

CAPITOLO I

LA LEGIS ACTIO DAMNI INFECTI

SOMMARIO: 1. È un mezzo preventivo. — 2. Non può consistere nella *pignoris capio* della cosa minacciante. Critica della tesi del KARLOWA. — 3. Non realizza un ordine, che ci sarebbe nella legge, ad una *cautio* preventiva (teorie di HUSCHKE, HUNTERHOLZNER, KARLOWA). — 4. nè un comando a *derelinquere* la *res* (vecchia ipotesi del BONFANTE). — 5. nè un ordine di restaurare la cosa minacciante. Teorie di HESSE, KARLOWA, BURCKHARD. — 6. Ultima ipotesi del BONFANTE, che è l'unica possibile. — 7. Ricapitolazione. Tentativo di ricostruzione dell'antica norma. — 8. Dominio quiritario, rapporti di vicinanza e danno temuto. — 9. La *legis actio damni infecti* è un'azione penale. — 10. Natura, fisionomia di questa pena. — 11. È una pena pecuniaria. — 12. Si consegue con la *legis actio sacramenti in personam*, che condanna ad una somma fissa di denaro. — 13. Origine probabile dell'antica norma. *Delictum e damnum infectum*. Sistemazione del nostro istituto nel diritto quiritario e nei libri ad Sabinum.

1. — Nell'antico diritto civile prima che arrivasse il Pretore col suo editto, i danni minacciati o provocati da una casa, da un'opera, da un albero, senza colpa del loro proprietario, non potevano venire risarciti. I principi generali di diritto non accordavano azione al danneggiato.

Eppure i pregiudizi di quel genere dovevano essere frequenti nel periodo del sistema quiritario. Sono note le condizioni edilizie della Roma di quell'epoca, l'instabilità delle costruzioni più accurate, che l'umido ben presto finiva di corrodere, la imperfetta resistenza

del terreno (1). Plauto (2) ne parlava con espressioni assai eloquenti, così come più tardi Seneca e Giovenale (3). Va bene che tra l'una e l'altra casa c'era l'*ambitus*, cioè uno spazio di un metro e mezzo normalmente (4); ma questo non bastava (5) ad impedire le immissioni involontarie e talora dannosissime da edificio ad edificio. Con l'azione *negatoria* non si poteva ottenere nulla in quella ipotesi, e neppure era possibile costringere il proprietario della casa minacciante a restaurarla: vi s'opponeva l'indipendenza assoluta del *dominus* romano entro le cose in suo dominio. Pure, la frequenza dei danni richiedeva una tutela in qualche modo e, magari privatamente, questa si sarà venuta realizzando nella pratica.

S'aggiunga a tutto questo lo sviluppo agricolo del piccolo comune, che d'agricoltura, più che d'altro, viveva in quell'epoca lontana e l'abbondanza di zone boscosissime (6) lungo i colli primitivi. I danni provocati dagli alberi, specialmente d'alto fusto, corrosi dall'umido o anche dall'età, non dovevano esser molto rari, onde pure in questa ipotesi la necessità di provvedervi.

Intervennero così il legislatore quiritario - come più tardi, nell'età repubblicana che stava per finire, provvide al caso anche il Pretore - e si ebbe quindi la famosa *legis actio damni infecti*.

Quest'azione risale ad epoca antichissima, tanto che la sua ricostruzione è molto ardua, e quasi tutti (7) son d'accordo nell'attribuirle alla legislazione dei Decemviri. Di essa non è traccia nelle fonti che ci sono pervenute, fuorchè in un passo brevissimo di Gajo. Per ricostruirla si son fatti diversi tentativi, che hanno però lasciato molto scettici al riguardo. S'è costretti a lavorare d'indizi, pure scarsi, su una trama aerea e inconsistente. La fantasia prende la mano alla indagine scientifica e si legittimano così le costruzioni più bizzarre.

(1) BURCKHARD *Continuazione al Glück D. 39, 2 (Traduz. Bonfante)* pag. 57 sgg. e autori citt. a n. 55.

(2) *Mostellaria* I, 2, 26; 66: riportata dal VOIGT *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883, II p. 614.

(3) Citt. dal BURCKHARD *op. cit.*, p. 58.

(4) Cfr. XII Tavole in RICCOBONO *Fontes Tav. VII n. 1*; BONFANTE *Corso di Dir. Rom.*, II, I, p. 269.

(5) Cfr. VOIGT *loc. cit.*

(6) Si veda PAIS *Storia Crit. di Roma* I, 2, p. 621 sgg.

(7) BURCKHARD *op. cit.* p. 60 e autori citt. a pag. 61 sgg.; BONFANTE *op. cit.* p. 328 sg.

Cercherò pertanto di rifare il cammino, che tanti altri hanno già fatto, riesaminando, innanzi tutto, l'istituto quiritario. Premetto, in quanto a questo, che, siccome tutte le ipotesi possibili sono state prospettate, il mio compito sarà di ritrovare, fra esse, quella che appaia più sicura dall'indagine e chiarirla.

L'azione - tutti sanno - è ricordata solo in un passo sintetico di Gaio, che è necessario riportare per intero.

Gaj Inst. IV, 31: *Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum, idque et commodius jus et plenius est. per pignoris...*

Come si vede, il brano dice molto poco. Una cosa sola è certa, che la *legis actio damni infecti* è anch'essa, come la *cautio* dell'Editto, un mezzo preventivo diretto ad evitare il danno e a garantirsene comunque prima che questo si verifichi. Ciò è dimostrato dalle parole medesime del passo (" *damni infecti lege agere* „: il danno cioè è ancor temuto), ma più di tutto dal modo col quale è ricordato il rimedio pretorio ormai vigente. Dice Gajo che nessuno vuol più servirsi dell'antica *legis actio*, perchè preferisce chiedere la *stipulatio* ed obbligare il vicino in base ad essa. Se fosse vera l'ipotesi del Burckhard (8), che il mezzo quiritario era diretto al rimborso delle spese impiegate dal vicino per riparare le case minaccianti, Gajo si sarebbe espresso in modo ben diverso, per esempio " *sed potius actionem ex stipulatu experiri potest* „ e simili.

Il momento considerato dal giurista è quello in cui si domanda la cauzione: in quel momento la richiesta del rimedio contenuto nell'Editto è preferita alla *legis actio* ed esso cade appunto quando il danno non s'è verificato (9). Non sarebbe stato proprio nè elegante confrontare l'azione antica ed il rimedio pretorio in due momenti ben distinti. I termini di paragone devono essere considerati ogni volta quando identica è la condizione o lo stato delle cose; altrimenti si rischia di confrontare due entità che sembrano diverse perchè osservate in tempi diversissimi, ma che invece son le stesse.

(8) *Op. cit.* pag. 71 segg.

(9) Cfr. D. 39, 2, 7, 1 e 2: *Ulp. LIII ad ed.*

Gajo, per essere logico e perspicuo, non poteva distinguere tra l'una e l'altra forma di tutela se non paragonandole nello stesso istante di applicazione, cioè quando il pregiudizio è ancora da venire. Chè se la *legis actio d. inf.* si fosse accordata, per esempio, a casa ormai crollata, il confronto col rimedio pretorio sarebbe stato fatto riferendosi allo stesso momento d'attuazione del medesimo: cioè a danno già avvenuto. Parlando di due istituti che si riferiscono alla stessa ipotesi e volendo metterne in evidenza le diversità concettuali o strutturali, è necessario - quando la cosa sia possibile (10) - che si ipotizzi, per l'uno e l'altro termine, lo stesso istante di applicazione.

Che l'antico mezzo, del resto, fosse esclusivamente preventivo, oltre alle parole stesse di Gajo, mostra anche un'altro indizio ricavato dalla

1. 6, D. 39, 2 *Gaius l. I ad ed. praet. prov.*:: “Eventit ut nonnunquam danno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint „.

Se l'*actio damni inf.* si fosse riferita al risarcimento per il danno già avvenuto, errato si rivelerebbe questo passo genuino, il quale, invece che “nulla nobis competat actio „, avrebbe dovuto dire che non compete alcun rimedio pretorio od originato comunque da comando del pretore: Infatti, a casa rovinata per esempio, anche senza la cauzione preventiva, si sarebbe potuto sempre ricorrere all'antica *legis actio d. inf.*, di cui parla lo stesso giurista, nelle Istituzioni, come ancora vigente, quantunque poco usata. Senonchè il frammento in esame non è per nulla scorretto e dimostra così per altra via come l'azione civile si riferisca anch'essa al momento in cui si teme il pregiudizio e a quello solo; tanto è vero che cessa di competere, come implicitamente vi si dice, quando non si è provveduto in prevenzione alla minaccia del pericolo. (10 bis)

(10) Come nel nostro caso. Il mezzo pretorio infatti ha due momenti principali; prima del danno, richiesta e prestazione della *cautio*; dopo il danno, *actio ex stipulatu* per il risarcimento.

(10 bis) Altri frammenti, che parlerebbero della *legis actio d. inf.* nel diritto classico, sono presi in esame dal WŁASSAK *Röm Prozessg.* I p. 241 sg. (cfr. anche *Cuj Dr. Rom.* p. 183 n. 7) su cui si veda in seguito cap. II.

Altro argomento per la preventività del mezzo antico è dato dalla

1. 4, D. 46, 5 *Paul. 1. LXXV ad ed.*: “ Praetoriae stipulationes saepius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit „

L'affermazione, per la *stipulatio damni inf.*, non sarebbe vera, se la tutela accordata dai Decemviri competesse davvero a lesione già avvenuta; perchè così il vicino danneggiato, anche se non aveva richiesto la cauzione, poteva sempre ricorrere a quel mezzo dell'antico *jus civile*, che l'avrebbe *cautus* pienamente. Onde la necessità di concepire la *legis actio d. inf.* come un rimedio preventivo che rendesse privo di tutela il danneggiato, se non aveva provveduto in tempo a garantirsi - ammenochè non si vogliano accusar di imprecisione le parole stesse del giurista.

L'argomento ad ogni modo non è da solo decisivo, perchè si potrebbe obiettare che la *legis actio damni inf.*, che vigea a mala pena nell'epoca di Gajo, fosse scomparsa al tempo dei Severi; ma esso intanto ha un certo peso per confermare gli altri indizi.

2. — Partendo dal punto fermo che s'è esposto, vediamo ora, attraverso la critica delle ricostruzioni già tentate, come fosse approssimativamente concepita l'antica azione dei Decemviri.

Il Karlowa (11) muove, come quasi tutti gli altri autori, dal presupposto che essa servisse solo per il danno *vitio aedium*. Il padrone della casa era obbligato a restaurare l'edificio minacciante, e se non voleva farlo, la presa di pegno del medesimo, ottenuta dal vicino con la *legis actio per pignoris capionem*, era il mezzo per indurlo a provvedere.

Tale ipotesi non è parsa e non mi pare sostenibile. Vi s'oppongono ostacoli ed indizii molto gravi. Argomenti validissimi contro la sua ammissibilità sono, prima di ogni altro, i tradizionali: In tutti

(11) *Der röm. Civilproc. zur Zeit d. legis act.* pag. 216 sgg.; *Geschichte d. röm. R.* pag. 481. Già nello stesso senso BETHMANN HOLLWEG, *Röm. Civilpr.* I, 204. Anche il BURCHARDI, *Lehrbuch* parag. 212. - cit. da BURCKHARD *op. cit.* pag. 63 n. 66 - pensa ad una *pignoris capio* da parte del vicino, però non sulla cosa minacciante, ma su una parte qualunque del patrimonio del vicino: tesi disperata.

i casi in cui è accordata quella *legis actio* il credito consiste in un *certum*; diversamente nel danno temuto, dove esso non solo è incerto, prima che la casa rovini, ma è dubbio ancora se sussisterà. Le ipotesi, di applicazione della *pignoris capio*, ricordate da Gajo (Inst. IV, 27-28), sono tali che ricomprendono sempre un interesse di stato o di culto da tutelare; non così nel danno temuto. Inoltre sarebbe strano che lo scrittore dell'epoca imperiale non menzionasse tra i casi elencati di *pignoris capio* proprio questo che perdurebbe ancora ai tempi suoi, cioè precisamente il più importante. (12). Quest'ultimo argomento per vero si potrebbe ritorcere a favore della tesi del Karlowa, osservando come Gaio nei §§ citati, ed in quelli vicinissimi, fa più lo storico che il dogmatico: quindi gli premeva maggiormente ricordare i casi ormai non più vigenti che il nostro, non ancora caduto del tutto in desuetudine. Ma ciò si può ribattere osservando che, pure ammessa questa ipotesi, essendo la *legis actio d. inf.*, a detta del medesimo giurista, quasi scomparsa nella pratica, sarebbe stato compito d'uno storico accurato catalogarla con gli altri casi esposti insieme.

L'argomento esteriore, ricavato dalle parole con cui termina (" per *pignoris* „), iniziandosi un nuovo periodo, il passo travagliato (Gajo IV,31), è anch'esso facilmente superabile. Quelle parole hanno fatto pensare a molti autori che si riferissero alla nostra *legis actio*; invece è più probabile che con esse non si continui l'argomento della frase precedente, ma si passi a ricordare le *fictiones*, frequenti nella procedura postebuzia e ricollegate appunto nel discorso del giurista, alle *legis actiones* da cui nascono: nel caso, alla *legis actio per pignoris capionem*. Perciò il § seguente accenna appunto ad una *fictio* di " *pignus captum* „, e di *fictiones* i par. successivi continuano a trattare (13). Quest'ultima obiezione non è certo decisiva, perchè al tema della *fictio* niente toglie che si potesse passare attraverso la *pignoris capio damni infecti*. Ad ogni modo essa afferma una eventualità probabilissima e, se non annulla l'argomento esteriore combattuto, diminuisce fortemente il suo valore, intaccandone perciò la sicurezza. Sono due ipotesi - argomento ed obiezione - tutte e due

(12) Cfr. BEKKER *Die Actionen d. r. Privatr.* I, pag. 45; BURCKHARD pag. 63 sgg.; BONFANTE *op. cit.* pag. 329 e sg.

(13) BURCKHARD *op. cit.* pag. 64 sg; BONFANTE *op. cit.* pag. 330.

possibilissime, tutte e due dubbie ad un modo, tutte e due insufficienti da sole a provare la tesi per cui sono prospettate. Ma noi abbiamo visto come gli altri indizi generali o specifici siano contro l'ammissibilità della *pignoris capio* nell'istituto che studiamo. Perciò l'argomento esteriore menzionato per ultimo cade anch'esso nel nulla in mancanza del necessario sostegno.

Altra difficoltà contro la tesi del Karlowa si può trarre, a mio parere, da un passo della stessa opera di Gajo: Inst. IV, 29. Per la *pignoris capio* non si richiedevano molte forme solenni nè *dies facti* nè la presenza del Pretore, ma la procedura era semplice e comoda, tanto che si arrivò a dubitare della natura di *legis actio* del mezzo in argomento. Il dubbio intorno a ciò non è respinto decisamente da Gajo: ora è inconcepibile che lo stesso autore, due par. più in là, ricordi l'antico rimedio civile come unica *legis actio* ancor vigente, quando la *pignoris capio* non è riconosciuta da tutti come tale. Il dubbio o l'indecisione di poche righe prima è scomparsa dunque per intanto? Non poteva il giurista, parlando del *damnum infectum* di cui non descrive la procedura, riferirsi appunto alla *pignoris capio*, sulla quale poco prima, sul suo carattere cioè di *legis actio*, ha elevato dei dubbi molto gravi. Se il danno temuto fosse stato regolato veramente dall'antico *jus civile* con la presa di pegno della casa minacciante, Gajo avrebbe dovuto precisare: invece il parlare, ch'egli fa, sicuro e deciso, di *legis actio d. inf.*, dimostra che non c'era dubbio sulla natura d'azione della medesima, come c'era invece circa quella *per pignoris capionem*.

Del resto, ammessa la tesi del Karlowa, dove sarebbe, rispetto al mezzo antico, la maggior pienezza e comodità del più recente accordato dal Pretore? Per la presa di pegno, una volta verificatesi i presupposti voluti dalla legge e dalla consuetudine, non erano prescritte nè molte forme solenni, tolti i *certa verba* indispensabili, nè la presenza dell'avversario: "plerumque etiam absente adversario... peragebatur (Gaj IV, 29)". Per ottenere la *cautio* invece - o la *missio in possessionem* - la presenza dell'avversario solitamente era richiesta; e assente quello, era imposta, nell'Albo, una procedura speciale con *denuntiatio*, che non risultava troppo comoda (14). Non solo, ma, mentre nella *pignoris capio* non si richiedeva l'intervento

(14) Cfr. I. 4, 5 D. 39, 2.

del Pretore, questo era invece necessario nel rimedio accordato dall'Editto, che consiste appunto in un ordine dello stesso magistrato. In sostanza, con la presa di pegno, l'antica azione civile sarebbe stata, se fosse vera la tesi del Karlowa, più comoda, se non almeno *plenior*, del mezzo più recente vantato da Gajo rispetto ad essa: al contrario di come invece afferma il medesimo giurista che ne parla!

Contro la tesi del Karlowa si può fare anche un'altra considerazione. Quella *pignoris capio* sarebbe l'esatto parallelo, nel diritto quiritario, della *missio in possessionem* accordata, con l'Editto, dal Pretore. Questa, quindi, non sarebbe altro che una derivazione immediata di quella, dalla quale differirebbe solo per il fatto che è concessa a chi la chiede, senza un'accurata *cognitio* della causa: ma i due mezzi in sostanza apparirebbero gli stessi. Ora, se la *missio* discende dalla *pignoris capio* precedente, la forza d'inerzia, che è in tutti gli istituti, non poteva non influire anche sul nostro: e sarebbe strano che si fosse perduto, col nuovo mezzo, proprio quel concetto di pegno, che è alla base dell'antico. Invece nel passaggio diretto dall'uno all'altro tipo di tutela, esso non poteva scomparire, se era fondamentale nel primo dei due tipi e questo veniva rifiuto interamente nel secondo. Una volta intervenuto il magistrato ad accordare un rimedio quasi uguale a quello antico, spontaneo sarebbe stato, nella dottrina e nella pratica, ricomprendere, per la somiglianza di struttura col civile, l'istituto più recente nel *jus pignoris*: che nel diritto quiritario era accordato dai decemviri, adesso sarebbe stato imposto dal Pretore: ed invece il concetto di pegno pretorio, in ordine alla *missio in possessionem*, non appare che in due testi molto tardi e che inoltre non sono genuini (15).

L'ipotesi del Karlowa rimane così battuta nettamente da argomenti insuperabili.

3. — L'antico rimedio civile imponeva una *cautio damni infecti*, sanzionava comunque un obbligo alla prestazione preventiva, per Huschke, Hunterholzner, Karlowa (16). Varia solo per i diversi au-

(15) Cfr., per ora, BRANCA in *Studi in memoria di Ratti* pag. 179 sg.

(16) HUSCHKE *Gaius* pag. 209 sg.; HUNTERHOLZNER *Schuldverhältn.*, II pag., 721; KARLOWA *D. r. Civilpr.* I. cit. - Il Karlowa però non parla più di obbligo alla cauzione, ma alla riparazione, in *Röm. Rgesch.*, I. cit.

tori il modo con cui si doveva far valere quell'obbligo, che è ad esempio la *pignoris capio* per Karlowa, la condanna ad una somma di denaro o la difesa privata o la cessione, simile alla *noxae datio*, dello stabile per Huschke.

Contro queste ipotesi stanno argomenti già messi in evidenza, specialmente dal Burckhard. Innanzi tutto cade la tesi prima del Karlowa in quanto la sanzione contro la mancata *cautio damni infecti*, cioè la *pignoris capio*, incontra le difficoltà che abbiamo già descritto.

Poi, come si può parlare d'un obbligo preventivo a *cavere*, quando, ha osservato già il Bekker, "nulla legis actio prodita est de futuro",: Vat. Framm. § 49? (17). Ebbene, nell'ipotesi dell'Huschke, al momento in cui il danno minaccia, si provvederebbe con l'azione a far nascere un credito, che è condizionato alla eventualità del danno stesso, cioè ad una cosa futura ed incertissima: contro l'affermazione del passo esposto ora (18).

Gaio contrappone all'antico mezzo la *stipulatio* del Pretore. C'è quindi, nell'esposizione ch'egli fa, un'antitesi nettissima, tra le due forme di tutela, ed esaltata a bella posta. Ammettendo per un momento l'opinione che combatto, il contrapposto col rimedio più recente svanirebbe per incanto ed errate apparirebbero le parole del giurista: inquantochè la misteriosa *legis actio* ed il mezzo introdotto dal Pretore, essendo diretti, l'uno e l'altro, ad una stessa cosa (*stipulatio*) non sarebbero poi così diversi da giustificare una contrapposizione tanto netta.

Già la norma dei Decemviri conteneva l'obbligo alla *cautio*; che ragione d'un nuovo editto per la stessa ipotesi regolata al modo stesso?

Inoltre, se l'antico mezzo e il nuovo fossero stati tanto simili, il primo non sarebbe sopravvissuto all'introduzione del secondo nell'albo del Pretore. I due rimedi dovevano quindi essere diversi (19). Altrimenti non avrebbe potuto dire, il giurista Pomponio, parlando anche della *cautio damni infecti*, che le stipulazioni pretorie "a

(17) Cfr. anche Fr. Vat. 329.

(18) Cfr. BEKKER *loc. cit.*; BONFANTE *op. cit.* pag. 329.

(19) Si veda, su tutto, BURCKHARD *op. cit.* pag. 65 sg.; BONFANTE *op. cit.* pag. 330.

mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti: D. 45, 1, 5 *Pomp. l. XXVII ad Sab.*.,; dato che invece l'ordine, per l'Huseke, era dapprima nella legge e da questa sarebbe passato nell'editto (20).

Io stesso aggiungo che, ugualmente, uno scrittore classico non avrebbe detto mai "iubere caveri.... magis imperii est quam iurisdictionis: D. 2, 1, 4, *Ulp. l. I ad ed.*.,, quando invece, in quella ipotesi, si sarebbe trattato di un comando, è vero, del magistrato, ma solo in quanto questi doveva applicare una norma già voluta dallo *ius civile*: un comando quindi derivante, non dall'*imperium* originario del Pretore, ma dalla *iurisdictionis* del medesimo.

C'è di più. Mi sembra d'aver dimostrato in altra parte (21) che il nuovo mezzo accordato dall'editto non è azione. Se l'antico, imponendo pur esso la cauzione, fosse stato simile al moderno, se questo in sostanza consisteva in una recezione, nell'albo, d'un diritto già vigente da applicare; il comando del Pretore non sarebbe più disceso dalla *voluntas* di quest'ultimo, ma, direttamente, dall'ordinamento giuridico medesimo. E allora non si sarebbe più trattato di procedura straordinaria, eccezionale, ma di azione vera e propria. Non poteva il rimedio antico, l'*actio* antica, passando nell'albo per intero, non imporre la sua natura d'azione sul rimedio più recente.

Se l'antica norma avesse imposto pur essa la cauzione, non si vede come il nuovo tipo di tutela potesse esser definito più comodo e più pieno. La maggior comodità, è vero, poteva ben discendere dalla sua celerità, accresciuta grandemente, ma la maggior pienezza? Argomenti tutti più o meno probanti per se stessi, che però vengono a confermare, in diverse direzioni, l'obbiezione prima prospettata già dal Bekker.

Rimane da ultimo lo stesso criterio sistematico, che serve, a mio parere, per completare la dimostrazione. Se fosse consistita, la *legis actio d. inf.*, in un obbligo a *cavere*, la *stipulatio* sarebbe stata naturalmente, fin dall'inizio, il centro e la base di tutto l'istituto: e allora resterebbe da spiegare come nei *libri ad Sabinum* se ne parli insieme col furto, con l'*iniuria* ecc. (22) (invece che

(20) Cfr. BURCKHARD *op. cit.* pag. 67 n. 69.

(21) Cfr. BRANCA *op. cit.*

(22) Si veda in seguito paragr. 9.

sotto i titoli “ de verborum obligatione „ o “ de stipulationibus „) cioè nei libri 24 - 27 di Pomponio, 11 - 12 di Paolo, 45 - 50 di Ulpiano. Nè si dica che l'ordine nelle opere suddette sarebbe giustificato ad ogni modo, anche se l'antico mezzo obbligava alla cauzione, dal fatto che, trattandosi di danno, l'istituto era naturalmente connesso a quelle azioni. L'asserzione non avrebbe alcun valore. Regolato l'istituto così come si vorrebbe, la *cantio* ne diventerebbe elemento preponderante ed assorbente, tanto da imporne ed individuarne l'aspetto e la figura: di qui la necessità, che si sarebbe dovuta far sentire dai giuristi, di parlarne insieme con gli altri tipi di *stipulationes*. E allora noi dovremmo ritrovarne, sotto i libri *ad Sabinum* “ de verborum obligatione „, il regolamento pratico, nonchè la esposizione completa delle cause e degli effetti. Invece, di tutto questo non è traccia nelle fonti. Non dico che non se ne potesse discutere anche a proposito di danno, ma penso che pure in tema di *verborum obligatio* se ne doveva far menzione.

Si guardi invece l'ordine dei libri *ad edictum* di Ulpiano, cioè di quel sistema in cui l'obbligo alla *cautio* o alla *missio in possessionem* è indiscusso. L'istituto è studiato, descritto e sviscerato ex professo non solo nel libro LIII, che trattava dei rapporti di vicinanza (23), ma anche nel LXXXI (ai numeri 1752 - 56 della Palingenesi di Lenel), in cui si tratta *de stipulationibus*, come nei quattro libri precedenti - mentre non se ne accenna di proposito, per esempio, nel XVIII, che tratta del danno *ex lege Aquilia*, o in altri luoghi simili. Lo stesso ordine logico è osservato nel commento *ad edictum* di Paolo, il quale ne tratta nel l. XLVIII, insieme con gli altri mezzi regolatori dei rapporti di vicinanza (come Ulpiano nel LIII) nonchè pure nel l. LXXVIII, che fa seguito ai LXXII-LXXVII *de stipulationibus* (come Ulpiano nei libri LXXI da una parte e LXXVII-LXXX dall'altra). L'identico criterio sistematico è nel diritto giustiniano, dove, se non vi si insiste più in tema di stipulazione per i motivi che dopo si vedranno, se ne parla però solo a proposito dei rapporti di vicinanza: mai direttamente, ad esempio, nel l. IX del Digesto, che tratta delle azioni di danno in primo luogo.

Altro argomento a favore dell'obbligo a *cavere* si è voluto ricavare dalla

(23) Cfr. LENEL *Pal.*: nel l. LII, *op. n. nunt.*; nel l. LIII, *aqua et aqua pl. arc.*

L. 5, D. 43, 8 *Paulus* l. XVIII *ad Sab.*: “ Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio ex lege Duodecim Tabularum, ut noxa domino caveatur „

Si diceva che il testo, riferendosi certamente al danno temuto, imponeva, in forza delle XII Tavole, l'obbligo esplicito a *cavere* - indicato dalla espressione “ noxa caveatur „ - quando il danno è ancora imminente: ecco quindi, si affermava, una testimonianza testuale della *cautio*, obbligatoria già da prima che intervenisse l'editto del Pretore. Ha risposto però giustamente il Burckhard (24) che “ caveri noxa „ (anche senza bisogno di coreggere “ caveatur „ in “ sarciatur „, come fa Cuiacío e Mommsen) non indica necessariamente un tale onere esclusivo. “ Cavere „ vuol dire non soltanto prestar cauzione, ma pure “ prevenire, assicurarsi contro qualche cosa „ (25) e la prevenzione può esercitarsi anche in maniera ben diversa: per esempio imponendo coattivamente il restauro o restaurando a spese proprie ecc. ecc.

Non basta. Lo stesso autore ha osservato, dietro il Dirksen e Gotofredo, (26) come il passo non si riferisca al danno temuto, di cui non è traccia nel l. XVIII *ad Sabinum* del giurista, ma all'*actio aquae pluviae arcendae* (27), della quale invece si tratta espressamente in altri passi di quel libro.

L'obbiezione del Burckhard, questa volta, non mi sembra inattaccabile, anche se lo è nella sua parte negativa e per quanto sia stata accolta dal Bonfante (28). L'*actio a. pl. arc.* - Huschke (29) lo aveva già notato - non compete per l'*opus in solo publico*, (30) e questo è un punto fermo; ora qui, nel fr. 5, D. 43, 8 cit., mi sembra fuor di dubbio, in base alle parole della legge, che il *rivus*

(24) *Op. cit.* pag. 69.

(25) Si veda del resto FORCELLINI *Lex. ad h. v.*: “ similiter cavere sibi dicitur quicumque rem, de qua contrahit, aut *ius suum* per iuris formulas *in tuto ponit* „

(26) *Citt. in BURCKHARD* p. 70.

(27) Dello stesso avviso del Burckhard pare anche il RICCOBONO *Fontes* pag. 40 sg., che, nelle XII Tavole (tav. VII n. 8), colloca il nostro passo a spiegazione delle parole decemvirali “ Si aqua pluvia nocet... „

(28) *Op. cit.* pag. 330.

(29) *Op. cit.* pag. 211 n. 16.

(30) *Cfr.* l. 3, 3; 18 D. 39, 3: BONFANTE *op. cit.* pag. 442.

sia nel pubblico, e così mancherebbe la *legitimatio passiva* a quell'azione, alla quale il passo non può quindi riferirsi. Risponde però il Burckhard (31) come negli stessi brani 3; 18, D. 39, 3 sia detto che l'azione è legittimata pienamente quando l'opera è *in privato*, ma *locum publicum intervenit*; e qui appunto si trattava di opera fatta nel suolo di un privato, ma attraversante il luogo pubblico: onde il ricorso all'azione delle acque ed il riferimento ad essa del frammento; tanto più che il l. XVIII di Paolo ne trattava.

La risposta del Burckhard non è tale, a mio parere, da togliere ogni dubbio. Il *rivus*, è condotto, a quanto pare, in suolo pubblico e non è cenno, nella legge, ad opere iniziate su un fondo in proprietà. Il danno, che si deve prevenire o risarcire, è appunto provocato dall'acqua che attraversa il suolo pubblico e da essa solamente. La stessa concisione del giurista è per la interpretazione più semplice del passo. Il "per ..", che fa pensare, secondo il vecchio pandettista, ad un *usum publicum interveniens*, era poi l'unica frase che potesse adoperarsi nell'ipotesi: col participio "ductus ..", non si può usare, a mio vedere, che una simile espressione (32).

Inoltre l'antica *actio a. pl. arc.* delle XII tavole non contemplava verosimilmente che il caso di opera in privato ed ivi compiuta totalmente; tanto è vero che l'azione, *interveniente loco publico*, è accordata a mala pena (*agi posse*, D. 39, 3, 3) persino nel periodo classico avanzato: e Ulpiano (33) sente il bisogno, nel concederla, di appoggiarsi all'autorità di Labeone. Il richiamo a questo autore, addotto come argomento principale, fa pensare che l'azione accordata in quella ipotesi, fosse piuttosto uno sviluppo della giurisprudenza posteriore; altrimenti, come fa Paolo in D. 43, 8, 5, tornava meglio riallacciarsi direttamente alle leggi dei Decemviri.

Così mi pare ormai sicuro che per diritto quiritario non potesse mai intentarsi nel caso del fr. 5 D. cit. Senza contare che i due passi 3, 3 e 18, D. cit. parlano sempre, non di opera iniziata come tende a credere il Burckhard, ma di *opus factum*, cioè fi-

(31) *Op. cit.* pag. 69 n. 32.

(32) Del resto non è sicuro che il termine *ductus* sia un participio, perchè i soggetti della frase potrebbero essere benissimo i sostantivi *rivus* e *aquae ductus*.

(33) L. 3, 3 D. cit.: "si tamen in privato opus factum sit et publicum interveniat, de toto agi posse a. pl. arc. Labeo ait.."

nito nel fondo di un privato, mentre il luogo pubblico interviene a mala pena; e invece in D. 43, 8, 5 - anche se il *rivus* in questione si origina nel fondo in proprietà - il pregiudizio, a quanto pare, è provocato per intero da quella parte d'acqua che attraversa il suolo pubblico.

Tutto ciò collima perfettamente con un'obbiezione che non è stata fatta ancora da nessuno, per quanto, a mio vedere, evidentissima. L'azione classica *aquae pluviae* competeva solo per l'acqua piovana - o come dicono le fonti *aqua celestis* (l. 1 pr. D. 39,3) - o pura o mescolata con altre acque (34). Ora il *rivus*, di cui si parla in D. 43, 8, 5, non è un'opera diretta a modificare o incanalare il corso di *aquae pluviae*; esso è di solito formato da acqua di sorgente ed è tale pure quando non piove da gran tempo e anche d'estate. Quindi l'azione, di cui nel nostro testo, compete per il rivo, indipendentemente dalla natura specialissima del suo proprio contenuto; e così non può trattarsi di *aqua pluvia*.

Il *rivus* differisce dal gran fiume solo quanto alla grandezza (35) e per i fiumi non è data quell'azione, perchè non è piovana in generale l'acqua loro. E allora, come si poteva intendarla per i rivi? Del resto che essa non s'accordi per i *flumina*, lo prova pure un'altro fatto: i testi, che sembrano parlarne in quella ipotesi, o non vi si riferivano in origine (36) o sono interpolati (37).

Così il passo non può essere inteso come vogliono il Burckhard ed il Bonfante. Inoltre l'argomento tratto dal l. XVIII di Paolo, dove l'*actio aquae pluviae* veniva trattata per intero, non ha valore decisivo, in quanto vi si commentava non solo quell'azione, ma il regime generale delle acque (38).

(34) Si veda BONFANTE *op. cit.* pag. 428 e testi ivi citt.

(35) Cfr. D. 43, 12, 1, 1 *Ulp. LXVIII ad ed.*: "flumen a rivo magnitudine discernendum est aut extimatione circumcolentium".

(36) Come D. 39, 3, 10, 2, che, pur essendo nel titolo, non accenna mai a quella azione; tanto che il LENEL *Pal. Ulp.* n. 1284 lo colloca nella rubrica *de aqua* e non in quella *a. pl. arc.* dello stesso libro *LIII ad ed.* di Ulpiano, da cui è tolto.

(37) Come il fr. 2, 9, D. 39,3, itp. per il PEROZZI ed il BONFANTE *op. cit.* p. 445.

(38) LENEL *Paul.* n. 1887 segg., rubrica.

Il frammento 5 D. 43, 8, per concludere, non si riferiva certamente alla *legis actio damni infecti*, perchè, se no, sarebbe stato nel libro X di Paolo, *sedes materiae*, ma non riguardava neppure l'*aqua pluvia* e l'azione relativa.

Essa contemplava verosimilmente il regolamento delle acque e, in particolare, dei danni, da prevenire e risarcire, provocati da quelle incanalate. Per la natura di queste ultime, che non sono di regola piovane e quindi non legittimano all'*actio a. pl.*, e per la pubblicità del luogo attraverso il quale vengono condotte, il vicino danneggiato poteva trovarsi a subire il pregiudizio senza rimedi a sua difesa: onde la necessità, e l'introduzione da parte dei Decemviri, d'una forma qualunque di tutela, che è quella del frammento esaminato; il quale impone appunto di provvedere in qualche modo.

4. — Accettabile non mi sembra neppure l'ipotesi avanzata in un primo tempo dal Bonfante (39). L'antica *legis actio* avrebbe imposto l'obbligo, da parte del *dominus*, di abbandonare a favore del vicino la casa minacciante. Naturalmente per ottenere la *derelictio* era necessario che l'interessato desse la prova piena di un pericolo effettivo: onde la minor comodità rispetto al mezzo nuovo.

A me sembra tuttavia che il mezzo antico, ordinato a questo modo, non differirebbe molto in realtà, nonostante l'apparenza, da quello introdotto nell'editto. È vero che nella *legis actio*, come è ricostruita dal Bonfante, non ci sarebbe stata la garanzia diretta al risarcimento, onde la minor pienezza, a quanto pare; ma quest'obbligo assoluto e inderogabile non si trova neanche nel rimedio accordato dal Pretore (40). C'è invece un comando alternativo a *cavere* o a tollerare la *missio* del vicino. Non ci sarebbe stata, nell'antica forma di tutela, l'imposizione della *cautio*, ma in sostanza, la prestazione di quest'ultima od il restauro tempestivo erano l'unico rimedio, anche lì, per evitare la presa di possesso. E così l'antitesi nettissima, che Gaio pone tra l'uno e l'altro mezzo, non sarebbe più giustificata.

La differenza sarebbe stata più esteriore che reale. Nel sistema antico, com'era visto dal Bonfante, e in quello classico, sostanzial-

(39) In BURCKHARD *op. cit.* pag. 79 n. in fondo.

(40) Eccettuati, beninteso, i casi eccezionali, su cui BONFANTE *op. cit.* pag. 363 e testi citt. a n. 4.

mente, *cavere* e restaurare costituiscono l'unica maniera d'evitare una sanzione anche più grave. Che poi questa fosse l'unico comando contenuto nella legge dei Decemviri e direttamente realizzabile, mentre nel mezzo nuovo v'era anche l'ordine alla *cautio*, la cosa non importa, tra i due casi, una differenza di pienezza. Infatti il risultato pratico, nell'una e nell'altra ipotesi, è lo stesso. In un caso (tutela del pretore) la garanzia da domandare sarebbe stata nell'editto; nell'altro, sebbene non contemplata dalla legge e impossibile a richiedersi in giudizio, avrebbe portato in modo identico se prestata, a cancellare i presupposti dell'azione. Ma allora dove sarebbe la differenza decantata, se in pratica i due mezzi son gli stessi?

C'è di più. L'abbandono dell'edificio è una sanzione assai più grave di quella contenuta nell'editto del Pretore. Nel sistema classico era necessario il decorso di un certo periodo di tempo, per arrivare, attraverso il II decreto, alla *possessio coll'in bonis* (D. 39, 2, 7); invece nell'antica forma di tutela, com'era ricostruita dal Bonfante, l'abbandono avrebbe portato al possesso della casa - senza neppure quel primo stadio di custodia, sconosciuto, a mio parere, nel diritto primitivo.

Sarebbe stato quindi *plenius*, cioè più grave nella sanzione e d'un'efficacia intimidatrice più diretta, il mezzo civile quiritario che non l'altro accordato dal Pretore: anche se questo, non richiedendo molte prove, risultava più comodo di quello.

Nè si dica che la necessità di provare il pericolo imminente avrebbe portato tuttavia ad una minore pienezza della norma primitiva. Nell'editto del pretore il risarcimento s'accordava solo a danno già avvenuto, cioè quando l'effettività del pericolo non si poteva più discutere: Negli stessi casi si sarebbe avuta la garanzia o la *derelictio* anche con l'antico mezzo così come è ricostruito dal Bonfante; perchè la prova del pericolo medesimo non è difficile il più spesso, mentre, nel caso di dubbio, il Console avrebbe sempre giudicato, entro la stessa *legis actio*, a favore di chi temeva il danno, ordinando ugualmente l'abbandono. Così la differenza pratica dal rimedio più recente sarebbe stata non in una minore intensità di tutela, cioè nella minor pienezza in senso proprio, ma in una più grande scomodità procedurale, data la perdita di tempo.

A tutto questo s'aggiunga che l'ipotesi ora combattuta non ha dalla sua parte nè testimonianze di testi paralleli e neppure analogia di regolamento in istituti simili dell'antico *ius civile*: In nessuno

di questi infatti - *aqua pl. arcenda, nunt. novi operis, actio fin. regund., negatoria*, danno - appare mai la *derelictio* come sanzione realizzabile in giudizio.

Certo anche nell'epoca più antica, come in seguito, il *dominus vicinus* avrà potuto abbandonare la casa minacciante se voleva; e niente, fatto ciò, l'avrebbe mai obbligato a riparare o garantire. Ciò avviene anche nel sistema più avanzato, in regime di *cautio damni infecti* (41). Ma in nessuno di quei testi, che ne parlano, (42), è traccia di sopravvivenza d'una pretesa *derelictio* imposta delle leggi dei Decemviri.

5. — Per l' Hesse (43) le XII Tavole contenevano l'obbligo della riparazione. La *legis actio*, con cui caso per caso si realizzava il diritto di chi temeva il danno, sarebbe stata la *iudicis arbitrive postulatio*. Argomento principale in questo senso sarebbe il parallelismo, che c'è spesso nelle fonti, tra *damnum infectum* e *aqua pluvia*, la quale ultima era regolata così, precisamente.

Che l'antica legislazione imponesse l'obbligo al restauro ha pensato anche il Karlowa (44). Differiscono, le teorie dei due tedeschi, per ciò solo che riguarda la realizzazione ulteriore del diritto tutelato a quel modo dai Decemviri. Secondo il Karlowa, contro la mancanza di restauro, della casa minacciante, da parte del vicino, si faceva luogo alla *pignoris capio* della stessa: e ciò abbiamo visto come appaia oltremodo inverosimile. L' Hesse invece afferma che se il *dominus* non voleva *reficere* la casa, il vicino, che aveva ricorso contro, ne otteneva in compenso la *possessio* per restaurarla a spese di quell'altro. La teoria di questo autore, come vedesi, non è molto lontana da quella esaminata poco fa e sostenuta già dal Huschke: per quest'ultimo però la presa di possesso garantiva il diritto a stipulare, mentre nell'ipotesi dell' Hesse garantiva il diritto del restauro.

(41) Si vedano i testi citati a n. 42.

(42) D. 39, 2, 15, 2; D. 3, 5, 9, (10), 1, *Ulp. X ad ed.* "cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem dereliquere.": "liceat", vi si dice, cioè "è permesso derelinquere la casa pericolante... L'esistenza di un obbligo antico ad abbandonarla fa a pugno con questa possibilità riconosciuta a mala pena persino nel delitto classico.

(43) *Rechtsverhältn. zwischen Grundstucksnachbarn I* pag. 172 e sg.

(44) *Röm. Rgesch. II* pag. 481. - Sostanzialmente dello stesso avviso il Wlassak *R. Prozegg. I* p. 263, sulle cui idee ritorneremo.

La tesi del Burckhard, (45) nonostante l'apparenza e le parole stesse dell'autore, non è in realtà molto diversa da quella dell'Hesse ora descritta. Obbligo alla riparazione raggiunto per vie torte; diritto di compiere i restauri da parte del vicino minacciato; rimborso delle spese di *refectio* con la *legis actio sacramento in personam* o per *iudicis arbitrive postulationem*: tale è la sua opinione, brevemente. La divergenza fra i due autori sta in questo che per l'uno (Hesse) la *legis actio*, di cui Gaio fa menzione, ordinava il restauro o la presa di possesso, per l'altro invece dava diritto al rimborso delle spese compiute dal vicino. Il regolamento pratico però appare identico nella ricostruzione dell'uno e dell'altro romanista. Per tutti e due c'era l'obbligo ed il comando, nelle XII Tavole, di restaurare l'edificio minacciante (46): l'attuazione della cosa era garantita dalla legge con la presa di possesso, nell'ipotesi dell'Hesse; mentre, per il Burckhard, la presa di possesso si realizzava per *manum* senza l'intervento del pretore (47) e l'*actio legis* competenza solo quanto al rimborso delle spese.

Ora lasciamo andare l'attuazione dell'obbligo contenuto nella legge, il quale del resto non differisce molto, a mio parere, da quello immaginato dagli autori ora citati. La teoria dell'Hesse, del Karlowa e del Burckhard, in quello che essi hanno di comune, mi sembra errata appunto nel proprio presupposto, nella base.

Nelle XII Tavole non poteva esserci un'ordine od un obbligo a restaurare la casa minacciante. Esso sarebbe stato appunto un onere reale pari a quello della *servitus oneris ferendi*. Ciò è contrario al concetto primitivo della proprietà romana, che è un diritto assorbente, assoluto, ed immune da pesi (48), persino nel sistema classico avanzato. Lo stato poteva imporre limitazioni, anche nell'età meno recente, ma esse consistevano in obblighi di non fare per lo più, quasi mai in oneri attivi, che avrebbero intaccato profondamente la natura del *dominium*. Questi oneri inoltre, se ci

(45) Esposta a pag. 71 e sg.

(46) Anche per il BURCKHARD *op. cit.* pag. 72; secondo il quale la norma era concepita nel modo seguente: " Domini aedes infirmas reficiunto, quod ni volunt, vicino propter damnum infectum reficienti dispendium computare ius est. "

(47) *Op. cit.* pag. 73.

(48) Cfr. i noti scritti del BONFANTE *Diritto Romano*, 1900, pag. 260 e sg.; *S. G. V.*, II, pag. 17 e sg.; *Ist.* pag. 248; *Storia del dir. rom.*, I, pag. 177 e segg.

sono, nel diritto quiritario sono imposti e dettati solamente da necessità pubbliche, sociali e religiose; (49) mai da interessi esclusivamente individuali che si vogliono tutelare.

La norma delle XII Tavole richiamata dal Burckhard, (50) " Viam muniunto: ni sam (eam) delapidassint, qua volet iumento agito „ non è affatto una limitazione imposta da necessità private. I proprietari confinanti sono tenuti a conservare la strada in buono stato, non per l'interesse dei vicini, ma per quello di coloro che debbono comunque attraversarla: Interesse per ciò di tutta una comunità, e neppure d'essa sola. Quindi non si può addurre quella legge a favore della tesi che combatto. La sua ratio generale è ben diversa da quella che impone una tutela contro il danno da temere ed eccezionalissima com'è, e di diritto pubblico, ha un valore analogico, per l'istituto nostro, quasi nullo.

Le altre limitazioni della proprietà, riconosciute dal diritto quiritario, sono obblighi sempre *in non faciendo*, se dettati da motivi di interesse singolo, privato. (51) Gli obblighi di fare da parte del *dominus vicinus* si riducono tutt'al più alla necessità di restituire nello stato precedente la cosa, che s'è modificata con la propria attività: come nell'*actio a. pl. arc.* (dove si richiede appunto l'*opus manu factum*) e nella *nunt. n. op.* (52). Nel caso nostro tutto ciò sarebbe per avventura concepibile, se il danno era temuto per un *facere*, nel senso di obbligare l'autore dell'opera a rimettere in pristino le cose. Invece non è affatto corrispondente alla natura del dominio primitivo ordinare la *refectio* nel caso di danno prodotto *vizio aedium*; difatti non c'è stata alcuna attività del proprietario, che abbia causato il pericolo dapprima e, dopo, la lesione. Come im-

(49) Cfr. BONFANTE *Corso II, 1* pag. 232: " essi sono rari o dissimulati dal carattere amministrativo o locale ecc. „

(50) *Op. cit.* pag. 76. La riporto nella dizione che pare più corretta: Cfr. RICCOBONO *Fontes* pag. 40 n. 7.

(51) Un onere *in faciendo* è l'obbligo di restaurare la colonna nella *servitus oneris ferendi* (cfr. per tutti BONFANTE in *Studi per Ascoli*), però esso non è imposto direttamente dalla legge, ma dalla volontà privata di chi ha costituito una servitù a tale contenuto.

(52) Così pure nell'*actio negatoria* (cfr. BONFANTE *Corso II, I* pag. 426 e segg.) Anche nell'*actio legis Aquiliae* (cfr. ROTONDI *Riv. di Dir. Comm., XIV, I, pag. 956*) e nell'*actio de pauperie* si richiede sempre una attività dannosa che legittima all'azione: cfr. da ultimo ROBBE in *R. I. S. G., 1932, pag. 9 sg.* dell'estre-

porre quindi ad un romano l'attività diretta a restaurare l'edificio? *In suo*, se non c'è *immisio* sul fondo del vicino, egli fa legittimamente ciò che vuole (l. 24, 12; 26 D. 39, 2) e perciò, a maggior ragione, non può essere tenuto a compier nulla.

È difficile ammettere, nel sistema primitivo, un onere *in faciendo*, che non c'è neppure nel diritto classico avanzato, in regime di cauzione. Ha ragione il Burckhard (p. 21) quando dice che alla *refectio* si doveva arrivare per via torta, ma egli cade in contraddizione con sè stesso, quando afferma che la norma imponesse comunque di *reficere* ("domini... reficiunto,,).

D'altra parte non ci si può allontanare del tutto, esaminando il mezzo antico, dal rimedio pretorio più recente; sarebbe errato stabilire tra i due mezzi un taglio troppo netto. Ora, nell'Editto, l'obbligo al restauro non solo non compare, ma non se ne trova mai un accenno; quindi è difficile che ci fosse nell'antico *ius civile*. È impossibile difatti che nel cammino del diritto si sia proceduto in senso inverso da come vorrebbe il principio evolutivo: Quell'obbligo, se ci fosse stato nel sistema quiritario, doveva pure conservarsi, anche dopo il I° secolo a. c., e rimanere, se non altro come base e presupposto dell'obbligo a *cavere*: invece non ne è rimasta traccia alcuna.

Del resto gli altri passi, addotti dal Burckhard, che impongono i restauri, come ha osservato già il Bonfante (53), o sono dell'epoca classica più tarda (54) o sono bizantini (55): e quindi non si può da essi argomentare per il periodo quiritario, quando il concetto del dominio era ancora assai più rigido.

Rimarrebbe così solo la *Lex Iulia Municipalis*, cap. II, che è dell'anno 45 - 47 a. c.; (56) ma essa impone ai possessori di case l'obbligo di tenere in buono stato la strada che corre lungo i propri fondi. Si tratta di via pubblica da riparare nell'interesse di chi passa e della *civitas*. La limitazione è di diritto pubblico e non può addursi in un rapporto qual'è il nostro, che, nel suo conte-

(53) In BURCKHARD *op. cit.* pag. 79 n. ; *Corso II, I* pag. 331.

(54) *Pap. de cura urb.* libro D. 43, 10, 1, 1; *Paul. l. I sent.* D. 39, 2, 46; *Val., Grat. et Valent.* (a. 377) C. 8, 10, 8. Si potrebbe aggiungere anche l'*Epist. Hadriani ad Adrianop.* ecc. (a. 128): RICCOBONO *Fontes* pag. 325 sgg.

(55) D. I, 18, 7: Itp.: cfr. *Index ad h. l.*

(56) Si veda RICCOBONO *Fontes* pag. 109 e sgg., pag. 112.

nuto generale, è di puro *jus civile*: lo dimostra il fatto che - a testimonianza di Gaio medesimo - si fa valere, non in via amministrativa, come avviene per lo più nei casi addotti dal Burckhard, ma con vera e propria *legis actio*.

L'ipotesi, poi, di questo autore incontra un'altra difficoltà particolare. Non si poteva chiamare *legis actio damni infecti* un'azione, che, secondo quell'ipotesi, è diretta al rimborso di spese impiegate nei restauri. Il danno, avvenuta la *refectio*, non minaccia più e non può più minacciare, non è più *infectum* o *temuto*. La pratica così darebbe torto all'espressione, *damni infecti*, la quale invece, specialmente nei sistemi primitivi, nasce sempre ed è dettata dalla pratica effettiva.

Le stesse parole del giurista, Inst. IV, 31, con l'antitesi nettissima che pongono, danno torto alla tesi del Burckhard. Nessuno, dice Gaio, ricorre più al rimedio antico, ma preferisce obbligare l'avversario con la *stipulatio damni infecti*: come s'è già visto (p. 3), il confronto tra i due mezzi è fatto proprio quando il danno è allo stato di minaccia e nulla s'è tentato per fermarlo: tanto è vero che, nel procedimento del Pretore, si richiede la *cautio* preventiva. Il privato - Gaio vuol dire proprio questo - preferisce la forma nuova di tutela del danno *temuto* alla forma antica di tutela del danno *temuto*. Se questa fosse consistita in un rimborso di spese già impiegate, come vuole lo scrittore tedesco, non poteva più il giurista confrontare il momento in cui si esperisce l'azione quiritaria col momento in cui si domanda la cauzione; perchè, restaurato l'edifizio, il vicino non è più a tempo a domandar la *stipulatio*. I momenti, se fosse vera l'ipotesi del Burckhard, non sarebbero quindi più gli stessi ed allora imprecisa e scorrettissima si rivelerebbe la contrapposizione del giurista (57).

Ammenochè non si voglia riferire il "lege agere", a tutto quel complesso di atti consistenti nell'immissione in possesso della cosa minacciante e nelle operazioni di restauro. Il "lege agere", indicherebbe così un'attività extra processuale e materiale e allora si potrebbe benissimo parlare di *damnum infectum*, perchè appunto quegli atti sarebbero diretti ad evitare, con i restauri tempestivi, il danno futuro; i momenti, in cui vengono confrontati il mezzo an-

(57) Cfr. anche indietro pag. 3.

tico e il più recente, sarebbero gli stessi e l'espressione di Gaio non più così imprecisa. Però è indubitabile che "lege agere", nel linguaggio del giurista, significa ogni volta intentare una tipica *legis actio* e non può tecnicamente riferirsi se non ad una attività di procedura; mai ad un caso di ragion fattasi, quale sarebbe la presa di possesso nella tesi di Burckhard (58).

Insomma la *legis actio damni infecti*, anche a parte l'espressione del giurista, per chiamarsi a questo modo doveva essere esperita quando il danno era ancora da temere; mentre non si sarebbe chiamata mai così, se si fosse potuta esercitare solo quando il danno, per essere stato evitato a tempo, non era più allo stato di timore. Quanto poi alla possibilità di immettersi in possesso da per sé, come vorrebbe il Burckhard (p. 72), la cosa è contraddetta da quello che era normalmente il campo della tutela privata. La quale, sebbene diffusissima, si esplicava, tutt'al più, solo in difesa "della proprietà o del possesso di una servitù, per opere fatte in privato o in pubblico", (59), quindi fuor del nostro campo; dove non c'è, almeno per il danno *vicio aedium*, nè *opus* da distruggere nè lesione di proprietà o di servitù.

Mancando una testimonianza diretta delle fonti, facendo difetto una testimonianza analogica persino, opponendosi la stessa natura fondamentale del dominio: tutto porta ad affermare ed a concludere che l'antica norma non potesse contenere neppure l'obbligo al restuaro. Il quale - realizzabile o no direttamente - avrebbe importato un onere *in faciendo*, imposto da interessi puramente privati e contrario, per ciò stesso, al contenuto del dominio primitivo.

6. — Rimane infine l'ipotesi più recente del Bonfante: (60) L'antico mezzo - *legis actio sacramenti in personam* o *per iudicis arbitrive postulationem* - consisteva in un'azione *ex delicto* (61) per

(58) Che il "lege agere", si riferisca a questo momento, non a quello processuale, esclude implicitamente lo stesso BURCKHARD *op. cit.* pag. 72 n. 79.

(59) RICCOBONO *Communio* pag. 69. Si veda a pag. 64 sgg. della stessa opera un'ampia trattazione sull'argomento.

(60) *Corso II, I*, pag. 331 sg.

(61) Sulla sua qualità di *actio ex delicto* ricavata dalla Palingenesi dei libri *ad Sabinum* si veda già, per esempio, KARLOWA *R. Rg. II* pag. 480, che ne trae però deduzioni, a mio parere, errate: cfr. in seguito.

il conseguimento di “una penalità fissa o fissata sulla base del danno temuto”. Non bastava domandare in via sommaria la tutela, ma occorreva provare il pericolo imminente; onde la sua minor piechezza, come dice Gaio stesso.

Argomenti positivi in favore della tesi sono la connessione del nostro istituto, nei libri *ad Sabinum*, col furto, coll'*actio de arboribus succissis* ecc., che sono *actiones ex delicto*; nonchè l'inesistenza, nel diritto quiritario, di nessun altro tipo d'azione, oltre l'*actio ex delicto*, da contrapporre, per i rapporti personali, a quella *ex contractu*. Da ciò la necessità di una pena preventiva, che spingesse a garantire o comunque a rimediare in qualche modo.

L'ipotesi è stata già sfiorata dal Burckhard, (p. 74 e sg.) il quale, però, pur vedendovi una analogia nel *positum et suspensum*, la respinge in modo netto. I motivi ad ogni modo, per i quali non l'accoglie, mi sembrano un pò deboli. Qualcuno di essi costituisce anzi un argomento a favore della tesi combattuta. Per esempio con l'attenzione fissa - da parte del vicino - che la norma primitiva avrebbe richiesto e con l'esiguità possibile della somma comminata, il mezzo sarebbe stato insufficiente, questo è vero: ma non è appunto la conferma della bontà di questa tesi? Se l'azione accordata dai Decemviri non fosse stata insufficiente, inutile introdurre nell'editto un mezzo nuovo!

La minore comodità della procedura quiritaria, con l'obbligo di provare il pericolo effettivo, com'è nell'opinione del Bonfante, non mi pare, d'altronde discutibile: così resta provato, fin da ora, anche il secondo requisito (“*commodius* ecc.”), cui si accenna dal giurista.

Ancora una volta, in poche righe, il Maestro ha detto la parola più serena. Un esame dettagliato di tutto l'istituto, la testimonianza dei pochi indizi che ancora possediamo, l'analogia con altre ipotesi, l'esclusione stessa di regimi ordinati in diverso modo sono tutti argomenti favorevoli alla Sua ricostruzione; la bontà della quale cercherò di dimostrare e precisare.

7. — Come s'è visto, dalla disamina si possono fissare, sicuri e indiscutibili, solo alcuni punti, più che altro negativi.

L'antico mezzo, o meglio l'antica norma non imponeva un obbligo a *cavere* od a *reficere*: ciò sarebbe stato contrario alla natura del dominio quiritario.

Era un mezzo preventivo - onde le parole *damni infecti* - diretto ad evitare il danno, quando questo si temeva.

Non poteva inoltre consistere nella *legis actio per pignoris captionem* in base a tutto quello che si è detto, come neppure in quella *sacramenti in rem* per ragioni evidentissime. L'azione reale era concepibile solo nel caso d'*opus novum* costruito *in suo* contro il diritto del vicino minacciato (*vindicatio servitutis*), o d'opera comunque che costituisse *immissio* nel fondo del vicino: onde la *negatoria* di quest'ultimo; mai nell'ipotesi normale di danno temuto *vitio aedium*: Qui, non riparando a tempo l'edificio, non c'è diritto di dominio o di servitù che si venga ad intaccare, quindi manca la legittimazione a un'*actio in rem*.

Mi sembra da escludere ugualmente la *condictio*, data l'epoca recente di quest'ultima (fine del III secolo a. c.), posteriore certamente all'antico mezzo che studiamo: come pure la *manus iniectio*, accordata solo in pochi casi voluti dalla legge e per gravi inadempienze.

Rimangono così la *iudicis arbitrive postulatio* e la *legis actio sacramenti in personam*: con una dalle due doveva quindi realizzarsi la norma del diritto quiritario. Da questo punto fermo procediamo avanti nell'indagine.

Come doveva essere formulata quella norma? A parte la sua attuazione nella pratica, l'analogia con un altro precetto dei Decemviri, che si riferisce, s'è già visto, al regime delle acque (D. 43, 8, 5, cfr. § 3) ce lo dirà meglio di ogni altro indizio.

Si tratta, in quel caso, di evitare ed arrestare i danni che un condotto d'acqua (*rivus*) può portare ad un vicino, sia che il rivo si trovi in suolo pubblico o in privato (62). Le XII Tavole non impongono affatto di prestare una *cautio* preventiva o di *reficere* il condotto o di intervenire comunque su di esso per fermare il danno che minaccia: infatti non potevano imporre ad un privato,

(62) " Si ... rivus ... privato ... nocebit „: *nocebit* significa, come spesso questi futuri, *nocere poterit*: cfr. ad es. D. 40, 7, 21 pr. cit. in RICCOBONO *Fontes* pag. 40 n. 8 a A. Il fr. 5 D. 43, 8 non si riferisce, come ho cercato di dimostrare a § 3, all'*a. pl. arc.* Lo stesso LENEL *Ed. Perp.* (1^a ed.), § 176, che riferiva il passo all'*a. pl.*, fin dalla 2^a ediz. dell'*E. P.* lascia insoluta la questione, rimandando al KARLOWA o. c. p. 483, che è contrario, per quel caso, all'*a. pl.* Cfr. anche PARTSCH *SZ*, XXXI, p. 424.

che originariamente, forse, operava *in suo*, un determinato comportamento attivo, perchè ciò era contrario - s'è ripetuto tante volte - alla natura del dominio arcaico. D'altra parte, date le necessità imposte dai rapporti di vicinanza e dalla convivenza sociale, i Decemviri dovevano pur pensare a provvedere in quell'ipotesi; e allora emanano il precetto proprio nella forma, a mio parere, in cui Paolo ce l'ha conservato in quel frammento. Essi impongono semplicemente che il *dominus* del rivo faccia in modo *ut noxa caveatur*: cioè, in sostanza, essi comandano ogni volta che si provveda al danno del vicino, senza dare tuttavia ordini specifici o precisi, che a un proprietario, in quell'epoca lontana, è impossibile di dare. L'importante è che il pregiudizio non si verifichi o venga riparato. Pensi la parte a regolarsi come meglio le conviene. Solo, la norma c'è e dev'essere comunque rispettata.

Fin qui mi sembra che la cosa sia evidente. L'analogia con questo caso molto simile ha gran valore per ricostruire lo stato del diritto intorno al *damnum infectum*.

“ Si aedes opus arbor vicino nocetur, erit actio privato ut noxa caveatur „. In questi termini generici doveva essere formulata press'apoco la norma dell'antico *ius civile*. Così essa poteva regolare quel rapporto pur senza ledere la compattezza rigida dell'antico dominio quiritario.

8. — Avveniva spesso, ad ogni modo, che il domino - invitato - non volesse provvedere al danno minacciante. Come ne era costretto dalla legge dei Decemviri o meglio attraverso quel rimedio che Gaio ci ricorda? Certo, se si trattava d'*opus novum* illecitamente costruito, le azioni di proprietà soccorrevano benissimo, ma in tutti gli altri casi? Se la minaccia veniva da una casa, per esempio? Con l'azione non si sarebbe potuto mai ottenere direttamente un determinato comportamento del vicino, per lo stesso motivo per cui s'è visto che la legge non poteva comandarlo.

In sostanza, per salvare il rapporto dalla vanità del risultato, per tutelarlo in modo pieno, era necessario condurlo fuori da quelli che sono i normali rapporti di vicinanza. Attraverso i diritti reali e gli oneri reali non era possibile provvedere a un caso così tipico. L'indipendenza del *dominus* romano s'opponne nettamente. Essa impediva la risoluzione della controversia, dato che, con le sanzioni dei diritti sulle cose, non si sarebbe arrivati a un risultato pratico o sicuro.

Va bene che con la *nunt. n. op. iuris nostri conservandi causa* (63) si otteneva spesso (64) la demolizione di un'opera qualunque anche nel fondo del terzo; ma ciò avveniva solo nei casi in cui s'era leso un diritto di qualcuno, che poteva così ridurre in pristino le cose come l'avrebbe fatto, in modo uguale, con l'*actio negatoria* o la *vindicatio servitutis* (65): Qui non c'è limitazione per il *dominus*, anche se gli si impone di demolire totalmente, ma respinta di una *immissio* volontaria.

(63) Cfr. BONFANTE *op. cit.* pag. 378 sg. e testi citt.

(64) La *n. n. op.* è di origine civile (cfr. BONFANTE *op. cit.* pag. 371 sg. e aut. citt. a pag. 370 n. 2); per questo dico "si otteneva „. Intendo qui confrontare la *legis actio damni infecti* con gli altri mezzi del diritto quiritario, non con quelli classici più numerosi certamente ed a tutela più completa.

(65) Cfr. D. 43, 25, 1, 3 *Ulp. LXXI ad ed.* "Ius habet operis novi nuntiare, qui aut dominium aut servitutem habet „. Quanto poi alla *n. n. op.* accordata contro chi fa un'opera qualunque senza ledere un diritto di proprietà o di servitù del suo vicino (*op. n. n. damni depellendi causa*: D. 39, 1, 1, 16 e 17), o l'opera era *in alieno* ed allora il vicino, distruggendola, compiva una attività nel proprio fondo e l'intangibilità del dominio quiritario era salva; oppure l'opera era *in suo* ed allora non credo che l'antico diritto, se non veniva a ledersi con essa un *ius servitutis*, ne imponesse la demolizione in base alla denuncia. Nel periodo classico sono quattro i casi in cui si parla di cauzione obbligatoria per *facere in suo*: a) D. 8, 5, 11, 2 *Alf. II digest.* Ma qui l'opera lede verosimilmente un diritto altrui di servitù: "de servitute agere oportere „, dice Alfeno; b) D. 8, 2, 29 *Pomp. XXXII ad Q. Mucium*: "Si quis igitur ex eo foramine, ex quo servitus non consistit, damnum vicinu sensisset ecc. „. Qui siamo in tema di *immissio* (tanto che si poteva esperire anche la *negatoria*), perchè si tratta evidentemente di invasione d'acqua (cfr. anche BONFANTE *op. cit.* p. 343) come mostrano le parole in corsivo, dove "aquae „, è certo sottintesa dopo "servitus „. - c) D. 39, 2, 24, 7, *Ulp. LXXXI ad ed.* (forno costruito *in proprio*: cfr. anche l. 23, 10 D. 9, 2) - d) D. 39, 2, 24, 12 *Ulp. eod.* (fosso scavato nel mio fondo da me stesso): Questi ultimi potrebbero essere due casi in cui l'*immissio* non c'è ancora - cfr. anche BONFANTE *op. cit.* pag. 357 e sgg. - eppure si può chiedere la *cautio damni infecti* per il danno minacciante, la quale sarebbe garantita da tutta la procedura della *n. n. op. damni depellendi causa*; ma per arrivare a un risultato pratico con questa, si sa bene, è necessario l'*interdictum demolitorium*, che è il nuovo mezzo del Pretore: l. 20 pr. D. 39, 1 *Ulp. LXXI ad ed.* Ora, la tutela realizzabile con esso mi sembra difficile, anzi impossibile, che fosse accordata nella denuncia dell'antico *ius civile*, perchè essa avrebbe intaccato la pienezza del diritto di dominio di chi aveva costruito legittimamente *in suo* senza *immittere in alienum*. Solo il Pretore del periodo classico può far ciò con i mezzi che ha a disposizione, ma non lo poteva lo *ius civile* entro il proprio rigidissimo sistema.

Pure nel regolamento dell'*aqua pluvia nocens* si comanda la riduzione in pristino dell'*opus* (66), ma lì c'era stata una precedente attività, che aveva leso il diritto d'un singolo con una immissione nel suo fondo (67). In base appunto a questo diritto reale leso, nei due casi ricordati, anche il successore a titolo particolare dell'autore dell'opera dannosa doveva prestare la *patientia destruendi* all'avversario (68). Ma, nel danno temuto *vicio aedium*, non c'è *iniuria* in questo senso, non c'è stata un'attività pericolosa del vicino, non c'è *immissio*. Come fare?

L'unico rimedio era quindi, come ho detto, di uscire dai rapporti di vicinanza, regolati in base ai diritti reali lesi; e così si deve essere fatto certamente: per questo nei *libri ad Sabinum* il danno temuto non è trattato insieme con le azioni di proprietà, di servitù o di possesso (Pomp. l. XXX - XXXIII; Paul. XIV - XV), ma lontano: Pomponio l. XXI, Paolo X; mentre l'*actio a. pl. arc.* è esposta, si può dire, insieme ad esse: Pomp. l. XXXIV, Paul. XVI.

Uscir fuori dai diritti reali, che non offrivano tutela sufficiente, voleva dire, senz'altre alternative, entrare nelle azioni penali, da delitto. Solo attraverso queste, comminando cioè una pena adatta, si poteva fare qualche cosa per vincere la riottosità del proprietario, solo così provvedere contro il danno futuro ed imminente: Imposizione di una pena, si badi, e non presa di possesso ai fini del restauro. Innanzi tutto, difatti, se il vicino fosse potuto entrare nel fondo minacciante per rimettere in pristino le cose e per ciò solo, tutto sarebbe andato come nell'azione *aquae pluviae*: e allora perchè non commentare insieme i due istituti, nei *libri iuris civilis*? Poi, in quel caso, il diritto di restaurare da sè stessi non sarebbe stata più una punizione contro il proprietario renitente, ma una diretta attuazione del diritto leso dall'avversario: e così non si spiegherebbe perchè il danno temuto è connesso, nei *libri ad Sabinum*, con gli istituti che fanno luogo ad una pena (p. 30).

Infine la facoltà di restaurare si sarebbe potuta ottenere o *per manum* o comunque con un'*actio*. In questo secondo caso (sostan-

(66) Cfr. BONFANTE *op. cit.* pag. 449.

(67) BONFANTE *op. cit.* pag. 425 sg.

(68) Si veda BONFANTE *op. cit.* pag. 386 per l'*op. n. n.*; pag. 449 per l'*actio a. pl. arc.*

zialmente è l'ipotesi di Huschke e dell'Hesse) sarebbe stato come riconoscere un diritto reale al restauro, tanto è vero che esso si attuava con una azione; cioè una facoltà di compiere una cosa così grave nel fondo di un terzo, che tuttavia non finiva, per ciò solo, di rimanere proprietario: L'urto con l'indipendenza del dominio non poteva esser più stridente.

Nel primo caso (in sostanza è la tesi del Burckhard) le difficoltà non sono meno insuperabili. Infatti la tutela del danno temuto, come dice Gaio, si doveva ottenere con un'*actio*, e la difesa privata non è azione. Va bene che già nelle XII Tavole era permesso di entrare nel fondo confinante per raccogliere i propri frutti ivi caduti (69). Questa è una limitazione, ma giustificata dalla necessità di ritirare cose proprie; tanto è vero che per esse compete anche l'*actio ad exhibendum* (70) e quindi la rivendica. Nel caso nostro invece, secondo la tesi del Burckhard, si tratterebbe di permettere l'accesso del terzo, solo perchè questi agisca su cosa altrui direttamente e in fondo altrui rimasti tali: È un po' forte! Ad ogni modo rientreremmo, in questa ipotesi, nel regolamento normale dei rapporti di vicinanza ed allora non sarebbe giustificata, pure qui, la posizione dell'istituto nei *libri ad Sabinum*.

La sanzione comminata dalla legge, invece, doveva essere tale in senso stretto; non realizzazione d'un diritto su cosa altrui, che non si poteva, senza illecito dell'altro, menomamente riconoscere, ma punizione dell'inattività da parte del vicino di fronte al danno minacciante. La norma Decemvirale imponeva al proprietario della casa di evitare il danno in ogni modo. Se quegli non faceva nulla, non restava che indurvelo punendolo. Non già fermare direttamente il pregiudizio dando al minacciato la possibilità di agire *in alieno*, la qual cosa non è ammessa; ma colpire la renitenza del proprietario responsabile, anche senza andare contro i principi generali del dominio.

La natura penale dell'antico mezzo è dimostrata del resto da altri indizi. Prendiamo per esempio la famosa norma " Viam mu-

(69) *Actio de glande legenda*: Plinius, N. H. 16, 5, 15 in RICCOBONO *Fontes* pag. 41 n. 10.

(70) Cfr. BONFANTE *op. cit.* pag. 282.

nunto ecc. „ È uno dei pochi casi in cui si impone un'attività (il “munire „) al *dominus* romano (71). Però, anche lì, se il vicino non restaura, non c'è mezzo diretto per costringerlo, non c'è quindi vero e proprio diritto al *munire* da parte degli interessati. La seconda parte del precetto commina invece una sanzione. Essa non contiene difatti una autorizzazione pienamente tutelata al passaggio nel fondo dei proprietari confinanti, cioè una estrinsecazione del diritto, che ha la comunità, di attraversare quella via; ma una pena vera e propria, che induca i privati a provvedere.

“Qua volet jumento agito „, fa pensare ad un castigo più che ad altro. Non si vuole in sostanza facilitare il passaggio dei carri o del bestiame (che non so se ne sarebbe stato più comodo tra sterpi ed altri ostacoli nel fondo del vicino, piuttosto che nella strada, sebbene mal tenuta); però si autorizza chiunque passi ad attraversare in tutti i sensi, e come e quando voglia - “qua volet „ - il fondo del privato riluttante, senza eccezioni o limiti di sorta. Ed anche se quest'ultimo ha una strada carreggiabile, che sostituisce pienamente la via pubblica, il passante può attraversarne lo stesso il giardino, il campo, il coltivato, magari con danni irreparabili e gravissimi: Il “qua volet „, è esplicito abbastanza in questo senso.

La seconda parte del precetto decemvirare contiene così una punizione per indurre comunque i proprietari a tenere in buono stato la strada intercorrente. È un castigo, non un soddisfacimento del diritto, che hanno tutti, di attraversare quella strada. Il caso è molto simile a quello del danno temuto. Anche qui dunque è più probabile che il rimedio, contro chi non voleva riparare, avesse carattere penale.

9. — Ma non basta. Anticipando quanto dirò in seguito, ricordo che la *missio in possessionem*, nel diritto classico, non è un mezzo per farsi ragione da sè e per restaurare l'edificio, ma una *pena* contro chi non ha voluto garantire. Orbene è facile pensare che la *missio* fosse costruita precisamente a quel modo perchè, in antico, contro il proprietario renitente, si provvedeva con una pena pure allora.

(71) L'imposizione, ad ogni modo, è giustificata dalla pubblica necessità e dal fatto che il restauro deve compiersi su cosa pubblica, non già sul proprio fondo.

L'immissione classica, in quel senso, è pienamente concepibile e meglio comprensibile in quanto apparirebbe come la continuazione d'una pena, qualunque essa fosse, già riconosciuta dai Decemviri; altrimenti non riuscirebbe tanto facile spiegarne una caratteristica, che la rende così diversa dagli altri casi di *missiones*. Così, ragioni storiche evidenti, o meglio ragioni di concetti arcaici sopravvissuti, le avrebbero imposto una tale specifica natura.

A favore d'un'*actio ex delicto* si possono addurre altri argomenti. Quello che segue, molte volte ricordato, è indiscutibile e sicuro.

Il danno temuto, l'ho già detto, è commentato nelle trattazioni di diritto civile sempre con le *actiones ex delicto*: In Paolo nel *l. X ad Sab.* (Paling. n. 1810 - 13) con la *lex Aquilia* (Pal. n. 1805 - 9) e con l'*iniuria* (n. 1814 - 16) (72), subito dopo il *l. IX* che è *de furtis* (Pal. n. 1787-802) e *de arboribus succisis* (n. 1803-4). In Pomponio nel *l. XXI ad Sab.* (Pal. n. 680-83) (73) insieme con la *condictio* (n. 684 - 86), ma quel libro viene dopo il *XIX* che tratta *de furtis* (Pal. n. 664-74) e *de arboribus succisis* (n. 675). In Ulpiano, per finire, nel *l. XLII ad Sab.* (Pal. n. 2889-94) col furto (n. 2876-86), con l'*actio de arboribus succisis* (n. 2887), con la *lex Aquilia* (n. 2888) e con l'*iniuria* (n. 2895 sg.).

Come si vede, la Palingenesi porta necessariamente alla costruzione che sostengo.

Il Karlowa è dello stesso avviso. Egli però, venuto a precisare quale poteva essere il mezzo quiritario, lo raccosta troppo all'azione *de pauperie* in base alla famosa *l. 7, 1 D. h. t.* Ma questo passo è certamente interpolato (74) proprio nel punto in cui è fatto il raccostamento fra cose inanimate ed animali.

Il nostro istituto è configurato del Karlowa come quello in cui non si risponde per la colpa del padrone, ma per quella, si può dire, della *res* (75), per l'*iniuria* di quest'ultima. E così, come nella *pauperies* per il *quadrupes*, pure qui la sanzione penale consisterebbe nell'obbligo di cedere la cosa danneggiante. Però, siccome questa, a

(72) Poi viene la *condictio*: Pal. n. 1817-27.

(73) Fors'anche nel libro XX: Pal. n. 676-79.

(74) Cfr. BIONDI *Actiones noxales* pag. 27 sg.; BESELER *Beiträge, II*, pag. 87.

(75) Similmente anche il PERNICE *Labeo* pag. 117.

danno già avvenuto, ha finito di essere quella che era stata (“desierit extare”), non la si può più dare a *noxæ*, dice lo storico tedesco, ed ecco la necessità di un mezzo tempestivo, che è la *pignoris capio* del corpo responsabile, cioè una cessione preventiva della casa.

Ora, qualunque sia il regolamento pratico dell'istituto che studiamo, la impostazione sistematica, che ne fa il Karlowa, mi sembra errata ad ogni modo.

Si tratta d'un delitto e questo è vero, ma come può parlarsi d'un delitto della *res*? Potrebbe parlarsene, se mai, quando questa ha provocato il pregiudizio, che prima si temeva; ma quando c'è solo il timore o la minaccia anche evidente, non c'è *iniuria* da parte dell'edificio, per la semplice ragione che ancora non c'è lesione di diritto.

La *pignoris capio*, in conseguenza, non può configurarsi come una sanzione contro quell'*iniuria*, finchè il danno non s'è verificato (76). Non resta, così, che concepirla come un mezzo qualunque per farsi ragione da sè: ma allora non sarebbe più un'azione per il delitto della casa e non si spiegherebbe il posto, che l'istituto occupa nel sistema di Sabino.

Se la responsabilità, nell'antico diritto come pure nel pretorio, è a danno ancora da venire, non può assolutamente parlarsi, in quel momento, di *iniuria* o di colpa della cosa inanimata. Perciò il *delinquere*, per il quale si risponde, non può essere che del proprietario della *res* e la sanzione sarà diretta naturalmente contro lui. Vedremo in seguito, d'altronde, come si arrivi a concepire un *delinquere* di chi non ha fatto nulla contro il vicino minacciato, cioè una responsabilità in *non faciendo* anche prima che il danno si verifichi.

Per concludere, il fatto che il *damnum infectum* fosse considerato insieme con le altre azioni *ex delicto*, data la identità dei termini “*poenalis*”, e “*ex delicto*”, (77), mostra l'inconsistenza delle rico-

(76) Gli stessi frammenti adottati dal Karlowa (24, 3; 18 D. citt.) parlano di *iniuria* - ma non di *iniuria* delle cose - solo a danno già avvenuto.

(77) La cosa è ormai pacifica. Cfr. DE FRANCISCI *Sulla intransmiss. delle az. pen.* pag. 8 sgg.; ALBERTARIO *B. I. D. R.*, 1913, pag. 97 sgg.; BONFANTE *Ist.* pag. 109; BIONDI *Act. nox.* p. 52 sgg.; SEGRÈ in *Studi per Bonfante*, v. III pag. 561 n., 568 n. sg.

struzioni elencate fino ad ora: in nessuna delle quali c'è mai accenno a una sanzione, che consistesse comunque in una pena vera e propria.

10. — L'importante è quindi di stabilire almeno approssimativamente, se è possibile, la natura, la fisionomia di quella pena.

Essa poteva consistere, per ipotesi, o nella condanna ad una somma di denaro o in una sanzione simile a quella che le XII Tavole comminano contro chi non restaura la via; nel nostro caso, quindi, in una presa di possesso della cosa minacciante, perchè non vedo altra maniera con cui punire il renitente.

La presa di possesso si sarebbe realizzata o per *manum* o con la *legis actio per pignoris capionem* o con una *legis actio*, che costringesse comunque a tollerare la *possessio*. Io non vedo altro rimedio che fosse adatto a garantirla.

Ora, la realizzazione per *manum* poteva essere concepita o come tutela privata vera e propria, e allora - a parte la sua efficacia - non si parlerebbe più di *legis actio damni infecti*, data appunto la mancanza dell'azione; oppure come uno stadio susseguente della stessa azione con cui s'era chiesta una tutela qualunque contro il danno futuro (78): solo a questo modo si potrebbe ammettere una realizzazione del possesso.

Non è ammissibile invece che questo si affermasse con la *pignoris capio* (79), per i motivi che abbiamo già descritti, nè con altro mezzo apposito, perchè allora le *actiones damni infecti* sarebbero state due: una per ottenere comunque una tutela contro danni eventuali e l'altra per punire il *dominus vicinus* con la presa di possesso, nel caso che non abbia voluto fare nulla in prevenzione di quel danno. Ora, la cosa è inconcepibile, in quanto Gaio parla di una sola *legis actio* e non è accenno in altra fonte o da altri indizi alla necessità di un doppio mezzo.

(78) La cosa è possibile, ad es., nella *litis aestimatio*, che senza bisogno di nuova *legis actio*, faceva parte, a quanto pare, dell'azione originaria del rapporto dedotto in giudizio: Cfr. ARANCIO RUIZ *Prefaz. ai Frammenti di Gaio, P.S.I. 1182* pag. 45.

(79) Questa è ammessa, con la multa, come forma di *coercitio* in tema di acquedotti (si veda la *lex Quinctia de aquaeductibus*, a. 745: RICCOBONO *Fontes* pag. 121), ma è il solo esempio antegiustiniano che conosciamo. Una tale forma di coercizione è tipica e normale solo nell'epoca imperiale: I. 1, 24, 3.

Dunque, resta solo da pensare che la presa di possesso, intesa naturalmente come pena, fosse un momento successivo dell'azione già esperita, con la quale si domandava un rimedio contro il danno minacciante.

Cerchiamo, però, di esaminare un po' più a fondo un simile regime ammesso per un momento come ipotesi. Si sarebbe costituita a favore dell'*immissus* o una *possessio* vera e propria o la sola detenzione. Nel primo caso il mezzo antico sarebbe apparso più pieno del pretorio, che accorda in precedenza uno stadio di custodia, ed allora le parole di Gaio ("plenius ius,") non potrebbero spiegarsi. D'altra parte questa forma di *possessio* sarebbe stata o *possessio* esclusiva compromessa.

Nella prima ipotesi rientreremmo allora nella vecchia ricostruzione, abbandonata, del Bonfante. Immettersi direttamente nel possesso esclusivo d'una cosa è come costringere l'avversario a *derelinquere*, in quanto anche nella *derelictio* è dimostrato (80) che, se si tratta di *res mancipi* come ad esempio è l'edificio, per divenire proprietari è necessaria l'*usucapio* e con l'occupazione si diventa solamente possessori: allora si oppongono le difficoltà, che escludono, come s'è visto, la vecchia tesi del Bonfante.

Nel caso, poi, di compossesso col vicino, lascio al lettore di decidere se il diritto conseguente, di percepire la metà dei frutti dalla *res*, non sia una tutela più efficace, e spesso assai più comoda e più piena, della *missio* accordata dal Pretore. Resta inoltre da vedere se una tale *immissio* potesse conciliarsi con la illimitatezza dell'antico dominio quiritario. Essa costituirebbe in parte, si può dire, una espropriazione immediata a favore del vicino, che il diritto civile sarebbe venuto a sanzionare contro i principii sul *dominium*; principii imposti da esso stesso e mai intaccati nelle origini, se non per motivi di ordine pubblico (81) od a vantaggio, comunque, dello Stato (82). La limitazione sarebbe a questo modo troppo forte, molto più che nel diritto classico avanzato e ciò risulterebbe contrario a quella che è la evoluzione rettilinea della

(80) BONFANTE S. G. V., II, pag. 327 sgg.

(81) Come nel precetto decemvirale: "Qua volet jumento agito", già citato o nelle espropriazioni per pubblica necessità: Cfr. BONFANTE Corso II, I p. 238.

(82) Come nella confisca: BONFANTE *op. cit.* pag. 239.

proprietà romana, la quale comincia ad essere intaccata, via via, solo nell'epoca più tarda.

Si potrebbe pensare, allora, che la presa di possesso, come pena, costituisse invece uno stato di detenzione a favore del vicino minacciato; detenzione, che restasse sempre tale, come la *missio legatorum*, oppure che portasse, dopo qualche tempo, al possesso vero e proprio. Questa seconda ipotesi è pur essa inaccettabile, in quanto la somiglianza col nuovo mezzo pretorio sarebbe stata allora troppo netta e non si spiegherebbe l'antitesi, che invece pone Gaio.

Resta così da concepire l'antica pena come una mera detenzione accordata al ricorrente senza il diritto di passare ad uno stadio di di possesso *animo e corpore*: un continuo stato di *custodia* e d'*observatio* attribuito al vicino come punizione contro il *dominus*, che non ha voluto eseguire il precetto della legge. Anche a questo modo, l'alternativa del *ius civile* (provvedimento tempestivo o semplice immissione) non sarebbe stata assai diversa ed antitetica rispetto all'alternativa (*cavere o immissio - in bonis*) imposta dal Pretore; ma certo è che il mezzo quiritario, così configurato, non poteva non dirsi meno pieno e meno comodo di quello più recente.

Però è vero, d'altra parte, che, oltre alla mancanza naturale di indizi in questo senso, non conosco istituti simili o affini, dove un tal genere di tutela fosse garantito dall'antico *ius civile*; mentre i diversi casi di *missio in possessionem*, durante la procedura per *legis actiones*, rimangono fuori da quest'ultima e sono sempre accordati del pretore in forza del suo *imperium*, per quanto, allora, limitato (83).

Poi, a rigore, il testo di Gaio (IV, 31) non dice affatto, come tutti tendono a credere, che l'antica azione regolasse solo il *vitium aedium*: anzi il fatto che, nella contrapposizione del mezzo pretorio, si parli di *stipulatio* e non di *missio*, fa pensare che il ragionamento fosse diretto pure al *damnum operis*, dove la *missio*, nel diritto classico, non è mai accordata. Si potrebbe dire, è vero, che il giurista parla di " *stipulatio quae in edictio proposita est* „ e che, siccome questa è proposta solo per l'*aedes* minacciante (84), Gaio non

(83) Cfr. DE FRANCISCI *St. del D. Rom. II* pag. 206 e autori citt. Lo stesso doveva avvenire prima del 367 a. c. per il console.

(84) Si veda BONFANTE in BURCKHARD *op. cit.* pag. 90; *Corso cit.* pag. 333 - contra KARLOWA *R. Rg. II*, 1246

poteva riferirsi che alle case. Rispondo però che la mancanza d'una formulazione speciale circa il *facere*, nel titolo edittale *de damno infecto*, non toglie che l'obbligo alla *cautio* in quella ipotesi risultasse chiaro dalle varie disposizioni sull'*operis novi nunt.* e sugli interdetti relativi, anche se non ne era dichiarata la formula nell'albo: e Gaio in Inst. IV 31 si riferisce all'editto non in considerazione della formula, ma in rapporto all'obbligatorietà, da esso variamente garantita, di prestar la *stipulatio*.

Ora, se la *legis actio damni infecti* regolava l'uno e l'altro tipo di danno da venire (*aedes e opus*) (85), non poteva regolarli che ad un modo - posto che una sola era la norma, a quanto pare, nello *ius civile* ed unica l'azione - accordando cioè la *missio in possessionem* nell'uno e l'altro caso; allora io non vedo come questa fosse materialmente realizzabile, quando la minaccia veniva da un *facere in proprio* del vicino: sarebbe stata a carico di tutto il fondo, dove il *facere* veniva eseguito, o solo della porzione di fondo dove l'opera sorgeva? Ecco un'altra difficoltà. E di più, se la *missio* era ammessa pure in quella ipotesi, perchè non s'è conservata, nel diritto pretorio successivo, per il *vitium operis*, come s'è mantenuta per le case?

Inoltre, la custodia importava il diritto di impedire la continuazione dell'opera da parte del proprietario responsabile? Se no, era inutile accordarla; se sì, non si sarebbe più trattato di semplice custodia, a mio parere: così ricadremmo in uno dei casi precedenti, che sono, come s'è visto, per varie ragioni inammissibili.

Ma ammettiamo per un momento che la custodia del vicino importasse il diritto di impedire la continuazione dell'opera dannosa. Ci sono altre difficoltà, pure così, ad ammettere un regime di tal fatta.

L'antico mezzo, essendo comune ai due diversi tipi di danno temuto (*aedes, opus*), doveva essere ed apparire meno pieno e meno comodo rispetto al regime, che, nel diritto classico, vige per l'uno e l'altro tipo: cioè a quello (*cautio - missio*) accordato per le case ed a quello (86) vigente contro l'*opus*. Ora, una norma, che impo-

(85) L'azione competeva probabilmente anche per l'*arbor* minacciante, su cui, per il diritto classico, cfr. LENEL *Ed. Perp.* § 292.

(86) Che consiste nell'obbligo alla *cautio* o, in mancanza, nell'impedimento e susseguente distruzione dell'*opus* minaccioso: BONFANTE *op. cit.* pag. 362 sg.

nesse di garantire od evitare il danno temuto da un *facere in suo*, minacciando una *missio* con l'impedimento dell'ulteriore costruzione, si presenta almeno ugualmente comoda del regime vigente (nota 86) in pieno diritto classico per la stessa ipotesi: onde l'impossibilità di ammetterlo nell'antico *ius civile*, se si pensa alle parole, su questo punto, inequivocabili di Gaio.

Si potrebbe dire che la scomodità del rimedio, concepito a quel modo, rispetto al regime della *cautio vitio operis*, risultava comunque dall'obbligo, che poteva esserci nelle XII Tavole, di provare l'effettività della minaccia; mentre ciò non si richiede nel sistema più recente.

In ogni modo, anche se questo fosse vero, da un'altro lato una *missio in possessionem damno operis* mi pare inconcepibile nel diritto quiritario. Essa si sarebbe conservata, come ho già accennato, anche nel diritto posteriore per la forza d'inerzia di tutti gli istituti, così come si sarebbe conservata nel caso di *aedes* minacciosa: e invece, nel periodo classico, è sicuro che non compete contro un *facere* (87).

Supponiamo invece che la pena contro il renitente consistesse in tutt'altra cosa che la presa di possesso. Allora non sarebbe più così strano che quel tipo di sanzione, qualunque esso fosse, non si sia conservato nel diritto pretorio per il *damnum vitio operis*: dato che non s'è conservato neppure per le case, dove il magistrato l'ha sostituito con la *missio in possessionem*. Tutto quindi porta a escludere che con la presa di possesso si potesse realizzare la pena contro il proprietario renitente.

11. — Non rimane perciò che pensare ad una somma di denaro come sanzione contro chi non volesse provvedere.

Gli indizi più probanti sono precisamente in questo senso.

Innanzi tutto il furto, il danno aquiliano, l'*iniuria*, la *succisio arborum* (88) portano appunto a una condanna di tal fatta: e sono

(87) Si veda tutta la letteratura concorde da HESSE *Cautio d. inf.* pag. 106 sgg.; BACHOFEN *Pfandrecht* pag. 384 sgg. fino a BONFANTE *op. cit.* pag. 362.

(88) Cfr. RICCOBONO *Fontes* pag. 48, Tav. VIII n. 15 sgg. (pena pecuniaria per il *furtum*); pag. 48, Tav. VIII, n. 11 (*a. de arb. succ.*: XXV *aeris* di pena); pag. 44 *eod.* n. 4 (*iniuria*: XXV di pena). Per il danno si veda *eod.* pag. 45 Tav.

essi gli istituti con i quali è trattato il nostro caso nei libri *ad Sabinum*: l' analogia di regolamento, specialmente per l' antico *ius civile* così povero di mezzi di tutela, ha sempre un' importanza rilevante.

Le XII Tavole inoltre, in tema di edifici e d' opere edilizie, danno un' azione penale *in duplum* contro chi *iunxit aedibus tignum*, mentre non accordano il diritto di staccarlo (89). Esse preferiscono così di condannare ad una somma di danaro, purchè non si invada la proprietà dell' altrui casa staccando da se stessi il proprio trave. È probabile, perciò, che, pure nel danno temuto, i Decemviri abbiano preferito comminare una pena privata pecuniaria piuttosto che permettere la presa di possesso della cosa d' un terzo. Come per il *tignum furtivum* non c' è l' obbligo nel proprietario, anche ladro, della casa di strapparlo da quest' ultima o di permetterne il distacco al *dominus* del *tignum*: così nel danno temuto non c' è l' obbligo di restaurare l' edificio o di interrompere l' opera, o di permettere il restauro o la distruzione per mano del vicino. Nell' una e nell' altra ipotesi la condanna ad una somma di denaro salvava l' intangibilità del dominio quiritario, pure dando soddisfazione al richiedente.

In tutti i casi affini al nostro, in cui il legislatore vuole imporre un dato comportamento ai privati fin da epoca remota, la pena pecuniaria è un mezzo normale di *coercitio*. Posso citare alcuni esempi.

La *lex Municipii Tarentini* dell' anno 665-692 (90) impone che gli edifici dei decurioni, fra l' altro, non debbano avere meno di 1500 tegole; in caso contrario c' è una condanna ad una somma di danaro. Qui la responsabilità è oggettiva e l' obbligo, a pagar la somma, immediato e inderogabile, qualunque sia il motivo che ha ridotto il numero prescritto delle tegole. Non vi si punisce solamente una attività illegale del *decurio*, ma anche le omissioni da parte di

VIII n. 5: "... rupitias ... sarcito ..". Anche qui la condanna è in una somma di danaro: l' *actio legis Aquiliae* - nonostante Gaius IV, 9: " Rem vero et poenam persequimur .." - è anch' essa un' azione penale. Cfr. PEROZZI *Ist.*, II, pag. 336; SEGRÈ *op. cit.* pag. 563 n. - V., da ultimo, anche CARRELLI *R. I. S. G.*, N. S. IX, 1934, p. 6 dell' estr., che, più cautamente, parla di prevalenza del criterio di penalità.

(89) Cfr. RICCOBONO *Fontes* pag. 38, Tav. VI n. 8.

(90) RICCOBONO *Fontes* pag. 132, n. 3.

quest'ultimo, in quanto basta che la casa conti meno delle tegole volute perchè la somma debba essere pagata: anche se il padrone nulla ha fatto per ridurla in quello stato. La responsabilità è anche qui per un *non facere* (91), come nel danno *vitio aedium*: onde la forza dell'analogia col nostro caso. Solo che nella legge menzionata la pena è a favor del Municipio, che ha subito il pregiudizio.

Più antica ancora è la famosa *lex Agraria* (92). Essa comanda di non turbare il pascolo nell'*ager* destinato ad uso pubblico. Il contravventore pagherà una pena pecuniaria a favore di chi ha condotto l'*ager* per il pascolo. Qui la somma è a vantaggio del privato come noi pensiamo che fosse nell'*actio damni infecti*.

Anche la *lex Coloniae Genetivae Iuliae* (a. 710) (93) sanziona, contro chi "figlinas teglarias maiores tegularum CCC habeat ,, una pena in denaro, che però *in publicum redigitur* (94).

Lo stesso tipo di sanzione c'è pure in tema d'acque; tema che, data la somiglianza di regolamento (95) col nostro istituto, è ancora più importante per il valore analogico sicuro.

La *lex Quinctia de aquaeductibus* (a. 745) (96) dà la multa contro chi non tiene in buono stato le zone *circa fontes et fornices et muros et rivos et specus*. Pure qui la responsabilità è per un *non facere*, anche se la pena è pubblica (97).

Il *Senatus Consultum de aquaeductibus* (a. 473) cap. 127 (98) impone di non collocare alberi, monumenti od edifici presso gli acquedotti e di togliere quelli che ci siano. Chi opera contro questa norma pagherà 10.000 sesterzi di pena, che per metà andranno in

(91) "Aedificium quod non minus MD tegularum tectum sit habeto „: responsabilità per un *habere*, cioè di fatto, non solamente per il *facere*.

(92) È dell'a. 643: cfr. RICCOBONO *Fontes* pag. 86, 91 n. 25.

(93) RICCOBONO *Fontes* pag. 147 n. 76.

(94) Cfr. anche RICCOBONO *op. cit.* pag. 148 n. 82.

(95) Cfr. indietro § 7.

(96) RICCOBONO *op. cit.* pag. 121.

(97) La stessa legge commina pure, contro i responsabili, la *pignoris capio*, ma non, naturalmente, della zona da tenere in buono stato, sibbene d'un oggetto, a mio parere, del privato. Questo caso quindi non può essere addotto come esempio favorevole alla tesi del Karlowa, il quale ammette la presa di pegno della cosa stessa che si deve restaurare, non d'un oggetto qualunque, come qui.

(98) RICCOBONO *op. cit.* pag. 226 sg.

premio all'accusatore. Qui c'è la condanna in una somma di denaro anche per un *non facere* (nel caso, non voler demolire gli alberi, *quae nunc ita sint*): responsabilità obbiettiva, quindi, come per il danno *vitio aedium*.

Una sanzione penale pecuniaria commina pure il *S. C. de aedificiis non diruendis* (a. 44-56) (99).

Ma il passo che fa maggiormente al nostro caso, perchè descrive una procedura, la quale si sarebbe potuta applicare benissimo al danno temuto, è il brano seguente del Digesto :

L. 1, 1, D. 43, 10, *Pap. de cura urb. l.*: “ Item curam agant (sc. curatores urbium) parietes privati quaeve alia circa domus viam attingunt vitiosa ne sint, ut domini aedium sic ut oportet eas commudent, *multando* eos, donec ea firma reddant „ (100).

La fonte, è un poco tarda, ma non troppo. D'altra parte siamo proprio in tema di edifici e di danni da essi minacciati, come nel caso che studiamo. La pena pecuniaria che viene comminata è pubblica, questo è vero ; ma essa è tale solo in quanto l'interesse, che si lede non riparando l'edificio, è un diritto della *civitas* la quale è giusto che venga a beneficiare della somma.

Sostituendo il privato alla città, il regime contenuto nella l. 1, 1, D. 43, 10 si presenta come il più confacente al nostro caso. Esso è un'altra prova, insieme con gli esempi visti prima, che la prassi più comune si serviva di simili sanzioni, quando si temeva in generale un pregiudizio. Che poi qui si tratti di multa e nel *damnum infectum* la pena invece sia a vantaggio di un privato, non ha grande importanza per distruggere il valore dell'analogia. L'essenziale è constatare, come abbiamo già veduto, che la somma non è un corrispettivo del danno che si teme o che si è verificato, ma è piuttosto un mezzo pratico per punire il renitente e per costringerlo, ad un tempo, a provvedere. Il fatto poi che sia un singolo o la comunità a lucrare la

(99) RICCOBONO *op. cit.* pag. 234 sg.

(100) Il passo è riportato per intero anche dal BURCKHARD *op. cit.* pag. 74 il quale però, come s'è visto, non crede di poterne argomentare granchè per la *legis actio d. inf.* (cfr. *eod.* pag. 75), pur avendo prospettato per un istante la possibilità d'un regolamento simile.

somma comminata, questa è una conseguenza secondaria rispetto a quella che è la caratteristica fondamentale della pena.

Non intendo di aver dato una dimostrazione esauriente. Gli esempi riportati sono tutti un poco tardi o limitati alle provincie e di natura amministrativa più che altro: quindi, a rigore, non avrebbero una forza probante decisiva, data la differenza di carattere.

Indirettamente però, e specie l'ultimo, mettono in evidenza una prassi continua ed osservata; un uso frequentissimo di condannare alla pena pecuniaria; una forma abituale di sanzione; una mentalità in quel dato senso: tutti indizi poco saldi da se stessi, in tanta povertà di fonti sul tema, ma in certo modo univoci e quasi decisivi, se considerati insieme alle altre argomentazioni sopra esposte.

12. — Resta ora da vedere quale fosse la *legis actio*, con cui si realizzava questa pena contro il vicino renitente.

Abbiamo visto che restavano, come possibili a regolare l'istituto, solo la *legis actio sacramenti in personam* e la *iudicis arbitrive postulatio*. Gli ultimi frammenti di Gaio, trovati in Egitto dall'Arangio, (101) ci aiutano a risolvere la questione.

Il giurista afferma che la *iudicis arbitrive postulatio* compete solo in pochi casi voluti dalla legge; ma negli esempi menzionati il danno temuto non figura. La cosa è sintomatica, se si pensa che questo era certo il più importante ed il più degno di ricordo, data la sua validità che ancora perdurava: ecco quindi un argomento per escluder quell'azione nella nostra ipotesi. Invece è più probabile che Gaio ne parlasse in tema di *legis actio sacramenti in personam*, proprio nel punto che conserviamo lacunoso (102).

(101) P. S. I. 1182 cit., l. 178 sgg.: " Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII Tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. Qui agebat sic dicebat: " Ex sponsione te mihi X mil. sext. dare oportere aio: id postulo aies an negas. ", adversarius dicebat non oportere. auctor dicebat: " quando tu negas, te praetor sive arbitrum postulo atque des. ", itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia si de aliqua re communi dividenda ageretur, itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur. "

(102) RICCOBONO *op. cit.* II, pag. 130: Gai IV, 17.

D'altra parte è vero che non può distinguersi (103) tra le due *legis actiones*, come già s'era fatto da qualcuno, sostenendo che la *legis actio sacramenti in personam* competeva esclusivamente per i delitti; mentre l'altra sarebbe stata solo per i debiti *ex contractu*. Ciò non toglie, ad ogni modo, che la *judicis postulatio* non spettasse mai per i delitti; come mostrano il fatto che in essa si agiva *sine pena*, nonchè le esemplificazioni del medesimo giurista, che, pur senza la pretesa di essere completo, tuttavia non vi comprende nemmeno un caso di delitto (104). Invece la *legis actio sacramenti in personam* s'accordava, come ho detto, anche per i debiti *ex contractu*, ma non è meno sicuro, a mio parere, che fosse l'*actio* tipica *ex delicto*: tanto è vero che era data certamente per il *furtum* (105). Quest'ultima si presenta, così, come il rimedio più sicuro, e più adatto al caso nostro, che richiede, nel sistema quiritario, un'azione di quel genere. La caratteristica natura, l'impossibilità, che s'è già vista, di applicare le altre quattro forme di tutela, l'affermazione medesima di Gaio che “*de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur*”, tutto porta ormai a concludere che essa, ed essa sola, poteva essere esperita nell'ipotesi.

Quando l'albero, la casa o l'*opus* del vicino minacciavano rovina, l'interessato chiedeva al responsabile un provvedimento qualunque preventivo contro il danno.

Tutto ciò in nome di quel precetto decemvirale, che ho cercato di ricostruire a § 7 sulla falsariga di D. 43, 8, 5. Se il vicino non faceva nulla per impedire il pregiudizio o non interrompeva il *facere* in caso d'*opus novum*, la controparte ricorreva al giudice con la *legis actio sacramenti in personam*. Questi, perdurando l'inadempienza del vicino, lo condannava al pagamento di una somma a vantaggio dell'attore. Certo era necessario dimostrare la disobbedienza reale alla norma dei Decemviri, bisognava quindi provare normalmente l'effettività del danno possibile e temuto.

(103) Cfr. ARANGIO RUIZ *op. cit.* pag. 43 sg., che cita Gaius IV, 20, dove per tutt'e due le *legis actiones* si parla di *dare*, espressione non opportuna per i delitti.

(104) Le ipotesi elencate sono: *ex stipulatu*, *de hereditate dividenda*, *communium dividendo*.

(105) *Furtum nec manifestum*: cfr. da ultimo ARANGIO RUIZ *op. cit.* pag. 44.

La minore comodità rispetto al mezzo del pretore risultava così dalle formalità di procedura, che le azioni *cum pena* portavano con sé, nonchè dall'obbligo, richiesto, della prova.

Quanto alla sua minor pienezza, essa è chiara se si pensa all'uso antico di comminare generalmente pene fisse (106). La somma doveva essere tale anche per il danno temuto, data inoltre la difficoltà di stabilire quote giuste nelle ipotesi diverse; onde la effettiva insufficienza, molte volte, rispetto al danno da evitare.

D'altra parte, proporzionare la somma comminata all'entità del danno minacciante (107) era un disconoscere la natura penale dell'azione, con la quale, come appresso si vedrà, si punisce chi non vuole allontanare il timore del danno, la minaccia del pericolo: ora, rispetto a questa la responsabilità del proprietario renitente può essere la stessa, qualunque sia la mole della casa che rovina o il pregiudizio che verrà.

13. — Una certa difficoltà ad ammettere l'*actio ex delicto* per il danno futuro può nascere da quelle che sono le concezioni romane intorno alla responsabilità aquiliana in generale. Qui difatti si risponde, anche nel periodo classico, ogni volta, quando c'è l'azione delittuosa, l'attività dannosa del privato, del *servus* o dell'*animal* (108): e non c'è posto per una colpa *in non faciendo* appunto perchè mancherebbe quell'elemento base necessario.

Ora, come può essere un delitto e dar luogo ad una pena il mancato restauro della casa, che sta per rovinare? Inoltre come condannare ad una somma di denaro anche esigua, quando il danno non s'è verificato?

Eppure una responsabilità *ex delicto* è riconosciuta certamente, come abbiamo già veduto, nel *dominus* dell'*aedes* o dell'*opus*; e non può parlarsi di *iniuria* della *res* per ciò che abbiamo detto (§ 9).

Con tutto ciò è difficile inquadrare nei delitti il nostro caso, se si pensa che tutti gli altri, puniti dai Decemviri, sono tali appunto perchè il danno è già avvenuto: basta esaminare le XII Tavole in proposito.

(106) Cfr. RICCOBONO *op. cit.*, I, XII Tav., passim. Si vedano del resto i casi elencati dietro, a n. 33, dove la condanna è sempre in una somma fissa.

(107) Come tende a credere il BONFANTE *op. cit.* pag. 331.

(108) Cfr. autori citt. a n. 52.

Pare così, da un primo esame, che nel danno temuto manchino gli elementi materiali del delitto, cioè l'azione delittuosa, almeno nell'ipotesi di *vitium* delle case, nonchè il danno susseguente: onde la difficoltà di sistemarlo.

L'ostacolo però mi sembra che si possa superare agevolmente. Basta non fermarsi troppo alle categorie classiche fisse e definite. Nell'epoca più antica una sistematica precisa doveva far difetto. La norma era dettata sempre da necessità, che la pratica imponeva; la *ratio*, che ogni volta la dettava, era quindi contingente. Si comandava un determinato comportamento positivo o negativo, comminando una pena contro qualunque inadempiente. Per ciò non era necessario il *maleficium* (109). Bastava non ottemperare all'imposizione della legge.

Così il *delinquere* di chi non vuole provvedere al danno che si teme, come di chi disubbidisce alla norma del fr. 5 D, 43, 8, sta appunto nella disobbedienza a quel precetto (110). La legge non va per il sottile, richiedendo requisiti - azione, danno ecc. - che sono propri d'altre ipotesi (*iniuria*, *damnum* ecc.), ma solo vuol essere obbedita. Il nostro istituto è collocato insieme col *furtum*, con l'*iniuria* ecc. non per altro che perchè esso porta, come quelli, a una condanna in denaro, ad una pena pecuniaria.

Quest'ultima, del resto, è giustificata maggiormente, quando si teme il pregiudizio, se il danno si verificherà in seguito o meglio in quanto il danno si può verificare. Si ha così, nel nostro caso, una responsabilità rispetto del danno che minaccia. Il delitto sta appunto nel non avere allontanato, contro quanto la legge vuol che sia, quel timore, che è un pregiudizio da sè stesso. E questa è un'altra prova, *a posteriori*, del non poter consistere, la sanzione del danno temuto, in una presa di possesso ai fini del restauro

(109) Il *maleficium*, sì, che è azione positiva malvagia, come l'etimologia del termine (*male factum*) dimostra: cfr. SEGRÉ *op. cit.* pag. 581 e autori citt.

(110) Con questo non voglio dire che, nel *damnum infectum* quiritario, si potesse parlare senz'altro di *obligatio ex delicto*: mi basta soltanto mostrare come potesse parlarsi di delitto. Quanto ai rapporti, in generale, tra i delitti privati e l'*obligatio* ed all'applicabilità di questo termine a tutti gli obblighi nascenti da delitto, la cosa è controversa. Si veda una rassegna completa ed esauriente della letteratura imponentissima in SEGRÉ *op. cit.* passim. Cfr. da ultimo sull'argomento DE VISSCHER *R. Hist. Dr.*, 1927, pag. 379 sgg.

Hesse, Burckhard). La presa di possesso fa sì che persino il timore del danno si allontanano, ed è precisamente un mezzo diretto per allontanarlo, non una punizione contro il suo continuo perdurare. Accordando la facoltà di restaurare a proprie spese, si verrebbe in sostanza a negare il delitto della controparte inadempiente. La sanzione, nel *damnum infectum*, dev'essere appunto una pena contro chi delinque in quanto non fa nulla per sventare la minaccia. Quando invece l'interessato può farsi ragione da se stesso e non in altro modo, non si può dire che la controparte sia comunque responsabile di un *delictum*. Per esser tale è necessario che sia punita in qualche modo; non c'è delitto senza pena (111).

Del resto non si può affermare che nelle XII Tavole manchino del tutto i casi di responsabilità *in non faciendo* puniti dalla legge. Per esempio la responsabilità di chi non vuol tenere in buono stato la via pubblica (Tav. VIII n. 7) non può essere che delittuosa: ed è naturale che lo sia, se si pensa che la parte inadempiente cade in *dolo* non ubbidendo al precetto dei Decemviri. Così nel caso nostro.

D'altronde, almeno nel diritto quiritario, le azioni non erano che *ex contractu* o *ex delicto* (112): nella sistematica del tempo non venivano giustificate che dall'una o l'altra fonte. E, sia che i delitti abbiano proceduto, come origine di obbligazione, i contratti o viceversa, non si può andare al di là di quei due tipi; all'uno dei quali, necessariamente, deve riattarsi la nostra *legis actio*.

Se pensiamo, per un momento, come questa possa essere nata nella prassi quiritaria, ci spiegheremo meglio la sistemazione, che è nei *libri ad Sabinum*.

Si guardino i rapporti originari fra le *gentes*. Caduta la casa d'una *gens* sul fondo della gente confinante, questa non aveva nulla da fare e da pretendere, se non la ritenzione delle macerie rimaste nel suo fondo (cfr. D. 39, 2, 6). L'altra non era autorizzata a chiedere l'esibizione dei propri materiali o ad entrare nel fondo del vicino, che era chiuso e indipendente. Va bene che poteva accedervi benissimo per raccogliere la ghiande od altri frutti, ma ciò in base a una

(111) Cfr. n. 77.

(112) Cfr. BONFANTE *op. cit.* pag. 332 sg.; SEGRÈ *op. cit.* pag. 522 sgg.

disposizione espressa (113), che accorda quel diritto in quanto non si danneggi o non sia stato danneggiato il fondo confinante. Quest'uso d'altra parte, prima ancora del riconoscimento decemvirale, doveva essere diffuso nella pratica per le esigenze comprensibili e le necessità dell'antica vita agricola.

Ma ammettiamo che la gente vicina, danneggiata in qualche modo, od il suo *pater*, s'accorgesse che il pregiudizio è provocato dall'attività dolosa o meno d'un estraneo: ecco nascere il risentimento contro questo ed ecco la vendetta, che poi diventerà composizione e pena pecuniaria. È il nucleo originario dei delitti: azione, danno, pena.

Poteva avvenire in altra ipotesi che la gente o la famiglia s'avvedesse d'una casa del vicino pericolosa e minacciante. È naturale che ne invitava il proprietario a ripararla o a garantire comunque per il danno futuro ed imminente. Certo, in regime di pace e di tolleranza reciproca, si doveva ottenere soddisfazione, dopo avere convinto il vicino della effettività della minaccia: convincere vuol dire provare, dimostrare, ed è logico che in origine la prova fosse necessaria per costringere il terzo ad agire od a pagare, quando non c'era stato ancora il danno nè l'azione, che rendesse responsabili.

Il vicino o provvedeva oppure, anche convinto, non faceva nulla per allontanare la minaccia. Ecco, allora, le conseguenze naturali: il minacciato non si poteva dire offeso, in quanto non aveva subito ancora il pregiudizio, e nulla aveva da fare; ma se in seguito la casa (o l'albero od il *facere*) finiva per cadere, danneggiandolo, ecco nascere il suo risentimento contro chi, pur essendone avvisato, non aveva provveduto. Al sentimento del danneggiato questo danno non poteva apparire diverso da quello subito per un'attività qualunque del vicino; onde il desiderio spontaneo di vendetta, che sarà divenuta in seguito, pur essa, composizione e pena privata, come per tutti gli altri atti illeciti.

I Decemviri trovano probabilmente una tale consuetudine. L'accolgono nelle XII Tavole. Vi portano solo, a mio parere, una lieve modificazione, applicando la pena anche prima che il danno si verifichi, oltre che quando è già avvenuto: e siccome nella prassi era privata, pena privata rimane pure adesso. Solo che essa diventa

(113) Cfr. XII Tavole in RICCOBONO *Fontes* pag. 41, Tav. VII n. 10.

quasi esclusivamente preventiva, perchè c'è anche un interesse pubblico a non spargere di rovine la città (114).

Ora, i giuristi posteriori che vogliono sistemare l'istituto, non possono non ricomprenderlo nei delitti in generale - anche se vi manca l'attività del responsabile - poichè insieme ad essi, e come tale, era nato dalla pratica, trasportandosi dopo nella norma. L'evoluzione dei concetti non può impedirlo in nessun modo, anzi si vedrà che favorisce quel sistema.

Nel diritto classico, quando Sabino scriveva il suo trattato, certo le origini della tutela accordata con l'*actio damni infecti* dovevano essersi dimenticate per intero; ma intanto la posizione nel sistema non poteva mutarsi all'improvviso, nel senso di togliere l'istituto dalla trattazione sui delitti.

Innanzitutto, la concezione originaria, anche se il delitto si veniva cristallizzando intorno ai quattro tipi, doveva pure far sentire la sua influenza decisiva.

Inoltre, non solo non si è chiusa la categoria delle azioni che discendono *ex delicto*, ma pare che si accrescesse di altri casi anche nell'epoca classica avanzata (115): niente di strano, quindi, che si sia mantenuta, a titolo maggiore, la concezione originaria nella nostra ipotesi.

Di più il significato di *delictum*, a parte la tecnicità o meno delle *obligationes* che nascono da esso, è assai vasto e comprensivo nel diritto classico, sia perchè non si è perduta l'etimologia della parola sia perchè la pratica vi comprendeva, come ho detto, casi nuovi.

“ Delinquere „ significa ancora “ venir meno, mancare di qualche cosa „, (116). “ Delinquere „, dice Paul. Fest. (117) “ est praetermittere quod non potest praeteriri: hinc deliquia et delicta „.

Questo è il senso della parola nelle fonti letterarie, ma esso si è conservato tale e quale nel diritto. In tutti i casi genuini riportati dal Volterra a pag. 126 sgg. del suo studio accuratissimo, il termine

(114) Cfr. RICCOBONO *op. cit.* pag. 38, Tav. VI, n. 7, 8.

(115) Cfr. specialmente SEGRÈ *op. cit.* pag. 573 sg., 591. Si veda già anche ALBERTARIO *Delictum e crimen* pag. 43 sg.

(116) Cfr. VOLTERRA *R. I. S. G.*, 1930, pag. 117 e testi letterari ivi citt.; SEGRÈ *op. cit.* pag. 579 e n. 215 in f.

(117) Riportato dal VOLTERRA *loc. cit.*

significa, lì pure, venir meno, in generale, ad una cosa ed in particolare, ad una norma.

Ora, il non provvedere per il danno che minaccia, quando la legge lo impone nettamente, non è un *delinquere*, un *delictum* in quel senso? E la sanzione susseguente non è una pena contro chi è caduto in *dolo* per non essersi curato della norma?

Non si dica che la mancanza d' un' attività del responsabile renda un po' difficile ad ammettersi una tale ricomprensione nel diritto classico. Per rispondere, mi basterà citare alcuni testi, in cui *delictum*, nell' epoca imperiale, è precisamente una *non attività*. Sono le ipotesi, ad esempio, contenute nei frammenti D. 29, 4, 1, 12; V. Fr. 210, che riporto e spiego in nota (118).

Qui non solo la non attività legittima, in quanto è disobbedienza ad una norma, una pena pubblica o privata, non solo cioè ci sono gli elementi materiali del delitto; ma si riconosce espressamente la figura del *delinquere*, tanto che si applica e si usa, per il caso, la parola tecnica in questione.

Lo stesso può essere avvenuto per il *dammum infectum*, che rientra in quella medesima figura anche nel sistema di Sabino, perchè le concezioni classiche al riguardo lo permettono benissimo.

(Continua)

GIUSEPPE BRANCA

(118) D. 29, 4, 1, 12 *Ulp. L ad ed.*: "Labeo sibi videri ait non minus *delinquere eum*, qui *non incipiat possidere*, quam eum qui *desinat*: quae sententia obtinet ... Non v'ha dubbio che il non cominciare a possedere sia un *non facere*: con tutto ciò è ugualmente un delitto - V. Fr. 210 (*Ulp. de off. praet. tutelaris*): "Is qui potiore nominat libellos debet quaternos dare praetori de plano, quinos pro tribunali, ut epistula divi Marci ad Aemilianum continetur, et dicere, quo iure potiore nominet ... Et si forte in aliquo horum *deliquerit* ecc.,": Si impone un determinato comportamento attivo consistente in un *dare* ed in un *dicere*. La disubbidienza a quel precetto, cioè l'omissione di quel *dare* o di quel *dicere*, il *praeterire* l'uno o l'altro (*in aliquo horum*), è *delinquere* e rende comunque responsabili. A parte la diversità del caso pratico e dall'istituto prospettato, qui il delitto consiste in un non fare, come avviene solitamente nel danno temuto *vizio aedium*. I due passi precedenti sono stati già presi in esame dal VOLTERRA *op. cit.* p. 118 ma sotto un altro punto di vista.