

DIMENSIONE URBANA E TERRITORIO RUSTICO NELLO SPECCHIO DEGLI ATTI EMULATIVI. UNA PROSPETTIVA STORICA

NICOLETTA SARTI

SOMMARIO

1. L'art. 833 cod. civ.: premesse ed esiti. – 2. I percorsi di un ritorno annunciato. – 3. Le origini: un problema sopravvalutato. – 4. La scienza giuridica preaccursiana. – 5. Territorio rustico e dimensione urbana nella dottrina 'questionante': due divieti? – 6. Lo sforzo sistematico della *Magna Glossa*.

1. L'art. 833 cod. civ.: premesse ed esiti

L'art. 833 ha segnato il ritorno nel sistema del diritto civile italiano del limite emulativo all'esercizio del diritto di proprietà. Da esso ha preso quota la 'seconda vita' del divieto di *aemulatio*, succeduta – dopo la cesura inferta dalle scelte normative della Francia post-rivoluzionaria – alla plurisecolare, consolidata esperienza del diritto comune¹.

¹ L'inserimento dell'Italia nel novero dei sistemi giuridici che Louis Josserand, nel 1939, aveva descritto come «les pays qui, sans avoir donné à la conception de l'abus la valeur d'une règle générale écrite, lui sont cependant accueillants et dont le droit positif en est comme imprégné, soit par le jeu de textes spéciaux qui en consacrent des applications partielles, soit par l'action de la jurisprudence qui s'en inspire dans ses décisions» (L. JOSSERAND, *Essais de téléologie juridique*. I. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris 1939, 295), pur non esente da ambiguità, parve, nell'immediato, riscuotere generale consenso. N. SARTI, *Inter vicinos praesumitur aemulatio. Le dinamiche dei rapporti di vicinato nell'esperienza del diritto comune*, Milano 2003, 2 n. 3.

Collocato in capo al libro III *Della proprietà* nell'ambito delle *Disposizioni generali*, subito dopo l'enunciazione del contenuto del diritto medesimo², il divieto degli atti di emulazione si pone, al pari dell'espropriazione per inattività (art. 834)³ e del divieto di ammasso dei prodotti agricoli (art. 837)⁴, fra le espressioni più avanzate dell'ordine proprietario disegnato dal legislatore del 1942⁵. Un ordine destinato a essere qualificato e valorizzato con l'entrata in vigore nel '48 della Costituzione repubblicana, che ha elevato al rango di principio inviolabile del consorzio civile l'uso solidale, utile e socialmente rilevante del *ius dominicale*⁶.

2 *Codice Civile* 1942, libro III, titolo II, art. 832: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

3 *Codice Civile* 1942, libro III, titolo II, art. 834: «Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità. / Le norme relative all'espropriazione per causa di pubblico interesse sono determinate da leggi speciali».

4 *Codice Civile* 1942, libro III, titolo II, art. 837: «Allo scopo di regolare la distribuzione di determinati prodotti agricoli o industriali nell'interesse della produzione nazionale sono costituiti gli ammassi. Le norme per il conferimento dei prodotti negli ammassi sono contenute in leggi speciali».

5 Disposizioni tutte accomunate, peraltro, dal medesimo destino di essere rimaste pressoché inerti, come ha osservato A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, VIII/2, Milano 1995, 111-112: «... non si può fare a meno di notare come gli articoli citati a guisa di prova provata dell'inverarsi di un nuovo ordine proprietario si sono poi rivelati contenere le norme più radicali dell'intero codice del 1942. Cinquant'anni di non applicazione hanno fatto scemare di molto l'interesse verso il divieto degli atti emulativi... l'espropriazione per inattività... l'ammasso di prodotti agricoli ed industriali nell'interesse della produzione nazionale... Sicché di fronte al paradosso che ha visto proprio le disposizioni più frequentemente citate nel corso del dibattito che ha accompagnato la redazione del libro terzo, e le prime riflessioni sul destino della proprietà dopo la ricodificazione del 1942, rimanere operativamente inerti per almeno un mezzo secolo, non ci si può sottrarre alla constatazione di una profonda discrasia tra i punti di forza del disegno ricodificatorio e la sua messa in opera nel cinquantennio seguente». N. SARTI, *Inter vicini*, cit., 3 n. 5.

6 *Costituzione della Repubblica Italiana*, art. 2: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», sul quale articolo v. *Commentario della Costituzione*, a

Il disposto dell'art. 833: «Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri», nel momento in cui vieta gli atti emulativi in quanto esorbitanti i limiti fissati dall'ordinamento giuridico alle manifestazioni di godimento e di disposizione della proprietà, denuncia peraltro una latente 'schizofrenia' fra premesse ideologiche ed esiti specifici *de iure condito*.

Ad affievolire l'affermazione che il divieto degli atti di emulazione corrisponda «a un dovere inderogabile di solidarietà tra privati» sostanziandosi in «una regola conforme all'interesse della collettività nella utilizzazione dei beni», provvide sin dalla prima ora il Ministro Guardasigilli Dino Grandi, interprete 'autentico' della *littera codicistica*⁷. Al punto 402 della sua *Relazione al Codice Civile* Grandi intervenne precisando che «... quanto alla nozione dell'atto vietato ho creduto opportuno, per evitare eccessi pericolosi nell'applicazione delle norme, esigere espressamente il concorso dell'*animus nocendi*»⁸.

cura di G. Branca, *Principi fondamentali artt. 1-12*, art. 2 a cura di A. Barbera, Bologna - Roma 1972, 106: «Il diritto di proprietà, ovvero il complesso delle facoltà, dei poteri e delle pretese che si riconnettono a talune forme di appropriazione, ottiene un riconoscimento costituzionale di inviolabilità nei limiti pur sempre segnati dalle stesse norme costituzionali, nella misura in cui sia espressione della tutela non solo di "interessi", ma di "valori"». Per l'art. 41: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» e per l'art. 42, 2° comma: «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti» v. *Commentario della Costituzione*, cit., *Rapporti economici*, II, Bologna - Roma 1982, art. 41 a cura di F. Galgano, 1-68, art. 42 a cura di S. Rodotà, 69-192. In merito alle diverse letture prospettate per il complesso delle norme costituzionali che disciplinano i rapporti economici ed in specie, agli esiti del modello proposto dal secondo comma dell'art. 42 della Costituzione come «relativizzante» la concezione proprietaria, basti il rinvio alle osservazioni sviluppate da S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, in ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, 2ª ediz. accresciuta, Bologna 1990, 272 ss. ed alla bibliografia ivi citata.

7 *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile preceduta dalla Relazione del disegno di legge sul «Valore giuridico della Carta del lavoro»*, Roma 1942.

8 *Ibid.*

La scelta di abbinare alla valutazione in termini obiettivi dell'interesse del proprietario la richiesta perentoria di un movente soggettivo, riflette l'intrinseca ambiguità del disegno normativo e sospinge inevitabilmente la condotta emulativa verso la sfera dell'illecito, imponendo al soggetto che lamenti danni o molestie un pesantissimo onere probatorio⁹.

A soli quattro anni dall'entrata in vigore del Codice Civile, emblematiche perplessità traspasano dall'autorevole commento di Francesco De Martino: «Dal lato soggettivo occorre che l'esercizio del diritto sia compiuto unicamente allo scopo di offendere il vicino: non sarebbe quindi sufficiente che l'intenzione maligna sia determinante, se insieme ad essa vi è uno scopo lecito. Né si potrebbe invocare che l'*animus nocendi* prevalga sullo scopo lecito, per essere l'utilità poco rilevante o insignificante. L'esistenza di una qualsiasi utilità esclude l'abuso, anche nei casi in cui l'utilità è di gran lunga inferiore alla molestia o al danno che si procura al vicino»¹⁰.

Conseguenza di questi contraddittori assetti è stata la limitatissima portata nel nostro ordinamento della norma in oggetto, minata da una

9 C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, Milano 1994, 129: «Così intesa, l'*aemulatio* non può, per evidenti ragioni, svolgere un ruolo effettivo di regolazione dei conflitti ogni volta che sia in questione la moralità dell'atto del proprietario, ma l'oggettivo conflitto tra l'interesse di lui e quello di un terzo. Del resto anche nel periodo di maggior peso operativo del divieto di *aemulatio* (il diritto comune dei due secoli che precedono il *Code Civil*), l'incidenza di tale divieto è affidata, ben più che al controllo sull'effettiva sussistenza, nel caso concreto, dell'*animus nocendi* del proprietario, al fitto apparato di presunzioni, con riferimento a svariate circostanze di fatto».

10 F. DE MARTINO, *Beni in generale-Proprietà*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro Terzo «Della proprietà» (artt. 810-956)*, Roma 1946, 122. L'autorevole commentatore proseguiva affermando che «Non è poi da escludere recisamente la possibilità che la prova dell'*animus nocendi* sia insita nella stessa attività antisociale, quando possa ritenersi sicuro che nessun altro movente, né una semplice imprudenza o leggerezza, abbia spinto il proprietario all'azione. Ma di regola occorrerà desumere questa intenzione da altri elementi di prova, estranei al fatto; in caso contrario basterebbe il più delle volte la dimostrazione del carattere obbiettivamente dannoso dell'azione per affermare lo scopo emulativo, il che, oltre ad essere pericoloso, andrebbe contro la chiara volontà della legge. L'onere di provare l'*animus nocendi* incombe sull'attore, a norma dei principi, epperò non basta la prova dell'attitudine dell'azione a produrre danno o molestia» (*Ibid.*)

progressiva disapplicazione¹¹. Circoscritto a fattispecie di intenzionalità maligna assai marginali rispetto al più corposo versante del fondamento dei poteri del proprietario – al quale strutturalmente appartiene –, il limite emulativo disegnato dall'art. 833 risulta, come ha scritto Antonio Gambaro, «cancellato di fatto» da una giurisprudenza e da una dottrina pressoché costanti¹². Entrambe non hanno mancato di sottolineare come la condotta emulativa debba dirsi comprovata solo attraverso il sinergico concorso, arduo a verificarsi, di due *substantialia*: l'elemento interiore, vale a dire l'esclusiva finalità di arrecare nocumento o molestia ad altri e l'elemento oggettivo, vale a dire l'assenza di ogni utilità, di tipo economico o morale, in capo al suo autore¹³.

Una 'eutanasia', questa dell'art. 833 del nostro Codice Civile, che ha seguito dappresso gli esiti del § 226 del *BGB*, unico fra i codici europei ad avere inserito fra i suoi *Allgemeiner Teil* la sanzione per l'esercizio abusivo dei diritti soggettivi¹⁴. Nella diversità dei percorsi della storia giuridica di Italia e di Germania negli ultimi due secoli, anche il divieto di *Schikane* si è rivelato una disposizione nata morta. A fronte di una quasi inesistente applicazione pratica, essa ha fallito laddove ambiva a costituire il fondamento normativo della censura – problematica per

11 Come ha osservato C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, cit., 129-130.

12 A. GAMBARO, *Abuso di diritto. II. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, I, Roma 1988, 5.

13 Sull'«eutanasia» dell'art. 833 del Codice Civile si legga la sagace nota di A. MOLLITERNI – A. PALMIERI, «*Dormientibus iura succurrunt*»: eutanasia dell'art. 833 c.c., in *Foro It.*, CXXIII, 1998, I, coll. 69-77, che a col. 72 osservano: «Tra le varie opzioni ermeneutiche che l'art. 833, sia pure a fatica, consentiva, la giurisprudenza si è attestata su quella che più di ogni altra svuotava la norma di contenuto, al punto che si parla apertamente di “cancellazione giurisprudenziale”. D'altra parte, in materia di proprietà si è registrata una disponibilità a ricercare soluzioni innovative di gran lunga inferiore rispetto a quanto è accaduto in altri settori dell'ordinamento privatistico, dove la giurisprudenza ha svolto un ruolo suppletivo o complementare, sì che nel c.d. diritto vivente è profondamente mutato il significato di numerose disposizioni codicistiche in tema, ad esempio, di responsabilità civile o di diritti della personalità».

14 *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 226: «Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie den Umständen nach nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen».

ogni ordinamento – sia del *genus* dell'abuso di diritto, sia della *species* dell'abuso del diritto di proprietà¹⁵.

2. I percorsi di un ritorno annunciato

Risulterà presto evidente come, ben al di là del tenore letterale, l'impianto del divieto di emulazione adottato dal nostro legislatore abbia finito per ricalcare l'elaborazione dottrinale maturata nella stagione del diritto comune. Una eco insita nei caratteri sostanziali dell'istituto e nelle sue modalità probatorie, che attenua – e non di poco – la conclamata discontinuità fra le due 'storie' dell'*aemulatio*¹⁶, generate da diversi pa-

¹⁵ Come ha acutamente rilevato F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Inchieste di diritto comparato*, 7, a cura di M. Rotondi, Padova 1979, 363 ss., il § 226 del *B.G.B.* si è rivelato una disposizione nata morta. «Il divieto della Schikane ebbe infatti fin dall'inizio nella prassi tedesca una applicazione limitatissima per non dire inesistente. In ciò gli interpreti germanici si riallacciarono in storica continuità alla anteriore prassi del sec. XIX, durante la vigenza del diritto romano comune. Un esame della giurisprudenza del secolo scorso... mostra infatti come l'idea dell'*aemulatio* o del divieto di un comportamento abusivo nell'esercizio di un diritto reale, pur non mancando di spunti testuali nelle fonti e pur essendo stata accolta nella letteratura pandettistica, abbia avuto un ruolo scarsissimo nella prassi... Dopo il 1900 la giurisprudenza germanica mostra un'esemplare continuità con la prassi anteriore. I tribunali tedeschi non ebbero occasione di applicare il § 226 che in qualche caso sporadico, assurto ben presto ad esempio scolastico» (*ibidem*, 367-368). In sede di conclusioni, il Ranieri ha osservato: «Si è visto come in realtà la disciplina testuale dettata nel *B.G.B.* non sia riuscita a svolgere nella prassi germanica, se non inizialmente, la funzione di appoggio testuale alla problematica del divieto dell'abuso di diritto. Questa ultima ha trovato ormai nella prassi dei tribunali tedeschi molto spesso altri e ben diversi canali di legittimazione: è stata assorbita nella più vasta problematica del principio della buona fede, al quale le corti germaniche attribuiscono ben presto una portata normativa autonoma; o è rifluita nel diritto positivo cristallizzandosi nella specifica disciplina dettata per reprimere tipiche ipotesi di comportamenti abusivi (come per esempio in materia societaria). Mi pare di poter concludere che il tentativo di far assurgere la problematica dell'abuso di diritto ad una vera e propria istituzione di diritto positivo non si è rivelato sul piano storico convincente. Nella realtà del diritto applicato la repressione dei comportamenti abusivi si è snodata per vie diverse da quelle apprestate dal legislatore del 1900» (*ibidem*, 381-382).

¹⁶ *Commissione reale per la riforma dei codici. Codice Civile. Secondo libro – Cose e diritti reali. Relazione*, Roma 1937, 24: «Ma più importante e nuova è un'altra limitazione imposta dal capoverso dell'articolo in esame, quella per cui il proprietario non può fare od imprendere opera alcuna che rechi molestia ad altri senza alcuna utilità propria. È

radigmi proprietari. *Dominium* fisiologicamente ‘diviso’ e limitato sul piano degli atti di godimento e di disposizione quello di età medievale e moderna¹⁷, assoluto e incompressibile quello uscito dalla Rivoluzione francese e scolpito nel *Code Civil Napoléon*.

Sono note le ragioni della decadenza e della ‘cassazione’ dai palinsesti codicistici ottocenteschi di un istituto che tanto credito aveva meritato e tanti ‘eminenti servigi’ aveva reso sino a tutta l’età moderna come canone ‘moralizzatore’ ed equitativo delle dinamiche dei rapporti proprietari di vicinato, rustico e urbano¹⁸. Insofferente nei confronti della tradizione autoritativa che Paolo Grossi ha tradotto in «armonia condizionante dell’ordine medievale»¹⁹, il giusnaturalismo si era impe-

il divieto dell’abuso di diritto introdotto espressamente nel codice in rapporto al diritto di proprietà, e che trova riscontro nel progetto del libro delle *Obbligazioni e contratti* in cui, nell’art. 74, si dispone che è “tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell’esercizio del proprio diritto, i limiti posti alla buona fede o dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto”. Dato assai significativo appare il particolare accento posto dal Relatore De Ruggiero sulla “novità” del principio contenuto nell’articolo in esame. Una “novità” che non può essere letta che in termini di “discontinuità” rispetto alla tradizione di diritto comune, privilegiando gli elementi oggettivi del comportamento sanzionato – mancanza di utilità propria – rispetto a quelli soggettivi e psicologici – la prova dell’*animus nocendi* –, che avevano caratterizzato l’istituto fra medioevo ed età moderna. Assai eloquenti, secondo questa chiave di lettura, si presentano i pareri dei così detti corpi consultivi al dettato dell’art. 25. Pareri nei quali, al di là di una valutazione generalmente positiva, si sottolinea proprio la “attualità” di una proposta del legislatore improntata al senso di civismo ed allo spirito solidaristico, che informano l’intero istituto dominicale».

17 Per tutti si v. P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Bari 1997, 237 ss.

18 M. ROTONDI, *L’abuso di diritto* – «Aemulatio», Padova 1979, 109.

19 P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in ID, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992 (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41), 21 ss., in specie 26: «Le definizioni della proprietà sono tutte costruite su schemi classici e fan leva sull’assolutezza, l’esclusività, l’indipendenza per puntualizzare la situazione soggettiva del *dominus fundi*, ma, se voltiamo appena questa pagina iniziale del discorso dei nostri giuristi, prendiamo coscienza di un itinerario logico e culturale che non nasce da quelle definizioni ma che ha invece un suo corso geneticamente e funzionalmente autonomo. Ci accorgiamo insomma che al di sotto delle definizioni esaltanti il *dominium* sta un sistema che non intende far perno sul *dominium*, che in quella situazione relativamente crede, che tende a valorizzare situazioni diverse dal *dominium* e a fondarsi su quelle. La

gnato a riplasmare le figure del diritto romano in base alle istanze dei secoli nuovi. Il processo di progressiva rarefazione e astrazione del dato giuridico dai percorsi della morale e della religione, filtrato attraverso il setaccio delle ideologie liberiste e fisiocratiche del Settecento illuminista e riformatore, segnò per la teorica dell'*aemulatio* un colpo mortale²⁰.

Il dettato dell'art. 544 del Codice Civile francese del 1804: «La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements» – al pari di quello dell' art. 436 del Codice Civile del Regno d'Italia del 1865²¹ – furono tuttavia intaccati sui versanti giurisprudenziale e dottrinale dall'affacciarsi già dalla metà del secolo di differenti declinazioni interpretative²².

definizione resta come a mezz'aria senza quasi contatti con il tessuto dell'esperienza, dove un radicale spostamento nell'attenzione dell'ordinamento conduce verso valori per buona parte estranei a quelle definizioni».

20 G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, in ID., *Filosofia del diritto privato*, Torino 1939, 49-51: «L'alleanza del diritto romano coi principi della scuola del diritto naturale segna il momento storico in cui il diritto privato diventa l'espressione riflessa e concreta delle dottrine elaborate dai giusnaturalisti, ai quali non parve possibile la riforma del diritto privato se non attraverso le forme tramandate del genio giuridico romano. Ma se rinascono le forme lo spirito che le anima è nuovo. Né può altrimenti spiegarsi il fatto in apparenza strano che il diritto romano poté servire alla causa della libertà e agli scopi dell'individualismo dopo esser stato per tutto il Medio Evo e nel periodo della formazione degli Stati moderni invocato contro la libertà individuale a favore del diritto dei principi e in appoggio dell'assolutismo... Senonché più che il diritto romano giustiniano noi vediamo nei secoli XVII e XVIII risorgere, per opera dei giusnaturalisti seguaci dell'indirizzo liberale e individualista, il diritto romano classico, prodotto mirabile dell'attività pretoria e giurisprudenziale che per lo spirito ed i caratteri che lo distinguevano meglio serviva alla riforma del diritto privato, quale le condizioni storiche, le esigenze logiche, le dottrine giuridiche dell'epoca moderna richiedevano».

21 *Codice Civile del Regno d'Italia* 1865, lib. II, tit. II, capo I, art. 436: «La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalla legge o dai regolamenti».

22 F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., 364 s.: «È ben noto come dalla fine del sec. XIX la giurisprudenza francese, sotto la guida di un'unica corte di Cassazione, tenendosi lontana dalle sottili argomentazioni de l'école de l'exégèse, ha quasi sempre adottato un metodo pragmatico ed equitativo. Anche la giurisprudenza fa naturalmente riferimento ai testi legali, ma spesso non si tratta che di un'*elegantia iuris*: in

Pur non condividendo l'eccessivo rilievo attribuito dalla civilistica contemporanea alla pronuncia della Corte di Appello di Colmar del 2 maggio 1855, è innegabile che essa abbia dato voce a una significativa inversione di tendenza²³. Il caso di specie evoca una dimensione di vicinato urbano. Intervenendo nel merito di una lite sorta tra proprietari per la costruzione di un camino, le cui esorbitanti proporzioni palesavano come unico lo scopo di togliere luce al vicino, il giudice di Colmar riformò la decisione di primo grado. Laddove il tribunale non aveva individuato nella condotta del costruttore gli estremi di un abuso di diritto, la corte indicò – come ebbe a sottolineare Louis Josserand – un «limite infranchissable» nella tutela dei diritti soggettivi da parte dell'ordinamento giuridico²⁴. Un limite «représentée par la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime; notamment, elle n'admet pas qu'il puisse être guidé par le désir de nuire à ses voisins, désir illicite devant lequel cesse la protection de la justice»²⁵. Aggirando il silenzio della codificazione sia sul *genus* dell'abuso di diritto sia sulla *species* degli atti emulativi fra proprietari e poggiando sulle robuste dottrine sviluppate Oltralpe in tema d'*abus de droit* (dallo stesso Josserand e, con lui, da Jean Charmont e da Raymond Saleilles)²⁶, toccò alla prassi di individuare un canale di legitti-

realtà i giudici francesi si ispirano volentieri “pour résoudre les questions douteuses, de raisons de convenance et d'équité”, sicché, imponendosi sempre più rigorosamente il rispetto del precedente, la giurisprudenza viene a collocarsi a fianco delle formule legali come reale ulteriore fonte di diritto ed alla dottrina non resta che accettare il fatto compiuto».

23 F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., 364: «In Francia la nozione di *abus de droits* non ha mai avuto come tale un preteso riconoscimento in una norma del diritto positivo. Essa è stata piuttosto sviluppata liberamente dalla prassi dei tribunali, la quale dal celebre *leading case* della corte di appello di Colmar, ha trovato un canale di legittimazione testuale per tale sviluppo nella clausola generale del *neminem laedere*, di cui all'art. 1382 *Code civil*».

24 Colmar, 2 maggio 1855, in *Dalloz jurisprudence générale en matière civile commerciale et criminelle*, XXXI, 1856, 9. Le linee dello sviluppo della giurisprudenza francese nel XIX secolo sono state ripercorse da H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris 1950, 280 ss.

25 *Ibid.* L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, cit., 26-27.

26 Apertamente critico nei confronti di quella dottrina e manualistica francesi che hanno enfatizzato il ruolo della sentenza di Colmar è stato, più di recente, S. RODOTÀ,

mazione testuale nella clausola generale del *neminem laedere*, espressa dall'art. 1382 del *Code Civil*²⁷.

Mutatis mutandis, anche l'Italia post-unitaria ebbe le sue Colmar e una consentanea, robusta dottrina impegnata sul concretissimo fronte del disciplinamento delle acque²⁸. Ricche fonti di energia per l'economia agricola e proto-industriale dell'Italia centro-settentrionale, le acque fluviali e pluviali – *ab origine* “res omnium communes” – ben si prestavano a proiezioni equitative e a logiche solidariste che Gian Domenico Romagnosi sintetizzò nell'esigenza di una superiore «ragion civile». Una ‘ragione’ che indusse sin dal 1834 il futuro padre del codice di procedura penale a sostenere che: «se il diritto di proprietà come ogni altro sia basato sulla convivenza, nella necessità di ogni civile consorzio mai potrà essere esercitato *ad aemulationem*, essendo nei principi stessi del diritto implicita l'idea

La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica, in ID, *Il terribile diritto*, cit., 88, che ha ricordato come quel giudicato non era stato privo di precedenti nella giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore del *Code civil*. Per apprezzare il significato innovatore della decisione *de qua*, occorrerebbe, pertanto, valutare che «le sentenze ricordate al fine di smentire la tesi della novità rappresentata dalla sentenza del 1855 sono state tutte pronunciate in anni piuttosto vicini a quello della promulgazione del *Code civil*, cioè in un periodo in cui i giudici erano ancora legati alla cultura dell'epoca precedente, caratterizzata proprio dalla presenza di un gran numero di temperamenti equitativi utilizzati in sede giudiziale, e potevano anche richiamare le sentenze pronunciate sotto l'*Ancien régime*. Questi dati, evidentemente, erano destinati a perdere progressivamente d'importanza man mano che ci si allontanava da quell'epoca e si determinava una più rigorosa interpretazione della disciplina della proprietà, derivante dalla accettazione del principio di stretta legalità ribadito dalla codificazione».

27 *Code civil des français*, l. III, tit. IV, chap. II, art. 1382: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer».

28 Una dottrina che trova un rappresentante emblematico nel civilista piemontese Sebastiano Gianzana (Avvocato patrocinante in Mortara), che nel suo poderoso saggio *Le acque nel diritto civile italiano*, Torino 1879, t. I, capo VIII della parte I, 832 ss., si diffonde sul nodo «Del potere conciliativo dell'autorità giudiziaria in materia d'acqua, e della repressione dell'emulazione». Sul Gianzana, che fu uno dei maggiori cultori della tematica delle acque di fine Ottocento e sull'influenza esercitata dal modello romagnosiano sulla sua produzione scientifica, si veda L. MOSCATI, *In materia di acque. Tra diritto comune e codificazione albertina*, Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano, 33, Roma 1993, 25, 31, 94, 116, 137.

dell'ordine e della morale e quindi è a ritenersi che tutte le leggi vietino l'atto emulativo a meno di un'espressa disposizione in contrario»²⁹.

Il tema era destinato a divenire 'caldo' nell'ultimo quarto del secolo, quando sul versante dottrinale videro la luce i trattati di Sebastiano GIANZANA³⁰ e di Giacomo GIOVANETTI³¹, specialisti nel 'diritto delle acque' e saldi nell'affermare che la teorica repressiva dell'emulazione nuocesse alla convivenza sociale³². Con analoghe tensioni, due paradigmatiche sentenze di Cassazione condivisero la massima che non potesse un proprietario fare opere *usque ad aemulationem*, traendo argomento dal «purissimo fonte del gius comune»³³. Un diritto comune che stimati

29 G.D. ROMAGNOSI, *Trattato della ragion civile delle acque nella rurale economia*, Firenze 1834, libro I, cap. II, *Come nell'associazione territoriale civile moderar si possa il privato dominio non contrattuale su di una corrente naturale privata*, § IV, 258. Su questo filone dell'opera dell'ecclettico giurista emiliano (Salsomaggiore 1761 – Milano 1835) si vedano G. ASTUTI, *Il regime giuridico delle acque nel pensiero di Gian Domenico Romagnosi* (1961), ora in ID., *Tradizione romanistica e cultura giuridica europea: raccolta di scritti*, a cura di G. Diurni, Napoli, 1984, vol. II, 1251-1302 e, dello stesso A., *La concezione romagnosiana della ragion civile delle acque*, 1963, *ibidem*, 1305-1331; L. MOSCATI, *In materia di acque*, cit., *passim* e, *in specie*, 115-130. Per una bibliografia del Romagnosi, v. E. A. ALBERTONI, *I tempi e le opere di Gian Domenico Romagnosi*, Milano 1990, 1-138.

30 S. GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano*, cit., 832 ss.

31 G. GIOVANETTI, *Il regime delle acque. Tradotto ed arricchito con note dottrinali e di richiamo alle opere del Romagnosi per il Cav. G. Foschini*, Napoli 1883.

32 G. GIOVANETTI, *Il regime delle acque*, cit., 7: «L'illustre Romagnosi, la cui memoria io onoro come si deve onorare quella d'un maestro e di un amico, proclamava vivamente che il principio della proprietà debb'essere subordinato alla legge sociale ed alle esigenze comuni; che non bisogna confondere il dominio naturale, che non suppone alcun rapporto sociale, col dominio civile, che impone la necessità di tener conto di questi rapporti; che il dominio civile potrebbe essere definito il dominio naturale socialmente modificato, *contemperato*, secondo la necessità della vita comune, *della convivenza*; che obbedire alla legge della vita comune non è obbedire ad un altro uomo, ma alla necessità delle cose ed a noi stessi, e che la modificazione del principio non toglie il diritto, né lo cambia; essa gli dà una direzione confacente a tutti».

33 Cass. Firenze, 13 dicembre 1877, Sguanci contro Contini, in *Il Foro It.*, 1878, III, I, col. 481: «*Massima*. Gli atti di emulazione devono proibirsi anche sotto l'impero delle vigenti leggi. Sebbene l'art. 533 del codice autorizzi il comproprietario di un muro ad alzarlo senza il consenso dell'altro, tale facoltà non può esercitarsi per ispirito di emu-

civilisti come Carlo Lozzi³⁴ ed Enrico Cimbali³⁵ nei medesimi anni comprendevano, per continuità storica, fra i 'principi generali del diritto', deputati dall'art. 3 delle *Disposizioni preliminari* del primo Codice Civile unitario a soccorrere il giudice in caso di silenzio del legislatore³⁶.

lazione»; e Cass. Palermo, 20 febbraio 1878, in *Foro It.*, 1879, IV, I, col. 119: «*Massima*. L'esercizio del diritto di proprietà è limitato dalla necessità di evitare il danno altrui. È lecito al proprietario di fondi invasi dall'irrompere delle acque difendersi anche con danno dei vicini, ma solamente in caso di forza maggiore e quando non vi sia altro mezzo di difesa. Il proprietario pertanto, che sia danneggiato dal proprietario limitrofo per la costruzione di ripari che abbiano alterato il corso delle acque, ha diritto di agire contro di lui per il risarcimento dei danni e la restituzione delle acque nel pristino corso. Non può un proprietario far opere *usque ad aemulationem*».

34 C. LOZZI, *Introduzione al Codice Civile e al diritto internazionale privato: saggio teorico e pratico*, Venezia 1880, 148: «Riferendoci a ciò che abbiamo detto intorno al modo di interpretare le leggi in generale, ed in ispecie all'equità, aggiungeremo solo, che questa secondo il gius romano, e più ancora secondo il gius comune, doveva sempre avere la prevalenza nel regolare e indirizzare a vantaggio comune i rapporti nascenti dalla società, dalla comunione, dal condominio, dal vicinato, dalla situazione de' luoghi e simili».

35 E. CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in *Archivio Giuridico*, XXIV, 1880, 150-151: «La prima serie di limitazioni al diritto di proprietà consiste nel divieto fatto al proprietario di recare, nell'esercizio del diritto proprio, pregiudizio alcuno alla proprietà altrui... *Nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet*. Questo principio, sebbene tutti non lo facciano rilevare con la medesima chiarezza, è ammesso generalmente dagli scrittori. Ma se il proprietario di una cosa, pur usando della sua proprietà, compie degli atti rivolti unicamente a recare pregiudizio alla proprietà del vicino, senza che egli ne ricavi profitto alcuno, può essere impedito in siffatte operazioni, e nel caso che già le abbia compiute può essere obbligato a distruggere le opere nocive e a risarcire i danni arrecati? Il Laurent decide che sì, e noi conveniamo pienamente con lui, poiché il diritto è una funzione ordinata, la quale, quando non si esercita conforme al fine cui è diretta, perde il carattere della sua legittimità. L'adagio tanto abusato: *unusquisque est rei suae moderator et arbiter* bisogna subordinarlo sempre all'altro non meno importante: *malitiis hominum non est indulgendum*».

36 *Codice Civile per il Regno d'Italia 1865, Disposizioni preliminari*, art. 3 (*Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale*): «Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe; ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali del diritto».

È un siffatto clima, apertamente derogatorio rispetto a una rigorosa esegesi delle logiche e del regime proprietario disegnato dal Codice Civile, a segnare la discesa in campo di Vittorio Scialoja. I suoi molteplici contributi al dibattito *de quo* confluirono nell'articolata voce *Aemulatio*, che il Maestro redasse nel 1892 per l'*Enciclopedia Italiana*³⁷. In quella, che è stata definita «una autentica monografia di diritto comune»³⁸, la voce dello Scialoja, allora trentenne ordinario di diritto romano alla Sapienza, si levò a controbattere gli argomenti dei non pochi e non poco autorevoli sostenitori dell'esistenza del divieto di atti di emulazione quale principio generale sotteso alla 'lettera' della codificazione civilistica. «Tale affermazione – egli scrive – si suol fare in due modi: affermando cioè che nel diritto romano, fonte delle moderne legislazioni, era scritta la proibizione, e sostenendo che l'equità deve portarci alla proibizione stessa»³⁹. Argomenti entrambi che intese confutare dalle fondamenta, affermando l'estraneità del divieto alla disciplina romanistica del *dominium*. Ne dedusse che *de iure condito* l'emulazione non era di per sé vietata: talora comportamenti ad essa riconducibili risultavano illeciti, ma solo in quanto si sostanziassero specificamente in condotte vietate da norme di legge⁴⁰. Era il caso testimoniato, per la Francia, dal capillare

37 V. SCIALOJA, voce *Aemulatio*, in *Enc. Giur. it. Esposizione ordinata e completa dello stato e degli ultimi progressi della scienza, della legislazione e della giurisprudenza*, sotto la direzione di P.S. Mancini, Vicedirettore E. Pessina, I/II, Milano 1912, 426 ss., ora in ID., *Studi giuridici*, III. *Diritto privato*, prima parte, Roma 1932 (Ius, VII), 216-259.

38 P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 Polacco versus Simoncelli)*, 1989, ora in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1988, 38.

39 V. SCIALOJA, *Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti (Nota alla sentenza 13 dicembre 1877 della Corte di cassazione di Firenze...*, in *Foro It.*, 1878, III, I, col. 481), ora in ID., *Studi giuridici*, cit., 194-206.

40 V. SCIALOJA, voce *Aemulatio*, cit., 252: «Non è difficile trarre la conclusione generale da questa disamina delle disposizioni del nostro Codice Civile. L'emulazione non vi è mai proibita, come tale. In generale il proprietario può compiere sulla cosa propria tutti gli atti non vietati dalle leggi o dai regolamenti, senza che altri abbia diritto di riscontrare se siano atti vantaggiosi o no, se siano fatti con questa o quella intenzione. Quando invece sia il caso di un conflitto di diritti, come p. es. quando si tratti dei rapporti dei condomini tra loro, gli atti di chi ha un diritto non possono essere fatti con danno o incomodo dell'altro avente diritto e senza utile di chi li compie... In materia d'acqua finalmente vige lo speciale principio, che ogni proprietario non solo non può

disciplinamento delle servitù legali urbane e rustiche⁴¹ e, per l'Italia pre e post-unitaria, dallo 'speciale' regime delle acque.

Osservazioni *stricto iure* rigorose e ineccepibili, queste scialojane, pur se scarsamente lungimiranti nel sottovalutare le ineludibili esigenze di rivalutazione e riqualificazione che la Rivoluzione Industriale e, di lì a pochi decenni, il Primo Conflitto Mondiale avrebbero impresso al paradigma proprietario codificato.

3. Le origini: un problema sopravvalutato

Destinata a vita lunga fu, invece, la concentrazione degli studi di versante sia storico che giuspositivistico sul tema delle origini del divieto *de quo*, che catalizzò l'attenzione di sostenitori e di detrattori⁴². In linea con l'analisi scialojana, risulta acquisito come il termine *aemulatio* rivesta nella legislazione e nella giurisprudenza romane un significato assai diverso da quello di illecito o abusivo esercizio di un diritto. Il sostantivo ricorre in due soli luoghi della compilazione giustiniana: un frammento di Emilio Macro del titolo *de operibus publicis* del Digesto (D. 50.10.3) e una costituzione di Valente, Graziano e Valentiniano del 376 d. C. rifluita nel *Codex* al titolo *de apparitoribus praefecti annonae* (C. 12.58[59].1). Nel primo contesto il giureconsulto – urbanista *ante*

fare atti a se stesso inutili e nocivi al vicino, ma deve concedere a questo la facoltà di compiere quegli atti che gli siano utili e non rechino danno al concedente».

41 Come è stato osservato «è questa d'altronde la ragione per la quale in questa materia, a differenza di quanto prevalentemente accadde, il *Code civil* (e poi il nostro Codice del 1865) attinse alla tradizione del diritto consuetudinario piuttosto che a quella del diritto comune; tanto più che nel nuovo sistema delle fonti desumere le regole, restrittive delle prerogative proprietarie, da un principio generale, come quello del divieto degli atti emulativi, sarebbe stato in contrasto con l'affermazione della libertà del proprietario come principio generale, che è uno dei massimi postulati del *Code*. Al divieto di *aemulatio* si sotituisce, quindi, la rete delle "servitù legali"» (*Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, in *Il Codice Civile*. Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano 1994, 129). Caposcuola in Francia di questo indirizzo è Charles Demolombe, con il suo denso *Traité des servitudes*, Paris, 1872, assai apprezzato dallo stesso Scialoja (voce *Aemulatio*, cit., 244).

42 Rinvio alle osservazioni in merito sviluppate in N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 40 ss.

*litteram*⁴³ – circostanza la perfetta libertà dei privati di costruire *opera nova* – di utilità e abbellimento per la città – senza necessità di autorizzazione da parte del principe. Alla regola fanno eccezione gli edifici innalzati *ad aemulationem alterius civitatis*, quelli che suscitino condotte sediziose ovvero insistano nelle vicinanze di circhi, teatri e anfiteatri⁴⁴. Nel secondo, gli imperatori proibiscono l'intrudersi degli addetti di un comparto amministrativo in affari pertinenti a diverso ufficio, al fine – *aemulatione secreta* – di eliminare confusione e conflitti⁴⁵. In entrambi i casi il significato di *aemulatio* corrisponde a quello a-tecnico di 'gara'.

Passando dal piano terminologico a quello del diritto sostanziale – se cioè il diritto romano conoscesse una reazione dell'ordinamento giuridico nei confronti dei comportamenti abusivi di diritto o, almeno, conoscesse la *species* del divieto di atti emulativi – appare evidente come l'approccio dello Scialoja abbia condizionato il dibattito scientifico successivo e 'ingessato' i percorsi argomentativi. Percorsi che la dottrina romanistica ha costretto entro i confini, angusti, di un contraddittorio fra testi «che si vorrebbero addurre a prova del divieto dell'emulazio-

43 Sull'opera di Emilio Macro, giureconsulto vissuto a cavallo tra II e III secolo, v. F. SCHULZ, *Geschichte des römischen Recht Wissenschaft*, Weimar 1961, 232, 319, 323, 330 e W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln 1967, 256 s. I frammenti degli scritti macrini rifluiti nel Digesto, principalmente concernenti il diritto pubblico, testimoniano del principale interesse del giurista, probabilmente anche in veste di funzionario o di membro della cancelleria imperiale. Sul rilievo della costituzione *de qua* in materia di politica edilizia dell'Impero, si veda ora M. RAINER, *Politica edilizia diocleziana in nord Africa*, in *Index. Quaderni di studi romanistici*, XX, 1992, 562-563; M. D. BLECHER, *Aspects of privacy in the civil law*, in *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis*, XLIII, 1975, 287-288.

44 D. 50.10.3 *pr.* (Macer 2 *de off. praesid.*): *Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebeat vel circum theatrum vel amphitheatrum sit.*

45 C.Th. 1.6.7 (Imp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad Rufinum Praefectum Praetorio): *Neque tamen apparitoribus urbanae praefecturae annonarium officium inseratur, sed apparitorum aemulatione secreta ministerio suo annonae praefectura fungatur*, così rifluita in C. 12.58(59).1 (Imp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad Rufinum Praefectum Praetorio): *Apparitores urbanae praefecturae annonario officio se non inserant, sed apparitorum aemulatione secreta ministerio suo annonae praefectura fungatur.*

ne» e «testi che chiaramente confermano il principio contrario a quel divieto»⁴⁶. Rinviando ai paragrafi successivi la disamina di alcune delle *sedes materiae* dalle quali la scienza giuridica medievale trasse argomenti ‘letterali’ e ‘razionali’ per elaborare un’organica dottrina del divieto degli atti di emulazione, basti ora rappresentare i tre orientamenti che divisero la romanistica otto-novecentesca. L’uno escludente che il divieto avesse mai avuto cittadinanza in quell’ordinamento⁴⁷, l’altro favorevole ad ammetterne la rilevanza sin dall’età classica⁴⁸, il terzo incline a riconoscerne l’operatività solo in casi di specie normati, ovvero solo nell’ambito cronologico dell’esperienza giustiniana⁴⁹.

Non diversamente, sul versante della storiografia giuridica italianistica – ove il tema non è peraltro mai stato di punta – hanno pesato fino

46 V. SCIALOJA, voce *Aemulatio*, cit., 236.

47 Si v., per tutti, la posizione di V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1978, 180. Per un elenco di autori che si mossero sulla stessa linea dell’Arangio-Ruiz si rinvia a N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 32 n. 90. Tra quelle citate meritano una menzione le posizioni di Silvo Perozzi, dall’Autore già messe a punto nel fondamentale saggio *Il divieto degli atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, 1894, ora in ID., *Scritti giuridici*, a cura di U. Brasiello, Milano 1948, 369 ss.

48 N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 34 n. 94. In particolare, S. RICCOBONO, *La teoria dell’abuso di diritto nella dottrina romana*, in *BIDR*, n. s., V, 1939, 42, conclude: «Si può con soddisfazione constatare che il risultato di questo studio nei punti essenziali coincide con quello del collega Kreller... Anche il Kreller, infatti, riconosce nel diritto classico e già nel diritto della Repubblica i germi del divieto di atti emulativi. Il fr. 38, D. 6.1 di Celso e la costituzione di Antonino Pio, Gai. I.51, sono le manifestazioni più notevoli dello sviluppo dell’istituto. Questo è un risultato rimarchevole; in confronto alla negazione assoluta che aveva dominato nella dottrina dal tempo degli Umanisti alla scuola storica del sec. XIX, dal Cujacio allo Scialoja. La soluzione del problema è semplice, anzi quella comune, che ha nell’opera di Gaio molto rilievo. Cioè, il sistema del *ius civile* non lasciava adito a limitazioni di sorta nell’esercizio del diritto; invece il divieto fu attuato dai magistrati, specialmente dal pretore, con tutti i vari mezzi, dall’*exceptio doli* all’*actio de dolo*, dagli interdetti alle *actiones utiles*».

49 Tra questi B. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano (Diritto privato giustiniano)*, Torino 1926, 184-195; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1942, §§ 79 e 110; G. LONGO, *Manuale elementare di diritto romano*, Messina 1953, 82; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1956, 259-263; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1993, 332-335; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino 1997, 297-299.

ad anni recenti l'autorevolezza e la supposta esaustività delle indagini esegetiche compiute dallo Scialoja per l'età di mezzo⁵⁰. Una storiografia – non va taciuto – al cui interno il filone manualistico perse l'impostazione tecnica che ne aveva segnato il legame privilegiato con le Facoltà di Giurisprudenza con la fine del Secondo Conflitto Mondiale⁵¹. Essa fu, pertanto, solo marginalmente toccata dal dibattito istituzionale e dal mutamento ideologico che precedettero l'ingresso degli atti *ad aemulationem* nel Codice Civile del 1942. Fra le poche degne di nota per originalità di impostazione appaiono le riflessioni sviluppate nel 1915 da Francesco Schupfer nel suo ormai classico affresco dedicato al diritto privato dei popoli germanici⁵². A margine della puntuale *species* delle limitazioni derivanti al diritto di proprietà dall'incidenza dei rapporti di vicinato, lo studioso ebbe a osservare come esse discendessero naturalmente dalla concezione collettivistica della proprietà germanica. Generalmente rimaste al livello di usi, siffatte limitazioni si tradussero nel caso delle consuetudini longobardo-franche consolidate nel *Liber Legis Langobardorum* in regole scritte, che riguardavano, fra gli altri, il c.d. diritto dell'aratro, i rami sporgenti e i frutti caduchi, le costruzioni e, in genere, il diritto di uso⁵³. Un bacino normativo cui, molti secoli dopo,

50 N. SARTI, *Inter vicini*, cit., 43: «La pesante eredità del giurista subalpino è riconducibile, sotto il profilo *de quo*, a due invincibili convincimenti, destinati a superare, indenni, il traguardo del secolo: l'uno, formale, assiso sull'indiscusso valore scientifico e sull'esaustività dell'indagine esegetica e delle conclusioni dogmatiche – da più parti definite “magistrali” – avanzate per l'età di mezzo; l'altro, sostanziale, adombrante una valutazione largamente negativa sulla qualità e l'originalità del *modus argumentandi* di Bartolisti e di consiliatori».

51 Un distacco, questo, le cui valenze negative non sono sfuggite ad E. CORTESE, *Esperienza scientifica. Storia del diritto italiano*, VIII, Milano 1982, 800: «Negli anni immediatamente successivi al '45 sembrò che l'ispirazione idealistica, crociana fosse destinata a incidere profondamente sulla storiografia giuridica... Significava, insomma, nella valutazione della storia del diritto, porre l'accento sempre più sulla storia e sempre meno sul diritto: in sé cosa giustissima finché si trattava di reagire a precedenti modi di vedere, ma alla lunga pericolosa perché poteva agevolare un distacco della disciplina dalla tecnica dei giuristi e quindi sminuirne la funzionalità nel quadro delle Facoltà di Giurisprudenza».

52 F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, 3 *Possessi e dominii*, 2ª ed. notevolmente ampliata, Città di Castello-Roma 1915.

53 V. *ibid.*, 180.

ebbe ad attingere il legislatore napoleonico per la costruzione della categoria delle servitù, laddove la contrazione della proprietà poggia su due elementi: la contiguità fra fondi urbani o rustici e l'utilità del fondo servente rispetto al fondo servito⁵⁴.

Due le disposizioni – appartenenti all'ambito dei diritti di pascolo e di passaggio – apparse emblematiche della condanna di qualsivoglia declinazione antisociale della proprietà fondiaria: il cap. 358 di Rotari, che stabiliva nessuno dovesse negare l'erba ai viandanti⁵⁵ e il capitolare 14 “de iterantibus” di Carlo Magno, che garantiva, nei tempi calamitosi della chiamata alle armi, la facoltà di sfamare il proprio destriero nel campo altrui⁵⁶. Un'influenza, questa esercitata dalla c.d. funzione sociale della proprietà collettiva germanica, ormai ampiamente ridimensionata⁵⁷. Come ha sottolineato Guido Astuti dalle pagine dell'*Enciclopedia del diritto*, essa riposa esclusivamente sulla fragile testimonianza di un manipolo di disposizioni delle leggi barbariche d'Occidente molto probabilmente modellate su alcuni passi delle Sacre Scritture⁵⁸. Passi ai quali i compilatori si ispirarono per la soddisfazione e la tutela di esigen-

54 Critico, tra tanti, sul ricorrente atteggiamento, M. CARVALE, *Ricerche sulle servitù prediali nel Medio Evo. I. L'età romano-barbarica*, Ius nostrum, 14, Milano 1969, 5-6.

55 *Liber Legis Langobardorum Papiensis*, edente A. Boretio i.cto, in *Monumenta Germaniae Historica, Legum* t. IV, Hannoverae 1868, 384: «Roth. 358. Nulli sit licentia iterantibus herbam negare, excepto prato intacto tempore suo aut messe. Post fenum autem aut fruges collectas tantum vendices cuius terra est, quantum cum clausura sua potest defendere...».

56 *Liber Legis Langobardorum Papiensis*, cit., 486-487: «Karol. M. 14. De iterantibus, qui ad palatium aut alicubi pergunt: ut eos cum collecta nemo ausus sit adsalire. Et nemo herbam alterius tempore defensionis tollere presumat, nisi in hostem pergendo aut missus noster sit; et qui aliter facere praesumpserit, emendet».

57 G. ASTUTI, voce *Atti emulativi (dir. inter.)*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano 1959, 29.

58 N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 67: «Una sopravvalutazione storiografica cui va accomunata, nel giudizio astutiano, l'eccessiva incidenza attribuita alle idealità della religione cristiana, poiché è superfluo ricordare che il divieto di questi atti si ispira ad un principio che i teologi direbbero di morale naturale, cioè di quella *naturalis ratio* o *aequitas* che, se assume certamente maggior rilievo nella concezione cristiana e canonica come fondamento – per disposizione divina – d'ogni ordine giuridico, non era stata tuttavia ignota alla filosofia antica ed al pensiero della giurisprudenza romana».

ze primarie, mentre al contempo scrivevano norme rigorose a tutela dei possessi fondiari e delle colture agrarie⁵⁹.

Per concludere e in estrema sintesi, gli storici del diritto nel ricostruire i percorsi dell'elaborazione teorica e dell'affermazione pratica dell'*ae-mulatio* hanno spesso valutato fonti normative e dottrinali eterogenee, estranee ai termini tecnici del comportamento vietato. Ne è scaturita confusione tra principi e problemi diversi, quali le teorie sull'abuso di diritto e quelle sui limiti della proprietà privata. Confusione, quest'ultima, non ancora completamente risolta.

4. La scienza giuridica pre-accursiana

È ormai acquisito in dottrina che la teorica del divieto di emulazione sia stata originalmente costruita dagli interpreti dell'età di mezzo sulle fondamenta di un manipolo di frammenti giustiniani. In essi i *legum doctores* trovarono avalli 'letterali', attinsero processi logici e linguaggio rigoroso, nella convinzione che le fonti normative fossero 'contenitori' suscettibili a evolversi nella direzione del divenire storico. Dalla loro 'lettura' estensiva e creativa crebbe gradualmente una figura giuridica nuova: una limitazione specifica della *potestas dominica* circostanziata dalla volontà malevola del *dominus* di arrecare un inutile nocumento al proprio vicino⁶⁰. Due requisiti, l'uno soggettivo l'altro oggettivo, e un contesto, i rapporti di vicinato, che – con tutta evidenza – non trovano riscontro negli elementari divieti elevati da alcune normative germaniche nei confronti dei proprietari di fondi rustici. Divieti cui si è già fatto cenno, bilanciati dall'opportunità di garantire generici diritti di pascolo e di passaggio agli *iterantes*, i viandanti per necessità o per oneri di milizia protagonisti di quelle stagioni ancora in parte nomadi e guerriere.

Procedendo per quadri, giova segnalare che una embrionale individuazione delle dinamiche argomentative del divieto di atti emulativi è apparsa riconducibile alla pulsante realtà dell'esegesi pre-accursiana. Sarebbe ben più che azzardato avanzare ipotesi alla luce della presen-

59 G. ASTUTI, voce *Atti emulativi*, cit., 30.

60 Per una analisi critica delle fonti normative altomedievali e della dottrina preaccursiana, si rinvia nel dettaglio a N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 99 ss.

za nella risalentissima *summa* al Codice *Perusina* delle rozze sintesi di C. 3.34 (*de servitutibus et aqua*), 11⁶¹ e di C. 8.10 (*de aedificiis privatis*), 10⁶²: costituzioni entrambe destinate a fornire importanti agganci testuali al più tardo dibattito di scuola bolognese, disponendo l'una il divieto di transitare sul fondo del vicino non gravato da servitù di passaggio⁶³, l'altra che nelle province fosse consentito di recintare terreni e altri luoghi di proprietà⁶⁴. In forma non meno sfumata e opinabile una glossa di Irnerio al frammento celsino *In fundo alieno* del tit. *de rei vindicatione* (D. 6.1.38)⁶⁵, analizzando le conseguenze dell'evizione subita dall'incauto acquirente di un edificio, laddove precisa che i diritti

61 V. *Annotationes Codicum domini Justiniani (Summa Perusina)*, edente F. Patetta, in *BIDR*, XII, 1900, lib. III, tit. XXXI (*de servitutibus et aqua*), l. 11, 85: «*Idem a. et c. Aurelio*. Per agrum alienum, si servitatem non debet, ire vel agere vicini non licet».

62 *Annotationes*, cit., lib. VI, tit. X (*de aedificiis*), l. 10, 261: «*Lex 10. Imper. Honorius et Theodosius aa. Molaxio pp.* Muralia deserta per provincias si quis edificare voluerit, liceat».

63 C. 3.34.11 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio*): «Per agrum quidem alienum, qui servitatem non debet, ire vel agere vicino minime licet: uti autem via publica nemo recte prohibetur». Questa costituzione del 294, insieme alle altre del medesimo titolo *de servitutibus et aqua* del *Codex* giustiniano, può essere annoverata tra quei testi che, secondo V. SCIALOJA, voce *Aemulatio*, cit., 236, confermano chiaramente il principio contrario al divieto di uso emulativo del diritto di proprietà.

64 C. 8.10.10 (*Imp. Honorius et Theodosius AA. Monaxio pp.*): Per provincias Mesopotamiam Osroenam Euphratensem Syriam secundam Phoenicen Libanensem Ciliciam secundam utramque Armeniam utramque Cappadociam Pontum Polemoniicum atque Hellenopontum, ubi magis hoc desideratur, ceterasque provincias cunctis volentibus permittatur murali ambitu fundos proprios seu loca sui domini constituta vallare.

65 D. 6.1.38 (Cels. 3 *digest.*): In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

dell'evitto sono circoscritti alla facoltà di *tollere* le migliorie apportate e accedenti all'immobile, incoraggia a presumere – ma è ben lungi dal dimostrare – che la *Lucerna Iuris* estendesse al *ius tollendi* il limite equitativo per il quale «neque malitiis indulgendum est» – è vietato indulgere in condotte maliziose⁶⁶.

Solo nelle più tarde e articolate sillogi del Piacentino (m. 1192), di Pillio da Medicina (m. 1207...), e di Azzone (m. 1220...) – ove in buona sostanza è rappresentata la varietà delle opzioni esegetiche che, a cavallo fra XII e XIII secolo, precedettero la 'serrata' della Glossa Ordinaria – è dato cogliere testimonianze meno equivoche dell'attenzione che i glossatori delle prime generazioni dedicarono al tema della latitudine delle prerogative dominicali. Più d'uno gli spunti offerti dall'esegesi piacentiniana che riassumendo il tit. *de servitutibus et aqua* (C. 3.34), utilizza la parafrasi: «ut pomun liceat in alieno decerpere, et spaciari et coenare, servitus non constituitur»⁶⁷. La facoltà di entrare nel fondo altrui per cogliere un frutto e sostarvi il tempo necessario a mangiarlo esula, infatti, dai 'notissimi termini' del rapporto reale di servitù, che presume com'è noto la perpetuità del gravame, la contiguità e il vantaggio del fondo servito. Il contesto rappresentato dal glossatore emiliano è con

66 Due glosse di sigla irneriana da cui è possibile trarre spunti di interesse. *In primis*, la breve gl. «*rebus ablatis*» che recita: «Quo scilicet casu dictum est sufficere permitti ei tollere», quasi a ribadire cautelativamente i limiti del *ius tollendi* esercitabile dal possessore in buona fede della *res evicta*, precludendo al *neque malitiis indulgendum est*, che segue nel testo celsino. Assai circostanziata sul contenuto del frammento, pur non valutando specificamente il passaggio in esame, appare, invece la più lunga e articolata gl. «*in fundo*»: «Possessor et fructus prestat quos percipit vel percipere potuit extimato eo tempore quo percipere potuerit: Sed sunt fructus quos oportet possessorum lucrari, qui et ipsi prosunt interdum petitori ad impensarum compensationem. E contra servantur possessori sumptus vero sive reddantur quo ad preciosior res facta est sive tollere eos permittatur seu tantum ei datur quantum habiturus est his rebus ablatis. Sed quedam impense, ut in puerum facte, non servantur nisi per compensationem fructuum ex impuberis artificio verbi gratia preceptorum. Item, cum extimacionem rei prestat, consequatur rei dominium vel actionem eo nomine, sive directa ei cedatur sive utilis detur non tantum ut et evictio ei prestetur, sed denegatur actio his qui dolo faciunt». (v. E. BESTA, *L'opera d'Irnerio. Contributo alla storia del diritto italiano*, II. *Glosse inedite d'Irnerio al «Digestum vetus»*, Torino 1896, ad loca, 83).

67 PLACENTINI, *Summa Codicis*, tit. *de servitutibus et aqua* (C. 3.34), Moguntiae, 1536 (rist. anast. Torino, 1962), f. 117.

evidenza diverso. Vi risuonano gli stessi ammonimenti biblici incontrati in alcuni *capitula* del *Liber pavese*: «Quando entrerai tra il frumento del tuo prossimo, potrai cogliere spighe con la tua mano. Ma non agiterai la falce nel frumento del tuo prossimo» (*Deut.* 23.24-25)⁶⁸. Difficile non leggervi una condanna nei confronti di un uso iniquo e immorale del diritto di proprietà, fuor di metafora di un 'abuso'.

E c'è di più.

Passando in rassegna facoltà e oneri dei privati proprietari di immobili, il Piacentino annovera fra le prime la facoltà di erigere nell'ambito dei *dominia* provinciali castelli e fortezze (C. 8.10), con l'unico vincolo «ut ad aemulationem non fiat, nec materiam seditiois praebeat»⁶⁹. Non può sfuggire l'agile intuizione interpretativa con la quale il glossatore estende il limite *ad aemulationem* – motivato da non generalizzabili esigenze di polizia edilizia urbana – alla fattispecie privatistica di chi costruisce *in proprio*, ancorché si tratti di edifici fortificati⁷⁰. Intuizione, questa, che denota una precoce consapevolezza della necessità di reprimere ogni esercizio del diritto non conforme ad *aequitas* e *civilitas*, eventualmente elevando – ed è questo il caso – a principi di genere nor-

68 V. *L'Antico Testamento tradotto dai testi originali e commentato*, in *La Sacra Bibbia tradotta da testi originali e commentata*, a cura e sotto la direzione di S. Garofalo, Torino 1961, *ad loca*.

69 PLACENTINI, *Summa Codicis* cit., tit. *De aedificiis privatiis* (C. 8.10), f. 324 : «Permittimur loca plene et prorsus nostra valere mirabili hambutu circumdare: ita tamen, ut modum usitatum altitudinis non excedamus, ut C. eodem lege. Sed permittimur castrum facere, ita tamen ut ad aemulationem non fiat, nec materiam seditiois praebeat, ut C. eodem, l. Per [provincias] [C. 8.10.10], et ff. de operibus publicis, l. III [D. 50.10.3]». Sull'opinione del Piacentino si veda G. VISMARA, *La disciplina giuridica del castello medievale: sec. 6.-13.*, Romae 1972, 85.

70 Sulla funzione politica del castello e delle fortificazioni medievali nonché sulla loro disciplina giuridica, che li vide di volta in volta intesi dalla dottrina vuoi come edifici, vuoi come oggetto di rapporti giuridici, vuoi come centri di giurisdizione, oltre alla citata, classica opera di G. VISMARA (v. n. preced.), v., per il versante della storia delle istituzioni, fra tanti, F. CUSIN, *Per la storia del castello medievale*, in *RSI*, V, 1939, 529 ss.; G. FASOLI, *Le incursioni ungheresi in Europa nel secolo X*, Firenze 1945; P. DU COLOMBIER, *Le château de France: son histoire, sa vie, ses habitants*, Paris 1960; J. LEVRON, *Le château fort et la vie au moyen âge*, Paris 1963; A. CAVANNA, *Fara sala arimannia nella storia di un vico longobardo*, in *Studi di storia del diritto. Pubblicazioni della Università degli Studi di Milano*, 3, Milano 1967.

mative romanistiche di specie. Consapevolezza che trova ancor più chiara formulazione poco oltre nel medesimo titolo, laddove, ulteriormente sondando i confini del *ius aedificandi*, il Piacentino riproduce la scultorea affermazione pseudo-ulpiana: «prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur» (D. 39.3.1.11)⁷¹, con una diversa formula di sapore tutto medievale: «sibi enim quisque, ut tamen alii non noceat, studiose permittitur prospicere»⁷².

Con largo anticipo rispetto al traguardo accursiano, egli allega una folta schiera di frammenti giustiniani denunciando una salda padronanza delle tecniche e delle dinamiche argomentative della nuova figura giuridica⁷³.

Al solco piacentiniano è da ricondurre la *lectura* dell'allievo Pillio da Medicina al titolo *de fundis limitrophis* dei *Tres Libri Codicis* (C. 11.60), dove il glossatore inferisce da Giustiniano la regola che solo nei confronti dei fondi situati sul confine orientale dell'Impero sia configurata, per ovvie esigenze di sicurezza, una oggettiva limitazione del *ius aedificandi*⁷⁴. Diversamente, il medicinese osserva: «cum quotidie construantur

71 D. 39.3.1.11 (Ulp. 53 *ad edict.*): «Idem aiunt aquam pluviam in suo retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse (prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur) nec quemquam hoc nomine teneri».

72 PLACENTINI, *Summa Codicis*, loc. cit., ed. cit., f. 384: «Vetamur in alieno aedificare. Sed si non noceamus, vel si alias sine nocendi proposito fontem prorsus vicini in nostro fodiens avertimus, vel aedificantes vicino penitus lucem auferimus. Sibi enim quisque, ut tamen alii non noceat, studiose permittitur prospicere, ut ff. de damno infecto, l. Fluminum. § ultimo [D. 39.2.24.12] et de aqua pluvia, l. 1 [D. 39.3.1.11] et ff. de regulis iuris, l. Domum [D. 50. 17.61]».

73 Espunti dalla dottrina romanistica in materia di divieto degli atti emulativi perché testimonianti, *sub specie sua*, dell'opposto principio «nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur», tutti i frammenti allegati da Piacentino offrono, peraltro, sostanziosi appigli testuali alle costruzioni magistrali degli interpreti del diritto comune, come documentato in N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 147 ss.

74 PILEI MEDICINENSIS, *Summa Trium Librorum*, tit. *de fundis limitrophis et terris et paludibus et pascuis limitaneis vel castellorum* (C. 11.60), in AZONIS, *Summa super Codicem*, Papiæ 1506 (rist. anast. Augustae Taurinorum 1966), f. 445: «Sed cum castellorum loca equis passibus ambulant cum predictis fundis, ut quicumque inveniatur ea possidere qui non sunt milites castellani vero solum cadant. Sed capitali sententia cum bonorum publicatione plectantur illis enim tantum licet tentoria castellorum

castella, cunctisque liceat sua loca mirabili [murali] ambitu vallare», salvo che ciò avvenga *ad aemulationem alterius civitatis* o la fortificazione si trovi nelle vicinanze di edifici pubblici⁷⁵. Un'opzione esegetica, questa pilliana, condivisa anche da Azzone nella magistrale *Summa* al Codice laddove, peraltro, l'espresso divieto di edificare con l'unico e pernicioso obiettivo di fomentare sterili rivalità inter-cittadine rimane circoscritto all'ambito di non generalizzabili fattispecie pubblicistiche⁷⁶ e convive

possidere quibus sunt ascripti. Et de quibus iudicavit antiquitas...quod de limitaneis castris credo intelligendum ne secus intelligendum videatur absurdum». In merito, v. G. VISMARA, *La disciplina giuridica*, cit., 80-81.

75 PILEI MEDICINENSIS, *Summa Trium Librorum* cit., loc. cit., f. 445: «Cum quotidie construantur castella cunctisque liceat sua loca mirabili ambitu vallare, ut C. de edificiis privatis, l. Per provincias [C. 8.10.10], nisi ad emulationem civitatis id fieret vel circa theatrum publicum constructio talis fieret, ut ff. de operibus publicis, l. Opus [D. 50.10.3]». Di qualche interesse – e meritevole, a giudizio della scrivente, di essere inserita nel novero degli spunti argomentativi in tema di litigiosità tra vicini sviluppati, o anche solo accennati, dalla giurisprudenza preaccursiana – si è rivelata la sintesi pilliana al tit. *de studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolitanae* (C. 11.19[18]). Laddove la costituzione di Teodosio e Valentiniano dell'anno 425 disponeva, al § 4., misure atte a garantire una tranquilla e proficua vicinanza tra *magistri* e rispettive *scholae*, il glossatore medicinese, con evidente sforzo di attualizzazione, chiosa: «Singularis autem magistri debent loca propria deputari qui inter se distantiam aliquam habeant. Ne discipuli sibi invicem obstrepere valeant. Vel magistri. Neve linguarum confusio commixta vel locum aures quorundam vel mentes a studio litterarum avertat, ut C. eodem titulo» (PILEI MEDICINENSIS, *Summa Trium Librorum*, cit., loc. ult. cit., f. 430). Pur se lontana da fattispecie in qualche modo riconducibili alla figura del comportamento emulativo, la *summa* pilliana al titolo *de quo* – testimone, peraltro, di un'acuta sensibilità del Maestro in tema di rivalità fra *legum doctores* – individua una *sedes materiae* che, totalmente estranea al dibattito romanistico sul divieto *ad aemulationem*, fu destinata ad incontrare qualche fortuna tra gli interpreti tre-quattrocenteschi. N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 114 n. 57.

76 La *Lectura Codicis* azzoniana, a differenza della *Summa*, non si dilunga su contenuti e valenze della più volte citata costituzione *Per provincias* (C. 8.10.10), limitandosi ad illustrare la fattispecie normativa con un esempio: «Per provincias. Murali ambitu. Sicut dicitur fieri in ianua» (AZONIS, *Ad singulas leges XII librorum Codicis*, tit. *de edificiis privatis*, l. *Per provincias*, Parisiis 1577 [rist. anast. 1966], f. 624). Più che alla cinta muraria genovese costruita dal Barbarossa nel 1155 – avvenimento troppo distante per essere efficacemente richiamato in una *lectura* scolastica – è plausibile che Azzone faccia riferimento ai ben noti rapporti tra dottori bolognesi e la 'piazza' genovese, rinsaldatisi con la podesteria del Balduino nel 1229-30. In tal senso deporrebbe una

con l'affermazione del principio privatistico di una piena *facultas aedificandi del dominus*⁷⁷. A gettare un ponte tra eccezione e regola Azzone provvede all'interno di una fortunata raccolta di *brocarda*, nei cui percorsi attraverso un articolato ragionamento dialettico/dicotomico compone due assunti, all'apparenza antinomici, estrapolati da Giustiniano⁷⁸. Ai *contraria* «nemo debet facere in suo quod noceat alieno» e «liceat unicuique facere in suo quamvis in alio non sit nociturus», il *legum doctor* applica una preliminare distinzione di *species*: «cum facio in meo et alii noceo, an immittam in alieno... an non immittam»⁷⁹. La responsabilità del *dominus* viene, dunque, ricondotta entro i confini del generale divieto di immissioni, salvo siasi costituita un'apposita

rubrica degli Statuti di Pera, inglobanti i brevi genovesi del XII-XIII secolo, nella quale si disciplina la prassi del distretto genovese di circondare i fondaci con muri «de malta et calcina» per segnare il confine coi vicini (V. PROMIS, *Statuti della colonia genovese di Pera*, in *Miscellanea di Storia Italiana*, XI, 1879, rub. XXIV *De terminis de malta et calcina faciendis*, 588). Significativa, inoltre, una *quaestio* a C. 8.37.13 riportata dal ms. ASSISI, B.C. 220, f. 203ra, che allude alla consuetudine delle istituzioni del Comune genovese di trar consiglio dai dottori bolognesi per la soluzione di spinosi casi giuridici. Non si può dunque escludere, in definitiva, che i dottori dello *Studium* e, nel caso in specie, Azzone – maestro, è noto, del Balduini – avessero, per motivi per così dire professionali, una conoscenza fors'anche diretta delle normative statutarie e delle particolarità territoriali della Superba. N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 115 n. 60.

77 V., in specie, la *lectura* alla l. *Altius* (C. 3.34.8 *pr.*): «Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutum non debet, dominus eius minime prohibetur...», legge che ha, notoriamente, fornito un argomento forte ai denigratori delle origini romanistiche del divieto degli atti emulativi (per tutti V. SCIALOJA, voce *Aemulatio*, cit., 236). Nel caso di specie, il *dominus Azo* rinvia a due consonanti frammenti del Digesto: «*Altius, etc.* Consonat huic legi de servitute urbanorum praediorum, Cum eo [D. 8.2.9] et l. Cuius [D. 8.2.24]» (AZONIS, *Ad singulas leges*, cit., tit. *de servitute et aqua*, l. *Altius* [C. 3.34.8], f. 233).

78 Sull'argomento v., in particolare, A. ERRERA, *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale: storia di una rivoluzione scientifica*, Torino 2006.

79 D. AZONIS BONONIENSIS, *Brocardica Aurea*, rub. «Nemo debet facere, et c. et contra.», n. VI, Neapoli, 1568 (rist. anast. Augustae Taurinorum, 1967), f. 130r: «*Nemo debet facere, et c. et contra.* Hic distingue cum facio in meo, et alii noceo, an immittam in alienum, et tunc non licet, dicta lege Sicuti, § Aristo [D. 8.5.8.5], an non immittam, et tunc siquidem facio dolo, idest, ut alteri noceam, prohibeor, alias contra, dicta lege I, § Denique [D. 39.3. 1.12]».

servitù o l'immissione appaia di entità tollerabile. Qualora invece il nocumento prescinda da intrusioni nella proprietà altrui, la condotta produttiva di danno è da ritenersi illecita solo se l'unico movente del proprietario sia di nuocere altrui. «Si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem facendi id fecit» (D. 39.3.1.12), ogni pretesa risarcitoria è da ritenersi esclusa⁸⁰.

Valutando in sintesi le declinazioni esegetiche di questi tre 'campioni' della stagione pre-accursiana, si coglie nitida una costante interpretativa. Il limite emulativo all'esercizio del diritto di proprietà risulta operativo all'interno di due diverse *species facti*. Di *aemulatio* i dottori di legge parlano infatti solo in relazione al *ius aedificandi*, estendendo ai castelli e alle fortificazioni del bellicoso territorio medievale un divieto che la giurisprudenza romana classica aveva espresso nei confronti degli *opera nova* eretti da privati per l'abbellimento delle città. Ricorrendo invece a formule assimilabili alla piacentiniana «sibi enim quisque, ut tamen alii non noceat, studiose permittitur prospicere», i medesimi giuristi circostanziano il divieto, operante nell'ambito di rapporti di vicinato rustico, di esercitare il proprio diritto con l'unico, iniquo obiettivo di nuocere altrui.

Nasce così, sulla base di un ineccepibile ancoraggio testuale, una artificiosa duplicazione di figure giuridiche recepita dalla 'normalizzazione' accursiana e destinata a lunga vita⁸¹.

5. Territorio rustico e dimensione urbana nella dottrina 'questionante': due divieti?

Ma è nei *casus* e nella dialettica discussione delle *quaestiones de facto emergentes* che è dato cogliere un riflesso più chiaro delle istanze e delle sollecitazioni pratiche che indussero i glossatori a percorrere, pur nel formale rispetto della *littera* della legge, sentieri solo parzialmente battuti da Giustiniano e ad aprirne di nuovi⁸². Pur non esattamente assi-

80 D. AZONIS BONONIENSIS, *Brocardica Aurea*, loc. cit., ed. cit., f. 130r.

81 N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 121.

82 Fra le due opzioni che si offrono all'interprete del diritto comune – «o restare soffocato dalla sua fonte, o soffocare egli quella fonte» (P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: corso di storia del diritto*, Padova 1968, 145) – saranno

milabili a una condotta emulativa in senso tecnico, alcune questioni sviluppate già nelle scuole dei Quattro Dottori propongono con nitidezza di immagini un contesto di vicinato rustico nel quale la pienezza delle facoltà del *dominus fundi* appare temperata non solo da vincoli legali, ma anche dall'operatività di un generale limite equitativo.

Valga a esempio una *quaestio* tratta dall'antica raccolta *parisiensis*⁸³. Il caso di specie muove da un evento calamitoso e accidentale, un'inondazione che ha distrutto il ponte gettato da Sempronio fra un suo terreno acquisito da Tizio e altri, rimasti di proprietà del medesimo soggetto. Alla domanda se sia o meno Sempronio tenuto a ricostituire la pristina situazione, il *legum doctor* Martino risponde che Sempronio deve ritenersi libero da ogni obbligo nei confronti di Tizio – cui è ormai precluso ogni accesso ai suoi fondi *ultra flumen* – se aveva costruito a regola d'arte un valico in grado di resistere al normale corso delle acque, «quia virtus divina, vel casus fortuitus non debet ei obesse»⁸⁴. Se tuttavia dalla calamità egli avesse a trarre un indebito vantaggio incamerando anche la proprietà ormai irraggiungibile da Tizio, equità vuole che gli si imponga di ripristinare il viadotto, «quia nemo debet locupletari cum aliena iactura»⁸⁵.

la coscienza del proprio tempo, la sensibilità alle esigenze di questo, la convinzione che il diritto sia in grado e debba rispondere alle sollecitazioni del divenire sociale, a trionfare sulla *littera* e la storicità della legge romana e a far grandi i suoi esecuti.

83 *Quaestiones dominorum Bononiensium. Collectio Parisiensis*, q. CXXII, ed. I.B. Palmieri, in *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, vol. I, Bononiae, 1913, 254: «Titius predia quedam Sempronio hoc pacto ut Sempronius faceret ei pontem super fluvium per quem Titius posset ire ad castrum suum, quod habebat ultra fluvium. Sempronius predia accepit et pontem fecit, sed vis aque pontem deiecit. Hic queritur an Titius possit agere adversus Sempronium ut iterum pontem faciat. Proponit Titius actionem prescriptis verbis, quia hac mente dedit, ut semper haberet ibi pontem, et sic vult cogere ut pareat placitis, quia non videtur quod Sempronius paruisset placitis, cum id quod fecit non permansit».

84 *Quaestiones dominorum Bononiensium. Collectio Parisiensis*, loc. cit., ed. cit., 255: «MARTINUS dicit Sempronium non teneri, si talem fecit pontem qui possit resistere consueto cursui fluminis, quia virtus divina, vel casus fortuitus non debet ei obesse».

85 *Quaestiones dominorum Bononiensium. Collectio Parisiensis*, loc. cit., ed. cit., 255: «Tamen, si tam lata predia hac de causa recepit, ut forte ille deceptus sit, equum esset ita ut eatenus de ponte faceret, quatenus ultra debet, aut illud superfluum Titio restitueret, quia nemo debet locupletari cum alterius iactura».

Alla dimensione rustica appartiene anche un ulteriore gruppo di *quaestiones* dipananti le complesse problematiche inerenti alle derivazioni private di corsi d'acqua pubblici, per il diritto comune perenni e/o navigabili⁸⁶. Considerata la rilevanza che assunse in età comunale la costruzione di una rete di canali, fossi e colatoi destinata, soprattutto in area padana, a sostenere la produzione agricola, non stupisce come il contemperamento degli interessi fra proprietari di mulini eretti su corsi o derivazioni di *flumina publica* si sia imposto quale fonte di vivace litigiosità⁸⁷. Del tutto fisiologica è dunque l'attenzione riservata dai glossatori delle prime generazioni alla casistica dei mulini ad acqua costruiti *in flumine publico*. Di un'articolata *quaestio* – datata intorno alla metà del XII secolo – ci è pervenuto un coro di testimonianze che spaziano sino all'età azzoniana, deponendo in favore dell'emergenza di queste fattispecie nella prassi locale⁸⁸. Il caso appare già limpidamen-

86 N. SARTI, *Inter vicinos*, 127-128: «Specificata attenzione merita, inoltre, il più cospicuo gruppo di questioni che dipanano le complesse problematiche delle derivazioni per uso privato di acque pubbliche. Com'è noto, le dottrine elaborate dai glossatori intorno alle derivazioni di acque dai corsi pubblici – vuoi per l'irrigazione agricola, vuoi per l'uso delle correnti e dei salti come forza motrice – ed ai diritti costituiti a favore di privati o per servizi di carattere privato, risentirono largamente della confusione creata fra la demanialità del sistema giustiniano delle *res extra commercium*, genere cui le acque pubbliche appartenevano, e la patrimonialità del diritto longobardo-franco, che aveva trovato nella regalia il sistema ordinario di concessione».

87 N. SARTI, *Inter vicinos*, 129-130: «Nel bolognese – dove è dimostrato che i mulini ad acqua si diffusero con un certo ritardo rispetto, ad esempio, ai territori lombardi – il primo mulino idraulico per la molitura del grano compare in un'enfiteusi del 1074, con la quale l'abate del monastero cittadino di S. Stefano concede ad una coppia di coniugi, oltre ad alcune terre di pianura ed alle decime di una sua chiesa, anche i mulini posseduti dal monastero sul fiume Savena. La testimonianza anticipa la politica di grandi investimenti infrastrutturali che, dalla seconda metà del XII secolo, avrebbe visto il comune felsineo ed i suoi maggiori imprenditori privati puntare sull'obiettivo di dotare la città di un potente sistema idraulico, canalizzando verso l'abitato le acque dei fiumi Savena e Reno, rispettivamente nel 1176 e nel 1183».

88 A. BELLONI, *Le questioni civilistiche del secolo XII: da Bulgaro a Pillio da Medicina e Azzone*, in *Ius commune. Sonderhefte*, 43, Frankfurt am Main 1989, 7: «La più antica raccolta di questioni civilistiche trasmessasi fino a noi risale alla prima metà del secolo XII: si tratta complessivamente di 67 questioni annotate da ascoltatori di Bulgaro e conservatesi nei manoscritti LONDON, British Library, *Royal II.B XIV...* e CARPENTRAS, Bibliothèque Inguibertine, 170».

te tracciato nella più risalente *reportatio* attribuita a Bulgaro: «Ticius aquam deviauit ex flumine publico pencile in suo solo, et ibi hedificavit molendinum ex novo et sic cepit obesse Sei molendino, in flumine publico longo tempore hedificato. Seius prohibet Ticium aliquid facere in flumine publico interdicto prohibitorio, vel, si quid fecerit, ut tollat convenit eum interdicto restitutorio, quia non debet quid fieri in flumine publico quo deterior statio vel navigatio fiat»⁸⁹. Le argomentazioni dell'attore, imperniate sulla natura di *res omnium communes* delle acque pubbliche e adombranti che la navigabilità ne costituisca un requisito essenziale, lasciano intravedere una *solutio* a lui favorevole da parte del *legum doctor*⁹⁰. La precoce *quaestio magistralis in schola Bulgari disputata* sfocia – dopo alcuni passaggi intermedi – nella più tarda raccolta di Pillio da Medicina⁹¹ e in un testimone azzoniano⁹², nei quali riceve, a riprova della sua persistente attualità, una circostanziata ed esaustiva discussione. La *recensio* pilliana propone il caso di un Rolandino che «construxit sibi molendinum in flumine publico, et possedit tale molendinum sine controversia per XXX annos, deinde alius edificavit aliud molendinum, quo molendino constructo, cursus aque prioris molendini impedivit»⁹³. L'apparato argomentativo costruito dai due litiganti si in-

89 A. BELLONI, *Le questioni civilistiche*, cit., BULG. CL 52, 75.

90 Il *casus* in esame, riportato probabilmente da un ascoltatore di Bulgaro, manca della *solutio*.

91 PILEI MEDICINENSIS, *Quaestiones aureae*, q. XI, Romae 1560 (rist. anast. Torino 1967), f. 19.

92 A. BELLONI, *Le questioni civilistiche*, cit., 36-37: «Un caso diverso pare invece essere costituito da una raccolta azzoniana di 23 questioni (Azo C), mai divenuta testo di scuola, conservatasi unicamente all'inizio del manoscritto LÉON, Biblioteca de la Colegiata de S. Isidoro 16, ff. 1r-7v, dinanzi ad 83 questioni di Pillio, che ad esse seguono senza soluzione di continuità. Il rimando di una questione all'altra che troviamo nella questione 20 è certo indizio dell'unità della raccolta [...] Si tratterebbe di un caso diverso dai precedenti perché, per i temi presi in considerazione, quasi tutte le questioni qui presenti [...] trovano perfetta corrispondenza con questioni di Pillio da Medicina. Se esaminiamo più da vicino osserviamo però che... [queste] procedono in molti punti parallelamente, ma spesso, specialmente nel “contra” e talora nella “solutio”, si differenziano nettamente dalle corrispondenti pilliane».

93 PILEI MEDICINENSIS, *Quaestiones aureae*, loc. cit., ed. cit.

nerva, per il resistente, nella pienezza del suo *ius aedificandi* in mancanza di un vincolo di servitù, nell'oggettiva assenza di un danno per l'attore e nella recisa affermazione del principio potestativo, secondo il quale «sua preponenda aliene utilitas»⁹⁴. Per l'*actor* Rolandino depone invece l'effettività del *commodum* derivatogli dall'uso di una *res publica* e, soprattutto, dal diritto di *aquae ductus* che il suo mulino *tempore acquiritur*⁹⁵. Elemento, quest'ultimo, di tale rilievo fattuale e giuridico da volgere la *solutio* di Pillio in senso favorevole all'attore.

Al vicinato fondiario, in cui le liti ruotano prevalentemente intorno a un'equa condivisione delle risorse idriche, si affiancano contesti urbani dove – evocando la duplicazione di figure giuridiche già affacciate in queste pagine – l'oggetto del contendere si identifica nella delimitazione del *ius aedificandi* del proprietario del terreno. Fra tutte, per l'efficace rappresentazione della laboriosità e dell'intraprendenza degli artigiani medievali, si segnala la *quaestio* «an filius, cui obvenit in parte salinaria cum alteri furnus contingerit possit fratre prohibente furnum de novo construere»⁹⁶. La fattispecie rappresenta un *pater familias* proprietario a un tempo di una fabbrica per il sale e di un forno, il quale «ex diuturno tempore, et longa consuetudine semper habuit, nec unquam istorum aliquod in nullum usum trasduxit», che morendo lascia ai due figli «uni salinariam alteri vero furnum»⁹⁷. L'erede della

94 Principio sostenuto, tra gli altri, dalla *regula* consolidata in D. 50.17.61 (Ulp. 3 *opin.*): Domum suam reficere unicuique licet, dum non officiat invito alteri, in quo iure non habet.

95 Il rinvio è alla costituzione *Si manifeste*, C. 3.34.7 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Iuliano*): Si manifeste doceri possit ius aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis inrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque sollemnem morem innovetur, providebit.

96 PILEI MEDICINENSIS, *Quaestiones aureae*, q. XXXVI, ed. cit., f. 64.

97 PILEI MEDICINENSIS, *Quaestiones aureae*, loc. cit., ed. cit., f. 64: «Quidam Salinarius furnum habens in suo patrimonio, et Salinariam ex diuturno tempore, et longa consuetudine semper habuit, nec unquam istorum aliquid in nullum alium usum transduxit, decedens vero, demum duobus filiis relictis, uni salinariam, alteri vero furnum, reliquit, nunc autem salinariam habens in eo furnum edificat, alter eum ab edificando repellit, an possit causa vertit et questio proponitur, et in iudicium deducitur. An furnarius habentem salinariam a furni constructione possit prohibere, proponitur iudicis officium».

salina, al comprensibile scopo di rendere più lucrativa la sua industria, vi impianta anche un forno. Iniziativa contrastata dal fratello, che lo cita in giudizio per l'esercizio di quella che oggi si direbbe una sleale concorrenza. In favore del titolare del forno depono la *regula* «licet cuique in loco proprio edificare, ne usus incommodetur alterius», nonché una sorta di 'destinazione del buon padre di famiglia' innervata nella diuturna *consuetudo* paterna di mantenere separate le due imprese e riverberante dal tenore delle sue ultime volontà. All'obiezione che l'intraprendenza del fratello appaia dettata da un'indubbia utilità, il fornai oppone che l'*utilitas* privata sia da posporre a quella della comunità, con la quale – egli non ha dubbi – le sue ragioni coincidono. Dal canto suo il salinario allega gran copia di argomenti a sostegno del suo diritto a *furnum facere*, muovendo da alcuni generalissimi postulati acclaranti vuoi lo scopo migliorativo della sua iniziativa, vuoi la mancanza di un oggettivo nocumento per il fratello, per chiudere con il classico «nemo enim videtur dolo facere qui suo iure utitur»⁹⁸. Pillio da Medicina non tentenna nel premiare le ragioni di quest'ultimo, «cum voluntas defuncti manifeste non appareat contrariam cum in iure concesso sibi quilibet edificare conceditur, cum tamen in alienum nihil immittat»⁹⁹. Il principio di libera concorrenza, su cui poggia la forza dell'economia dei comuni medievali, opera nei confronti dei due eredi e al tempo stesso appare imprescindibile criterio ordinatore della vita dello *Studium* felsineo, laddove sarebbe impensabile – chiosa il *legum doctor* – che i *magistri antiqui*, per evitare di perdere studenti e guadagni, impedissero ai più giovani colleghi di aprire nuove scuole¹⁰⁰.

98 Secondo la *regula* scolpita in D. 50.17.55 (Gai. 2 *de test. ad edict. urb.*): Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.

99 PILEI MEDICINENSIS, *Quaestiones aureae*, loc. cit., ed. cit., f. 66: «Mihi videtur sine preiudicio melioris sententiae fratrem salinariam de iure in salinario furnum posse facere et habere, nec fratre furnario iure aliquo posse prohiberi, cum voluntas defuncti manifeste non appareat contraria, cum in iure concesso sibi quilibet edificare conceditur, dumtamen in alienum nihil immittat, quia ratione iste furnarius salinarium a furno faciendo prohibere intendit, eadem ratione quilibet magister antiquus novis magistrum a scholarum regimine prohibetur quia eius forte scholas scholaribus vacaret, quod esset absurdum».

100 V., *supra*, n. 75.

Tentando ora di ricondurre a sistema i dati emersi da questo 'assaggio' della casistica questionante discussa nelle scuole pre-accursiane si impone la constatazione che, in sede processuale, il movente emulativo non risulta mai eccepito *prima facie*, ma evocato attraverso i due elementi – la malizia della condotta e la mancanza di utilità per il proprietario – che ne costituiscono la *substantia*. Elementi – lo si è detto – di impervio accertamento da parte del giudice investito della causa, destinati a segnare, già nell'età del diritto comune, la faticosa operatività del divieto di atti emulativi.

6. Lo sforzo sistematico della *Magna Glossa*

Gli scarni ragionamenti e la fitta trama di passi paralleli tessuti dalla Glossa Ordinaria di Accursio a margine del tema *de quo*, si prestano a un'organizzazione in sistema. Le *sedes materiae* e le relative esegesi – inevitabilmente materiali *in progress* – sono di séguito discusse all'interno di una griglia di quattro raggruppamenti, comprendenti segnatamente

a. glosse nel corpo delle quali si vieta l'esercizio di un diritto senza utilità alcuna per il suo titolare;

b. glosse dalle quali viene stigmatizzato l'esclusivo intento di nuocere altrui da parte del *dominus*;

c. glosse che richiedono la compresenza dei due suddetti elementi, l'oggettivo e il soggettivo, in quanto consustanziali a una limitazione equitativa del *ius dominicale*;

d. glosse che evocano comportamenti assimilabili ai precedenti per semplice analogia o assonanza.

a. Appartiene al primo gruppo un frammento di Celso al tit. *de servitutibus* del Digesto (D. 8.1.9). Il giureconsulto si interroga sul *modus* di una *servitus viae* costituita in infinito, vale a dire senza precisa definizione del luogo del suo esercizio. Pur potendo, in astratto, il titolare tracciare la via a sua discrezione, egli è tenuto a esercitare *civiliter* il suo diritto senza renderne l'assolvimento inutilmente gravoso per il titolare del fondo servente¹⁰¹. Gli è pertanto precluso di condurre i suoi armenti

101 D. 8.1.9 (Cels. 5 *dig.*): Si cui simplicius via per fundum, cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam nec

attraverso vigne e *villae* del vicino – col rischio di danneggiarli – quando il passaggio potrebbe avvenire altrove, «minore fundi servientis detrimento». In un contesto siffatto, manifestamente estraneo al divieto degli atti emulativi, ma nel quale trova espressione un principio di equità a esso affine, la glossa richiama la regola «malitiis indulgendum non est» consolidata in D. 6.1.38, estendendone l’operatività dagli effetti collaterali dell’evizione all’esercizio delle servitù¹⁰².

b. Pone diversamente l’accento sul cosiddetto *animus nocendi* od *officiandi* del *dominus* un manipolo di glosse. Di buon valore esemplificativo appare l’esegesi ordinaria all’ulpiano § *Aristo* del tit. *si servitus vendicetur* (D. 8.5.8.5), che indica nel divieto di immissioni il generale criterio ordinatore dei rapporti di vicinato sia rustico che urbano. La lunga *reportatio* prende le mosse da un responso di Aristone: a ciascuno è lecito fare *in suo* ciò che vuole purché non si ingenerino immissioni *in alieno*. Ne discende che è proibito elevare fumo o vapore e analogamente *ex superiore in inferiora aquam né quid aliud immittere*¹⁰³. Nel quadro tracciato da Ulpiano assume rilievo l’opinione di Pomponio, il quale dubita sia consentito *agere* quando si tratti di fumo *non gravis*, proveniente ad esempio dal focolare domestico. La fattispecie esprime un principio di tolleranza delle immissioni ordinarie ispirato dalla solidarietà che deve connotare i rapporti vicinali¹⁰⁴. Siamo chiaramente al di fuori dai confini dell’emulazione, ma il glossatore ordinario trova l’appiglio letterale per inserire una deroga al principio del «nihil in alienum immittere». Risolvendo l’apparente antinomia tra la regola «in suo facit quod vult sed non in alieno» e il responso ulpiano che sancisce

per medias vineas ire agere sinendus est, nam id aequae commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento.

102 gl. «detrimento» a D. 8.1.9 (f. 639 a): «Nec enim cum malitiis, etc. ut supra de rei vendicatione, l. In fundo [D. 6.1.38]», sulla quale, v. M. ROTONDI, *L’abuso di diritto*, cit., 98.

103 D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad edict.*): *Aristo Cerellio vitali respondit non putare se ex taberna casiarum fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere.*

104 M. ROTONDI, *L’abuso di diritto*, cit., p. 98.

l'irresponsabilità di chi, scavando un pozzo nel proprio terreno, «etiam alienam aquam aufert», la glossa precisa come in questo secondo scenario, mentre non si constata un *facere in alieno*, sono palesi l'*animus proficiendi* e la mancanza di dolo del proprietario¹⁰⁵. Ne consegue una implicita limitazione dell'operatività del divieto di immissioni ai casi nei quali sia dimostrabile un malvagio intendimento.

c. Gli spunti di maggior interesse al fine di testimoniare la maturità del divieto *ad aemulationem* negli apparati ordinari provengono da un gruppo di glosse che coniugano i due elementi – l'oggettivo e il soggettivo – testè separatamente valutati. Ancora una volta si impone il frammento celsino *In fundo alieno* (D. 6.1.38), che contempla – com'è ormai noto – il caso del possessore in buona fede che abbia edificato o apportato migliorie al fondo altrui. Celso precisa che – rientrato il proprietario *in suo* – non debba l'evitto esercitare il *ius tollendi* in modo malizioso, «nihil laturus nisi ut officiat»¹⁰⁶. A questo punto, e con un qualche conforto testuale, la glossa precisa che il *ius tollendi* del possessore poggia su due presupposti necessari, l'*utilitas* e il fine rilevabile e onesto¹⁰⁷.

105 gl. «*facere licet*» a D. 8.5.8.5 (f. 681 a): «Nota, in suo facit quod vult quilibet non in alieno, ut hic et C. de religiosis, l. Statuas [C. 3.44.7], et supra de servitutibus urbanorum praediorum, l. Fistulam circa principio [D. 8.2.19], et infra de aqua pluvia arcenda, l. 1, § De eo opere [D. 39.3.1.3]. Sed contra, infra de damno infecto, l. Fluminum, § finali [D. 39. 2.24.12], ubi etiam alienam aquam aufert. Solutio ibi in suo tantum fodiebat, non in alieno, et non animo nocendi, sed proficiendi, ut infra de aqua pluvia arcenda, l. 1 § Idem ait aquam [D. 39.3.1.11]».

106 Per il testo del frammento celsino v. *supra*, n. 65.

107 gl. «*indulgendum*» a D. 6.1.38 (f. 552 a): «Ut in exemplo hic subiicit, et infra soluto matrimonio, l. 2 in principio [D. 24.3.2], et infra de aqua quotidiana et aestiva, l. 1, § Illud in fine [D. 43.20.1.11], et infra, de servitutibus, l. Si cui, § Non enim ibi per medias vineas etc. [D. 8.1.9 i. m.], et l. Quotiens, I responso [D. 8.1.15.1], et arg. infra de administratione tutorum, l. Si sine haerede, § Interpositio, in fine [D. 27.7.32.4]. Sed arg. contra, infra de iure dotium, l. Cum in fundo, Ipsius quoque [D. 23.7.78], et infra, quae in fraude creditorum, l. finali, § finali [D. 42.7.25.7]». A sostegno di un *commodum* a promuovere la condotta dell'evitto, v., in specie, D. 24.3.2: «Solutio matrimonio solvi mulieri dos debet. Nec cogitur maritus alii eam ab initio stipulanti promittere, nisi hoc ei nihil nocet: nam si incommodum aliquod maritus suspectum habet, non debere eum cogi alii quam uxori promittere dicendum est. Haec si sui iuris mulier est» e la gl. «*suspectum*» *ad idem locum* (f. 3 a): «Idem nota quod si nihil nocet, cogitur etiam alii promittere, ut hic, ad quod facit supra de rei vindicatione, l.

La richiesta della contestuale presenza dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo al fine di attivare il limite *ad aemulationem* ricorre nell'apparato ordinario ai §§ 11 e 12 della ulpiana l. *Si cui* del tit. *de aqua et aquae pluviae arcendae* (D. 39.3.1.11 et 12)¹⁰⁸. La lunga glossa "habere" al § *Denique Marcellus* presenta molteplici spunti di interesse, in primo luogo definendo l'ambito casistico, vale a dire l'equa distribuzione delle risorse idriche in un contesto di vicinato rustico. Manifesta la più pura vocazione alla sistematica del glossatore ordinario l'allegazione di ben 26 frammenti del *corpus* giustiniano che «ad hoc concordant»¹⁰⁹, la *ratio* dei quali risponde, con buona approssimazione, a una triplice serie di requisiti: frammenti che evidenziano l'esercizio di un diritto con danno altrui; frammenti che sottolineano la presenza o la mancanza di un'utilità rilevante per il titolare del diritto; frammenti nei quali il testo o la glossa richiedono uno specifico ed esclusivo movente doloso.

Chiude questa breve rassegna una testimonianza tratta dalle parallele problematiche inerenti all'edilizia cittadina, pubblica e privata. Il responso macrino *Opus novum* è stato ripetutamente indicato come uno dei due luoghi in cui Giustiniano ricorre al sostantivo 'aemulatio'. Sostantivo al quale la dottrina medievale ha attribuito, con qualche forzatura del lessico romanistico, il significato di esercizio di un diritto per mera invidia, *animo nocendi*. A margine dell'obbligo per i privati di

In fundo [D. 6.1.38]», nonché D. 43.20.1.11: «Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quae ad usum quoque et commodum nostrum».

108 Particolarmente evidenti li rende la traduzione di S. PEROZZI, *Diritto romano: la proprietà*, lezioni tenute da Silvio Perozzi, Regia università di Bologna, a.a. 1923-24, 76: «§ 11. Parimenti Sabino e Cassio dicevano che ciascuno può ritenere l'acqua piovana nel suo fondo, o può derivarla dal fondo vicino se è superflua, purché non si faccia opera nel fondo altrui: questo diritto è dato a tutti, giacché a ciascuno è lecito giovare a sé stesso senza nuocere agli altri. § 12. Marcello scrive che contro colui il quale scavando nel proprio fondo ha divertito la fonte del vicino, non si può proporre alcuna azione, neppure quella di dolo, ed è giusto che non si debba avere azione, se non fece quello scavo con animo di nuocere al vicino, ma con animo di rendere migliore il fondo».

109 Gl. «*non fiat*» a D. 39.3.1.11 (f. 74 b): «Ut et infra proximo § cum multis concordat quae et huic concordant» e la lunga gl. «*habere*» a D. 39.3.1.12 (f. 74 b), che comincia con «Scilicet vicinus actionem contra istum, qui in suo suffodit, non animo nocendi etc.».

ottenere dal *princeps* l'autorizzazione a erigere sul suolo cittadino *opera nova* qualora si configurino gli estremi dell'emulazione nei confronti di una città vicina, ovvero si fomentino condotte sediziose o ci sia prossimità con teatri o anfiteatri, Accursio si interroga sulla vigenza della suddetta pratica 'urbanistica' per il versante dell'edilizia privata¹¹⁰. Sul punto sembra prevalere, per robustezza di argomenti, l'opinione di quanti «respondent [...] quod possum etiam ad aemulationem: quia in suo potest quilibet facere quod vult», salvo che «in alienaum aliquid immittatur»¹¹¹. È lo stesso Accursio – testimoniando quanto sia in lui radicato il principio equitativo del divieto degli atti emulativi – a imporre una soluzione innovativa riconducendo l'eccezione alla regola e affermando che tanto

110 Gl. «*novum*» a D. 50.10.3 (f. 1224 a): «Refert si facio opus in publico. Quia aut mea pecunia: et possum sine autoritate principis praeterquam etc. ut hic. Aut publica pecunia: et tunc non sine autoritate principis: ... Sed quomodo licet facere in publico alicui privato cum interdicta sunt contra... Responde ibi ut ius haberet, hic volens donare publico et erit utile reipublicae vel necessarium opus. Item quid si in meo privato? Respondent quidam quod possum etiam ad aemulationem: quia in suo potest quilibet facere quod vult: ut C. de aedificiis privatis, l. Per provincias [C. 8.10.10] et de servitute urbanorum praediorum, l. Imperatores, et l. Cum eo etc. [D. 8.2.14 et 19], C. de religiosis, l. Statuas [C. 3. 44.7], nisi in alienum aliquid immittatur: ut supra de damno infecto, l. Fluminum, in fine [D. 39.2.24.12], et de aqua pluvia arcenda, l. I, § Idem aiunt et § Denique et § Item sciendum [D. 39.3.1.11-13], et supra si servitus vendicetur, l. Sicuti, § Aristo [D. 8.5.8.5]. Sed potest dici et in privato non licere, per l. istam, quam exponas opus novum in publico scilicet vel privato et quia publica utilitas praefenda est privatae: ut supra pro socio, l. Actione, § Labeo [D. 17.2.65.5] et secundum hoc intelligas dictam legem Per provincias [C. 8. 10.10]. Item si opus necessarium est publico et facio in eodem de meo, cur non licet, si ad aemulationem pertinet? Responde imo licet: sed cum autoritate principis».

111 U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità: studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano, dei diritti dell'Oriente mediterraneo e di storia del diritto della Regia Università di Roma, XIV, Milano 1940, 85: «Così nella glossa al fr. 3, D. 50.10... Accursio riporta dapprima una spiegazione secondo la quale qui si parlerebbe di costruzione sul suolo pubblico: data questa circostanza la limitazione (*praeterquam...*) contenuta nel frammento in parola si spiega, e può coesistere con le norme per le quali ciascuno può fare quel che vuole sul suo, salva l'*immissio*. Ma questa opinione non può essere accolta da Accursio che applica la norma del frammento anche alle costruzioni sul suolo privato: tanto è in lui radicato il principio generale del divieto degli atti emulativi».

più debba valere *in privato* un principio stabilito *publica utilitate*, manifestamente ampliando la giurisdizione del frammento in esame¹¹².

d. Esiste infine un piccolo gruppo di glosse nelle quali è dato leggere, se non nitide testimonianze, semplici echi della progressiva emersione di una teoria dell'emulazione nella sistematica accursiana. Si impone all'attenzione l'apparato alla costituzione di Teodosio e Valentiniano relativa alla logistica delle scuole di arti liberali nelle due capitali di Costantinopoli e di Roma (C. 11.18[19].1.4). Laddove, per motivi di polizia urbana e di quiete pubblica, la legge impone una distribuzione dei locali scolastici tale «ne discipuli sibi invicem possint ostrepere vel magistri neve linguarum confusio permixta vel locum aures quorundam aut mentes a studio litterarum avertat»¹¹³, la glossa si spinge ben oltre la lettera del testo prefigurando un duecentesco scenario cittadino ove convivono rumorosi cantieri, botteghe artigiane e locali privati adibiti alla formazione. È il caso – essa esemplifica – dei *male intenti* che «quandoque castra aedificant, quandoque tegulas domus numerant». Per lo stesso ordine di motivi, è fatto divieto ai fabbri di esercitare il mestiere in prossimità di una scuola: un divieto dettato dalla «publica utilitas que replet civitatum sapientibus»¹¹⁴, ma nel quale si è tentati di leggere anche la volontà di «malitiis non indulgere».

112 Gl. «*amphiteatrum*» ad *idem locum* (f. 1224 b): «Putat aliqua tomba. Et semper dic ad aemulationem». Con *tombae* devono intendersi «casalia que sunt in comitatu que habent aliquam munitionem: ut puta fossata vel muros» (BARTOLI DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, tit. *de operibus publicis*, l. *Opus* [D. 50.10.3], Lugduni, 1533, f. 250vb).

113 C. 11.18(19).1.4 (*Imp. Theodosius A. et Valentinianus C. Constantio pu.*): Unum igitur adiungi ceteris volumus, qui philosophiae arcana rimetur, duo quoque, qui iuris ac legum voluntates pandant, ita ut unicuique loca specialiter deputata adsignari faciat tua sublimitas, ne discipuli sibi invicem possint obstrepere vel magistri, neve linguarum confusio permixta vel vocum aures quorundam aut mentes a studio litterarum avertat.

114 Gl. «*avertat*» a C. 11.18(19).1 (f. 95 b): «Quod facile evenit in his qui male intenti quandoque castra aedificant quandoque tegulas domus numerant, et est hic arg. quod faber non potest malleare iuxta scholas. Publica enim utilitas que replet civitatum sapientibus, praefertur sic ff. soluto matrimonio, l. I [D. 24.3.1]».