

lo e Ulpiano, che ammettevano la responsabilità limitata al *patientiam praestare* per il *dominus non auctor*, non riconoscevano questo particolare regime nel caso in cui il maggiore afflusso d'acqua non fosse derivato appunto da '*opus manu factum*'<sup>34</sup>.

Riguardo al parere di Proculo, questo a mio avviso non contrasta con la decisione di Labeone. Esso può essere giustificato dal fatto che probabilmente il giurista antecedente non si era occupato della responsabilità di chi non fosse l'autore dell'opera nello specifico caso di più *domini* del fondo, limitandosi ad affrontare il problema – come ci è testimoniato dalle fonti – dell'unico proprietario di un fondo, in cui era stata fatta a sua insaputa un'opera che noceva al vicino. Anzi, proprio la circostanza che Proculo, capo della scuola che – ripetiamo – si ispirava agli insegnamenti del giurista augusteo, abbia esteso il regime da lui riconosciuto per l'unico *dominus non auctor*,

---

*minus fundi* era tenuto a *patientiam praestare*. Ciò non esclude, infatti, che il giurista augusteo utilizzasse l'istituto della *patientiae praestatio* in altre ipotesi e che, anzi, proprio ad esso abbia per primo fatto ricorso nei casi di *dominus non auctor*.

<sup>34</sup> Vd. Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.1.14; Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.14.1, in cui si esclude l'*actio aquae pluviae arcendae* nel caso in cui l'acqua nocesse a seguito di uno sprofondamento del terreno dovuto ad un vizio del luogo («*vitio loci*»). Alcuni studiosi ritengono vi sia una differenza sostanziale tra *vitium loci* ed un mero 'evento naturale': vd., tra gli altri, M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 47 s.; G. BRANCA, *La responsabilità*, cit., 361 e nt. 1.

## OSSERVAZIONI SUL «PATIENTIAM PRAESTARE» IN LABEONE

1. Che il '*patientiam praestare*'<sup>1</sup> – cioè quel particolare obbligo<sup>2</sup> consistente nel 'sopportare' qual-

---

<sup>1</sup> Faccio riferimento appunto all'«obbligo» di 'sopportare' (*patientiam praestare*) e non alla semplice sopportazione (*patientia* o '*quasi traditio*'), che costituiva un modo d'acquisto delle servitù prediali (su cui, vd., per tutti, F. TUCCILLO, *Studi su costituzione e estinzione di servitù in diritto romano. Usus, scientia, patientia*, Napoli, 2009, *passim*). Sul punto, vd. anche *infra*, nota successiva.

<sup>2</sup> Si discute se il '*praestare*' riguardi un obbligo o una responsabilità. Non è qui la sede per occuparci di tale problematica (su cui vd., ampiamente, R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 1 ss.). È da segnalare, tuttavia, che gli autori che si sono interessati a tale questione hanno considerato le varie locuzioni – ad es., «*culpam praestare*», «*custodiam praestare*», «*diligentiam praestare*» –, tralasciando quella che a noi interessa, cioè «*patientiam praestare*». Riguardo a tale locuzione, in considerazione del fatto che era richiesto comunque un comportamento, sia pure negativo, da tenere (la 'sopportazione' appunto), e valutando che nelle fonti si trova in correlazione con '*debere*' (vd., ad es., Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.4.2; Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.5; Paul. 16 *ad Sab.* D. 39.3.12. Vd. anche l'espressione «*patientiam dumtaxat praestandam*»: Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.11.6), mi sembra che essa si riferisca ad un obbligo e non alla 'sola' responsabilità (che sarebbe stata la conseguenza dell'inottemperanza di tale obbligo). Parlare di 'responsabilità al *patientiam praestare*', comunque, non mi pare affatto scorretto, considerando che il soggetto, nel caso in cui non avesse 'sopportato', sarebbe stato responsabile per

che attività di un altro soggetto sui propri beni<sup>3</sup> – fosse, ad eccezione di quello relativo al *legatum sinendi modo*<sup>4</sup>, di età classica si è fortemente dubitato<sup>5</sup>. Anche tra coloro che ne hanno ammessa la

---

tale prestazione: egli dunque era obbligato, e quindi anche responsabile (in caso di inadempimento), al *patientiam praestare*. Anche gli studiosi che si sono occupati del *patientiam praestare* parlano indifferentemente di obbligo e di responsabilità (senza affrontare espressamente il problema), segno evidente che anche per loro tale espressione non è limitata alla responsabilità: vd., ad es., P. VOCI, *Risarcimento e pena privata*, Milano, 1939, 168, 171 nt. 2, 173 s. e ntt. 2 s.; M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano, 1940, *passim*; F. SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*. *Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano, 1977, *passim* (cfr. anche F. PETERS, *Das 'patientiam praestare' im klassischen römischen Nachbarrecht*, in *SDHI*, XXXV, 1969, 135 ss., il quale parlava esclusivamente di obbligo: «Verpflichtung zum *patientiam praestare*»).

<sup>3</sup> O comunque su quelli di cui si aveva il possesso. Sulla definizione di '*patientiam praestare*', vd., per tutti, A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, rist., 1991, 620 (voce *Patientiam praestare*).

<sup>4</sup> L'obbligo di *patientiam praestare* era previsto, infatti, anche per questo tipo di legato, come ci informa Gaio: Gai 2.215: ... *quia cum in eo genere legati damnetur heres patientiam praestare, ut legatarius rem habeat* ... Il nostro studio sarà focalizzato sul *patientiam praestare* a cui era tenuto il *dominus fundi*, mediante *actio aquae pluviae arcendae* o *interdictum quod vi aut clam*, nei confronti del vicino.

<sup>5</sup> Vd., tra gli altri, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 93 ss., 188 s.; A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili in diritto romano*, I, Palermo, 1921, rist. anast., Roma, 1972, 80, 88 e

A ben guardare, però, entrambi i dati non sono probanti. Per quanto riguarda il primo, infatti, il mancato riconoscimento della responsabilità limitata trova la sua giustificazione nel fatto che non vi era un '*opus manu factum*', trattandosi semplicemente di 'eventi naturali', per i quali Labeone seguiva il pensiero, forse tradizionale<sup>32</sup>, che negava appunto l'applicazione dell'*actio aquae pluviae arcendae* in questi casi<sup>33</sup>. D'altronde, gli stessi Pao-

---

LITEWSKI, *L'effet libérateur de la «litis contestatio» dans les obligations solidaires actives en droit de Justinien*, in *Labeo*, XXIV, 1978, 309. Sembra che G. SEGRÈ, *Sulla natura della proprietà in diritto romano*, Roma, 1889 [estr. da *RISG*, VI, 1889, 353 ss.; VIII, 1889, 145 ss., 329 ss.], ora in *Scritti di diritto romano. Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica*, a cura di N. Scapini, Torino, 1974, 186 s. nt. 445, attribuisse l'intera frase, da «*sed sibi*» alla fine, a Paolo, ritenendo che Proculo fosse per la solidarietà 'piena' nei confronti anche del non autore dell'opera (tesi, questa, che egli considerava «dovesse meritare la preferenza: infatti non si sa comprendere come possa attribuirsi la colpa dell'attore il non sapere quale dei due soci realmente avesse compiuto l'opera»). Per quanto riguarda poi la questione della paternità della parte finale del testo, vd. L. PARENTI, «*In solidum obligari*», cit., 370.

<sup>32</sup> Ritengo maggiormente verosimile, infatti, che Labeone avesse contrastato quella che costituiva una novità introdotta dalla scuola serviana. Sul punto, vd. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 41 ss., che critica la posizione contraria di M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 39 ss.

<sup>33</sup> Sull'irrelevanza del dato, vd. anche F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 117: «... Né vale in contrario osservare che Labeone riteneva l'*actio aquae pluviae arcendae* non esperibile in un'ipotesi nella quale Namusa affermava invece che il do-

*Urseius Ferox?*) ...» – io sono dell'avviso che si tratti, invece, di un 'ripensamento' del giurista corifeo o, meglio, di quello che era il suo pensiero, rispetto a quello che doveva essere il diritto consolidato dell'epoca. Escluderei, infatti, si tratti di interpolazione, non essendovi seri indizi che possano far credere alla natura insitica dell'inciso (cfr. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 144, il quale sottolinea che «se i giustinianeî avessero ... voluto affermare per primi il principio della limitazione della responsabilità, avrebbero verosimilmente provveduto a modificare il pensiero di Urseio senza lasciar sussistere alcuna antinomia»). Non credo, inoltre, che la frase sia da attribuire a Urseio per il semplice fatto che l'infinito *placere* sembra retto dalla principale *Proculus ait* (in tal senso, vd. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 143 nt. 246; favorevoli all'attribuzione della frase a Proculo erano anche C. FERRINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù*, I, cit., 275). A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 80, 88 nt. 5, dopo aver affermato che nel testo il *patientiam praestare* sarebbe riferito a Urseio Feroce (p. 80), successivamente si domandava: «il 'sibi' ... può davvero riferirsi a Feroce, o non piuttosto grammaticalmente deve riferirsi a Proculo?» (p. 88 nt. 5); lo studioso tuttavia era dell'avviso che la frase fosse comunque un'aggiunta compilatoria (p. 80). Pure per G. BAVIERA, *La legittimazione*, cit., 18 s. nt. 2, e M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 117 nt. 2, la frase da «*sed sibi*» sarebbe da attribuire formalmente ad Urseio; tuttavia questi autori, sulla considerazione che egli fosse un semplice referente e non un vero giureconsulto, ritenevano che il contenuto della rettifica non potesse appartenere a lui (essi però non consideravano affatto la possibilità che fosse Proculo l'autore della frase, limitandosi a sostenere, il primo, che fosse opera dei compilatori, il secondo, che il contenuto della rettifica non necessariamente fosse il frutto del loro intervento). Per una sicura attribuzione a Urseio, vd. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912, 158 nt. 2; W.

nt. 5; F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, in *ZSS*, XLIII, 1922, 255 ss.; U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel «quod metus causa gestum erit»*, Greiswald, 1932, 208 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1960, rist., 1994, 222 nt. 1. In senso dubitativo, ma molto più propenso verso la non classicità di questo regime, era P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, 1, Roma, 1926, rist. corretta a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1966, 517 nt. 3: «Crediamo più logico supporre che in qualunque caso il proprietario non fosse tenuto a nulla nel diritto classico per l'opera di agenti naturali o altrimenti estranei: circa il fatto del proprio autore (l'alienante) ciò si concilierebbe col carattere personale dell'azione». A favore della sua genuinità, vd., tra gli altri, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig, 1901, rist., Goldbach, 1997, 489, il quale ipotizzava, nell'ambito dell'*actio aquae pluviae arcendae*, una controversia tra sabiniani (che escludevano il *patientiam praestare*) e proculiani (che lo riconoscevano – uniformandosi al pensiero di Labeone –, limitando quindi la responsabilità del *dominus*), cessata con Giuliano, che avrebbe sancito il definitivo trionfo della tesi proculiana; G. BAVIERA, *La legittimazione passiva nell'actio aquae pluviae arcendae in diritto romano. Note storiche esegetiche*, Palermo, 1902 [= in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1909, 143 ss.], 7 s.; B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, Palermo, 1912, rist., Roma, 1970, 187; ID., *Actiones noxales*, Cortona, 1925 [estr. da *AUPA*, X, 1925, 1 ss., ivi recante il titolo *Le actiones noxales nel diritto romano classico*], 81 e 87 ss.; C. FERRINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù prediali*, I<sup>2</sup>, Napoli-Torino, 1920, 256 ss. (la cui tesi era simile a quella del Karlowa); E. EIN, *Le azioni dei condomini*, in *BIDR*, XXXIX, 1931, 207 ss.; P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 167 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*<sup>6</sup>, Milano, 2004, 294; M. DAVID, *Études sur l'interdictum quod vi aut clam*, Paris, 1947, 147 ss.; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 109 ss.; G. BRANCA, *La responsabilità per danni nei rapporti di*

genuinità, però, vi è chi ha negato, anche di recente, che esso fosse riconosciuto da Labeone<sup>6</sup>,

*vicinanza e il pensiero dei veteres*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 357 ss., il quale però, in un'altra sua opera – ID., *Carattere penale dell'interdetto «quod vi aut clam»*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953, 115 ss. –, escludeva il *patientiam praestare* in tema di *interdictum quod vi aut clam*, ponendo – a quanto sembra – un dubbio sulla sua classicità: «L'obbligo di *praestare* la *patientia*, se è riconosciuto o introdotto dai giuristi, non si realizza tuttavia col *quod vi*» (p. 115); F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 135 ss.; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., *passim*; ID., *Aqua pluvia e natura agri. Dalle XII tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999, *passim*; A. BURDESE, voce *Actio aquae pluviae arcendae*, in *NNDI*, I, Torino, 1957, 258; ID., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993, 344; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*<sup>4</sup>, Roma-Bari, 2001, 100; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>8</sup>, Palermo, 2006, 310 nt. 72, 331, 334 nt. 126. Nonostante vi siano stati autori anche autorevoli che hanno ritenuto interpolati tutti i riferimenti a tale tipo di obbligo, ritenendolo una 'novità' giustiniana, non credo che oggi, lontani dagli 'abbagli' dell'"interpolazionismo", si possa seriamente dubitare della sua classicità. Questa responsabilità limitata al *patientiam praestare*, stando alle fonti, sembra essere stata introdotta da Namusa, nell'ipotesi in cui l'acqua che necesse al fondo vicino derivasse da un'opera 'naturale', non fatta dall'uomo: Paul. 49 *ad ed. D.* 39.3.2.6 (sul punto, vd. *infra*, nt. 28).

<sup>6</sup> Vd., tra gli altri, P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 170 e 173; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 118 ss.; M. DAVID, *Études*, cit., 144 ss., 149 nt. 2; G. BRANCA, *La responsabilità*, cit., 362 s. (il quale, però, riteneva interpolati tutti i riferimenti, anche quelli relativi agli altri giuristi, in tema di *interdictum quod vi aut clam*: ID., *Carattere*, cit., 115 ss.); I. FARGNOLI, *Studi sulla*

scitare dei dubbi sull'attribuzione del parere riportato, io credo tuttavia, data anche l'espressione presente in Ulp. 18 *ad ed. D.* 9.2.27.1 – «*et ita Proculum existimasse Urseius refert*» –, che fosse Urseio a riferire il pensiero di Proculo e non viceversa (sul punto, cfr. L. PARENTI, «*In solidum obligari*», cit., 368 nt. 96). J.T. GRAVES, voce *Ferox, Urseius*, in *Dictionary of Greek and Roman biography and mythology*, a cura di W. Smith, II, Boston-London, 1849, rist., Boston, 1867, 146 ss., riteneva che l'espressione «*apud Ferozem Proculus ait*» potesse significare o che Urseio stesse riportando il parere di Proculo o – ma a suo avviso meno probabile – che nello scritto di Urseio vi fosse una nota di Proculo: in entrambe le ipotesi, comunque, il pensiero riferito risulterebbe essere di Proculo e non di Urseio. Favorevoli all'attribuzione a Proculo, tra gli altri, G. BAVIERA, *La legittimazione*, cit., 18 nt. 2; C. FERRINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù*, I, cit., 275, 281 (i quali però, a p. 289, sembrano non escludere la possibilità che il pensiero potesse essere di Urseio); M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 116 s. nt. 2; G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *SDHI*, VIII, 1942, 244 [ora in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 429]; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 142 s. In senso contrario, H. BURCKHARD, *Die actio*, cit., 476 s.; G. BAVIERA, *La legittimazione*, cit., 16 nt. 1, 18; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 67; ID., *Beiträge*, III, cit., 95; P. DE FRANCISCI, *Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano, 1912, 28 nt. 4; A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 80; P. CAPONE, *De consortibus*, cit., 91 nt. 125, 140 nt. 80.

Nonostante sia discusso se la frase da «*sed sibi*» sia genuina (non la ritengono tale, tra gli altri, G. BAVIERA, *La legittimazione*, cit., 16 nt. 1, 18; G. BESELER, *Beiträge*, I, cit., 67; ID., *Beiträge*, III, cit., 95; P. DE FRANCISCI, *Studii sopra le azioni penali*, cit., 28 nt. 4; A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 80) o appartenga allo stesso Feroce – vd. F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 181: «*Er selbst (Proculus oder*

lo – corifeo della scuola che si ispirava appunto agli insegnamenti di Labeone –, nell'ipotesi di *plures domini* del fondo da cui l'acqua nocesse, sembra dapprima riferire quella che doveva essere a suo tempo la 'regola', cioè la responsabilità piena per il *dominus non auctor*, per poi indicare il regime che 'a lui' piaceva di più, cioè appunto il *patientiam praestare* («... *Sed sibi magis placere patientiam dumtaxat eum praestare oportere*»)<sup>31</sup>.

---

*aquae pluviae arcendae*, Milano, 1940, 43; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 42; F. SALERNO, «*Aqua pluvia*», cit., 234 s.; G.F. GERKENS, *Exégèse*, cit., 13.

<sup>31</sup> Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.11.2: ... *apud Ferozem Proculus ait: si cum uno dominorum actum sit, qui opus non fecerit, debere eum opus restituere sua impensa, quia communi dividendo actionem habet. Sed sibi magis placere patientiam dumtaxat eum praestare oportere, quia sua culpa actor id patiatur, qui non agit cum eo, a quo opus factum sit. Et est iniquum eum, qui non fecit, id restituere oportere, quoniam communi dividendo agere potest: quid enim fiet, si socius eius solvendo non fuerit?*

È senz'altro da preferire la tesi – accolta nell'edizione italiana dei Digesta (*Digesta Iustiniani Augusti*, a cura di P. Bonfante, C. Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoja, II, Milano, 1931, 1071) – che faceva cominciare il § 2 con «*apud Ferozem Proculus ait*», anziché – come troviamo nell'edizione di T. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berolini, 1870, 400; ID., P. KRÜGER, *Iustiniani Digesta*<sup>2</sup>, Berlin, 1954, 648 – da «*Et ex sociis*». In tal senso, vd., tra gli altri, G. BAVIERA, *La legittimazione*, cit., 16 e nt. 1; C. FERRINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù*, I, cit., 281; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 116 s. nt. 2; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 139 ss.; P. CAPONE, *De consortibus eiusdem litis. Storia di un titolo del Codice di Giustiniano*, Napoli, 2012, 92 nt. 125, 140 nt. 80. Nonostante l'inciso «*apud Ferozem Proculus ait*» possa su-

nonostante la presenza di testimonianze – non del tutto chiare in verità – in materia di *actio aquae pluviae arcendae*. Alcune soluzioni del giurista relative alla responsabilità del *dominus fundi* che non avesse egli stesso realizzato l'attività dannosa ('*dominus non auctor*') in tema di *interdictum quod vi aut clam*, che paiono escludere il *patientiam praestare* a differenza di quanto prevedevano gli altri giuristi, sembrano avvalorare tale tesi, facendo dubitare della genuinità delle testimonianze. Taluni studiosi, però, di fronte a queste decisioni hanno ritenuto o che Labeone non ammettesse il *patientiam praestare* esclusivamente per l'*interdictum quod vi aut clam*<sup>7</sup>, o che fossero interpolati tutti i riferi-

---

*legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, 1998, 45 nt. 135.

<sup>7</sup> Vd. P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 173, secondo cui il mancato riferimento in Labeone al *patientiam praestare* in tema di *interdictum quod vi aut clam* deriverebbe dal carattere penale di questo, che sarebbe rimasto vivo fino appunto al giurista, per poi attenuarsi successivamente; F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 203, 214, che si limitava ad affermare di essere d'accordo con la tesi del David (il quale era su una posizione simile al Voci – vd. *infra*, nota seguente –, anche se escludeva comunque che il *patientiam praestare* – pure quindi in relazione all'*actio aquae pluviae arcendae*: p. 144 e nt. 1 – fosse riconosciuto da Labeone, considerandolo un'innovazione di Giuliano: M. DAVID, *Études*, cit., 144 ss., spec. 149 nt. 2), ritenendo quindi che i primi a riconoscere il *patientiam praestare* per l'interdetto *quod vi aut clam* fossero stati Nerazio e Giuliano: «An wird deshalb der Auffassung Davids zustimmen müssen, daß die Verpflichtung zum *patientiam praestare* erst auf Neratius

menti a tale prestazione – anche quindi quelli relativi agli altri giuristi – riguardanti questo interdetto, sostenendone il carattere penale<sup>8</sup>. Mi sem-

---

Priscus und Julian zurückgeht, die ersten Juristen, für die sie bei dem *iqvac* belegt ist». Sembrerebbe dunque che pure il Peters – anche se, invero, dalle sue parole non è del tutto chiaro se la sua adesione alla tesi del David riguardasse solo chi avesse introdotto il *patientiam praestare* per tale interdetto, o fosse estesa anche alle motivazioni – ritenesse che la giustificazione del mancato riconoscimento da parte di Labeone del *patientiam praestare* in tema di *interdictum quod vi aut clam* fosse la natura penale che si sarebbe poi successivamente attenuata.

<sup>8</sup> In tal senso, vd., per tutti, G. BRANCA, *Carattere*, cit., 115 ss., il quale però, in un altro suo scritto – come già sottolineato: vd. *supra*, nt. 6 – escludeva che Labeone riconoscesse il *patientiam praestare* anche per l'*actio aquae pluviae arcendae*. Anche M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 118 s. e ntt. 1-2 – il quale a sua volta escludeva che il giurista augusteo ammettesse in generale questo particolare obbligo –, era dell'opinione che fossero interpolati tutti i riferimenti riguardanti l'*interdictum quod vi aut clam*, ma non sembra che egli fondasse tale convincimento sulla 'penalità' dell'interdetto, anzi. Egli, infatti, riteneva che fosse stato proprio Labeone ad escludere una responsabilità che doveva essere, a suo avviso, inizialmente oggettiva, evidenziando che «la disciplina della responsabilità del *dominus fundi* ha seguito, ... nel campo dell'*int. quod vi aut clam*, una linea di sviluppo diversa da quella seguita nel campo dell'*a. a. p. a.*, dove la responsabilità del *dominus* non *auctor operis* ha resistito molto più a lungo; il che si comprende, del resto, poiché l'*a. a. p. a.*, antichissimo rimedio di *ius civile*, doveva rimanere molto più chiuso di un mezzo pretorio, quale l'*int. quod vi aut clam*, a principî nuovi e più benigni» (p. 118 nt. 1). Secondo il Sargenti, quindi, i riferimenti al *patientiam praestare* relativi

---

ma di una semplice ostruzione di un corso naturale: tutti e tre i casi infatti, da come è formulato il testo, non possono che essere 'omogenei'.

Tra coloro che invece hanno sostenuto che nel testo si stessero considerando i 'danni' causati da eventi naturali, una posizione critica aveva assunto F. SALERNO, «*Aqua pluvia*» ed «*opus manu factum*», in *Labeo*, XXVII, 1981, 229, che riteneva che la formulazione del brano non potesse essere attribuita a Trebazio, «bensì all'opera di qualche tardo lettore». Non mi sembra, però, che nel passo vi siano elementi tali da giustificare un'ipotesi di non genuinità della decisione.

<sup>30</sup> Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.6: ... *Labeo contra Namusam probat: ait enim naturam agri ipsam a se mutari posse et ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior sive deterior eius condicio facta sit. Idcirco et si terrae motu aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinam locum condicionem redigi. Sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus*. Si tratta del continuo del passo che abbiamo visto *supra*, nt. 28. Nel testo si legge chiaramente che Labeone non accettava la tesi di Namusa, criticando la possibilità di intervenire nel caso in cui il normale defluire delle acque venisse modificato da eventi naturali. Per quanto riguarda la frase finale – da cui si evincerebbe che ai tempi di Ulpiano si ammettesse, per ragioni di equità, la posizione di Namusa –, essa è ritenuta dalla maggioranza degli studiosi non genuina: vd., tra gli altri, E.I. BEKKER, *Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen des römischen Rechts*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, V, 1862, 184; S. PEROZZI, *Il divieto d'atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, AG, LIII, 1894, 361 [ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, 382]; M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 250 s.; P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 508; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 374 s.; B. BIONDI, *La categoria romana delle «servitutes»*, Milano, 1938, 156; M. SARGENTI, *L'actio*

conseguenza sarebbe stata che in ogni caso («*omnimodo*») il *dominus* era tenuto a ripristinarlo, e, quindi, a questa affermazione il giurista non poteva far seguire un caso (che non doveva essere affatto raro) che avrebbe costituito un'eccezione. Né si può pensare che nella prima parte del passo il giurista stesse trattando dell'eliminazione di un *opus* dannoso e nel secondo del ripristino di un *opus* utile, in quanto da come è formulato il testo appare evidente che la 'base' delle fattispecie era simile. Non mi è chiara la posizione di G. BRANCA, *Carattere*, cit., 356 ss., sul punto. Mentre infatti sosteneva chiaramente che il giurista, 'nella seconda parte' del passo (a differenza della prima), avesse preso in considerazione i casi in cui vi fosse un *opus manu factum* che si volesse ripristinare (vd. pp. 357 s.), nel contempo, da alcune sue affermazioni (vd. pp. 356, 359, 360 s.), sembra che la pensasse in modo differente, cioè che il giurista, al pari di Namusa, stesse prendendo in considerazione quegli eventi che avessero causato danno e di cui si chiedeva l'abolizione (parrebbe quasi che lo studioso differenziasse i vari casi previsti da Trebazio, il che, se così fosse, non mi pare accettabile). Il Sitzia, in una sua opera più recente (F. SITZIA, *Aqua*, cit., 55), ha, inoltre, sottolineato come due delle ipotesi previste da Trebazio (precisamente l'*agger deletus* e la *fossa limo repleta*) fossero legittimate dalla *lex agri* o dalla *vetustas*, ritenendo in tal modo che lo stesso Labeone «non avrebbe avuto problemi a concedere l'*actio*». Contro tale tesi, ai rilievi fatti in precedenza, si aggiunga che questo 'requisito' non può essere implicito nel testo, soprattutto considerando che per l'altro caso («*glarea iniecta*») – sempre secondo l'a. – non sarebbe richiesto; inoltre, non mi sembra plausibile quanto ipotizzato dallo studioso (pp. 57 ss.), e cioè che questo terzo caso, a differenza degli altri, riguarderebbe un'ipotesi del tutto diversa, cioè non un danneggiamento di un'opera utile di cui si richiede il ripristino (anche se egli non esclude del tutto che si possa trattare anche di questo: pp. 59 nt. 81, 60 nt. 83),

bra opportuno pertanto verificare, attraverso l'analisi delle fonti, se Labeone non riconoscesse affatto il *patientiam praestare*, o se ne limitasse l'applicazione all'*actio aquae pluviae arcendae*, oppure se vi sia una diversa spiegazione per questa incongruenza nelle sue decisioni.

2. Cominciamo la nostra indagine con l'esaminare i passi che riportano le decisioni del giurista augusteo a favore del *patientiam praestare*. Il più esplicito è senza dubbio un frammento di Paolo:

---

all'*interdictum quod vi aut clam* sarebbero interpolati, perché «un'attenuazione della responsabilità del *dominus* attraverso l'introduzione della *patientiae praestatio* non si rendeva, in questo caso, necessario, anzi, avrebbe rappresentato un passo indietro di fronte al criterio di esclusione della responsabilità del *dominus* già affermato da Labeone» (pp. 118 s. nt. 2).

Per quanto riguarda il carattere penale dell'*interdictum quod vi aut clam*, non vi è in dottrina uniformità di pensiero. Tra i favorevoli a tale carattere, oltre al Branca (pp. 111 ss.), vd. K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer: in geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig, 1853, 200 ss.; F. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., 258 ss.; M. DAVID, *Études*, cit., 95 ss. Tra i contrari, vd., per tutti, B. BIONDI, *Studi*, cit., 181 ss.; ID., *Actiones*, cit., 79 ss. Intermedia è la posizione di P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 167 ss., il quale riteneva che il carattere penale, vivo fino a Labeone, si fosse andato in seguito sfocando (cfr. M. DAVID, *Études*, cit., 135 ss., che, pur riconoscendo una maggiore resistenza del carattere penale, tuttavia ammetteva che esso si fosse attenuato nel II-III sec. d.C., a partire da Nerazio e Giuliano).

Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.5: *Si colonus insciente domino opus fecerit, ex quo aqua vicino noceat, Labeo respondit colonum interdicto quod vi aut clam teneri, dominum vero fundi aquae pluviae arcendae actione, quia is solus restituere opus potest: sed patientiam dumtaxat eum praestare debere, si ei damni infecti stipulatione caveatur, et, si quam impensam in restitutione operis fecerit, consecuturum a colono locati actione: nisi si quis ideo non putet, quoniam non fuerit necesse ipsum restituere. Sed si iussu domini fecisset, etiam interdicto dominum teneri.*

Viene considerata la fattispecie in cui un colono, all'insaputa del proprietario del fondo<sup>9</sup>, aveva realizzato un'opera a causa della quale l'acqua piovana noceva al fondo vicino: per Labeone, stando a quanto ci riferisce Paolo, contro il colono si poteva agire con l'interdetto *quod vi aut clam*<sup>10</sup>, mentre contro il proprietario con l'*actio aquae pluviae arcendae*, poiché egli solo poteva effet-

<sup>9</sup> Si è dubitato della genuinità dell'inciso «*insciente domino*»: vd., per tutti, G. BESELER, *Beiträge*, III, 95. *Contra*, giustamente, E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, rist., Aalen, 1964, 275 nt. 1; P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 449; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 121 nt. 1; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 114 nt. 136.

<sup>10</sup> Sull'ambito d'applicazione di tale interdetto, vd., per tutti, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'interdetto quod vi aut clam e il suo ambito d'applicazione*, in *Index*, XXI, 1993, 221 ss.; ID., *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, 5 ss.; I. FARGNOLI, *Studi*, cit., 1 ss.

Trebazio<sup>29</sup> – aveva ammesso questa particolare forma di responsabilità<sup>30</sup>; il secondo è che Procu-

*opus manu factum*, l'esperimento dell'*actio aquae pluviae arcendae*.

Sulla genuinità dell'inciso «*hanc enim ... voluntatem sint*» si è dubitato: vd., tra gli altri, C. FERRINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù*, I, cit., 304 s.; P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 507; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 43 s. nt. 3, il quale escludendo che fosse Namusa l'autore, ipotizzava che si trattasse o di un'osservazione dell'autore del frammento o di una glossa penetrata nel testo. Si è dubitato anche riguardo a chi si dovesse riferire la *voluntas*. Sul punto, vd., per tutti, F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 43 s. e ntt. 6 ss.

<sup>29</sup> Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.11.6: *Trebatius existimat, si de eo opere agatur, quod manu factum sit, omnimodo restituendum id esse ab eo, cum quo agitur: si vero vi fluminis agger deletus sit aut glareae iniecta aut fossa limo repleta, tunc patientiam dumtaxat praestandam*. Ha sottolineato l'uniformità delle due soluzioni, tra gli altri, SARGENTI, *L'actio*, cit., 44 ss. In senso contrario, vd. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 52 s., secondo il quale, nei casi esaminati da Trebazio, «in realtà, l'azione non si esercita per la realizzazione dell'*opus manu factum* dannoso, ma per il cattivo funzionamento di un *opus* utile di cui si tende ad ottenere il ripristino» (p. 53 nt. 45). Lo studioso inoltre aggiunge: «Considerata l'estrema genericità del testo, non mi sembra si possa affermare che Trebazio, al pari di Namusa, estendesse l'azione anche là dove non esisteva un *opus manu factum*. Il fatto, anzi, che il giurista accomuni i tre casi può farci ipotizzare che anche nell'ipotesi di *glarea iniecta* egli pensi all'esistenza di un *opus* (ad esempio, una fossa o una condotta d'acqua nella quale la ghiaia viene introdotta)» (p. 53 nt. 46). L'ipotesi ricostruttiva del Sitzia non mi sembra persuasiva. Nella prima parte del testo, infatti leggiamo che «*omnimodo*» il *dominus fundi* avrebbe dovuto *opus restituere*; pertanto, a voler ipotizzare che il giurista stesse prendendo in considerazione il ripristino di un *opus* utile, la



fondo inferiore affinché permettesse che fosse spurgato, sottolineando come tale azione fosse utile non solo nelle ipotesi di *opus manu factum*, ma anche per tutte quelle cose che non erano fatte con volontà.

Secondo P. BONFANTE, *Corso*, II.1, 507 s., e F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 43 ss., ID., *Aqua*, cit., 11 ss., tuttavia, la decisione di Namusa non riguarderebbe gli eventi naturali, ma degli eventi comunque riconducibili ad un'attività umana (tale infatti sarebbe a loro avviso, lo sterco messo per concimare il campo). Questa tesi, seppur suggestiva, non mi sembra persuasiva, soprattutto in virtù della critica che lo stesso Labeone rivolgeva alla tesi di Namusa (sul punto, vd. *infra*, nt. 30), da cui si evince, a mio avviso chiaramente (non così per il Sitzia), che il parere del giurista anteriore riguardasse un evento meramente naturale (salvo a voler 'forzatamente' ipotizzare che Labeone non avesse colto il vero pensiero di Namusa o che vi sia stato un intervento dei compilatori che abbiano unito due pareri su fattispecie differenti, creando il dissenso: per quest'ultima ipotesi, vd. G.F. Gerkens, *Exégèse de: Paul. (l. 49 ed.) D. 39, 3 (de aqua et aquae pluviae arcendae), 2,6*, in *TR*, LXIII, 1995, 21 ss. Per una giusta critica all'ipotesi di tale autore, vd. M. BREONE, *I fondamenti*, cit., 262; F. SITZIA, *Aqua*, cit., 45 ss.). Tra coloro che invece ritengono – a mio avviso giustamente – che Namusa stesse prendendo in considerazione gli 'eventi naturali', vd., tra gli altri, G. BRANCA, *La responsabilità*, cit., 360 s. (il quale però sembra fare una distinzione, nell'ambito degli eventi naturali, tra quelli che modificano il decorso normale delle acque e quelli che «vengono a mutare stabilmente la conformazione del terreno», che avrebbe portato al *vitium loci* per il quale – ad avviso dell'a. – neanche per Namusa si rispondeva); M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 42 ss.; M. BREONE, *I fondamenti*, cit., 262. Ai nostri fini, comunque, la questione non risulta essere rilevante, dato che, in entrambi i casi, si tratterebbe di ipotesi per le quali Labeone non ammetteva, per mancanza di

tuare la *restitutio operis* («*quia is solus restituere opus potest*»)<sup>11</sup>. Subito dopo – e questo è ciò che più ci

<sup>11</sup> Questo inciso è ritenuto dalla dottrina maggioritaria interpolato, sulla considerazione che la *restitutio* potesse essere compiuta, oltre che dal *dominus fundi*, anche dal colono *auctor operis*: vd., tra gli altri, H. BURCKHARD, *Die actio aquae pluviae arcendae*, Erlangen, 1881, 191; G. BESELER, *Beiträge*, III, cit., 95; F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 170 e nt. 158. In particolare, il Beseler lo riteneva un glossema, in quanto a suo avviso, se fosse stata già presente la frase relativa al *patientiam praestare* – che egli era certo fosse di origine compilatoria –, l'inciso non avrebbe avuto senso. A favore della sua genuinità, vd. C. FERRINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù*, I, cit., 257; P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 495; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 122; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 113 ss., il quale, pur ammettendo che non si possa «del tutto escludere l'origine postclassica dell'inciso» (p. 115), ritiene più plausibile che sia genuino, in quanto, anche se non sempre era solo il *dominus* a poter compiere la *restitutio*, «è pur vero che il *dominus* è colui che può sempre e comunque compiere la *restitutio*» (p. 116; cfr. pp. 34 s. nt. 145. In particolare, l'a. fa l'ipotesi in cui l'azione fosse intentata dopo la fine del termine del contratto di locazione riguardante il fondo ove fosse l'*opus* dannoso [pp. 113 nt. 135, 116 nt. 144]). Egli, inoltre, sottolinea come «l'opportunità dell'affermazione labeoniana può senza dubbio riconoscersi se consideriamo che il principio dell'esclusiva legittimazione passiva del *dominus fundi* si andava proprio allora fissando e che Labeone aveva con ogni probabilità interesse a richiamare quello che era stato forse il motivo determinante della scelta operata dai giuristi del I sec. a.C.» (p. 115 nt. 143). Sulla genuinità dell'inciso, vd. *infra*, in questo stesso paragrafo.

interessa – viene affermato un limite<sup>12</sup> alla responsabilità del *dominus fundi*: il *patientiam praestare*<sup>13</sup>, cioè il permettere che il vicino togliesse a

<sup>12</sup> Che la responsabilità al *patientiam praestare* costituisca una limitazione rispetto alla responsabilità 'piena' all'*opus restituere* appare evidente: il *dominus fundi*, infatti, nel primo caso, avrebbe dovuto semplicemente sopportare che il vicino entrasse nel fondo per *opus restituere*, nel secondo, invece, avrebbe dovuto egli stesso *opus restituere* a sue spese. Sulla problematica relativa alla diversità o meno della formula, vd. *infra*, nota seguente.

<sup>13</sup> Si è fortemente dubitato del riferimento al *patientiam praestare*. Tra coloro che lo hanno ritenuto interpolato, vd. G. BESELER, *Beiträge* III cit., 95; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 122 (secondo il quale esso non apparteneva a Labeone, ma rappresentava un'aggiunta o di Ulpiano o, più probabilmente, dei compilatori); M. DAVID, *Études*, cit., 444. In senso giustamente contrario vd., tra gli altri, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 489; G. BAVIERA, *La legittimazione*, cit., 7 s.; F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 170 s.; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 115 ss. Cfr. anche G. GROSSO, *Recensione* a M. SARGENTI, *L'actio*, cit., in *SDHI*, VII, 1941, 204, il quale sosteneva, in via generale, la genuinità della responsabilità al *patientiam praestare* del *dominus* che non avesse compiuto l'opera.

Per quanto riguarda il modo in cui avveniva concretamente la limitazione al *patientiam praestare*, vd. M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 148 e 172 nt. 2, il quale riteneva che «la limitazione della responsabilità del *dominus non auctor operis* alla *patientiae praestatio* concretamente si attuasse non attraverso una modificazione della formula, ma con una modificazione del *iussus restituendi* diretto al *restitui sinere* anziché direttamente al *restituere*: così che questo rientrava nell'*arbitrium iudicis*». Cfr. anche E. SCHÖNBAUER, *Die actio aquae pluviae arcendae. Ein Beitrag zur Geschichte des römischen*

che avrebbe garantito al *dominus* il risarcimento di eventuali danni subiti nell'*opus restituere*<sup>27</sup>.

In definitiva, non credo vi siano nel testo elementi tali da indurre a credere che esso non sia, almeno nella sostanza, genuino.

3. Vi sono però due dati che portano a dubitare della classicità della testimonianza: il primo è che Labeone non riconosceva il *patientiam praestare* nella fattispecie per cui già Namusa<sup>28</sup> – seguito da

<sup>27</sup> L'esclusione di qualsiasi responsabilità del *dominus fundi* in mancanza della *cautio damni infecti* del vicino, nonostante non abbia corrispondenza con altre decisioni relative sia all'*actio aquae pluviae arcendae* (la *cautio* presente in una decisione di Giuliano – contenuta in Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.4.2 – infatti era diversa, in quanto era lo stesso *dominus fundi* a doverla prestare, per garantire il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti verificare prima della *restitutio operis*: sul punto, vd. *infra*, § 5, spec. nt. 65, ove viene ipotizzata un'ulteriore *ratio* di tale *cautio*) che all'*interdictum quod vi aut clam*, tuttavia non costituisce una soluzione del tutto isolata. Tale 'onere' da parte di colui che volesse effettuare qualche attività nel fondo altrui, infatti, era riconosciuto anche per altre fattispecie (sul punto, vd. *supra*, nt. 14).

<sup>28</sup> Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.6: *Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari: hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint. ...* Paolo ci riporta il pensiero di Namusa, il quale considera l'ipotesi in cui dello sterco portato dall'afflusso dell'acqua avesse ostruito il passaggio di questa, andando il ristagno a nuocere il fondo superiore. Secondo questo giurista si poteva agire con l'*actio aquae pluviae arcendae* contro il *dominus* del

sottolineando che la possibilità di regresso nei confronti del *colonus* poteva essere messa in dubbio da qualcuno, in quanto tale spesa non era necessaria (proprio perché il *dominus* era tenuto semplicemente al '*patientiam praestare*').

Un altro inciso che suscita delle perplessità è «*sed patientiam dumtaxat eum praestare debere, si ei damni infecti stipulatione caveatur*»<sup>26</sup>, che sembra subordinare la responsabilità limitata al *patientiam praestare* alla prestazione della *cautio* da parte del vicino. Così come esso è formulato, infatti, sembrerebbe che la responsabilità del *dominus non auctor* fosse limitata solo nel caso in cui venisse prestata la *cautio*, altrimenti vi sarebbe stata la responsabilità 'piena' ('*opus restituere*'). Ciò però appare del tutto inaccettabile, in quanto in tal caso il vicino non avrebbe mai prestato la *cautio*, se la conseguenza fosse stata appunto quella di una 'riduzione' di responsabilità del *dominus fundi*. Mi sembra evidente, pertanto, che, nonostante la non chiara formulazione, il giurista volesse intendere che, se il vicino non avesse prestato la *cautio*, il *dominus* non sarebbe stato responsabile affatto, neanche al *patientiam praestare*. Parrebbe dunque che Labeone volesse 'alleggerire' il più possibile la posizione del *dominus non auctor*, non solo riconoscendogli una responsabilità limitata (al '*patientiam praestare*'), ma subordinando la stessa responsabilità alla prestazione della *cautio* da parte del vicino,

<sup>26</sup> Sul punto, vd. anche *supra*, nt. 14.

proprie spese l'opera, subordinato, tra l'altro, alla prestazione (se richiesta), da parte dello stesso vicino, della *cautio damni infecti*<sup>14</sup>. Viene, inoltre, pro-

---

*Agrarrechts*, in ZSS, LIV, 1934, 247 («Wir haben keinen Anhaltspunkt, dass die Formula verschieden gestaltet war gegen den *dominus non facies* und den *facies*. Sonst würde man die Erörterung der Juristen als überflüssig empfinden»); F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 173 nt. 25 (per il quale la «differenziazione tra *dominus auctor* e *non auctor* ... si attuava nell'ambito dell'interpretazione della clausola restitutoria e non presentava quindi alcuna rilevanza in ordine all'*intentio* che stabiliva sempre un *aquam arcere oportere* del convenuto»). In senso contrario, a favore di una diversità della formula, E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*<sup>2</sup>, Milano, 1955, 179.

<sup>14</sup> Tale *cautio* serviva al *dominus fundi* per cautelarsi contro gli eventuali danni che avrebbe potuto causare il vicino nell'*opus restituere*. Questo 'onere' di prestare la *cautio damni infecti* per poter fare qualcosa sul fondo altrui è presente anche in altre fattispecie, come, ad esempio, qualora si volesse recuperare o le ghiande cadute nel fondo vicino, con l'*interdictum de glande legenda* (Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.9.1), oppure le cose trascinate dalla corrente del fiume nel fondo di un altro (Ulp. 43 *ad ed.* D. 39.2.9.1, 3. In quest'ultimo paragrafo viene riferito il parere di Nerazio secondo il quale la *cautio* doveva riguardare anche i danni già realizzati; cfr. Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.7.2). Sul punto, vd. G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate*, Padova, 1937, 311 s. e nt. 4. Sappiamo, però, che era «*aequissimum*» che lo stesso *dominus* fosse a sua volta tenuto a prestare tale *cautio* al vicino per i danni che sarebbero potuti sopraggiungere prima della *restitutio operis*: Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.4.2 (sul punto, vd., *infra*, § 5, spec. nt. 65). Cfr. Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.14.3. Per l'interpolazione dell'inciso «*si ei damni infecti stipulatione caveatur*», vd., tra gli altri, G. BESELER, *Beiträge*,

spettata la possibilità, per il *dominus* che avesse deciso di *opus restituere* a sue spese, di recuperare queste ultime con l'*actio locati* contro il colono<sup>15</sup>, anche se è sottolineato come tale opinione potesse essere contrastata, data la non necessarietà del-

---

III, cit., 95; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 122. Per la sua genuinità, vd., per tutti, F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 116. Sul punto, vd. *infra*, in questo stesso paragrafo.

<sup>15</sup> Questa ipotesi prospettata, cioè che il proprietario del fondo potesse restituire l'opera a proprie spese, è stata ritenuta non coerente con il riferimento al *patientiam praestare* (vd., in questo senso, M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 122, che, però, riteneva genuina la frase, negando la classicità al «*patientiam praestare*»). Tuttavia, in un passo di Paolo (Paul. 16 *ad Sab.* D. 39.3.12), riguardante la responsabilità di chi non era autore dell'opera, viene considerata proprio tale possibilità da parte di chi era tenuto solo a *patientiam praestare*: «... *vel restituere, si velint, opus factum vel patientiam praestare debent*». Esclude si tratti di un contrasto insanabile F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 118, il quale giustamente fa notare come «proprio la struttura del nostro testo, dal quale appare che le spese del *dominus* sono soltanto eventuali, induce a ritenere che Labeone tratti di ipotesi non del tutto frequenti». Sul punto, vd. *infra*, in questo stesso paragrafo. Non si può, inoltre, che condividere quanto lo stesso studioso aggiunge (p. 118 nt. 156): «Per quanto siano teoricamente ipotizzabili dei casi in cui la *restitutio suis sumptibus* non dia luogo ad alcuna spesa, si può ragionevolmente ritenere che se Labeone avesse affermato ... l'obbligo del *dominus* di *restituere suis sumptibus*, avrebbe probabilmente impiegato un'espressione diversa (ad esempio: *et impensas quas in restitutione operis fecerit*...) e non avrebbe fatto rimarcare in maniera così netta la semplice eventualità dell'esistenza di una spesa (*et si quam impensam*...)».

no fondati i dubbi sulla genuinità almeno sostanziale della frase successiva<sup>25</sup>, in cui Labeone stava

---

gini che servivano di ritegno alle acque siano stati in tutto o in parte distrutti o atterrati, ovvero per la naturale variazione del corso delle acque si renda necessario costruire nuovi argini o ripari, e il proprietario del fondo non provveda sollecitamente a ripararli o a costruirli, ciascuno dei proprietari che hanno sofferto o possono ricevere danno può provvedervi, previa autorizzazione del pretore, che provvede in via d'urgenza. Le opere devono essere eseguite in modo che il proprietario del fondo, in cui esse si compiono, non ne subisca danno, eccetto quello temporaneo causato dall'esecuzione delle opere stesse». Cfr. anche Cass. 24 ottobre 1969, n. 3493: «Ove la distruzione delle opere, che servono a trattenere o a regolare il deflusso delle acque, non sia dovuto ad opera dell'uomo, ma a fatto naturale, sul proprietario del fondo incombe soltanto l'onere, ove non voglia procedervi egli direttamente, di tollerare che gli altri proprietari interessati provvedano essi alla esecuzione dell'opera distrutta o alla riparazione di quella danneggiata e di contribuire alla spesa in proporzione del vantaggio che ne ritragga». Bisogna pensare, inoltre, agli eventuali danni che avrebbe potuto causare il vicino nell'*opus restituere*, che il *dominus*, anche se il loro risarcimento sarebbe stato garantito dalla *cautio* rivolta in tal senso (come si legge in questo stesso testo), ben poteva preferire di evitare. Poteva anche accadere che semplicemente il *dominus*, magari geloso della sua 'privacy', non volesse che estranei entrassero nel suo fondo. Sul punto, cfr. C. FERINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù*, I, cit., 270: «chi 'restituisce' a proprie spese le condizioni del proprio fondo mira a ottenere l'effetto desiderato col minor sacrificio possibile del fondo medesimo, sebbene questo possa importare un aumento di spesa» (gli apici sostituiscono il corsivo presente nell'opera).

<sup>25</sup> Sul punto, vd. *supra*, nt. 16.

In primo luogo, si potrebbe ritenere che ciò che interessava al giurista fosse innanzi tutto giustificare la legittimazione passiva del *dominus non auctor*, mentre solo successivamente egli si sarebbe occupato di individuare i limiti della sua responsabilità. Non è escluso, inoltre, che la frase sia stata formulata in questo modo in considerazione del fatto che il *dominus* avrebbe potuto, qualora lo avesse voluto, ripristinare lo stato dei luoghi a sue spese. Ciò sembra avvalorato da quanto si legge nella seconda parte del passo, in cui viene prospettata proprio tale ipotesi, ritenendo possibile in tal caso rivalersi nei confronti del *colonus* che avesse realizzato l'*opus*: «*si quam impensam in restitutione operis fecerit, consecuturum a colono locati actione*». Frase, questa, che non mi sembra affatto incoerente<sup>23</sup>, in quanto tale ipotesi si poteva senz'altro verificare, qualora il *dominus* preferisse risolvere direttamente la questione, sia pure a proprie spese (che avrebbe però, come si legge nel testo, potuto recuperare dal colono, autore dell'*opus*), senza dover sopportare che altri entrassero nel proprio fondo (magari svolgendo un lavoro non 'ad opera d'arte', che avrebbe potuto essere non piacevole 'esteticamente' o, cosa più importante, non duraturo nel tempo, con il rischio di dover nuovamente 'sopportare' tale attività nel proprio fondo)<sup>24</sup>. Non credo, inoltre, sia-

<sup>23</sup> Sul punto, vd. *supra*, nt. 15.

<sup>24</sup> D'altronde, lo stesso nostro codice civile prevede tale alternativa: art. 915 cod. civ.: «Qualora le sponde o gli ar-

la spesa<sup>16</sup>. Da ultimo, è avanzata l'ipotesi che l'*opus* fosse realizzato a seguito di *iussum* del *dominus fundi*: in tal caso, questi era tenuto anche con l'*interdictum quod vi aut clam*<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> La frase «*nisi si quis ideo non putet, quoniam non fuerit necesse ipsum restituere*», per come è formulata, ha suscitato dubbi di genuinità: vd. G. BAVIERA, *La legittimazione*, cit., 8; G. BESELER, *Beiträge*, III, cit., 95; M. DAVID, *Études*, cit., 144 e nt. 1; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 118 s., che ritiene costituisca una glossa postclassica (anche se non esclude l'ipotesi che si possa trattare di un «residuo formalmente corrotto di un brano sostanzialmente genuino», che, in tal caso, rappresenterebbe forse più «un rilievo di Paolo a Labeone che di un'obiezione che il giurista augusteo poneva a se stesso»). A favore della genuinità sostanziale, vd. F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 171, il quale era dell'avviso che la frase, pur se corrotta, esprimesse il pensiero di Labeone. Sul punto, vd. *infra*, in questo stesso paragrafo.

<sup>17</sup> Questa decisione è analoga a quella contenuta in Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.15.2, in cui Labeone, nell'ipotesi in cui si fosse ammassata terra su un fondo altrui su ordine di un terzo, riteneva che si dovesse agire contro quest'ultimo con l'*interdictum quod vi aut clam* («*Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit iussu meo, agendum esse quod vi aut clam mecum Labeo scribit*»). In questo passo (su cui vd., da ultimo, L. PARENTI, «*In solidum obligari*». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012, 343 ss.) risulta però chiaro, dall'inciso «*agendum esse*», che l'*auctor operis* non era responsabile, 'dovendosi agire' appunto contro colui che avesse ordinato, e che, dunque, non era riconosciuta la responsabilità solidale tra *colonus* che avesse agito *iussu domini* e lo stesso proprietario. In tal caso, vi sarebbe un contrasto tra l'opinione di Labeone e quella di Giuliano (Ulp. 71 *ad ed.* 43.24.13.7) e Paolo (Paul. 67 *ad ed.* D. 43.24.6), i quali riconoscevano appunto tale responsabilità solidale (sul pun-

Il passo è stato oggetto di forti critiche, ed effettivamente presenta dei punti poco chiari<sup>18</sup>. Innanzi tutto, ciò che lascia perplessi è il coordinamento tra la giustificazione del riconoscimento dell'*actio aquae pluviae arcendae* contro il *dominus non auctor* («*quia is solus restituere opus potest*») e il *patientiam praestare*. Ci si chiede infatti che senso avesse indicare che il ripristino dell'opera poteva farlo solo il *dominus* se poi questi era tenuto esclusivamente al *patientiam praestare*<sup>19</sup>; si è sottolineato, inoltre, che anche il colono avrebbe potuto *opus restituere*<sup>20</sup>. Per quanto riguarda quest'ultimo punto, pur ammettendo tale possibilità<sup>21</sup>, di certo la

---

to, cfr. L. PARENTI, «*In solidum obligari*», cit., 346 s.). In senso contrario, vd. G. BRANCA, *Carattere*, cit., 129 ss., il quale riteneva che anche Labeone riconoscesse la responsabilità, 'cumulativa', di chi avesse fatto l'opera e di chi avesse ordinato.

<sup>18</sup> Vd. *supra*, ntt. 9 ss.

<sup>19</sup> Tra coloro che hanno ritenuto esservi una vera e propria contraddizione, vd., per tutti, G. BESELER, *Beiträge*, III, cit., 95; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 122. Secondo F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 115 ss., invece, le due affermazioni non sono «assolutamente inconciliabili».

<sup>20</sup> Vd. *supra*, nt. 11.

<sup>21</sup> È discusso, infatti, se per poter agire con l'*actio aquae pluviae arcendae* fosse sufficiente anche una cosa mobile non congiunta al terreno, come ad esempio pietre o materiale accumulato. In tal senso, tra gli altri, H. BURCKHARD, *Die actio*, cit., 192 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 484 s.; C. FERRINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù*, I, cit., 212, 257; P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 495; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 54 nt. 51. *Contra*, per tutti, K.A. SCHNEIDER, *Über die Erfordernisse der «actio aquae pluviae ar-*

*restitutio operis* non poteva essere da lui fatta in ogni circostanza, a differenza appunto del *dominus*<sup>22</sup>. Per quanto riguarda invece il primo dubbio, a mio avviso la *ratio* dell'asserzione labeoniana risiede nel fatto che anche per permettere ad altri di fare qualcosa nel proprio fondo era necessario che si avesse il potere di fare quella stessa cosa (nella fattispecie particolare: *opus restituere*). Labeone cioè stava sottolineando come l'*actio aquae pluviae arcendae* fosse rivolta contro il *dominus* perché era il solo a poter *opus restituere*, che era una condizione indispensabile anche per il semplice *patientiam praestare*. Si potrebbe obiettare però che avremmo dovuto in tal caso trovare un mero riferimento al poter 'permettere' di *opus restituere*. Tuttavia, il rilievo non è significativo per due motivi.

---

*cendae*», in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, V, 1832, 338 ss. Se così fosse (e mi sembra effettivamente l'ipotesi più plausibile), in questi casi ben avrebbe potuto il colono effettuare egli stesso la *restitutio*.

<sup>22</sup> Basti pensare a delle costruzioni realizzate dal *colonus*, ad insaputa del *dominus*, che avessero causato un maggiore afflusso d'acqua nel fondo del vicino: in questi casi, il *dominus*, divenuto proprietario per accessione di tali opere, sarebbe stato l'unico a poterle distruggere. Oppure al caso di alterazioni del terreno (che doveva essere l'ipotesi più frequente: in tal senso, vd. P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 495) o all'ipotesi in cui la locazione fosse cessata (come sottolineato da F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 113 nt. 135, 116 nt. 144). Labeone, quindi, o stava considerando l'ipotesi 'normale', cioè l'alterazione del terreno (in tal senso, vd. P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 495), oppure stava indicando chi poteva 'sempre' e 'in ogni caso' *opus restituere*.

examined by Labeo, coordinated with those relating to the *actio aquae pluviae arcendae*.

PAROLE CHIAVE:

Labeone

*Patientiam praestare*

*Actio aquae pluviae arcendae*

*Interdictum quod vi aut clam*

potrebbe essere vista come una conferma della genuinità della soluzione labeoniana.

4. Nelle fonti, inoltre, è presente un'altra testimonianza, meno esplicita e senz'altro meno chiara, sempre in materia di *actio aquae pluviae arcendae*:

Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.1: *Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa nec memoriam extare, quando facta est: hanc inferior vicinus non purgabat: sic fiebat, ut ex restagnatione eius aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo aquae pluviae arcendae cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret aut te pateretur in pristinum statum eam redigere.*

Si tratta di un'ipotesi particolare, in cui il proprietario di un fondo inferiore non purgava un'antica fossa per disseccare i campi, di cui non esisteva memoria di quando fosse stata fatta, con la conseguenza che il ristagno dell'acqua andava a nuocere al fondo superiore. Secondo Labeone, si poteva agire con l'*actio aquae pluviae arcendae* affinché il proprietario del fondo inferiore o purgasse egli stesso il canale oppure permettesse al proprietario del fondo superiore di farlo («... *agi posse, ut aut ipse purgaret aut te pateretur in pristinum statum eam redigere*»)<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Secondo M. SARGENTI, *L'aqua*, cit., 54, il testo, trattando di un'ipotesi simile a quella di Namusa, sarebbe stato modificato, poiché nella versione originaria Labeone non

Colpisce l'alternativa tra il ripristinare l'opera e il permetterne il ripristino (*patientiam praestare*), tanto da indurre a credere che il riferimento al *patientiam praestare* sia interpolato<sup>36</sup>. Tuttavia, l'alternativa può essere spiegata in due modi: o ritenendo – come ha affermato il Peters<sup>37</sup> – che si stesse semplicemente sottolineando che il *dominus* avrebbe potuto, qualora lo avesse voluto, effettuare egli stesso l'opera a sue spese – anche se doveva essere un evento raro, ma non tanto se sia nel passo che abbiamo esaminato in precedenza<sup>38</sup>

---

poteva che escludere l'*actio aquae pluviae arcendae*, pur trattandosi in questo caso di acqua che scorreva in una fossa artificiale (in senso analogo, già P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 498). Tuttavia, è proprio tale diversità che giustificerebbe la differente decisione del giurista: lì si considerava un evento naturale che avesse modificato lo stato dei luoghi (riguardo al quale Labeone non concedeva l'azione); qui un evento naturale che avesse modificato un *opus manu factum*, legittimato dalla '*vetustas*' (per il quale Labeone concedeva invece l'azione). In posizione critica verso il Sargenti, anche F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 48; ID., *Aqua*, cit., 68.

<sup>36</sup> Vd., per tutti, G. BESELER, *Beiträge*, III, cit., 94, il quale sottolineava la presenza del «*te*», mentre in precedenza ci si riferisce al fondo 'nostro'; G. BRANCA, *La responsabilità*, cit., 362, il quale segnalava, oltre al «*te*», l'uso dell'«imperfetto congiuntivo (*purgaret, pateretur*) dopo il presente *agi posse*». Favorevoli alla genuinità della frase, tra gli altri, A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 162; F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 152; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 101 ss.

<sup>37</sup> F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 152.

<sup>38</sup> Vd. *supra*, § 2 e nt. 24, dove vengono ipotizzati alcuni dei motivi che avrebbero potuto spingere il *dominus fundi* ad

però, non permette di accogliere tale opinione negativa: non solo infatti vi è una testimonianza esplicita di tale riconoscimento in materia di *actio aquae pluviae arcendae* – senza che vi siano elementi tali da metterla in dubbio –, ma vi sono altri due passi che ne darebbero conferma; inoltre, le decisioni del giurista in tema di *interdictum quod vi aut clam* non consentono di ipotizzare che Labeone avesse un'opinione diversa rispetto agli altri giuristi, trovando la loro giustificazione nelle particolari fattispecie esaminate, andandosi così a coordinare con quelle relative all'*actio aquae pluviae arcendae*.

The research aims to verify whether the hypothesis, even recently advanced, that Labeo doesn't recognize the *patientiam praestare*, can be accepted. Doubts are corroborated by the presence of some of his decisions regarding *interdictum quod aut clam* that seem to exclude it, unlike other classical jurists. The analysis of the sources, however, does not allow to accept this negative opinion: there is not only an explicit testimony to this recognition in the field of *actio aquae pluviae arcendae*, but there are two more texts that would confirm it; in addition, the decisions of Labeo regarding *interdictum quod aut clam* will not allow to assume that he had a different opinion than other jurists: we can assume it by the cases



infatti D. 39.3.5 costituisce una testimonianza esplicita di tale riconoscimento in materia di *actio aquae pluviae arcendae* – senza che vi siano elementi tali da metterla in dubbio –, ma vi sono altri due passi, D. 39.3.2.1-2, che a mio avviso ne danno conferma. Inoltre, le decisioni del giurista in tema di *interdictum quod vi aut clam* – contenute in D. 39.3.5 e in D. 43.24.15.1 – non permettono affatto di ipotizzare che Labeone avesse un'opinione diversa rispetto ad altri giuristi classici a lui posteriori, che riconoscevano appunto, anche per tale interdetto, questo tipo di responsabilità per il *dominus non auctor*: esse, infatti, trovavano la loro giustificazione nelle particolari fattispecie esaminate, andandosi così a coordinare con quelle relative all'*actio aquae pluviae arcendae*.

LUCIO PARENTI

Ricercatore di Diritto romano e diritti dell'antichità  
Università degli Studi di Teramo  
lparenti@unite.it

### ABSTRACT

La ricerca tende a verificare se l'ipotesi, avanzata anche di recente, secondo cui Labeone non riconoscesse il *patientiam praestare* possa trovare accoglimento. I dubbi sono avvalorati dalla presenza di alcune sue decisioni in tema di *interdictum quod vi aut clam* che sembrano escluderla, a differenza di altri giuristi classici. L'analisi delle fonti,

(proprio di Labeone), sia in Paul. 16 *ad Sab.* D. 39.3.12 («... *vel restituere, si velint, opus factum vel patientiam praestare debent*»), troviamo sottolineata tale possibilità –; oppure ipotizzando, come ha fatto il Sitzia<sup>39</sup>, che Labeone distinguesse tra il caso in cui l'*opus* fosse a vantaggio del fondo in cui si trovava (che comportava l'obbligo di '*opus restituere*') e quello in cui esso fosse a vantaggio dell'altro fondo (obbligo di '*patientiam praestare*')<sup>40</sup>. Quest'ultima ipotesi consentirebbe di spiegare anche la decisione, sempre di Labeone, contenuta in Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.7<sup>41</sup>, ove si legge che in caso di uno scavo fatto dallo scorrere dell'acqua non si poteva

---

effettuare egli stesso le opere, anziché 'sopportare' che il vicino effettuasse la *restitutio operis*. Sul punto, vd. anche F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 152: «Ein Interesse kann dafür ja durchaus bestehen, z.B. wenn die Nachbarn verfeindet sind und die Reinigung des Grabens nur mit geringer Mühe verbunden ist».

<sup>39</sup> F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 101 s.

<sup>40</sup> Secondo F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 102, il «discorso di Labeone potrebbe essere stato riportato in forma abbreviata già da Paolo o quanto meno dai compilatori giustiniane e potrebbe quindi aver perso, come assai spesso accade per i testi della compilazione, quel riferimento al caso concreto che aveva rappresentato il filo conduttore del ragionamento del giurista augusteo». Questa distinzione tra le opere legittimate dalla *lex agri* o dalla *vetustas*, lo studioso non la limita al pensiero di Labeone (vd. pp. 82 ss.).

<sup>41</sup> Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.7: *Idem Labeo ait, si in agro tuo aquarum concursus locum excavavit, aquae pluviae arcendae actione agi non posse tecum a vicinis: plane si fossam iure factam aut cuius memoria non exstat, agi tecum posse aquae pluviae arcendae, ut reficias.*

agire con l'*actio aquae pluviae arcendae*, mentre in caso di fossa «*iure facta*» o «*cuius memoria non exstat*» si poteva agire per farla ripristinare dal proprietario del fondo («*agi tecum posse aquae pluviae arcendae, ut reficias*»), presupponendo che essa fosse fatta appunto nel suo interesse<sup>42</sup>. A ben riflettere, però, tale ultima decisione potrebbe spiegarsi anche ritenendo che Labeone stesse prendendo in considerazione l'ipotesi, normale, in cui il *dominus* avesse egli stesso riempito la fossa e non quella meno frequente di un evento naturale<sup>43</sup>. Alla luce di tale

<sup>42</sup> In tal senso, vd. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 51 e 95.

<sup>43</sup> Non bisogna credere, però, che il giurista ammettesse il *patientiam praestare* in ogni caso di evento naturale (egli infatti, come abbiamo visto, negava la responsabilità nell'ipotesi prevista da Namusa), ma solamente nel caso in cui tale evento avesse modificato un *opus* «*iure factum*» o «*cuius memoria non exstat*»; nel caso, invece, in cui un evento naturale avesse modificato una fossa o qualche altra cosa non fatta comunque dall'uomo, non vi sarebbe stato il *patientiam praestare* per permetterne il ripristino (in tal caso il giurista negava che si potesse agire con l'*actio aquae pluviae arcendae*). Ciò, perché, come affermava lo stesso Labeone, la natura del fondo poteva mutare da sé e, in tal caso, bisognava sopportare tale cambiamento, sia positivo che negativo (vd. Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.6. Per il testo, vd. *supra*, nt. 20). Sulla tutela mediante *actio aquae pluviae arcendae* dell'*opus* «*iure factum*» o «*cuius memoria non exstat*», vd. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 47 ss., il quale ha giustamente sottolineato come Labeone sia «il giurista che forse più di ogni altro sembra insistere sulla possibilità di tutela delle opere legittimate dalla *lex agri* o dalla *vetustas* mediante l'esercizio dell'*actio aquae pluviae arcendae*» (pp. 90 s.; su questa sua affermazione, vd. anche ID., *Aqua*, cit., 63 nt. 69).

sere due spiegazioni: o egli non ha colto la peculiarità della fattispecie, indicando quindi quello che era il regime che veniva comunemente applicato in caso di *dominus non auctor*, oppure, come sembra più probabile, il *patientiam praestare* sarebbe giustificato – nella visione ulpiana – dal fatto che le pietre gettate sarebbero dovute ritornare nel fondo dal quale provenivano<sup>76</sup>.

8. Da quanto abbiamo visto, dunque, l'opinione secondo cui Labeone non riconoscesse il *patientiam praestare* non può trovare accoglimento, in quanto in contrasto con le fonti. Non solo

---

*locator* kann den Rücktransport der Steine nur dann dulden, wenn sich der Nachbar für ihn entscheidet». Per quanto riguarda la cessione delle azioni, non è chiaro di quali azioni si stia parlando, ma è verosimile che esse fossero quelle che il *dominus* aveva nei confronti del *conductor*. Riguardo poi la circostanza che solo in questo caso abbiamo il riferimento a questa cessione, si potrebbe ipotizzare con F. PETERS, *Das patientiam praestare*, cit., 202, che ciò fosse giustificato dalla particolare fattispecie, in cui la *restitutio* esatta, cioè il trasporto delle pietre nel fondo del vicino, oltre a poter essere antieconomica per il danneggiato, non era affatto necessaria, potendo le pietre essere trasportate in altro luogo.

<sup>76</sup> G. BRANCA, *Carattere*, cit., 120, escludeva categoricamente l'ipotesi di una *restitutio* fatta in tal senso, in quanto essa, a suo avviso, «non avrebbe garantito in nessun modo contro danni eventuali né impedito che quel tale gettasse in seguito altre *lapides* per gettarle nel fondo del vicino». Ma in tal modo, nessuna *restitutio* sarebbe mai stata possibile, perché si sarebbe sempre potuto realizzare nuovamente l'*opus* dannoso.

che vi sia un'altra spiegazione. A ben riflettere, infatti, la risposta negativa di Labeone si fonda – a mio avviso – su di una peculiarità della fattispecie presa in considerazione. In essa, abbiamo che l'*opus* legittimante l'interdetto si trovava nel fondo del danneggiato, per cui il *patientiam praestare* del proprietario del fondo vicino non avrebbe avuto senso<sup>73</sup>.

È verosimile pensare, quindi, ad una diversa soluzione nell'ipotesi in cui l'*opus* dannoso si fosse trovato in un fondo, il cui *dominus* fosse stato insciente<sup>74</sup>: in tal caso, quest'ultimo sarebbe stato – credo anche per Labeone – tenuto al *patientiam praestare*.

Rimane però da chiarire la soluzione correttiva di Ulpiano, sulla quale sono stati avanzati seri dubbi di genuinità<sup>75</sup>. A mio parere, vi possono es-

<sup>73</sup> Di tale avviso era anche G. BRANCA, *Carattere*, cit., 120 s., che riteneva però, per tale motivo, che il riferimento al *patientiam praestare* – così come tutti gli altri relativi all'*interdictum quod vi aut clam* – fosse interpolato.

<sup>74</sup> Più precisamente, il *dominus* poteva anche essere *sciens*, purché non vi fosse stato da parte sua uno *iussum*. Sul punto, vd. *supra*, nt. 57.

<sup>75</sup> In particolare, si è sottolineata la presenza di «*locatorem*», mentre in precedenza vi era il «*te*», e la non correttezza degli incisi «*teneri non oportere*» (che doveva stare per «*non teneri*»), e «*patientiam praestare possit*» (in quanto si è evidenziato che il locatore poteva sempre ricevere le pietre). Per gli autori, vd. *supra*, nt. 69. F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 202, ha sostenuto, invece, la correttezza anche formale di quest'ultimo inciso: «Indessen läßt auch die vorliegende Formulierung diesen Sinn ohne weiteres erkennen: Der

riflessione, la prima spiegazione dell'alternativa presente in D. 39.3.2.1 che abbiamo formulato appare più plausibile, senza dover ipotizzare una differenza – che mi sembra un po' forzata<sup>44</sup> – relativa all'interesse verso l'*opus*<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Basti pensare che, nell'ipotesi prevista da D. 39.3.2.1, la fossa realizzata per essiccare le campagne nel fondo del vicino inferiore era di certo realizzata quanto meno anche nell'interesse di questo (non avrebbe altrimenti alcun senso che fosse stata realizzata in quel fondo). In questo caso, dunque, a seguire la tesi del Sitzia la responsabilità limitata al *patientiam praestare* non vi sarebbe dovuta essere affatto. Sulla funzione di tali fosse, vd., per tutti, D. GUGLIELMINI, *Della natura de' fiumi. Trattato fisico-matematico*, Bologna, 1821, 283 ss.

<sup>45</sup> Contro entrambe le ipotesi sembra stare una soluzione di Labeone presente in Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.2.5, in cui il giurista, contrariamente a quanto sostenuto da Varo (che riteneva che, nel caso in cui l'argine manufatto fosse stato distrutto dalla forza dell'acqua, si sarebbe potuto agire con l'*actio aquae pluviae arcendae* per ripristinarlo solo nel caso in cui vi era memoria di quando fosse stato realizzato, e non quando essa non vi era), afferma che, nel caso in cui l'argine fosse *opus manu factum*, anche se non esisteva memoria di quando fosse stato realizzato, si sarebbe potuto agire affinché venisse ripristinato («*si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse, ut reponatur*»). Nonostante il passo sia di non facile lettura (come dimostrano i diversi tentativi di ricostruzione: sul punto, vd. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 88 ss.), ritengo verosimile l'ipotesi avanzata da H. BURCKHARD, *Die actio*, cit., 611 ss. – e accolta, tra gli altri, da C. FERRINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù*, I, cit., 309, G. BRANCA, *La responsabilità*, cit., 356 nt. 1, e F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 93 s. – cioè che le opere di cui vi era memoria fossero in realtà quelle costituite dalla *lex agri*, alle

quali Labeone avrebbe accomunato quelle di cui non vi era memoria, parificando quindi la *lex agri* alla *vetustas* (su tale equiparazione da parte del giurista, vd. Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.1.23. Sul punto, vd., per tutti, F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 103 ss.). In tal caso, l'inciso «*agi posse, ut reponatur*» sembra porsi contro il *patientiam praestare* che avrebbe dovuto eserci, secondo le ipotesi da noi formulate. Tuttavia, come hanno sottolineato F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 156, e F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 95 s. (il quale in una sua opera più recente sembra accettare, come ulteriore ipotesi, la ricostruzione del passo prospettata dal Krüger – vd. T. MOMMSEN, P. KRÜGER, *Iustiniani Digesta*, cit., 646 nt. 12 –, e accolta da A. WATSON, *The Law*, cit., 168 – a suo tempo rigettata: vd. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 89 nt. 46 –: «*ut reponi sinat, agi non posse*»), la dicitura «*ut reponatur*» non sta a significare che il *dominus fundi* fosse costretto a ripristinare a sue spese l'argine, essendo una dicitura 'neutra' ('affinché sia ripristinato'), che può benissimo valere anche per il *patientiam praestare*. Anzi, il fatto che nella frase immediatamente precedente Varo avesse preso in considerazione proprio la responsabilità limitata al *patientiam praestare*, mi induce a ritenere – in conformità col Peters (vd., anche A. VALIÑO ARCOS, *La aemulatio en el derecho privado romano: su examen en sede de relaciones de vecindad y de calumnia procesal*, Santiago de Chile, 139 e nt. 495) – che Labeone si stesse riferendo a questa prestazione, piuttosto che – come ha sostenuto il Sitzia – ad entrambe, *opus restituere* e *patientiam praestare* (a seconda che l'argine fosse stato o meno di utilità del fondo in cui si trovava). Tutt'al più, si potrebbe ipotizzare che il giurista avesse utilizzato la forma neutra per ricomprendere le diverse ipotesi di distruzione del manufatto – evento naturale o attività del *dominus patientiam praestare*, nel primo caso, *opus restituere* nel secondo –, ma non mi sembra plausibile, in considerazione del fatto che l'ipotesi analizzata da Varo, alla cui opinione si contrapponeva appunto quella di Labeone, riguardava un argine distrutto dalla *vis aquae*, cioè

Per Labeone, dunque, nessuna responsabilità del *dominus fundi*; per Ulpiano invece *patientiam praestare* o, al più, obbligo di cedere le azioni. Sembrerebbe quindi, da questo testo, che effettivamente il giurista sannita non riconoscesse la legittimazione passiva dell'*interdictum quod vi aut clam* del *dominus fundi insciens*<sup>70</sup>. Si potrebbe a questo punto prendere in considerazione l'ipotesi del Voci<sup>71</sup> e del David<sup>72</sup>, secondo i quali la mancanza del *patientiam praestare* in Labeone relativamente a tale interdetto sarebbe giustificata dall'originario carattere penale di questo, che si sarebbe attenuato solo con i giuristi posteriori. Tuttavia, io credo

---

VID, *Études*, cit., 145, riteneva fossero aggiunte la parola «*aut*», prima di «*patientiam*», e la parte finale «*aut aliquam ... oportere*». A favore della genuinità del passo, vd., tra gli altri, B. BIONDI, *Actiones*, cit., 89 nt. 3; P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 173; F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 201 ss. Di quest'ultimo avviso sembra essere anche I. FARGNOLI, *La legittimazione*, cit., 45 nt. 135. Sul punto, vd. *infra*, in questo stesso paragrafo.

<sup>70</sup> In tal senso, vd. M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 117 s. e nt. 1; G. BRANCA, *Carattere*, cit., 115 e nt. 16; F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 202 s., 214; I. FARGNOLI, *Studi*, cit., 45 nt. 135: «probabilmente il giurista augusteo non conosce ancora l'obbligo del *patientiam praestare* che sarebbe sorto a seguito di uno sviluppo storico testimoniato proprio da questo passo ulpiano».

<sup>71</sup> P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 173.

<sup>72</sup> M. DAVID, *Études*, cit., 144 ss., spec. 149 nt. 2, il quale però riteneva che Labeone non riconoscesse affatto il *patientiam praestare*, neanche per l'*actio aquae pluviae arcendae*. Sul punto, vd. *supra*, nt. 7.

sottolinea infatti che il proprietario/locatore era tenuto o a *patientiam praestare* oppure a trasferire al vicino le azioni che aveva<sup>69</sup>.

---

concezione abbastanza elastica delle fattispecie assoggettate a tale interdetto e della stessa nozione di *opus in solo*» (p. 251). Ad avviso del primo studioso, invece, il getto dei sassi non costituirebbe *opus 'in solo'*, ritenendo egli che la «necessità di un simile requisito (*in solo*) non emerge dalle testimonianze di Labeone, in materia. Per cui si può azzardare l'ipotesi che da esso il giurista prescindere» (p. 36). Per una critica alla posizione di A. DI PORTO, *La tutela*, cit., 12 ss., secondo cui tale requisito acquistò rilevanza solo con Venuleio, Ulpiano e Paolo, vd. L. CAPOGROSSI, COLOGNESI, *L'interdetto*, cit., 231 ss. A favore di tale requisito sta la dottrina pressoché unanime: vd. tra gli altri, oltre a Capogrossi Colognesi, P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 471 s.; G. CICOGNA, *L'interdictum quod vi aut clam e l'operis novi nuntiatio*, Padova, 1910, 9 ss.; F. MUSUMECI, *L'interdictum quod vi aut clam nella tutela della servitù e dell'usufrutto*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano 1987, 522 s.; I. FARGNOLI, *La legittimazione*, cit., 20 ss. e 134 ss. Per ulteriore bibliografia, vd. A. DI PORTO, *La tutela*, cit., 12 s. nt. 34.

<sup>69</sup> La parte finale del frammento, «*locatorem ... non oportere*», è stata ritenuta interpolata. Vd., tra gli altri, G. BESELER, *Beiträge*, III, cit., 188; F. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., 258; M. KASER, *Restituere*, cit., 27 nt. 1; U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel*, cit., 211; G. BRANCA, *Carattere*, cit., 119 s.; P. BERETTA, *Interdetti in praesens e in praeteritum*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 158. Il Branca, in particolare, riteneva interpolata la frase finale da «*Ego puto*», ipotizzando un'interpolazione più estesa, ma aggiungendo queste parole: «Non è che sia tutto insiticio da *ego* in poi (il *puto* non è compilatorio); ma certo fu rimaneggiato» (p. 120). Sembra non escludere del tutto l'ipotesi interpolazionistica A. DI PORTO, *La tutela*, cit., 22 nt. 64. M. DA-

Tale ipotesi ricostruttiva sembra trovare conferma nel paragrafo immediatamente successivo:

Paul. 49 ad ed. D. 39.3.2.2: *Praeterea si in confinio fossa sit neque purgari vicinus patiatur eam partem quae tibi accedat, posse te magis aquae pluviae arcendae Labeo ait.*

Qui viene preso in considerazione il caso in cui la fossa – verosimilmente la stessa del paragrafo precedente, cioè quella di cui non vi era memoria e che non veniva purgata –, fosse situata nel confine. Secondo Labeone, nel caso in cui il vicino non permetteva che venisse purgata quella parte di fossa vicina al fondo 'danneggiato', si poteva agire (maggiormente) con l'(*actio*) *aquae pluviae arcendae*.

Sebbene la parte finale del testo contenente la decisione di Labeone, in particolare l'inciso «*magis aquae pluviae arcendae*», risulti essere scorretto, non mi sembra che si possa seriamente dubitare che secondo il giurista si potesse agire con la nostra azione<sup>46</sup>, per costringere il vicino a permettere il

---

un evento naturale. Sembrerebbe, inoltre, che dal passo corrispondente dei Basilici, Bas. 58.13.2.5 (SCHELTEMA, A, VII, 2678), vi sia una conferma della nostra ipotesi, in quanto viene considerato il caso di un *agger cuius memoria non exstat*, per il quale l'azione viene concessa limitatamente al *patientiam praestare* (sul punto, vd. F. SITZIA, *Aquae*, cit., 62 ss.).

<sup>46</sup> Mi sembra infatti che l'ipotesi ricostruttiva dello F.T. HINRICHS, *Die Geschichte der gramatischen Institutionen*,

ripristino della fossa. La particolare fattispecie, però, riguarda lo spurgo non di tutta la fossa, ma solo di quella parte vicina al fondo 'danneggiato', che verosimilmente si trovava in questo fondo. Pertanto, mi sembra plausibile che Labeone ritenesse in tal caso che per il proprietario del fondo danneggiato, anziché agire (verosimilmente)<sup>47</sup> con un'*actio finium regundorum* – che avrebbe portato a difficoltose misurazioni e che non avrebbe del tutto eliminato il problema (si pensi all'eventualità che, per spurgare la parte di fossa, si sconfinasse sul fondo altrui) –, fosse più opportuno esercitare l'*actio aquae pluviae arcendae*, con la quale il vicino sarebbe stato tenuto a *patientiam praestare* a prescindere da dove fosse realmente il confine, e che avrebbe permesso, tra l'altro, di costringere quest'ultimo a 'sopportare' eventualmente lo spurgo dell'intera fossa.

Wiesbaden, 1974, 178 nt. 37 – «*posse te magis (actione) aquae pluviae arcendae (quam ille finium regundorum) Labeo ait*» –, sia senz'altro plausibile, alla luce anche di quanto risulta dai Basilici: Bas. 58.13.2.1-2 (SCHELTEMA, A, VII, 2678). Sul punto, vd. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 103 nt. 103. Ad avviso dello Hinrichs, la causa della controversia risiederebbe nel fatto che «der Nachbar befürchtete offenbar eine – in der Grenzlage zu unterbindende – *usucapio* des *confinium* in dem Fall, das der andere den Graben an seiner Seite zu säubern versuchte». Tra le altre ricostruzioni proposte, vd. T. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, cit., 397, che inseriva «*in rem agere quam*» dopo «*magis*», e O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, rist., Roma, 2000, c. 1058, che inseriva «*agere finium regundorum*» dopo «*magis*».

<sup>47</sup> Vd. *supra*, nota precedente.

*praedium. Ait Labeo te vi aut clam non teneri, nisi iussu tuo id factum sit: ego puto conductorem teneri, locatorem autem non alias, nisi aut patientiam praestare possit aut aliquam actionem habeat, quam praestet: ceterum teneri non oportere.*

Viene prospettato il caso in cui il conduttore di un fondo, locato *pastinandi causa*, avesse tolto delle pietre da questo e gettate in quello del vicino. Secondo Labeone, il proprietario del fondo non era affatto tenuto all'*interdictum quod vi aut clam*, se non lo aveva ordinato. Ulpiano però era di diverso avviso: dopo aver affermato che si poteva agire con l'interdetto contro il conduttore<sup>68</sup>,

<sup>68</sup> Non bisogna credere che con «*ego puto conductorem teneri*» Ulpiano stesse indicando una soluzione, cioè quella che il conduttore fosse tenuto all'interdetto *quod vi aut clam*, diversa rispetto a quella di Labeone. In queste parole non vi è altro che una esplicitazione di quanto il giurista augusteo aveva lasciato implicito, mentre la 'novità' stava nella frase seguente («*locatorem ... non oportere*»).

Le pietre gettate su fondo del vicino arrecavano *vitium solo*, in quanto il *fundus* diventava *saxosus*, e il *fundus saxosus* era considerato analogamente a quello *sterilis* o *pestilens* da Paolo (Paul. *sing. adorat. div. Sev. D. 27.9.13 pr.*). Sul punto, vd. A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza*, I, *Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990 [estr. da *BIDR*, XXX, 1998, 459 ss.; XXXI, 1999, 271 ss.], 22 nt. 64; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'interdetto*, cit., 251 s. Quest'ultimo autore, in particolare, sottolinea come il far rientrare nell'interdetto i sassi gettati nel fondo altrui (così come la *terra congesta* sul sepolcro altrui: Ulp. 71 *ad ed. D. 43.24.15.2*), dimostrerebbe come Labeone «avesse una

che la mancata indicazione che il *dominus* ignaro era tenuto all'*interdictum quod vi aut clam* fosse dovuta, per Giuliano come per Labeone, proprio alla particolare fattispecie in cui il *patientiam praestare* poteva essere fatto valere attraverso l'*actio aquae pluviae arcendae*, che era, tra l'altro, l'azione di cui i giuristi stavano discutendo<sup>67</sup>.

6. Un passo di Ulpiano, però, sembrerebbe smentire quanto appena affermato:

Ulp. 71 *ad ed. D.* 43.24.15.1: *Is, cui fundum patientandum locaveras, lapides sustulit et in vicini proiecit*

---

SCHULZ, *Die Lehre*, cit., 259 s.; M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand*, München, 1932, 27 nt. 1; U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel*, cit., 211; G. BRANCA, *Carattere*, cit., 119. *Contra*, tra gli altri, E. LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, 88 nt. 3; B. BIONDI, *Actiones*, cit., 89 nt. 3; M. DAVID, *Études*, cit., 147 s. (che reputava interpolato solo l'inciso «*vel ... fecerit*»); F. PETERS, *Das patientiam praestare*, cit., 200 s. Vd., di questi ultimi due autori, in particolare le risposte – specie quella del Peters – fornite alle obiezioni, soprattutto del Sargenti (ma vd. anche il Branca), di come fosse possibile la *restitutio* di un albero reciso.

<sup>67</sup> Cfr. anche Ulp. 53 *ad ed. D.* 39.3.4.3, in cui viene indicata, in caso di *opus* fatto da un *procurator* del *dominus fundi* che provocava un afflusso d'acqua che noceva al vicino, la sola possibilità di agire con l'interdetto nei confronti del *procurator*, quando è evidente che si sarebbe potuto ottenere tale interdetto anche verso il *dominus* (contro cui Ulpiano aveva riconosciuto la possibilità di agire con l'*actio aquae pluviae arcendae*), verosimilmente senza la limitazione al *patientiam praestare* (vd. Ulp. 71 *ad ed. D.* 43.24.13.6).

Anche da questi altri due passi, dunque, sembrerebbe che Labeone riconoscesse effettivamente la responsabilità limitata al *patientiam praestare*. In particolare, pare che l'applicasse, in caso di *opus manu factum*, nei confronti del *dominus fundi non auctor* che fosse *insciens*<sup>48</sup>, ma l'escludesse, a differenza di Namusa e Trebazio, nel caso in cui l'acqua dannosa derivasse da eventi naturali (per i quali riteneva non esercitabile affatto l'*actio aquae pluviae arcendae*), a meno che tali eventi avessero modificato un *opus cuius memoria non exstat* (o *iure factum*): in questo caso, *patientiam praestare*.

5. Dopo aver visto come non vi siano elementi tali da far dubitare dell'autenticità delle testimonianze a favore del *patientiam praestare* in Labeone, possiamo adesso a considerare quanto so-

---

<sup>48</sup> Mi sembra verosimile che fosse stato proprio Labeone il primo a riconoscere la responsabilità limitata al *patientiam praestare* del *dominus non auctor*, in caso di '*opus*' realizzato da altri. Anche F. SITZIA, *Ricerche* cit., 117 e nt. 151, riconosce la possibilità «che sia stato Labeone il primo a limitare la responsabilità del *dominus non auctor* alla semplice *patientiae praestatio*». Cfr. C. FERRINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù*, I, cit., 274: «la limitata responsabilità del *dominus non auctor operis*, si deve probabilmente a temperamenti introdotti mercé l'interpretazione dei giurisperiti e fosse straniera al Diritto antico. Specialmente a Labeone sembra doversi questa limitazione sostenuta poi dai Proculiani contro le diverse opinioni di giuristi Sabiniani». Non così per M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 121 ss., spec. 127 ss., secondo cui soltanto in Celso la responsabilità del *dominus non auctor* sarebbe stata limitata alla semplice *patientiae praestatio*.

stenuto dal Branca<sup>49</sup>. Secondo lo studioso, la frase finale di D. 39.3.5 («*Sed si iussu domini fecisset, etiam interdicto dominum teneri*») – che è il passo che abbiamo esaminato al principio –, stando a significare che «soltanto» se, bene o male, ha partecipato all'impianto dell'opera *vi facta*, il proprietario è soggetto al *quod vi*<sup>50</sup>, dimostrerebbe come Labeone non riconoscesse affatto la legittimazione passiva del *dominus non auctor*, e, quindi, il *patientiam praestare*, almeno in tema di *interdictum quod vi aut clam*<sup>51</sup>. Se così fosse, questo parere non solo

<sup>49</sup> G. BRANCA, *Carattere*, cit., 115 e nt. 16, 118 s. Nello stesso senso, vd. anche M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 118 nt. 1.

<sup>50</sup> G. BRANCA, *Carattere*, cit., 118 (gli apici presenti nel testo sostituiscono lo 'spaziato' che si trova nell'opera). Nello stesso senso, vd. M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 118 nt. 1. Entrambi gli autori, però, ritenevano che Labeone non riconoscesse il *patientiam praestare* neanche per l'*actio aquae pluviae arcendae*: M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 118 ss.; G. BRANCA, *La responsabilità*, cit., 362 s.

<sup>51</sup> Sulla problematica relativa alla legittimazione passiva dell'*interdictum quod vi aut clam*, vd., tra gli altri, G. BAVIERA, *La legittimazione*, cit., 3 ss.; M. DAVID., *Études*, cit., 136 s.; I. FARGNOLI, *Studi*, cit., 37 ss. Per quanto riguarda l'ambito d'applicazione di questo interdetto, si discute se in età classica esso fosse limitato alle opere *in alieno* oppure anche a quelle *in suo*. P. BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., 480 ss., spec. 486, ad es., che era dell'avviso «che l'interdetto classico non potesse assolutamente intentarsi contro chi opera *in suo*, ma solo contro chi opera *in nostro*» – ritenendo interpolati i testi che attestavano il contrario –, riguardo però ai passi relativi all'*actio aquae pluviae arcendae*, affermò che l'interdetto fosse «da ritenere concesso anche nel diritto

In questo passo, dunque, Giuliano, in una fattispecie analoga a quella di Labeone, riconosceva l'*actio aquae pluviae arcendae* contro il *dominus* ignaro (limitata alla *patientiae praestatio*) e l'*interdictum quod vi aut clam* contro il *colonus auctor operis*. Ora, considerando che Giuliano ammetteva la legittimazione passiva dell'interdetto al *dominus non auctor* (limitata al *patientiam praestare*)<sup>66</sup>, mi sembra evidente

---

un'alternativa rispetto alla responsabilità del *dominus* al *patientiam praestare*. Se così fosse, Giuliano starebbe prendendo in considerazione la possibilità che il proprietario del fondo nel quale scorreva l'acqua, anziché far valere contro il *dominus* la sua responsabilità al *patientiam praestare* (con la conseguenza che avrebbe dovuto ripristinare l'opera a sue spese, per poi eventualmente agire con l'*interdictum quod vi aut clam* contro il *colonus* per il rimborso), preferisse avere una garanzia per gli eventuali danni che sarebbero potuti scaturire. Pertanto, io ritengo che la frase così come c'è pervenuta rispecchi il pensiero di Giuliano, il quale, quindi, avrebbe fatto riferimento ad una *cautio* diversa rispetto a quella riconosciuta da Labeone. Un'ulteriore *cautio* che avrebbe dovuto prestare il *dominus* del fondo da cui scaturiva l'acqua è prevista da Paolo (Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.14.3), relativamente ai danni che si sarebbero potuti verificare dopo la «*sententia iudicis*» rivolta contro il *dominus* (che nella fattispecie analizzata dal giurista era anche l'*auctor operis*), nel processo ingenerato dall'*actio aquae pluviae arcendae*.

<sup>66</sup> Vd. Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.13.7. Non credo che sia da accogliere la tesi di M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 126 nt. 2, secondo cui il passo sarebbe interpolato e il *patientiam praestare* non sarebbe stato riconosciuto da Giuliano, a differenza di altri giuristi, primo tra tutti Celso (pp. 121 ss., spec. 127 ss.). Contro la genuinità del passo, vd. F.



avere una *cautio damni infecti* da colui dal cui fondo scorreva l'acqua arrecante danno, era «*aequissimum*» che questi fosse costretto a prestarla<sup>65</sup>.

---

*restitutio operis* contro il *procurator* (e ciò farebbe credere che si agiva proprio per i danni già realizzati, dato che il *procurator* non avrebbe potuto *opus restituere*), ma non viene indicato che l'*opus restituere* fosse avvenuto a seguito di un processo (e quindi della *litis contestatio*), ben potendo la restituzione essersi realizzata a prescindere da esso. Tali considerazioni mi inducono, quindi, a non accogliere l'opinione del Sargenti riguardante il passo di Giuliano (D. 39.3.4.2), ritenendo che invece i danni di cui si poteva chiedere il risarcimento con l'interdetto fossero tutti quelli già verificati (non solo quindi quelli realizzati '*post litis contestationem*').

<sup>65</sup> T. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, cit., 398 nt. 5, proponeva di leggere «*si tamen dominus desideret caveri sibi damni infecti is ex cuius praedio aqua nocet ab eo, cuius praedio nocet*». Sul punto, vd. anche F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 172, e F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 124, che hanno ipotizzato l'intervento di un copista che avrebbe sostituito «*ab eo cuius*» con «*ab eo ex cuius*», «o in seguito ad una svista, o in quanto non riusciva a rendersi conto del perché dovesse essere il danneggiato e non il danneggiante a prestare la *cautio damni infecti*» (F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 124; il quale aggiunge: «Volendo accogliere quest'ultima ipotesi, si potrebbe, forse, pensare ad un glossatore postclassico che avrebbe inserito l'*ex*» [p. 124 nt. 180]). Così facendo, la soluzione di Giuliano si conformerebbe del tutto a quella di Labeone. Tuttavia, io non credo che «non ... si possa ... dare un significato coerente al nostro passo mantenendone inalterato il tenore» (F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 124). Ciò che si poteva garantire, infatti, era il risarcimento dei danni che sarebbero potuti scaturire prima della *restitutio operis*. A ben riflettere, però, la spiegazione di tale *cautio* potrebbe anche essere un'altra. Il «*si tamen*» sembrerebbe, infatti, porre

sarebbe in contrasto con quanto sostenevano Nerazio<sup>52</sup>, Giuliano<sup>53</sup>, Gaio<sup>54</sup>, Ulpiano<sup>55</sup> e Paolo<sup>56</sup> – i quali ammettevano appunto la responsabilità del *dominus* insciente<sup>57</sup>, sia pur limitata al '*patientiam*

---

classico, perché l'opera del vicino in realtà si percuote materialmente, con immissioni nel mio fondo, dove cresce la massa e la violenza delle acque». G. BRANCA, *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare*, in *SDHI*, VII, 1941, 358 ss., invece, riteneva che l'*interdictum quod vi aut clam* fosse nato per le opere *in alieno* e che fosse «stato esteso, più tardi, in funzione di *demolitorium*, anche nei casi in cui la *prohibitio* s'era attuata per mezzo della *nunt*. ...: in tal modo diventava esperibile pure nel campo dell'opera *in suo!*».

<sup>52</sup> Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.7.1.

<sup>53</sup> Vd. Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.13.7; Iul. 68 *dig.* D. 43.24.14.

<sup>54</sup> Vd. Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.7.3.2.

<sup>55</sup> Vd., ad es., Ulp. 71 *ad ed.* 43.24.7 pr.; Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.15 pr.-1.

<sup>56</sup> Vd., Paul. 16 *ad Sab.* D. 39.3.12; Paul. 67 *ad ed.* D. 43.24.16.2.

<sup>57</sup> Dalle fonti sembrerebbe in realtà che per aversi responsabilità 'piena' per il *dominus fundi* occorresse uno *iussum* (vd. ad es., oltre a D. 39.3.5, Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.13.7. Solo nel caso in cui fosse stato un proprio servo a compiere l'*opus*, sembra che per la limitazione della responsabilità del *dominus* si richiedesse che questi fosse *insciens*. Iul. 68 *dig.* D. 43.24.14), non essendo quindi sufficiente la mera *scientia* (intesa come 'tolleranza', che a sua volta si distingueva dalla *voluntas*, intesa come 'consenso'). In tal caso, vi sarebbe una diversità di regime con l'*actio aquae pluviae arcendae*, per la quale si richiedeva la mera *scientia* del *dominus non auctor* per aversi responsabilità 'piena' (vd. ad es., oltre a D. 39.3.5, Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.4.2, su cui, vd. *infra*, in questo stesso paragrafo). Pertanto, il *dominus* meramente

*praestare*<sup>58</sup> –, ma potrebbe far sorgere qualche dubbio sulla genuinità delle soluzioni in materia di *actio aquae pluviae arcendae*.

Io credo, tuttavia, che la decisione di Labeone debba essere valutata prendendo in considerazione la particolare fattispecie che il giurista stava esaminando. Si trattava, infatti, di un'opera da cui derivava un mutamento del corso delle acque piovane che danneggiava il fondo vicino; pertanto, il proprietario del fondo era tenuto comunque al *patientiam praestare*, ma con l'*actio aquae pluviae arcendae*, che era l'azione di cui si stava appunto occupando Labeone. Inoltre, il sottolineare che il *dominus fundi*, in caso di *iussum*, fosse tenuto anche all'*interdictum quod vi aut clam* trova la sua giustificazione, a mio avviso, nel fatto che Labeone stava prendendo in considerazione quello che non si sarebbe potuto ottenere con l'*actio aquae pluviae arcendae*, cioè non il rimborso delle spese relative alla *restitutio* – queste si sarebbero potute addirittura evitare ricorrendo all'*actio aquae pluviae arcendae*,

---

*sciens* sarebbe stato tenuto con l'*interdictum quod vi aut clam* (sempre che vi fossero i presupposti) al *patientiam praestare*, mentre con l'*actio aquae pluviae arcendae* (sempre che, anche in questo caso, vi fossero i presupposti) all'*opus restituere*. Cfr. F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 199 nt. 286.

<sup>58</sup> Secondo G. BRANCA, *Carattere*, cit., 115 ss., però tutti i riferimenti al *patientiam praestare* in tema di *interdictum quod vi aut clam* sarebbero interpolati, anche quindi quelli degli altri giuristi, in quanto – a suo avviso – l'interdetto avrebbe avuto carattere penale. Sulla natura dell'interdetto, vd. *supra*, nt. 8.

---

sembra arguirsi che l'autore dell'*opus* fosse tenuto quanto meno anche per i danni realizzati 'prima' della *litis contestatio*. Nel passo, infatti, si prende in considerazione l'ipotesi che fosse stato un *procurator* del *dominus fundi* ad effettuare l'opera, che, secondo un parere di Giuliano (riportato da Ulpiano dopo aver indicato che si poteva agire contro il *dominus fundi* o il *colonus* con l'*actio quae pluviae arcendae*), sarebbe potuto essere convenuto con l'*interdictum quod vi aut clam*, anche dopo il ripristino dell'opera. Ora, trattandosi di *procurator*, è verosimile che il *dominus fundi* fosse quanto meno *sciens* (se non avesse addirittura dato mandato al *procurator*), per cui avrebbe risposto con l'*actio aquae pluviae arcendae* (ma eventualmente anche con l'*interdictum*, perché, come sappiamo, a questo rispondeva anche colui nel cui nome veniva realizzata l'opera: vd., ad es., relativamente al *procurator*, Ulp. 70 *ad ed.* 43.24.5.12; Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.13.6) pienamente, cioè senza il limite del *patientiam praestare*, per il ripristino dell'opera 'a sue spese' (compreso ovviamente il risarcimento del danno *post litis contestationem*). Ora, se è pur vero che il testo tiene conto della possibilità di agire con l'*actio aquae pluviae arcendae* anche contro il colono la cui responsabilità sarebbe stata limitata al *patientiam praestare* (sempre ovviamente che si trattasse di opere che egli poteva consentire di realizzare – sul punto, vd. *supra*, nt. 11 – e, soprattutto, se l'indicazione che si potesse agire contro il colono sia genuina, cosa di cui si dubita fortemente: sul punto, vd., per tutti, F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 124. Vd. anche *supra*, nota precedente), e in tal caso il danno *post litis contestationem* non sarebbe stato da questi risarcito, mi sembra più verosimile che il giurista facesse riferimento ai danni precedenti alla *litis contestatio*, che erano quelli a cui non sarebbero stati tenuti (in ogni caso) né il *dominus fundi* né il *colonus*. Inoltre, bisogna considerare che nel testo si parla semplicemente di poter convenire il *procurator* «*etiam post opus restitutum*». Ora, non solo tale dicitura induce a pensare che normalmente si agisse prima della

l'eventuale danno<sup>64</sup>. Nella parte finale, si legge che, nel caso in cui il *dominus* avesse desiderato

---

*l'interdictum quod vi aut clam* otterrà anche (*quoque*) il pagamento delle spese sostenute per la *restitutio operis*» (in senso analogo, già F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 172 s.). Effettivamente, se il testo fosse formulato come indicato dall'a., il *quoque* sarebbe giustificatissimo; tuttavia, nel testo si legge non che si poteva agire contro il colono per ottenere anche le spese, ma che il colono era tenuto anche per le spese, che è ben diverso.

<sup>64</sup> Secondo M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, cit. 125 nt. 1, il danno da risarcire era quello *post litem contestatam*, riferimento che, a suo avviso, doveva essere presente nel testo originario. Ma la sua ipotesi non mi sembra convincente. Innanzi tutto, perché mi pare del tutto arbitrario ipotizzare l'eliminazione di un tale riferimento. In secondo luogo, se pure sembrerebbe, come sostenuto dal Sargenti (pp. 157 ss.), che in caso di *patientiam praestare* il *dominus* non fosse responsabile per i danni sopraggiunti dopo la *litis contestatio* (ciò parrebbe ricavarsi da D. 39.3.5 – che abbiamo esaminato *supra*, § 2 –, in cui non vengono prese in considerazione, per il rimborso nei confronti del colono, le eventuali spese sostenute per risarcire il danno *post litem contestationem*, a meno che non si voglia vedere una responsabilità diretta del *dominus* per non aver 'spontaneamente' permesso al vicino di *opus restituere*, ma mi sembra una forzatura. La questione comunque è molto dibattuta: sul punto, vd. lo stesso M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 157 ss.), non vedo perché l'*auctor operis* dovesse essere tenuto solo a questi danni e non anche a quelli realizzati in precedenza. Inoltre, anche in altri passi si parla semplicemente di danno senza specificare che fosse quello realizzato dopo la *litis contestatio*: vd., ad es., Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de aq. pluv. arc.* D. 39.3.13; Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.4.3. In particolare, da quest'ultimo frammento (segnalato tra l'altro da M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 158 nt. 1, a prova del suo assunto)

che avrebbe costretto alla *restitutio* il *dominus*, essendo sufficiente a tal fine la mera *scientia*<sup>59</sup> –, ma il risarcimento del danno già realizzato, che appunto poteva essere richiesto solo con *l'interdictum*<sup>60</sup>. In altre parole, io ritengo che Labeone non volesse escludere che il *dominus fundi insciens* fosse tenuto, oltre che all'*actio aquae pluviae arcendae*, astrattamente anche all'*interdictum quod vi aut clam*<sup>61</sup>, ma, dato che si stava occupando dell'*actio aquae pluviae arcendae* e visto che con

---

<sup>59</sup> Vd. *supra*, nt. 57.

<sup>60</sup> *L'interdictum quod vi aut clam*, infatti, poteva essere fatto valere, oltre che per la *restitutio operis*, anche per il risarcimento dei danni subiti (vd., ad es., Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.4.2: ... *interdicto quod vi aut clam impensam quoque retituen- di operis, et damnum, si quod ex eo damnum fuerit, praestare cogendum*. ... Cfr. Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de aq. pluv. arc.* D. 39.3.13. Cfr. anche Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.15.7), dato che tale forma di tutela riguardava appunto un danno già verificato (vd., ad es., Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.14.3: *De eo, quod ante datum est, quod vi aut clam agendum est*. ... Sull'esistenza del *damnum* come presupposto per il riconoscimento dell'interdetto, vd., per tutti, I. FARGNOLI, *La legittimazione*, cit., 32 ss.), mentre l'*actio aquae pluviae arcendae* riguardava un danno futuro (ed eventuale), quindi non ancora verificato («*non de praeterito, sed de futuro damno agitur*», diceva infatti Giuliano, riferito da Paolo: Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.11.3. Cfr. Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.1.1; Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.6.4; Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.14.2), e mirava alla *restitutio operis* e all'eventuale risarcimento del danno verificato dopo la *litis contestatio*. Vd., ad es., Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.6.6.

<sup>61</sup> D'altronde, le fonti testimoniano come Labeone fosse favorevole ad un'estensione della legittimazione passiva dell'interdetto: vd. Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.24.5.9, 13.

l'interdetto si sarebbero ottenuti gli stessi risultati ('*patientiam praestare*'), volesse semplicemente indicare quale fosse il caso in cui il *dominus* sarebbe stato responsabile anche per il risarcimento del danno; responsabilità che si faceva valere appunto mediante l'interdetto.

Questa ipotesi troverebbe conferma in un passo ulpiano:

Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.4.2: *Idem Iulianus scribit aquae pluviae arcendae actionem non nisi cum domino esse idcircoque, si colonus ignorante domino opus fecerit, dominum fundi nihil amplius quam patientiam praestare debere, colonum autem interdicto quod vi aut clam impensam quoque restituendi operis et damnum, si quod ex eo datum fuerit, praestare cogendum. Si tamen dominus desideret caveri sibi damni infecti ab eo, ex cuius praedio nocet, aequissimum erit caveri oportere.*

Ulpiano ci riporta l'opinione di Giuliano, il quale, dopo aver affermato che l'*actio aquae pluviae arcendae* si poteva esperire solo contro il *dominus*, riferisce che questi, in caso di *opus* fatto dal *colonus* a sua insaputa, non sarebbe stato tenuto che al *patientiam praestare*<sup>62</sup>, mentre il colono, con

<sup>62</sup> Pure questo riferimento al *patientiam praestare* è stato ritenuto interpolato, anche in considerazione della non perfetta corrispondenza tra l'affermazione iniziale e le conseguenze che ne vengono tratte («*idcircoque ...*»). Vd., ad es., G. BESELER, *Beiträge*, cit., 93; P. BONFANTE, *Corsa*, II.1, 449 nt. 5; M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 125. I primi due in

l'*interdictum quod vi aut clam*, sarebbe stato costretto a ripristinare l'opera a sue spese<sup>63</sup> e a risarcire

particolare, eliminando l'inciso «*amplius quam patientiam*», ritenuto interpolato, finivano per eliminare qualsiasi responsabilità del *dominus*, mentre il Sargenti riteneva che la responsabilità di questo fosse 'piena'. A favore della sua genuinità vd., giustamente, tra gli altri, M. DAVID, *Études*, cit., 148 ss.; F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 172 s.; B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio «ad edictum praetoris urbani»*, Milano, 1975, 157 nt. 46; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 121 ss.

<sup>63</sup> Dal «*quoque*» sembrerebbe che il colono fosse tenuto, oltre che alle spese e al risarcimento, anche alla *restitutio operis*. Ciò però contrasta con quanto detto precedentemente, cioè che l'azione si poteva rivolgere solo contro il *dominus* «... non nisi cum domino esse idcircoque ...». Contrasterebbe inoltre con quanto abbiamo visto a proposito di D. 39.3.5 (vd. *supra*, § 2). Dei dubbi, tuttavia, sorgono leggendo il paragrafo successivo del passo ulpiano (§ 3), in cui si legge che, in caso di *opus* realizzato dal *procurator* di un *dominus fundi*, si poteva agire con l'*actio* contro il *dominus* o contro il colono. Che vi fosse stata un'evoluzione in tal senso nella giurisprudenza severiana, tanto da far 'confondere' Ulpiano e riportare quel '*quoque*', che mal si addiceva al giurista adrianeo? Non è escluso però che si tratti in entrambi i testi di una glossa (o interpolazione: G. BESELER, *Beiträge*, III, cit., 93): precisamente «*quoque*» nel § 2, «*quatenus aversus colonum*» nel § 3 (riguardo a questo testo, T. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, cit., 399 nt. 1 – seguito, tra gli altri, da F. PETERS, *Das 'patientiam praestare'*, cit., 172; F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 124 –, invece, propose di inserire «*me propter*» prima di «*colonus*»). A favore della genuinità del § 2, vd. F. SITZIA, *Ricerche*, cit., 122 nt. 172, il quale ha affermato che il «*quoque*» non è affatto scorretto, in quanto nel testo «si afferma ... che mediante l'*actio aquae pluviae arcendae* il vicino danneggiato potrà soltanto ripristinare il normale decorso delle acque a sue spese, mediante