facere potest, dummodo ne fundum domino aut aquagium rivalibus deterius faciat* ⁽¹¹⁶⁾.

In questa fattispecie è diverso il presupposto: il titolare della servitù di acquedotto non ha il diritto esclusivo di condurre

fondo il vantaggio di portare il bestiame ad abbeverarsi o di attingere l'acqua; ma questa soluzione Pomponio affermava di non apprezzarla, perché ciò sarebbe occorso al proprietario più in base all'occasione che al diritto, salvo che ciò non fosse stato stabilito dall'inizio nel costituire la servitù".

⁽¹¹⁶⁾ Tr.: "Colui che abbia il diritto di condurre acqua a scadenze quotidiane può o porre una tubatura nel canale o fare qualsiasi altra cosa, purché non danneggi il fondo al proprietario, o il condotto idrico ai proprietari che conducono acqua dallo stesso canale".

l'acqua, ma lo esercita in alternanza col proprietario del fondo servente e con i *rivales* ⁽¹¹⁷⁾, mediante *intermissio temporis* su base quotidiana. La soluzione proposta da Pomponio non è radicalmente contraria alla possibilità che il titolare della servitù possa mutare le condizioni di scorrimento dell'acqua nel canale (il caso proposto nel testo è la posa di una tubatra nel canale), ma con un limite: l'opera non deve rendere *deterius* né il fondo servente né l'*aquagium* agli altri rivieraschi che si riforniscano della stessa acqua.

Con questa premessa appare del tutto coerente enunciare l'inammissibilità di un'opera come l'intubazione di un corso d'acqua che serve alle utilità di una pluralità di soggetti, qualora essa venga a rendere più difficile, o addirittura renda impossibile agli altri utenti di servirsi del medesimo canale di conduzione.

Allo stesso modo Ulpiano valuta altre possibili iniziative che potrebbero modificare lo stato del canale di conduzione:

43.21.1.10-11 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Si quis terrenum rivum Signinum, id est lapideum facere velit, videri eum non recte hoc interdicto uti: non enim reficit qui hoc facit: et ita Ofilio videtur. 11. Proinde et si per alium locum velit ducere, impune prohibetur: sed et si eundem rivum deprimat vel adtollat aut dilatet vel extendat vel operiat apertum vel contra. ego ceteros quidem impune prohiberi puto: at enim eum, qui operiat apertum vel contra, eum non puto prohibendum, nisi si quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat* ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Ulpiano definisce i *rivales* (D.43.20.1.26) come *qui per eundem rivum aquam ducunt*. Si tratta dunque dei contenti di una condotta idrica, fossero contitolari, o titolari autonomi, di una servitù di acquedotto.

⁽¹¹⁸⁾. Tr.: "10. Se qualcuno voglia trasformare un fossato di terra battuta in uno costruito in opera signina, cioè in pietra, pare che non impieghi correttamente questo interdetto: infatti chi fa questo non ripara: e questo appare ad Ofilio. 11. Pertanto se voglia condurre l'acqua attraverso un altro luogo, impunemente gli viene impedito: e questo vale anche se abbassi il medesimo

Ulpiano ci informa che già nell'ultimo secolo della Repubblica Aulo Ofilio, discepolo di Servio Sulpicio Rufo, aveva escluso che un'opera di trasformazione di un canale in terra battuta, mediante rivestimento in malta idraulica impermeabilizzante (*opus signinum*) potesse essere considerato *refectio*, dovendo piuttosto essere ritenuto nuova opera, ossia la condizione di inammissibilità dell'opera: un'opinione condivisa da Ulpiano.

Il giurista severiano aggiunge nel § 11 altre possibili opere contro le quali è ammessa la *prohibitio*. La più ovvia è *si per alium locum velit ducere*: l'intenzione di spostare il canale nel fondo servente è il caso più evidente di *aliter factum* che legittima il proprietario del fondo al compimento della *prohibitio*, contro la quale non è ammesso l'esperimento dell'interdetto (*impune prohibetur*). Ma Ofilio⁽¹¹⁹⁾ aveva parificato a questa altre ipotesi meno estreme di trasformazione dello stesso canale: sbassare, innalzare, allargare o prolungare il canale, o coprire un canale aperto o aprire un canale coperto non avrebbe costituito *refectio*, e dunque avrebbe potuto impunemente essere impedito.

Ulpiano si dimostra in accordo con tutte queste prese di posizione, tranne l'ultima: la modifica della copertura di un canale viene definita lecita, a meno che l'avversario non riesca a dimostrare che l'opera non abbia recato (o minacci di arrecare in

fossato, o lo innalzi o lo allarghi o lo estenda o chiuda un canale aperto o faccia il contrario. Io ritengo che tutte le altre attività possano bensì essere impunemente impedito: ma colui che chiuda un fossato aperto o faccia il contrario, non ritengo che debba essere impedito, a meno che l'avversario non dimostri di avere una qualche utilità maggiore".

⁽¹¹⁹⁾ Attribuisco ad Ofilio tutta la prima parte del § 11, benché la struttura sintattica, coi verbi all'indicativo, non sia quella di una citazione (che imporrebbe i verbi all'infinito), ma di una frase che Ulpiano pronuncia in prima persona. La seconda parte del § 11, infatti, contiene una valutazione complessiva che Ulpiano fa delle prese di posizione enunciate nella prima. Ed è evidente che un'approvazione ed una riserva non possono che valere che in confronto ad un'opinione altrui; che in questo caso non può essere che quella di Ofilio.

futuro) pregiudizio alle sue utilità (in sostanza questo significa *quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat*: la *maior utilitas* si identifica appunto nei *commoda* del proprietario servente). La configurazione dei rapporti tra il proprietario del fondo ed il titolare della servitù, così descritta da Ulpiano, implica che il secondo possa modificare la copertura del canale di conduzione (coprendo quello scoperto o viceversa), e spetterà eventualmente al proprietario del fondo, in sede di processo interdittale, dimostrare questa sua *maior utilitas* che sarebbe stata pregiudicata dall'opera.

Lo scarto tra la posizione di Ofilio e quella di Ulpiano è facilmente motivabile: tra l'allievo di Servio ed il giurista severiano corrono due secoli e mezzo, durante i quali i giuristi avevano discusso approfonditamente se convenisse mantenere quella sorta di presunzione enunciata dai giuristi repubblicani, secondo cui praticamente tutte le manipolazioni effettuate su un canale di conduzione idrica, per il solo fatto di essere state effettuate, avrebbero integrato quell'*aliter factum* che avrebbe consentito al proprietario del fondo (o ad un qualunque terzo che si sentisse danneggiato dall'opera) di porre in essere anche atti legittimi di autotutela che, non potendo essere interpretati come *vis* illegittima, non avrebbero permesso all'impedito di chiedere l'interdetto. In effetti, dobbiamo ricordare prima di tutto la decisa opposizione di Pomponio all'opinione di Labeone (attestata da Paolo in D.43.21.2) che escludeva la legittimità di un'opera di copertura di un canale originariamente scoperto (proprio la stessa soluzione suggerita, prima di Labeone, da Ofilio e contestata da Ulpiano in 43.21.1.11: *eum, qui operiat apertum vel contra, eum non puto prohibendum, nisi si quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat*): una polemica, quella di Pomponio, determinata, come si ricorderà, dalla considerazione secondo cui il proprietario del fondo servente non potrebbe motivare la sua contrarietà con la sopravvenuta impossibilità di svolgere attività (*appellere pecus vel haurire aquam*) che egli potrebbe compiere,

ma che potrebbe anche non compiere, avendo il loro fondamento non nel *ius* ma nell'occasione, cioè in una valutazione arbitraria, non formando il contenuto tipico, indefettibile, di un diritto (*sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret*).

Un'analogia esclusione era pronunciata da Servio Sulpicio Rufo (D.43.21.3 pr.) in relazione alla modifica della copertura di uno *specus*. La motivazione di questa interpretazione va ricercata certamente nella circostanza che la trasformazione del canale, che ora conduca a cielo aperto l'acqua che prima vi era condotta intubata, trasforma la quantità condotta: *magis aquam conservet vel contineat*, e dunque non può essere definita *refectio*. Ulpiano critica questa posizione: *ego et in specu contra, si non maior utilitas versetur adversarii* ⁽¹²⁰⁾. Il problema consisterà dunque, nell'ottica di Ulpiano, nella verifica della dannosità dell'opera: e, mi pare ovvio, tale verifica dovrà essere compiuta *ex post*, in sede di controversia. Pertanto l'opera non è *di per sé* dannosa e dunque passibile di lecita *prohibitio*; ma la sua dannosità dovrà essere provata da chi ritenga che essa lo possa danneggiare.

Labeone si pronunciò ancora su una fattispecie analoga, e divergente dalle precedenti per un solo, ma fondamentale, particolare

D.43.21.3.2 (Ulpiano, 70 ad edictum): *Si quis novum canalem vel fistulas in rivo velit collocare, cum id numquam habuerit, utile ei hoc interdictum futurum Labeo ait. Nos et hic opinamur utilitatem eius qui ducit sine incommoditate eius cuius ager est spectandam* ⁽¹²¹⁾.

⁽¹²⁰⁾ Tr.: "Io mi pronuncio contro anche relativamente allo *specus*, se non sia compromessa una maggiore utilità dell'avversario".

⁽¹²¹⁾ Tr.: "Se qualcuno voglia collocare una nuova canalizzazione o delle tubature nel fossato, benché non abbia mai avuto ciò, Labeone afferma che egli avrà questo interdetto (scil. il *de rivis*) utile. Noi anche in questo caso riteniamo che sia necessario tener presente l'utilità di colui che conduce

L'ipotesi di partenza è ancora una volta l'intenzione da parte di taluno di scavare un nuovo canale, o di intubare l'acqua che precedentemente scorreva libera. La novità che si prospetta qui, rispetto alle ipotesi precedenti, consiste nel fatto che costui non aveva il diritto di condurre l'acqua (*cum id numquam habuerit*). Labeone aveva affermato che l'interdetto *de rivis* avrebbe dovuto essere emanato dal pretore in via utile, come estensione analogica di quello tipicamente previsto per l'ipotesi di impedimento alla *refectio* di un canale di conduzione d'acqua. Ulpiano, anche in questo caso, è meno categorico di Labeone, tanto da non enunciare una soluzione univoca: anche in questo caso, egli afferma, dovrà essere compiuto un bilanciamento degli interessi delle parti, valutando da un lato l'*utilitas* di colui che attua la conduzione d'acqua, dall'altro la *commoditas* del proprietario del fondo, e tutelando la *ductio* purché non pregiudichi le utilità che il proprietario del fondo servente trae normalmente dal fondo.

Un'altra ipotesi di grande interesse è ancora discussa da Ulpiano subito dopo:

D. eod., 3: *Si aqua in unum lacum conducatur et inde per plures ductus ducatur, hoc interdictum utile erit volenti reficere ipsum lacum* ⁽¹²²⁾.

Il *lacus* di cui parla il passo non è, verosimilmente, un lago naturale, ma un bacino di raccolta delle acque. Il sistema a cui allude il testo prevede un unico canale adduttore, che alimenta la raccolta, dalla quale si dipartono poi i canali derivatori che conducono l'acqua presso ciascun utente. Parrebbe potersi desumere, dunque, che il bacino appartenga a tutti gli utenti: uno dei quali decide, di sua iniziativa, di compiere le manutenzioni. La ragione per la quale gli vengono opposti atti di *prohibitio* è pro-

l'acqua senza molestia di colui al quale il fondo appartiene”.

⁽¹²²⁾ Tr.: “Se l'acqua venga condotta in un unico bacino e da lì venga condotta mediante diverse condotte, questo interdetto sarà utilizzabile da chi voglia compiere la manutenzione dello stesso bacino”.

tabilmente determinata dalla necessità di svuotare il bacino, il che avrebbe, come conseguenza inevitabile, il mancato approvvigionamento idrico degli altri utenti. Nonostante questo pregiudizio da essi subito, Ulpiano si pronuncia senza esitazione alcuna nel senso dell'illiceità della *vis*, che quindi potrà essere inibita con l'interdetto.

Tuttavia la formula - tipo del mezzo di tutela non era stata preordinata per la *refectio* di un *lacus* (né il pretore estende l'operatività dell'interdetto con una clausola apposita, del tipo di quella che leggiamo per il *de fonte* di D.43.21.1 pr. in cui, dopo aver vietato di compiere atti di turbativa violenta diretti ad impedire a taluno di attingere ad un *fons*, il magistrato aggiunge: *de lacu puteo piscina item interdicam*). Per questo motivo il *de rivis reficiendis* viene concesso non nella sua formula - tipo, ma nella sua estensione utile.

I giuristi discutono poi un ulteriore problema, derivante da un assetto molto particolare. Attraverso un fondo scorre un canale di conduzione d'acqua col quale è assicurata una servitù di acquedotto. Il titolare della servitù svolge sul suo fondo delle attività che si rivelano dannose per la qualità dell'acqua. Labeone propone questa risoluzione del problema:

D.43.20.1.27: (Ulpiano, 70 ad edictum): *Labeo putat per [hoc] <utile> interdictum prohiberi quem, ne quid in illo fundo faciat fodiat serat succidat putet aedificet, [quare] <qua> ex re ea aqua, quam ille per hoc anno per fundum tuum sine vitio duxit, inquinetur vitietur corrumpatur deteriorve fiat: et similiter de aestiva aqua debere interdici ait* ⁽¹²³⁾.

Labeone, dunque, ritiene esperibile l'interdetto *de aqua*

⁽¹²³⁾ Tr.: "Labeone ritiene che con questo interdetto si impedisca ad alcuno di fare zappare seminare tagliare potare edificare qualcosa su quel fondo, in maniera tale che quell'acqua che senza vizi egli ha condotto nel tuo fondo ne venga inquinata corrotta o peggiorata: e afferma che analogamente debba essere proposto l'interdetto riguardo all'acqua estiva".

cottidiana qualora il titolare della servitù svolga, sul proprio fondo, attività che incidano sulle qualità organolettiche dell'acqua condotta nel canale che attraversa il fondo servente. Le attività contemplate dal giurista sono essenzialmente agricole, la zappatura, la semina, il raccolto, la potatura (salvo l'ultima, *aedificet*), e si capisce che esse possano deteriorare lo stato delle acque. Il giurista augusteo individua anche nettamente le forme di danno qualitativo conseguente a tali attività, per le quali suggerisce il ricorso al mezzo di tutela: *inquinetur vitietur corrumpatur deteriorve fiat*.

La concessione dell'interdetto è il frutto esclusivo di un suggerimento del giurista, tanto che non appare infondata la proposta di correggere l'*hoc*, contenuto all'inizio del passo, in *utile*, come ha proposto una dottrina autorevole. Si tratterebbe, in altri termini, di un'estensione in via utile di un mezzo di tutela, predisposto per una fattispecie (protezione di una conduzione di acqua *cottidiana* o *aestiva*) ad una fattispecie non tutelata (tutela della qualità dell'acqua deteriorata da opere o sversamenti che ne compromettano la purezza).

Nell'ipotesi discussa da Labeone in 43.20.1.27 saremmo dunque in presenza di un assetto non coincidente con quello tipico per il quale era stato predisposto il *de rivis reficiendis*, che consisteva nel resistere ad atti di turbativa diretti ad impedire di *rivos reficere purgare aquae ducendae causa* ⁽¹²⁴⁾, ma in uno diverso consistente nell'impedimento, frapposto dal titolare della servitù, ad attività compiute in un fondo (*faciat fodiat serat succidat putet aedificet*), idonee a deteriorare le qualità delle acque: *inquinetur vitietur corrumpatur deteriorve fiat*.

* * *

Abbiamo esaminato in precedenza alcune opinioni espresse dai giuristi a proposito del problema delle eventuali modifica-

(124) Tr.: "Restaurare e ripulire i canali che servono a condurre l'acqua".

zioni che il titolare della servitù volesse apportare al canale di conduzione dell'acqua, mediante il quale egli esercitava la sua servitù di *aquaeductus*. In proposito abbiamo potuto evidenziare uno sviluppo che parte da una valutazione di opere di questo genere come *aliter factum* rispetto ai connotati originari della servitù, e che giunge ad una più elastica considerazione dei rispettivi interessi delle due parti del rapporto.

Adesso dobbiamo affrontare un problema diverso da quello ora ricordato: quello concernente le modalità ed i limiti entro cui il titolare della servitù poteva compiere le opere di conservazione, di manutenzione e di ripristino (*refectio*) dei manufatti strumentali all'esercizio delle servitù. Anche su questo punto i giuristi hanno discusso una ricca casistica: vediamo qualche esempio. Per cominciare, il Digesto conserva un testo di Venuleio Saturnino, giurista vissuto nell'età degli *optimi principes*, che fornisce una giustificazione retorica della necessità di operare le manutenzioni dei rivi:

D.43.21.4 (Venuleio 1 interdictorum): *De rivis reficiendis ita interdicitur, ut non quaeratur, an aquam ducere actori liceret: non enim tam necessariam refectioem itinerum quam rivorum esse, quando non refectis rivis omnis usus aquae auferretur et homines siti necarentur. Et sane aqua pervenire nisi refecto rivo non potest. at non refecto itinere difficultas tantum eundi agendique fieret, quae temporibus aestivis levior esset* ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁵⁾ Tr.: “Sulla manutenzione dei canali l'interdetto sarà proposto in modo che non ci si chieda se l'attore avesse il diritto di condurre l'acqua: infatti la manutenzione delle strade non è altrettanto necessaria di quella dei canali, dal momento che, senza la manutenzione dei canali, verrebbe meno qualsiasi uso dell'acqua e gli uomini morirebbero per la sete. E chiaramente l'acqua non può arrivare se il canale non viene tenuto in efficienza. Invece senza la manutenzione dei sentieri vi sarebbe semplicemente una maggior difficoltà di circolazione, che sarebbe meno grave nel periodo estivo”.

Il passo è curioso. Venuleio lo imposta sul confronto fra la necessità di mantenere l'efficienza dei sentieri che consentono l'esercizio delle servitù di passaggio e quella relativa ai canali di conduzione dell'acqua (ma, si noti, non per l'irrigazione ma per il rifornimento d'acqua potabile), sottolineandone la necessità con l'immagine un po' melodrammatica dei nefasti effetti prodotti sulla regolarità del rifornimento idrico dalla mancata manutenzione dei *rivi*, cioè la morte per sete degli abitanti privati dell'acqua. Il *de rivis* è contrapposto al *de itinere actuque privato* sul punto degli effetti indotti dalla mancata manutenzione: una differenza tra la semplice difficoltà per l'utente di avvalersi dell'*iter* (un disagio ovviamente meno sensibile in estate, per la minore piovosità) e l'impossibilità di far giungere l'acqua potabile a destinazione, con conseguenze letali soprattutto in estate, quando le sorgenti normalmente diminuiscono la portata.

Venuleio, parlando del *de rivis*, parrebbe riferirsi ai canali di alimentazione degli acquedotti, o comunque a manufatti che assicurino l'approvvigionamento idrico. In realtà Ulpiano non delimita il campo di applicazione del *de rivis* a questo, ma a qualsiasi conduzione d'acqua:

D.43.21.1.8 (Ulpiano, 70 ad edictum): '*aquae*', *inquit*, '*ducendae causa*'. *merito hoc additur, ut ei demum permittatur et reficere et purgare rivum, qui aquae ducendae causa id fecit* ⁽¹²⁶⁾.

Come si vede, la formulazione dell'interdetto, secondo il giurista severiano, ha attinenza a qualsiasi *ductio*.

Fatta questa premessa, esaminiamo le regole relative alle modalità ed ai limiti entro cui si deve muovere l'attività del titolare della servitù. Prima di tutto è necessario affrontare un testo che riporta una regola generale relativa alla *refectio* nelle servitù,

⁽¹²⁶⁾ Tr.: "(Il pretore) afferma: 'allo scopo di condurre l'acqua'. Meritamente è aggiunta questa clausola, affinché sia consentito di restaurare e ripulire il canale a colui che lo fece per condurre l'acqua".

benché elaborata nell'ambito di una discussione insorta nel contesto della servitù d'appoggio (e quindi, non una *servitus aquae*):

D.8.5.6.2 (Ulpiano 17 ad edictum): *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit. sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit* ⁽¹²⁷⁾.

Come si può vedere, la nozione di *refectio* elaborata da Aquilio Gallo è generale, e non si riferisce alla sola servitù *oneris ferendi* (la regola è infatti espressa come valida *in omnibus servitutibus*). La manutenzione, dunque, spetta unicamente al titolare della servitù, essendone esonerato il proprietario del fondo servente. La polemica condotta da Servio non riguarda questo punto, che appare indiscusso, ma l'interpretazione della *propo-*

⁽¹²⁷⁾ Tr.: “Anche con riguardo alla servitù che viene imposta allo scopo di sopportare l'appoggio, compete a noi l'azione, affinché (il proprietario del fondo servente) sopporti l'appoggio e compia le manutenzioni degli edifici con quella modalità che sia stata determinata nella costituzione della servitù. E Gallo ritiene che non si possa imporre una servitù in modo tale che qualcuno sia costretto a fare qualcosa, ma che egli non mi proibisca di fare: infatti in tutte le servitù la manutenzione spetta a colui che difende la servitù per sé, non a colui la cui cosa è sottoposta a servitù. Ma prevalse l'opinione di Servio nella fattispecie proposta, secondo cui un soggetto potesse difendere di avere il diritto di costringere l'avversario a restaurare la parete per sostenere i suoi pesi. Labeone dal canto suo, scrive che non è la persona, ma la cosa a dovere la servitù, e pertanto al proprietario è concesso di abbandonare la cosa”.

sita species, cioè il contenuto della servitù di appoggio ed i conseguenti doveri posti a carico del proprietario dell'edificio servente. È su questo punto che Servio si contrappone ad Aquilio Gallo: mentre per quest'ultimo il principio secondo cui il proprietario del fondo servente non può mai essere costretto ad un fare non soffre eccezioni, per Servio l'eccezione era costituita proprio dalla nostra *proposita species*, ma solo per ragioni interne alla natura del rapporto, e soprattutto alla formulazione ed alla natura del mezzo di tutela, che era un'*actio in rem*.

Stabilito questo primo punto, esaminiamo alcuni principi relativi alle modalità con cui il titolare della servitù può procedere alla manutenzione.

D.8.4.11 pr. (Pomponio 33 ad Sabinum): *Refectionis gratia accedendi ad ea loca, quae non serviant, facultas tributa est his, quibus servitus debetur, qua tamen accedere eis sit necesse, nisi in cessione servitutis nominatim praefinitum sit, qua accederetur: et ideo nec secundum rivum nec supra eum (si forte sub terra aqua ducatur) locum religiosum dominus soli facere potest, ne servitus intereat: et id verum est. sed et depressurum vel adlevaturum rivum, per quem aquam iure duci potestatem habes, nisi si ne id faceres cautum sit* ⁽¹²⁸⁾.

Questo passo riporta due regole che devono necessariamente coesistere. La prima è a favore del titolare della servitù: per rendere effettivo il suo diritto all'esecuzione della *refectio*, costui

⁽¹²⁸⁾ Tr.: "La facoltà di accedere a quei luoghi che non siano destinati alla servitù allo scopo di compiere le manutenzioni è attribuita a coloro ai quali è dovuta la servitù, tuttavia solo per dove ad essi sia necessario accedere, a meno che nella costituzione della servitù non sia nominativamente predeterminato per dove essi debbano passare. Pertanto il proprietario del fondo non può costituire né lungo il canale, né sopra (qualora per caso esso sia condotto sotto terra) un luogo religioso, affinché la servitù non si estingua: e questo è vero. Ma tu puoi anche sbassare il canale o sollevarlo, a meno che tu non abbia prestato cauzione che non lo avresti fatto".

ha la facoltà di accedere anche ai luoghi che non siano espressamente destinati allo svolgimento della servitù: Abbiamo già esaminato sopra il § 1 di questo frammento di Pomponio, che però qui merita di essere ripetuto per la sua stretta attinenza con questa regola:

D.8.4.11.1: *Si prope tuum fundum ius est mihi aquam rivo ducere, tacita haec iura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire, qua proxime possim, ad reficiendum eum ego fabrique mei, item ut spatium relinquat mihi dominus fundi, qua dextra et sinistra ad rivum adeam et quo terram limum lapidem harenam calcem iacere possim* ⁽¹²⁹⁾.

Dal collegamento tra questi due brani si potrebbe concludere che il titolare della servitù abbia un diritto illimitato di ingresso nel fondo servente per operare le manutenzioni. In effetti anche in altri testi si prospetta la facoltà che un soggetto ha di entrare nel fondo altrui, anche contro la volontà del proprietario, per compiere manutenzioni od interventi straordinari indispensabili. Per fare un solo esempio fra tanti, esaminiamo questo passo ulpiano che riporta una valutazione di Labeone:

D.43.12.1.12 (Ulpiano, 68 ad edictum): *Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coerces 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. 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,*

⁽¹²⁹⁾ Tr.: “Se a mio favore è costituito il diritto di condurre acqua in un fossato attraverso il tuo fondo, ne seguono questi diritti impliciti, che mi sia consentito di compiere la manutenzione del fossato, di pervenire più vicino possibile ad esso per compiere le manutenzioni, io ed i miei operai, ed inoltre che il proprietario del fondo (servente) mi lasci uno spazio affinché io possa giungere da destra e da sinistra al fossato e possa depositare terra, fango, pietre, sabbia e calce”.

quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter cursus fluminis deterior sit fiat, tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitrato possit' ⁽¹³⁰⁾.

Il testo di Labeone si riferisce ai fiumi pubblici, e pertanto è estraneo alla materia delle servitù delle acque. Tuttavia risulta di particolare interesse questa facoltà, accordata ad un soggetto, di entrare nel fondo altrui, anche contro la volontà del proprietario, e rimanendo tutelato dai suoi possibili atti di turbativa, allo scopo di sostituirsi all'inerzia del proprietario stesso che abbia omesso di compiere le necessarie manutenzioni all'alveo o alle sponde del fiume: la ripulitura degli argini, l'eventuale demolizione di manufatti pericolosi o dannosi per lo stato del fiume: e questo perfino qualora il fiume non sia navigabile.

Il proprietario del fondo servente ha una sola possibilità di evitare questa invasione del fondo: inserire *ab initio* una clausola nell'atto costitutivo, nella quale sia esplicitamente dichiarato in quale punto del fondo il titolare della servitù abbia facoltà di accedere al fondo servente (*in cessione servitutis nominatim praefinitum sit, qua accederetur*). Come si può vedere, la soluzione non è dissimile da quella fornita al problema della determinazione del settore del fondo servente nel quale è consentito al titolare della servitù di svolgere l'attività: se non è indicato espressamente, tutto il fondo *servit*; in caso contrario, tutta la parte del fondo non compresavi rimane libera dalla servitù: cfr. ad es. D.8.1.9 (Celso 5 digestorum); 8.3.13.1 (Giavoleno 10 ex

⁽¹³⁰⁾ Tr.: "Tuttavia il pretore non vieta tutto quello che viene fatto entro un fiume pubblico o sulle sue rive, ma solo se venga fatto qualcosa a causa del quale la sosta e la navigazione peggiorino. Dunque questo interdetto si riferisce solo a quei fiumi che siano navigabili, non agli altri. Ma Labeone scrive che, anche se in un fiume non navigabile sia fatto qualcosa a causa del quale il fiume si inaridisca o risulti impedito il passaggio dell'acqua, non è iniquo che competa un interdetto utile 'che non sia fatta violenza a colui, in modo che egli non possa, col comportamento dell'uomo onesto, eliminare, demolire, ripulire, ripristinare un manufatto a causa del quale il percorso del fiume sia o divenga peggiore'".

Cassio); 8.3.21 (Paolo 15 ad Sabinum).

La seconda regola pone invece un limite all'arbitraria invadenza del titolare della servitù: la facoltà di accesso è limitata allo stretto necessario: *qua tamen accedere eis sit necesse*: anche su questo punto notiamo un bilanciamento non rigido tra gli interessi contrapposti del titolare della servitù e del proprietario del fondo: al primo deve essere consentito di svolgere al meglio le manutenzioni necessarie all'esercizio della servitù (delle quali il proprietario del fondo può disinteressarsi), e quindi egli può entrare anche nelle porzioni di fondo non destinate alla servitù. Ma il proprietario del fondo servente non deve subire un disagio eccessivo.

La regola è espressa allo scopo di giustificare il divieto, enunciato a carico del proprietario del fondo servente, di trasformare il fondo in *locus religiosus* (in pratica, impiegarlo per la sepoltura): infatti, in questo caso, il luogo si trasformerebbe *ipso iure* in *res extra commercium* e la servitù si estinguerebbe. Ma abbiamo visto anche in altri testi che il proprietario del fondo servente non può compiere nessuna attività che possa pregiudicare il normale esercizio della servitù: il conseguente divieto, pronunciato a carico del proprietario del fondo servente, di sottrarre il fondo al regime normale di circolazione delle cose (dato che la creazione di un'area cimiteriale trasformerebbe lo *status* del fondo in *res extra commercium*), è la conseguenza della soggezione del fondo servente.

Il proprietario del fondo servente ha qualche mezzo per opporsi a questa invasione del suo fondo? Esiste un mezzo generale di tutela, l'*operis novi nuntiatio*, un mezzo complementare con il quale un soggetto può vietare ad un altro di costruire manufatti che possano, in futuro, rivelarsi dannosi:

D.39.1.1 pr. (Ulpiano, 52 ad edictum): *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 ad-versus 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 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 ⁽¹³¹⁾.

Il presupposto della denuncia di nuova opera è dunque che si tratti di un *opus novum*. Qual è il significato di questa espressione ai fini della proponibilità del mezzo di tutela? Ulpiano lo spiega in modo chiarissimo poco dopo:

D.39.1.1.11 (eod.): *Opus novum facere videtur, qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat... 14. Si quis aedificium vetus fulciat, an opus novum nuntiare ei possumus, videamus. et magis est, ne possimus: hic enim non opus novum facit, sed veteri sustinendo remedium adhibet* ⁽¹³²⁾.

⁽¹³¹⁾ Tr.: “Con questo editto è promesso che, sia che un manufatto sia compiuto secondo diritto, o contro il diritto, possa essere proibito mediante una denuncia, e poi la proibizione possa essere cancellata nel limite in cui colui che ha compiuto la denuncia non avesse il diritto di emettere l’atto di impedimento. 1. Dunque questo editto che contiene il mezzo di tutela della denuncia di nuova opera è stato introdotto contro le opere future, non contro quelle passate [vale a dire, contro quelle che non sono state ancora fatte, affinché non vengano fatte]: infatti se qualche opera, che non avrebbe dovuto essere fatta, sia stata completata, cessa l’editto sulla denuncia di nuova opera e ci si dovrà trasferire all’interdetto ‘che sia ripristinato ciò che è stato fatto con violenza o clandestinamente’, o al ‘ciò che in un luogo sacro o religioso’ ed al ‘ciò che è stato fatto nell’alveo di un fiume pubblico o sulla riva pubblica’: infatti con questi interdetti si dovrà ripristinare la situazione preesistente, se sia stato fatto qualcosa illecitamente”.

⁽¹³²⁾ Tr.: “Appare aver compiuto una nuova opera colui che, edificando o sottraendo qualcosa, trasforma il primitivo aspetto dell’opera... 14. Se taluno puntelli un vecchio edificio, vediamo se si possa compiere contro di lui la

L'*opus novum* consiste dunque nell'edificazione di un manufatto che prima non esisteva, o nella radicale modifica della fisionomia di uno esistente: tant'è che il giurista risponde negativamente alla domanda se sia *opus novum* l'apprestamento di puntelli ad un vecchio edificio che minacci il crollo.

La denuncia di nuova opera serve dunque ad assicurare il proprietario contro opere edificate in un fondo vicino da cui egli possa temere un danno. Tuttavia Ulpiano ricorda un'eccezione generale al principio:

D.39.1.5.12 (Ulpiano, 52 ad edictum): *Praeterea generaliter praetor cetera quoque opera exceperit, quorum mora periculum aliquod allatura est: nam in his quoque contemnendam putavit operis novi nuntiationem. quis enim dubitat multo melius esse omitti operis novi nuntiationem, quam impediri operis necessarii urgentem extructionem? totiens autem haec pars locum habet, quotiens dilatio periculum allatura est. 13. Proinde si quis, cum opus hoc mora periculum allaturum esset, nuntiaverit opus novum vel si in cloacis vel [ripa] <rivis> reficiendis aliquid fieret, dicemus apud iudicem quaeri debere, an talia opera fuerint, ut contemni nuntiatio deberet: nam si apparuerit vel in cloaca rivoque eove, cuius mora periculum allatura esset, dicendum est non esse verendum, ne haec nuntiatio noceret* ⁽¹³³⁾.

denuncia di nuova opera. Ed è preferibile la soluzione secondo cui non si possa: costui infatti non compie un'opera nuova, ma predispone un rimedio ad una vecchia, apprestandole un rinforzo".

⁽¹³³⁾ Tr.: "Inoltre il pretore ha exceperito in via generale anche tutte le altre opere, il cui ritardo produrrà un pericolo: infatti anche in queste opere egli ritenne che la denuncia di nuova opera potesse essere ignorata. Infatti chi potrebbe dubitare che sia molto meglio omettere la denuncia di nuova opera, che impedire la costruzione urgente di un'opera necessaria? Questa parte ha dunque luogo ogni volta che una dilazione sia destinata a provocare un pericolo. 13. Pertanto se qualcuno, qualora un ritardo nella costruzione di un manufatto possa arrecare in futuro un pericolo, abbia denunciato la nuova

Il lungo brano ora citato si diffonde su un raffronto tra due esigenze contrapposte: quella del proprietario che si sente minacciato dalla prossima esecuzione dell'opera, e desidera servirsi della denuncia di nuova opera, e quella del soggetto che si appresta ad erigere il manufatto per stornare un pericolo imminente. Tra le due pretese contrapposte, la preferenza non può essere accordata in astratto, ma va commisurata volta per volta, con una prudente valutazione empirica, a quale delle due esigenze abbia più titolo ad essere valorizzata: qualora una *dilatatio* della costruzione dell'opera rischi di generare un pericolo a carico del costruttore, la *nuntiatio* può tranquillamente essere trascurata. A questo punto si aprirà un nuovo capitolo nei rapporti tra i due soggetti: chi abbia emesso la denuncia potrà chiedere un interdetto, ed in sede di processo interdittale (al quale Ulpiano si riferisce affermando che *apud iudicem quaeri debere, an talia opera fuerint, ut contemni nuntiatio deberet*) il punto da provare sarà appunto l'urgenza dell'opera.

Meno problematica appare la soluzione nel caso di *refectio* di un canale o di una fognatura:

D.39.1.5.11 (eod.): *Si quis rivos vel cloacas velit reficere vel purgare, operis novi nuntiatio merito prohibetur, cum publicae salutis et securitatis intersit et cloacas et rivos purgari* ⁽¹³⁴⁾.

In questo caso l'interesse pubblico prevale su quello privato: la pulizia delle fognature è fondamentale per tenere lontane

opera o se sia stato fatto qualcosa in una fognatura o nella manutenzione dei canali, diremo che sarà necessario, di fronte al giudice, interrogarsi se le opere siano state tali, da poter ignorare la denuncia: infatti, se sarà provato, sia in una fognatura sia in un canale, che un ritardo fosse in grado di arrecare un pericolo, bisogna dire che non si dovrà temere di dire che questa denuncia arrechi pregiudizio”.

⁽¹³⁴⁾ Tr.: “Se taluno voglia rifare o ripulire canali o fognature, ben a ragione viene impedita la denuncia di nuova opera, poiché riguarda la pubblica salute e sicurezza che canali e fognature siano ripuliti”.

le malattie, e pertanto la *nuntiatio* non può essere proposta ⁽¹³⁵⁾. Pertanto la soluzione radicalmente negativa, espressa a proposito della proponibilità della denuncia di nuova opera nel caso di *refectio* di un canale, trae la sua ragione da tutto questo complesso di riflessioni:

D.43.21.3.8 (Ulpiano 70 ad edictum): *Si quis rivum reficienti opus novum nuntiat, belle dictum est posse contemni operis novi nuntiationem: cum enim praetor ei vim fieri vetet, absurdum est per operis novi nuntiationem eum impediri. plane per in rem actionem dicendum est posse: ad-versus eum vindicari "ius ei non esse" dubium non est* ⁽¹³⁶⁾.

Il proprietario che abbia a temere dalla nuova opera potrà al massimo proporre la *vindicatio servitutis*, nella forma della *actio negatoria*, che riporti nell'*intentio* la clausola *ius ei non esse*.

⁽¹³⁵⁾ Una soluzione analoga è proposta a proposito dell'interdetto *de cloacis*, posto a tutela di chi voglia *reficere* una cloaca, contro chi compia atti di *vis* diretti ad impedirglielo: D.43.23.1.2 (Ulpiano, 71 ad edictum): *curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur, quorum utrumque et ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet: nam et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur* (Tr.: "Dunque il pretore, mediante questi interdetti, si curò che le cloache vengano ripulite e ripristinate, operazioni, entrambe, che riguardano la salubrità delle città e la loro tutela: infatti le immondizie delle cloache, se non vengano ripulite, minacciano cielo pestilenziale e crolli di edifici"). Il riferimento al *caelum pestilens* è molto interessante, perché potrebbe celare un'allusione alle teorie mediche dominanti nell'età imperiale (e che domineranno fino a quando non si scoprirà l'esistenza di batteri e di virus), a proposito delle modalità con cui si trasmettevano le malattie contagiose come la peste, delle quali erano considerati responsabili i miasmi prodotti dai rifiuti e dalle acque stagnanti (si tratta delle c. d. "teorie miasmatiche").

⁽¹³⁶⁾ Tr.: "Se qualcuno denuncia la nuova opera a chi stia ripristinando un canale, è stato ben detto che la denuncia di nuova opera possa essere ignorata: infatti dal momento che il pretore vieta di fargli violenza, è assurdo che egli venga impedito con la denuncia di nuova opera. Chiaramente non c'è dubbio che si debba dire che egli possa rivendicare contro di lui con un'azione reale 'che egli non ha il diritto'".

5. Estinzione delle servitù

Sono tre i modi di estinzione specifici delle servitù che dovremo esaminare: il non uso, la confusione e l'impossibilità sopravvenuta. Di ciascuno di questi tre modi i giuristi romani hanno discusso una ricca casistica, di cui qui esamineremo solo alcuni esempi. Iniziamo dal *non usus*. La regola generale prevede che le servitù attive si estinguano per il non uso protratto continuamente per due anni. Il principio si estende alle attività strumentali all'esercizio della servitù. Su questo punto una regola precisa è espressa da Labeone:

D.8.6.17 (Pomponio, 11 ex variis lectionibus): *Labeo ait, si is, qui haustum habet, per [tempus, quo servitus amittitur] <biennio> ierit ad fontem nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse* ⁽¹³⁷⁾.

Il rapporto fra il titolare del fondo e quello della servitù era stato trasfuso in una servitù di *haustus* che, come aveva affermato Nerazio Prisco, comprende in sé anche quella di *iter ad hauriendum* ⁽¹³⁸⁾. Nel caso descritto da Labeone, il titolare della servitù esercita solo l'attività strumentale, e non quella principale per la quale era stata costituita la servitù. La sentenza del giurista è in questa ipotesi categorica: la servitù principale è estinta, e pertanto anche quella accessoria segue la stessa sorte.

Altri assetti danno luogo a maggiori difficoltà. Alcuni di essi sono di particolare interesse. Possiamo iniziare da un testo già affrontato in tema di modi di esercizio della servitù. Proculo descrive tre possibili situazioni di sfruttamento di acqua altrui, e per ciascuna esamina cosa accada nel caso che uno degli utenti

⁽¹³⁷⁾ Tr.: "Labeone afferma che, se colui che ha la servitù di attingimento, [durante il periodo nel quale la servitù si perde] <per due anni> si sia recato alla sorgente e non abbia attinto, perde anche il diritto di passaggio".

⁽¹³⁸⁾ D.8.3.3.3 (Ulpiano, 17 ad edictum): *Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum ... , ut ait Neratius libro tertio membranarum*. Su questo passo cfr. sopra, 36.

non eserciti la servitù:

D.8.6.16 (Proculo, 1 epistolarum): *Aquam, quae oriebatur in fundo vicini, plures per eundem rivum iure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum eumque communem, deinde ut quisque inferior erat, suo quisque proprio rivo, et unus [statuto tempore, quo servitus amittitur] <biennio> non duxit. existimo eum ius ducendae aquae amisisse, nec per ceteros qui duxerunt eius ius usurpatum esse: proprium enim cuiusque eorum ius fuit neque per alium usurpari potuit. quod si plurium fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset. item si quis eorum, quibus aquae ductus servitus debebatur et per eundem rivum aquam ducebant, ius aquae ducendae non ducendo eam amisit, nihil iuris eo nomine ceteris, qui rivo utebantur, adcrevit idque commodum eius est, per cuius fundum id iter aquae, quod non utendo pro parte unius amissum est: libertate enim huius partis servitutis fruitur* ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁹⁾ Tr.: “Più soggetti erano soliti condurre secondo il diritto l’acqua, che scaturiva da un fondo vicino, in modo tale che ciascuno la conduceva dalla sorgente nel giorno a lui destinato, da parte del primo per mezzo dello stesso fossato, quello comune, e poi ciascuno degli altri successivi, ognuno tramite il proprio fossato. Uno di loro non la condusse per [il tempo stabilito, dopo il quale la servitù si estingue] due anni. Io ritengo che egli abbia perso il suo diritto di condurre l’acqua, ma che il suo diritto non sia acquistato da tutti gli altri che la condussero. Infatti il diritto era specifico per ciascuno di loro e non si poté acquistare da parte di un altro. Se invece il diritto di conduzione fosse dovuto ad un fondo appartenente a più soggetti, mediante uno di loro si sarebbe potuto acquistare a favore di tutti coloro tra i quali quel fondo fosse comune. Inoltre se qualcuno di coloro ai quali era dovuta la servitù di acquedotto e che conducevano l’acqua mediante il medesimo fossato, abbia perso la servitù di conduzione d’acqua, non conducendola, non accresce alcun diritto, a quel titolo, agli altri che usano il fossato, e quel vantaggio appartiene al proprietario del fondo attraverso il quale il percorso dell’acqua è stato perso non utilizzandolo da parte di uno: egli infatti si avvantaggia della libertà di quella

Ricordo ancora che nel primo e nel terzo caso abbiamo soggetti che, con modalità diverse, derivano indipendentemente l'uno dall'altro (la differenza sta che nel primo ciascuno deriva mediante un canale suo, e ad intervalli temporali; mentre nel terzo tutti derivano, ciascuno per il suo fondo, dallo stesso canale e senza *intermissio temporis*).

È significativo che la soluzione, in entrambi i casi ora visti, sia la stessa: non solo l'accrescimento non avviene, ma si produce l'estinzione della servitù per la quota non esercitata: *libertate enim huius partis servitutis fruitur*.

Il contrario si verifica nella seconda ipotesi, in cui la servitù di acquedotto sia costituita a favore di un fondo in comproprietà (*plurium fundo iter aquae debitum*): in tal caso l'*usurpatio* sarebbe stata possibile per la regola dell'accrescimento ai condòmini della quota perduta da colui nei cui confronti si era verificata l'estinzione per non uso. Il *rivus communis*, che costituisce la spina dorsale di questo sistema di irrigazione, farebbe pensare alla comproprietà dei titolari della servitù; senonché, come è stato ben evidenziato, l'espressione è ben poco aderente alla concreta situazione discussa, dato che la soluzione fornita da Proculo al problema del possibile accrescimento, a vantaggio degli altri utenti, del diritto a derivare in caso di estinzione della servitù per non uso a carico di uno di essi, è negativa ⁽¹⁴⁰⁾: fermo nella no-

parte di servitù".

⁽¹⁴⁰⁾ È stato giustamente notato come Proculo non appaia interessato a chiarire che a favore del proprietario inferiore doveva essere stata costituita una servitù a carico dei fondi intermedi, che a loro volta erano i fondi dominanti rispetto al fondo in cui era situato il *caput aquae*. A Proculo interessa solo esaminare la possibilità, per gli altri titolari, di appropriarsi della quantità d'acqua persa da colui che, con la sua inerzia, aveva provocato l'estinzione della sua servitù: forse è per questo che nel passo non è esplicitamente specificato che a carico dei fondi intermedi era stata costituita la servitù di *aquae ductus* a favore dell'ultimo titolare. Questa lettura mi pare convincente, laddove ipotizza uno scarto tra la costruzione del rapporto come *ius in re aliena*, ad opera di Proculo, ed un regime più antico di cui rimane la traccia nella

zione generale della indivisibilità della servitù, Proculo riconosce ai rimanenti titolari il diritto di accrescimento sulla quota del titolare a carico del quale era scattata l'estinzione della servitù per *non usus*.

L'accrescimento si verifica nella sola ipotesi del fondo in comproprietà (la seconda esaminata da Proculo), nel qual caso va applicata la regola del condominio, secondo cui la quota di un condòmino si accresce agli altri: *si plurium fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset*. Al contrario che nella prima fattispecie descritta da Proculo, in questa si è evidentemente costituita *una sola* servitù di acquedotto con pluralità di titolari: l'accrescimento si verifica come effetto della regola generale del condominio.

Un problema difficile si presentò ai giuristi in relazione alle servitù costituite con *intermissio temporis*. Come si doveva calcolare il tempo necessario a dichiarare estinta la servitù per non uso quando il tempo stabilito per l'esercizio non è continuo? Paolo fornisce la soluzione:

D.8.6.7 (Paolo, 13 ad Plautium): *Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum vel uno mense, quaeritur quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum uti [non] potest, non sit usus. itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, [duplicato constituto tempore] amittitur. idem et de itinere custoditur. si vero alternis diebus aut die [toto] <tantum> aut tantum nocte, [statuto legibus tempore] amittitur, quia una servitus est: nam et si alternis horis vel una hora cotidie servitutem habeat, Servius scribit perdere eum non utendo servitutem, quia id quod habet cottidianum sit* ⁽¹⁴¹⁾.

comproprietà del *rivus* a favore di tutti i contitolari, cui allude la seconda fattispecie discussa da Proculo.

⁽¹⁴¹⁾ Tr.: "Se la servitù d'acqua sia stata costituita in modo tale che o sia condotta solo in estate o per un mese, ci si chiede come si perda per non

Preliminarmente bisogna osservare che quasi sicuramente il testo non è completo: tra la posizione della *quaestio* (*si sic... non sit usus*) e la sua soluzione manca certamente una parte. Infatti, il problema concerne l'estinzione per non uso di acqua condotta *aestate... tantum vel uno mense*, ma la soluzione viene proposta solo per queste situazioni:

a: *alternis annis vel mensibus*;

b: *alternis diebus aut die <tantum> aut tantum nocte*;

c: *alternis horis vel una hora cottidie*.

Manca qualsiasi riferimento alla situazione che aveva originato l'intervento del giurista: quello dell'esercizio della servitù *uno mense*.

La regola individuata da Paolo fa riferimento al tempo durante il quale si è esercitata la servitù: se ad anni o a mesi alterni, l'estinzione avviene nel doppio del tempo stabilito, dato che vi è una soluzione di continuità temporale che deve essere considerata ai fini del calcolo del tempo del non uso. Ma se l'*intermissio temporis* è quotidiana (indipendentemente dall'elemento temporale preso a riferimento: ora del giorno o della notte, un'ora al giorno), Paolo si limita a richiamare un antico ed evidentemente indiscusso insegnamento di Servio Sulpicio Rufo, secondo cui in tutti questi ultimi casi la servitù è quotidiana, comunque sia calcolato il tempo, e perciò si perde nel tempo stabilito di due anni.

Vi è un'ultima ipotesi da esaminare in argomento: quella dell'uso di acqua diversa da quella sulla quale ea stata costituita la

uso, dato che il tempo nel quale, potendo svolgere l'attività, non l'ha svolta, non è continuo. Pertanto se taluno abbia l'acqua ad anni o a mesi alterni, si perde [nel doppio del tempo costituito]. La stessa regola è seguita anche per il passaggio. Ma se invece si abbia a giorni alterni o solo di giorno o solo di notte, si perde [nel tempo stabilito dalle leggi], perché la servitù è unitaria: infatti, anche se abbia la servitù ad ore alternis o un'ora al giorno, Servio scrive che egli, non utilizzandola, perde la servitù, perché il diritto che ha è quotidiano".

servitù. Possiamo esaminare sul punto due testi, entrambi di Paolo:

D.8.6.18 pr. (Paolo, 15 ad Sabinum): *Si quis alia aqua usus fuerit, quam de qua in servitute imponenda actum est, servitus amittitur* ⁽¹⁴²⁾.

La ragione va naturalmente ricercata nell'alterazione che così si produce nell'assetto determinato nell'atto costitutivo.

La stessa motivazione sovrintende alla soluzione di una fattispecie quasi identica a quella ora vista, differenziandosene per il solo aspetto della *intermissio temporis*:

D.8.6.10.1 (Paolo, 15 ad Plautium): *Si is, qui nocturnam aquam habet, interdium per [constitutum ad amissionem tempus] usus fuerit, amisit nocturnam servitatem, qua usus non est. idem et in eo, qui certis horis aquae ductum habens aliis usus fuerit nec ulla parte earum horarum* ⁽¹⁴³⁾.

In questa ipotesi il titolare della servitù non tiene un comportamento inattivo, ma si vale della sua servitù con modalità temporali diverse da quelle per le quali la servitù era stata costituita. L'esercizio mattutino della conduzione d'acqua notturna, o quello ad ore diverse da quelle stabilite, equivalgono a *non usus*; e la servitù in tal modo, si estingue.

* * *

E veniamo alle ipotesi di estinzione per confusione. Un assetto discusso da Minicio, giurista contemporaneo di Celso, e citato da Giuliano, si diffonde sulla sorte della servitù di acque-

⁽¹⁴²⁾ Tr.: "Se taluno si sia servito di un'acqua diversa da quella della quale si era trattato nella costituzione della servitù, la servitù si estingue".

⁽¹⁴³⁾ Tr.: "Se colui che ha l'acqua notturna, se ne sia servito di giorno durante il tempo stabilito per l'estinzione del diritto, perde la servitù notturna, poiché non l'ha esercitata. Lo stesso avviene in confronto a colui che, avendo l'acquedotto ad ore determinate, l'abbia esercitato ad ore diverse, ed in nessuna di quelle per le quali il diritto era stato costituito".

dotto in séguito ad alcuni trasferimenti di proprietà dei fondi a favore dei quali, o a carico dei quali, era stata costituita la servitù:

D.8.3.31 (Giuliano, 2 ex Minicio): *Tria praedia continua trium dominorum adiecta erant: imi praedii dominus ex summo fundo imo fundo servitutem aquae quaesierat et per medium fundum domino concedente in suum agrum ducebat: postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, in quem aquam induxerat, vendidit. quaesitum est, num imus fundus id ius aquae amisisset, quia, cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent. negavit amisisse servitutem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imo fundo aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur, sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent* ⁽¹⁴⁴⁾.

L'assetto territoriale descritto nel passo di Giuliano vede un fondo superiore provvisto di una sorgente, ed un fondo inferiore

⁽¹⁴⁴⁾ Tr.: “Vi erano tre fondi contigui appartenenti a tre proprietari diversi. Il proprietario del fondo inferiore aveva chiesto la servitù di acquedotto a quello del fondo superiore e conduceva l'acqua attraverso il fondo intermedio, avendoglielo il proprietario concesso. In seguito il titolare della servitù acquistò il fondo superiore; e poi vendette il fondo inferiore, nel quale aveva condotto l'acqua. Fu posta la questione se il fondo inferiore avesse perso la servitù di acquedotto poiché, essendo diventati entrambi i fondi dello stesso proprietario, essi non avrebbero potuto servire a se stessi. Rispose che il titolare non aveva perso la servitù, perché il fondo attraverso il quale l'acqua veniva condotta apparteneva ad altro proprietario e, allo stesso modo in cui sul fondo superiore, affinché l'acqua possa essere condotta a quello inferiore, la servitù non può essere costituita in altro modo che conducendola anche per quello intermedio, così la stessa servitù sullo stesso fondo non può essere persa in altro modo che o nello stesso momento l'acqua cessasse di passare anche per il fondo intermedio, o tutti e tre i fondi diventassero dello stesso proprietario”.

che ha bisogno dell'acqua: esistendo un terzo fondo intermedio, il proprietario inferiore costituisce servitù di acquedotto su entrambi. I problemi iniziano quando egli prima acquista il fondo superiore, nel quale è presente la sorgente da cui ha origine l'acquedotto, ed in séguito vende il fondo inferiore, titolare della servitù. A questo punto sorge la *quaestio*: la servitù si è estinta? La domanda sorge perché, dopo l'acquisto del fondo superiore, e prima della vendita di quello inferiore, lo stesso soggetto ha contemporaneamente la proprietà del fondo in cui si trova il *fons* e di quello in cui favore è stata costituita la servitù, e dunque, *cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent*.

La risposta di Minicio è, ovviamente, negativa: osta ad essa, infatti, la presenza del fondo intermedio, su cui grava la servitù di *ductio*, e che è rimasto al di fuori di questa sequenza di passaggi di titolarità dei fondi. A suo carico, infatti, non si è verificata alcuna trasformazione, per cui non solo la servitù non si è estinta nei suoi confronti, ma continua a sussistere per tutti.

Vi sono solo due possibilità per ritenere estinta la servitù: a) *eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset*: si cessi di condurre l'acqua attraverso il fondo intermedio; b) *omnium tria simul praedia unius domini facta essent*: il titolare della servitù diventi proprietario di tutti e tre i fondi: in questo caso si avrebbe l'applicazione della regola secondo cui i fondi *ipsa sibi servire non potuissent*.

* * *

La terza ipotesi da esaminare è quella dell'estinzione per impossibilità sopravvenuta, a causa della cessazione della erogazione dell'acqua dalla sorgente

8.3.34.1 (Papiniano, 7 quaestionum): *Si fons exaruerit, ex quo ductum aquae habeo isque [post constitutum tempus] ad suas venas redierit, an aquae ductus amissus erit,*

quaeritur ⁽¹⁴⁵⁾.

I Compilatori giustinianeî hanno attaccato, di séguito a questo frammento, uno di Paolo che riporta un rescritto di Augusto a Statilio Tauro:

8.3.35 (Paolo, 15 ad Plautium): *et Atilicinus ait Caesarem Statilio Tauro rescripsisse in haec verba: 'Hi, qui ex fundo Sutrinò aquam ducere soliti sunt, adierunt me proposueruntque aquam, qua per aliquot annos usi sunt ex fonte, qui est in fundo Sutrinò, ducere non potuisse, quod fons exaruisset, et postea ex eo fonte aquam fluere coepisse: petieruntque a me, ut quod ius non neglegentia aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur. quorum mihi postulatio cum non iniqua visa sit, succurrendum his putavi. itaque quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua pervenire ad eos non potuit, id eis restitui placet'* ⁽¹⁴⁶⁾.

Il rescritto di Augusto parrebbe introdurre una variabile finora non mai riscontrata: quella della negligenza nell'esercizio dell'attività, che conduce all'estinzione del diritto reale per *culpa* del titolare. A mio parere qui non si doveva far questione di ap-

⁽¹⁴⁵⁾ Tr.: "Se la sorgente, a partire dalla quale ho la servitù di acquedotto, si sia inaridita, ed essa, dopo la scadenza del termine, sia tornata a sgorgare, ci si chiede se si sia persa la servitù di acquedotto".

⁽¹⁴⁶⁾ Tr.: "Ed Atilicino dice che Cesare (Augusto) emanò un rescritto a Statilio Tauro con questo testo: 'Coloro che erano soliti condurre acqua dal fondo Sutrinò si rivolsero a me e mi esposero che quell'acqua della quale essi si erano serviti per alcuni anni, che scaturiva dalla sorgente che si trova nel fondo Sutrinò, essi non avevano potuto condurla, poichè la sorgente si era disseccata, ed in séguito l'acqua aveva ricominciato a sgorgare da quella sorgente. Mi chiesero che, poichè essi avevano perso il loro diritto non per negligenza o per colpa ma perchè non avevano potuto condurre l'acqua, il diritto venisse loro restituito. Poichè la loro richiesta non mi è sembrata iniqua, ho ritenuto di doverli favorire. Pertanto ho deciso che venga restituito loro quel diritto che essi avevano al momento in cui l'acqua iniziò a non arrivare più a loro".

plicazione di regole generali, ma solo di un adeguamento delle regole sull'estinzione della servitù al caso concreto: in questa ipotesi il *non usus* era stato determinato non da cause imputabili al titolare, ma da un fatto eccezionale ed imprevedibile, il disseccarsi di una sorgente che improvvisamente, dopo la scadenza del tempo del *non usus*, aveva ricominciato ad erogare acqua.

In proposito è da notare l'interesse che il rescritto di Augusto ha sempre sollevato presso i giuristi: esso infatti viene citato alla lettera da Atilicino, un giurista contemporaneo di Proculo, nel testo per ultimo esaminato; la sua problematica è chiaramente affrontata da Papiniano in D.8.3.34.1, che imposta la *quaestio* generalizzandola: *Si fons exaruerit, ex quo ductum aquae habeo isque [post constitutum tempus] ad suas venas redierit, an aquae ductus amissus erit, quaeritur*; e infine giunge a Paolo, che riporta tutta la citazione di Atilicino.

Probabilmente l'interesse era determinato proprio dalla rilevanza attribuita nella pronuncia augustea alla *negligentia* come fattore determinante dell'estinzione della servitù per non uso, e la cui non imputabilità ai titolari della *ductio ex fundo Sutrinum* aveva spinto il principe ad introdurre una sorta di reviviscenza del diritto estinto per non uso. Il rilievo attribuito all'elemento soggettivo, evidentemente non collimante con la regola generale secondo cui l'estinzione si produce automaticamente alla scadenza del termine biennale, era comunque posto dal principe sul piano dell'*aequitas*, dato che il rescritto definisce la richiesta *non iniqua*. Non mi pare pertanto di poter dire che il dispositivo del rescritto (*quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua pervenire ad eos non potuit, id eis restitui placet*), secondo cui i titolari della servitù devono essere reintegrati nel diritto da essi vantato il giorno in cui l'acqua aveva cessato di sgorgare dalla sorgente, sia passibile di applicazione generale. Si è parlato in proposito di ricostituzione legale di servitù estinte; ed in effetti che la servitù goduta dai titolari *ex fundo Sutrinum* si fosse estinta, mi pare dimostrato dalla circostanza che l'acqua aveva ricominciato a fluire

dopo lo scadere del termine biennale. Ma non penso che si possa parlare di ricostituzione legale: infatti la previsione non pare avere portata generale, ma rimanere sul piano del semplice *succurrere ad una postulatatio*.

6. Considerazioni conclusive

L'esame della ricca casistica affrontata dai giuristi romani a proposito delle servitù d'acqua ci permette di formulare qualche considerazione generale. Abbiamo visto più volte come, sul punto, la giurisprudenza si sia mossa con cautela, evitando spesso di fornire soluzioni eccessivamente rigide ai problemi posti dalla pratica. La concretezza dell'esperienza giuridica romana, così a proposito evidenziata da Maestri come Giuseppe Grosso, ha fatto sì che le regole elaborate dagli esperti di diritto non siano mai state invocate a soluzione delle *quaestiones* senza una valutazione dell'impatto che esse avrebbero potuto avere sui contrapposti interessi delle parti. Ed è proprio questo metodo che costituisce allo stesso momento la forza e la debolezza del sistema.

La circostanza che ben di rado i giuristi predeterminassero quale interesse dovesse prevalere dimostra che, nella materia delle acque, essi procedevano tenendo come criterio genarle il principio della potenziale equivalenza degli interessi di tutti gli utenti. Ragionevolmente, laddove accanto ai contrapposti interessi delle parti ne concorresse uno collettivo ⁽¹⁴⁷⁾, questo era di

⁽¹⁴⁷⁾ A questo proposito preferisco impiegare la locuzione "interesse collettivo", che pure non esiste nell'esperienza giuridica romana, piuttosto che "interesse pubblico" (*publica utilitas*), perché mi sembra che meglio descriva la destinazione dell'utilità, che è rivolta ai consociati, mentre il termine "pubblico", nella lingua italiana, ha assunto un valore più ristretto, relativo più all'apparato statale che non al corpo sociale. I Romani non avevano bisogno di questa distinzione poiché, nella lingua giuridica, *publicus*, in quanto derivato da *populus*, poteva avere entrambi i significati. In proposito è celebre un passo di Celso, D.18.1.6 pr. (Pomponio, 9 ad Sabinum), che inserisce tra le cose

norma considerato prevalente. Così, in relazione all'interdetto *de cloacis*, abbiamo visto come i giuristi valutassero il rapporto tra il soggetto che avesse intenzione di spurgare una fognatura intasata, e quello opposto del proprietario del suolo sotto il quale la fogna passava, che avesse inteso contrastare questa iniziativa: in D.39.1.5.12-13 Ulpiano esclude che l'opera di *refectio* della fogna potesse essere contrastata con l'*operis novi nuntiatio*; ed in D.43.23.1.2 lo stesso giurista escludeva anche la facoltà di opporsi alla *refectio* con atti di *vis* (magari giustificati dal fatto che il *reficiens* non avesse il diritto di servirsi della fognatura). In entrambi i casi, infatti, Ulpiano considera prevalente l'interesse collettivo a tenere le fognature in efficienza, per evitare ristagni di arie miasmatiche che avrebbero potuto scatenare pestilenze ⁽¹⁴⁸⁾.

Ma queste ipotesi, pur di grande importanza, sono relativamente isolate. Il principio generale individua una linea di partenza in cui gli interessi di tutti gli utenti sono posti sullo stesso piano, ed è rilasciato alla prudente valutazione delle parti di regolare l'accesso alle acque come esse meglio credono, in dipendenza delle condizioni dei luoghi e della quantità d'acqua disponibile. Sarà poi compito dei giuristi, in sede di valutazione degli assetti negoziali elaborati dalle parti per dar corso ottimale alle loro esigenze, e del giudice, in sede di valutazione di merito dei casi controversi, dire volta per volta quale di esse sia meritevole di maggior tutela.

E qui si pone il limite e l'imperfezione del sistema: la ve-

extra commercium quelle *publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur* (tr.: "le cose pubbliche che non sono nel patrimonio del popolo, ma nell'uso pubblico").

⁽¹⁴⁸⁾ Quando Ulpiano scriveva, era cessata da poco tempo la terribile epidemia di "peste" che, scoppiata nel 165 in Mesopotamia, aveva in breve tempo invaso tutto l'impero, e che nel 190 era stata ancora in piena attività. Un'analisi di grande interesse su questa epidemia, e sulle eziologie proposte dai medici dell'epoca, cfr. D. GOUREVITCH, *I giovani pazienti di Galeno. Per una patocenosi dell'impero romano*, Roma - Bari, 2001.

rifica delle modalità di esercizio delle servitù d'acqua era rimessa, di regola, non ad una valutazione preliminare, che ne soppesasse la sostenibilità per l'ambiente, ma ad un esame successivo, in sede di controversia, quando, per così dire, il danno era fatto. Per esempio abbiamo visto, all'inizio, la possibilità di costituire servitù con la quale il titolare di un fondo superiore riversasse in quello inferiore le acque eccedenti. Se il proprietario del fondo servente fosse stato d'accordo, non sarebbe stato, normalmente, ammissibile valutare il possibile impatto che il corso d'acqua avrebbe avuto sullo stato dei luoghi, come l'erosione che avrebbe potuto causare ai fondi a valle. Questi effetti avrebbero potuto essere rilevati solo dai diretti interessati, che avrebbero dovuto premunirsi, ad esempio, facendo prestare cauzione di danno non verificato (*cautio damni infecti*), o proponendo una denuncia di nuova opera per far bloccare i lavori prima ancora che iniziassero.

Come si può vedere, l'ottica assolutamente privatistica con cui era affrontato il problema costituiva un potente ostacolo ad una valutazione generale dello sfruttamento delle acque in chiave di risorsa finita: il fatto stesso che l'acqua, come cosa in sé, fosse considerata accessibile a tutti liberamente, comportava il diritto di chiunque di servirsene come volesse, con l'unico limite che non ne venisse pregiudicato l'accesso a tutti gli altri possibili utenti. Ovviamente, come accennato sopra in sede di premessa, questa impostazione discende dalla mancata percezione del problema, che ovviamente non conseguiva tanto all'insufficiente grado di consapevolezza, quanto all'assoluta convinzione della infinità della risorsa.

Mi pare che la particolare ottica ora enunciata costituisca l'ostacolo più grande ad un recupero dei principî esaminati finora ai fini della loro applicazione alle condizioni odierne. I tentativi finora effettuati sono sicuramente dettati da motivazioni del tutto condivisibili: potrei citare un lavoro di uno studioso americano che, opponendosi ai tentativi di privatizzazione delle acque da alcuni anni in corso negli Stati Uniti, richiama le discipline ro-

mane, informate ad una sinergia tra pubblico e privato ⁽¹⁴⁹⁾; o quello di una romanista spagnola che ha cercato di recuperare la nozione di *res communes omnium*, adattandola però a qualificare le cose che, essendo nella disponibilità di tutti, devono essere particolarmente tutelate ⁽¹⁵⁰⁾.

Queste impostazioni soffrono di un difetto comune: estrapolano regole dai testi giurisprudenziali romani, per applicarle in situazioni assolutamente incomparabili a quelle per le quali furono elaborate. Anzi, si potrebbe dire che un'applicazione rigorosa di tali regole, elaborate con un'ottica assolutamente privatistica, all'esperienza attuale, tanto diversa e disastrosa rispetto a quella romana, rischia di precluderci la via alla possibile soluzione dei tragici problemi di carenza idrica ai quali assistiamo in questo inizio di secoli: quella di sottrarre la materia al diritto privato.

⁽¹⁴⁹⁾ J. L. WESCOAT JR *Toward a modern map of Roman water law*, *Urban Geography*, XXVI, 1997, 100-105.

⁽¹⁵⁰⁾ C. CARRASCO GARCÍA, *'Res communes omnium: ¿ categoría jurídica del Derecho romano con vigencia en la actualidad?*, *La página del Medio Ambiente*, 2000 (cfr. www.ecoiuris.com/paginas/art108.htm). Il ricorso alla nozione di *res communis omnium*, spesso invocata per chiedere il blocco delle privatizzazioni (cfr. ad es. il bel libro *Acqua. Bene comune dell'umanità*, Quaderni di Alternatives Sud, Milano, 2002), non mi pare scientificamente efficace per bloccare le privatizzazioni. La nozione romana significa infatti l'esatto contrario di quanto invocato da questa prospettiva: la comunanza dello sfruttamento della cosa, comporta la possibilità per chiunque di appropriarsene, fatto salvo il diritto di tutti gli altri consociati di poter fare altrettanto.