

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LVI
(2013)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE
Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaupa@unipa.it

La lettera del Ministero della Pubblica Istruzione che approvò il regolamento del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo porta la data del 10 marzo 1906; il discorso inaugurale del preside prof. Alfredo Rocco – rivolto ai «carissimi giovani», studenti e studiosi della Facoltà di Giurisprudenza – fu tenuto nel marzo 1909. A norma di regolamento il Seminario era articolato in quattro sezioni (discipline storico-giuridiche, diritto pubblico, diritto privato, scienze sociali), e aveva il «fine di promuovere ricerche per parte degli studenti e laureati ... che intendessero perfezionarsi in alcuna fra le scienze professate nella Facoltà, e addestrarsi nella conoscenza dei metodi di ricerca e dell'uso delle fonti». Nel corso degli anni il Seminario andò perdendo talune delle funzioni indicate nel regolamento, fu sempre più istituto di ricerca scientifica e meno palestra di addestramento professionale dei giovani, e in punto di fatto si andò specializzando (certo per impulso di Salvatore Riccobono, divenutone presto direttore) quale centro di studi storico-giuridici. Divenne poi (dai tempi almeno della seconda guerra mondiale), in buona sostanza, Istituto di Diritto Romano.

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico espresse una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana. È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico giuridica, in maggior misura di diritto romano.

Il 'Seminario giuridico dell'Università di Palermo' si è formalmente estinto nel 1989, assorbito nell'allora Dipartimento di Storia del Diritto. Con il 'Seminario Giuridico' avrebbero dovuto estinguersi anche gli 'Annali', o quanto meno avrebbe dovuto esserne mutato il titolo, essendo essi divenuti, nella sostanza e nella forma, una pubblicazione facente capo al Dipartimento. Ma il titolo è stato mantenuto per l'orgoglio di una tradizione, per l'indiscusso apprezzamento che gli 'Annali', sin dalla fondazione in anni ormai lontani, hanno riscosso e continuano a riscuotere negli ambienti scientifici internazionali.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LVI
(2013)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

© Copyright 2013 - G. GIAPPICHELLI EDITORE- TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-3487862-0
ISSN: 1972-8441

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it.

STAMPA: Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.- Bagheria (Pa).

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

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

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

G. D'ANGELO, Sulla <i>lex Scribonia de usucapione servitutum</i>	9
M. DE SIMONE, P. Col. VII, 175. Aspetti giuridici di un verbale d'udienza.....	27
G. GULINA, Contributo allo studio della <i>satisfactio pro praede litis et vindiciarum</i> ..	65
E. NICOSIA, <i>Promissio iurata liberti?</i>	101
S. SCIORTINO, La relazione tra il <i>katà pódas</i> e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del <i>Codex</i>	113
F. TERRANOVA, Riflessioni su D. 50.16.130. (Ulp. 2 <i>ad leg. Iul. et Pap.</i>).....	159
A. TORRENT, <i>Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto</i>	181
M. VARVARO, Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell'orazione di Cicerone a favore di Milone.....	215

NOTE

G. FALCONE, Il rapporto <i>ius gentium - ius civile</i> e la <i>societas vitae</i> in Cic., <i>off.</i> 3.69-70	259
G. NICOSIA, <i>Possessio e res incorporales</i>	275
J.G. WOLF, <i>Religio</i> in den Juristenschriften	285

VARIE

M. VARVARO, La compravendita di animali appartenenti alle <i>res Mancipi</i> in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza fra Baviera, Pernice e Mommsen	299
--	-----

ARTICOLI

GIACOMO D'ANGELO

Sulla lex Scribonia de usucapione servitutum

ABSTRACT

The author deals with a well-known but mysterious *lex Scribonia*, which abolished the *usucapio* of servitudes. His idea is that this *lex*, of the last republican age (probably of 50 B.C.) or, at the latest, of the beginning of the Empire, applied both to the *iura praediorum rusticorum* and to the *iura praediorum urbanorum* and was enacted in order to prevent usurpations to the detriment of the owner of the servient estate.

PAROLE CHIAVE

Lex Scribonia; usucapio servitutum; iura praediorum.

SOMMARIO. 1. La *lex Scribonia de usucapione servitutium*: la notizia di D. 41.3.4.28(29) e le questioni che essa solleva. 2. Il problema dell'estensione dell'antica *usucapio servitutium*: la sua applicazione a tutte le servitù – rustiche e urbane – riconosciute fino all'emanazione della *lex Scribonia*. Argomenti a sostegno di tale assunto. 3. Il problema della *ratio* della *lex Scribonia*. Gli orientamenti della dottrina e l'insufficienza delle soluzioni proposte. La nostra idea: la *lex Scribonia* come una 'legge di garanzia' delle ragioni del proprietario del fondo servente contro il rischio di ingiuste usurpazioni. 4. Il problema della data della *lex Scribonia*: la sua probabile risalenza all'ultima età repubblicana o al più tardi ai primi tempi del Principato.

1. In un testo conservatoci nei *Digesta Iustiniani* [D. 41.3.4.28(29)] Paolo ci informa che una *lex Scribonia* abolì l'usucapione delle servitù. Ciò è quel poco che sappiamo su tale legge¹; tutto il resto è oscuro. In particolare, è incerto a quali servitù essa si riferì, e incerte sono pure la *ratio* e la data della sua emanazione.

Non da ora, pertanto, su questi problemi si esercita copiosa la riflessione degli studiosi,²

¹ A parte D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 *ad ed.*), nessuna altra fonte la ricorda: secondo alcuni perché i compilatori giustinianeî ne avrebbero soppresso la menzione nei testi classici una volta estesa alle servitù (e all'usufrutto) la *longi temporis praescriptio* [v. C. 7.33.12.4 (Iust., a. 531)], che ormai sostanzialmente equivaleva a un'usucapione; secondo altri, invece, perché gli stessi classici la avrebbero fatta cadere in oblio nella misura in cui a posteriori pervennero a giustificare l'iusucapibilità dei *iura praediorum* fondandosi sulla loro natura di *res incorporales* [v. D. 8.1.14 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*), nonché, implicitamente, Paul. Sent. 1.17.1; D. 41.1.43.1 (Gai 7 *ad ed. prov.*); D. 41.3.9 (Gai 4 *ad ed. prov.*), dove 'maxime' è sicuramente interpolato; D. 41.3.10.1 (Ulp. 16 *ad ed.*)]. Nel primo senso v. E. LEVY, *Usureceptio servitutis*, in *Studi Albertario*, II, Milano 1953, 221 (= *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz 1963, 149, da cui le successive citazioni); C. ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia 'de usucapione servitutium'*, in *RIDA* 17, 1970, 329 s.; C. MÖLLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen 2010, 237 nt. 79; R. BASILE, 'Usus servitutis' e tutela interdittale, Padova 2012, 94 nt. 38; nell'altro B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano 1938, 662 s.; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano (Corso di lezioni)*², Milano 1954, 37, 277, seguito da G. FRANCIOSI, 'Usucapio pro herede'. Contributo allo studio dell'antica 'hereditas', Napoli 1965, 174, ma le due spiegazioni, in fondo, potrebbero concorrere. Un'ipotesi più radicale avanzava G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, bis auf Justinian*, I¹¹, Berlin 1832, 534, 536 s. nt. 11, arrivando persino a dubitare della stessa attendibilità della notizia contenuta in D.41.3.4.28(29), che per quanto isolata, però, non vi è ragione di reputare non affidabile: dovremmo altrimenti pensare a un empio quanto inutile falso storico.

² V. per un primo orientamento la letteratura citata da G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli 1967, 224 nt. 14, *cui adde*, almeno, R. YARON, *Reflections on 'usucapio'*, in *RHD* 35, 1967, 226 ss.; G. WESENER, *Zur Frage der Ersitzbarkeit des 'ususfructus'*, in *Studi Grosso*, I, Torino 1968, 211 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù. A proposito di taluni recenti studi*, in *Studi Grosso*, I, Torino 1968, 513 ss. (= *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 163 s.); ID., v. 'Servitù prediali (dir. rom.)', in *NNDI* 17, Torino 1970, 119 e nt. 3, 122 e ntt. 21-22; ID., *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova 2007, 3; A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968, 15, 22 ss., 32, 164, 202; C. ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*, cit., 329 ss.; ID., *Mélanges de droit romain*, in *BIDR* 81, 1978, 306 e nt. 7; D. PUGSLEY, *The Misinterpretation of the 'lex Atinia'*, in *RIDA* 17, 1970, 266 s.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano 1976, 437 ss.; ID., *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi. I. (Età arcaica)*, Roma 1981, 147, 148 s., 165 nt. 31, 166 ntt. 36-37; ID., v. 'Proprietà (dir. rom.)', in *Enc. dir.* 37, Milano 1988, 182 (= *Scritti scelti*, I, Napoli 2010, 349); ID., *Ancora sulla 'lex Scribonia'*, in *Index* 22, 1994, 211 ss. (= *La 'lex Scribonia' e la usucapione delle 'res incorporales'*, in *Ai margini della proprietà fondiaria*³, Roma 1998, 107 ss. = *La 'lex Scribonia' e la usucapione delle 'res incorporales'*, in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto roma-*

ma il dibattito resta aperto e sembra complicarsi di pari passo con il suo approfondirsi: «più si scava intorno alla *lex Scribonia* e dintorni e più il terreno appare scivoloso, e il discorso rischia di franare insieme ad esso».³

Nondimeno, non rinunciamo a fissare qui le idee che abbiamo maturato in argomento e sommamente le proponiamo al lettore nel tentativo di far luce, ancora una volta, su una legge a tutt'oggi misteriosa.

2. Il primo problema da porre, anche in vista di una corretta impostazione delle altre questioni sopra accennate, concerne il campo di applicazione dell'antica *usucapio servitutum*.⁴

no, Roma 1999, 91 ss., da cui le successive citazioni); ID., *Alle origini di un divieto legislativo: la 'lex Scribonia'*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, I, Napoli 1997, 79 ss.; ID., *Il deperimento di alcuni 'actus legitimi' e la nuova realtà dei diritti reali, tra Repubblica e Principato*, in *Proprietà e diritti reali*, cit., 158, 159, 161, 164, 171, 179; ID., *L'invenzione dei diritti reali in diritto romano*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea* (Relazioni del convegno internazionale di diritto romano Copanello 3-7 giugno 2000), Napoli 2004, 262, 263 e nt. 12; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, 112, 158; J.M. RAINER, *Nochmals zu den Gründen und der Datierung der 'Lex Scribonia'*, in *ZSS* 104, 1987, 631 ss.; C. GOMEZ RUIZ, *En torno a D. 8.2.6: sucinta reflexion sobre el 'non usus' y la 'usucapio libertatis'*, in *Estudios Iglesias*, III, Madrid 1988, 1377 e nt. 3; A. CORBINO, v. *'Servitù (dir. rom.)'*, in *Enc. dir.* 42, Milano 1990, 251 s.; ID., *La distinzione delle servitù in rustiche ed urbane nel diritto romano*, in *Scritti Falzea*, IV, Milano 1991, 217 e ntt. 10-11; L. VACCA, v. *'Usucapione (dir. rom.)'*, in *Enc. dir.* 45, Milano 1992, 998 nt. 32 (= *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniani*, Padova 2006, 203 nt. 32, da cui in seguito citeremo); O. BEHREND, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie*, in *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Göttingen 1995, 216 e nt. 161; ID., *Die lebendige Natur eines Baumes und die menschliche Struktur eines Bauwerks. Eine dualistische Entscheidungsbe-gründung aus dem vorklassischen Servitutenrecht und ihre theoretische Begründung nebst dem klassischen Gegenbild*, in *Festschrift Wolf*, Berlin 2000, 34 ss.; R. LA ROSA, *Usufrutto servitù prediali e proprietà. Analisi strutturale e contenutistica nella riflessione giurisprudenziale romana*, Catania 1996, 117 ss.; ID., *Nota minima su D. 8.3.30*, in *Studi Labruna*, IV, Napoli 2007, 2772 ss.; ID., *'Usus fructus'. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli 2008, 164 ss.; G. NICOSIA, *Il possesso. I. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-1996*, Catania 1997, 81 s. (= *L' 'usus' regolato dalle XII Tavole e le sue sopravvivenze tracce*, in *Sillogie*, II, Catania 1998, 751 ss. = *Il possesso. I. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-1996*, Catania 2008, 80 ss., da cui in seguito citeremo); ID., *Iuris consultorum acutae ineptiae*, in *Studi Martini*, II, Milano 2009, 872 s.; ID., *'Paries' e 'stillecidium' in Cic., top. 5.27*, in *Studi Metro*, IV, Milano 2010, 399 nt. 11; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998, 193 s., 275 s.; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo. Derecho romano, derecho germánico, tradición romanística y furs de Valencia*, Castelló de la Plana 2002, 65 ss., 198; F. TUCCILLO, *Note minime sulla 'lex Scribonia'*, in *Histoire, Espaces et Marges de l'Antiquité*, IV, Besançon 2005, 131 ss.; EAD., *L' 'iter culturas accedentium' e le servitù di passaggio: ancora su Grom. vet. 126.3-8 L.*, in *Index* 35, 2007, 129, 134 s., 139; EAD., *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. 'Usus', 'scientia', 'patientia'*, Napoli 2009, 1 ss., 59 ss., 116, 183 s., 254 ss.; F. ZUCCOTTI, *Le servitù prediali nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, in *Studi Martini*, III, Milano 2009, 1024; ID., *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di A. Biscardi*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, (*on line* all'indirizzo <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>), 332 s. nt. 66; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 235 ss.; A. TORRENT, *Servidumbres a favor o a cargo de edificios futuros. Paul. 15 ad ed. D.8.6.18.2*, in *TSDP* 5, 2012, 10, 11, 13 ss.

³ Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Alle origini di un divieto*, cit., 86.

⁴ Di *'usus'* anziché di *'usucapio servitutis* (o *servitutum*) preferisce discorrere G. NICOSIA, *Il possesso. I*,

Le posizioni della dottrina, sul punto, sono le più disparate: c'è chi pensa che a essere usucapibili, prima della *lex Scribonia*, fossero soltanto le servitù rustiche,⁵ o ancor più limitatamente solo quelle di passaggio e acquedotto, ritenute comunemente le più antiche;⁶ chi

cit., 80 ss., ID., *Iuris consultorum*, cit., 873, seguito da R. LA ROSA, *Nota minima*, cit., 2774 nt. 20; ID., 'Usus fructus', cit., spec. 169, nel convincimento più volte espresso (v. per tutti, ultimamente, ID., *Iuris consultorum*, cit., spec. 865 ss.) che *usus* e *usucapio* sarebbero stati istituti aventi presupposti, campi di applicazione ed effetti diversi: l'*usus*, già regolato dalle XII Tavole, si sarebbe fondato sull'*usus* medesimo, inteso come esercizio in concreto di un potere su entità di varia natura (beni mobili e immobili, *hereditas*, donna, servitù), e avrebbe così potuto condurre, a seconda dell'oggetto, all'acquisto di un'ampia gamma di situazioni giuridiche (proprietà, *status* di erede, *manus*, *iura praediorum*); mentre l'*usucapio*, di creazione più recente, si sarebbe fondata sulla *possessio*, corrispondente all'esercizio della sola proprietà, e avrebbe costituito esclusivamente, di conseguenza, un modo di acquisto del *dominium*. Come già altrove abbiamo rilevato (G. D'ANGELO, *XII Tab. 6.3 nelle testimonianze di Cicerone*, in SCDR 23-24, 2010-2011, 252 nt. 39), tuttavia, una siffatta impostazione non ci persuade laddove si rappresenta l'*usus* decemvirale alla stregua di un 'meccanismo acquisitivo' e se ne fa in tal modo il prototipo della più tarda *usucapio*, la quale trasse invece la sua origine, a parer nostro, dall'istituto dell'*usus auctoritas*: locuzione in cui '*usus*' denota secondo noi il semplice fatto materiale dell'utilizzo di un oggetto (per tutto ciò v. sempre G. D'ANGELO, *XII Tab. 6.3*, cit., spec. 250 ss., 272 ss.). Così, per chiarire in sintesi il nostro pensiero, che in questa sede non possiamo svolgere compiutamente, noi non contrapporremo *usus* e *usucapio* come due fenomeni distinti, ma diremmo semplicemente che l'*usucapio* più antica, fondata sull'*usus*, e non sulla *possessio* (in cui l'*usus* in seguito restò assorbito), ebbe un campo di applicazione più vasto di quello dell'*usucapione* di età progredita. Il che in definitiva non ci fa apparire inesatto parlare di '*usucapio servitutis* (o *servitutium*)'; e ciò del resto in conformità al modo di esprimersi dello stesso Paolo in D. 41.3.4.28(29): ... *eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat* rell.

⁵ V. gli autori citati da C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VII, tr. it. e note (in lettere) a cura di F. SERAFINI, Milano s. d., 87 nt. 94, nonché S. PEROZZI, *Problemi di origini*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto, pubblicati in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, II, Milano 1905, 208, 216 (= *Scritti giuridici*, III, Milano 1948, 544, 551); ID., *Istituzioni di diritto romano*, I², Roma 1928, 650 ntt. 1 e 5, 651 nt. 1, 769; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino 1911, 260; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, Napoli 1932, 66; ID., *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli 1947, 108 nt. 69; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. III. *Diritti reali*, Roma 1933, rist. Milano 1972, 143; ID., *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Torino 1946, rist. Milano 1987, 278 s.; F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II, Oxford 1953, 63 e nt. 2; F. DE VISSCHER, *Individualismo ed evoluzione della proprietà*, in SDHI 23, 1957, 30; ID., *De la défense d'usucaper les choses volées*, in RIDA 5, 1958, 474, 475 (= *Etudes de droit romain public et privé*, Milano 1966, che non abbiamo potuto vedere); A. WATSON, *Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh 1971, 63 e nt. 7 (ma ammettendo poi – *ibid.*, 82 – che anche le servitù urbane potevano usucapirsi, come lo stesso Watson parrebbe non escludere in *The Law of Property*, cit., 23 s.); R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, Paris 1977, 296, 304 s.

⁶ Cfr. R. MONIER, *La date d'apparition du 'dominium' et de la distinction juridique des 'res' en 'corporales' et 'incorporales'*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 367; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 347, 412; W.W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, Cambridge 1963, 265 nt. 1, 268; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 223 s.; ID., *Corso istituzionale di diritto romano*⁴, Torino 2011, 298; A. BURDESE, v. '*Servitù prediali*', cit., 119, 122; ID., *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino 1993, rist. Torino 2006, 310, 355; ID., *Le servitù prediali*, cit., 3; J.A.C. THOMAS, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam-New York-Oxford 1976, 126, 197; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 452 ss.; ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., spec. 124 s.; ID., *Alle origini di un divieto*, cit., spec. 84; ID., *L'invenzione*, cit., 263 nt.¹²; A. D'ORS, *Derecho privado romano*⁶, Pamplona 1986, 253; J. M. RAINER, *Nochmals*, cit., 634 ss. (che più di recente, tuttavia, ha rivisto la sua opinione: v. *infra*, nt. 8); G. PUGLIESE (con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA), *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, 136, 446, 481 s.; J. IGLESIAS, *Derecho romano. Historia*

invece solo le servitù urbane;⁷ chi infine sia le servitù rustiche (o quanto meno i *iura itinerum e aquarum*), sia le servitù urbane.⁸

Ora, di queste opinioni, è l'ultima che merita a nostro avviso di essere accolta.⁹ Vediamo

e *instituciones*¹¹, Barcelona 1993, 300; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 358, che eccettua però la *servitus viae* in adesione – come sembra (*ibid.*, 354 nt. 172) – a una nota tesi di Corbino (v. *infra*, nt. 19); R. LA ROSA, *Nota minima*, cit., 2775 nt. 20; ID., '*Usus fructus*', cit., spec. 177, 209, 214 s., 216, che esclude anch'egli la *via*; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. I. Instituciones*¹⁵, Madrid 2007, 196; A. TORRENT, *Servidumbres*, cit., 15 ss.

⁷ Così la maggior parte degli studiosi più antichi: v. gli autori citati da K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg-Leipzig 1865, 761 s., e da A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù nel diritto romano*, estr. da AG 38.1-2, 1887, 5 e nt. 1-2, in aggiunta ai quali v. pure, almeno, R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg 1856, 651 ss., il quale, come già C.J.G. WIRTH, *Die 'libertatis usucapio'*, Erlangen 1854, 10, 14, pensava in particolare a quelle servitù «welche sich durch bauliche, mit dem herrschenden Grundstück in Zusammenhang stehende Vorrichtungen, körperlich darstellen» (p. 651); e più di recente A. CORBINO, v. '*Servitù (dir. rom.)*', cit., 251 s.; ID., *La distinzione*, cit., 217 nt. 11, ultimamente più cauto, tuttavia, in ID., *Diritto privato romano. Contesti Fondamenti Discipline*², Padova 2012, 586.

⁸ Cfr., ad esempio, G. PADELLETTI-P. COGLIOLO, *Storia del diritto romano*², Firenze 1886, 232, 236; A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit., 5 ss.; C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane. Contributo alla teoria delle servitù prediali*, Torino 1895, 232 ss.; C.F. GLÜCK, *Commentario*, VII, cit., 88, 90 s., con riferimenti, *ibid.*, 88 e nnt. 97-99, 90 s. e nt. 13, alla più antica dottrina; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig 1901, 545; H. DERNBURG, *Pandette*, I.2⁶, tr. it. a cura di F. B. CICALA, Torino 1907, 362 nt. 2; G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano. Le servitù prediali*, I, Modena 1931-1932, 87 (ma più incerto a p. 204); ID., *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù per 'non usus' e della 'usucapio libertatis'*, in II Foro italiano 62.4, 1937, 269 s., 273 s. (= *Scritti storico giuridici*, II, Torino 2001, 232 s., 234, 239 ss., da cui le successive citazioni); ID., *Osservazioni di un romanista in margine al regime delle servitù nel nuovo codice civile*, in *Scritti Ferrini*, II, Milano 1947, 92 (= *Scritti*, II, cit., 464, da cui le successive citazioni); ID., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969, 189 e nt. 5, 244 ss.; ID., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino 1970, 271; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica: lo sviluppo e la elaborazione dei diritti limitati sulle cose*, in ANRW 1.2, 1972, 153 (= *Scritti*, II, cit., 738, da cui le successive citazioni); A. CARCATERA, '*Possessio*'. *Ricerche di storia e di dommatica*, Roma 1938, rist. Roma 1967, 116 s.; B. BIONDI, *Le servitù prediali*², cit., 276, 285; C.ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*, cit., 330 ss., 343; TH. MAYER-MALY, in H. HONSELL-TH. MAYER-MALY-W. SELB, *Römisches Recht*⁴, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokio 1987, 541 s.; F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 131 s., 135, 139, 143 s.; EAD., *L'iter culturas accedentium*, cit., 134 nt. 42; EAD., *Studi*, cit., 39 ss., 61, 73 ss., 254; EAD., *Qualche osservazione in tema di servitù prediali*, in AG 230.1, 2010, 87 s.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino 2011, 294, 325; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 242, 243; J.M. RAINER, *Rec. a F. TUCCILLO, Studi*, cit., in SDHI 78, 2012, 691 s. Per A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit., 11 ss., 88, e C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VII, cit., 91, anzi, sarebbero state usucapibili in antico anche le servitù c.dd. personali; ma a ragione – riteniamo – questa idea, benché ripresa pure da altri con particolare riguardo all'usufrutto (citazioni in R. LA ROSA, *Usus fructus*, cit., 138 nt. 15), è stata nettamente rigettata dalla prevalente dottrina: v., fra tanti, B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, estr. da AUPA 20, 1949, 261 nt. 1; ID., *Le situazioni possessorie*, cit., 158; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino 1958, 343 s.; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto. I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli 1962, 51; C.A. CANNATA, v. '*Possesso (dir. rom.)*', in NNDI 13, Torino 1966, 329; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 7, 223; G. PUGLIESE, v. '*Usufrutto (dir. rom.)*', in NNDI 20, Torino 1975, 325; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 453 e nt. 14; ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., 124 s.; R. LA ROSA, '*Usus fructus*', cit., 138, 215 s.

⁹ Tale parere avevamo già fugacemente espresso in *XII Tab. 6.3*, cit., 270 nt. 88 (incombe in una svista R. BASILE, '*Usus servitutis*', cit., 88 nt. 26, che ci annovera fra gli autori citati *supra*, nt. 7). Sulla scia di C. ARNÒ, *Della distinzione*, cit., 232 ss., tuttavia, non escludevamo allora (v. anche *ibid.*, 271 nt. 89) la possibilità che

di giustificarla schematizzando qui di seguito le nostre osservazioni.

a) Leggiamo anzitutto

D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 *ad ed.*): *Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutum constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute* rell.¹⁰

Come si vede, Paolo accenna qui all'*usucapio* abolita dalla *lex Scribonia* in termini assolutamente generici (*e am usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutum constituebat*),¹¹ senza circoscriverne l'oggetto a particolari classi o figure di *iura praediorum*, bensì individuandolo – come sembra indicare l'impiego di '*servitus*' al singolare – nella condizione di asservimento di un fondo a un altro fondo in qualunque modo – si direbbe – posta in essere: a prescindere, quindi, dalla circostanza che tale condizione scaturisse dall'imposizione di una servitù rustica o urbana.

b) Secondo un'opinione largamente diffusa,¹² le più antiche servitù rustiche (*iter, actus, via, aquae ductus*) si immedesimavano in origine con la stessa porzione di terreno su cui si esercitavano; porzione a cui il titolare si ritiene estendesse il suo dominio – a titolo esclusivo o in concorso con il proprietario del fondo servente – come a una sorta di propaggine del proprio fondo.

Ebbene, ove si acceda a tale ricostruzione, che reputiamo fondata nel suo nucleo essenziale,¹³ sarebbe difficile negare che le servitù in questione dovevano costituirsi con gli stessi modi con cui si acquistava la proprietà di beni corporali, in particolare dei *fundi*; e dunque, per quanto ci interessa, anche mediante l'*usucapio*.¹⁴

solo l'*usucapio* delle servitù urbane fosse stata abolita dalla *lex Scribonia* e che quella delle servitù rustiche, per converso, fosse venuta meno a prescindere dall'intervento di tale legge; prospettiva che ora – *melius re perpensa* – ci pare contraddetta dal tenore di D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 *ad ed.*), da cui si evince che la *lex Scribonia* dovette in effetti riguardare tanto i *iura praediorum urbanorum* quanto i *iura praediorum rusticorum* (v. appresso nel testo, lett. a).

¹⁰ Se si prescinde dall'isolata posizione di G. HUGO, *Lehrbuch*, I¹¹, cit., 534, 536 s. nt. 11, cui si è fatto cenno *supra*, nt. 1, il passo, per la parte che abbiamo trascritto, e che soltanto ci interessa, è immune da sospetti: solo per errore l'*Index itp. ad h.l.* – come già esattamente segnalava G. FRANCIOSI, '*Usucapio pro herede*', cit., 171 nt. 112 – attribuisce a S. PEROZZI, *Istituzioni*, I², cit., 769 nt. 4, l'opinione *tranchant* che il brano, «di incerta interpretazione», non darebbe «in ogni caso diritto romano»; giudizio che Perozzi riferiva a Paul. Sent. 1.17.2.

¹¹ Per questo rilievo v. già A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit., 5, 9, 76, con cui concorda F. TUCILLO, *Note minime*, cit., 143; EAD., *Studi*, cit., 73.

¹² Per un quadro di riferimento v. A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano 1981, 5 ss., e in sintesi ID., v. '*Servitù (dir. rom.)*', cit., 243, cui adde M.F. CURSI, '*Modus servitutis*'. *Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli 1999, 39 ss., e C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 25 ss.

¹³ Criticamente, comunque, v. gli autori da noi citati in *Un'ipotesi sull'origine del 'non usus'*, in AUPA 55, 2012, 309 nt. 55.

¹⁴ In tal senso, fra molti altri, v. anche P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*⁴, tr. it. a cura di C. LONGO, Milano 1909, 383 e nt. 5; P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, I, Paris 1927, 568; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, Paris 1935, 523 s.; C.ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*,

Ma c'è di più. Anche sul piano della documentazione positiva una prova irrefutabile dell'antica usucapibilità dei *iura itinerum* e *aquarum* ci sembra offerta da

Cic., *pro Caec.* 26. 74: ... *Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur.*¹⁵

Non staremo a riprendere l'annosa discussione su questo brano, che altrove abbiamo già ampiamente analizzato.¹⁶ Ribadiamo solo che il termine *auctoritas*, che ha dato luogo a infinite dispute,¹⁷ non può che alludere a nostro avviso all'usucapione se si esamina il passo – come molti omettono di fare – nel più ampio contesto in cui esso si inserisce (*pro Caec.*, 26.73-75).¹⁸

In questa sede, piuttosto, va notato che fra le servitù menzionate da Cicerone, mentre non figura la *via*,¹⁹ compare anche l'*aquae haustus*; il che rende più complesso il problema dell'estensione dell'*usucapio servitutum*. In particolare, secondo noi, si apre a questo punto una duplice possibilità: 1) o ammettere che pure la *servitus aquae hauriendae*, al pari dei *iura*

cit., 331; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 15.

¹⁵ Ed. A. BOULANGER, *Cicéron. Discours*, VII³, Paris 1961, 123. Assai più ambigua, invece, ci pare la testimonianza di Cic., *ad Att.* 15.26.4: *M. Aelium cura liberabis: me paucos specus in extremo fundo et eos quidem subterraneos servitutis putasse aliquid habituros; id me iam [iam] nolle nequi mihi <quic>quam esse tanti rell.* (ed. D.R. SHACKLETON BAILEY, *Cicero's Letters to Atticus*, VI, Cambridge 1967, 128). In particolare, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I², Bologna 1927, 135 e nt. 2, sulla cui scia v. pure B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 246 nt. 2; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit., 72; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 81 s., invocava tale passo a conferma dell'usucapione di una servitù avente per contenuto lo scarico di acqua piovana su un fondo altrui, per mezzo di *specus* sotterranei, oltre il limite derivante dalla *natura loci*; ma è dubbio che Cicerone, con le parole *servitutis putasse aliquid habituros*, alludesse a una servitù propriamente detta: *contra*, ad esempio, v. già W. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig 1858, 320 nt. 1, nonché B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., 670; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 214 nt. 134, e ultimamente R. LA ROSA, *'Usus fructus'*, cit., 181 nt. 127, secondo cui il testo farebbe riferimento «all'interpretazione (*putasse*) di una clausola negoziale (*lex privata*) relativa a canali d'adduzione d'acqua sotterranei». Critico nei confronti di Costa anche G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 324 nt. 6 bis.

¹⁶ V.G. D'ANGELO, *XII Tab.* 6.3, cit., 266 ss.

¹⁷ V. la letteratura a cui rinviamo in *XII Tab.* 6.3, cit., 266 nt. 76, e ancora, di recente, F. TUCCILLO, *Studi*, cit., spec. 79 ss., e C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 101 ss.

¹⁸ Nello squarcio a cui alludiamo Cicerone tesse un appassionato elogio del *ius civile* (assunto nel senso del diritto complessivo della comunità cittadina: cfr. per tutti, sul punto, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I², Bologna 1927, 22 s. nt. 3), facendo dipendere da esso non già una generica sanzione dei diritti dei privati, come vorrebbe un'interpretazione pure autorevolmente sostenuta (citazioni in G. D'ANGELO, *XII Tab.* 6.3, cit., 267 nt. 79), bensì una specifica garanzia, per mezzo dell'*usucapio*, del pacifico esercizio del *dominium*; sicché su questo sfondo, del quale è parte integrante, va inteso il riferimento alla *rata auctoritas* dei *iura praediorum* menzionati alla fine del § 74.

¹⁹ Su ciò, fra l'altro, facendo leva A. CORBINO, *Ricerche*, I, cit., 170 e nt. 1, ha ipotizzato (v. spec. 170 ss.) un'origine tarda, postclassica o più probabilmente giustiniana, della *servitus viae* [v. anche ID., *Le 'viae' della legislazione decemvirale*, in *Labeo* 29, 1983, 320 ss.; ID., *Excusationes Corbini*, in *IURA* 32, 1981, 134 ss.; ID., v. *'Servitù (dir. rom.)'*, cit., 245; ID., *La distinzione*, cit., 221 nt. 20]. *Contra*, però, v. gli studiosi a cui rinviamo in *Un'ipotesi*, cit., 300 s. nt. 24.

itinerum e dell'*aquae ductus*, fu concepita al suo sorgere in termini 'proprietary',²⁰ sì da poter essere usucapita, come ogni altra *res* corporale, in quanto suscettibile di possesso; 2) ovvero supporre che l'*usucapio servitutium*, inizialmente circoscritta alle quattro figure più antiche (*iter, actus, via, aquae ductus*) sul presupposto del loro carattere materialistico, sia stata estesa più tardi all'*aquae haustus* e ad altre servitù rustiche eventualmente già riconosciute prima della *lex Scribonia*²¹ nonostante questi tipi più recenti²² siano sorti direttamente come *iura in re aliena*.²³

La prima ipotesi è in astratto la più logica; ma anche la seconda non ci sembra improponibile – pure a prescindere da altre possibili spiegazioni²⁴ – ove si tenga conto che i Romani, una volta qualificata una data servitù come rustica o urbana, la assoggettavano al regime proprio della categoria a cui essa veniva ascritta quand'anche questo, a rigore, non vi si adattasse:²⁵ cosa che tanto più nella specie poteva apparire opportuna per i notevoli vantaggi pratici derivanti dall'usucapione quale strumento di sanatoria di atti costitutivi invalidi, nonchè, e forse ancor più, quale mezzo di prova di servitù pur regolarmente costituite.²⁶ Senza poi considerare che dalla nuova concezione delle servitù quali *res incorporales* poterono anche non essere tratte d'un colpo tutte le conseguenze a noi note, come quella, sicura per

²⁰ Di questo avviso era M. VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*. Separatabdruck aus den Berichten der philol.-hist. Klasse der Königl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften, 1874, 13 ss., 20, 35 s., sulla cui scia v. pure P. HUVELIN, *Cours*, I, cit., 553; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 246 s.; M. BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., 27 nt. 16, 30 nt. 24; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1971, 109; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 456 s.; ID., *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001, 235, 240; G. PUGLIESE (con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA), *Istituzioni*³, cit., 476; L. VACCA, v. 'Usucapione (dir. rom.)', cit., 202 s. *Contra*, invece, G. GROSSO, *Sulla servitù di 'aquae haustus'*, in BIDR 40, 1932, 420 ss. (= *Scritti*, II, cit., 20 ss.); ID., *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in BIDR 70, 1967, 111 s. (= *Scritti*, II, cit., 688 s.); ID., *Le servitù prediali*, cit., 27 ss., 190 nt. 7. Dubbioso G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 42 ss., 57 s., 71 s.

²¹ Posto che tale legge, come vedremo *infra*, § 4, non fu anteriore secondo noi all'ultima età repubblicana, si potrebbe pensare ad esempio alla *servitus pecoris ad aquam adpellendi* (o *adpulsus*), sicuramente già nota a Trebazio [v. D.43.20.1.18 (Ulp. 70 *ad ed.*)].

²² Come è pacifico, quanto meno, per le figure diverse dall'*aquae haustus*: v. ad esempio G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano*, I, cit., 61; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 71 s.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 387 s.; G. PUGLIESE (con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA), *Istituzioni*³, cit., 477.

²³ Per uno spunto in tal senso, con specifico riguardo all'*aquae haustus*, v. G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 190 nt. 7, il quale non escludeva che l'usucapibilità di detta figura – a suo avviso comunque non desumibile da Cic., *pro Caec.* 26.74 (v. anche le pp. 29 e nt. 7, 189, 334 nt. 6 bis) – avrebbe potuto imporsi nella prassi in forza delle modalità con cui si attuava l'*usucapio* delle più antiche servitù (v. su quest'ultimo punto le pp. 18 e 189 s.); modalità per cui in definitiva si sarebbe posto l'accento non tanto sul requisito del possesso, di cui la *servitus aquae hauriendae*, in quanto *res incorporalis*, non sarebbe stata suscettibile, quanto piuttosto sul concreto compimento dell'attività corrispondente alla servitù esercitata (nella specie, l'attingere acqua da un *fons*).

²⁴ Pensiamo all'ipotesi avanzata da Grosso per l'*aquae haustus*, già riferita nella precedente nota.

²⁵ V. sul punto C. ARNÒ, *Della distinzione*, cit., 93, 235 nt. 2, 241, 244.

²⁶ Specificamente, a quest'ultima funzione dell'*usucapio* si riferisce secondo noi Cicerone, con le parole *rata auctoritas*, in *pro Caec.* 26.74: v. sempre quanto abbiamo osservato in *XII Tab.* 6.3, cit., 266 ss.

diritto classico, della non usucapibilità.²⁷

c) Infine, che anche le servitù urbane fossero usucapibili prima della *lex Scribonia* ci pare assai probabile per l'esistenza dell'istituto dell'*usucapio libertatis*, figura specularmente simmetrica, per tali diritti, a quella dell'*usucapio servitutium*: come era possibile possedere un fondo quale libero dalla servitù che lo gravava e usucapirne così la proprietà piena dopo il protrarsi di un siffatto possesso per due anni,²⁸ allo stesso modo – riteniamo – dovette ammettersi inversamente la possibilità di possedere un fondo come di fatto dominante rispetto a un altro e usucapirlo in questa condizione perdurando essa per un biennio.²⁹ Il che equivaleva in sostanza a usucapire una servitù.³⁰

²⁷ Si vedano in proposito i testi già citati *supra*, nt. 1.

²⁸ Che l'*usucapio libertatis* si compisse in due anni non è espressamente attestato in alcuna fonte, ma tanto si può inferire dal termine biennale dell'istituto parallelo del *non usus* [v. Paul. Sent. 1.17.1-2 e C. 3.34.13 (Iust., a. 531)]; termine che pure valeva secondo i più per l'*usucapio servitutium*: v. per tutti, sul punto, F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 13 ss., con citazione, *ibid.*, 13 s. nt. 40, di altra letteratura.

²⁹ Per questa idea, cui offrono spunto alcune fonti [v. 8.2.20 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*); D. 8.2.32.1 (Iul. 7 *dig.*); D. 41.3.10.1 (Ulp. 16 *ad ed.*)], cfr. già, ripetutamente, G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 239 ss.; ID., *Osservazioni di un romanista*, cit., 464; ID., Rec. a G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., in IURA 19.1, 1968, 160 (= *Scritti storico giuridici*, IV, Torino 2001, 651); ID., *Le servitù prediali*, cit., 189, 245 s.; ID., *Schemi giuridici e società nella storia*, cit., 271; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica*, cit., 738, seguito da molti altri: v. A. CARCATERRA, 'Possessio', cit., 116 s.; G. BRANCA, *Non uso e prescrizione*, in *Scritti Ferrini*, I, Milano 1947, 175; S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli 1948, 164; A. CORBINO, v. 'Servitù (dir. rom.)', cit., 251; ID., *Diritto privato romano*², cit., 586; F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 132; EAD., *Qualche osservazione*, cit., 88. Scettico, invece, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 459 s.; ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., 124 s.; ID., *Alle origini di un divieto legislativo*, cit., 85 s., 88 ss. Segnatamente, questi avanza il dubbio che l'idea del possesso di un edificio in uno stato corrispondente al godimento della libera proprietà o, viceversa, all'esercizio di una servitù a carico di un immobile vicino potrebbe risalire solo alla tarda età classica, quando ormai la *lex Scribonia* era già stata sicuramente emanata. Né comunque secondo il Capogrossi (con cui concorda sul punto R. LA ROSA, 'Usus fructus', cit., 174 s.), le servitù urbane non estrinsecantesi in opere evidenti avrebbero potuto usucapirsi nel modo ipotizzato dal Grosso per difetto di una 'visibilità' del loro esercizio. Senonché, l'*usucapio libertatis* – ci sembra anzitutto di poter replicare – era già nota a Quinto Mucio Scevola [v. D. 8.2.7 (Pomp. 26 *ad Q. M.*)]; il che consente di ipotizzare che in antico, per i *iura* in questione, potesse altresì aver luogo un'*usucapio servitutium*. Inoltre, non vediamo neppure perché una siffatta *usucapio* non potesse di per sé configurarsi con riguardo a servitù non apparenti. Certo, su un piano di mera opportunità, poteva apparire iniquo che in tali casi un'usucapione venisse a compiersi senza che il proprietario del fondo servente, per mancanza di segni che la rendessero riconoscibile all'esterno, fosse posto nelle condizioni di impedirla; ma è questa un'altra questione, a cui proprio la *lex Scribonia* – come vedremo – intese secondo noi porre rimedio.

³⁰ Può superarsi in tal modo l'obiezione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 453, seguito da J.M. RAINER, *Nochmals*, cit., 634 s., che un'usucapione delle servitù urbane non sarebbe verosimile per il fatto che queste, come sembra, sorsero direttamente nella forma di *iura* (v. per tutti, sul punto, lo stesso Capogrossi, *ibid.*, 271 ss., 451 ss.). Se un'*usucapio* dei *iura praediorum urbanorum*, infatti, non era solo che il risultato – come pensiamo – di un'usucapione del fondo stesso in quanto posseduto in una data posizione di vantaggio rispetto a un fondo vicino, è chiaro che a essa non poteva essere di ostacolo l'incorporeità di tali diritti; come pure non stringente, a fronte della suddetta premessa, ci sembra un'ulteriore obiezione di R. BASILE, 'Usus servitutis', cit., spec. 87 s., 90, 104, convinto che la maggior parte delle servitù urbane, in quanto a struttura negativa, sarebbero rimaste sottratte all'usucapione per l'impossibilità di concepire un loro esercizio: esercizio invece attuantesi, secondo l'impostazione a cui aderiamo, con il possesso medesimo

Come osservava acutamente il Grosso,³¹ insomma, *usucapio libertatis* e *usucapio servitutum*, per i *iura praediorum urbanorum*, appaiono inscindibilmente «due aspetti di quello stesso fenomeno» concretantesi nell'«usucapione dell'edificio in quella data qualifica e configurazione materiale, che urtava la sfera giuridica altrui».

3. Determinato così l'oggetto dell'*usucapio servitutum* dobbiamo ora interrogarci sulle ragioni per cui essa fu abolita dalla *lex Scribonia*: nodo, questo, su cui principalmente si concentra l'interesse della dottrina.

Specie in passato molti studiosi, volgendosi soprattutto ai *iura praediorum rusticorum*, hanno posto in rapporto l'emanazione della nostra legge con l'affermarsi della concezione delle servitù quali *res incorporales*. Questo nesso, fondamentalmente, è stato precisato in due sensi. Ora si è pensato che la *lex Scribonia* avesse tratto dalla suddetta concezione la logica conseguenza della sopravvenuta inidoneità dei *iura praediorum* a essere posseduti, e dunque anche a essere usucapiti;³² ora invece, in una prospettiva più duttile e articolata, si è supposto che la nuova configurazione giuridica delle servitù avesse inizialmente sollevato dubbi per la vischiosità degli antichi schemi proprietari: dubbi a cui si ritiene che un intervento legislativo avesse posto autoritativamente fine, in adesione alle vedute più recenti, con l'escludere l'usucapibilità dei diritti in questione.³³

In entrambe queste versioni, tuttavia, tale orientamento ha prestato il fianco a critiche

del fondo in una condizione corrispondente al contenuto di una servitù attiva. Né infine sotto altro profilo, data l'eterogeneità dei *iura praediorum urbanorum* rispetto all'usufrutto, daremmo peso alla circostanza – addotta ancora dal Capogrossi (*ibid.*, 453) – che quest'ultimo, con ogni probabilità, non fu in antico usucapibile.

³¹ G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 241; ID., *Le servitù prediali*, cit., 246.

³² Così, ad esempio, P. COGLIOLO, in G. PADELLETTI-P. COGLIOLO, *Storia*², cit., 237 nt. h; É. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I, Paris 1891, 273; P. HUVELIN, *Cours*, I, cit., 569; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., 66; ID., *Requisiti*, cit., 5, 107 s.; B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., 662 s.; ID., *Le servitù prediali*², cit., 37, 277, che assegnava altresì alla *lex Scribonia* lo scopo di favorire la libertà dei fondi (*ibid.*, 312, 313); F. BOZZA, *L'usucapione nell'epoca preclassica*, Napoli 1951, 5 s., 15; G. GROSSO, *Usufrutto*², cit., 343, che esprime altrove un pensiero più complesso (v. la successiva nota); F. GALLO, *Rec. a M. BRETONE, La nozione romana di usufrutto*, I, cit., in *BIDR* 66, 1963, 201; A. BURDESE, v. 'Servitù prediali (*dir. rom.*)', cit., 122; ID., *Manuale*⁴, cit., 355; F. FABBRINI, v. 'Usucapione (*dir. rom.*)', in *NNDI* 20, Torino 1975, 285 nt. 6; R. VILLERS, *Rome*, cit., 296; M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit., 358 s.; A. TORRENT, *Servidumbres*, cit., 10, 18.

³³ In questo ordine di idee, con varie sfumature, R. MONIER, *La date d'apparition du 'dominium'*, cit., 373; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 247 s., 268; G. WESENER, *Zur Frage*, cit., 213 s.; ID., *Rec. a G. GROSSO, Le servitù prediali*, cit., in *ZSS* 88, 1971, 439 (ultimamente, comunque, più cauto: v. ID., *Rec. a C. MÖLLER, Die Servituten*, cit., in *IURA* 59, 2011, 386 s.); O. BEHREND, *Gesetz*, cit., 216 e nt. 161 (che ha in seguito, però, ha mutato avviso: v. ID., *Die lebendige Natur eines Baumes*, cit., 34 nt. 54); J.M. RAINER, *Nochmals zu den Gründen*, cit., 637 s. (ma diversamente in ID., *Rec. a F. TUCCILLO*, cit., 691 s.); G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*⁴, Torino 2011, 298 (altrove diversamente orientato: v. *infra*, nt. 42). In una prospettiva ancora diversa G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., xvi, 18, 189, 220; ID., *Schemi giuridici e società nella storia*, cit., 271; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica*, cit., 738; secondo cui la *lex Scribonia*, da un lato, avrebbe inteso risolvere un contrasto scaturente dal persistere nella prassi dell'*usucapio servitutum* nonostante la mutata natura giuridica dei più antichi *iura praediorum* (sul punto v. anche ID., *Lezioni di diritto romano*, I, cit., 29; ID., *Sulla genesi storica*, cit., 234), e dall'altro, soprattutto, sgravare la proprietà da vincoli conseguenti al semplice decorso del tempo.

secondo noi penetranti. In particolare, non vediamo la necessità del ricorso a una legge per sanzionare un risultato, come quello della non usucapibilità dei *iura praediorum*, a cui la giurisprudenza poteva autonomamente pervenire ricavandolo in via interpretativa, almeno per le servitù rustiche,³⁴ dalla loro stessa natura di *res incorporales*;³⁵ né pur facendo capo alla seconda delle ipotesi sopra accennate l'emanazione della *lex Scribonia* ci appare plausibile. È infatti del tutto improbabile che una legge, a Roma, intervenisse a risolvere questioni di carattere dogmatico: la soluzione di tali questioni, piuttosto, spettava alla *scientia iuris*,³⁶ mentre d'altra parte, secondo studi autorevoli, l'attività normativa dei comizi, anche nel campo del diritto privato, perseguì in generale finalità ben diverse, legate alla tutela di interessi eminentemente pubblici.³⁷ Non solo, ma stenteremmo pure a credere che i giuristi, se comunque l'*usucapio servitutum* fosse apparsa irrinunciabile, non avrebbero trovato modo di 'salvarla' all'avvento del paradigma delle servitù quali *res incorporales*.³⁸ In fondo, per conseguire un siffatto risultato, sarebbe stato sufficiente assimilare alla *possessio* quale fondamento di tale *usucapio* l'*usus* inteso come esercizio in concreto di un diritto: cioè in pratica quello stesso *usus iuris* che viene in rilievo agli effetti della tutela interdittale di certe servitù.³⁹ O ancora più oltre, magari, si poteva direttamente estendere alle *res incorporales* la nozione stessa della *possessio*. Alchimie certo alla portata di una giurisprudenza come quella romana, che piegava gli schemi ai bisogni. Del resto, le più antiche servitù rustiche, sicuramente incluse fra le *res mancipi*,⁴⁰ poterono costituirsi mediante *mancipatio* probabilmente perché in origine concepite alla stregua di entità cor-

³⁴ Per le servitù urbane, infatti, v. quanto si è osservato *supra*, nt. 30.

³⁵ Uno spunto per questa obiezione si può già cogliere in un rapido e acuto rilievo di G. BRANCA, *Non uso*, cit., 176: «Linusucapibilità delle servitù come *res incorporales*, come diritti insuscettibili di possesso, non è stata certamente la causa dell'intervento legislativo, del quale, se mai, non ci sarebbe stato bisogno». Cfr. inoltre L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., 440; ID., *Appunti sulla 'quasi possessio iuris' nell'opera dei giuristi medievali*, in BIDR 80, 1977, 74 (= *Proprietà e diritti reali*, cit., 243); ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., 94, 103, e ultimamente F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 142 s.; EAD., *Studi*, cit., 91. Significativo anche il modo in cui ragiona M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit., 359 s., che pure aderisce all'opinione qui criticata: «Una volta qualificate le servitù come *iura praediorum*, e quindi classificate tutte quante tra le *res incorporales*, l'usucapione delle servitù avrebbe dovuto essere negata ... e in effetti i classici decisamente la negarono; e l'avrebbero negata a prescindere dalla *lex Scribonia*». Analogamente, ma con maggiore cautela, G. PUGLIESE (con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA), *Istituzioni*³, cit., 482.

³⁶ Cfr. per tutti, sul punto, G. FRANCIOSI, *'Usucapio pro herede'*, cit., 173: «mai la *lex* in età repubblicana ha avuto la funzione di dirimere contrasti giurisprudenziali, anche se implicanti conseguenze pratiche. La definizione giuridica degli istituti e la fissazione delle loro caratteristiche dogmatiche sono sempre state compito esclusivo della giurisprudenza».

³⁷ Su ciò ha posto l'accento a più riprese L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra*, cit., 149, 166 nt. 35; ID., v. *'Proprietà (dir. rom.)'*, cit., 349 e nt. 78; ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., 92 e nt. 8; ID., *Alle origini di un divieto*, cit., 79 e nt. 1; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'invenzione*, cit., 262, rinviando ai classici studi di Giovanni Rotondi sulla legislazione comiziale romana.

³⁸ Analogamente R. YARON, *Reflections*, cit., 228: «If the creation of servitudes by way of *usucapio* had not come to be regarded as objectionable, it would have been allowed to continue, irrespective of whether they were corporeal or incorporeal, admitted of *possessio*, or not».

³⁹ In argomento v. da ultimo R. BASILE, *'Usus servitutis'*, cit., 1 ss.

⁴⁰ V. Tit. Ulp. 19.1.

porali e come tali suscettibili di un qualche gesto di apprensione.⁴¹ Eppure, la *mancipatio* continuò per esse a trovare impiego anche dopo la loro avvenuta 'smaterializzazione': il che non può che ulteriormente metterci in guardia contro il rigido dogmatismo che inficia a parer nostro l'orientamento qui criticato.

Per tutto ciò, dunque, non a torto secondo noi un altro filone dottrinale, che tende ormai a prevalere, si è da tempo indirizzato a ricercare il 'perché' della *lex Scribonia* in motivi di ordine pratico più che teorico.⁴²

Senonché, non appena si passa alla concreta individuazione di tali motivi, vi è purtroppo da constatare che la riflessione storiografica in materia, pur in un quadro sempre più variegato e ricco di ipotesi, non è ancora pervenuta a soluzioni che abbiano riscosso un apprezzabile consenso.⁴³ Ecco perché – per riprendere un'affermazione del Capogrossi che abbiamo già

⁴¹ Di questo avviso, fra molti altri, É. CUQ, *Les institutions*, I, cit., 273 s.; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 17; M. KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift Koschaker*, I, Weimar 1939, 450 (= *Ausgewählte Schriften*, II, Camerino 1976, 80); M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit., 354 nt. 173.

⁴² Nella letteratura più antica, ad esempio, v. già in tal senso R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit., 652 s.; W. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig 1858, 337; A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit., 15, 19, 56 s.; S. PEROZZI, *I modi pretorii d'acquisto delle servitù*, in *RISG* 23, 1897, 171 (= *Scritti giuridici*, II, Milano 1948, 245); C.F. GLÜCK, *Commentario*, VII, cit., 90; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 545; H. DERNBURG, *Pandette*, I.2⁶, cit., 361 s.; ma soprattutto, a partire dal secondo dopoguerra, cfr. G. BRANCA, *Non uso*, cit., 176; E. LEVY, *Usureceptio*, cit., 155; TH. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der 'usucapio'* I, in *ZSS* 77, 1960, 36 e nt. 88; ID., *Studien zur Elementarliteratur über die 'usucapio'*, in *Studi Betti*, III, Milano 1962, 495 e nt. 152; ID., in H. HONSELL-TH. MAYER-MALY-W. SELB, *Römisches Recht*⁴, Berlin-Heidelberg-NewYork-London-Paris-Tokio 1987, 177, 189; G. FRANCIOSI, *'Usucapio pro herede'*, cit., 172 ss.; R. YARON, *Reflections*, cit., 228 s.; A. WATSON, *The Law of Property*, cit., 23 e nt. 5; M. KASER, *Das römische Privatrecht*. I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*², München 1971, 445; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 438 ss.; ID., *La terra*, cit., 149; ID., v. *'Proprietà (dir. rom.)'*, cit., 349 s.; ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., spec. 114 ss.; ID., *Alle origini di un divieto*, cit., spec. 87 ss.; A. D'ORS, *Derecho privado*⁶, cit., 253 nt. 1; C. GOMEZ RUIZ, *En torno a D. 8.2.6*, cit., 1377; F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 132 s., 136, 143 s.; EAD., *L' 'iter culturas accedentium'*, cit., 139; EAD., *Studi*, cit., 65 s., 74 s., 94, 184, 258; R. LA ROSA, *'Usus fructus'*, cit., 214 ss.; F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., 332 s. nt. 66. In parte diversa la posizione di altri studiosi, che seguono per dir così un orientamento misto, ponendo a fondamento della *lex Scribonia* ragioni, insieme, teoriche e pratiche: oltre a Biondi e a Grosso, alle cui rispettive opinioni si è fatto cenno *supra*, ntt. 32-33, v. in questo ordine di idee C.ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*, cit., 335 ss., 341 ss.; M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 193 s., 276; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit., 66 s., 72, 198; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 242 s., 246 ss., 372. V. anche TH. MAYER-MALY, v. *'Usucapio'*, in *RE* 9 A/1, Stuttgart 1961, 1103, 1109, che ha poi mutato parere negli altri contributi sopra citati.

⁴³ Per una rassegna critica delle ipotesi principali v. R. LA ROSA, *'Usus fructus'*, cit., 204 ss., secondo il quale (*ibid.*, 214 ss.) la *lex Scribonia* sarebbe stata emanata per eliminare un'incongrua disparità di trattamento fra le più antiche servitù rustiche, a cui si applicava l'*usucapio*, e l'usufrutto, la cui usucapibilità era invece negata. Con argomenti per noi persuasivi, tuttavia, questa tesi viene a sua volta criticata da F. ZUCCOTTI, *Le origini dell'usufrutto*, in *RDR* 8, 2008, 38 s.; né ultimamente F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 65 s., 74 s., 94, 184, 258, nel riproporre ancora un'interpretazione in chiave pratica delle ragioni della suddetta legge, sembra apportare elementi significativi per appianare la questione. In particolare, la studiosa napoletana (*ibid.*, 184, 258) si richiama al motivo del *favor libertatis* per la proprietà fondiaria; motivo già invocato da Fabro (citato dalla stessa Tuccillo, *ibid.*, 184 e nt. 305) e ripreso da molti altri (v. G. BRANCA, *Non uso*, cit., 176; B. BIONDI, *Le servitù prediali*², cit., 312, 313; TH. MAYER-MALY, v. *'Usucapio'*, cit., 1109; ID., *Studien*

riportato in premessa – «più si scava intorno alla *lex Scribonia* e dintorni e più il terreno appare scivoloso, e il discorso rischia di franare insieme ad esso».

A nostro avviso, però, questa situazione si deve forse al fatto che proprio nei 'dintorni' della nostra legge non si è ancora scavato a sufficienza. Precisamente, fuor di metafora, crediamo si tratti di considerare la *lex Scribonia*, per arrivare a cogliere le ragioni che la ispirarono, nel più ampio quadro delle leggi comiziali romane proibitive dell'*usucapio* di certe *res*: cioè in pratica – si noti – nel contesto in cui Paolo in effetti la ricorda.⁴⁴

Fra tali leggi, a parte la *lex Scribonia*, vengono in considerazione: a) una *lex Atinia*, dai più variamente collocata nel corso del II secolo a. C.,⁴⁵ che sottrasse all'*usucapio*⁴⁶ le *res furtivae*,⁴⁷ ribadendo un divieto già risalente alle Dodici Tavole;⁴⁸ b) due *leges de vi* – una *lex Plautia* (o *Plotia*), della prima metà del I secolo a. C.,⁴⁹ e una *lex Iulia*, di Cesare o di Augusto – che nel reprimere diverse ipotesi di violenza vietarono anche l'*usucapione* delle *res vi possessae*,⁵⁰ c) nonché, ancora, una *lex Iulia repetundarum*, del 59 a. C.,⁵¹ che proibì tra l'altro l'*usucapione* delle cose donate ai magistrati e ai promagistrati provinciali in violazione di un divieto da essa posto.⁵²

Ora, un approfondito esame di queste disposizioni, e dei tanti problemi che esse sollevano, esula ovviamente dai limiti della presente indagine; ma a fondamento di tutte, per quanto qui ci preme rilevare, crediamo possa cogliersi, sia pure in concorso con altri fini,⁵³

zur *Elementarliteratur*, cit., 495 nt. 152; ID., in H. HONSELL-TH. MAYER-MALY-W. SELB, *Römisches Recht*⁴, cit., 177; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., xvi, 189; ID., *Schemi giuridici e società nella storia*, cit., 271; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica*, cit., 738; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 445), ma in definitiva – ci sembra – troppo generico, come pure rileva L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La 'lex Scribonia'*, cit., 103 s. Invero, nell'ordine di idee in cui ci poniamo (v. oltre nel testo), la liberazione della proprietà dai vincoli rappresentati dalle servitù fu per noi semplicemente un effetto più che il preciso e immediato scopo della *lex Scribonia*.

⁴⁴ Alludiamo alla lunga sequenza contenuta in D. 41.3.4.6-28(29) (Paul. 54 *ad ed.*), al cui termine – forse dopo qualche taglio compilatorio – cade il riferimento alla *lex Scribonia*: v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, Paul. 673-674, coll. 1070-1071.

⁴⁵ V. ultimamente A. CALZADA, *Reversio in potestatem de la res furtivae et vi possessae*, in SDHI 78, 2012, 167, che si orienta per gli anni 150/149 a. C., con ulteriori indicazioni bibliografiche a p. 167 s. nt. 3.

⁴⁶ *Rectius*, secondo noi, al meccanismo processuale dell'*usus auctoritas*: v. sul punto G. D'ANGELO, *XII Tab. 6.3*, cit., 288 ss.

⁴⁷ V. D. 41.3.4.6 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41.3.33 pr. (Iul. 44 *dig.*); I. 2.6.2; PT. 2.6.2.

⁴⁸ V. XII Tab. 8.17 = FIRA, I², Florentiae 1968, 60.

⁴⁹ Per i tentativi di una sua più precisa datazione v. la letteratura a cui rinviamo in *Occupazione clandestina e 'lex Plautia de vi'*, in AUPA 55, 2012, 285 s. nt. 19.

⁵⁰ V. Gai 2.45; D. 41.3.33.2 (Iul. 44 *dig.*); I. 2.6.2; PT. 2.6.2.

⁵¹ Per questa data v. gli autori citati da B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 157 nt. 167.

⁵² V. D. 48.11.8 pr. (Paul. 54 *ad ed.*), di poco successivo, nell'opera originaria di Paolo, allo squarcio citato *supra*, nt. 44 (cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., Paul. 676, col. 1071)], e D. 41.1.48 pr. (Paul. 7 *ad Plaut.*).

⁵³ In particolare, quello di far sì che non si adoperasse la *vis*, specie nel caso dei fondi clandestinamente o violentemente occupati, per cercare di impedire l'*usucapio* (v. oltre nel testo), e l'esigenza di garantire la massima trasparenza e correttezza nell'esercizio di pubbliche funzioni per quanto riguarda le cose donate ai governatori provinciali.

un'*eadem ratio*: l'opportunità di evitare che l'istituto dell'usucapione, giustificato da ragioni di pubblica utilità,⁵⁴ potesse ritorcersi piuttosto in un odioso strumento atto a perpetrare espropriazioni ritenute ingiuste.

Sia nel caso delle *res furtivae*, sia in quello delle *res vi possessae*, infatti, è di tutta evidenza che un'usucapione, se non fosse stata vietata, e fosse giunta a compiersi, sarebbe venuta a fondarsi su un atto illecito di acquisto del possesso, sottratto al *dominus* contro la sua volontà. Né d'altra parte per quest'ultimo, specialmente con riguardo ai beni mobili, sarebbe stato facile impedire l'*usucapio* mediante un atto di *usurpatio*: un'interruzione dell'usucapione sarebbe stata a dir poco problematica per le cose sottratte *clam*, che il proprietario non poteva sapere per certo presso chi perseguire; e ugualmente essa avrebbe potuto rivelarsi ardua per le cose di cui si fosse preso possesso *vi*, considerato che il *raptor*, anche se eventualmente riconosciuto dal *dominus*, poteva far passare la *res* in altre mani e renderne così complicata la ricerca.

Un po' diverso, invece, era il caso dei fondi clandestinamente o violentemente occupati, per loro natura non dislocabili e come tali sempre rintracciabili dal titolare, che senz'altro, quindi, avrebbe potuto attivarsi per cercare di interrompere l'*usucapio*. Senonché, in concreto, non ci pare irrealistico pensare che questi potesse magari rinunciare a qualunque iniziativa in tal senso – dal ricorso alle vie giudiziarie all'esercizio dell'autotutela –⁵⁵ per timore di gravi ritorsioni da parte dell'occupante; come pure e anzi più verosimile ci sembra l'eventualità che il proprietario, disposto invece a tutto e per sfuggire a ogni altro onere,⁵⁶ potesse decidere di farsi giustizia da sé, con il rischio di innescare in tal modo una pericolosa spirale di violenza: ragion per cui – crediamo – anche per gli immobili in questione non era inopportuno escludere a monte l'usucapione, al di là di ogni possibile determinazione del *dominus*, per la considerazione che essa, comunque, sarebbe stata iniqua. Così⁵⁷ gli immobili posseduti in modo violento o clandestino dovettero secondo noi includersi fra le *res furtivae*, sottratte all'*usucapio*, per il tempo in cui si ammise la possibilità di un *furtum fundi*; e in seguito, ristrettasi la nozione del furto ai soli beni mobili, i fondi di cui si fosse acquistato il possesso con la violenza furono dichiarati inusucapibili dalla *lex Plautia de vi*.⁵⁸

⁵⁴ V. D. 41.3.1 (Gai 21 *ad ed. prov.*): *Bono publico usucapio introducta est rell.*

⁵⁵ Con specifico riguardo ai fondi rustici, e sulla base di un testo di Cicerone (*de orat.* 3.28.110), molti pensano che il proprietario potesse altresì interrompere l'usucapione mediante un gesto puramente simbolico consistente nello spezzare un ramoscello di un albero del proprio fondo: *l'usurpare surculo defringendo*. Ma con argomenti per noi risolutivi, difendendo un'opinione dei filologi, R. SANTORO, *L'usurpare surculo defringendo di Cic. de orat. 3.110 e l'interruzione civile dell'usucapione*, in AUPA 46, 2000, spec. 337 ss. (= *Studi Talamanca*, VII, Napoli 2001, 209 ss. = *Scritti minori*, II, Torino 2009, 533 ss.), del quale v. pure Appio Claudio e la concezione strumentalistica del 'ius', in AUPA 47, 2002, 331, 331 s. nt. 101 (= *Scritti*, II, cit., 593, 593 s. nt. 101), ha dimostrato che la testimonianza dell'Arpinate allude piuttosto all'attività del *sumere vindicias* nella *legis actio sacramenti in rem*.

⁵⁶ Pensiamo anzitutto alle note difficoltà probatorie cui poteva andare incontro chi agisse con la rivendica, il cui esercizio peraltro, fino a tutta l'età classica, non interrompeva di per sé l'*usucapio*; ma più in generale – crediamo – non sono da trascurare l'alea intrinseca all'iniziativa di qualunque procedimento, ivi incluso quello interdittale, e il carico dei costi conseguenti a tale scelta.

⁵⁷ Per quanto segue immediatamente nel testo ci permettiamo di rinviare a G. D'ANGELO, *Occupazione clandestina*, cit., 288 s.

⁵⁸ Non anche invece i fondi clandestinamente occupati per le ragioni che abbiamo illustrato in *Occupazione*

Né infine a considerazioni sostanzialmente dissimili da quelle appena esposte per le *res furtivae* e le *res vi possessae* dovette secondo noi ispirarsi, almeno in parte, l'ulteriore proibizione della *lex Iulia repetundarum*. Ci riesce facile cioè pensare che i donativi ai governatori provinciali potevano talora mascherare vere e proprie estorsioni,⁵⁹ che un'*usucapio* delle *res* donate, se consentita, avrebbe rischiato di convalidare; onde anche per questo, a parer nostro, il divieto della *lex Iulia*.⁶⁰

Tanto premesso, la *lex Scribonia*, a cui ora possiamo tornare, si illumina per noi di significato, e in particolare, sulla falsariga delle altre *leges* sopra richiamate, ci sembra si presti a essere interpretata come una 'legge di garanzia' delle ragioni del proprietario.

A ben vedere, infatti, vi era secondo noi il rischio che anche un'*usucapione* delle servitù, in non pochi casi, si compisse ingiustamente ai danni di chi la subiva; e ciò, segnatamente, per un duplice ordine di fattori: a) o perché il proprietario del fondo servente, nel caso di servitù non estrinsecanti in segni visibili (le c.dd. servitù non apparenti della moderna dottrina), poteva restare del tutto all'oscuro del loro esercizio, sì da non potersi attivare per cercare di impedirne l'*usucapio*; b) o perché egli, pur avvedendosi del compimento sul proprio fondo di attività corrispondenti al contenuto di una servitù da parte del vicino, poteva tollerare tali attività a titolo di mera cortesia (*iure familiaritatis*), quando invece il vicino, decorsi due anni, poteva magari pretendere di avere in effetti *usucapito* una servitù e ottenere un giudiziale riconoscimento di tale pretesa.

Certo, quanto opiniamo presuppone che l'*usucapio servitutum*, per tutto il tempo in cui fu in vigore, non sia stata assoggettata ai requisiti della *bona fides* e della *iusta causa*,⁶¹ posto che tali limiti avrebbero praticamente azzerato il rischio che noi paventiamo. Ma nulla prova in effetti che i requisiti in questione vennero in gioco,⁶² mentre in contrario, piuttosto, sembra deporre il fatto che essi, in un campo limitrofo a quello in esame, non si applicarono

zione clandestina, cit., 290 s.

⁵⁹ V. anche, sul punto, C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, Milano 1979, 491.

⁶⁰ Divieto altresì motivato, certo, dall'esigenza già segnalata *supra*, nt. 53, che è ragionevole presumere sarebbe stata frustrata se fosse stato possibile eludere mediante l'*usucapio* il divieto fatto ai governatori provinciali di ricevere donativi.

⁶¹ In tal senso, fra molti, C. ARNÒ, *Della distinzione*, cit., 240 nt. 1; A. ESMEIN, *Sur l'histoire de l'usucapion*, in NRHDFE 9, 1885, 268 s. (= *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris 1886, 179 s.); F. BOZZA, *L'usucapio*, cit., 3 s.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano 1966, 186 nt. 306; ID., *La struttura*, II, cit., 441 ss.; ID., *Alle origini di un divieto*, cit., 91 s., che muovendo tra l'altro dal presupposto di un'estraneità della *bona fides* e della *iusta causa* alla struttura dell'*usucapio servitutum* si è orientato a collocare la *lex Scribonia* (v. spec. *La struttura*, II, cit., 445 ss.) nel 149 a. C., quando ancora a suo avviso una siffatta *usucapione* – proprio per l'assenza dei suddetti requisiti – avrebbe potuto gravemente limitare la proprietà fondiaria. Cfr. inoltre R. YARON, *Reflections*, cit., 215, 228 s., e con specifico riguardo alla buona fede A. WATSON, *The Law of Property*, 23 nt. 5, 31 s. *Contra*, invece, J.M. RAINER, *Nochmals*, cit., 636 s., ma senza addurre argomenti significativi (v. la successiva nota).

⁶² In particolare, poco convincente ci pare il rilievo di J.M. RAINER, *Nochmals*, cit., 636 s., che *bona fides* e *iusta causa*, secondo un'opinione diffusa, sarebbero state richieste per l'*usucapio rei* già a partire dal II secolo a. C.; e ciò per la semplice considerazione che l'*usucapio servitutum* era in figura in sé diversa.

all'*usucapio libertatis*.⁶³

Se è così, dunque, si può ipotizzare che proprio per porre fine a situazioni del tipo di quelle sopra descritte fu emanata la *lex Scribonia*,⁶⁴ legge che tagliò corto, per così dire, vietando in radice l'usucapione di ogni servitù.⁶⁵

4. Resta infine da chiedersi quando fu posto tale divieto.⁶⁶

Ora, è chiaro che un sicuro termine *post quem* non può che essere rappresentato per noi dall'orazione *pro Caecina*, pronunciata secondo i più nel 69 (o 68) a. C.:⁶⁷ abbiamo già accennato, infatti, come al § 74 di tale orazione, nella menzione di un'*auctoritas* di alcune figure di *iura praediorum rusticorum*, si debba cogliere a nostro avviso un riferimento all'*usucapio servitutium*.⁶⁸

Né d'altra parte l'intervento di una legge abolitiva di una siffatta *usucapio*, con riguardo alle più antiche servitù, ci parrebbe plausibile in un'epoca in cui la nuova configurazione di quest'ultime come *res incorporales* si fosse consolidata a un punto tale per cui l'*interpretatio prudentium* avrebbe potuto collegarvi da sé l'effetto della non usucapibilità; del che sembra vi fossero le premesse già con Labeone, il quale negava perentoriamente la possibilità di una *traditio servitutis*.⁶⁹

Rebus sic stantibus, dunque, saremmo propensi a collocare la *lex Scribonia* fra gli anni successivi alla *pro Caecina* e gli inizi del Principato.⁷⁰ Una data probabile, sulla scia della dottrina dominante,⁷¹ ci parrebbe quella del 50 a. C., anno in cui fu tribuno della plebe un

⁶³ Secondo quanto risulta dai testi [v. D. 8.2.32 pr. (Iul. 7 *dig.*) e D. 8.17.4 (Pap. 7 *quaest.*)], infatti, l'unico limite posto a tale *usucapio* fu quello che il fondo servente non fosse posseduto come libero dal suo proprietario per mera concessione dello stesso titolare della servitù: cfr. per tutti, sul punto, R. ELMERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit., 366 s., 777 e nt. q.

⁶⁴ Più o meno similmente, in quest'ottica, v. già A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit., 19; H. DERNBURG, *Pandette*, I.2⁶, cit., 361 s., e di recente F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., 332 s. nt. 66, ma tutti senza raccordare la *lex Scribonia* alle altre leggi che abbiamo richiamato nel testo: connessione in cui noi cogliamo una precisa conferma dell'intuizione di questi studiosi alla luce di un'interpretazione organica della legislazione comiziale *de usucapione*.

⁶⁵ Meno drastica la soluzione del nostro codice civile (art. 1061¹), che per motivi analoghi a quelli che ascriviamo alla *lex Scribonia* vieta solo l'usucapione delle servitù non apparenti.

⁶⁶ Per le principali proposte di datazione v. C. ARNÒ, *Della distinzione*, cit., 235 nt. 3, nonché, per la letteratura più recente, F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 92 ss.

⁶⁷ V. la letteratura a cui rinviamo in *La perdita della 'possessio animo retenta' nei casi di occupazione*, Torino 2007, 100 nt. 3.

⁶⁸ V. *supra*, § 2.

⁶⁹ V. D. 8.1.20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*).

⁷⁰ Analogamente M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., 27 nt. 16, anch'egli facendo leva su D. 8.1.20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*), oltre che su Cic., *pro Caec.* 26.74; J.M. RAINER, *Nochmals*, cit., 636, e da ultima, con una posizione più articolata, F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 77 ss., 254 ss., la quale, argomentando da Cic., *ad Att.* 15.26.4 e Cic., *top.* 5.27, ma secondo noi a torto, vorrebbe abbassare al 44 a. C. il termine *post quem* della nostra legge.

⁷¹ Cfr., almeno, G. FRANCIOSI, '*Usucapio pro herede*', cit., 171, con citazione, *ibid.*, 171 nt. 113, di altra letteratura; ID., *Corso*⁴, cit., 298; A. WATSON, *The Law of Property*, cit., 23, 32, 164, 202; ID., *Roman Private Law*, cit., 63 nt. 8, 82 nt. 8; ID., *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford 1974, 59; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 422 s., 468; O. BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., 216 nt. 161; ID., *Die lebendige Natur eines*

C. Scribonius Curio,⁷² al quale si deve la rogazione di una *lex Scribonia variaria*,⁷³ o al limite, forse, si potrebbe giungere fino al 16 d. C.,⁷⁴ anno in cui ricoprì la carica di console un *L. Scribonius Libo*.⁷⁵

Baumes, cit., 34; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 720 nt. 57.1.8.; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 412 nt. 26; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit., 65; M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit., 358; M. BRUTTI, *Il diritto privato*², cit., 294, 296, 322 nt. 8, 325; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 102, 235, 247 s., 361.

⁷² V. F. MÜNZER, v. 'Scribonius (Curio)', in RE 2 A/1, Stuttgart 1921, nr. 11, 867 ss.

⁷³ V. per tutti G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, 413, 414, che prospettava la possibilità di un'identificazione di tale legge, proposta nel 50 a. C., ma non approvata, con la stessa *lex Scribonia de usucapione servitutium*.

⁷⁴ V. in tal senso gli autori citati da C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VII, cit., 89 nt. 2, e da F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 94 e nt. 292.

⁷⁵ V. M. FLUSS, v. 'Scribonius (Libo)', in RE 2 A/1, cit., nr. 21, 885.