

II

Ius hominum causa constitutum

a cura di
F. Fasolino



(Tre Tomi indivisibili)

Ius hominum causa constitutum

Studi in onore di Antonio Palma

Tomo II

a cura di

Francesco Fasolino



Giappichelli

Ius hominum causa constitutum

Studi in onore di Antonio Palma

Tomo II

***Ius hominum
causa constitutum***

Studi in onore di Antonio Palma

Tomo II

a cura di

Francesco Fasolino



Giappichelli

© Copyright 2022 – G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0065-5 (Tre Tomi indivisibili)

Pubblicazione frutto di un contributo del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Salerno, Fondo progetto PRIN 2017, dal titolo "Crimine e follia nei diritti antichi", Responsabile scientifico prof. Francesco Lucrezi.

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, Fondo progetto PRIN 2017, dal titolo "La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna", Responsabile scientifico prof.ssa Carmela Pennacchio.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
IOLE FARGNOLI 'Ach ... giuristeria'. Note minime su Goethe e il diritto	719
ANDREA FEDERICO Il <i>nomos</i> della 'infosfera'	733
MAURILIO FELICI Quattro voci in tema di <i>sacra</i> da un glossario di termini desueti	753
RICCARDO FERCIA L'arcano mistero delle ' <i>nundinae</i> ' in Ulp. D. 17.2.69	765
ANTONIO FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN La protección de las personas con discapacidad como paradigma del estado social en el derecho español	785
PAOLO FERRETTI Nipote concepito o figlio premorto? Un rescritto diocleziano tra due possibili letture	805
FRANCESCO FIMMANÒ L'azione di responsabilità da abuso di eterodirezione nelle procedure concorsuali	817
GIOVANNI FINAZZI Divieto di atti emulativi e <i>actio aquae pluviae arcendae</i>	861
LORENZO FRANCHINI Alcune riflessioni su rapporti di vicinato, legislazione ed <i>interpretatio arcaiche</i>	881

	<i>pag.</i>
FRANCESCA GALGANO	
Riflessioni sull' <i>interdictum quo ex castello</i> fra inquadramento concettuale e prassi	899
PAOLO GARBARINO	
Note critiche in materia di nullità <i>ex art.</i> 164, d.lgs. 22 gennaio 2002, n. 42 'Codice dei beni culturali e del paesaggio'	909
LUIGI GAROFALO	
<i>Jurisprudenz</i> di Gustav Klimt: rilettura di un quadro perduto	925
GIUSEPPE GILIBERTI	
Seneca e i diritti su cosa altrui. Osservazioni sugli <i>iura in re aliena</i> , la proprietà privata e la sovranità politica	945
FAUSTO GIUMETTI	
La <i>vicinitas</i> e i <i>vici</i> tra solidarietà ed eversione	957
PATRIZIA GIUNTI	
Il terzo millennio e la <i>civitas mundi</i>	977
TERESA GONZÁLEZ HERRERO	
Il prezzo secondo lo <i>ius</i> . Al di là del "semplice prezzo"	983
GIOVANBATTISTA GRECO	
Qualche riflessione sulla <i>lustratio</i>	997
ANTONIO GRUMETTO, GAETANA NATALE	
La rinegoziazione del contratto: principio "estrinseco" o "intrinseco" al nostro ordinamento giuridico?	1005
ALESSIO GUASCO	
Riflessioni sulle origini della regola ' <i>praesumptum de praesumpto non admittitur</i> '	1017
CLELIA IASEVOLI	
Efficienza vs. diritti: a rischio il paradigma garantista	1031
FRANCESCA LAMBERTI	
Ancora sulla dote di Licinia	1047

<i>Indice</i>	VII
	<i>pag.</i>
RENZO LAMBERTINI Uno specifico rilievo della cittadinanza romana nella <i>Lex Romana Burgundionum</i>	1069
PAOLA LAMBRINI Riflessioni in tema di cittadinanza in Roma antica	1077
LELIO LANTELLA Identità e Alterità	1087
GIOVANNI LOBRANO Il “sistema giuridico odierno” dell’“agire per altri”. Dalla <i>tutela minorum</i> (e dalla <i>cura furiosi</i>) non dal <i>mandatum</i> del diritto romano la “invenzione miracolosa” del diritto moderno	1097
GIOVANNI LUCHETTI Brevi riflessioni sulla <i>lustralis collatio</i> alla luce della legislazione del V secolo	1113
FRANCESCO LUCREZI Cinque personaggi più uno. Dante e il processo di Gesù	1121
LAURETTA MAGANZANI Le derivazioni d’acqua dai fiumi pubblici nell’età romana classica	1139
VINCENZO MANNINO La <i>governance</i> in Roma antica: alcuni spunti in proiezione moderna	1157
ANNAMARIA MANZO Nota minima sulla responsabilità del venditore di schiavi nell’ <i>edictum de mancipiis vendundis</i>	1169
CARLA MASI DORIA “... <i>et loci</i> ”. Riflessioni minime sulla formulazione e la storia di una <i>regula iuris</i>	1187
AGLAIA MCCLINTOCK Giusta, una causa ancora aperta	1193

	<i>pag.</i>
FELICE MERCOGLIANO	
Spunti e appunti brevi in tema di immigrazione nell'antica Roma	1203
MASSIMO MIGLIETTA	
I mutevoli (e talora incerti) confini del divieto: <i>'crimina et delicta'</i>	1215
VALERIO MASSIMO MINALE	
Il proemio del <i>Ponema Nomikon</i> di Michele Attaliate: qualche considerazione introduttiva	1243
PIETRO PAOLO ONIDA	
Il culto di San Costantino Imperatore: "la lezione di La Pira"	1253
MARIO PALMA	
La consensualità in rapporto al pubblico interesse: le convenzioni urbanistiche e gli atti d'obbligo	1269
GIOVANNI PAPA	
Dialettiche processuali e poteri pretorî	1285
CARLO PELLOSO	
Senso del diritto e senso della regola. Dall'interpretazione contemporanea all' <i>interpretatio</i> antica	1301
CARMEN PENNACCHIO	
... <i>Omnes cives, nullus civis</i> . Question Time	1325
LAURA PEPE	
Deformità o illegittimità? Alcune considerazioni sul νόμος licurgico relativo all'ἀγεννῆς καὶ ἄμορφον (Plut. <i>Lyc.</i> 16.1-2)	1347
LEO PEPPE	
Paolo e Gesù: le garanzie del cittadino, le garanzie dello straniero	1371
FEDERICO PERGAMI	
Il ruolo del giudice <i>a quo</i> nel sistema cognitorio delle impugnazioni	1391

pag.

ALDO PETRUCCI

Auctiones argentariae, valutazione della *melior condicio*, pagamento del prezzo. Considerazioni aggiuntive

1407

DANIELE VITTORIO PIACENTE

Figura e funzioni del *moderator provinciae*

1425

ARISTIDE POLICE

La lotta “per la terra” nella prospettiva del diritto amministrativo.
Governo del territorio e contrasto al consumo di suolo

1449

LORENZO FRANCHINI

Università Europea di Roma

Alcune riflessioni su rapporti di vicinato, legislazione ed *interpretatio* arcaiche

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'*ambitus*. – 3. Mezzi vari a difesa della proprietà tra vicini. – 4. Fattispecie aggravate di *furtum manifestum*.

1. Premessa.

È sempre stata nostra convinzione che, se si ha riguardo alla tradizione normativa non solo pontificale, ma anche decemvirale, l'ordinamento arcaico si strutturasse, se non completamente, in larga prevalenza sulla regolamentazione dei rapporti di vicinato. In questo si espresse *ab origine* il genio giuridico romano, nell'individuare da subito, assai meglio di altre civiltà, gli snodi fondamentali del regime delle relazioni di prossimità, si trattasse di prevenire i conflitti o si trattasse di lenirli, una volta insorti, allo scopo di garantire la pace, quant'altra mai indispensabile, di una comunità nascente. Da questo punto di vista, è sempre stata illuminante la lettura dell'opera palmiana *Iura vicininitatis*¹, tesa com'è alla scoperta e alla valorizzazione – pur anche in riferimento ad altre fasi storiche dell'esperienza romana – di quei legami di umana solidarietà senza i quali è impossibile il vivere civile.

¹ A. PALMA, '*Iura vicininitatis*'. *Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988; v. anche per esempio ID., *Osservazioni in tema di pubblicità, 'vicinitas' e comunità*, in '*Fides, Humanitas, Ius*'. *Studii L. Labruna*, VII, Napoli, 2007, 3923 ss.; ID., *Ancora in tema di pubblicità e 'vicinitas'*, in *Studi R. Martini*, II, Milano, 2009, 931 ss. Cfr. ad esempio, per tutti, G. FALCONE, '*Iurgium*', '*lis*', '*vicinitas*': un'*interpretatio*' ciceroniana tra politica e diritto (*Cic. rep. IV.8*), in *AUPA*, XLIII, 1995, 477 ss., spec. 489 ss., che pur ammonisce contro i rischi di una visione eccessivamente irenica dei rapporti di vicinato arcaici; F. LONGSCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, 167 ss., che affronta il tema con un approccio, molto attualizzante, caro allo stesso Palma; M.F. CURSI, *I rapporti di vicinato*, in '*XII Tabulae*'. *Testo e commento*, I, a cura di M.F. Cursi, Napoli, 2018, 425 ss., con impostazione analitica del testo decemvirale.

Ci sia allora consentito di soffermare l'attenzione su qualcuno degli istituti interessati e sullo sviluppo del loro regime nel tempo: ciò, del tutto sinteticamente e senza pretesa alcuna di completezza, e con l'unica avvertenza che il tratto accomunante è qui rappresentato dalla proprietà individuale, con i suoi limiti, i suoi mezzi di difesa.

2. *L'ambitus*.

Già a suo tempo², invocando l'autorità di Palma³, ci eravamo occupati dell'*ambitus*, nella prospettiva della sua progressiva caduta in desuetudine, che non è come tale, in questa sede, riproponibile.

Qui basti ricordare che l'*ambitus*, originariamente il circuito di terra intorno alle *aedes*⁴, era previsto dalle XII tavole⁵, che certo avranno codificato, in ciò, usi precedenti: esso serviva per scopi di stillicidio esterno⁶ e per garantire congrue distanze di costruzione tra gli edifici urbani⁷. Questo impediva l'edificazione di un *paries communis*, in conformità ad una antica tradizione pontificale – che per ragioni espiatorie vietava l'attribuzione a più dei della titolarità del medesimo tempo (o di una parte di esso)⁸ -, della quale la giurisprudenza, partendo dal pre-

² V. il nostro *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, 28 ss.

³ V. ancora A. PALMA, *Iura*, cit., spec. 63 ss.

⁴ Sulla nozione di *ambitus* e sulla sua estensione v. Varr. *ling.* 5.22; Cic. *leg.* 1.21.55; Fest. 5 L: *Ambitus proprie dicitur circuitus aedificiorum patens in latitudinem pedes duos et semissem, in longitudinem idem quod aedificium*; 15 L: *Ambitus proprie dicitur inter vicinorum aedificia locus duorum pedum et semipedis ad circumeundi facultatem relictus*; Maec. *distrib.* 46; cfr. D. 10.1.13; Cic. *top.* 4.24. Occorre d'altronde avvertire che sull'originaria funzione dell'istituto (posto a tutela della sovranità domestica ovvero a limite di essa) e sulla sua stessa esatta estensione (due piedi e mezzo ovvero cinque, fra casa e casa) non vi è mai stato pieno accordo tra gli studiosi: per un approfondimento di tali questioni si rinvia qui per esempio a B. BRUGI, *L'ambitus' e il 'paries communis' nella storia e nel sistema del diritto romano*, in *RISG*, IV, 1887, 165 ss.; O. LICANDRO, *Domicilium. Il principio dell'inviolabilità dalle XII tavole all'età tardoantica*, Torino, 2009, 45 ss.; F. PROCCHI, *Profili giuridici delle 'insulae' a Roma antica*, I, Torino, 2020, 4 ss.

⁵ Alla norma decemvirale in tema di *ambitus* corrisponde, secondo la sistematica tradizionale, Tab. 7.1, Varr. *ling.* 5.22: *Duodecim Tabularum interpretes ambitum parietis circuitum esse describunt*.

⁶ Si soffermano sul peculiare rilievo storico di questa funzione, per esempio, B. BRUGI, *L'ambitus'*, cit., 185; G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, 188; A.M. PATAULT, *Limitations au droit de propriété à Rome*, in *RHD*, LV, 1977, 250 e nt. 49; A. PALMA, *Iura*, cit., 63; L. AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, Napoli, 1989, 69; O. LICANDRO, *Domicilium*, cit., 48; C. MÖLLER, *Il regolamento di confini*, in *'XII Tabulae'. Testo e commento*, cit., 464 s.; F. PROCCHI, *Profili*, cit., 6.

⁷ V. ancora Fest. 5 e 15 L; cfr. D. 8.2.14.

⁸ V. Liv. 27.25.7-10, per la cui trattazione ci permettiamo di rinviare a L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di P. Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli, 2008, 187 ss.; ma v. anche qui, ad esempio, B. BRUGI, *L'ambitus'*, cit., 172, 175; L. AMIRANTE, *Una storia*, cit., 69.

supposto che la *domus* era sede dei *sacra familiaria*, aveva evidentemente finito per fare applicazione anche in ambito profano.

D'altra parte la norma decemvirale, ora ispirata alle ben diverse suddette finalità, fu probabilmente fin dall'inizio considerata derogabile dalle parti⁹: per lungo tempo il precetto venne, nella prassi, per lo più applicato, tra vicini di casa; ma in seguito, quando a causa dello sviluppo urbano e dell'incremento demografico, sorse la necessità di sfruttare al massimo gli spazi in città¹⁰, l'*ambitus* lentamente scomparve¹¹. Non è un caso che alla fine dell'età arcaica risalga anche la nascita, ad opera della giurisprudenza laica, di talune servitù urbane¹² che, come quella appunto di stillicidio¹³, presuppongono la crisi di questo istituto: non è escluso

⁹Del che esisterebbero significativi indizi nelle fonti: v. qui, in particolare, D. 8.2.14; 8.4.6.1; 10.1.4.10; 17.2.52.13: *Item Mela scribit, si vicini semipedes inter se contulerunt, ut ibi craticium parietem inter se aedificarent ad onera utriusque sustinenda, deinde aedificato pariete alter in eum inmitti non patiatur, pro socio agendum*; cfr. Paul. Sent. 5.10.2. V. anche, per la dottrina, ad esempio B. BRUGI, *L'ambitus*, cit., 169, 193; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, 87 ss.; U. COLI, voce *Ambitus aedium*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, 536; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 191; A.M. PATAULT, *Limitations*, cit., 248.

¹⁰Sulle profonde trasformazioni che la città subì, dal punto di vista demografico, urbanistico, edilizio ed architettonico, e sul fatto che esse si acuirono a partire dall'età annibalica, basti qui rinviare, fra i molti studi condotti sul tema, a quelli più pertinenti al nostro specifico argomento: B. BRUGI, *L'ambitus*, cit., 193 ss.; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 188 ss.; G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969, 49 s.; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1971, 109; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, 288 ss.; A. RUSSO, *Servitù di appoggio e 'refectio parietis'*, in *Labeo*, XXX, 1984, 75 ss.; J.M. RAINER, *Der 'paries communis' im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, CV, 1988, 489 ss.; O. LICANDRO, *Domicilium*, cit., 47 s.; F. PROCCHI, *Profili*, cit., 7.

¹¹Ciò nonostante la norma decemvirale non venne formalmente mai abrogata: v. ancora soprattutto D. 8.2.14: *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt in area, quae nulli servitatem debet, posse dominum vel alium voluntate eius aedificare intermisso legitimo spatio a vicina insula*; 17.2.52.13 (trascritto *supra*, nt. 9, e nel quale si riferisce di due vicini che concordano di sopprimere l'*ambitus* e di sostituirlo con un *paries communis*); cfr. Tac. *ann.* 15.43.4. V. anche per esempio J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 93; U. COLI, voce *Ambitus*, cit., 536; M. SCARLATA FAZIO, voce *Distanze legali (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 280. La scomparsa, nella prassi, del nostro istituto rende comunque difficile la ricostruzione della sua antica tutela, che forse si attuava mediante *prohibitio*; ma particolarmente frequenti, in quest'ambito, dovevano essere i *iurgia* (per i quali v. oltre, § 3): v. per esempio B. BRUGI, *L'ambitus*, cit., 187 ss., 197; F. WIEACKER, *Zwölfstafelprobleme*, in *RIDA*, III, 1956, 475.

¹²Sono da ritenersi incompatibili con l'*ambitus*, inteso come limite necessario, nei rapporti di vicinanza, non solo le servitù di stillicidio, ma anche quelle d'appoggio (*oneris ferendi e tigni inmittendi*) e, per certi versi, di luce (*altius non tollendi, ne luminibus e ne prospectui officiantur*). Sul punto, cfr. per esempio B. BRUGI, *L'ambitus*, cit., 162, 178, 210; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 185 ss., 193 s.; F. GALLO, *Interpretazione*, cit., 106, 109; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., 286 s. e nt. 26, 302 s.; A. RUSSO, *Servitù*, cit., 75 ss.; J.M. RAINER, *Der 'paries'*, cit., 490; F. PROCCHI, *Profili*, cit., 7.

¹³In merito v. qui, con gli altri autori riportati alla nt. 12, soprattutto B. BRUGI, *L'ambitus*, cit., 176 ss., 199 ss., 210, il quale ritiene indiscutibile l'antiorità di questa servitù all'età di Cicerone, ed acutamente rileva che dal IV secolo in poi le case cominciarono ad avere lo scolo dell'acqua pio-

che i primi commentatori del testo tavolare abbiano in qualche maniera fatto rilevare la cosa, come è forse evincibile dalle fonti che alludono ad una interpretazione specificamente data, in età risalente, al precetto di Tab. 7.1¹⁴.

3. Mezzi vari a difesa della proprietà tra vicini.

Anche la materia dei mezzi, diversi dalla *vindicatio*, genericamente riconosciuti al proprietario per la tutela delle proprie ragioni si inquadra per lo più, in età arcaica, nell'ambito dei rapporti di vicinato fra titolari di fondi. L'abbondanza di disposizioni rinvenibili su questo tema nelle XII tavole, e in particolare in Tab. 7¹⁵, è indice del particolare interesse dimostrato dal legislatore decemvirale per

vana all'interno, segno dell'incipiente caduta in desuetudine del nostro istituto. Della notevole risalenza di tale processo storico ci danno conferma testimonianze plautine (v. in particolare, ma non solo, *mil. glor.* 2.1.140-143), ed anche per esempio *Cic. top.* 4.24 (che riferisce di un parere di P. Muzio Scevola) e D. 39.2.43.1 (escerpito direttamente dai *Digesta* di Alfeno).

¹⁴ Pur con tutta la cautela del caso, potrebbe presumersi che si tratti degli stessi *interpretes* di cui a *Varr. ling.* 5.22. Cfr. per esempio G. CIULEI, *Finium regundorum*, in *ZSS*, LXXXI, 1964, 307 nt. 16; A. PALMA, *Iura*, cit., 60; C. RASCON-J.M. GARCIA GONZALES, *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*², Madrid, 1993, 81.

¹⁵ Per uno sguardo d'insieme sul contenuto di Tab. 7, v. ad esempio E. PAIS, *Storia critica di Roma*, II, Roma, 1915, 258, il quale considera le norme comprese in questa tavola, e in particolare 7.6 e 7.7, il segno di una società rurale molto progredita; R. DÜLL, *Das Zwölfafelgesetz*, München, 1944, 88, che significativamente parla di rapporti di vicinato in ambiente rustico, rilevando come, non a caso, specie in Tab. 7.3 figurino un'interessante rassegna di espressioni agricole; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, 12 s., il quale rileva come le molte disposizioni di Tab. 7 presuppongano tecniche misuratorie affinate, e quindi, nella sua ottica, la proprietà individuale come istituto oramai definitivamente affermato; C. MÖLLER, *Il regolamento*, cit., 449 ss., che valuta il contenuto di Tab. 7 come interamente incentrato sui rapporti di vicinato.

Peraltro, non possiamo non ricordare che l'ordine tavolare tradizionale risulta oggi sottoposto, in maniera alquanto incalzante e persuasiva, ad una penetrante scepri critica, diretta ad una ricostruzione palinogenetica più fedele alle indicazioni traibili dalle fonti, avulsa dai condizionamenti dettati dalla dogmatica del diritto odierno. Ciò, grazie soprattutto agli studi di L. AMIRANTE, *Per una palinogenesi delle XII tavole*, in *Index*, XVIII, 1990, 391 ss.; ID., *Un'ipotesi di lavoro: le sequenze e l'ordine delle norme decemvirali*, in *Index*, XX, 1992, 205 ss.; F. BONA, *Intervento a L. AMIRANTE, Per una palinogenesi*, cit., 391 s., 395, 398; ID., *Il 'De verborum significatu' di Festo e le XII Tavole*, I. *Gli auctores di Verrio Flacco*, in *Index*, XX, 1992, 211 ss.; O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII tavole*, in *Index*, XVIII, 1990, 403 ss.; ID., *Contributo alla palinogenesi delle XII Tavole. Le sequenze nei testi gelliani*, in *Index*, XX, 1992, 229 ss.; ID., *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari 1992; ID., *Di un modesto e (quasi) sconosciuto tentativo di palinogenesi decemvirale del principio del XVI secolo*, in *'Iuris vincula'*. *Studi M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, 447 ss.; ID., *Una palinogenesi 'aperta'*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 217 ss.; ID., *Umanesimo giuridico-antiquario e palinogenesi delle XII tavole. I Ham. 254, Par. Lat. 6128 e Ms. Regg. C. 398*, in *AUPA*, L, 2005, 83 ss.; ID., *Il 'diritto penale' nelle XII Tavole: profili palinogenetici*, in *Index*, XXXVII, 2009, 9 ss.; ID., *Una sconosciuta monografia palermitana sulla palinogenesi delle XII Tavole (e un curioso caso di omonimia)*, in *AUPA*, LVIII, 2015, 291 ss.; ID., *La palinogenesi decemvirale*, in *'XII Tabulae'*. *Testo e commento*, cit., 31 ss.; U. AGNATI, *'Leges Duodecim Tabularum'*. *Le tradizioni letteraria e giuridi-*

una problematica la cui disciplina era forse ancora un po' fluida, prima che ad essa fosse dato definitivo riconoscimento. La legislazione sul punto, peraltro, presuppone l'affinamento delle tecniche di misurazione del terreno, alla cui piena laicizzazione essa probabilmente anche contribuì¹⁶.

Le disposizioni¹⁷ sull'*actio finium regundorum* offrono una testimonianza significativa della fondatezza delle argomentazioni appena sopra svolte. Le liti sorte tra vicini¹⁸ a proposito dei confini¹⁹, di antica rilevanza sacrale²⁰, potevano essere

ca, Cagliari, 2002, spec. 16 ss.; ID., *Sequenze decemvirali. Analisi di Cicerone 'de inventione' 2.148 e 'Rhetorica ad Herennium' 1.23*, in *Le Dodici Tavole*, cit., 239 ss.; J.L. FERRARY, *Saggio di storia della palinogenesi delle XII tavole*, in *Le XII tavole*, cit., 503 ss.; cfr. per esempio M. ZABLOCKA, *Ustawa XII tablic*, Warszawa, 1998, 185; F. TAMBURI, *Umanesimo e riscoperta dell'antico tra XV e XVI secolo: la restituzione delle XII tavole*, in *SDHI*, LXXIV, 2008, 933 ss.; D. MONTEVERDI, *La questione decemvirale. Itinerari e risultati di una complessa vicenda storiografica*, Milano, 2018, 167 ss., 416 s. e nt. 912; F. PROCCHI, *Profili*, cit., 4 e nt. 11. In particolare, per quanto attiene alle disposizioni relative agli istituti in esame, il criterio originario di collocazione, tale da attrarle vicino ad alcune altre relative ad istituti che noi consideriamo di diritto penale, potrebbe essere stato quello della materialità dell'interesse tutelato, ossia la terra, la proprietà fondiaria, l'esercizio dell'agricoltura: così soprattutto, O. DILIBERTO, *Il 'diritto penale'*, cit., 18 s.; ID., *La palinogenesi*, cit., 36 ss., in base alle sequenze rinvenibili nell'ordine del commento gaiano alle XII tavole.

¹⁶Concordiamo con chi, come per esempio F. D' IPPOLITO, *Questioni*, cit., 27 e nt. 36, o F. DE MARTINO, *Questioni decemvirali*, in *Index*, XXIII, 1995, 371 s., ritiene che la tecnica dei gromatici sia derivata da un processo di laicizzazione di antiche discipline etrusche. Sul tema dell'origine sacrale di codeste pratiche torneremo fra breve, a proposito dell'*actio finium regundorum*; ma v. fin d'ora, in generale, per esempio M. VINCI, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004, 169 ss., 182 ss.; G. DE SANCTIS, *La logica del confine. Per un'antropologia dello spazio nel mondo romano*, Roma, 2015, 46 ss.; C. MÖLLER, *Il regolamento*, cit., 456, 459.

¹⁷XII Tab. 7.2 (Gai D. 10.1.13: *Sciendum est in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo eius legis scriptum est, quam Athenis Solonem dicitur tulisse. Nam illic ita est: 'Εάν τις αίμασίαν κτλ.*); 7.4 (Cic. leg. 1.21.55: *usus capionem XII tab. intra V pedes esse noluerunt*); 7.5 (a. *Si iurgant ...* – b. Cic. leg. 1.21.55: *controversia est nata de finibus, in qua [e XII tres] arbitri fines regemus*). Invero Tab. 7.2, che si dice tratta dalle leggi soloniche, detta una disciplina molto particolareggiata in materia di distanze dal confine di piantagioni, fosse e costruzioni, la quale pone problemi di compatibilità con altre disposizioni, oggetto di precipuo interesse da parte nostra. Sul versetto in questione si rinvia qui, per esempio, a F. WIEACKER, *Solon und die XII Tafeln*, in *Studi E. Volterra*, III, Milano, 1971, 769 s.; A. PALMA, *Jura*, cit., 56 ss., 83; G. POLARA, *La controversia 'de fine'. Strutture, 'ars' e diritto nella pratica agraria romana*, Urbino, 1990, 94 s., 118 ss., 125 s., 185, ntt. 125-127; M. VINCI, *Fines*, cit., 154 ss.; C. MÖLLER, *Il regolamento*, cit., 449 s., 453 ss.

¹⁸Ad esse il legislatore decemvirale sembra riferirsi in quanto *iurgia*, i quali, stando a Cic. rep. 4.8.8 (= Non. Marc. 695 L: *Admiror, nec rerum solum, sed verborum elegantiam. 'Si iurgant' inquit: benevolorum concertatio, non lis inimicorum, iurgium dicitur*), si differenziavano nettamente dalle *lites* vere e proprie perché destinati ad essere risolti in via amichevole. Ora, la dottrina ha a lungo disputato circa la attendibilità della testimonianza ciceroniana, chi sostenendola (col risultato di rendere il *iurgium* incompatibile con una qualsiasi *legis actio*), chi negandola (col risultato di identificarlo con la controversia oggetto di una *legis actio*, e con la *arbitri postulatio* in particolare). Per una rassegna delle opinioni specificamente assunte dai vari studiosi ci sia consentito rinviare, qui, per esempio a G. POLARA, *La controversia*, cit., 101 ss., 104 s., 129 ss., 141 ss., 148 ss., 188, ntt. 157 e 163; G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 483 e ntt. 19-20, 491 ss., 497 ss.; M. VINCI, *Fines*, cit.,

260 e nt. 210, 261 ss., 264 ss.; ma v. qui, tra coloro che possono essere in linea di massima ricondotti al primo orientamento, oltre allo stesso G. POLARA, *La controversia*, cit., spec. 100, 106 ss., 130, 148 ss., 157 ss., per esempio A. RUDORFF, *Gromatiche Institutionen*, in 'Gromatici veteres'. *Die Schriften der römischen Feldmesser*, a cura di F. Blume, K. Lachmann e A. Rudorff, II, Berlin, 1852 (rist. Hildesheim, 1967), 424 ss.; R. DÜLL, *Der Gutegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, München, 1931, 11 ss.; W.W. BUCKLAND, *Finium regundorum*, in *RHDFE*, XV, 1936, 741 ss.; M. BOHÁČEK, *Arbitration and State-Organized Tribunal in the Ancient Procedure of the Greeks and Romans*, in *Iura*, III, 1952, 206 ss.; F.T. HINRICHS, *Die Geschichte der gromatiche Institutionen*, Wiesbaden, 1974, 179 ss.; A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in *RIDA*, XXVII, 1980, 230 ss., 237; J. ZLINSKY, *Gedanken zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *ZSS*, CVI, 1989, 138; C. MÖLLER, *Il regolamento*, cit., 451, 467 ss., per la quale, in ogni caso, non si trattava di una *lis vera e propria*; tra coloro che possono essere in linea di massima ricondotti al secondo orientamento, oltre agli stessi G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 477 ss., spec. 496 ss., 514 s., e M. VINCI, *Fines*, cit., spec. 257 ss., 266 ss., per esempio M. VOIGT, *Über die agrimensurischen 'genera controversiarum' und die 'actio finium regundorum'*, Leipzig, 1873, 75 s.; F. BONIFACIO, voce *Iurgium*, in *NNDI*, IX, Torino, 1957, 345; M. TALAMANCA, voce *Confini (regolamento di)*, in *ED*, VIII, Milano, 1961, 954 s.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, 172, 228 nt. 4, 341; G. BROGGINI, *'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Köln, 1957, 157 ss.; ID. voce *Regolamento di confini (diritto romano)*, in *NNDI*, XV, Torino, 1968, e ora in *Studi di diritto romano e storia del diritto*, Napoli, 2007, 25 s. e nt. 9, 42; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 104 s.; A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, in *RIDA*, XXXVII, 1990, 243, che muta evidentemente opinione, rispetto al saggio appena sopra citato; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht²*, München, 1996, 58; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, 2016, 86. A nostro giudizio, il *iurgare* in questione, pur avendo carattere di rito in qualche modo formalizzato, com'era proprio dell'esperienza arcaica (e come rivelerebbe la sua stessa etimologia: da *iure agere*, secondo la condivisibile osservazione di G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 477 ss.), non era ancora comprensibile nell'ambito della *iudicis arbitrive postulatione*, di troppo recente introduzione; tuttavia, per una sua piena 'processualizzazione' (nei limiti in cui la distinzione tra *actiones* negoziali, 'arbitrali' e processuali in quest'epoca potesse rilevare: cfr. L. FRANCHINI, *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 161 ss.), non si sarebbe dovuto attendere troppo: cfr. oltre, testo e nt. 24.

¹⁹ Sulla nozione, estensione e funzione del *confinium*, striscia di terra inuscupabile, da tenersi libera da colture e costruzioni, perché utile al *circumactus aratri* e al transito-accesso ai fondi, anche in connessione con l'esperienza agrimensoria, v. per esempio B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, Verona-Padova, 1897, 337 s.; G. BROGGINI, voce *Regolamento*, cit., 26; A. PALMA, *Iura*, cit., 56, 67 ss.; G. POLARA, *La controversia*, cit., 110 ss., 121 ss., 126 ss., pur con forti dubbi circa la coerenza, col sistema agrario arcaico, della norma sui *V pedes*, intesa come estensione del confine, anche alla luce dell'articolato disposto di XII Tab. 7.2; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997, spec. 93 s., 116 nt. 3, 127 s., 139 s., alquanto critica verso Polara, specie nel difendere la tesi che entro i cinque piedi la controversia, diretta alla mera regolamentazione dei confini, sarebbe stata sempre *finium regundorum*; M. VINCI, *Fines*, cit., *passim*, ma spec. 29 ss., 130 ss., 255 s.; ID., *Regolamento di confini e rivendicazione. Storia e dottrina di una distinzione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 411, 413, che contesta a sua volta Polara, per la sua discutibile tendenza ad ampliare la sfera del *fines regere*, che altro non è se non il ripristino di una linea di confine, violata anche perché resasi per ipotesi non più riconoscibile; U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, 2007, 3 ss., 16 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il diritto delle XII tavole e l'inizio della 'centuriatio'*, in *Agri centuriati*, IX, 2009, 244; ID., *Giuristi e agrimensori: la costruzione del paesaggio agrario repubblicano*, in *Rendiconti della Pontificia Accademia Romana di Ar-*

adesso risolte ricorrendo all'*arbitrium* di tre saggi²¹, esperti di *agrimensura*, o comunque da tali esperti assistiti²². Questa normativa, che faceva probabilmente

cheologia, LXXXIV, 2011-2012, 203 ss., 208 e nt. 8; ID., *La costruzione*, cit., 79 e nt. 50, 80, secondo cui la funzione del *circumactus aratri*, pur forse non espressamente menzionata dalle XII tavole, certo comunque atteneva alle pratiche agrarie del V secolo; C. MÖLLER, *Il regolamento*, cit., 450 ss., 461 ss., 464 ss.

²⁰ L'apposizione dei cippi di confine veniva solennizzata con una cerimonia a *Terminus* che costituì il nucleo originario delle feste dei *Terminalia* (cfr. *lex Numae* 5, Dion. Alic. 2.74; Ov. *fast.* 2.639 ss.; Fest. 505 L), talché qualsiasi violazione dei *fines* integrò, alle origini, la fattispecie di un illecito sacrale. Per la dottrina, v. ad esempio G. POLARA, *La controversia*, cit., 95, 157 ss., 164, 197 nt. 272, 205 nt. 361; O. BEHREND, *Bodenhoheit und privates Bodeneigentum im Grenzwesen Roms*, in *Die römische Feldmesskunst*, a cura di O. Behrends e L. Capogrossi Colognesi, Göttingen, 1992, 220 ss., 228 s., il quale invoca, come pertinente alla materia, la stessa tradizione augurale; G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 493 s.; M. VINCI, *Fines*, cit., 182 ss., 227 ss., 235 ss.; U. VINCENTI, *Diritto*, cit., 15 s.; G. DE SANCTIS, *La logica*, cit., spec. 36 ss., 43, 46 ss., 49 ss., 65 ss. 72 ss., 81 ss., che pur studia il problema in chiave, più che privatistica, pubblicistica, internazionalistica; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione*, cit., 79; C. MÖLLER, *Il regolamento*, cit., 452 s., 456, 459, 465 s., che richiama Behrends.

²¹ Poi divenuti arbitro unico per effetto della *lex Mamilia*, di cui ci riferisce lo stesso Cic. *leg.* 1.21.55 e che, in età di molto successiva, avrebbe evidentemente equiparato la disciplina dell'*actio finium regundorum* a quella delle altre azioni un tempo esperibili nell'ambito della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Cfr. per esempio G. BROGGINI, voce *Regolamento*, cit., 42; A. PALMA, *Iura*, cit., 66 s.; G. POLARA, *La controversia*, cit., 93, 97, 107, 121 ss., 141, 184 ss., ntt. 120, 134, 136 e 140, 197 nt. 272, che ipotizza una connessione con la *lex Aebutia*; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori*, cit., 93 ss., 139; M. VINCI, *Fines*, cit., 256; C. MÖLLER, *Il regolamento*, cit., 450, 461 ss. e nt. 69, 467, 470 s., che spiega la riduzione del numero in forza della necessità di gestire una quantità considerevole di processi.

²² Entrambe le soluzioni sono secondo noi plausibili. È comunque immaginabile che in una prima fase storica, durante la quale simili controversie non erano ancora irregimentate in una *legis actio*, prevalessero negli arbitri le competenze tecniche, ed in seguito invece quelle giuridiche, donde la necessità di farsi assistere da veri specialisti di *agrimensura*. Sulla questione, che è evidentemente connessa a quella di cui trattavamo *supra*, nt. 18, v. per esempio A. RUDORFF, *Gromaticchen Institutionen*, cit., 424 ss., per cui gli arbitri erano dei meri *ensors*; G. POLARA, *La controversia*, cit., 136 s., 140, 164, secondo cui il *fines regere*, per come lo intende questo autore, era attività sia giuridica che agrimensoria, assumendo il *mentor* funzioni soltanto tecniche in età successiva; O. BEHREND, *Bodenhoheit*, cit., 194 e nt. 1, per il quale se l'*arbiter* è un agrimensore non ha bisogno di consulenti; L. MAGANZANI, *Gli agrimensori*, cit., 80 nt. 7, 141, la quale, specie per epoche più tarde, fa notare che di un *mentor* nominato perché tale *iudex* non si parla espressamente in alcuna fonte; M. VINCI, *Fines*, cit., 169 ss., che a sua volta rileva come i gromatici non avessero il compito di 'regolamentare' i confini, dovendo tenersi distinti gli aspetti tecnici da quelli propriamente giuridici della lite; U. VINCENTI, *Diritto*, cit., 3 ss.; ID., *Categorie del diritto romano. L'ordine quadrato*⁵, Napoli, 2019, 304 ss., che rinvia a Vinci; C. MÖLLER, *Il regolamento*, cit., 459, 470 s., la quale si esprime in modo molto avveduto sia quando, richiamando Maganzani, sostiene che i giudici avevano bisogno degli agrimensori come supporto, sia quando, richiamando Behrends, ricorda che potevano anche farne a meno, ove possedessero essi stessi competenze specifiche, per il resto aggiungendo che si ha notizia, per età successive, anche del coinvolgimento di *ensors* di parte (v. per esempio D. 10.1.4.1). Sulle attività dei gromatici, più generalmente intese, v. anche comunque, tra i più recenti, per esempio A. BURDESE, *Strutturazioni agrimensorie e 'agri compascui'*, in *Riflessioni su storia e diritto di Roma antica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2005, 35 ss.; E. HERMON, *Une 'res publica' et la 'naturalis ratio': aspects de gestion intégrée de l'eau dans le 'corpus agrimensorum*

chiarezza tra i vari usi invalsi sul punto²³, rese a nostro avviso possibile alla giurisprudenza pontificale, maestra del formalismo rituale, consentire, se non immediatamente²⁴, certo non molto tempo dopo, l'esperimento della nostra azione nel-

Romanorum', in *'Fides Humanitas Ius'*. *Studii L. Labruna*, IV, Napoli, 2007, 2477 ss.; P. CASTILLO PASCUAL, *El río y sus paisajes: los 'genera per alluvionem' de 'agrimensores' y juristas*, in *SDHI*, LXXIX, 2013, 221 ss.; G. DE SANCTIS, *La logica*, cit., 46 ss.; O. SACCHI, *'Ager est, non terra'. Dall' 'ager privatus' alla 'forma agrimensorum': evoluzione di un paradigma tra natura, diritto, anomalismo e analogismo giuridico*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, XXII. *Questioni della terra. Società, economia, normazioni, prassi. In onore di M. Bianchini*, a cura di C. Lorenzi e M. Navarra, Napoli, 2017, 192 ss.

²³ Alludiamo in particolare all'uso, evidentemente invalso da epoca molto antica, di ricorrere generalmente ad arbitri, per risolvere pubblicamente o privatamente le contese sorte tra vicini, secondo criteri che, allora come oggi, in qualche modo si collocano 'a metà strada' tra pratica negoziale e processuale: cfr. per esempio E. GJERSTAD, *Early Rome*, Lund, 1973, 175; G. POLARA, *La controversia*, cit., 146, 163 ss., che intravede modalità analoghe di ricorso a questo strumento nell'*arbitrium liti aestimandae* (Val. Prob. 4.10) ed in quello per la *falsa vndicia* (XII Tab. 12.3), ove gli esperti incaricati erano egualmente tre; M. VINCI, *Fines*, cit., 268, il quale a sua volta allude al procedimento arbitrale, invero alquanto tortuoso, della *damni decisio* di cui al citato versetto decemvirale.

Non è questa la sede per una riflessione di carattere generale sulla portata dell'arbitrato in età arcaica; ci sia qui consentito di riportare soltanto alcune opinioni, che, sebbene non sempre fra loro compatibili, troviamo particolarmente interessanti: G. BROGGINI, *Iudex*, cit., *passim*, ma spec. 199 ss., secondo il quale *arbitria* privatistici extraprocessuali sarebbero stati conosciuti fin dall'età più risalente; L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961, 190 ss., per cui una prassi arbitrale, svoltasi in ambito privato e pre-giuridico, avrebbe effettivamente generato più 'consuetudini non ufficiali', di cui però avrebbe presto preso atto il pretore, fondando sul proprio *imperium* la possibilità di ricorrere ad un'istanza certa, ora ufficialmente incaricata; F. GALLO, *La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1.3.32: teoria giuliana o interpolazione postclassica?*, in *BIDR*, XCIV-XCV, 1991-1992, 100 nt. 107, il quale ipotizza che vi sia stata una trasformazione degli *arbitria* in *iudicia*, da cui sarebbe tuttavia rimasto avulso l'*arbitrium ex compromisso*; O. BEHRENS, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. Formulae 'in factum conceptae'*, in *Diritto e giustizia nel processo*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002, 197 ss., che, come si evince dal titolo dell'ampio articolo, interamente incentrato sul tema, presuppone l'esistenza di una pratica arbitrale libera, diffusasi in età preclassica sulla base, al massimo, di istruzioni informali date anche oralmente all'*arbiter*, chiamato ad esercitare un'opera di mediazione eventualmente preparatoria della giurisdizione; B. BISCOTTI, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'*, Milano, 2002, 225 ss., 232 ss., 244 ss., 259 ss., 274 ss., 291 ss., 299 ss., 303 ss., 311 ss., con ampi e interessanti rilievi circa gli *arbitria* in generale, sviluppatisi del tutto indipendentemente dalle *legis actiones*; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *De los 'arbitria bonae fidei' pretorios a los 'iudicia bonae fidei' civiles*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti A. Burdese*, II, Padova, 2003, 52 ss., che, richiamando G. Broggin, parla di *arbitrium* o *aestimatio* (per l'ammontare dei danni) come anello intermedio rispetto al giudizio, pur senza prescindere dalla necessità di un incarico formalmente dato dal pretore; C. CASCIONE, *'Consensus'*. *Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 481 e ntt. 274-275, secondo cui le forme arbitrali ebbero un'origine probabilmente privata, ma ben presto dovettero essere sottoposte all'autorità del magistrato giudicante nel caso di mancato accordo delle parti sull'*arbiter*.

²⁴ Come già anticipavamo sopra, è in particolare da dubitarsi che le XII tavole, anche per il riferimento che esse in qualche modo fanno ad una distinta procedura, abbiano direttamente reso esperibile la nostra azione entro la *iudicis arbitrive postulatio* (che, come si sa, era stata la stessa legge

l'ambito della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

Il precetto decemvirale²⁵ in materia di *aqua pluvia nocens*²⁶, che probabilmem-

decemvirale ad avere, se non sicuramente introdotto, per altri versi molto probabilmente sancito: v. Tab. 2.1 b, Gai 4.17a: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur*. La riconduzione della controversia de fine nella sfera di una *legis actio* tanto adatta a riceverla sarebbe avvenuta ad opera della *interpretatio pontificum*, la quale avrà reso il pronunciamento degli arbitri, non più indicati dalle parti d'intesa tra loro, ma 'chiesti' al magistrato, oggetto non di un accordo 'transattivo', attuato mediante *sponsiones* (queste già tutelate, peraltro, mediante *iudicis postulatio*), ma di una vera e propria sentenza processuale: ciò, si badi bene, nel quadro di un ritualismo preservato, come tale, in entrambe le fasi storiche. Intuizioni utili alla nostra ricostruzione possono essere rinvenute nel pensiero di diversi autori, persino di quelli che ritengono l'*actio finium regundorum* esperibile da subito entro la *iudicis arbitrive postulatio*, giacché, come si è detto, quest'ultima era in ogni caso più recente rispetto ad altre *legis actiones*: v. per esempio R. DÜLL, *Der Gutegedanke*, cit., 11 ss., per il quale l'arbitro era stato un mediatore tra le parti, che si prefiggevano lo scopo di ripristinare la pace giuridica; G. BROGGINI, voce *Regolamento*, cit., 248, secondo cui, significativamente, il nostro procedimento era in ogni caso 'confluito' nella *legis actio* in questione; G. POLARA, *La controversia*, cit., 158 s., 163 s., per cui, come si sa, gli arbitri, indicati dalle parti come tecnici e mediatori, furono per lungo tempo chiamati ad offrire una soluzione tale da favorire, mediante una sorta di transazione, la riappacificazione piena tra vicini; G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 480, che va, qui, senz'altro richiamato per il carattere rituale che certo attribuisce anche al '*iurgium*' (cfr. *supra*, nt. 18); M. VINCI, *Fines*, cit., 269, che, citando lo stesso Broggin, rimarca il ruolo avuto dalla giurisprudenza nel dar luogo ad un procedimento che, come la *iudicis arbitrive postulatio*, era assai duttile, rispetto al più 'conflittuale' *sacramentum*; C. MÖLLER, *Il regolamento*, cit., 470 s., con espresso riferimento alla funzione delle stipulazioni penali.

²⁵ Tab. 7.8: a. *Si aqua pluvia nocet ...* – b. Paul. D. 43.8.5: *Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII tabularum, ut noxae domino caveatur* (ovvero *ut noxa domino sarcatur*, nella correzione di Cuiacio, accolta da Mommsen nella sua edizione del Digesto). La inerenza di quest'ultima fonte alla disciplina decemvirale del nostro istituto – che pur rivestirebbe indubbia importanza, dato il riferimento che vi si fa ad una *noxa*, danno da riparare: cfr. M. SARGENTI, *Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza*, già in *Studi P. De Francisci*, III, Milano, 1955, 349 ss., e ora in *Scritti*, Napoli, 2011, 385 e nt. 31) – benché sostenuta da una lunga tradizione dottrinale, è stata messa in discussione, in tempi recenti, da M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 430, 431 e nt. 43, 432, la quale dubita che, in quel contesto, l'acqua trasportata dal canale di un acquedotto, che passi per un luogo pubblico, possa provenire da un fondo privato alterato (del quale non si fa in alcun modo menzione), preferendo scorgere con certezza tale inerenza in altre fonti, come lo stesso Pomp. D. 40.7.21 pr. (anche da noi citato, ed oltre trascritto, alla nt. 31) o ancora Pomp. D. 39.3.22.2 (soltanto perché la norma ivi invocata è detta *legitima*).

²⁶ Si osservi, in primo luogo, che l'acqua in questione dev'essere piovana, e non scaturente da altra fonte: cfr. per esempio M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 432. In secondo luogo, dev'essere un'acqua che 'nuoce', che arreca cioè un danno, a seguito di un mutamento dei luoghi, causato o, certamente, da un manufatto (dall'opera dell'uomo: v. soprattutto Cic. *top.* 9.38-39, a cui fanno seguito le innumerevoli, concordanti attestazioni dei giuristi classici), o anche forse, in età tavolare, da cause naturali. Quest'ultima eventualità (esclusa da autori come per esempio P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. *La proprietà*, Roma, 1926, 422 ss.; E. SCHÖNBAUER, *Die 'actio aquae pluviae arcendae'*. *Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Agrarrechtes*, in *ZSS*, LIV, 1934, 233 ss.; G. BRANCA, *La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei 'veteres'*, in *Studi E. Albertario*, I, Milano, 1953, 351 ss.; F. SITZIA, *Ricerche in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'*, Milano, 1977, 6 ss. e nt. 42, 27, 50 ss.; ID., '*Aqua pluvia*' e '*natura agri*'. *Dalle XII tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999, 11 ss., 42 s. e nt. 53, 60, 76), è invece presa in considerazione per

te codificava a sua volta *mores* precedenti, si inquadra nel medesimo scenario relativo a contese sorte in campagna tra proprietari di terreni vicini²⁷. Non si sa bene come la regola fosse anticamente sanzionata²⁸. Riteniamo tuttavia plausibile l'ipotesi che, dopo una fase in cui si fece esclusivamente ricorso all'autotutela, resa legittima dalle XII tavole²⁹, infine si pervenne, grazie al determinante apporto dell'*interpretatio legis*, alla elaborazione di una tutela rilevante sul piano obbligatorio³⁰, la quale dovette comunque consolidarsi soltanto più tardi, al tempo dei primi giuristi laici. Del resto, dalle fonti chiaramente risulta che la nostra nor-

esempio da D. DAUBE, 'Nocere' and 'noxa', in *CLJ*, VII, 1939, 30 s.; M. SARGENTI, *Sulla responsabilità*, cit., 371 ss.; M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 432 ss., 438 s.; v. anche per esempio F. SALERNO, 'Aqua pluvia' e 'opus manu factum', in *Labeo*, XXVII, 1981, 218 ss.; U. AGNATI, *Le Dodici Tavole: il versetto VII.8 e l'actio aquae pluviae arcendae*, Cagliari, 2000, 49, 54.

²⁷ Evidentemente si tratta, qui, di soddisfare ad esigenze troppo connaturate al sistema agricolo per essere sorte solo nel V secolo. Nondimeno, occorre osservare, con L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il diritto*, cit., 244 ss.; ID., *Le servitù prediali: interessi contrastanti e cooperazione tra vicini*, in *BIDR*, CV, 2011, 409 s., 413 e nt. 6; ID., *Giuristi*, cit., 208 s. e nt. 10; ID., *La costruzione*, cit., 80 s. e nt. 36, 81 ss., che una civiltà fa sempre registrare un notevole salto di qualità allorché, su un piano anche normativo, si cimenta con successo in attività dirette a controllare il deflusso delle acque, in un contesto che solitamente si ritiene, qui, soltanto collinare (mentre potrebbe attenersi anche ad acque stagnanti in pianura) e soltanto riferibile allo *status* del fondo superiore (mentre il normale deflusso delle acque potrebbe essere stato alterato anche da barriere o altri manufatti posti in essere nel fondo inferiore). Cfr. per esempio M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1940, 2, 19 s., 195 nt. 1; ID., *Sulla responsabilità*, cit., 355, 373; A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli, 1960, 110; A. PALMA, *Iura*, cit., 88; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, 127.

²⁸ Molto dipende dalla ricostruzione che si voglia tentare di fare dei due versetti di cui a Tab. 7.8, sopra trascritti (dei quali anche il secondo, nella sua parte finale, pone, come si è visto, dei dubbi). La nostra impressione, comunque, è che l'*actio aquae pluviae arcendae in personam* risalga a dopo le XII tavole, a *fortiori* se – come talora si fa – la si suppone esperibile nelle forme della *iudicis arbitrive postulatio*, che è un mezzo relativamente recente. Ipotizzano l'utilizzabilità di codesta *legis actio*, per esempio, E. SCHÖNBAUER, *Die 'actio'*, cit. 233 ss.; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 10 ss. e nt. 42; ID., *Aqua*, cit., 42 s. e nt. 53; J.M. RAINER, *Bau- und Nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, 144; G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 499; M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 432.

²⁹ È M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 109 ss., 135 ss., 139 ss.; ID., *Sulla responsabilità*, cit., 367, 387, il principale sostenitore del ricorso all'autotutela, che si sarebbe esercitata nella forma di distruzione violenta dell'*opus* o comunque di rimozione della causa del deflusso anomalo.

³⁰ Finalizzata, precisamente, al solo risarcimento, per l'inadempimento dell'obbligo di *aquam arce-re*: v. ancora D. 43.8.5. Ora, per le origini, non è facile configurare una preesistente obbligazione, della cui violazione il vicino dovesse rispondere, bensì il generico dovere di *neminem laedere*, di rispettare la proprietà altrui: così, condivisibilmente, M. SARGENTI, *Sulla responsabilità*, cit., 384 s. e nt. 31, 387, 389, del quale non ci pare tuttavia convincente la riflessione secondo cui il fatto 'nocivo', 'dannoso' ('emulativo', per F. LONGSCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso*, cit., 175) si sarebbe potuto inquadrare anche come illecito, come teoricamente delittuoso, tanto da dar luogo ad una sorta di responsabilità 'nossale' (per la consegna del manufatto, come poi per certi versi sarà anche nel *damnum infectum*: cfr. appena oltre, testo e nt. 32; ma v. fin d'ora per esempio M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 432, 439, che parla di responsabilità *fundi nomine*, poggiante su una *ratio* simile a quella delle azioni nossali), perché lo sviluppo della disciplina dell'istituto non implicherà mai il pagamento di una pena.

ma fu senz'altro oggetto di studio da parte della giurisprudenza laica³¹, alla cui riflessione certo si dovette anche l'inserimento nell'editto della ben nota azione *in personam* arbitraria.

La regolamentazione del *damnum infectum* in età arcaica ha in comune con quella della fattispecie testé esaminata la circostanza che l'attentato alla proprietà del vicino poteva attuarsi con un manufatto³². L'incidenza dell'*interpretatio pontificum* nella disciplina del *damnum infectum* è peraltro, qui, più evidente³³, data la sopravvivenza in età di molto successiva di una *legis actio* – che è a nostro avviso preferibile identificare nella *pignoris capio*³⁴ –, mediante

³¹ Cfr. Pomp. D. 40.7.21 pr. (*Et quod ita scriptum est 'videbitur', pro hoc accipi debet 'videri poterit': sic et verba legis duodecim tabularum veteres interpretati sunt 'si aqua pluvia nocet', id est 'si nocere poterit'*), ove in particolare si fa riferimento ad una interpretazione che di questa norma dettero i *veteres* (*si nocet* inteso in senso potenziale), la cui identità non è qui specificata, ma che potrebbero essere i primi commentatori del testo decemvirale, considerato lo spiccato interesse esegetico che traspare dalla *interpretatio* del precetto. Cfr. ad esempio O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 33; v. anche M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 432 ss., 438 s., secondo cui, a seguito di questa estensione, sarebbe diventato peraltro risarcibile solo il danno causato dall'opera dell'uomo, e non più anche da eventi naturali (ipotesi, questa, dotata di una sua indubbia plausibilità).

³² I punti di contatto sono evidenti, a maggior ragione se si ammette, con alcuni autori (per cui v. l'elenco stilato alla nt. 26), che anche l'*actio pluviae arcendae* fosse anticamente esercitabile quando, come sempre qui, il nocimento potesse derivare da causa naturale. Valorizzano ad ogni modo il parallelismo per esempio M. SARGENTI, *Sulla responsabilità*, cit., 371, 389, secondo cui anche l'arcaica *actio damni infecti* ammetteva la possibilità di cessione delle *aedes ruinosae*, in alternativa all'obbligo di riparazione; A. WATSON, *Rome of the XII Tables*, Princeton, 1975, 160 e nt. 18; G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 499; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione*, cit., 86.

³³ È appena il caso di ribadire che alla applicazione di procedimenti rituali di tutela, connotati da stretto formalismo, orale e gestuale, si riconnette puntualmente il coinvolgimento dei *pontifices*, che del formalismo erano gli artefici.

³⁴ Il tema della *legis actio damni infecti* è, come si sa, da sempre disputato; la preferenza da noi accordata all'ipotesi che si trattasse della *pignoris capio*, anziché della *iudicis postulatio* o del *sacramentum in personam*, si spiega in ragione del fatto che la protezione, che quest'ultimi erano idonei a garantire, appare all'uopo insufficiente, anche alla luce dell'evoluzione successiva della disciplina dell'istituto, che è sì legata alla *cautio*, ma non si svolge su un piano soltanto obbligatorio (si pensi alla *immissio* nel possesso del bene). A sostegno si possono addurre anche argomenti di ordine esegetico (ché, in Gai 4.31, alla descrizione delle due *legis actiones* residue, seguono, prima di una grave lacuna, le parole *per pignoris*, che è difficile non completare con *capionem*, e non riferire al rito con cui si attuava il rimedio del quale appena sopra Gaio discorreva, e che, per elementari esigenze di carattere didattico, non si sarebbe potuto lasciare in sospeso), e molti altri argomenti di svariata natura, per i quali rinviamo soprattutto alle condivisibili osservazioni di O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen*, Berlin, 1872, 216 ss.; ID., *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 481; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, 326 ss., che giustamente rileva come la *pignoris capio* meglio si adatti, rispetto ad altre *legis actiones*, a fronteggiare una situazione urgente; B. ALBANESE, *Gai 4.31 e il 'lege agere damni infecti'*, in *AUPA*, XXXI, 1969, 5 ss.; ID., *Il processo*, cit., 53 ss., il quale osserva come l'elenco di casi per cui si esercitava la *pignoris capio*, di cui a Gai 4.26 ss., nel quale non è compreso il *damnum infectum*, debba ritenersi soltanto esemplificativo, e come, d'altronde, la minor 'comodità' della *legis actio* rispetto alla successiva *cautio*, che pur necessariamente richiedeva il coinvolgimento del pretore, debba ravvisarsi sia nel formalismo in sé considerato, sia nel rischio di una opposizione violenta del

la quale concretamente si esercitava la tutela del proprietario.

Altro rimedio anticamente concesso al titolare del fondo minacciato dal vicino era la *prohibitio*, che si esprimeva col *iactus lapilli*³⁵: quest'ultimo rappresenta un esempio significativo del rilievo rituale che la giurisprudenza, ai fini dell'efficacia dell'atto, ancora attribuiva alle formalità gestuali³⁶.

vicino, che ritenga l'iniziativa infondata – non sempre a torto, magari, stante la possibilità, certamente esistente, di una errata valutazione della statica degli edifici –; C. ST. TOMULESCU, *Sur la 'legis actio damni infecti'*, in *RIDA*, XIX, 1972, 435 ss., del cui argomentare appare convincente il presupposto – ossia la legalizzazione e ritualizzazione della giustizia privata –, mentre ci lascia perplessi l'opinione secondo cui ciò avrebbe dato luogo – non prima, oltretutto, dell'incendio gallico – ad una *pignoris capio* 'atipica', atto stragiudiziale compiuto davanti a testimoni, diretto a costringere il vicino a riparare la cosa pericolosa, ché altrimenti il pegno sarebbe stato trattenuto; F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la 'cautio damni infecti' en el derecho romano clásico*, in *AHDE*, XLV, 1975, 12; J. PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico*, Barcelona, 1983, 3 e nt. 3, che richiama Albanese; G. FALCONE, *Sulle tracce del 'lege agere damni infecti'*, in *AUPA*, XLIII, 1995, 519 ss., il quale, oltre a riprendere argomenti già utilizzati dagli autori sopra citati (tra cui quello relativo al carattere non esaustivo dell'elenco di cui a Gai 4.26 ss.), ne adduce altri ancora, molto calzanti (come per esempio l'esperibilità della *pignoris capio* anche nei *dies nefasti* o contro l'avversario assente e non reperibile, il che ben si addice all'urgenza, o ancora la circostanza che la stessa *pignoris capio*, da ritenersi per questo meno *commoda* della *cautio*, poneva inevitabilmente a carico dell'attore i lavori sulla cosa minacciante, una volta che questa fosse stata *capta*), mentre non condivisibile ci pare la tendenza di F. a collocare la genesi dell'istituto nel IV secolo a.C.; E. BIANCHI, *'Fictio iuris'. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, 219 nt. 133, 235 ss., 241 nt. 176, 242 ss., 252, che si rifà soprattutto a Falcone. V. anche comunque, tra coloro che si sono contrapposti all'orientamento qui accolto, per esempio, G. GULINA, *'Lege agere damni infecti' e 'pignoris capio'. Esegesi e logica di Gai 4.31*, in Φύλια. *Scritti per G. Franciosi*, II, Napoli, 2007, 1157 ss., che, non intravedendo continuità alcuna fra Gai 4.31 e l'*incipit* di 31a, molto tiene conto della pregressa lezione di G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova 1937, 7 ss., 21 ss., 32 ss., 42 ss. Interessante, infine, anche la tesi espressa da A. BIGNARDI, *'Actio, interdictum, arbores'*. *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in *Index*, XII, 1983-1984, 503 s., la quale sostiene l'esistenza di un principio generale, ricavabile dalla legge decemvirale, *ut noxae caveatur*, piuttosto che di un vero e proprio precetto sulla *legis actio damni infecti* (di cui non v'è traccia), da cui l'*interpretatio* avrebbe forse poi tratto di volta in volta la soluzione più idonea al singolo caso.

³⁵ La *prohibitio*, ancora in età classica, era come noto esperibile contro il *facere* che altri ponesse in essere sul fondo dell'interessato, o contro analoga *immissio* o *proiectio*, a preferenza della stessa *nunciatio*. V. in particolare Ulp. D. 39.1.5.10: *Memnisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere quam operis novi nuntiatione*; cfr. per esempio D. 8.5.6.1; 8.5.14; 39.1.3.1-2; 41.1.50; 43.24.1.6; 11; 43.24.5.1; 43.24.20.1.

³⁶ Secondo la miglior tradizione pontificale, la difesa delle proprie ragioni poteva stilizzarsi in un *certum gestum* (qui, il lancio di un sassolino contro l'opera iniziata). In materia, v. soprattutto G. BRANCA, *La 'prohibitio' e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare*, in *SDHI*, VII, 1941, 313 ss., spec. 339, 343, 345 ss., 351, 355 ss., 368 ss., secondo il quale la tutela privata era finalizzata a ripristinare lo *status quo ante*, a demolire *per manum* l'edificio costruito *in suo*, ed anche a neutralizzare direttamente gli effetti dell'immissione, purché essa, di per sé, fosse distinta da ciò che, *in alieno*, la provocava; v. anche per esempio M. DAVID, *Études sur l'interdit 'quod vi aut clam'*, Paris, 1947, 27, 33 e nt. 1, 40, 50 ss., 60 ss., 70 ss., che a sua volta rileva come contro l'*opus in nostro* la regola fosse quella della *prohibitio per manum*; A. MASI, voce *Denuncia di nuova opera e di danno temuto (storia)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 158, 161; J. PARICIO, *La denuncia*, cit.,

I due interdetti proibitori *de arboribus caedendis e de glande legenda*³⁷, probabilmente tra i più risalenti³⁸, costituiscono a nostro avviso il frutto della nuova proficua collaborazione instauratasi tra la prima giurisprudenza laica, interpretativa del dettato legislativo, ed il pretore. Finalmente si assicurava così stabile tutela a situazioni per le quali le XII tavole³⁹ avevano, secondo noi, legittimato il ricorso all'autodifesa⁴⁰, nei confronti del vicino, ma che poi si erano ritrovate ad essere prive di reale protezione per l'affermarsi di prassi desuetudinarie o tali comunque da impedire, tra le parti, la puntuale osservanza delle norme in vigore⁴¹. Per quan-

36 ss., 44, 112, 116, 220, che riprende Branca; F. FASOLINO, *Interessi della collettività e dei vicini nell'operis novi nuntiatio*, in *Labeo*, XLV, 1999, 49, 55 e nt. 38, 56; L. PELLECCHI, *Contributi palingenetici allo studio dell'operis novi nuntiatio*, in *SDHI*, XLVIII, 2002, 107; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione*, cit., 109 e nt. 14; L. PARENTI, *Un caso di 'ius controversum' in tema di 'operis novi nuntiatio'*, in *QLSD*, VII, 2017, 195.

³⁷ Per i quali v. D. 43.27 e 28; cfr. D. 47.7.6.2; Paul.Sent. 5.6.13; Fest. 348 L.

³⁸ Così, precisamente, osservano ad esempio A. BIGNARDI, *Actio*, cit., 470, 518 nt. 19, e A. PALMA, *Iura*, cit., 77.

³⁹ Tab. 7.9 (a. Ulp. D. 43.27.1.8: *lex duodecim tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur* – b. Pomp. D. 43.27.2: *Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege duodecim tabularum de adimenda ea recte agere potes*) e 10 (Plin. *nat.* 16.5.15: *cautum est lege XII tabularum, ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere*). Il legislatore decemvirale, nel suo intento di preservare, in un clima di solidarietà ed equità, la vivibilità dei rapporti di vicinato, detta una disciplina della quale è difficile individuare i dettagli, come gli interessi che intendeva in particolare tutelare, dato che le scarse testimonianze disponibili non ci permettono di stabilire con precisione quanto risalente fosse l'origine delle norme applicate in tempi successivi. Certo, si può dire, era consentita l'*ademptio*, ossia il taglio radicale, dell'albero che il vento aveva fatto inclinare, perché andava sanata la situazione di pericolo che questo aveva ingenerato; era altresì permessa la *circumcisio*, ossia la potatura, dei rami sporgenti oltre i quindici piedi d'altezza (anche se restano dubbi sul fine così perseguito: forse evitare che al vicino non arrivasse la luce del sole?: cfr. per esempio E. GJERSTAD, *Early Rome*, cit., 89; M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 440); era infine consentito di andare a raccogliere i frutti caduti sul fondo contiguo (ma già *tertio quoque die*, come in seguito sarà, secondo D. 48.28.1?: sì ad esempio per Falcone, che in questo contesta Bignardi, entrambi appena sotto citati). Ciò, per non dire della compatibilità di questa regolamentazione con quella sulla distanza delle varie piante dal confine, come già si diceva sopra, alla nt. 17 (con gli autori ivi riportati; ma v., qui, per esempio M. VINCI, *Fines*, cit., 166), o dei dubbi circa gli strumenti di tutela utilizzabili in età pre-interdittale, come meglio diremo fra breve. Per un approfondimento, si rinvia per esempio ad A. BIGNARDI, *Actio*, cit., 465 ss., 505 ss., 515; A. PALMA, *Iura*, cit., 78, 86 s.; G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 490 ss. e nt. 46; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il diritto*, cit., 244; M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 439 ss.

⁴⁰ Di quest'avviso, autorevolmente, M. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, München, 1971, 407; G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 490 ss. e nt. 46. Nell'ottica pontificale, se non è da una parte pensabile la totale indisponibilità di strumenti di tutela (né dunque attribuire alle previsioni tavolari una portata solo astrattamente 'precettiva', come fa A. BIGNARDI, *Actio*, cit., 505 ss., 515 ss.), si può d'altra parte ipotizzare che l'(auto)tutela dovesse tendenzialmente svolgersi con l'osservanza di forme rituali, che qui non conosciamo; ad ogni modo, un sia pur debole indizio a favore dell'esistenza di qualche formalità, orale o gestuale, da rispettare può a nostro avviso trarsi dall'espressione *recte agere potes*, di cui al citato D. 43.27.2, che non sembra compatibile con un agire completamente informale. Cfr. per esempio L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione*, cit., 80 nt. 33, che anche in merito agli istituti in esame quanto meno parla di interferenze tra vicini da regolamentare, quasi ritualizzare.

⁴¹ Non è peraltro errato sostenere che scopo primario dell'innovazione pretoria fosse quello di

to in particolare riguarda l'interdetto *de glande legenda* è poi a nostro avviso sostenibile la tesi che la interpretazione estensiva del termine *glans*, diretta a riferirlo anche agli altri frutti⁴², della quale le fonti ci danno notizia per i secoli successivi, sia in realtà avvenuta già ad opera dei pontefici e dei primi giuristi laici⁴³: ciò per ottemperare ad ovvie esigenze che dovettero porsi nella vita quotidiana, in un'epoca in cui qualche affidamento sulla corretta applicazione della disciplina vigente doveva appunto ancora farsi.

4. *Fattispecie aggravate di furtum manifestum.*

Il rilievo dei rapporti di vicinato risulta anche dalla regolamentazione di alcuni delitti.

Alludiamo alle fattispecie aggravate di furto flagrante – quale certamente quella del ladro diurno *qui se telo defendit*⁴⁴, ma forse anche quella del ladro notturno

tornare a garantire, seppur più efficacemente, con il *vim fieri veto*, la medesima forma di tutela già configurata dalla legge delle XII tavole e, prima di quest'ultime, dai *mores*: v. per esempio M. KASER, *Privatrecht*, cit., 407; cfr. G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 490 ss. nt. 46; M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 443, che parla di espressione pretoria di una tutela risalente alle XII tavole. V. anche A. BIGNARDI, *Actio*, cit., 505 ss., 515 ss., la quale, coerentemente con la sua impostazione, ritiene che il pretore fosse intervenuto a colmare un vuoto originario di tutela. Comunque sia, le formule degli interdetti si saranno rifatte al tenore letterale delle regole decemvirali, le quali, in qualche modo, ancora le sostanziano. V. per esempio G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 490 ss. e nt. 46; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione*, cit., 174; M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 443.

⁴² V. D. 43.28.1: *Glandis nomine omnes fructus continentur*; D. 50.16.236.1: *Glandis appellatione omnis fructus continentur, ut Iavolenus ait, exemplo Graeci sermonis, apud quos omnes arborum species ἀκρόδρνα appellantur*.

⁴³ Sebbene sia probabile che la questione abbia poi suscitato l'interesse della prima giurisprudenza laica – sempre molto attenta ai problemi concernenti l'interpretazione di singole parole – e attraverso di essa anche dei giuristi di età posteriore, come si evince dalle fonti citate alla nt. precedente, tuttavia non si vede perché mai si debba negare il carattere più risalente dell'estensione della tutela a frutti anche diversi da quelli prevalentemente destinati a pecore e maiali (dico 'prevalentemente' e non 'esclusivamente' perché in età ancestrali, caratterizzate da grande povertà, in mancanza di cereali, tra le abitudini alimentari anche dell'uomo poteva rientrare il cibarsi di ghiande e della farina che se ne ricavava: v. Plin. *nat.* 16.6.15; cfr. per esempio A. PALMA, *Iura*, cit., 84 ss.; G. FALCONE, *Iurgium*, cit., 490 ss. nt. 46; E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, 523 s.; M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 442 e nt. 105). Sulla *interpretatio pontificum*, che già consentiva, ad esempio, di utilizzare, anche per piante diverse, i formulari contenenti 'vites' (pur dovendosi preservare, nella pronuncia, questo termine come tale), v. Gai 4.11; cfr. per esempio L. FRANCHINI, *La desuetudine*, cit., 74 ss. e nt. 9, con la dottrina ivi richiamata. Sulla *interpretatio* successiva, vertente sulla nozione di *glans*, v. anche per esempio A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, 120; E. GJERSTAD, *Early Rome*, cit., 89; O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 62; R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, 72 ss.; E. STOLFI, *Studi*, cit., 528 s. e nt. 185; M.F. CURSI, *I rapporti*, cit., 442 e nt. 105.

⁴⁴ V. XII Tab. 8.13: *Luci ... si se telo defendit, ... endoqueplorato* (ove l'arcaico *luci* è contrapposto al *nox* di Tab. 8.12). Cfr. per esempio Cic. *Tull.* 20.47: *Atque ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit, ut furem noctu liceat occidere, et luci, si se telo defendat; 21.50: Furem,*

no⁴⁵ – sanzionate con la previsione della vendetta privata, accompagnata dall'osservanza di cautele procedurali di antica origine sacrale.

XII Tab. 8.13 prevede infatti la (*endo*)*ploratio*⁴⁶, consistente nella richiesta

*hoc est praedonem et latronem, luce occidi vetant XII tabulae; cum intra parietes tuos hostem certissimum teneas, nisi se telo defendit, inquit, etiam si cum telo venerit, nisi utetur telo eo ac reputabit, non occides; quod si repugnat, 'endoplorato', hoc est conclamato, ut aliqui audiant et conveniant. Quid ad hanc clementiam addi potest, qui ne hic quidem permiserint, ut domi suae caput suum sine testibus et arbitris ferro defendere liceret?; Mil. 3.9: Quod si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est, qui, quoquo modo quis interfectus sit, poeniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad nomine occidendum ab ipsis porrigi legibus?; Quint. inst. 5.14.18 (che riprende testualmente il citato passo dell'orazione pro Milone); Gell. 11.18.7: Nam furem qui manifesto furto prensus esset tum demum occidi permiserunt si aut, cum faceret furtum, nox esset aut interdiu telo se cum prenderetur defenderet; Prisc. gramm. 6.19.93: si luci, si nox; Gai D. 9.2.4.1: Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur; Gai D. 47.2.55(54)2: Furem interdiu deprehensum non aliter occidere lex duodecim tabularum permisit, quam si telo se defendat; Coll. 7.1pr.: Quod si duodecim tabularum nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se audeat telo defendere, interfici iubent (...); 7.3.2: proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita demum, si se telo defendat. Precisiamo che per *telum* deve intendersi qualunque proiettile: cfr. D. 47.2.55(54).2; 50.16.233.2; Paul. Sent. 5.3.3.*

⁴⁵ V. Tab. 8.12: *Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*. Cfr. per esempio Cic. *Tull.* 20.47 (riportato alla nt. precedente); *Mil.* 3.9 (riportato alla nt. precedente); Quint. *inst.* 5.10.88: '*Si furem nocturnum occidere licet, quid latronem?*'; 5.14.18; Gell. 8.1; 11.18.7 (riportato alla nt. precedente); 20.1.7: *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur; aut quae furem manifestum ei cui furtum factum est in servitutum tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit*; Sen. *contr.* 10.6.2; Prisc. *gramm.* 6.19.93 (riportato alla nt. precedente); Gai D. 9.2.4.1 (riportato alla nt. precedente); Gai D. 47.2.55(54)2 (riportato alla nt. precedente); Coll. 7.1pr. e 7.3.2 (riportati alla nt. precedente).

⁴⁶ Su questa, si consideri innanzitutto che il verbo *plorare*, al pari di altre espressioni, indicava in origine un 'pregare' giuridicamente rilevante: cfr. XII Tab. *Frg. inc. sed.* 3 (corrispondente a Fest. 402 L): '*Sub vos placo' in precibus fere cum dicitur, significat id, quod 'supplicio', ut in legibus: 'transque dato', et 'endoque plorato'*'; Fest. 260 L: *Plorare, flere, inclamare nunc significat, et cum praepositione inplorare, id est invocare: at apud antiquos plane inclamare*. Per l'applicazione che se ne fa nel nostro caso (l'*endoplorare*, ove il preverbo *endo* è la versione arcaica di *in*), v., oltre allo stesso Fest. 402 L, ancora Fest. 67 L: *Endoplorato inplorato, quod est cum questione inclamare. Inplorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie vapulantis*; 96 L: *Implorare inclamare, ad auxilium invocare*; v. anche Cic. *Tull.* 21.50 e Gai D. 9.2.4.1 (entrambi riportati *supra*, nt. 44).

Ci si è spesso chiesti, in dottrina, se l'*endoploratio* fosse applicabile anche al ladro notturno; la risposta è stata per lo più negativa, ritenendosi non genuina la testimonianza di Gaio in proposito rilevante, ossia D. 9.2.4.1, sopra trascritto. Oggi è invece diffusa la tendenza a considerare il passo in questione non interpolato (per tutti, v. ad esempio A.W. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford, 1968, 13; PALMA, *Iura*, cit., 97; A. CORBINO, '*Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*', in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Napoli, 1993, 243 ss., spec. 258 e nt. 34; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 155 nt. 57, 176, 183, 185 ss., 239 s., 243 s., 256; M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, in '*XII Tabulae*'. *Testo e commento*, cit., II, 583 ss., 586 e nt. 164, 587 s. e nt. 172, 589 e nt. 177, che parla di estensione in via interpretativa di una norma originariamente riferibile al solo *fur diurnus*; cfr. G. NICOSIA, *Il pro-*

fatta a gran voce ai vicini di venire ad assistere al caso e a portare aiuto al derubato. Tale pratica, di evidente natura rituale – anche perché diretta ad assicurare pubblicità all'atto che si stava per compiere mediante il coinvolgimento di testimoni⁴⁷ (se-

cesso privato romano, I. *Le origini*, Torino, 1986, 76, secondo cui l'espressione *iure*, che figura nella norma stessa di Tab. 8.12, alluderebbe alla necessaria conformità dell'uccisione ad un procedimento rituale), e si tratta di tendenza che noi, in linea di massima, condividiamo, anche perché non si vede come in quell'epoca si potesse abdicare del tutto dall'esigenza di 'ritualizzare', in qualche modo, anche questa fattispecie, nella quale altrimenti la *vindicta* si sarebbe espressa al di fuori di qualsivoglia possibilità di controllo (anche se certo, d'altra parte, bisogna riconoscere che la presenza di un estraneo nella *domus* addirittura nelle ore notturne integrava una violazione quant'altra mai grave della sfera altrui).

⁴⁷ Sul fatto che l'invocazione fosse rivolta ai vicini, i quali assolvevano alla funzione di testimoni (gli *aliqui audientes et convenientes* ed i *testes* di cui a Cic. *Tull.* 21.50, ma v. anche il *cum clamore testificetur* di cui a Gai D. 9.2.4.1), assicurando così al rito il carattere della pubblicità, concorda la maggior parte degli studiosi: v. per esempio P. HUVELIN, *Études sur le 'furtum' dans le très ancien droit romain*, I. *Les sources*, Paris-Lyon, 1915, 102 s., il quale afferma che, a sostegno della tesi che accentua il profilo della testimonianza, si possono invocare tutte e tre le tradizioni delle fonti in tema di *endoploratio* (quella retorica, risalente a Cicerone; quella grammatica, risalente a Varro ed Elio Gallo attraverso Verrio Flacco; quella giuridica, discendente da Sabino); F. DE VISCHER, *Le 'fur manifestus'*, in *Études de droit romain*, Paris, 1931, 177; G. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, 162 ss.; ID., *Procedura civile romana*, I. *Esercizio dei diritti e difesa privata*, Bologna, 1946, 163 ss.; ID., *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in *ZSS*, LXXIII, 1956, 33 nt. 2, 53 e nt. 39; F. WIEACKER, *Endoplorare*, in *Festschrift L. Wenger*, München, 1944, 129 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz, 1956, 97 s., secondo cui l'imposizione della *endoploratio*, che aveva come scopo quello di dare al furto pubblicità, era connessa al divieto di *usucapio* delle cose furtive; M. BOHÁČEK, *'Si se telo defendit'*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 170 ss.; A.W. LINTOTT, *Violence*, cit., 13; J. GUILLEN, *El latin de las XII Tablas*, in *Helmantica*, XIX, 1968, 95 ss.; O. SZEMÉRENYI, *'Si parentem puer verberit, ast olle plorassit'*, in *Beiträge zur alten Geschichte und deren Nachleben. Festschrift F. Althelm*, I, Berlin, 1969, 173 ss.; G. MAC CORMACK, *Witnesses in the Law of the Twelve Tables*, in *BIDR*, LXXVI, 1973, 226, 233; G. NICOSIA, *Il processo*, cit., 84 ss., che parla di sommario procedimento collettivo di accertamento del fatto; A. PALMA, *Jura*, cit., 89 ss., per cui si tratta di disciplina diretta a garantire la comunità *vicinorum*, che non c'è da stupirsi siano in qualche modo coinvolti, con funzioni anche di ausilio e controllo; L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Milano, 2004, 7; A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle XII tavole*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, 60; C. BRÉLAZ, *Lutter contre la violence à Rome: attributions étatiques et tâches privées*, in *Les exclus dans l'antiquité*, Lyon, 2007, 225, secondo il quale l'appello diretto ai vicini è tale da far assumere alla messa a morte una dimensione pubblica; M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di 'furtum'*, Napoli, 2008, 27 s., 37 ss.; F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà consuetudinaria alla sacertà politica proto-repubblicana*, in *Scritti G. Melillo*, Napoli, 2009, 1574 ss.; R. LAURENDI, *'Leges regiae' e 'ius Papirianum'*, Roma, 2013, 168 s.; A. RAMON, *'Verberatio parentis' e 'ploratio'*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma antica*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2103, 145 ss., spec. 156 ss.; M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 583 ss., 588, che espressamente contesta le opinioni di Pepe e Pelloso. Questi ultimi autori (L. PEPE, *Furto e giustizia privata nelle XII tavole e nel diritto attico: un'indagine comparativa*, in *Scritti B. Bonfiglio*, Milano, 2004, 305 ss.; C. PELLOSO, *Studi*, cit., 142 ss., 161 nt. 72, 176, 185 ss.), come già per certi versi A. GUARINO, *'Endoploratio'*, in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 180 ss., ritengono che i *verba* fossero rivolti al ladro stesso, affinché desistesse dal suo comportamento, potendo i vicini anche non esservi o comunque scegliere di non intervenire.

condo una tradizione invalsa, come si sa, anche nel campo degli antichi negozi quiritari), ha significativi precedenti nelle *leges regiae*, con particolare riferimento all'ipotesi di percosse del figlio al genitore⁴⁸.

⁴⁸ Cfr. *lex. Serv. Tull.* 6, che forse riprendeva una legge romulea sanzionante di sacertà la *nurus*: v. Fest. 260 L (*in regis Romuli et Tatii legibus: 'si nurus ..., sacra divis parentum estod'*). In *Servi Tulli haec est: 'si parentem puer verberit, ast olle plorassit parens, puer divis parentum sacer esto'*. *Id est inclamarit, dixerit diem*). In merito, v., gli autori citati alla nt. precedente; cfr. qui, in particolare, per esempio, C. PELLOSO, *Studi*, cit., 142 ss., 161 nt. 72, 176, 185 ss., meno incline di altri a riscontrare un perfetto parallelismo tra le due specie di *plorationes* (delle quali sarebbe rivolta agli dei quella sancita dalla *lex regia* ed invece al ladro quella sancita dalle XII tavole).

